



Ausarbeitung

Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln
Ausgewählte Rechtsprechung und Kritik

Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln

Ausgewählte Rechtsprechung und Kritik

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 019/23
Abschluss der Arbeit: 04.05.2023 (gleichzeitig letzter Abruf der Internetquellen)
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Gleichbehandlungsgrundsatz und Differenzierung nach Tarifbindung	5
3.	Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln	6
3.1.	Einfache Differenzierungsklausel	7
3.2.	Qualifizierte Differenzierungsklauseln	7
3.3.	Binnendifferenzierungsklauseln	8
3.4.	Absperrklauseln	8
4.	Rechtsprechungsentwicklung	9
4.1.	Rechtsprechung des BAG	9
4.1.1.	Beschluss des Großen Senats des BAG vom 29. November 1967	9
4.1.2.	Urteil des BAG vom 9. Mai 2007	10
4.1.3.	Urteil des BAG vom 18. März 2009	10
4.1.4.	Urteil des BAG vom 23. März 2011	12
4.1.5.	Urteil des BAG vom 15. April 2015	12
4.2.	Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	13
5.	Kritische Standpunkte aus der Rechtswissenschaft	13
5.1.	Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit	14
5.2.	Eingriff in die Vertragsfreiheit	14
5.3.	Alternative Gestaltungsvorschläge zur Spannensicherungsklausel	15
5.4.	Reichweite arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf Tarifverträge	15
6.	Gesetzentwurf	16
7.	Wirkung von Differenzierungsklauseln im Hinblick auf die Stärkung der Tarifbindung	17

1. Einleitung

Das deutsche Tarifsysteem ist im Wesentlichen mitgliedschaftsbasiert. Das gilt für die Ausübung der Tarifautonomie (soziale Mächtigkeit als Voraussetzung der Tariffähigkeit¹) ebenso wie für die Bindung an die tarifvertraglichen Normen nach den §§ 3 und 4 des Tarifvertragsgesetzes (TVG). Seit den 1990er-Jahren ist jedoch in Deutschland ein allgemeiner Rückgang der Tarifbindung zu beobachten. Während 1999 noch rund 40 Prozent der Betriebe an einen Branchentarif gebunden waren, waren es 2020 nur noch 24 Prozent. Der Anteil der Beschäftigten in tarifgebundenen Betrieben ist in diesem Zeitraum von 62 Prozent auf 43 Prozent zurückgegangen.² Aber auch auf der Arbeitnehmerseite nimmt der Organisationsgrad immer weiter ab. Zwischen 1980 und 2018 verringerte sich der „Netto-Organisationsgrad“ der Gewerkschaften in Deutschland von 32,5 Prozent auf 16,7 Prozent und lag 2021 bei 17,4 Prozent.³

Als wirkmächtigster Grund für den Niedergang der Mitgliederzahlen der Gewerkschaften wird neben anderen Faktoren vielfach die verbreitete Praxis der Arbeitgeber betrachtet, tarifliche Arbeitsbedingungen über individualvertragliche Bezugnahme Klauseln auch ihren nichtorganisierten Beschäftigten zu gewähren.⁴

Um den Gleichstellungsbemühungen der Arbeitgeber entgegenzutreten, versuchen Gewerkschaften durch sogenannte Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen, ihren Mitgliedern Vorteile gegenüber nichtorganisierten Beschäftigten zu garantieren, um nichtorganisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern einen wirtschaftlichen Anreiz für den Verbandsbeitritt zu bieten.

Die 2022 verabschiedete Mindestlohnrichtlinie der Europäischen Union⁵, die bis November 2024 von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist, sieht unter anderem für Mitgliedstaaten mit einer tariflichen Abdeckung von weniger als 80 Prozent eine Verpflichtung vor, Maßnahmen zu deren Erhöhung zu ergreifen. Auch im Zusammenhang mit dieser Herausforderung sind tarifvertragliche

1 Vgl. etwa Franzen in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage 2023, § 2 TVG, Rn. 11 ff.

2 Kohaut, Susanne: Entwicklung der Tarifbindung - Stellungnahme des IAB zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestags am 7.6.2021, IAB-Stellungnahme 3/2021, S. 5 f., abrufbar im Internetauftritt des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) der Bundesagentur für Arbeit: <https://doku.iab.de/stellungnahme/2021/sn0321.pdf>; vgl. dazu auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. - Drucksache 20/3626 - Gute Arbeit mit Tarifvertrag - Tarifbindung in Deutschland, Bundestagsdrucksache 20/3909 vom 7. Oktober 2022.

3 Fulda, Carolin Denise: Gewerkschaften: Weniger Repräsentativität durch Strukturdefizite?, IW-Kurzbericht 83/2022, Berlin, 5. Oktober 2022, abrufbar im Internetauftritt des Instituts der deutschen Wirtschaft: <https://www.iwkoeln.de/studien/carolin-denise-fulda-weniger-repraesentativitaet-durch-strukturdefizite.html>.

4 Mayer, Felix: Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen im Tarifvertrag - Zugleich ein Beitrag zum tarifvertraglichen Gleichbehandlungsgrundsatz, Berlin 2022, S. 26 mit weiteren Nachweisen aus dem Schrifttum.

5 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. L 275, S. 33, abrufbar im Internet unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2041&from=DE>

Differenzierungsklauseln in jüngerer Zeit wieder verstärkt in den Fokus der tarifrechtlichen und verfassungsrechtlichen Diskussion gerückt.⁶

2. Gleichbehandlungsgrundsatz und Differenzierung nach Tarifbindung

Zu den tragenden Grundprinzipien des Arbeitsrechts gehört der von Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelte Gleichbehandlungsgrundsatz, der dem Arbeitgeber eine unterschiedliche Behandlung einzelner Beschäftigter gegenüber anderen Beschäftigten verbietet, wenn es dafür keinen sachlichen Grund gibt. Auch sachfremde Gruppenbildung von begünstigten und benachteiligten Beschäftigten ist danach unzulässig.⁷ Eine Differenzierung ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) dann sachfremd, „wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigenwertigen Gründe gibt.“⁸

Rechtsnormen des Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, gelten nach § 4 Abs. 1 Satz 1 des TVG unmittelbar und zwingend zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen. Tarifgebunden sind aber nach § 3 Abs. 1 TVG nur die Mitglieder der Tarifvertragsparteien und der Arbeitgeber, der selbst Partei des Tarifvertrages ist.

Zwar kann die unterschiedslose Anwendung eines Tarifvertrages eine allgemeine vom Arbeitgeber gesetzte Ordnung in seinem Betrieb oder Unternehmen sein, die ihn nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz binden kann. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz selbst verpflichtet den Arbeitgeber jedoch nach der Rechtsprechung des BAG nicht, Arbeitnehmer, die mangels Tarifbindung oder Allgemeinverbindlichkeit (§ 5 TVG) nicht tarifgebunden sind, ebenfalls die tariflichen Arbeitsbedingungen zugutekommen zu lassen.⁹

Nach der Rechtsprechung des BAG kann sich der Arbeitgeber ohne Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz auch außerhalb eines Tarifvertrages schuldrechtlich dazu verpflichten, bestimmte Geldbeträge zur Verteilung nur an die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft zur Verfügung zu stellen. Die Nichtanwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Vereinbarungen zwischen Tarifvertragsparteien auch außerhalb ei-

6 In diesem Zusammenhang ist freilich hervorzuheben, dass der Begriff der „Tarifabdeckung“ nach der Definition der Richtlinie auch die Fälle der schuldrechtlichen Einbeziehung von Tarifnormen umfasst.

7 Kiss-Nauenheim, Orsolya et al. in: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) (Hrsg.): Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Rn. 291 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG.

8 Besgen in: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 67. Edition, Stand: 1. März 2023, § 112 BetrVG, Rn. 19 mit zahlreichen Einzelfallbeispielen aus der detaillierten arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung.

9 Zwanziger/Däubler in: Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage 2022, § 4a TVG, Rn. 278 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG.

nes Tarifvertrags hat danach ihren Grund darin, dass bei solchen Vereinbarungen kein strukturelles Ungleichgewicht der Verhandlungspartner besteht, sondern von Verfassungen wegen einer Verhandlungsparität vorausgesetzt wird.¹⁰

Die weit überwiegende Zahl der Arbeitsverträge in Deutschland enthält jedoch Verweisungsklauseln auf Tarifverträge.¹¹ Beschäftigte, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sind, werden damit regelmäßig wie Tarifunterworfenen behandelt¹² und es entfällt für sie ein entscheidendes Motiv, selbst Mitglied einer Gewerkschaft zu werden.¹³ Vor diesem Hintergrund erscheint es naheliegend, dass Gewerkschaften nach Möglichkeiten suchen, durch Vereinbarung exklusiver Tarifleistungen für ihre Mitglieder die Attraktivität einer Mitgliedschaft zu erhöhen.

Die tarifvertragliche Differenzierung nach Gewerkschaftszugehörigkeit als Mittel gewerkschaftlicher Organisationspolitik ist allerdings nicht neu und ihre tarifrechtliche und verfassungsrechtliche Zulässigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum seit jeher umstritten. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen dabei das durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Grundrecht der Koalitionsfreiheit, das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) auch die sogenannte negative Koalitionsfreiheit umfasst und davor schützt, „dass ein Zwang oder Druck auf die Nicht-Organisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten,“¹⁴ sowie das aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Grundrecht der Arbeitsvertragsfreiheit.

3. Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln

Bei den mitgliedschaftsanknüpfenden Differenzierungsklauseln handelt es sich um tarifvertragliche Nebenabreden, mit denen in der Regel eine unterschiedliche Behandlung von Mitgliedern der vertragschließenden Gewerkschaft und nicht oder anders organisierten Beschäftigten (sogenannten Außenseitern) bewirkt werden soll. Eine einheitliche Terminologie gibt es im Bereich

10 BAG, Urteil vom 21. Mai 2014 - 4 AZR 50/13, Leitsatz; BAG, Urteil vom 15. April 2015 - 4 AZR 796/13, Orientierungssatz 4 (jeweils zitiert nach juris).

11 90 Prozent nach Eylert, Mario: Differenzierungsklauseln, Präsentation zu einem Vortrag im 13. Hans-Böckler-Forum zum Arbeit- und Sozialrecht am 17. Februar 2022, S. 4, abrufbar im Internetauftritt der Hans-Böckler-Stiftung (HBS): https://www.boeckler.de/pdf/v_2022_02_17_eylert.pdf.

12 Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14. November 2015 - 1 BvR 1278/16, Rn. 8 (zitiert nach juris).

13 Vgl. Däubler, Wolfgang; Heuschmid, Johannes: Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, in: RdA 2013, S. 1-9 (2); ebenso Waltermann, Raimund, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe Band 15, Frankfurt am Main 2016, S. 25, abrufbar im Internetauftritt der HBS: https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=7942.

14 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00, Rn. 66 (zitiert nach juris) mit weiterem Nachweis aus der Rechtsprechung des BVerfG.

der Erörterung derartiger Klauseln bislang nicht.¹⁵ Nach der konkreten Gestaltung und der damit verbundenen Rechtswirkung werden in der tarif- und verfassungsrechtlichen Diskussion und Rechtsprechung regelmäßig einfache und qualifizierte Differenzierungsklauseln unterschieden, wobei letztere je nach Ansatz weiter untergliedert werden.

3.1. Einfache Differenzierungsklausel

Die einfache Differenzierungsklausel erhebt die Mitgliedschaft in der betreffenden Gewerkschaft zur Tatbestandsvoraussetzung eines tariflichen Anspruchs mit der Folge, dass Nichtmitgliedern der Anspruch nicht zusteht. Der Arbeitgeber bleibt aber in seiner Entscheidung frei, die tariflichen Leistungen auf einzelvertraglicher Grundlage auch anders oder nicht organisierten Beschäftigten zu gewähren. Damit zeichnet die einfache Differenzierung letztlich nur nach, was in den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG ohnehin normiert ist.¹⁶

3.2. Qualifizierte Differenzierungsklauseln

Qualifizierte Differenzierungsklauseln lösen demgegenüber weitergehende Rechtsfolgen aus, indem sie versuchen, die unterschiedliche Behandlung von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern zu erzwingen, sodass für freiwillige Gestaltung durch den Arbeitgeber kein Raum bleibt.

Eine Differenzierungsklausel mit Spannensicherungsregelung (**Spannen(sicherungs)klausel** oder **Abstandsklausel**) hindert den Arbeitgeber nicht daran, tarifliche Leistungen als allgemeine Leistungen allen seinen Beschäftigten zu gewähren, verpflichtet ihn aber, diese Leistungen für Beschäftigte, die der tarifschließenden Gewerkschaft angehören, um einen Spannenbetrag aufzustoßen, sodass er diesen stets eine höhere Leistung zu erbringen hat.

Eine Differenzierungsklausel mit Ausschlussregelung (**Tarifausschlussklausel**) verwehrt dem Arbeitgeber, nicht oder anders organisierten Beschäftigten tarifliche Leistungen zu gewähren. Die

15 Vgl. dazu Neumann, Sebastian: Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder - Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2011, S. 26 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus dem Schrifttum.

16 Vgl. Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 11. Dezember 2007 - 5 Sa 914/07, Rn. 39 (zitiert nach juris).

verabredeten Vorteile sollen danach ausschließlich den Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft zur Verfügung stehen. Tarifausschlussklauseln haben jedoch in der tarifvertraglichen Praxis kaum Bedeutung¹⁷ und sind „nach einhelliger Auffassung unzulässig“¹⁸.

3.3. Binnendifferenzierungsklauseln

Durch Binnendifferenzierungsklauseln, die auch als Stichtagsklauseln bezeichnet werden, ist die Mitgliedschaft in der vertragschließenden Gewerkschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt Voraussetzung für die Gewährung einer tariflichen Leistung, z.B. einer (ergänzenden) Leistung aus einem Tarifsozialplan.¹⁹ Da sie nicht zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern differenzieren, sondern sich allein auf bereits tarifgebundene Beschäftigte beziehen, zählen Binnendifferenzierungsklauseln nach der Rechtsprechung des BAG nicht zu den klassischen Differenzierungsklauseln.²⁰

3.4. Absperrklauseln

Tarifvertragliche Organisations- oder Absperrklauseln verbieten dem Arbeitgeber, überhaupt Außenseiter in seinem Unternehmen zu beschäftigen. Solche Klauseln, die im deutschen Recht vor dem ersten Weltkrieg und in der Weimarer Zeit eine Rolle spielten, bereits vom Reichsgericht aber wegen ihrer existenzvernichtenden Wirkung für unzulässig gehalten wurden, fanden nach dem zweiten Weltkrieg keine Anwendung mehr.²¹ Sie werden im Schrifttum zumeist nicht unter den Begriff der Differenzierungsklauseln subsumiert.

17 Vgl. Däubler, Wolfgang; Heuschmid, Johannes: Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, in: RdA 2013, S. 1-9 (8).

18 Höpfner, Clemens: Die Binnendifferenzierung im System tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, in: RdA 2019, S. 146-157 (149) mit weiteren Nachweisen aus dem Schrifttum.

19 Heuschmid/Klug in: Däubler: Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage 2022, § 1 TVG Rn. 1052.

20 BAG, Urteil vom 15. April 2015 - 4 AZR 786/13, Orientierungssatz 1 und Rn. 27; BAG, Urteil vom 27. Januar 2016 - 4 AZR 830/13, Rn. 72 (jeweils zitiert nach juris).

21 „Anders war die Entwicklung jedoch in Skandinavien, wo diese Regelungen immer noch existieren und über die Jahre zu einigen Stellungnahmen des [Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte] führten.“, Heuschmid/Klug in Däubler: Tarifvertragsgesetz, 5. Auflage 2022, § 1 TVG Rn. 1050 mit weiteren Nachweisen.

4. Rechtsprechungsentwicklung

Die Rechtsprechung hatte in den vergangenen Jahrzehnten über unterschiedliche Gestaltungen von Differenzierungsklauseln zu entscheiden und ist hinsichtlich ihrer Zulässigkeit zu zunehmend differenzierenden Ergebnissen gelangt.

4.1. Rechtsprechung des BAG

4.1.1. Beschluss des Großen Senats des BAG vom 29. November 1967

Aus Anlass des Streits um eine Spannungsicherungsklausel über eine zusätzliche Urlaubszuwendung in Höhe von ca. 50 DM für Mitglieder der vertragschließenden Gewerkschaft erklärte der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) mit Beschluss vom 29. November 1967 tarifvertragliche Differenzierungen zwischen den bei der vertragschließenden Gewerkschaft organisierten und anders oder nicht organisierten Arbeitsnehmern für unwirksam.²²

Der Große Senat würdigte zunächst den ausdrücklich ausgesprochenen Zweck der Klausel, mit Hilfe des Arbeitgebers die Außenseiter zum gewerkschaftlichen Beitritt und damit zur Stärkung der gewerkschaftlichen Macht zu veranlassen.²³ Derartige Klauseln überschritten jedoch die Tarifmacht der Koalitionen, die sich nicht auf Außenseiter erstreckte, und verletzten die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter, weil sie das „Gerechtigkeitsempfinden gröblich verletzen“ und dadurch ein sozial inadäquater Druck zum Gewerkschaftsbeitritt ausgeübt werde.²⁴

Der Große Senat des BAG schien mit diesem Beschluss, der hinsichtlich seiner Begründung im Schrifttum zum Teil scharf kritisiert wurde,²⁵ Differenzierungsklauseln jeglicher Art für unzulässig zu halten. „Diese Auffassung von der allgemeinen Unwirksamkeit von Differenzierungsklauseln ist in späteren Entscheidungen bestätigt worden“,²⁶ wurde im Schrifttum mit Blick auf den konkreten Entscheidungszusammenhang aber zunehmend in Frage gestellt.²⁷

22 BAG, Beschluss vom 29. November 1967 - GS 1/67.

23 BAG, Beschluss vom 29. November 1967 - GS 1/67, Rn. 99 (zitiert nach juris).

24 BAG, Beschluss vom 29. November 1967 - GS 1/67, Rn. 181 (zitiert nach juris).

25 Vgl. Neumann, Sebastian: Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder - Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2011, S. 152 f.

26 BAG, Urteil vom 9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06, Rn. 30 (zitiert nach juris) mit Nachweisen aus der BAG-Rechtsprechung.

27 BAG, Urteil vom 9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06, Rn. 30 (zitiert nach juris) mit Nachweisen aus dem Schrifttum; vgl. dazu auch Neumann, Sebastian: Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder - Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2011, S. 36 mit weiteren Nachweisen.

4.1.2. Urteil des BAG vom 9. Mai 2007

Gegenstand einer Entscheidung des Vierten Senats des BAG vom 9. Mai 2007 war eine tarifliche Differenzierungsklausel mit Stichtagsregelung, wonach eine tarifliche Sonderzahlung in Höhe von 55 Euro nur Beschäftigten zustehen sollte, die an einem Stichtag vor Geltungsbeginn des Tarifvertrages Mitglied der zuständigen Gewerkschaft waren und blieben. Für eine derartige „atypische“ Differenzierungsklausel folgte der Senat dem Beschluss des Großen Senats und erklärte sie für unwirksam.²⁸ Sie verstoße gegen die individuelle Koalitionsfreiheit, weil sie die tarifvertraglichen Bestimmungen der §§ 3 Abs. 1, 3 und 4 Abs. 1 TVG missachte, wonach die Geltung von Rechtsnormen eines Tarifvertrags hinsichtlich der Tarifgebundenheit allein vom Beginn der Mitgliedschaft abhängig sei, und den §§ 3 Abs. 3 und 4 Abs. 5 TVG widerspreche, wonach die Tarifgebundenheit bis zum Ende des Tarifvertrags besteht und seine Rechtsnormen bis zum Abschluss eines neuen Tarifvertrags gelten.

Dabei ließ der Senat ausdrücklich offen, „ob der Auffassung des Großen Senats von der grundsätzlichen Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln und ihrer Begründung uneingeschränkt zu folgen ist oder ob und ggf. mit welcher Regelungstechnik und in welchem Umfang zusätzliche Leistungen bestimmt werden können, die nur Gewerkschaftsmitglieder erhalten sollen.“²⁹

4.1.3. Urteil des BAG vom 18. März 2009

In seinem Urteil vom 18. März 2009 entschied der Vierte Senat des BAG, dass eine einfache Differenzierungsklausel, durch die in einem Tarifvertrag die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft zum Tatbestandsmerkmal eines Anspruchs auf eine jährliche Sonderzahlung von 535,00 Euro gemacht wird, keinen grundsätzlichen tarifrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Bedenken begegne.³⁰

Zwar müssten Tarifverträge möglicherweise grundsätzlich geeignet sein, alle Arbeitsverhältnisse in ihrem Geltungsbereich zu regeln.³¹ „Aber auch dann, wenn man hiervon ausgeht, kann angesichts der den Tarifvertragsparteien zugewiesenen Gestaltungsfreiheit eine Unwirksamkeit einer tariflichen Differenzierungsklausel nur angenommen werden, wenn die Regelung rechtswidrig ist, insbesondere im Verhältnis zu einem von Rechts wegen schützenswert verfolgten Ziel einen unverhältnismäßigen, einem Zwang ähnlichen Druck ausübt, das Recht darauf, einer Koalition fernzubleiben, aufzugeben, oder ein sonstiges überwiegendes Recht eines Dritten beeinträchtigt.“ In aller Regel dürften Differenzierungsklauseln daher „nicht an den Regelungen des Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung anknüpfen [...], die Grundlage des laufenden Le-

28 BAG, Urteil vom 9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06, Rn. 31 (zitiert nach juris).

29 BAG, Urteil vom 9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06, Rn. 31 (zitiert nach juris).

30 BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08, Leitsatz 1 und Rn. 31 (zitiert nach juris).

31 BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08, Rn. 60 (zitiert nach juris).

bensunterhaltes sind und die im Arbeitsleben jedenfalls regelmäßig als Maßstab für die Bemessung der angemessenen und üblichen Arbeitsbedingungen dienen [...]. Diese Grenze wirkt sich auch bei der Bestimmung einer Höchstgrenze für Leistungen aus, die nur für Gewerkschaftsmitglieder in Aussicht gestellt werden kann. Auch Sonderleistungen, die außerhalb des Austauschverhältnisses liegen, dürfen von diesem Maßstab ausgehend nicht eine Höhe erreichen, dass sie dieses Verhältnis im wirtschaftlichen Ergebnis maßgeblich beeinflussen [...].“³²

Der Vierte Senat sah sich dabei nicht durch die Entscheidung des Großen Senats gebunden: Des- sen Entscheidung aus dem Jahr 1967 habe sich allein auf die damals streitige Spannungsicherungs- klausel bezogen, nicht aber auf einfache Differenzierungsklauseln, die den Anforderungen der dort aufgestellten Rechtssätzen standhalte.³³ „Ausgehend von dem vom Großen Senat 1967 zugrunde gelegten Begriff der Sozialadäquanz [sei] die streitige Tarifregelung in der Form einer einfachen Differenzierungsklausel unter den heutigen Bedingungen nach den Kriterien des Gro- ßen Senats sozialadäquat.“³⁴ Denn dieser Begriff sei im Jahre 2007 anders auszufüllen als im Jahre 1967. Die Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit werde vom Bundesverfassungs- gericht mindestens seit 1971 auch unter einer Abwägung des konkreten Maßes des auf den Au- ßenseiter ausgeübten Drucks zum Koalitionsbeitritt bewertet.³⁵

Nicht abschließend geklärt hat das BAG in dieser Entscheidung, ab welcher Höhe der Druck auf den Arbeitnehmer unzulässig hoch wird. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird als Orien- tierungsmaßstab die Höhe des durchschnittlichen Gewerkschaftsbeitrags vorgeschlagen. Aus öko- nomischer Sicht könne Beitragsdruck erst entstehen, wenn der Gewerkschaftsbeitrag lukrativer erscheint als das Fernbleiben. Ein geldwerter Vorteil bis zur Höhe des Doppelten des Jahresbei- trags wird vielfach für verfassungsrechtlich unbedenklich erachtet.³⁶ Das Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein hat 2011 eine Mehrleistung an Gewerkschaftsmitglieder in Höhe von unter 7 Prozent des Jahreseinkommens nicht beanstandet.³⁷

32 BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08, Rn. 79.

33 BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08, Leitsatz 2.

34 BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08, Rn. 116 (zitiert nach juris).

35 BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08, Rn. 118 (zitiert nach juris) mit Nachweisen aus der Rechtspre- chung des BVerfG.

36 Neumann, Sebastian: Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder - Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2011, S. 154 ff.; ähnlich Däubler, Wolfgang; Heuschmid, Johannes: Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, in: RdA 3213, S. 1-9 (7); Waltermann, Raimund, Differenzie- rungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe Band 15, Frankfurt am Main 2016, S. 46 f., abrufbar im Internetauftritt der HBS: https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=7942.

37 LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 10. Oktober 2011 - 2 Sa 247/11, Leitsatz und Rn. 56 unter Berufung auf LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 17. Juni 2010 - 10 Sa 35/10 (jeweils zitiert nach juris).

4.1.4. Urteil des BAG vom 23. März 2011

In seinem Urteil vom 23. März 2011 hatte das BAG erneut über die Zulässigkeit einer qualifizierten Differenzierungsklausel in der Form einer Spannungsicherungsklausel zu befinden, die den Arbeitgeber verpflichtete, den Mitgliedern der vertragschließenden Gewerkschaft eine Erholungsbeihilfe von jährlich 260 Euro zu zahlen. Im Fall einer Kompensationsleistung an andere Beschäftigte sah sie das Entstehen eines entsprechend erhöhten Anspruchs für die Gewerkschaftsmitglieder vor.

Der Vierte Senat des BAG schloss darin an sein Urteil aus dem Jahr 2009 an und bestätigte zunächst die Zulässigkeit der zugrunde liegenden einfachen Differenzierungsklausel. Der Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltenen Anspruch auf die Erholungsbeihilfe sei im zu entscheidenden Fall „weder seiner Art noch der absoluten Höhe nach geeignet, einen unverhältnismäßigen Zwang auf die nicht oder anders Organisierten auszuüben“.³⁸

Hinsichtlich der Spannungsicherungsklausel bestätigte das Gericht jedoch den Beschluss des Großen Senats von 1967 und erklärte sie wegen Überschreitung der den Sozialpartnern durch Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesenen Tarifmacht sowie wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz und die Arbeitsvertragsfreiheit für unwirksam: „Die Tarifvertragsparteien können normativ Rechte und Pflichten der tarifunterworfenen Arbeitsverhältnisse bestimmen. Sie sind aber nicht befugt, die einzelvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer, mit zwingender Wirkung in diese Arbeitsverhältnisse hinein einzuschränken.“³⁹ „Die Spannenklausel [...] erfasst den außertariflichen Bereich und ist deshalb unwirksam. Sie bewirkt zwar keine absolute, aber eine relative Begrenzung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter, indem sie es dem Arbeitgeber rechtlich-logisch unmöglich macht, die vertraglichen Arbeitsbedingungen der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den tariflich normierten Arbeitsbedingungen der ver.di-Mitglieder anzugleichen, und damit dem Arbeitgeber zugleich eine im Wege der Gestaltung von individualvertraglichen Bedingungen nicht auflösbare ‚Ungleichstellung‘ zwingend auferlegt. Damit greift sie in unzulässiger Weise über den ihr zustehenden Regelungsrahmen hinaus und in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer ein.“⁴⁰

4.1.5. Urteil des BAG vom 15. April 2015

Das BAG-Urteil vom 15. April 2015 hat eine Binnendifferenzierungsklausel (Stichtagsklausel) zum Gegenstand, die der Vierte Senat grundsätzlich für zulässig erachtete. Werde in einem Tarifvertrag nicht zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern differenziert, sondern zwi-

38 BAG, Urteil vom 23. März 2011 - 4 AZR, Rn. 22 (zitiert nach juris).

39 BAG, Urteil vom 23. März 2011 - 4 AZR, Rn. 39 (zitiert nach juris).

40 BAG, Urteil vom 23. März 2011 - 41 AZR, Rn. 43 (zitiert nach juris).

schen Gruppen tarifgebundener Arbeitnehmer, könne die negative Koalitionsfreiheit der Betroffenen nicht verletzt sein. Daher handele es sich nicht um eine sogenannte einfache Differenzierungsklausel.⁴¹

Derartige Binnendifferenzierungsklauseln seien grundsätzlich zulässig: „Die Tarifvertragsparteien können in einem Tarifvertrag mit sozialplanähnlichem Inhalt für Leistungen mit einer Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion zwischen verschiedenen Gruppen von Gewerkschaftsmitgliedern - solchen, die vor einem Stichtag Gewerkschaftsmitglied waren und später eingetretenen - grundsätzlich differenzieren, wenn der Stichtag nicht willkürlich gewählt wird, sondern für ihn ein sachlicher Grund besteht (hier: Datum des Abschlusses der Tarifverhandlungen über eine Teilbetriebsstillegung).“⁴²

4.2. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat 2018 die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln bestätigt. Es nahm die Verfassungsbeschwerde eines Arbeitnehmers, der sich durch eine einfache Differenzierungsklausel in einem Transfer- und Sozialtarifvertrag benachteiligt sah, nicht zur Entscheidung an. Eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit liege nicht vor, solange sich aus der Differenzierungsklausel nur ein faktischer Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt ergebe, aber weder Zwang noch Druck entstehe. Ein Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit sei nicht erkennbar.

In diesem Zusammenhang hob das Gericht die Angemessenheitsvermutung hervor: „Grundsätzlich darf davon ausgegangen werden, dass von den Tarifvertragsparteien erzielte Verhandlungsergebnisse die Interessen beider Seiten sachgerecht zum Ausgleich bringen. Daher kommt dem Tarifvertrag eine Richtigkeitsvermutung zu; ein objektiver Maßstab, nach dem sich die Richtigkeit besser beurteilen ließe, existiert nicht [...]. Es liegt nicht nahe, generell davon auszugehen, dass den Grundrechtspositionen von ‚Außenseitern‘ bei tarifvertraglichen Differenzierungen nicht Rechnung getragen würde.“⁴³

5. Kritische Standpunkte aus der Rechtswissenschaft

Die Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln ist im rechtswissenschaftlichen Schrifttum überwiegend zustimmend aufgenommen worden. Nur

41 BAG, Urteil vom 15. April 2015 - 4 AZR 786/13, Orientierungssatz 1 und Rn. 27 (zitiert nach juris).

42 BAG, Urteil vom 15. April 2015 - 4 AZR 786/13, Leitsatz 1 und Rn. 28, 35 (zitiert nach juris).

43 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 14. November 2028 - 1 BvR 1278/16, Rn. 8 (zitiert nach juris);

vereinzelt gibt es kritische Stimmen.⁴⁴ Im Übrigen verläuft die Ablehnung oder Befürwortung von Differenzierungsklauseln im Wesentlichen entlang der jeweiligen Lager der Sozialpartner.⁴⁵

Dass insbesondere Spannungsicherungsklauseln der tarifvertraglichen Praxis nach der Rechtsprechung nach wie vor verwehrt sind, stößt in der Literatur zum Teil auf Kritik.

5.1. Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit

Während die Rechtsprechung sowie die herrschende Meinung im Schrifttum die negative Koalitionsfreiheit als Spiegelbild der positiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG herleiten,⁴⁶ vertritt *Deinert* die Auffassung, dass die negative Koalitionsfreiheit in den Fällen, in denen es nicht um die tarifvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen von Außenseitern geht, allein durch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sei.⁴⁷ Ein Eingriff in dieses Grundrecht sei aufgrund des ausdrücklichen Vorbehalts der verfassungsmäßigen Ordnung, die als Gesamtheit aller Normen verstanden wird, die formell oder materiell mit der Verfassung in Einklang stehen, vom Gesetzgeber leichter zu legitimieren.⁴⁸

5.2. Eingriff in die Vertragsfreiheit

Däubler/Heuschmid widersprechen der Annahme des BAG, Spannungsicherungsklauseln verstießen gegen die Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeber und Außenseiter aus Art. 12 Abs. 1 GG (siehe oben 4.1.4.). Den einzelnen Beschäftigten bleibe es nämlich freigestellt, mit einem Gleichstellungswunsch an den Arbeitgeber heranzutreten, und der Arbeitgeber habe im typischen Fall des Abschlusses eines Firmentarifs „von seiner Privatautonomie Gebrauch gemacht und sich in der Weise gebunden, dass er Außenseiter nicht gleichstellen“ wolle.⁴⁹ Dies könne nicht in einen Eingriff in seine Vertragsfreiheit umgedeutet werden.

44 Brecht-Heitzmann, Holger; Gröls, Marcel: Begrenzte Spannungsicherungsklauseln als tarifliches Gestaltungsmittel, in: NZA-RR 2011, S. 505-510 (505) mit Nachweisen.

45 So bereits Brecht-Heitzmann, Holger; Gröls, Marcel: Begrenzte Spannungsicherungsklauseln als tarifliches Gestaltungsmittel, in: NZA-RR 2011, S. 505-510 (506) mit Nachweisen.

46 Vgl. Deinert, Olaf: Negative Koalitionsfreiheit - Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, RdA 2014, S. 129-135 (132) mit Nachweisen aus der BAG-Rechtsprechung.

47 Deinert, Olaf: Negative Koalitionsfreiheit - Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, RdA 2014, S. 129-135 (129) unter Berufung auf Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 382 ff.

48 Deinert, Olaf: Negative Koalitionsfreiheit - Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, RdA 2014, S. 129-135 (132).

49 Däubler, Wolfgang; Heuschmid, Johannes: Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, in: RdA 2013, S. 1-9 (6).

Demgegenüber gesteht *Waltermann* eine für eine Qualifizierung als Eingriff ausreichende faktische Einschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zu, die jedoch verfassungsrechtlich unter konsequenter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt sei.⁵⁰

5.3. Alternative Gestaltungsvorschläge zur Spannungsicherungsklausel

Als mögliche Alternative zur Spannungsicherungsklausel schlagen *Däubler/Heuschmid* eine Vereinbarung vor, „die den Arbeitgeber zur Zahlung einer bestimmten Summe an eine Einrichtung verpflichtet, die das Geld dann ausschließlich an Gewerkschaftsmitglieder verteilt.“⁵¹ Dieser Gestaltungsweg ist von der Rechtsprechung auch im Einzelfall bereits als zulässig erachtet worden.⁵²

5.4. Reichweite arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf Tarifverträge

Der Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln stimmt auch *Höpfner* in einem neueren Beitrag uneingeschränkt zu, kritisiert jedoch die restriktive Auslegung arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf Tarifverträge durch das BAG. Die Bezugnahme fingiert danach nicht die Gewerkschaftsmitgliedschaft. „Einer Verweisungsklausel [können] ohne besondere Anhaltspunkte im Wortlaut keine übereinstimmende Statusbestimmung durch die Arbeitsvertragsparteien unterstellt werden. Erkennbar gewollte Rechtsfolge einer solchen Vereinbarung [sei] es allein, die Anwendbarkeit der Tarifnormen im Arbeitsverhältnis herbeizuführen, und nicht etwa, dem Arbeitnehmer einen bestimmten Status zu verschaffen oder ihn zu fingieren.“⁵³ Dieser Versuch, die Effektivität einfacher Differenzierungsklauseln zu steigern, überzeuge nicht. Vielmehr seien „Bezugnahmeklauseln [...] im Zweifel dahingehend auszulegen, dass der Arbeitnehmer auch Anspruch auf die Leistung haben soll, die tatbestandlich die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft voraussetzt.“⁵⁴ Nach dieser Ansicht würden einfache Differenzierungsklauseln überwiegend ins Leere laufen.

50 Waltermann, Raimund, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe Band 15, Frankfurt am Main 2016, S. 72 ff., abrufbar im Internetauftritt der HBS: https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=7942.

51 Däubler, Wolfgang; Heuschmid, Johannes: Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, in: RdA 2013, S. 1-9 (8).

52 LAG Hessen, Urteil vom 19. November 2012 - 17 Sa 134/12.

53 BAG, Urteil vom 18. März 2009 - 4 AZR 64/08, Rn. 118 (zitiert nach juris).

54 Höpfner, Clemens: Die Binnendifferenzierung im System tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, RdA 2019, S. 146-157 (157).

6. Gesetzentwurf

Auch nach Klärung wesentlicher Fragen durch die höchstrichterliche Rechtsprechung kommt die Diskussion um Differenzierungsklauseln nicht zur Ruhe. Um den fortdauernden Streit zu befrieden und Rechtssicherheit über die Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung zu erhalten, wird eine einfachgesetzliche Regelung dieser Frage im Schrifttum für wünschenswert gehalten.⁵⁵

Eine Arbeitsgruppe von Juristen aus dem gewerkschaftsnahen Bereich hat die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln unter Berücksichtigung der Rechtsprechung untersucht und 2021 einen entsprechenden Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung des § 1 TVG erarbeitet.⁵⁶

Der Entwurf sieht nicht nur die Zulassung einfacher Differenzierungsklauseln, sondern ausdrücklich auch qualifizierter Differenzierungsklauseln in Form der Spannungsicherungsklausel vor. Ihre Zulässigkeit wird von den Autoren damit begründet, dass sie weder eine Inanspruchnahme von Tarifmacht für Außenseiter noch ein Verbot der Leistungserbringung an Außenseiter darstellten. Entgegen der Auffassung des BAG in seinem Urteil aus 2011 (siehe oben 4.1.4.) werde dem Arbeitgeber dadurch eine Gleichstellung nicht „rechtlich-logisch“ unmöglich gemacht.

Spannungssicherungsklauseln seien erforderlich zur Stabilisierung des Systems, „indem eine kollektive Strategie zur Gefährdung des Tarifverhandlungssystems verhindert werde, ohne die Verhandlungsmacht einzelner Abreitnehmer zu beschränken.“⁵⁷

Spannungsicherungsklauseln müssten jedoch angemessen sein. Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind nach dem Entwurf insbesondere der Zweck der tariflichen Rechte und die finanzielle Bedeutung der Vorteile für die Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Entsprechend den Vorschlägen anderer Autoren für die Angemessenheit einfacher Differenzierungsklauseln sollen Vorteile, die das Doppelte des durchschnittlichen Jahresbeitrags eines Arbeitnehmers zur tarifschließenden Gewerkschaft nicht überschreiten als angemessen gelten.

55 Neumann, Sebastian: Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder - Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2011, S. 251.

56 Deinert, Olaf: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln - Möglichkeiten und Inhalt einer möglichen gesetzlichen Gestaltung, Vortrag zur Tarifrrechtlichen Tagung 2021 des Hugo-Sinzheimer-Instituts für Arbeits- und Sozialrecht (HSI) der Hans-Böckler-Stiftung (HBS), Präsentation, Frankfurt, 27. Mai 2021, ohne Seitennummerierung, abrufbar im Internetauftritt der HBS: https://www.boeckler.de/pdf/v_2021_05_27_deinert.pdf.

57 Deinert, Olaf: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln - Möglichkeiten und Inhalt einer möglichen gesetzlichen Gestaltung, Vortrag zur Tarifrrechtlichen Tagung 2021 des Hugo-Sinzheimer-Instituts für Arbeits- und Sozialrecht (HSI) der Hans-Böckler-Stiftung (HBS), Präsentation, Frankfurt, 27. Mai 2021, abrufbar im Internetauftritt der HBS: https://www.boeckler.de/pdf/v_2021_05_27_deinert.pdf.

7. Wirkung von Differenzierungsklauseln im Hinblick auf die Stärkung der Tarifbindung

Empirische Studien zur Wirksamkeit tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln liegen soweit ersichtlich nicht vor. Ob von derartigen Klauseln unabhängig von der Frage nach ihrer tarifrechtlichen und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit tatsächlich die von den Gewerkschaften erwartete Anreizwirkung zum Gewerkschaftsbeitritt ausgeht und sie damit zu einer Stärkung der Tarifbindung beitragen können, bleibt daher aus wissenschaftlicher Sicht bisher unbeantwortet.

* * *