



**Tarifliche Leistungen**  
**nur für Gewerkschaftsmitglieder?**  
**Tarifliche Leistungen**  
**nur für Gewerkschaftsmitglieder?**



***Festvortrag Prof. Dr. Wolfgang Däubler***  
***30. Juni 2003 Inzell***



## **Impressum**

### **Herausgeber:**

Verein Berufs- und Lebenshilfe für die  
Arbeitnehmer der Niederindustrie e.V.

### **Sitz:**

Düsseldorf, Rosstrasse 94

### **Druck:**

Miller Druck, Traunstein

### **Verantwortlich und Satz:**

Wilfried Hess, Kritische Akademie,  
Salinenweg 45, 83334 Inzell  
[www.Kritische-Akademie.de](http://www.Kritische-Akademie.de)

I.	VORWORT .....	5
II.	DIE PROBLEMATIK .....	6
	1. <i>Ausgangssituation</i> .....	6
	2. <i>Tarifliche Gegenstrategien</i> .....	7
	3. <i>Rechtsfragen</i> .....	10
III.	DIE RECHTSLAGE AUF DER GRUNDLAGE DER ENTSCHEIDUNG DES GROßEN SENATS VOM 29. NOVEMBER 1967 (BAG AP NR. 13 ZU ART. 9 GG) .....	10
	1. <i>Zustandekommen und Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats</i> .....	10
	2. <i>Die von der Entscheidung des Großen Senats gelassenen Spielräume</i> .....	14
IV.	GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN IN ABWEICHUNG VON DER BAG- RECHTSPRECHUNG .....	22
	1. <i>Kritik in der Literatur</i> .....	22
	2. <i>Zur negativen Koalitionsfreiheit</i> .....	22
	3. <i>Zur Überschreitung der Tarifmacht</i> .....	24
	4. <i>Zur Tarifgrenze der Unzumutbarkeit</i> .....	25
V.	ERGEBNIS .....	26

T 34 54.

Originalverträge

Vereinbarung

zwischen der Arbeitsgemeinschaft der Niederindustrie  
und der Gewerkschaft Textil-Bekleidung  
am 27. Juni 1963

Die Gewerkschaft Textil-Bekleidung und die Arbeitsgemeinschaft der Niederindustrie sind übereingekommen, sich um einen neuen Weg der Tarifvertragsgestaltung unter diesem Gesichtspunkt

VII. Sollten einzelne der Bestimmungen dieser Vereinbarung unwirksam sein, so hat dies keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen.

VIII. Die Tarifvertragsparteien behalten sich für die Umstände dieser Vereinbarung eine Erklärungsfrist bis zum 3. Juli 1963 vor.

Frankfurt/Main, den 27.6.1963

Arbeitsgemeinschaft  
der Niederindustrie e.V.

Frankfurt/Main  
*W. Wagner*  
(Wilhelm Wagner)

Gewerkschaft  
Textil-Bekleidung  
Hauptvorstand  
Düsseldorfer

*K. Brummann*

# I. VORWORT



Am 27. Juni 1963 schloss die Gewerkschaft Textil-Bekleidung mit der Arbeitsgemeinschaft der Miederindustrie eine Tarifvereinbarung, die eine „sachlichere Zusammenarbeit“ bewirken sollte. 40 Jahre Bestand hatte diese Tarifvereinbarung im Jahr 2003, die von der IG Metall nach der Integration der Gewerkschaft Textil-Bekleidung fortgeführt wurde. Das Besondere an diesem Tarifvertrag ist, dass er tarifliche Leistungen **nur für Gewerkschaftsmitglieder** ausdrücklich zulässt. Eine Regelung, die in der heutigen, von Neoliberalismus geprägten Zeit schwer vorstellbar ist. Gewerkschaften sollen nicht mehr gestärkt sondern geschwächt werden. Sie sind nicht mehr Partner sondern für die vom neoliberalen Geist geprägten Politiker und Unternehmer „Plage für unser Land“. Allen Anfeindungen in der Vergangenheit und Gegenwart zum Trotz: Das Tarifwerk der Miederindustrie hat gehalten und wurde sogar weiter entwickelt. 40 Jahre Tarifvereinbarung sind ein Grund zum Feiern und zum Nachdenken. Wir haben das Jubiläum zum Anlass genommen, den aktuellen rechtlichen Bestand und die rechtspolitische Bedeutung des tarifrechtlichen Instituts der Differenzierungsklausel zu hinterfragen. Hierzu hat Prof. Dr. Wolfgang Däubler beim Festakt am 30. Juni 2003 in der Kritischen Akademie in Inzell deutlich Stellung bezogen. Wir halten diese Ausführungen für so interessant, dass wir sie in der vorliegenden Broschüre dokumentieren. Nicht ohne unserer Hoffnung Ausdruck zu verleihen, dass dieses Tarifwerk doch noch Nachahmer findet.

(Manfred Schallmeyer

(Vorsitzender Verein Berufs- und Lebenshilfe  
für die Arbeitnehmer der Miederindustrie e.V.)

## II. DIE PROBLEMATIK

### 1. Ausgangssituation



*Prof. Dr. Wolfgang Däubler*

Nach § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG wirken Tarifnormen grundsätzlich nur zwischen den Mitgliedern der tarifschließenden Parteien. Dies gilt jedenfalls für Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen. Bei Bestimmungen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen genügt demgegenüber nach § 3 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 2 TVG die Tarifbindung des Arbeitgebers. Bei den in der Praxis dominierenden Inhaltsnormen hat der Arbeitgeber unter diesen Umständen die Möglichkeit, mit Arbeitnehmern, die nicht der tarifschließenden Gewerkschaft angehören, untertarifliche Bedingungen zu vereinbaren. Gehört er seinerseits dem Verband nicht an und hat er auch keinen Firmentarif geschlossen, kann er in den Arbeitsverträgen das Tarifniveau generell unterschreiten. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Tarifvertrag - was in der Praxis relativ selten vorkommt - für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

In jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber tarifgebunden ist, werden die tariflich festgeschriebenen Bedingungen fast immer auf alle betriebsangehörigen Arbeitnehmer ausgedehnt. Von den „Unterbietungsmöglichkeiten“ wird kein Gebrauch gemacht, vielmehr in den Arbeitsverträgen pauschal auf die jeweils geltenden Tarifverträge verwiesen.<sup>1</sup> Dies erklärt sich letztlich damit, dass eine Schlechter-

---

<sup>1</sup> Zur rechtlichen Bedeutung der Bezugnahme Klausel s. zuletzt BAG NZA 2002, 634 = DB 2002, 1005 mit zutreffender kritischer Anmerkung von Bayreuther

stellung der Nichtorganisierten einen erheblichen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt darstellen würde; ihn zu schaffen, liegt im Regelfall nicht im Interesse des Arbeitgebers. Auch wenn er seinerseits nicht an den Tarifvertrag gebunden ist, wird er häufig tarifliche Bedingungen zugrunde legen, da andernfalls die Abwanderung von Leistungsträgern zu besser bezahlenden Konkurrenten drohen kann. Allerdings ist in solchen Fällen auch eine eigenständige Entgeltpolitik des Unternehmens denkbar, die - verglichen mit dem Tarifvertrag - eine größere Lohnspreizung und häufig auch zahlreiche ertragsabhängige Entgeltbestandteile vorsieht.

Die noch immer in den allermeisten Betrieben dominierende Erstreckung der Tarifverträge auf Nichtorganisierte hat zur Folge, dass diese die tariflichen Leistungen erhalten, ohne dass sie durch Zahlung von Mitgliedsbeiträgen und durch Tätigkeit in der Organisation zum Erreichen des tariflich Festgeschriebenen beigetragen hätten. Dies erscheint ungerecht und hat darüber hinaus die Konsequenz, dass aus der Perspektive des einzelnen Gewerkschaftsmitglieds oder eines Beitrittswilligen kein wirtschaftlicher Grund mehr für die Organisationszugehörigkeit spricht: Dasselbe Entgelt und dieselben Arbeitsbedingungen lassen sich auch ohne Beitragszahlungen und persönliches Engagement erreichen. Hierin wird ein wesentlicher Grund für den Mitgliederrückgang der Gewerkschaften gesehen.<sup>2</sup>

## 2. Tarifliche Gegenstrategien

Da es dem Arbeitgeber grundsätzlich freisteht, Nichtorganisierte zu untertariflichen Bedingungen zu beschäftigen, stellt sich die Frage, ob sich ein derartiges Verhalten nicht auch durch Tarifvertrag fest-

---

<sup>2</sup> Die Zahl der in den DGB-Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmer und Beamten fiel von 11.800.412 im Jahr 1991 über 10.290.192 im Jahr 1993 auf 8.972.672 im Jahr 1996 und 8.310.783 im Jahre 1998 (Angaben nach Statistisches Jahrbuch 1994, S. 762, Statistisches Jahrbuch 2002, S. 732).

schreiben lässt. Dies würde bedeuten, dass man bestimmte tarifliche Leistungen zwingend den Organisierten vorbehält. Da in diesen Fällen notwendigerweise zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtorganisierten unterschieden werden muss, ist von einer „Differenzierungsklausel“ die Rede. Seit Mitte der 60er Jahre werden entsprechende tarifliche Gestaltungen erörtert, wobei zwischen einfachen und qualifizierten Differenzierungsklauseln unterschieden wird.<sup>3</sup>



Eine sog. einfache Differenzierungsklausel liegt dann vor, wenn die Organisationszugehörigkeit zur Anspruchsvoraussetzung gemacht wird. Dies kann lediglich deklaratorische Bedeutung in dem Sinne haben, dass die gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG in Erinnerung gerufen wird. Eine Erstreckung auf Nichtorganisierte (sog. Außenseiter) bleibt in solchen Fällen problemlos möglich. In Betracht kommt weiter aber auch ein konstitutiver Charakter der Klausel, wonach der Anspruch nur entsteht, wenn die betreffende Person der Gewerkschaft angehört. In diesem Fall ist es dem Arbeitgeber zwar nicht verboten, Außenseiter nach Tarif zu behandeln, doch würde eine Allgemeinverbindlicherklärung ins Leere laufen, da sie die fehlende Eigenschaft als Gewerkschaftsmitglied nicht ersetzen könnte.

Von der einfachen ist die sog. qualifizierte Differenzierungsklausel zu unterscheiden, die das Verhalten des Arbeitgebers gegenüber Außenseitern in den Blick nimmt. Zwei Erscheinungsformen sind Gegenstand der Diskussion. Zum einen geht es um die sog. Tarifausschlussklausel. Sie verbietet dem Arbeitgeber, eine bestimmte tarifliche Leistung (z. B. ein zusätzliches Urlaubsgeld oder einen Beitrag zur sog. Riester-Rente) auch an Nichtorganisierte zu erbrin-

---

<sup>3</sup> Dazu im Einzelnen Dorndorf AuR 1988, 1 ff.

gen. Sie sollen insoweit von den tariflichen Leistungen „ausgeschlossen“ sein.

Zum zweiten gibt es sog. Spannenklauseln. Sie sehen vor, dass der Arbeitgeber zwar beliebige Leistungen auch an Außenseiter gewähren darf, dass die Organisierten jedoch automatisch um einen bestimmten Betrag darüber liegen müssen. Dies kann man in der Weise tun, dass man eine bestimmte Sozialleistung ausschließlich für Organisierte vorsieht und jede weitere freiwillige Zahlung, die (auch) an Außenseiter erbracht wird, automatisch für die Organisierten vorsieht. Ein Beispiel hierfür stellt die von der Gewerkschaft Textil-Bekleidung (GTB) erkämpfte Tarifklausel dar, die in der Entscheidung des BAG vom 29.11.1967<sup>4</sup> wiedergegeben wurde:



*„Wenn und soweit in der Firma beschäftigte, aber nicht in der GTB organisierte Arbeitnehmer des Betriebes Geld oder sonstige Leistungen erhalten, die über die in dieser Vereinbarung festgelegten Ansprüche hinaus gehen, so muss jeder in der Firma beschäftigte und der GTB angehörende Arbeitnehmer zusätzlich zu den sich aus dieser Vereinbarung ergebenden Leistungen die gleichen Geld- und sonstigen Zuwendungen erhalten, wie es bei den nicht organisierten Arbeitnehmern der Fall ist.“*

In der Gegenwart ist lediglich die zuletzt genannte Spannenklausel von Interesse. Die einfache Differenzierungsklausel lässt die Möglichkeit des Arbeitgebers unberührt, durch arbeitsvertragliche Bezugnahmen das Tarifniveau auf alle auszudehnen. Die Tarifausschlussklausel verhindert zwar ein solches Vorgehen, kann aber leicht als zu starr empfunden werden. Außerdem ergibt sich ggf. die schwierige Frage, wie eine dem Außenseiter gewährte Leistung zu qualifizieren ist; ihre Natur würde darüber entscheiden, ob sie unter die Klausel fällt oder nicht. Sinnvoll erscheint deshalb al-

---

<sup>4</sup> AP Nr. 13 zu Art. 9 GG

lein die Spannenklausel, die den betrieblichen Möglichkeiten Rechnung trägt und zugleich sicherstellt, dass die Organisierten einen gewissen Vorsprung behalten.

### **3. Rechtsfragen**

Die Spannenklausel war Gegenstand einer Entscheidung des Großen Senats des BAG<sup>5</sup>. Dieser Beschluss wird in der Regel so interpretiert, als wäre damit jede Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ausgeschlossen. Dies erscheint bei näherem Hinsehen keineswegs ausgemacht (unten II). Selbst wenn man aber davon ausgeht, ist zu berücksichtigen, dass die Entscheidung 35 Jahre zurückliegt und mittlerweile ein rechtskräftiges Urteil des LAG Hamm vorhanden ist, das eine Beschränkung tariflicher Leistungen auf Organisierte für legal erklärte<sup>6</sup>. Muss nicht deshalb die Frage neu überdacht werden? (unten III)

## **III. DIE RECHTSLAGE AUF DER GRUNDLAGE DER ENTSCHEIDUNG DES GROßEN SENATS VOM 29. NOVEMBER 1967 (BAG AP NR. 13 ZU ART. 9 GG)**

### **1. Zustandekommen und Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats**

Im Jahr 1965 verlangte die Gewerkschaft Textil-Bekleidung Tarifverträge über ein zusätzliches Urlaubsgeld. Dieses sollte in der Weise finanziert werden, dass alle tarifgebundenen Arbeitgeber 2 % der Bruttolohnsumme an eine gemeinsame Einrichtung bezahlten. Als Mindestsumme des Urlaubsgelds waren 60,00 DM vorgesehen. An-

---

<sup>5</sup> AP Nr. 13 zu Art. 9 GG

<sup>6</sup> LAG Hamm v. 11.01.1994, LAGE § 4 TVG Nr. 4



(zuständigen) Ersten Senat des BAG weiter prozessieren. Nach einiger Zeit kam eine außergerichtliche Einigung zwischen Gewerkschaft und Unternehmer zustande, über deren Inhalt nichts Präzises in Erfahrung zu bringen ist; im Prozess selbst stellten beide Parteien übereinstimmend den Antrag auf Ruhen des Verfahrens, dem das Gericht nach § 251 ZPO stattgeben musste.<sup>10</sup>

Ob der Beschluss des Großen Senats unter diesen Umständen überhaupt „existent“ war, ließ sich mit guten Gründen in Frage stellen. In einem Parallelfall (ein weiterer Unternehmer war bestreikt worden und hatte geklagt) traf der Erste Senat jedoch am 31.03.1978 eine endgültige Entscheidung das Ruhen des Verfahrens ohne Bedeutung sei: Der Große Senat habe bindende Wirkung, eine erneute Vorlage komme trotz der in der Literatur geäußerten Kritik nicht in Betracht<sup>11</sup>.



Eine definitive Klärung anzunehmen, erscheint gleichwohl angreifbar. Am 11. Januar 1994 entschied das LAG Hamm<sup>12</sup> in gegenteiligem Sinne. Im konkreten Fall hatte ein Firmentarif einen „Urlaubskassenverein“ ins Leben gerufen, in dem nur in der Gewerkschaft HBV organisierte Arbeitnehmer Mitglied werden konnten. Er gewährte ein „Erholungshilfe“ genanntes zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von maximal ca. 1.200,00 DM pro Jahr. Das LAG Hamm erklärte die Beschränkung auf Organisierte für rechtmäßig und führte aus<sup>13</sup>:

---

<sup>10</sup> Mitgeteilt auch bei Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 1999, Einl. Rn. 301

<sup>11</sup> BAG AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = DB 1978, 1647

<sup>12</sup> LAGE § 4 TVG Nr. 4

<sup>13</sup> a. a. O.

„Ist bereits nirgends im Gesetz gesagt, dass von Rechtsnormen dieser Gruppe (gemeint: über gemeinsame Einrichtungen) die Arbeitsverhältnisse der sog. Außenseiter erfasst würden, so können die Tarifparteien aber auch ausdrücklich die Anwendung auf tarifgebundene Mitarbeiter beschränken.“

Die Klage zweier nicht organisierter Arbeitnehmer auf Gewährung der „Erholungshilfe“ wurde daher abgewiesen. Aufgrund einer Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger wurde jedoch die Revision vom BAG zugelassen, da das LAG Hamm von der Entscheidung des Großen Senats abgewichen sei<sup>14</sup>.

Zu einer Sachentscheidung kam es jedoch nicht, da sich die Parteien offensichtlich verglichen hatten<sup>15</sup>.

Bemerkenswert ist, dass die Arbeitgeberseite nicht auf einer Sachentscheidung bestand, obwohl die ausdrückliche Zulassung der Revision gewichtige Anhaltspunkte dafür gab, dass die bisherige Rechtsprechung bestätigt werden würde. Eindeutige Rückschlüsse auf die zugrunde liegenden Erwägungen sind jedoch nicht möglich. So kann die Einschätzung bestanden haben, der Erste Senat würde erneut den Großen Senat anrufen und die bisherige Rechtsprechung ändern. Auch war nicht auszuschließen, dass bei einer Bestätigung des bisherigen Rechtszustands eine Überprüfung durch das BVerfG angestrebt worden wäre. Schließlich ist - fern von allen Grundsaterwägungen - auch daran zu denken, dass die Arbeitgeberseite schlicht die Kosten scheute, die eine Ausdehnung der Erholungshilfe auf alle Betriebsangehörigen mit sich gebracht hätte.

---

<sup>14</sup> BAG v. 30.08.1991 - 1 AZN 273/94, n. V., mitgeteilt bei Zachert DB 1995, 324

<sup>15</sup> Mitgeteilt bei Zachert DB 1995, 324

## 2. Die von der Entscheidung des Großen Senats gelassenen Spielräume

Legt man mit Rücksicht auf die geschilderte Rechtsentwicklung die Ausführungen des Großen Senats vom 29.11.1967 zugrunde, so bleiben gleichwohl eine Reihe von Spielräumen. Dies wird aus dem Argumentationsgang des (sehr umfangreichen) Beschlusses deutlich.

### a. Außenseiter und Tarifmacht

Zunächst stellt der Große Senat zutreffend fest, dass Arbeitsverhältnisse von Außenseitern zwar nicht normativ geregelt werden können, dass es jedoch keine Bedenken dagegen gibt, in den obligatorischen Teil des Tarifvertrags oder in die Satzung einer gemeinsamen Einrichtung auch Regelungen für Außenseiter aufzunehmen<sup>16</sup>.



Damit ist eine Beschränkung auf die eigenen Mitglieder ausgeschlossen; je nach inhaltlicher Gestaltung ist zu fragen, ob eine die Außenseiter betreffende tarifliche Bestimmung rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

### b. Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit

Bei der Beurteilung dieser Frage stellt das BAG entscheidend auf die negative Koalitionsfreiheit ab, die es in gleicher Weise wie die positive Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG verankert sieht<sup>17</sup>. Diese Auffassung ist in der Zwischenzeit vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG Bl. 10 R

<sup>17</sup> BAG, a. a. O., Bl. 18

<sup>18</sup> BVerfGE 50, 290, 367; 55, 7, 21

Die verfassungsrechtlich garantierte negative Koalitionsfreiheit schützt nun den Einzelnen nicht vor jedem Druck zum Beitritt; insofern verweist das BAG<sup>19</sup> ausdrücklich auf die Entscheidung des BVerfG zu den Handwerksinnungen. In jener Entscheidung des BVerfG war es darum gegangen, dass das Recht, einer Handwerksinnung fernzubleiben, mit einem Verzicht auf die Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation verbunden war. Dies sei - so das BVerfG - trotz der durchaus erheblichen Bedeutung dieses Tatbestands hinzunehmen<sup>20</sup>.



Auch später hat das BVerfG dies bestätigt und etwa im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über eine gemeinsame Einrichtung ausgeführt, ein „gewisser Druck“ zum Beitritt (um so in der gemeinsamen Einrichtung mitentscheiden zu können) verletze die negative Koalitionsfreiheit nicht<sup>21</sup>.

### c. Schutz nur vor sozial inadäquatem Druck

Nach Auffassung des Großen Senats ist der Einzelne allein gegen „sozial inadäquaten“ Druck geschützt<sup>22</sup>. Ein solcher wurde im Falle der Entscheidung zugrunde liegenden zusätzlichen Urlaubsgeldes bejaht, wofür jedoch nicht die Intensität des Drucks, sondern seine Qualität maßgebend sei<sup>23</sup>. Es verletze das Gerechtigkeitsempfinden gröblich, wenn die Gewährung urlaubsbezogener Leistungen von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht werde<sup>24</sup>. Dabei wird auf Ausführungen im selben Be-

---

<sup>19</sup> a. a. O., Bl. 20

<sup>20</sup> BVerfGE 20, 312, 322

<sup>21</sup> BVerfGE 55, 7, 21

<sup>22</sup> BAG, a. a. O., Bl. 23 R

<sup>23</sup> BAG, a. a. O., Bl. 24 R

<sup>24</sup> BAG, a. a. O., Bl. 25

schluss verwiesen, wo betont wurde, dass nicht auf den Gedanken des Ausgleichs für das vom Gewerkschaftsmitglied erbrachte Opfer abgestellt und deshalb eine undurchsichtige Regelung geschaffen worden sei. Im Einzelnen ist an der fraglichen Stelle<sup>25</sup> ausgeführt:

*„Ausgleichsforderungen (die einen Ausgleich für die vom Gewerkschaftsmitglied erbrachten Leistungen darstellen - W. D.) müssten ihrem Wesen nach den davon betroffenen Außenseitern verständlich machen, dass sie nach Unkostengesichtspunkten für die mit ihnen abgegoltenen Gegenleistungen berechnet werden. Sie müssten sich daher nach den für das Arbeitsleben geltenden Redlichkeitsmaßstäben auch als Beiträge oder Ausgleichsbelastungen bezeichnen. Solche „Beiträge“ oder „Ausgleichsbelastungen“ dürfen daher in keinem Fall mittels einer undurchsichtigen Differenzierung bei der Gewährung von Urlaubsgeld oder bei der Bemessung sonstiger tariflicher Leistungen erhoben werden. Eine solche Differenzierung verletzt das Gerechtigkeitsempfinden nachhaltig. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob einem Arbeitnehmer gesagt wird, er müsse an einen anderen soundsoviel als Ausgleich dafür erbringen, weil der andere für ihn etwas getan habe. Das wird er, wenn es ihm klar gemacht wird, vielleicht einsehen. Ihm aber zu sagen, er bekomme soundsoviel Urlaubsgeld weniger, weil er nicht organisiert sei, und der andere bekomme soundsoviel Urlaubsgeld mehr, weil er organisiert sei, muss bei dem Außenseiter zwangsläufig das Gerechtigkeitsempfinden verletzen. Denn dieses geht überwiegend dahin, Urlaub, Urlaubsentgelt und auch zusätzliches Urlaubsgeld seien nach der Art der geleisteten Tätigkeit, nach dem Grad der Erholungsbedürftigkeit, nach dem Alter, Familienstand, nach der Kinderzahl und sonstigen sozialen Merkmalen, aber nicht nach der Organisationszugehörigkeit zu bemessen. Die Gewerkschaften machen dagegen geltend, im Urlaub fehle den Organisierten wegen der Zahlung der Gewerkschaftsbeiträge gerade der Betrag, den sie kraft der Differenzierungsklausel jetzt mehr erhalten sollen als die Außenseiter. Dieses Argument schlägt deshalb nicht durch, weil die Ausgleichsforderung berechnungsmäßig undurchsichtig ist und nicht kostengerecht klar dargelegt wird. Gerade deshalb wirkt die Differenzierung auf dem Gebiete des Urlaubsgeldes sehr sachfremd und drückend.“*

---

<sup>25</sup> a. a. O. Bl. 21 R

#### **d. Ausgleichsleistungen als sozial adäquater Druck**

Wie immer man diese Argumentation beurteilen mag - sie macht deutlich, dass eine Anknüpfung an den Gewerkschaftsbeiträgen nicht als sozial inadäquat qualifiziert würde. Hier wäre die vom Großen Senat eingeforderte Transparenz gegeben, die Verletzung des „Gerechtigkeitsempfindens“ jedenfalls nicht so stark, dass sich daraus rechtliche Konsequenzen ergeben würden. Bemerkenswert ist weiter, dass in den Schlussausführungen des Gerichts auch deshalb auf die Sozialadäquanz und damit auf die qualitative Betrachtung abgestellt wird, weil sich die Auswirkungen auf die Höhe des Urlaubsgeldes nach den zur Entscheidung stehenden Tarifwerken nicht bestimmen lasse<sup>26</sup>.

Eine tarifliche Regelung, die ausdrücklich einen gewissen Ausgleich für den Gewerkschaftsbeitrag darstellt, erscheint unter diesen Umständen durchaus „sozial adäquat“ zu sein.

#### **e. Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht?**

Die weiteren rechtlichen Bedenken des Großen Senats gegen die damals zur Entscheidung stehende Differenzierungsklausel stützen sich auf dieselben Erwägungen. Was die Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht angeht, so wurde zunächst ausgeführt, dass die Differenzierungsklausel im Ergebnis auf eine Beitragserhebung hinauslaufe. Die gewerkschaftliche Tätigkeit würde gewissermaßen kommerzialisiert, eine Beteiligung an ihren Früchten sei nur gegen Entgelt möglich. Derartiges sei an sich nur dem Gesetzgeber, nicht aber den Tarifparteien möglich<sup>27</sup>.

Im Folgenden wird dann jedoch ausgeführt, es sei zu erwägen, im Wege der Rechtsfortbildung die Tarifautonomie so zu erweitern,

---

<sup>26</sup> BAG, a. a. O., Bl. 24 R

<sup>27</sup> BAG, a. a. O., Bl. 20 R, 21

dass auch die „Vorteilsausgleichung“ mittels tariflicher Gestaltungsmittel zugelassen werde. Ein solcher Schritt scheidet jedoch angesichts der Intransparenz der Regelungen und der darin liegenden Verletzung des Gerechtigkeitsgefühls der Außenseiter aus; hier finden sich genau die Ausführungen, auf die im Zusammenhang mit der Frage eines sozial inadäquaten Drucks zum Beitritt verwiesen wurde<sup>28</sup>.



Der Schluss liegt zumindest nahe, dass das BAG die aus seiner Sicht notwendige richterliche Rechtsfortbildung vorgenommen hätte, wenn eine klar sichtbare Ausgleichsleistung vorgelegen hätte.

#### f. Unzumutbare Regelung?

Auch der Einwand, die vorgesehene Differenzierungsklausel sei für die Arbeitgeberseite unzumutbar und überschreite deshalb die Grenzen der Tarifmacht, wird primär deshalb geteilt, weil es sich um eine intransparente Regelung handle. Die Arbeitgeberseite habe ein berechtigtes Interesse an einheitlicher Entlohnung von Organisierten und Nichtorganisierten. Man könne zwar einen Beitrag der Außenseiter für die Inanspruchnahme der gewerkschaftlich errungenen tariflichen Leistungen in Erwägung ziehen, aber es sei „keinem Arbeitgeber zuzumuten, diesen Beitrag ohne gesetzliche Ermächtigung in der undurchsichtigen Verpackung einer Differenzierung des Urlaubsgeldes oder ähnlicher tariflicher Leistungen zu erheben.“ Der Arbeitgeber, der auf diese Weise zu differenzieren versuche, werde „das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden besonders verletzen und in vielen Fällen Gefahr laufen, dass der Betriebsfrieden und der unternehmerische Erfolg Schaden nehmen“<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> BAG, a. a. O., Bl. 21 R

<sup>29</sup> BAG, a. a. O., Bl. 22 R, 23

## g. Konsequenzen

Betrachtet man diese - nicht immer leicht nachvollziehbaren - Ausführungen im Zusammenhang, so wird deutlich, dass der Große Senat zumindest dazu neigt, eine als solche bezeichnete, effektive Ausgleichsleistung zuzulassen, weil sie weder einen sozial inadäquaten Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit noch eine Überschreitung der Tarifmacht darstellt. Eine solche Ausgleichsleistung könnte tariflich in der Weise festgeschrieben werden, dass den Arbeitnehmern im Wege einer Spannenklausel ein Teil des Gewerkschaftsbeitrags erstattet wird. Beträgt dieser etwa 1 % der Monatsvergütung, so könnte man eine „Ausgleichszulage“ oder eine „Tarifzulage“ für Gewerkschaftsmitglieder in Höhe von 1/2 % vorsehen und weiter bestimmen, dass alle übrigen an Nichtorganisierte bezahlten Leistungen auch den Organisierten zugute kommen müssen.

In der Literatur wurde dieser Teil der Argumentation des Beschlusses bislang kaum wahrgenommen. Verschiedene Autoren vertreten allerdings die Auffassung, eine „geringfügige“, die Entscheidungsfreiheit über den Gewerkschaftsbeitritt nicht beeinträchtigende Sonderleistung für Organisierte sei auch auf der Basis der Entscheidung des Großen Senats zulässig<sup>30</sup>.

Eine Tarifzulage in Höhe des halben Gewerkschaftsbeitrags würde nur einen „geringfügigen“ Druck darstellen, da die Nichtorganisierten wirtschaftlich weiterhin erheblich besser als die Organisierten stehen würden. Dafür spricht auch die in anderen Zusammenhängen entwickelte Praxis. So ist etwa die Vorenthaltung der Vorteile

---

<sup>30</sup> So insbesondere Wiedemann, TVG, Einl. Rn. 304. Lediglich einen „mehr als geringfügigen Druck“ sehen Jarras-Pieroth (Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2000, Art. 9 Rn. 39) als nicht mehr gerechtfertigt an. Bei Löwer (in: von Münch/Kunig, Hrsg., GG-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl., München 2000, Art. 9 Rn. 87) ist davon die Rede, die Differenzierungsklausel sei „regelmäßig“ eine Form unzulässiger Druckausübung.

einer öffentlich-rechtlichen Berufsorganisation wie der Handwerksinnungen ein ggf. sehr viel weiter reichender Nachteil; gleichwohl hat ihn das BVerfG für hinnehmbar erklärt<sup>31</sup>, worauf der Große Senat des BAG in seinem Beschluss zustimmend verwies.

Die Grenze zum sozial inadäquaten Druck ist demgegenüber nach der Rechtsprechung des BAG überschritten, wenn der Abschluss einer Vorruhestandsvereinbarung dadurch faktisch unmöglich gemacht wird, dass der tariflich vorgesehene Prozentsatz ausschließlich auf Organisierte bezogen wird<sup>32</sup>. Der Nachteil, der darin liegt,



dass man durch Verzicht auf einen Beitritt nur noch den halben Gewerkschaftsbeitrag spart, ist ersichtlich sehr viel geringer als der faktische Entzug der Möglichkeit, zu einer Vorruhestandsvereinbarung zu kommen.

Man könnte sich unter diesen Umständen die Frage stellen, ob nicht auch eine Tarifizulage in Höhe des vollen Gewerkschaftsbeitrags bei entsprechend transparenter Regelung mit den Grundsätzen des Großen Senats zu vereinbaren wäre. Dafür könnte immerhin sprechen, dass in diesem Fall die Entscheidungsfreiheit des Außenseiters von wirtschaftlichen Erwägungen völlig frei wäre, da der Beitritt im Ergebnis keine wirtschaftliche Schlechterstellung mit sich bringen würde. Maßgebend könnten daher ausschließlich immaterielle Kriterien wie eine gewollte oder nicht gewollte Unterstützung einer bestimmten gewerkschaftlichen Politik sein.

Nach der Logik des Beschlusses des Großen Senats müsste eine solche Tarifnorm zulässig sein. Dennoch wäre nicht zu empfehlen, in der Tarifpraxis als erstes einen solchen Schritt zu wagen: Die Entscheidung des Großen Senats ist in der Literatur bislang immer

---

<sup>31</sup> BVerfGE 20, 312, 322

<sup>32</sup> BAG AP Nr. 46 und 47 zu Art. 9 GG

„quantitativ“ in dem Sinne interpretiert worden, dass es auf den Umfang der den Organisierten vorbehaltenen Leistungen ankommt. Realistischerweise muss man daher damit rechnen, dass in einer aktuellen Auseinandersetzung dies von den Arbeitsgerichten gleichfalls zugrunde gelegt wird. Was die praktische Umsetzung angeht, so wäre es den bisherigen Vorbildern entsprechend sinnvoll, die „Tarifzulage“ durch eine gemeinsame Einrichtung ausbezahlen zu lassen<sup>33</sup>.

Im Übrigen sei darauf verwiesen, dass jedenfalls noch etliche Jahre nach der Entscheidung des Großen Senats Differenzierungsklauseln praktiziert wurden<sup>34</sup> und dass dies ersichtlich auch in dem vom LAG Hamm<sup>35</sup> entschiedenen Fall so ist.

## h. Schutz der Anders-Organisierten

Soweit in einem bestimmten Bereich mehrere Gewerkschaften existieren, stellt sich die Situation insofern anders dar, als die Mitglieder der anderen Gewerkschaft für ihre Organisation Beiträge bezahlen und ggf. nach ihren eigenen Tarifverträgen behandelt werden. In diesen Fällen, die wohl keine große Rolle spielen, müssten die anderweitig bezahlten Beiträge auch dann Berücksichtigung finden, wenn die andere Organisation keine eigenständigen, sondern nur Anschlussarbeitsverträge abschließt. Würde man dies nicht tun, wäre nicht auszuschließen, dass der „Druck“ auf anders Organisierte als „sozial inadäquat“ qualifiziert würde.



---

<sup>33</sup> Zu einzelnen praktizierten Regelungen s. die Übersicht bei Seitzzahl/Zachert/Pütz, Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, Köln 1976, S. 3 ff.

<sup>34</sup> Überblick bei Seitzzahl/Zachert/Pütz, a. a. O., S. 184

<sup>35</sup> LAGE § 4 TVG Nr. 4

## IV. GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN IN ABWEICHUNG VON DER BAG-RECHTSPRECHUNG

### 1. Kritik in der Literatur



Die Entscheidung des Großen Senats hat schon Ende der 60er/Anfang der 70er Jahre ein erhebliches Maß an Kritik erfahren<sup>36</sup>. Auch in späteren Jahren ist diese nicht verstummt<sup>37</sup>. Auf der anderen Seite hat sich ein beträchtlicher Teil der Literatur - meist ohne nähere Analyse - im Ergebnis dem Großen Senat angeschlossen und erklärt praktisch jede Differenzierungsklausel für unzulässig<sup>38</sup>. Gleichwohl überwiegen die Gegenargumente<sup>39</sup>.

### 2. Zur negativen Koalitionsfreiheit

Eine kurze Zusammenfassung mag genügen.

Die negative Koalitionsfreiheit ist nicht verletzt, wenn dem Außen-seiter ein zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von 40,00 - 60,00 DM

---

<sup>36</sup> S. etwa Dietlein AuR 1970, 200 ff.; Gitter, Juristische Analysen 1970, 148 ff.; Hanau JuS 1969, 213; Herschel AuR 1970, 193 ff.; Radke AuR 1971, 4; Reuß AuR 1970, 33; Ritter JZ 1969, 111; Rütters, Arbeitsrecht und politisches System, Frankfurt/Main 1973, S. 117; Weller AuR 1970, 161 ff.

<sup>37</sup> Ablehnend etwa Dorndorf AuR 1988, 1 ff.; Kittner/Schiek, Kommentar zum Grundgesetz (Alternativkommentar), 3. Aufl., Neuwied u. a. 2001, Art. 9 Abs. 3 Rn. 110; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, § 7 III 8 (S. 355 ff.); Kempen/Zachert, TVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 1997, Grundl. Rn. 129 ff.; A. Stein, Tarifvertragsrecht, Stuttgart u. a. 1997 Rn. 363 f.; Zachert DB 1995, 322 ff.; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993 Rn. 1176 ff.

<sup>38</sup> S. im arbeitsrechtlichen Schrifttum etwa Brox/Rütters, Arbeitsrecht, 14. Aufl. Stuttgart u. a. 1999, Rn. 242; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, München 1992, § 1 Rn. 528 ff.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 9. Aufl., München 2000, § 188 Rn. 10; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 1998, § 38 II 2; aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum Höfling, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl., München 1999 Art. 9 Rn. 125; Jarras/Pieroth, GG, a. a. O., Art. 9 Rn. 35; Kemper, in: von Mangoldt/Klein-Starck, Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1999, Art. 9 Rn. 289

<sup>39</sup> Eingehendste Darstellung bei Gamillscheg, a. a. O., § 7 III 8 b (S. 358 ff.)

der Kaufkraft des Jahres 1965 vorenthalten wird. Das ihm dadurch abverlangte „Opfer“ ist erheblich geringer als das „Opfer“, das ein organisierter Arbeitnehmer durch die Zahlung von einem Prozent Gewerkschaftsbeitrag erbringt. Dabei spielt es keine Rolle, ob man die negative Koalitionsfreiheit auf Art. 9 Abs. 3, auf Art. 9 Abs. 1 oder auf Art. 2 Abs. 1 stützt<sup>40</sup>.

Auch wenn man Art. 9 Abs. 3 GG mit der herrschenden Rechtsprechung anwendet, kann die negative Koalitionsfreiheit nicht stärker als die positive abgesichert sein. Dies betont ausdrücklich auch der Große Senat des BAG, der darauf verweist, die Streichung einer besonderen Garantie der negativen Koalitionsfreiheit im Parlamentarischen Rat habe den Sinn gehabt, eine Bevorzugung der Nichtorganisierten gegenüber den Organisierten zu vermeiden<sup>41</sup>.



Mutet man für die Ausübung der positiven Koalitionsfreiheit dem Einzelnen ein „Opfer“ in Höhe von einem Prozent des Monatseinkommens zu, so ist auch eine Zusatzleistung für Organisierte in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags zulässig: Die Schlechterstellung der Außenseiter ginge in einem solchen Fall nicht weiter, als sie heute für Organisierte regelmäßig eintritt. Der Rückgriff des BAG auf den Gedanken der Sozialinadäquanz stellt demgegenüber keinen ernsthaften Begründungsversuch, sondern den Gebrauch einer Leerformel dar, die beliebig einsetzbar ist. Im Bereich des Arbeitskampfrechts wurde sie vom Großen Senat im Jahr 1971 ohne nähere Begründung verabschiedet<sup>42</sup>, im vorliegenden Zusammenhang kann nichts anderes gelten. Zwar mag man -

---

<sup>40</sup> Überblick über die verschiedenen Positionen bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 15. Aufl., Reinbek 1998, Rn. 134 ff.

<sup>41</sup> BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG Bl. 19

<sup>42</sup> BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

auch ohne Rückgriff auf diesen Gesichtspunkt - in einer intransparenten Regelung einen unzulässigen Druck zum Beitritt sehen, doch ist in keiner Weise einsehbar, weshalb die Gewährung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes an Organisierte „intransparent“ sein sollte. Für die Betroffenen wird hinreichend deutlich, dass es sich hierbei um einen Ausgleich jedenfalls für die materiellen Aufwendungen handelt, die einem Organisierten aufgrund seiner Gewerkschaftsmitgliedschaft entstehen. Maßstab für einen möglicherweise unzulässigen Eingriff kann daher allein die Intensität des Drucks sein. Insoweit wäre eine Differenzierung in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrags zulässig.

### **3. Zur Überschreitung der Tarifmacht**



Durch die Vereinbarung einer Differenzierungsklausel wird auch nicht das Arbeitsverhältnis der Außenseiter gestaltet, was nach § 4 Abs. 1 TVG in der Tat außerhalb betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen nicht möglich wäre. Die rechtliche Wirkung einer Differenzierungsklausel beschränkt sich darauf, den Arbeitgeber zu verpflichten, bestimmte Leistungen an Außenseiter nicht zu erbringen, oder eine entsprechende Vorgabe für die Leistungen einer gemeinsamen Einrichtung vorzusehen. Im Grundsatz wird dies auch vom BAG als zulässig anerkannt, jedoch aus den erwähnten Sozialinadäquanzgesichtspunkten abgelehnt. Auch die Überlegung, Tarifverträge dürften nicht kommerzialisiert werden, lässt sich schwerlich halten: Vom Außenseiter wird kein „Beitrag“ erhoben, vielmehr sieht er sich in einer Situation, wie sie auch Nichtmitgliedern anderer Vereine widerfahren kann: Niemand hat dagegen Bedenken, wenn es bei der Pannenhilfe des ADAC einen billigeren Tarif für Mitglieder und einen teureren für Nichtmitglieder gibt. Entgegen BAG bedarf es deshalb auch keiner „Rechtsfortbildung“, um eine solche „Privilegierung“ der Mitgliedschaft zu legitimieren: Sie ist selbstverständli-

cher Bestandteil einer auch die Vereinigungsfreiheit anerkennenden Rechtsordnung.

#### **4. Zur Tarifgrenze der Unzumutbarkeit**

Was schließlich den vom BAG herangezogenen Grundsatz der Unzumutbarkeit betrifft, so erstaunt, dass diese „Tarifgrenze“ ausschließlich im Zusammenhang mit den sog. Anerkennungsforderungen der Gewerkschaften (Differenzierungsklauseln, Solidaritätsbeiträge, Absicherung von Vertrauensleuten) entwickelt wurde; bei anderen Fragen hat sie zunächst keine Rolle gespielt<sup>43</sup>.

Gegen die Begrenzung tariflicher Abmachungen durch den allgemeinen Gesichtspunkt der „Unzumutbarkeit“ spricht sein außerordentlich pauschaler Charakter. Was „zumutbar“ und was „unzumutbar“ ist, lässt sich sehr verschieden beurteilen, so dass es letztlich den Wertungen des einzelnen Arbeitsrichters überlassen bleiben muss, ob ein Tarifvertrag Bestand hat oder nicht. Damit würde aber das grundgesetzlich garantierte Tarifsysteem ohne jede Rechtsgrundlage einem allgemeinen Vorbehalt unterworfen, der auf eine Tarifizensur hinauslaufen könnte. Arbeitgeber und Gewerkschaften könnten nicht mehr frei entscheiden, was sie sich zumuten wollen; im Ergebnis wären sie vom Jawort eines Richters abhängig<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Vgl. Gitter AuR 1970, 129

<sup>44</sup> Eingehender Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1976, S. 244 ff.

## V. ERGEBNIS

Festzuhalten ist, dass die Rechtsprechung des BAG eine „Tarif- oder Ausgleichszulage“ an Organisierte in Höhe des halben Gewerkschaftsbeitrags zulässt. Soweit man sich der berechtigten Kritik am BAG anschließt, ist eine Differenzierung jedenfalls bis zum Doppelten des Gewerkschaftsbeitrags zulässig.



Impressionen Festakt „40 Jahre Tarifvereinbarung Miederindustrie“  
1. Juli 2003 Kritische Akademie Inzell

Diese Broschüre kann als PDF-Datei auf unserer Website

<http://www.kritische-akademie.de/dh/grundlagen.html>

herunter geladen werden.



***VIELLEICHT GIBT  
ES SCHÖNERE ZEITEN,  
ABER DIESE IST  
DIE UNSERE***

***Jean-Paul Sartre***

