

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 370

**Differenzierungsklauseln
mit Stichtagsregelung im Tarifvertrag**

**Zugleich ein Beitrag zum tarifvertraglichen
Gleichbehandlungsgrundsatz**

Von

Felix Mayer



Duncker & Humblot · Berlin

FELIX MAYER

Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelung
im Tarifvertrag

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg
Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen
Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg
Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg
Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg
Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 370

Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelung im Tarifvertrag

Zugleich ein Beitrag zum tarifvertraglichen
Gleichbehandlungsgrundsatz

Von

Felix Mayer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18459-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58459-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte September 2021 berücksichtigt.

Mein Dank gilt an erster Stelle Herrn Professor Dr. Clemens Höpfner, der als Betreuer nicht nur das Thema angestoßen, sondern die Arbeit darüber hinaus als geduldiger und stets interessierter Gesprächspartner mit zahlreichen wertvollen Anregungen vorangebracht hat. Ihm verdanke ich auch die schöne und in jeder Hinsicht bereichernde Zeit an seinen Lehrstühlen in Konstanz und Münster. Ebenfalls bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor em. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Simon Pschorr schulde ich Dank für das kritische Korrekturlesen sowie für unzählige konstruktive Anmerkungen.

Von Herzen gedankt sei auch meinen Kollegen an den Lehrstühlen in Konstanz und Münster, mit denen mich über die gemeinsame Arbeit hinaus eine enge Freundschaft verbindet. Die positive Stimmung und kollegiale Atmosphäre haben wesentlich zur Produktivität und zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Zuletzt, aber nicht minder herzlich möchte ich mich bei meinen Eltern Walter und Heidi Mayer bedanken. Durch ihre liebevolle Unterstützung und uneingeschränkte Förderung meiner akademischen Ausbildung haben sie die Anfertigung der vorliegenden Arbeit erst ermöglicht. Ihnen ist sie daher gewidmet.

Münster, im September 2021

Felix Mayer

Inhaltsübersicht

Teil 1

Einleitung	21
A. Niedrige Organisationsquoten in den Verbänden als elementare Herausforderung für das aktuelle Tarifvertragsrecht	21
B. Globale, regionale und lokale Faktoren für geringe Mitgliederzahlen	23
C. Individualvertragliche Bezugnahmeregelungen als Brandbeschleuniger des Mitgliederschwundes	26
D. Gegensteuerungsversuche von Seiten des Staates	29
E. Differenzierungsklauseln als organisationspolitische Antwort auf die Gleichstellungsstrategie vieler Arbeitgeber	31
I. Die Zulässigkeit tariflicher Differenzierungsklauseln im Spiegel einer jahrzehntelangen Debatte	33
II. Kategorisierung und Nomenklatur	34
III. Rechtliche Bewertung durch BAG und Schrifttum	36
F. Unterscheidung anhand der Mitgliedschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt als neue Facette innerhalb der Differenzierungsklauselproblematik	40
I. Unterschiedliche Behandlung von tarifgebundenen Arbeitnehmern als bekanntes Phänomen in der tarifvertraglichen Praxis	40
II. Grundlegende Judikate zu tariflichen Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelung	43
III. Zwischenergebnis	61
G. Taxonomie der unterschiedlichen Arten der Differenzierungsklausel mit Stichtagsregelung	62

Teil 2

Die Zulässigkeit der unterschiedlichen Arten von tarifvertraglichen Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelung	66
A. Grundlegende Präliminarien für die Prüfung	66
I. Überblick über den strukturellen Aufbau der Untersuchung	66
II. Methodische Grundausrichtung	67
B. Differenzierungsklausel mit Stichtag vor Abschluss des Tarifvertrags (Stichtag in der Vergangenheit)	74
I. Hermeneutische Analyse und systematische Einordnung in das Gefüge der Differenzierungsklauseln	74

II. Kongruenz zwischen normativer Regelungsbefugnis und konkretem Tarifinhalt	86
III. Inhaltliche Rechtmäßigkeit von Differenzierungsklauseln mit Stichtag in der Vergangenheit	110
IV. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte bei Tarifsozialplänen mit exklusiven Leistungen für bestimmte Gewerkschaftsmitglieder	291
V. Bezugnahmerechtliche Aspekte bei der individualvertraglichen Weitergabe der tariflichen Sonderleistungen im Außenseiter-Arbeitsverhältnis	297
C. Differenzierungsklauseln mit individuellen Wartezeiten	311
I. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter	312
II. Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit der Neumitglieder	313
III. Verstoß gegen die Arbeitsvertragsfreiheit	313
IV. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	313
V. Ergebnis	322
D. Differenzierungsklauseln mit Stichtag in der Zukunft	323

Teil 3

Das Verhältnis zwischen Differenzierungsklauseln im Mehrheitstarifvertrag und dem Nachzeichnungsrecht nach § 4a IV S. 1 TVG	326
A. Auslegung im engeren Sinn	328
I. Wortlaut des § 4a IV S. 1 TVG	328
II. Systematischer Zusammenhang	329
III. Historie des § 4a IV TVG im Lichte des Gesetzgebungsverfahrens	331
IV. Zwischenergebnis	339
B. Verfassungskonforme Auslegung von § 4a IV TVG im Fall eines Mehrheitstarifvertrags mit Differenzierungsklausel	339
I. Verfassungskonforme Auslegung als Instrument zur Herstellung und Bewahrung der Einheit der Rechtsordnung	340
II. Verfassungsmäßigkeit der gesetzlich angeordneten Tarifeinheit bei einem rein formalistisch verstandenen Nachzeichnungsrecht	343
III. Verfassungsmäßigkeit der gesetzlich angeordneten Tarifeinheit bei einem weit verstandenen Nachzeichnungsrecht mit einer wirtschaftlichen Gleichstellung aller tarifgebundenen Arbeitnehmer	346
IV. Zwischenergebnis	349
C. Ergebnis	349

Teil 4

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	351
Literaturverzeichnis	361
Stichwortverzeichnis	410

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Einleitung	21
A. Niedrige Organisationsquoten in den Verbänden als elementare Herausforderung für das aktuelle Tarifvertragsrecht	21
B. Globale, regionale und lokale Faktoren für geringe Mitgliederzahlen	23
C. Individualvertragliche Bezugnahmeregelungen als Brandbeschleuniger des Mitgliederschwundes	26
D. Gegensteuerungsversuche von Seiten des Staates	29
E. Differenzierungsklauseln als organisationspolitische Antwort auf die Gleichstellungsstrategie vieler Arbeitgeber	31
I. Die Zulässigkeit tariflicher Differenzierungsklauseln im Spiegel einer jahrzehntelangen Debatte	33
II. Kategorisierung und Nomenklatur	34
III. Rechtliche Bewertung durch BAG und Schrifttum	36
F. Unterscheidung anhand der Mitgliedschaft zu einem bestimmten Zeitpunkt als neue Facette innerhalb der Differenzierungsklauselproblematik	40
I. Unterschiedliche Behandlung von tarifgebundenen Arbeitnehmern als bekanntes Phänomen in der tarifvertraglichen Praxis	40
II. Grundlegende Judikate zu tariflichen Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelung	43
1. Urteil des BAG vom 9.5.2007	43
2. Urteil des BAG vom 18.3.2009	45
3. Urteile des BAG vom 5.9.2012 und 21.8.2013	47
4. Urteil des BAG vom 15.4.2015	50
a) Tatbestand und Verfahrensgang	50
b) Urteilsgründe des BAG	52
c) Bestätigung der Rechtsprechung in Folgeentscheidungen	54
5. Beschluss des BVerfG vom 14.11.2018	56
6. Schlussfolgerungen aus den Entscheidungen und ihre Bedeutung für die vorliegende Arbeit	58
a) Eingeschränkte Kommensurabilität der Entscheidungen als Folge unterschiedlicher Sachverhalte	58

b) Etablierung der Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelung als genuin eigenständige Kategorie in der BAG-Rechtsprechung	60
III. Zwischenergebnis	61
G. Taxonomie der unterschiedlichen Arten der Differenzierungsklausel mit Stichtagsregelung	62

Teil 2

Die Zulässigkeit der unterschiedlichen Arten von tarifvertraglichen Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelung	66
A. Grundlegende Präliminarien für die Prüfung	66
I. Überblick über den strukturellen Aufbau der Untersuchung	66
II. Methodische Grundausrichtung	67
1. Freiheitlich-privatautonomes Verständnis von Tarifautonomie als argumentatives Fundament der Untersuchung	68
2. Konsequenzen für die Darstellungsweise	71
3. Der ungeklärte Bedeutungsgehalt der „Tarifmacht“ als Belastung für eine einheitliche Terminologie und Struktur bei der Kontrolle von Tarifverträgen	72
B. Differenzierungsklausel mit Stichtag vor Abschluss des Tarifvertrags (Stichtag in der Vergangenheit)	74
I. Hermeneutische Analyse und systematische Einordnung in das Gefüge der Differenzierungsklauseln	74
1. Position des BAG	75
2. Kritik am ausschließlichen Fokus auf die „Binnendifferenzierung“	76
3. Ermittlung des tatsächlichen Regelungszwecks	77
a) Wortlaut	79
b) Regelungswille der Tarifvertragsparteien	79
aa) Staffelung nach dem Beitrittszeitpunkt als unselbständige Vorstufe zur Erreichung der Außenseiter-Differenzierung	80
bb) Sonderfall Tarifsozialplan: Einbindung der kritischen Unternehmenssituation in das strategische Kalkül der Tarifvertragsparteien	83
c) Ergebnis der Auslegung	84
d) Auswirkung der konkreten Zweckbestimmung auf die Einordnung der Differenzierungsklausel mit Stichtagsregelung	84
e) Möglichkeit der Umdeutung einer Differenzierungsklausel mit Stichtag in der Vergangenheit in eine einfache Differenzierungsklausel	85

II. Kongruenz zwischen normativer Regelungsbefugnis und konkretem Tarifinhalt	86
1. Faktisch-überschießende Tarifnormwirkung als Überschreitung der normativen Regelungsbefugnis?	87
a) Unterscheidung zwischen mittelbaren Auswirkungen des Tarifvertrags auf das Außenseiter-Arbeitsverhältnis und unmittelbarer Usurpation in den tariffreien Bereich	87
b) Anwendung der entwickelten Prinzipien auf die Differenzierungsklausel mit Stichtag in der Vergangenheit	90
2. Verschleierte Abstrafung der Außenseiter durch die konkrete Ausgestaltung der Differenzierungsklausel mit Stichtagsregelung?	91
a) Abstrafung der Außenseiter als rechtlich relevantes Motiv	93
aa) Abstrakte Berücksichtigungsfähigkeit der parteiinternen Motive neben dem gemeinsamen Willen der Tarifvertragsparteien	94
bb) Abstrafung der Außenseiter als bewusstseinsdominantes Motiv beider Tarifvertragsparteien?	96
(1) Gewerkschaftsseite	96
(2) Arbeitgeberseite	100
b) Zwischenergebnis	101
3. Ergebnis	101
4. Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG gegenüber tarifvertraglicher Normsetzung bei Betriebsänderungen?	102
a) Argumente der Befürworter einer Sperrwirkung	102
b) Argumente der Gegner einer Sperrwirkung	103
c) Kritische Würdigung	104
d) Ergebnis	109
III. Inhaltliche Rechtmäßigkeit von Differenzierungsklauseln mit Stichtag in der Vergangenheit	110
1. Präliminarien zur Überprüfung der konkreten Tarifnorm auf ihre Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht	110
2. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der nicht- oder andersorganisierten Arbeitnehmer	112
a) Dogmatische Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit	113
b) Eingriff in den Schutzbereich	117
aa) Erheblichkeit des Beitrittsdrucks als entscheidender Maßstab	117
bb) Sozialadäquanz als inhaltliche Leerformel ohne eigenständigen materiellen Bedeutungsgehalt	119
cc) Anwendung der Prinzipien auf die Differenzierungsklausel mit Stichtag in der Vergangenheit	121
(1) Auffassung des BAG	121
(2) Eigene Auffassung: Kein Beitrittsdruck bei tariflichen Leistungen mit Stichtag in der Vergangenheit	122

dd) Irrelevanz des Leistungsumfangs für die Frage nach dem Beitrittsdruck gegenüber Außenseitern	124
ee) Verschlechterung der Verhandlungsposition für die Außenseiter durch Exklusivleistungen in einem Tarifsozialplan als Eingriff	124
(1) Keine verfassungsrechtliche Gewährleistung einer Gleichbehandlung zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmer durch die negative Koalitionsfreiheit	126
(2) Unterschiedliche Lohnniveaus von Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern als Grundannahme des deutschen Tarifvertragsrechts	128
(3) Keine Übertragung von § 75 I BetrVG auf den Tarifsozialplan . . .	129
(4) Keine generelle, verfassungsrechtlich institutionalisierte Rücksichtnahmepflicht der Tarifvertragsparteien gegenüber Außenseitern	130
ff) Kein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter durch den generalpräventiven Druck angesichts künftiger Sanierungstarifverträge mit Stichtagsklauseln	133
c) Ergebnis	136
3. Verstoß gegen die Aus- bzw. Übertrittsfreiheit durch unmittelbaren Bleibedruck bei hohen Beträgen	136
4. Verstoß gegen die Aus- bzw. Übertrittsfreiheit durch die Kopplung der tariflichen Leistungen an eine Stichtagsklausel mit überlangen Bleibefristen und Rückzahlungsverpflichtungen	138
a) Überlange Bleibefrist als Eingriff?	138
b) Überlange Bleibefrist mit Rückzahlungsverpflichtung als Eingriff?	140
c) Ergebnis	144
5. Verstoß gegen die individuelle positive Koalitionsfreiheit	144
6. Verstoß gegen die Arbeitsvertragsfreiheit der nicht begünstigten Arbeitnehmer	147
a) Ausgangslage und maßgebliche Perspektive	148
b) Dogmatische Verankerung und Schutzbereich der Arbeitsvertragsfreiheit	149
c) Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit durch die Differenzierungsklausel mit Stichtagsregelung	152
aa) Tarifliche Regelungen als Belastung für individualvertragliche Abmachungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien	153
bb) Keine „rechtlich-logische Unmöglichkeit“ einer individualvertraglichen Regelung durch den Tarifvertrag mit Stichtagsklausel	153
cc) Faktische Aussichtslosigkeit einer individualvertraglichen Abmachung als Äquivalent zur „rechtlich-logischen Unmöglichkeit“?	154
d) Ergebnis	156
7. Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot	156
a) Die Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundsätze der Gleichbehandlung bei der tariflichen Normsetzung	157

b)	Notwendigkeit einer dogmatischen Begründung für die Bindung der Tarifvertragsparteien an die Gleichheitsrechte	158
aa)	Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur	158
bb)	Eigener Standpunkt	160
cc)	Zwischenergebnis	161
c)	Ansätze zur Erklärung einer Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 I GG	162
aa)	Der Ansatz einer unmittelbaren Bindung	162
(1)	Delegationstheorie	162
(2)	Verwandte Erklärungsansätze	163
bb)	Theorie einer immanenten Bindung an Art. 3 I GG als Folge einer Rechtsidentität zwischen individueller Koalitionsfreiheit und Koalitionsvereinbarung	165
cc)	Theorie einer Bindung an die Gleichheitsrechte aufgrund des staatlichen Normgeltungsbefehls in § 4 I TVG	166
dd)	Theorie einer mittelbaren Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 3 I GG infolge des staatlichen Schutzauftrags	167
(1)	Schutzfunktion der Grundrechte im Privat- und Arbeitsrecht	167
(2)	Neuere Tendenzen des BVerfG im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Art. 3 I GG in Privatrechtsverhältnissen	171
ee)	Zweifel an einer Bindung der Tarifvertragsparteien an den allgemeinen Gleichheitssatz	173
d)	Bewertung der präsentierten Modelle	174
aa)	Keine unmittelbare Bindung an Art. 3 I GG	174
bb)	Keine immanente Bindung als Folge einer Rechtsidentität zwischen individueller Koalitionsfreiheit und Koalitionsvereinbarung	176
cc)	Keine Bindung als Konsequenz aus dem staatlichen Normgeltungsbefehl	178
dd)	Keine mittelbare Bindung an Art. 3 I GG über die Schutzpflichtdimension der Grundrechte	181
ee)	Keine mittelbare Bindung an Art. 3 I GG infolge der privaten Entscheidungsmacht der Tarifvertragsparteien	185
e)	Eigener Ansatz: Bindung an den tarifrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz	188
aa)	Kohärenz zwischen tariflicher Normgeltung und dogmatischer Herleitung der Gleichbehandlungskontrolle	188
bb)	Willkürkontrolle als Schutzmechanismus bei Unterwerfung unter private Gestaltungsmacht	189
cc)	Gleichbehandlung als Mediatisierung der iustitia distributiva	192
dd)	Dogmatische Grundlagen für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Arbeitsrecht	195
(1)	Ansatz einer normativen Bindungswirkung	195

(2) Ansatz einer Rückführung auf ein „überpositives Ideal der Gerechtigkeit“	195
(3) Ansatz einer Gleichbehandlungspflicht als Folge der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht bzw. Pflicht zur Entscheidung nach billigem Ermessen	197
(4) Ansatz einer Gleichbehandlungspflicht als Folge einer Gemeinschaft	199
(5) Ansatz einer Gleichbehandlungspflicht als Folge einer privatautonomem Entscheidung der Arbeitnehmer	200
(6) Abschließende Bewertung	201
ee) Übertragung auf das Tarifvertragsrecht	203
(1) Gleichmäßige privatautonome Legitimation des Tarifinhalts als entscheidender Anknüpfungspunkt	203
(a) Verbandsmitglieder	203
(b) Außenseiter	206
(c) Sonderfall: Betriebsnormen im Sinne von § 3 II TVG?	208
(2) Kollektiver Bezug der tariflichen Maßnahme als zwingende Anwendungsvoraussetzung für den Gleichbehandlungsgrundsatz	209
(3) Beschränkung des Schutzes auf Situationen willkürlicher Schlechterstellung	211
(4) Zwischenergebnis	212
f) Inhaltliche Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs bei Differenzierungen zwischen Gewerkschaftsmitgliedern im Tarifvertrag	213
aa) Vorgehen des BVerfG bei der Feststellung der Kontrolldichte im Rahmen von Art. 3 I GG	214
bb) Besonderheiten des Rechtfertigungsmaßstabs im Verhältnis der Tarifvertragsparteien zu den einzelnen Verbandsmitgliedern	215
g) Aufgespaltene Regelung materieller Arbeitsbedingungen	218
aa) Geltungsbereichsbeschränkungen in Tarifverträgen	218
bb) Tarifvertragsübergreifende Gleichbehandlungskontrolle	220
cc) Zwischenergebnis	221
h) Willkürverbot auch bei schuldrechtlichen Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien	221
aa) Keine materielle Kongruenz von normativer und schuldrechtlicher Regelungsbefugnis	222
bb) Punktuelle Suspendierung der Angemessenheitsvermutung bei willkürlichen Differenzierungen	224
i) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den tarifvertraglichen Gleichbehandlungsgrundsatz	227
j) Zwischenergebnis: Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz mit Willkürprüfung bei tariflichen Differenzierungen unter den tarifgebundenen Arbeitnehmern	229

- k) Anwendung der Prinzipien auf die Differenzierungsklausel mit Stichtag in der Vergangenheit 230
 - aa) Unterscheidung innerhalb der Gewerkschaftsmitglieder als gleichbehandlungsrelevante Differenzierung 230
 - bb) Rechtfertigung der Differenzierung anhand eines Stichtags in der Vergangenheit 231
 - (1) Vorgehensweise bei der Darstellung 231
 - (2) Rechtfertigungsgründe 233
 - (a) Sanierungssituation als solche 233
 - (b) Koalitionsspezifische Interessen 233
 - (c) Bedürfnis nach kalkulatorischer Sicherheit 235
 - (aa) Bedürfnis nach kalkulatorischer Sicherheit bei einem begrenzten Finanzierungsvolumen im Tarifsozialplan 235
 - (bb) Bedürfnis nach kalkulatorischer Sicherheit als Rechtfertigungsgrund in anderen Rechtsgebieten 238
 - (cc) Zwischenergebnis 239
 - (3) Notwendiger Zusammenhang zwischen dem Kalkulationsinteresse der Tarifvertragsparteien und der Wahl des Stichtags 239
 - (4) Keine objektive Kontrolle der Stichtagslösung auf eine vermeintliche Optimierung des Mitgliederschutzes 241
 - (5) Grenzen der Rechtfertigungsmöglichkeit 244
 - (a) Qualitative Beschränkung bezüglich des Leistungsgegenstands auf Abfindungs- und Überbrückungszahlungen 244
 - (aa) Wiederkehrende Leistungen 245
 - (bb) Sonderfall: Tariflicher Bestandsschutz 248
 - (cc) Zwischenergebnis 251
 - (b) Vollständige Verteilung des Finanzierungsvolumens durch die Tarifvertragsparteien ohne Rückstellungen für Neumitglieder 251
 - (c) Notwendigkeit einer finanziellen Entschädigung für die Aufgabe des Sonderkündigungsschutzes auch für Neueinsteiger? 252
 - (aa) Verlust des Sonderkündigungsschutzes aufgrund normativer Tarifwirkung als zentrales Tatbestandsmerkmal 254
 - (bb) Konkreter Nachteilsausgleich keine unmittelbare Kompensation für den Verlust des Sonderkündigungsschutzes 254
 - (cc) Zwischenergebnis 256
 - 1) Ergebnis für diesen Abschnitt 256

- 8. Verstoß gegen §§ 3 I, 4 I TVG 257
- 9. Ordnungsfunktion des Tarifvertrags als Schranke für differenzierende Regelungsinhalte? 259
- a) „Ordnungsfunktion“ als unpräzises Schlagwort zwischen faktischer Ordnungswirkung der Tarifverträge und normativer Ordnungsaufgabe für die Tarifvertragsparteien 260

b)	Keine umfassende Rechtsetzungskompetenz der Tarifvertragsparteien über den Mitgliederkreis hinaus auf Grundlage eines vermeintlichen Ordnungsauftrags	264
c)	Normative Pflicht zur Verantwortung und Rücksichtnahme gegenüber der gesamten Belegschaft auf Grundlage der Ordnungsfunktion?	266
d)	Erfüllung der öffentlichen Ordnungsaufgabe durch die Wahrnehmung gruppenspezifischer Interessen innerhalb der Reichweite der normativen Regelungsbefugnis	271
e)	Zwischenergebnis	273
10.	Unzulässiges kollusives Zusammenwirken der Tarifvertragsparteien zu Lasten der Außenseiter?	274
a)	Keine Nichtigkeit des Tarifvertrags gemäß § 138 BGB	275
b)	Kollusives Zusammenwirken der Koalitionen zum Nachteil des Außenseiters als haftungsbegründende Schädigung im Sinne des § 826 BGB?	277
aa)	Argumentation des BVerfG	277
bb)	Kein sittenwidriges Verhalten der Tarifvertragsparteien	278
cc)	Keine zurechenbare Verknüpfung zwischen Abschluss des Tarifvertrags und tatbestandsmäßigem Schaden bei den Außenseitern	279
dd)	Ergebnis	280
11.	Exkurs: Verhältnis der tariflichen Differenzierungsklausel mit Stichtag in der Vergangenheit zu nationalen und unionsrechtlichen Kartellvorschriften	281
a)	Haustarifvertrag als Vereinbarung zwischen „Organisationen, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer vertreten“	285
b)	Tarifvertrag mit Differenzierungsklausel und Stichtagsregelung als „Vereinbarung zur unmittelbaren Verbesserung der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen“?	287
c)	Zwischenergebnis	290
12.	Ergebnis	291
IV.	Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte bei Tarifsozialplänen mit exklusiven Leistungen für bestimmte Gewerkschaftsmitglieder	291
1.	Übernahme von Regelungen aus dem Tarifsozialplan als zulässige Vorgehensweise im betrieblichen Sozialplanverfahren	292
2.	Übernahme von Regelungen aus dem Tarifsozialplan bei gleichzeitiger Besserstellung bestimmter Gewerkschaftsmitglieder in einem parallelen Tarifvertrag	293
3.	Auswirkungen auf die Praxis	295
V.	Bezugnahmerechtliche Aspekte bei der individualvertraglichen Weitergabe der tariflichen Sonderleistungen im Außenseiter-Arbeitsverhältnis	297
1.	Die bisherige Auslegungspraxis in Rechtsprechung und Schrifttum bei der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf differenzierende Tarifinhalte	297
2.	Würdigung und eigene Herangehensweise	299
a)	Im Ausgangspunkt autonome Vertragsauslegung: Ausschließliche Berücksichtigung des übereinstimmenden Willens der Arbeitsvertragsparteien	300

b) Kontrolle dieser Grundsätze im Hinblick auf die Auslegungspraxis des BAG bei individualvertraglichen Bezugnahme Klauseln	302
3. Auslegung der individualvertraglichen Bezugnahme Klausel bei einer tariflichen Differenzierungsklausel mit Stichtag in der Vergangenheit	305
4. Keine Kontrolle auf einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei bloßer Bezugnahme auf tarifliche Regelungen im Individualarbeitsverhältnis	307
a) Sichtweise des BAG und BVerfG	308
b) Eigener Standpunkt	309
5. Ergebnis	310
C. Differenzierungsklauseln mit individuellen Wartezeiten	311
I. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter	312
II. Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit der Neumitglieder	313
III. Verstoß gegen die Arbeitsvertragsfreiheit	313
IV. Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	313
1. Kalkulatorische Sicherheit als ausreichender Sachgrund für eine Ungleichbehandlung?	314
2. Notwendigkeit eines Sachgrunds selbst bei vermeintlich geringfügigen Ungleichbehandlungen	316
a) Vermeidung von Mitnahmeeffekten als Sachgrund?	317
b) Konkrete Anforderungen an den Sachgrund „Vermeidung von Mitnahmeeffekten“	319
aa) Maximale Höchstfrist der tariflichen Anwartschaftsphase	319
bb) Konnexität zwischen Leistungshöhe und Mindestmitgliedschaftsdauer?	320
c) Ausnahmeregelungen für den laufenden Bezugszeitraum?	320
V. Ergebnis	322
D. Differenzierungsklauseln mit Stichtag in der Zukunft	323

Teil 3

Das Verhältnis zwischen Differenzierungsklauseln im Mehrheitsarbeitsvertrag und dem Nachzeichnungsrecht nach § 4a IV S. 1 TVG 326

A. Auslegung im engeren Sinn	328
I. Wortlaut des § 4a IV S. 1 TVG	328
II. Systematischer Zusammenhang	329
III. Historie des § 4a IV TVG im Lichte des Gesetzgebungsverfahrens	331
1. Die Entstehung und Entwicklung des Nachzeichnungsrechts zum Schutz der Minderheitsgewerkschaft bis zum Regierungsentwurf vom 11.12.2014	332

2. Entwicklungsstufen des Nachzeichnungsrechts im parlamentarischen Verfahren	334
3. Bewertung der historischen Entwicklung im Hinblick auf die Reichweite des Nachzeichnungsrechts	336
IV. Zwischenergebnis	339
B. Verfassungskonforme Auslegung von § 4a IV TVG im Fall eines Mehrheitstarifvertrags mit Differenzierungsklausel	339
I. Verfassungskonforme Auslegung als Instrument zur Herstellung und Bewahrung der Einheit der Rechtsordnung	340
II. Verfassungsmäßigkeit der gesetzlich angeordneten Tarifeinheit bei einem rein formalistisch verstandenen Nachzeichnungsrecht	343
III. Verfassungsmäßigkeit der gesetzlich angeordneten Tarifeinheit bei einem weit verstandenen Nachzeichnungsrecht mit einer wirtschaftlichen Gleichstellung aller tarifgebundenen Arbeitnehmer	346
IV. Zwischenergebnis	349
C. Ergebnis	349

Teil 4

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	351
Literaturverzeichnis	361
Stichwortverzeichnis	410

Einleitung

A. Niedrige Organisationsquoten in den Verbänden als elementare Herausforderung für das aktuelle Tarifvertragsrecht

Die Situation der Tarifautonomie in Deutschland ist beunruhigend. Obwohl auch 2018 noch die überwiegende Mehrheit der Arbeitsverhältnisse – 78,8 Prozent in Westdeutschland bzw. 69,2 Prozent in Ostdeutschland – tarifgebunden war oder sich zumindest an einem Tarifvertrag orientierte¹, zeigt ein Blick auf die Mitgliederzahlen der Dachverbände, dass insbesondere die DGB-Gewerkschaften vor existenziellen Herausforderungen stehen. Waren kurz nach der Wiedervereinigung im Jahr 1991 noch circa 11,8 Mio.² Arbeitnehmer Mitglied einer der angegliederten Gewerkschaften, hat sich diese Zahl bis 2020 (5,85 Mio.)³ in etwa halbiert. Zwar konnte der kontinuierliche, bundesweite Abwärtstrend in den vergangenen Jahren annähernd gestoppt werden⁴, dennoch attestieren die Statistiken der Arbeitnehmerseite eine alarmierend niedrige Organisationsquote. Berücksichtigt man neben den DGB-Gewerkschaften auch sämtliche weiteren Arbeitnehmerkoalitionen, waren bei der letzten verfügbaren allgemeinen Erhebung im Jahr 2016 nur noch 18,5 Prozent aller aktiv Beschäftigten einer Gewerkschaft angehörig.⁵ Damit ist der Netto-Organisationsgrad auf Arbeitnehmerseite in den letzten 20 Jahren um etwa ein Drittel gesunken.⁶

Obgleich ähnlich konkrete Aussagen für die Arbeitgeber mangels belastbarer Daten⁷ nicht möglich sind, lässt der Grad der Tarifbindung annäherungsweise

¹ *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 4/2019, 290 (293); zum Begriff der Tariforientierung siehe nur *Berwing*, Tariforientierung in Deutschland, passim.

² <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/1950-1993>, zuletzt abgerufen am 17.9.2021.

³ <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/2020-2029>, zuletzt abgerufen am 17.9.2021.

⁴ Vgl. <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/2010>, zuletzt abgerufen am 17.9.2021.

⁵ *H. Schneider*, IW-Kurzbericht 80/2018, 1 unter Berufung auf die Allgemeine Bevölkerungsumfrage der Sozialwissenschaften (ALLBUS) aus dem Jahr 2016.

⁶ *H. Schneider*, IW-Kurzbericht 80/2018, 1.

⁷ Vgl. *Höpfner*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 1.

Rückschlüsse auf deren Organisationstendenz zu: Waren 2012 noch 30 Prozent der westdeutschen und 17 Prozent der ostdeutschen Unternehmen an einen Branchentarif gebunden⁸, belief sich der Anteil im Jahr 2018 nur noch auf 27 Prozent bzw. 17 Prozent.⁹ Sehr wahrscheinlich dürften einige Arbeitgeber in diesem Zeitraum zu einer OT-Mitgliedschaft umgeschwenkt sein und damit in der Statistik nach wie vor als Verbandsangehörige behandelt werden. Allerdings deutet die degressive Entwicklung in der Bindung an einen Branchentarif darauf hin, dass die Organisationsquote auch auf Arbeitgeberseite jedenfalls in den westdeutschen Bundesländern spürbar zurückgegangen ist.

Die strukturelle Schwäche im Mitgliederbestand sowohl im Arbeitnehmer- als auch im Arbeitgeberlager ist dabei als Folgeerscheinung einer auf Freiwilligkeit basierenden Koalitionszugehörigkeit zwar im Ausgangspunkt hinzunehmen,¹⁰ zeitigt jedoch ab einem bestimmten Grad Konsequenzen, die unmittelbar an den liberalen Grundfesten der deutschen Arbeitsverfassung rütteln. Das Grundgesetz baut in Art. 9 III GG zentral auf eine leistungsstarke, vitale Tarifautonomie, die wesentlich von den Angehörigen der Verbänden getragen wird.¹¹ Nur wenn ihre Funktionsfähigkeit gesichert und die Gestaltungsmacht der Sozialpartner auf dem Arbeitsmarkt hinreichend spürbar ist, schlägt sich die von der Verfassung vorausgesetzte größere Sachnähe der Tarifvertragsparteien¹² in der Breite angemessen nieder und rechtfertigt damit den grundsätzlichen Vorrang tariflicher Vereinbarungsmechanismen gegenüber einer staatlicherseits gelenkten Festsetzung der Arbeitsbedingungen. Werden aber immer weniger Arbeitsverhältnisse von der Normativität eines Tarifvertrags erfasst, droht das verfassungsrechtliche Idealbild vom Vorrang der Tarifautonomie nicht mehr aufrechterhalten werden zu können.¹³ Die Rückläufigkeit mitgliedschaftlich legitimierter tariflicher Gestaltungsmacht hat vielmehr zur Folge, dass sich der Gesetzgeber zur Wahrung sozialer Mindeststan-

⁸ *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 4/2013, 281 (283).

⁹ *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilungen 4/2019, 290 (292).

¹⁰ Noch stärker *Rieble*, EuZA 2012, 496 (498): Schwindende Organisationsgrade auf beiden Seiten und die daraus resultierende nachlassende Tarifbindung seien „positiv zu billigende Entscheidungen – weil doch Arbeitnehmer und Arbeitgeber selbst am besten wissen müssen, welche Arbeitsbedingungen sie wollen.“

¹¹ Siehe einstweilen nur *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 13; *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit, S. 455 f.; *ders.*, RdA 2014, 358 ff.; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 21 ff.

¹² BAG v. 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13, AP TVG § 3 Nr. 57 (Rn. 32); BAG v. 25. 1. 2012 – 4 AZR 147/10, AP GG Art. 3 Nr. 324 (Rn. 32); BAG v. 17. 12. 2009 – 6 AZR 665/08, AP TVÜ § 4 Nr. 1 (Rn. 19); vgl. auch BVerfG v. 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93 u. a., NZA 1999, 992 [II. 1. c) aa) der Gründe]; BVerfG v. 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513 [C. II. 1. der Gründe]; BVerfG v. 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u. a., AP AFG § 116 Nr. 4 [C. I. 1. a) der Gründe]; BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117 [C. I. 1. a) der Gründe]; ErfK/*Franzen*, § 1 TVG Rn. 7; JKOS/*Krause*, § 1 Rn. 21; siehe ebenfalls BT-Drucks. 12/5888, S. 20; BT-Drucks. 14/5741, S. 25 f.

¹³ Ähnlich *Preis/Ulber*, FS Kempfen, S. 15 (29); vgl. auch die Begründung für das sog. Tarifautonomiestärkungsgesetz, BT-Drucks. 18/1558, S. 26.

dards vermehrt zum Eingreifen verpflichtet sieht. Sichtbares Zeichen und wohl prominentestes Beispiel hierfür ist der seit 2015 geltende gesetzliche Mindestlohn, der mit seiner einseitig zwingenden Lohnfestsetzung in einen ursprünglich genuin tariflichen Aufgabenbereich vordringt und mit den Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer jedenfalls punktuell den Ausfall tariflicher Regelungsmacht kompensieren musste. Gerade im Niedriglohnsektor fehlte den Tarifvertragsparteien eine durch Mitgliedschaft vermittelte Machtbasis, um flächendeckend für ein auskömmliches Lohnminimum zu sorgen.¹⁴

B. Globale, regionale und lokale Faktoren für geringe Mitgliederzahlen

Zwar kann und muss diese Arbeit keine umfassenden Nachforschungen zu den Ursachen für die niedrigen Organisationsquoten anstellen, dennoch ist es für den Horizont der Untersuchung lohnenswert, sich zumindest überblicksweise mit den möglichen Gründen hierfür auseinanderzusetzen. Eine solche Vorgehensweise verspricht nicht nur einen ungetrübten Blick auf die organisationspolitische „Großwetterlage“, sondern ermöglicht es gleichermaßen, die jeweiligen Regelungen der Tarifvertragsparteien vor einem allgemeineren Hintergrund zu sehen und somit Schlüsse auf das längerfristige strategische Kalkül der Koalitionen zu ziehen. Dabei stellt man allerdings schnell fest, dass sich die aktuelle Krisensituation nicht monokausal auf ein Ereignis oder einen bestimmten Umstand zurückführen lässt. Vielmehr handelt es sich um das Produkt kumulierender Faktoren, die sich gegenseitig bedingen und mitunter sogar verstärken.¹⁵ Grob vereinfacht lassen sie sich in globale, regionale und lokale Gründe unterteilen.

Beispielsweise verlieren viele DGB-Gewerkschaften im digitalen, globalisierten Zeitalter regelmäßig große Teile ihres angestammten Mitgliederklientels, wenn arbeitsintensive Produktionsschritte unter günstigen Rahmenbedingungen wie etwa dem europäischen Binnenmarktsystem zu geringeren Personalkosten ins Ausland verlagert werden.¹⁶ Verbleiben wie häufig neben der Unternehmensführung lediglich die hoch technologisierten Entwicklungsprozesse in Deutschland, tragen insbesondere Gewerkschaften, die nach dem Industrieverbandsprinzip organisiert sind, schwer daran, die entstandenen Verluste im Mitgliederbestand adäquat zu kompensieren. Angesichts des internationalen Wettstreits um Fachkräfte in den hochspezialisierten Berufen sind die Verhandlungsbedingungen für die in Deutschland

¹⁴ Vgl. nur BT-Drucks. 18/1558, S. 1; HMB/Engels, Teil 1 Rn. 2; C. Picker, RdA 2014, 25 (27): „Strukturelles Versagen der Tarifautonomie“; Seiwerth, NZA 2014, 708 (709); Spielberger/Schilling, NJW 2014, 2897 (2903); ähnlich bereits Rieble, EuZA 2012, 496 (497 f.).

¹⁵ Seiwerth, EuZA 2014, 450 (451); vgl. auch Dribbusch/Birke, Gewerkschaften in Deutschland, S. 11 f.; Lübker/Schulten, Tarifbindung, S. 3.

¹⁶ Ähnlich Dribbusch/Birke, Gewerkschaften in Deutschland, S. 11.