

Differenzierungsklausel
im
allgemeinverbindlichen Tarifvertrag
gemeinsamer Einrichtungen

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors
des Rechts
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von
Jan Haupt

aus Eitorf

2025

Dekan: Prof. Dr. Martin Böse
Erstreferent: Prof. Dr. Raimund Waltermann
Zweitreferent: Prof. Dr. Stefan Greiner

Tag der mündlichen Prüfung: 21.05.2025

Vorwort

Die vorliegende Dissertation markiert den Abschluss eines langen und intensiven Weges, der ohne die Unterstützung und Begleitung besonderer Menschen nicht möglich gewesen wäre.

Mein tiefster Dank gilt meiner Frau, die mir mit ihrer Geduld, ihrem Verständnis und ihrer beständigen Ermutigung in jeder Phase dieses Projekts Kraft gegeben hat. Ebenso danke ich meinem Patenonkel und meinem Schwiegervater herzlich für ihre wertvolle Hilfe bei der Durchsicht und Überarbeitung des Manuskripts.

Ein besonderer Dank gilt auch meinen Eltern, die mir von Anfang an den nötigen Rückhalt und die Freiheit gegeben haben, meinen eigenen Weg zu gehen.

Ohne euch wäre diese Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen.

Siegburg, Juni 2025

Jan Haupt

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Differenzierungsklausel	2
I.	„Einfache Differenzierungsklausel“.....	3
II.	Sinn und Zweck der Differenzierungsklausel.....	5
C.	Differenzierungsklausel im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gemeinsamer Einrichtungen	7
I.	Regelungsrahmen der Tarifvertragsparteien.....	8
1.	Regelungsrahmen der gemeinsamen Einrichtungen	8
a)	Regelungszuständigkeit.....	10
aa)	Grenze der Tarifautonomie: Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.....	11
bb)	Regelungszuständigkeit für Differenzierungsklauseln.....	15
b)	Regelungsbefugnis.....	20
aa)	Die unterschiedlichen Standpunkte	21
bb)	Stellungnahme	23
cc)	Normsetzungsbefugnis im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung	25
c)	Inhaltliche Rechtmäßigkeit.....	26
2.	Veränderter Regelungsrahmen.....	28
3.	Wirksamkeit auf Ebene des Tarifvertrags.....	31
II.	Allgemeinverbindlicherklärung	31
1.	Wirkung und Zweck der Allgemeinverbindlich- erklärung.....	32
a)	Allgemein	32
b)	Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung	33

aa)	Die unterschiedlichen Zweckrichtungen	33
(1)	Sozialpolitische Schutzfunktion.....	34
(2)	Schutz/Unterstützung des Tarifsystems	36
bb)	Schutz des Tarifsystems	40
(1)	Intendierter Schutz	40
(2)	Ambivalente Schutzwirkung.....	41
c)	Bedeutung für die gemeinsame Einrichtung	44
2.	Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung...	46
a)	§ 5 Abs. 1 TVG.....	47
b)	Einschätzungsspielraum	48
c)	„öffentliches Interesse“	51
aa)	Regelbeispiele als Auslegungshilfe	53
bb)	Dreistufige Prüfung	56
(1)	Grundsätzliches Interesse.....	57
(2)	Gegenläufige Interessen.....	59
(3)	Abwägung.....	60
d)	Sonderfall des § 5 Abs. 1a TVG.....	61
3.	Allgemeinverbindlicherklärung und Differenzierungs-	
	klausel.....	66
a)	Zulässigkeit der allgemeinverbindlichen	
	Differenzierungsklausel	66
b)	Allgemeinverbindliche Differenzierungsklausel.....	71
III.	Veränderte Wirkung der Differenzierungsklausel innerhalb	
	einer allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung...	72
1.	Unterschied zum Standardtarifvertrag.....	72
2.	Relevanz qualifizierter Differenzierungsklauseln	74
D.	Das „öffentliche Interesse“ im Detail	78
I.	Grundsätzliches Interesse.....	79

1.	Stützung der gemeinsamen Einrichtung.....	79
	a) Die Beitragspflicht im Dreiecksverhältnis	81
	aa) Verhältnis von Leistungs- und Beitragsbeziehung.....	82
	(1) Entstehung von Leistungs- und Beitragsbeziehung.....	83
	(a) Leistungsbeziehung	84
	(b) Beitragsbeziehung	89
	(2) Keine zwingende Verknüpfung der Rechtsverhältnisse	91
	bb) Pauschalisierung	94
	cc) Verknüpfung von Leistungs- und Beitragsverhältnis	97
	dd) Relevanz im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung	98
	ee) Exkurs: Atypische Gemeinsame Einrichtungen ...	100
	b) Teilweise differenzierter Tarifvertrag	101
	c) Stützung der gemeinsamen Einrichtung als öffentliches Interesse	102
2.	Stärkung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung.....	103
	a) Tarifautonomie	103
	aa) Verfassungsrechtliche Grundlagen.....	104
	bb) Funktionen der Tarifautonomie	109
	(1) Schutzfunktion	110
	(a) Strukturelle Unterlegenheit.....	110
	(b) Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit	115
	(2) Ordnungsfunktion	116

(3) Weitere Funktionen der Tarifautonomie.....	121
b) Mitgliederbasiertes System.....	122
c) Zustand des Tarifsystems	125
d) Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie	127
aa) Verfassungsrechtlicher Sicherungsauftrag	127
bb) Strukturelles Problem: Bezugnahme Klausel.....	129
e) Europarechtliches öffentliches Interesse	133
aa) Zuständigkeit der Europäischen Union	135
bb) Zuständigkeit der Europäischen Union im kollektiven Arbeitsrecht.....	136
cc) Fehlende Kompetenz für ein öffentliches Interesse	138
f) Öffentliches Interesse an einem Anreiz zur Mitgliedschaft	138
II. Gegenläufige Interessen	139
1. Sozialpolitische Schutzfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung	139
2. Koalitionsfreiheit.....	141
a) Negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer	141
aa) Dogmatische Grundlage	143
(1) Relevanz der Einordnung.....	143
(2) Dogmatische Einordnung.....	143
(3) Verfassungsrechtlicher Wertungsunterschied..	151
bb) Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit.....	155
(1) Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit.....	155

(a)	Maßstab eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit	156
(b)	Anwendung des Maßstabs.....	160
(2)	Exkurs: Rechtfertigung eines Eingriffs.....	163
cc)	Negative Tarifvertragsfreiheit	163
b)	Positive Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten..	164
c)	Kollektive Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalition	169
3.	Beitragspflicht	173
a)	Zulässigkeit einer allgemeinverbindlichen Beitragspflicht	173
b)	Sonderkonstellation der Differenzierungsklausel.....	174
aa)	Legitimationsproblem auf Ebene des Tarifvertrags	175
bb)	Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung.....	178
(1)	Rechtsprechung des EGMR.....	179
(a)	Prüfungsmaßstab	179
(b)	Übertragbarkeit des Prüfungsmaßstabs.....	184
(2)	Mitgliedstypische Beitragspflicht	185
c)	Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit.....	190
4.	Vertragsfreiheit.....	191
5.	Gegenläufige Interessen (zusammengefasst)	192
III.	Gesamt abwägung	193
1.	Legitimer Zweck	193
2.	Geeignetheit.....	197
3.	Erforderlichkeit	199
a)	Differenzierungsklausel als staatliche Maßnahme	200
b)	Beschränkte Differenzierungsklausel	202

4.	Angemessenheit.....	205
a)	Undifferenzierte Beitragspflicht.....	205
b)	Differenzierte Beitragspflicht.....	210
5.	Abwägungsergebnis: öffentliches Interesse.....	212
IV.	Gleichheitssatz.....	212
1.	Ungleichbehandlung von Außenseiter-Arbeitnehmern..	213
2.	Ungleichbehandlung von Arbeitgebern.....	215
3.	Exkurs: Nicht differenzierte Beitragspflicht.....	216
4.	Auswirkungen auf das öffentliche Interesse.....	217
V.	Sinnhaftigkeit der Differenzierungsklausel.....	217
E.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	218
I.	Zulässigkeit auf Ebene des Tarifvertrags.....	218
II.	Zulässigkeit auf Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung.....	219
III.	Veränderte Wirkung der Differenzierungsklausel.....	221
IV.	Öffentliches Interesse.....	222
1.	Grundsätzliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung.....	222
2.	Gegenläufige Interessen.....	224
3.	Gesamtabwägung.....	226
V.	Gleichheitssatz.....	227
	Literaturverzeichnis	228

A. Einleitung

Die Tarifautonomie befindet sich seit geraumer Zeit in einem kritischen Zustand.¹ Die auf Mitgliedschaft aufbauende Tarifautonomie verliert mehr und mehr ihre Grundlage, die Mitglieder.² Sie ist in weiten Teilen der Arbeitswirklichkeit nicht mehr in der Lage, das verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG festgelegte Ziel der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu erreichen,³ so dass der Gesetzgeber zunehmend regelnd in den Freiraum der Tarifautonomie eingreifen muss. Ihr Zustand ist inzwischen auf der politischen Agenda angekommen. Die derzeitige Bundesregierung führt in ihrem Koalitionsvertrag aus: „*Unser Ziel ist eine höhere Tarifbindung.*“⁴ Ebenso wird auf europäischer Ebene versucht der aktuellen Entwicklung entgegenzusteuern, indem die Richtlinie (EU) 2022/2041 (Mindestlohnrichtlinie) vor dem Hintergrund einer „*fairen Entlohnung aller Arbeitnehmer*“ die Mitgliedsstaaten auffordert, die Tarifbindung auf 80% der Arbeitnehmer⁵ zu erhöhen.⁶

In diesem Zusammenhang ist die schon lange geführte Diskussion, um die Zulässigkeit und die Sinnhaftigkeit von Differenzierungsklauseln

¹ Vgl. Höpfer in: Tarifautonomie und Tarifgeltung, Gesamtmittel, S. 393; Details siehe D. I. 2. c).

² Zur mitgliederschäftlichen Grundlage siehe D. I. 2. b).

³ Waltermann, SR 2021, 177 (177).

⁴ Koalitionsvertrag 2025, S. 18.

⁵ Aus Gründen der Lesbarkeit wird bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern regelmäßig die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für alle Geschlechter. Die Sprachform hat lediglich redaktionelle Gründe und beinhaltet keinerlei Wertung.

⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2022/2041; Erwägungsgrund 6 der Richtlinie (EU) 2022/2041; vgl. ebenso D. I. 2. e).

zu verorten.⁷ Differenzierungsklauseln werden vielfach als Mittel zur Unterstützung der Tarifautonomie angesehen. Nachdem der Große Senat 1967 ihre Unzulässigkeit festgestellt hatte,⁸ erkennt das BAG die einfache Differenzierungsklausel seit 2009, im Einklang mit der herrschenden Meinung in der Literatur, als zulässig an.⁹ Die folgende Arbeit widmet sich einer Sonderkonstellation der Differenzierungsklausel. Im Fokus steht die Untersuchung der Zulässigkeit und der Möglichkeit von Differenzierungsklauseln in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen gemeinsamer Einrichtungen.

B. Differenzierungsklausel

Als Differenzierungsklauseln werden Klauseln bezeichnet, die insbesondere eine Besserstellung von Gewerkschaftsmitgliedern gegenüber nicht organisierten Arbeitnehmern (sogenannte Außenseiter) bezwecken. Sie sollen Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt setzen.¹⁰

Wenn von Differenzierungsklauseln gesprochen wird, so ist überwiegend die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, also die Differenzierung auf Arbeitnehmerseite, angesprochen. Auch wenn man grundsätzlich über eine Differenzierung auf Arbeitgeberseite nachdenken kann, kommt es für eine funktionierende Tarifautonomie im Ausgangspunkt auf die Organisation der Arbeitnehmerseite an.¹¹

⁷ Statt vieler *Höpfner*, RdA 2019, 146.

⁸ BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175.

⁹ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1033-1037), Rn. 46-80; *Höpfner*, RdA 2019, 146 (149); *Kocher*, NZA 2009, 119; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 97.

¹⁰ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1037), Rn. 74.

¹¹ *Höpfner*, ZfA 2020, 178 (196).

Denn typischerweise ist der Arbeitgeber von Natur aus in einer stärkeren Verhandlungsposition, es besteht ein Machtungleichgewicht, welches durch den Zusammenschluss der Arbeitnehmer ausgeglichen werden kann.¹² Zudem folgt auf die Organisation der Arbeitnehmer und deren damit verbundenen Machtzunahme typischerweise die Organisation auf der Arbeitgeberseite.¹³ Regelmäßig ist damit die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zielführend, um die mitgliedschaftliche Grundlage des Tarifvertragssystems zu stärken.¹⁴ Auch die folgenden Überlegungen beziehen sich daher auf eine Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit und nehmen damit die Differenzierung auf der Arbeitnehmerseite in den Blick.

I. „Einfache Differenzierungsklausel“

Als „einfache Differenzierungsklausel“ bezeichnet man eine Klausel, die eine bestimmte tarifvertragliche Leistung tatbestandlich an die Mitgliedschaft in der Tarifvertragspartei knüpft, hierzu folgendes Beispiel: *„Als Leistung erhalten die Mitglieder der Gewerkschaft ... eine Zahlung in Höhe von ...“*. Die Klausel erschwert die individualvertragliche Bezugnahme auf den entsprechenden Tarifvertrag durch Außenseiter. Dabei greift sie jedoch grundsätzlich nicht in deren Vertragsfreiheit ein. Denn sie normiert lediglich ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal (die gewerkschaftliche Mitgliedschaft) innerhalb der

¹² Höpfner, ZfA 2020, 178 (196); zur historischen Entwicklung des Tarifvertragsrechts Höpfner, ZfA 2019, 108 (108-112).

¹³ Vgl. Deinert, SR 2017 Sonderausgabe Mai, 24 (25); Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (1966), S. 3; Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 18; Waltermann, NZA 2014, 874 (875).

¹⁴ Vgl. zum Sinn und Zweck der Differenzierungsklauseln B. II.

tarifvertraglichen Norm.¹⁵ Dabei unterstützt und verstärkt sie die bereits in den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG angelegte Wirkung.¹⁶ Sie nimmt dagegen keinen Einfluss auf den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags.¹⁷ Bei „einfachen Differenzierungsklauseln“ kann zudem zwischen „beschränkten Klauseln“ und „allgemeinen Klauseln“ unterschieden werden.¹⁸ Anders als die gerade dargestellte beschränkte Differenzierungsklausel verlangt eine „allgemeine einfache Differenzierungsklausel“ nur eine generelle Gewerkschaftszugehörigkeit als Tatbestandsmerkmal, dazu folgendes Beispiel: „*Als Leistung erhalten alle Gewerkschaftsmitglieder eine Zahlung in Höhe von ...*“. Der Unterschied liegt also in den konkreten Anforderungen der Differenzierungsklausel hinsichtlich der Gewerkschaftsmitgliedschaft. Die Unterscheidung wird vor allem bei der Erstreckung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags relevant, etwa bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.¹⁹

Darüber hinaus werden weitere Arten von Differenzierungsklauseln²⁰ unterschieden, jedoch soll sich vorliegend nicht mit der generellen

¹⁵ Stellvertretend BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 (922), Rn. 21.

¹⁶ *Bepler*, Gutachten 70. DJT, B 73-74.

¹⁷ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 32; *Höpfner*, RdA 2019, 146 (149); *Kocher*, NZA 2009, 119 (120); *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 215; *Waltermann*, SR 2021, 177 (184).

¹⁸ Die Terminologie und Unterscheidung findet sich bei *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 32-33.

¹⁹ Vgl. D. II. 2. c).

²⁰ Siehe bzgl. einer Auflistung der unterschiedlichen Formen von Differenzierungsklauseln *Heuschmid/Klug* in: *Däubler TVG*, § 1, Rn. 1049-1053; *Franzen* in: *ErfK*, § 1 TVG, Rn. 62-62b.

Frage der Zulässigkeit solcher Klauseln beschäftigt werden.²¹ Vielmehr soll die spezielle Situation eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen in den Blick genommen werden. Daher fungiert die einfache Differenzierungsklausel als Ausgangspunkt, denn sie wird von der herrschenden Meinung²² und in der Rechtsprechung des BAG²³ grundsätzlich für zulässig erachtet. Das BAG führt hierzu in Abkehr von der Entscheidung des Großen Senats von 1967²⁴ aus, dass Differenzierungsklauseln regelmäßig am Maßstab der negativen Koalitionsfreiheit zu messen sind, die einfache Differenzierungsklausel jedoch schon strukturell nicht in der Lage ist, diese zu verletzen.²⁵ Insbesondere schränkt die einfache Differenzierungsklausel Arbeitgeber und Außenseiter nicht in ihrer Handlungs- und Vertragsfreiheit ein. Es steht ihnen damit grundsätzlich offen, die tarifvertragliche Regelung schuldrechtlich zu umgehen.²⁶

II. Sinn und Zweck der Differenzierungsklausel

Differenzierungsklauseln stellen den Versuch dar, die mitgliedschaftliche Tarifbindung attraktiver zu machen. Für das mitgliederbasierte deutsche Tarifvertragssystem ist die Organisation in Gewerkschaften und Verbänden elementar. Denn das System baut maßgeblich auf der

²¹ Zusätzlich sind qualifizierte Differenzierungsklauseln in der Sonderkonstellation ohne besondere Relevanz, hierzu C. III. 2.

²² *Höpfner*, RdA 2019, 146 (149); *Kocher*, NZA 2009, 119; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 97.

²³ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1033-1037), Rn. 46-80.

²⁴ BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175.

²⁵ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032, 1033), Rn. 34, 47.

²⁶ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1034), Rn. 54.

Mitgliedschaft in Koalitionen auf.²⁷ Diese mitgliedschaftliche Tarifbindung schwindet jedoch immer weiter. Auch wenn die Kurve der schwindenden Tarifbindung langsam abflacht, waren 2023 nur noch 24% der deutschen Betriebe tarifgebunden.²⁸ Diese Entwicklung korrespondiert maßgeblich mit dem Organisationsgrad in Gewerkschaften. 2019 waren laut *OECD/ALIAS database* nur noch 16,3% der deutschen Arbeitnehmer Mitglied in einer Gewerkschaft.²⁹ Gleichzeitig bestehen weiterhin 51% der deutschen Arbeitsverhältnisse noch immer in tarifgebundenen Betrieben und werden daher direkt durch Tarifverträge beeinflusst.³⁰ Damit ist festzuhalten: Auch wenn die Relevanz von Tarifverträgen immer weiter abnimmt, die Tarifautonomie bleibt ein wichtiger Faktor der deutschen Arbeitswelt. Gerade während der Corona-Pandemie war zu beobachten, wie Tarifverträge die sozialen Folgen einer Krise abfangen und mildern können (insb. hinsichtlich der Einführung von Kurzarbeit).³¹ Gleiches ist auch aus der Finanz-Krise von 2008 bekannt.³²

²⁷ *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (358-359); *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 17-18; vgl. auch D. I. 2. b).

²⁸ WSI, Tarifstatistik 1998-2023.

²⁹ OECD and ALIAS, Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts (ICTWSS) database; vgl. zum Zustand des Tarifsystems D. I. 2. c).

³⁰ Es ist davon auszugehen, dass in tarifgebundenen Betrieben auch die Außenseiter-Arbeitnehmer vom Tarifvertrag erfasst werden, da der Arbeitgeber die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen einheitlich auf alle Arbeitnehmer überträgt; vgl. zur Statistik, WSI, Tarifstatistik 1998-2022, ähnlich mit leicht anderen Zahlen (49 %), Destatis, Tarifbindung 2022.

³¹ Vgl. *Lübker*, Europäischer Tarifbericht des WSI – 2019/2020, S. 11-12; *Waltermann*, SR 2021, 177 (177).

³² Vgl. *Lübker*, Europäischer Tarifbericht des WSI – 2019/2020, S. 14; *Waltermann*, SR 2021, 177 (177).

An sich entfaltet die einfache Differenzierungsklausel im Standardtarifvertrag nur eine schwache Anreizwirkung. Sie stellt eine zusätzliche Hürde dar, die jedoch durch leichte Anpassung der Bezugnahme Klausel individualvertraglich umgangen werden kann.³³ Hierfür ist lediglich eine geringe Anpassung der Bezugnahme Klausel notwendig. Folgendes Beispiel: *„Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Tarifvertrag ... in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Bei der Anwendung des Tarifvertrags ist der Arbeitnehmer wie ein Mitglied der Gewerkschaft ... zu behandeln.“*

In Kombination mit der Allgemeinverbindlicherklärung und dem Institut der gemeinsamen Einrichtung könnte sich jedoch eine stärkere und effektivere Wirkung ergeben.³⁴ Daher gilt es im Folgenden sowohl diese potenzielle Wirkung als auch die Zulässigkeit einer entsprechenden Kombination weitergehend zu untersuchen.

C. Differenzierungsklausel im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gemeinsamer Einrichtungen

Um die Frage der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gemeinsamer Einrichtungen zu beantworten, müssen zwei Ebenen betrachtet und unterschieden werden. Der Regelungsprozess lässt sich auf diese zwei Ebenen herunterbrechen.

Auf der Ebene des Tarifvertrags kommt es auf eine zulässige Regelung seitens der Tarifvertragsparteien an. Erst an eine solche Regelung

³³ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1034), Rn. 54; Bauer/Arnold, NZA 2009, 1169 (1173); Jacobs/Malorny, SR 2022, 1 (4).

³⁴ Siehe hierzu C. III. 1.

im Rahmen der Tarifautonomie schließt sich die Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung an, die der Mitwirkung des Staates, konkret des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS), bedarf und gesonderten Anforderungen unterliegt.

I. Regelungsrahmen der Tarifvertragsparteien

Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags als zweite Ebene des hier relevanten Regelungsprozesses knüpft elementar an den auf erster Ebene abgeschlossenen Tarifvertrag an. Der Staat nutzt das Ergebnis der Tarifvertragsparteien für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.³⁵ Daher stellt sich zu Anfang die Frage, welchen Grenzen die Tarifvertragsparteien bei der Aufstellung von Differenzierungsklauseln innerhalb von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen unterliegen. Das nachfolgende Kapitel soll den allgemeinen Regelungsrahmen darstellen, in welchem sich die Tarifvertragsparteien bewegen.

1. Regelungsrahmen der gemeinsamen Einrichtungen

Im Nachfolgenden interessiert zunächst die allgemeine inhaltliche Reichweite möglicher Regelungen einer gemeinsamen Einrichtung.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (254), Rn. 13; ähnlich *Linsenmaier* in ErfK, Art. 9 GG, Rn. 36; *Preis/Ulber* in: Festschrift Kempfen, S. 15 (24); *Walser*, NZA 2016, 1510 (1512).

In der arbeitsrechtlichen Literatur wird die Thematik mit unterschiedlichen Begriffen adressiert. Es ist die Rede von „Tarifmacht“³⁶, „Regelungsmacht“³⁷, „tariflicher Regelungsmacht“³⁸ und „Regelungsbefugnis“³⁹. Dabei handelt es sich um Begriffe, die teilweise synonym und ohne Konzept verwendet werden. Es handelt sich nicht um feststehende Rechtsbegriffe.

Zur Verständlichkeit und Systematisierung ist mit *Waltermann* und *Neumann* ein dreistufiges Prüfungskonzept zielführend.⁴⁰ Das abgestufte Konzept ist aus dem Öffentlichen Recht bekannt und ermöglicht die systematische Betrachtung und Ordnung der unterschiedlichen Fragestellungen im Autonomiebereich.

Auf der ersten Stufe ist nach der *Regelungszuständigkeit*⁴¹ der Tarifvertragsparteien zu fragen. Es geht um den allgemeinen Aufgabenbereich der Tarifvertragsparteien, welcher maßgeblich durch Art. 9 Abs. 3 GG und die dort garantierte Tarifautonomie zu bestimmen ist.

³⁶ *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 14; *Franzen* in: ErfK, § 4 TVG, Rn. 23; *Hromadka*, NJW 1970, 1441 (1444); *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 216-219; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 4, Rn. 371-376; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 772; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 32.

³⁷ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 32.

³⁸ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 39-53; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 66; ähnlich „tarifliche Regelungsbefugnis“, *Kühnast*, Grenzen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, S. 46.

³⁹ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 216; *Strippelmann*, gemeinsame Einrichtung, S. 50.

⁴⁰ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 50; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 59-60; *Waltermann*, RdA 2007, 257 (260 f.); *Waltermann*, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung, S. 54-61; in ähnliche Richtung auch schon *Schnorr*, JR 1966, 327 (328).

⁴¹ Unten C. I. 1. a).

Auf der zweiten Stufe geht es um die *Regelungsbefugnis*⁴² der Tarifvertragsparteien innerhalb des festgestellten Aufgabenbereichs. Hier werden die konkreten Handlungsmöglichkeiten betrachtet. Es geht um die Frage, welche Regelungsmöglichkeit rechtstechnisch umsetzbar ist. Das in Betracht genommene Institut der gemeinsamen Einrichtung limitiert diese Handlungsmöglichkeiten aber bereits vorab. Gemeinsame Einrichtungen im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG können ausschließlich durch Tarifvertrag errichtet werden, somit ist hier allein die Möglichkeit der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien von Interesse. Auf letzter Stufe erfolgt dann eine Prüfung der *inhaltlichen Rechtmäßigkeit*⁴³ der getroffenen Regelung. Erst hier wird die Regelung mit entgegenstehendem und kollidierendem Gesetzesrecht abgeglichen.⁴⁴

a) Regelungszuständigkeit

Auf der ersten Stufe beschreibt die Regelungszuständigkeit den Aufgabenbereich, welcher den Tarifvertragsparteien überlassen wird.⁴⁵ Basis hierfür ist die grundrechtliche Verankerung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG. Das Grundgesetz gewährleistet einen Frei- raum zur autonomen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedin- gungen durch die Koalitionen. Dieser als Tarifautonomie bezeichnete Raum bildet den Kern koalitionspezifischer Tätigkeit.⁴⁶ Die garantierte Tarifautonomie gewährleistet einen Regelungsbereich, in dem

⁴² Unten C. I. 1. b).

⁴³ Unten C. I. 1. c).

⁴⁴ Vgl. mit Blick auf die Tarifautonomie, *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 73; auch unten D. I. 2. a).

⁴⁵ *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 62.

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (115), Rn. 131; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 128.

die staatliche Rechtsetzung weitestgehend zurückgenommen ist.⁴⁷ Dieser Freiraum ist den Betroffenen zur Selbstregelung überlassen und wird sachlich durch die Beschränkung auf die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen begrenzt. Innerhalb des geschützten Raums ist es den betroffenen Parteien grundsätzlich selbst überlassen, wie sie die Autonomie ausgestalten. Mit der Möglichkeit der tarifvertraglichen Normsetzung erhalten sie die Option, autonom objektives Recht zu setzen, sind hierzu aber grundsätzlich nicht verpflichtet. Den Regelungsbereich können sie aber beispielsweise auch durch schuldrechtliche Vereinbarungen ausfüllen.⁴⁸ Die Normsetzung ist als eine Ausformung der Autonomie zu verstehen, doch die Autonomie beschränkt sich nicht auf die Normsetzungen und kann demnach nicht mit ihr gleichgesetzt werden.⁴⁹ Art. 9 Abs. 3 GG bildet die äußere Grenze möglicher Regelungen.

aa) Grenze der Tarifautonomie: Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen

Die Tarifautonomie knüpft an den Wert der geleisteten Arbeit an. Ziel des Arbeitnehmers ist es, für die seinerseits erbrachte Arbeitsleistung einen möglichst hohen Preis zu erhalten, wohingegen der Arbeitgeber darauf bedacht ist, die vorhandenen Mittel möglichst gewinnbringend

⁴⁷ Stellvertretend BVerfG, Beschl. v. 14.06.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 (215); *Söllner*, NZA-Beil. 2000, 33 (33); *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 61; die staatliche Rechtsetzung ist jedoch nicht ausgeschlossen, vgl. stellvertretend *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 7.

⁴⁸ *Däubler* in: Däubler TVG, Einleitung, Rn. 1188-1191; *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 80; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 61; *Zeibig/Zachert* in: Kempen/Zachert TVG, § 1, Rn. 939-940.

⁴⁹ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 54; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 60-61.

einzusetzen und damit so wenig wie nötig zu zahlen.⁵⁰ Zwar vereinfacht diese Aussage die Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, verdeutlicht jedoch die grundsätzliche Intention beider Seiten: Der Arbeitnehmer strebt zwar nicht immer nach mehr Lohn, doch auch die Forderung nach einem Mehr an Urlaubstagen oder sonstige zusätzliche Leistungen müssen „bezahlt“ werden. Der Begriff des Preises soll damit alle relevanten Leistungen abbilden, die der Arbeitnehmer für seine geleistete Arbeit als Äquivalent erhält.⁵¹ Auch auf Arbeitgeberseite wird nicht immer nach dem „günstigsten“ Arbeitnehmer gesucht, sondern nach Angestellten mit einem ausgewogenen „Preis-Leistungs-Verhältnis“. Die wechselseitigen Interessen stellen einen Ausfluss der marktwirtschaftlichen Ordnung dar. Daher ist die Tarifautonomie zwangsläufig im engen Zusammenhang mit den sich im Laufe der Zeit wandelnden wirtschaftlichen Bedingungen des Arbeitsmarkts zu verstehen. Sie bedarf schon aus diesem Gesichtspunkt einer gewissen Elastizität hinsichtlich ihrer sachlichen Grenzen.⁵²

Der einzige Anhaltspunkt einer inhaltlichen Grenze der Tarifautonomie findet sich im festgelegten Ziel des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, der wörtlich auf die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ abstellt. Aufgrund des festgestellten Zusammenhangs der Tarifautonomie mit der sich stets wandelnden Marktwirtschaft, ist das Begriffspaar der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zukunfts offen und bewusst weit formuliert. So ermöglicht es die Anpassung an die sich ständig wandelnde

⁵⁰ *Schnorr*, JR 1966, 327 (330-331).

⁵¹ So auch *Schnorr*, JR 1966, 327 (330-331).

⁵² *Schnorr*, JR 1966, 327 (330-331).

Arbeits- und Wirtschaftswelt.⁵³ Eine staatliche feste Definition des Begriffspaars ist aus diesem Grund ausgeschlossen.⁵⁴ Damit geht jedoch einher, dass der gesetzliche Rahmen schon aufgrund des Wortlauts der Regelung alles andere als klar konturiert ist.⁵⁵ Dennoch muss die Grenze zumindest abstrakt bestimmbar sein, da das Merkmal ansonsten nicht überprüfbar wäre.

Unter dem Begriffspaar der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ versteht die herrschende Meinung die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird⁵⁶ und fasst die beiden Begriffe damit als Einheit zusammen.⁵⁷ Dem Begriffspaar werden daher beispielsweise Regelungen über den Lohn, die Arbeitszeit, den Urlaub, den Arbeitsschutz, Regelungen zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder die Schaffung von Sozialeinrichtungen zugeordnet.⁵⁸ Gerade mit Blick auf die Regelung von Wirtschaftsbedingungen bedarf

⁵³ *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 23, 73; *Schnorr*, JR 1966, 327 (330-331).

⁵⁴ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 59.

⁵⁵ Vgl. auch *Kühnast*, Grenzen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis, S. 46-47; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 194-196, 199-200.

⁵⁶ *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 3; *Höfling/Burkiczak* in: Sachs, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 99; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 23; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9, Rn. 34; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 115; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 264; *Söllner*, NZA 1996, 897 (898); *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 39-40.

⁵⁷ *Höpfner*, RdA 2020, 129 (132); *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 162; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 23; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 256; *Söllner* in: Arbeitsrecht der Gegenwart 1978, S. 19 (26-27); vgl. auch ähnlich: „Darunter fallen alle Faktoren, die im Zusammenwirken die Voraussetzungen und Bedingungen abhängiger Arbeit beeinflussen [...], BAG, Urt. v. 28.06.2001 – 6 AZR 114/00, NZA 2002, 331 (334).

⁵⁸ *Höfling/Burkiczak* in: Sachs, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 73; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 59; *Winkler* in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 9 GG, Rn. 127.

es dabei jedoch immer eines Bezugs zum Arbeitsverhältnis. Die Koalitionsfreiheit wird daher zum Teil als ein „Grundrecht des Arbeitsrechts“ bezeichnet.⁵⁹ Diese Auslegung lässt sich unter Berücksichtigung der Historie der Tarifautonomie⁶⁰, insbesondere aus deren Sinn und Zweck begründen: Die „*Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.*“⁶¹ Sie beabsichtigt damit, das Machtungleichgewicht (sowohl bei Vertragsschluss, als auch während des Arbeitsverhältnisses⁶²) zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugleichen.⁶³ Die Wirtschaftsbedingungen sind unter anderem deshalb vom Regelungsbereich des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG miterfasst, da ihre Regelung regelmäßig Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen haben wird.⁶⁴ Die Regelung der Wirtschaftsbedingungen ohne Bezug zur abhängigen Arbeit kann dementsprechend nicht von der Tarifautonomie umfasst sein.⁶⁵ Trotz des Bezugs zum Arbeitsverhältnis geht der Regelungsbereich über den Bereich des Individualarbeitsverhältnisses hinaus.⁶⁶ Wie eng die Anknüpfung an die abhängige Arbeit sein muss, wird dabei unterschiedlich beurteilt. Zum

⁵⁹ Söllner, NZA 1996, 897 (899); Strippelmann, Gemeinsame Einrichtung, S. 40; Waltermann, Arbeitsrecht, Rn. 638.

⁶⁰ Linsenmaier in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 15-17; Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 200.

⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE, 84, 212 (229); BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., NZA 1995, 754 (756).

⁶² Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 153-154.

⁶³ Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 137.

⁶⁴ Strippelmann, Gemeinsame Einrichtung, S. 40.

⁶⁵ Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 59; Scholz in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 256-257; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtung, S. 40; Waltermann, Arbeitsrecht, Rn. 638-639.

⁶⁶ Höfling/Burkiczak in: Sachs, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 99.

Teil soll es ausreichen, dass der Regelungsgegenstand den Bereich abhängiger Arbeit berührt,⁶⁷ wohingegen andere eine objektive Tendenz zur Regelung von Arbeitsbedingungen fordern.⁶⁸ Für die Differenzierungsklausel ist die Unterscheidung nicht von großem Interesse, da sie als Tatbestandmerkmal für tarifvertragliche Leistungen fungiert und Organisierten damit einen zusätzlichen Anspruch verschafft, welcher gewöhnlich Bezüge zum Arbeitsverhältnis aufweist. Somit hat sie regelmäßig Arbeitsbedingungen oder Wirtschaftsbedingungen zum Gegenstand.⁶⁹ Als Ergebnis für diese Arbeit kann damit an die von *Söllner* aufgestellte und begründete Umschreibung angeschlossen werden: „[Das Begriffspaar der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“] meint die Bedingungen, unter denen der Arbeitnehmer abhängige Arbeit leistet und der Arbeitgeber Arbeitnehmer beschäftigen darf; [...]“. ⁷⁰

bb) Regelungszuständigkeit für Differenzierungsklauseln

Teilweise wird die Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien für Differenzierungsklauseln jedoch deshalb verneint, weil deren Ziel nicht unmittelbar die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Mitglieder der Tarifvertragsparteien sei, sondern vielmehr der Zweck verfolgt werde, Anreize für die Mitgliedschaft in einer Koalition zu schaffen. Damit würden maßgeblich orga-

⁶⁷ *Höfling/Burkiczak* in: Sachs, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 99; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 73; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 59; *Rieble* in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Bd. 3, § 218, Rn. 22.

⁶⁸ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 40.

⁶⁹ Vgl. *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 60.

⁷⁰ Grundlegend *Söllner*, NZA 1996, 897 (899); vgl. m.w.N. *Höpfner*, RdA 2020, 129 (131-132).

nisationspolitische Ziele verfolgt und wenn überhaupt, lediglich mittelbar die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen angestrebt.⁷¹ Weiter wird der Einbezug von Differenzierungsklauseln in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG deshalb kritisch gesehen, weil die Klauseln darauf abzielen würden, die Verhandlungsposition der Außenseiter zu schwächen und diese damit schlechter zu stellen.⁷²

Zwar stimmt es, dass der Sinn und Zweck von Differenzierungsklauseln in erster Linie darin liegt, die Mitgliedschaft in der jeweiligen Koalition attraktiver zu machen.⁷³ Dies bedeutet jedoch nicht, dass Differenzierungsklauseln nicht dennoch vom Regelungsbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sein können. Grundlegend hierfür ist die Qualifizierung von Art. 9 Abs. 3 GG als sogenanntes Doppelgrundrecht.⁷⁴ Art. 9 Abs. 3 GG schützt neben dem Einzelnen (individuellen Koalitionsfreiheit) auch die Koalitionen an sich und deren Betätigung (kollektive Koalitionsfreiheit).⁷⁵ Wenn auch die kollektive Koalitionsfreiheit geschützt ist, muss es den Koalitionen aber auch möglich sein,

⁷¹ Greiner, DB 2009, 398 (400); Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, 77 (97-99); Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 65-66; den Streit zusammenfassend Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 60.

⁷² Vgl. Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 97, 98; Greiner, DB 2009, 398 (400); Giesen, NZA 2004, 1317 (1319); zur zwingenden Schlechterstellung von Außenseitern, Strippelmann, Gemeinsame Einrichtung, S. 108.

⁷³ Vgl. bereits B. II.

⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (114), Rn. 130; BAG Urt. v. 24.04.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 (992), Rn. 54; h.M. in der Lit., stellvertretend Leydecker, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 145; Linsenmaier in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 39.

⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (114), Rn. 130.

ihren eigenen Bestand zu schützen.⁷⁶ Unter diesem Gesichtspunkt ist in der Literatur und Rechtsprechung weitestgehend unstrittig, dass von der gewährleisteten Freiheit auch Werbemaßnahmen der Koalitionen erfasst sind.⁷⁷ Die Rechtsprechung unterscheidet bei ihnen gerade nicht zwischen einer unmittelbaren oder mittelbaren Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.⁷⁸ Im Ergebnis werden damit auch Differenzierungsklauseln als Werbemaßnahmen erfasst.⁷⁹

Die Gegenauffassung nimmt bei der Betrachtung einen negativen Blickwinkel ein und sieht ausschließlich eine Verschlechterung der Außenseiterposition.⁸⁰ Positiv formuliert geht es jedoch vielmehr darum, dass den Tarifgebundenen die Möglichkeit eröffnet ist, die in Ausübung der Freiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG erworbenen Rechte zu sichern.⁸¹ Gerade die hier in Betracht genommene einfache Differenzierungsklausel verfolgt nicht das Ziel, Außenseiter schlechter zu stellen. Die Schlechterstellung der Außenseiter resultiert aus dem von Beginn an bestehenden Machtungleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Die Differenzierungsklausel stellt diesen aus dem

⁷⁶ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 61; vgl. auch *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 145-148.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 (357-358); BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (115), Rn. 132; BAG, Urt. v. 31.05.2005 – 1 AZR 141/04, NZA 2005,1182 (1184); BAG, Urt. v. 28.07.2020 – 1 ABR 41/18, NZA 2020, 1413 (1415), Rn. 19; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 9, Rn. 37a; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 145; *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9, Rn. 251.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.05.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295 (305).

⁷⁹ *Ulber/Strauß*, DB 2008, 1970 (1971).

⁸⁰ Vgl. *Greiner*, DB 2009, 398 (400).

⁸¹ Vgl. hinsichtlich der Maßgeblichkeit dieser Unterscheidung, *Krüger*, Gutachten 46. DJT, Teil 1, S. 95.

Arbeits- und Wirtschaftssystem entspringenden und im Tarifvertragssystem akzeptierten Zustand wieder her.⁸² Dies entspricht sowohl dem historischen Ursprung als auch der Systematik des deutschen Tarifrechts, als mitgliederbasiertem System, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.⁸³ Grundannahme ist es, dass die Arbeitnehmer das Machtungleichgewicht durch einen mitgliedschaftlichen Zusammenschluss in Koalitionen ausgleichen. Der „Fremdkörper“ in diesem System ist vielmehr die Bezugnahme von Außenseitern auf die tarifvertraglichen Regelungen, deren Möglichkeit die Attraktivität der Mitgliedschaft in Koalitionen deutlich mindert.⁸⁴ Denn warum sollte der Arbeitnehmer Mitglied in der Koalition werden, wenn er die Vorteile auch ohne eine solche Mitgliedschaft erhält? Es leuchtet daher nicht ein, warum die "kostenlose" Partizipation an Errungenschaften der Koalitionen selbstverständlich möglich sein soll (in Form der Bezugnahmeklausel), der Schutz der eigenen Leistungen der Koalitionen und damit der Erhalt ihrer Leistungsfähigkeit (durch Differenzierungsklauseln oder ähnliche Formen) dagegen jedoch nicht. Die einfache Differenzierungsklausel stellt insofern das Spiegelbild zur Bezugnahmeklausel dar.⁸⁵

Zusätzlich ist der Wandel in der Arbeits- und Wirtschaftswelt bzw. der Gesellschaft allgemein zu berücksichtigen. Die heutige Gesellschaft neigt in allen Bereichen zum Egozentrischen, so auch in der Arbeitswelt. Um die Funktionsfähigkeit der Koalitionen und damit auch des

⁸² *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 135-136.

⁸³ *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 135; zur Historie *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 44; vgl. D. I. 2. b).

⁸⁴ *Höpfner*, ZfA 2020, 178 (188).

⁸⁵ So auch *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399 (400).

Tarifvertragssystem zu erhalten, bedarf es der entsprechenden Anreize daher mehr denn je.⁸⁶ Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist, wie oben beschrieben, entsprechend anpassungsfähig und muss diesen Wandel berücksichtigen.⁸⁷

Zum Schluss ist zu beachten, dass die Differenzierungsklausel nicht vollkommen losgelöst vom Arbeitsverhältnis und damit von den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen existiert. Der Terminus „Klausel“ suggeriert eine eigenständige vertragliche Regelung, bei (einfachen) Differenzierungsklauseln handelt es sich jedoch vielmehr um zusätzliche Tatbestandsmerkmale in einer vereinbarten Klausel, die einen Anspruch auf eine Leistung oder ähnliches beinhaltet.⁸⁸ Daher hat die Klausel bereits aus ihrer Zusammensetzung heraus einen unmittelbaren Einfluss auf Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.⁸⁹

Abschließend lässt sich demnach festhalten, dass die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln innerhalb der Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien liegt. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass eine solche Differenzierungsklausel stets rechtmäßig ist. Die Aussage bezieht sich erst einmal nur auf die Regelungszuständigkeit und den verfassungsrechtlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.⁹⁰

⁸⁶ *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 136; ähnlicher Gedanke *Greiner*, DB 2009, 398 (401).

⁸⁷ Oben unter C. I. 1. a) aa).

⁸⁸ Oben unter B. I. 1.

⁸⁹ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 101; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 148.

⁹⁰ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 218.

b) Regelungsbefugnis

Wie angedeutet beschreibt die Regelungsbefugnis die Regelungsmöglichkeiten, die innerhalb der Regelungszuständigkeit bestehen. Im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung sind die Möglichkeiten jedoch von Beginn an begrenzt, da die gemeinsame Einrichtung lediglich durch Tarifvertrag und damit allein durch normative Regelung errichtet werden kann, § 4 Abs. 2 TVG. Es geht damit genauer um die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung. Dabei muss sich die Normsetzungsbefugnis jedoch zwangsläufig im gewährleisteten Regelungsbereich der Tarifvertragsparteien bewegen.⁹¹

Grundsätzlich ist die Normsetzungsbefugnis im Rahmen von (Standard-)Tarifverträgen durch § 1 Abs. 1 TVG begrenzt.⁹² Die Vorschrift beschränkt die möglichen normativen Regelungen in Tarifverträgen auf „*Rechtsnormen, die den Inhalt, Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen ordnen können*“ (Inhalts- und Betriebsnormen). Damit knüpfen die Regelungsmöglichkeiten in Tarifverträgen an den bestehenden Arbeitsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber oder an das betriebliche Verhältnis an. Man kann davon sprechen, dass die Normsetzungsbefugnis entweder synallagmatisch oder betrieblich geprägt ist.⁹³ Die gemeinsame Einrichtung jedoch wird in § 1 Abs. 1

⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74 u.a., BVerfGE 55, 7 (23); BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 48; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 32; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 61.

⁹² *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 89; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 66.

⁹³ *Seifert* in: *Kempen/Zachert TVG*, § 4, Rn. 297.

TVG nicht erwähnt. Sie wird durch das TVG auch nicht näher bestimmt, ihre Existenz ist lediglich durch § 4 Abs. 2 TVG und § 5 Abs. 1a TVG bestätigt. Eine direkte Aussage über die Regelungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien findet sich hier jedoch nicht. Ob die entsprechende Begrenzung des § 1 Abs. 1 TVG auch in Bezug auf gemeinsame Einrichtungen Geltung entfaltet, wird unterschiedlich beurteilt.⁹⁴

aa) Die unterschiedlichen Standpunkte

Zum Teil wird für die Möglichkeit der Regelung durch gemeinsame Einrichtungen ebenfalls der Maßstab des § 1 Abs. 1 TVG angelegt.⁹⁵ Die Vertreter sind der Ansicht, dass § 4 Abs. 2 TVG, in welchem die gemeinsame Einrichtung ihren Ursprung findet, nicht zur Erweiterung der „Regelungsmacht“ der Tarifvertragsparteien führt.⁹⁶ Sie sehen die Erforderlichkeit einer Anknüpfung der tarifvertraglichen Regelungsbefugnis an das ursprüngliche Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁹⁷ Die Folge ist, dass es sich bei den Regelungen eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen um Inhalts- oder Betriebsnormen im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG handeln müsste. Die

⁹⁴ Ausführlich *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 32-39.

⁹⁵ *Franzen* in: ErfK, § 4 TVG, Rn. 23; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 4, Rn. 371-376; nicht ganz eindeutig *Otto/Schwarz*, ZfA 1995, 639 (652-653).

⁹⁶ *Franzen* in: ErfK, § 4 TVG, Rn. 23; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 4, Rn. 371.

⁹⁷ *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 4, Rn. 391; *Schelp*, Festschrift Nipperdey II, S. 579 (592); Bezugnahme auf BAG, Urt. v. 03.02.1965 – 4 AZR 385/63, BAGE 17, 59 = NJW 1965, 1624.

Tarifvertragsparteien könnten innerhalb von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen nur regeln, was sie auch innerhalb eines „normalen“ Tarifvertrags regeln können.⁹⁸

Teilweise wird gesehen, dass eine strikte Begrenzung durch § 1 Abs. 1 TVG rechtstechnisch nicht möglich ist, da im Rahmen der Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung neue Rechtsverhältnisse geschaffen werden. Diese Rechtsverhältnisse können jedoch nicht allein durch Inhalts- und Betriebsnormen etabliert werden, diese erfordern ein bestehendes Rechtsverhältnis. Daher wird angenommen, dass die Regelungsbefugnis zwar hinsichtlich der Etablierung neuer Rechtsverhältnisse erweitert wird, jedoch thematisch bzw. gegenständlich weiter durch § 1 Abs. 1 TVG beschränkt bleibt.⁹⁹

Eine dritte Ansicht und die Rechtsprechung sehen die Regelungen über gemeinsame Einrichtung nicht durch § 1 Abs. 1 TVG begrenzt, auch nicht thematisch.¹⁰⁰ Vielmehr beschränke lediglich Art. 9 Abs. 3 GG die Regelungsbefugnis der gemeinsamen Einrichtung.

⁹⁸ *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz*, § 4, Rn. 390.

⁹⁹ *Heuschmid/Klug* in: *Däubler TVG*, § 1, Rn. 1111; *Hromadka*, NJW 1970, 1441 (1444); zwar keine strikte Begrenzung, aber ähnlich *Oetker* in: *Wiedemann, Tarifvertragsgesetz*, § 1, Rn. 780; nicht richtig einzuordnen *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz*, § 4, Rn. 371-376.

¹⁰⁰ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 51-53; *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (8); *Krause* in: JKOS, Tarifvertragsrecht, § 4, Rn. 86; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 42; *Seifert* in: *Kempen/Zachert TVG*, § 4, Rn. 297; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 34-39, 66; mit gleichem Ergebnis, aber über eine verfassungskonforme Auslegung *Assenmacher*, Funktionen und Befugnisse der Gemeinsamen Einrichtung, S. 98-99; lediglich bezogen auf die personelle Reichweite *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (137); nicht ganz eindeutig, aber wohl auch *Otto/Schwarz*, ZfA 1995, 639 (652-653); *Oetker* in: *Wiedemann, Tarifvertragsgesetz*, § 1, Rn. 747, 780.

bb) Stellungnahme

Strippelmann bricht die Frage richtigerweise darauf herab, ob die Regelungen über gemeinsame Einrichtungen den Normen des § 1 Abs. 1 TVG zugeordnet werden können.¹⁰¹ Noch konkreter kommt es darauf an, ob die Regelungen elementar an ein schon bestehendes Rechtsverhältnis (Arbeitsverhältnis oder Betriebsverhältnis) anknüpfen oder von diesem losgelöst bestehen können. Hierbei sind zwei Regelungsbereiche in den Blick zu nehmen, zum einen die Begrenzung der Regelungsbefugnis in personeller Hinsicht und zum anderen in inhaltlicher Hinsicht.

Wie angedeutet muss der ersten Auffassung schon allein deshalb entgegengetreten werden, weil gemeinsame Einrichtungen nicht durch Inhalts- und Betriebsnormen errichtet werden können.¹⁰² Bei der Errichtung von gemeinsamen Einrichtungen entstehen neue Rechtsverhältnisse zwischen der Einrichtung selbst und den Arbeitgebern sowie Arbeitnehmern. Inhalts- und Betriebsnormen regeln jedoch ausschließlich bereits bestehende Rechtsverhältnisse, namentlich das Arbeitsverhältnis und das Betriebsverhältnis.¹⁰³ Sie können damit schon begrifflich keine neuen Rechtsverhältnisse etablieren und regeln. Diskutabel ist damit lediglich eine inhaltliche Begrenzung der Regelungsbefugnis durch § 1 Abs. 1 TVG.

¹⁰¹ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 34.

¹⁰² BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648-1649), Rn. 53; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 35.

¹⁰³ *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (137); *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 4, Rn. 297; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 35.

Erster Anknüpfungspunkt der gemeinsamen Einrichtung ist § 4 Abs. 2 TVG. Dessen Wortlaut verdeutlicht, dass gemeinsame Einrichtungen durch Tarifverträge normiert werden. Hierin könnte ein mittelbarer Verweis auf die Begrenzung nach § 1 Abs. 1 TVG gesehen werden. Der Wortlaut des § 4 Abs. 2 TVG ist im Endeffekt jedoch wenig aufschlussreich. In § 4 Abs. 2 TVG wird allein die Wirkung der Rechtsnormen geregelt. Er enthält jedoch keinen Hinweis auf den Inhalt möglicher Normen.¹⁰⁴ § 1 Abs. 1 TVG, welcher Aussagen zum Inhalt der Normen im standardmäßigen Tarifvertrag trifft, erwähnt die Normen der gemeinsamen Einrichtung dagegen jedoch nicht.¹⁰⁵

Entscheidend ist vielmehr das Telos, das mit der Normierung der gemeinsamen Einrichtung verfolgt wird. Sinn und Zweck ist es, Ansprüche aus dem synallagmatischen Arbeitsverhältnis zu lösen und überbetrieblich zu organisieren. Dieses Ziel passt nicht mit einer engen Anknüpfung an bereits bestehende Rechtsverhältnisse zusammen. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass das Institut der gemeinsamen Einrichtung entwicklungs offen ausgestaltet ist. Den Tarifpartnern soll Raum für die Regelung der sich ständig ändernden wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse gelassen werden.¹⁰⁶ Dies lässt sich aus dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 TVG und dort insbesondere aus dem Klammerzusatz „usw.“ schlussfolgern.¹⁰⁷ Diese Annahme kann auch daraus

¹⁰⁴ *Otto/Schwarz*, ZfA 1995, 639 (652).

¹⁰⁵ *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (137).

¹⁰⁶ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 52; BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 10 AZR 13/03, BAGE 108, 155 (168); *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 86; *Strippelmann*, *Gemeinsame Einrichtung*, S. 37; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (89); zustimmend *Oetker* in: *Wiedemann, Tarifvertragsgesetz*, § 1, Rn. 772.

¹⁰⁷ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 52.

abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber gerade keine detaillierten Regelungen für gemeinsame Einrichtungen geschaffen hat.¹⁰⁸ Es ging dem historischen Gesetzgeber allgemein darum, ein Höchstmaß an Elastizität zu wahren.¹⁰⁹ Bei der Erwähnung der gemeinsamen Einrichtung war der Gesetzgeber eher beschreibend tätig und wollte das in der Tarifpraxis existierende Institut anerkennen und gerade keine zusätzlichen Grenzen aufstellen.¹¹⁰

Somit findet keine inhaltliche Begrenzung der Normsetzungsbefugnis durch das TVG statt. Insbesondere geht die Möglichkeit der Regelung gemeinsamer Einrichtungen über die Begrenzung des § 1 Abs. 1 TVG hinaus. Dieser begrenzt lediglich standardmäßige Tarifverträge ohne gemeinsame Einrichtungen.¹¹¹

cc) Normsetzungsbefugnis im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung

Somit ist festzuhalten, die Norm des § 4 Abs. 2 TVG ist entwicklungs- offen und ermöglicht die Anpassung der gemeinsamen Einrichtung an die wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten. Daher wird die Normsetzungsbefugnis vorliegend ausschließlich durch die Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG bestimmt und begrenzt.¹¹² Normen über

¹⁰⁸ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 52; BAG, Urt. v. 22.10.2003 – 10 AZR 13/03, BAGE 108, 155 (168).

¹⁰⁹ So zumindest *Herschel*, ZfA 1973, 183 (186).

¹¹⁰ *Hromadka*, NJW 1970, 1441 (1442); *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 4, Rn. 287, *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (84).

¹¹¹ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 51; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 772; *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 4, Rn. 297; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 66.

¹¹² Zu den Grenzen C. I. 1. a).

gemeinsame Einrichtungen stellen damit eine eigenständige Normenkategorie im Tarifvertragsrecht dar, welche von Inhalts- und Betriebsnormen sowohl bezüglich des personellen als auch des inhaltlichen Regelungsbereichs zu unterscheiden sind.¹¹³

Die Normsetzungsbefugnis innerhalb von gemeinsamen Einrichtungen ist von ihrem inhaltlichen Umfang mit den Grenzen der Tarifautonomie gleichzusetzen. Damit unterscheidet sich der Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen grundlegend vom standardmäßigen Tarifvertrag. Konsequenterweise umfasst die Normsetzungsbefugnis damit auch die von der Regelungszuständigkeit und der Tarifautonomie erfassten Differenzierungsklauseln.¹¹⁴

c) **Inhaltliche Rechtmäßigkeit**

Im Rahmen der inhaltlichen Rechtmäßigkeit geht es um die Vereinbarkeit der Regelung mit höherrangigem Recht.¹¹⁵ Eine vereinbarte Differenzierungsklausel kann mit anderen Freiheiten kollidieren und gegen Rechte Dritter verstoßen.

Nach Ansicht des BAG und der überwiegenden Literaturmeinung sind die in dieser Arbeit in den Fokus genommenen einfachen Differenzierungsklauseln grundsätzlich jedoch schon so strukturiert, dass sie

¹¹³ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 66.

¹¹⁴ Vgl. C. I. 1. a) bb).

¹¹⁵ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 50; *Waltermann*, RdA 2007, 257 (261).

keine Rechte Dritter verletzen können.¹¹⁶ Die Klausel entfaltet ihre unmittelbare Wirkung nur hinsichtlich der tarifgebundenen Mitglieder der Tarifvertragsparteien (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG) und schränkt das Verhalten der Tarifgebundenen darüber hinaus auch nicht im Kontakt mit Dritten ein.¹¹⁷ Insofern wirkt die Klausel grundlegend anders als etwa eine Spannenklausel.¹¹⁸ Die einfache Differenzierungsklausel greift daher aufgrund der fehlenden normativen Wirkung gegenüber Außenseitern nicht in deren Rechte ein und verletzt damit weder die Handlungs- und Vertragsfreiheit noch die Koalitionsfreiheit der Außenseiter.¹¹⁹

Dies ändert sich auch nicht dadurch, dass die Differenzierungsklausel innerhalb eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen eingebaut wird. Denn im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung hat eine einfache Differenzierungsklausel praktisch keine zusätzlichen Aus-

¹¹⁶ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1031, 1033), Rn. 32, 47; BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 (922), Rn. 21; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 448-451; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 2123-2128; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 157-158; *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (218-219); a.A., die für besondere Fälle eine Einzelfallprüfung der Rechtmäßigkeit vornimmt, *Lunk/Leder/Seidler*, RdA 2015, 399 (400).

¹¹⁷ BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 (922), Rn. 21; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 197.

¹¹⁸ „Die sog. Spannenklausel sichert den tarifgebundenen Arbeitnehmern einen bestimmten Vorteil in der Weise, dass es dem Arbeitgeber zwar nicht verwehrt ist, den Außenseitern einen Vorteil der gleichen Art zukommen zu lassen; wenn er aber Außenseitern den Vorteil kollektiv gewährt, [...] dann muss der Arbeitgeber diesen Vorteil den Tarifgebundenen zusätzlich gewähren. Der Tarifgebundene ist danach also in seinen Bezügen den Außenseitern immer um eine bestimmte „Spanne“ voraus.“, *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 516.

¹¹⁹ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1033, 1034), Rn. 46-48; BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 (922), Rn. 21.

wirkungen. Der gemeinsamen Einrichtung ist schon ohne Differenzierungsklausel eine starke Differenzierung immanent. Die Normen des Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen gelten aufgrund der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG lediglich für tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Doch anders als bei „einfachen“ Tarifverträgen scheidet eine Bezugnahmeklausel der Außenseiter im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung aufgrund des Dreiecksverhältnisses zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Gemeinsamer Einrichtung aus. Eine solche Bezugnahmeklausel würde einen Vertrag zu Lasten Dritter (zu Lasten der gemeinsamen Einrichtung) darstellen und wäre daher unzulässig.¹²⁰ Zusätzlich handelt es sich bei den Leistungen einer gemeinsamen Einrichtung regelmäßig um Leistungen, die der einzelne Arbeitgeber nicht oder nicht in entsprechender Weise erbringen kann. Damit ist es den Außenseitern regelmäßig verwehrt, die Vorteile der gemeinsamen Einrichtung durch schlichte Bezugnahme oder eine andersartige individualvertragliche Vereinbarung zu erhalten. Eine weitergehende Wirkung entfaltet jedoch auch eine einfache Differenzierungsklausel nicht.¹²¹ Daher sind sie auch innerhalb eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen inhaltlich rechtmäßig.

2. Veränderter Regelungsrahmen

Fraglich ist, ob sich auf der Ebene des Tarifvertrags hinsichtlich des Regelungsrahmens der Tarifvertragsparteien dadurch etwas ändert, dass die Tarifvertragsparteien die Regelungen mit der Intention der späteren Allgemeinverbindlicherklärung treffen.

¹²⁰ Stellvertretend *Franzen* in: ErfK, § 4 TVG, Rn. 25; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 102-103.

¹²¹ So auch *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 104-105.

Teilweise wird die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln innerhalb von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen deshalb für unzulässig erachtet, weil sie deren Allgemeinverbindlicherklärung verhindern würden.¹²² Ansatzpunkt ist, dass die gemeinsame Einrichtung für ihre Funktionsfähigkeit regelmäßig auf die Allgemeinverbindlicherklärung des zugrundeliegenden Tarifvertrags angewiesen ist. Der Zweck gemeinsamer Einrichtungen verlangt es typischerweise, dass deren Regelungen erstreckt werden.¹²³ Die soziale Schutzrichtung der Einrichtungen kann regelmäßig nur erreicht werden, wenn sich eine Vielzahl von Arbeitgebern zusammenschließt und die Einrichtung (insb. finanziell) stützt.¹²⁴ Die vereinbarten Leistungen sind oftmals durch den einzelnen Arbeitgeber nicht zu erbringen, ansonsten bedürfte es der gemeinsamen Einrichtung erst gar nicht.¹²⁵

Dennoch vermischt diese Ansicht die bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen bestehenden unterschiedlichen Ebenen. Die Ebenen des Tarifvertrags und die der Allgemeinverbindlicherklärung sind strikt voneinander zu trennen. Auf ihnen agieren unterschiedliche Akteure. Auf erster Ebene vereinbaren die Tarifvertragsparteien einen Tarifvertrag. Dieser kann dann, von staatlicher Seite aus, für allgemeinverbindlich erklärt werden. Das von den Tarifvertragsparteien erreichte

¹²² *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 113-117; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (101-102); zur Allgemeinverbindlicherklärung von Differenzierungsklauseln C. II. 3.

¹²³ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (10); *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 164.

¹²⁴ Vgl. *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 164-165.

¹²⁵ Vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 475; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 202.

Ergebnis wird hierbei durch den Staat genutzt.¹²⁶ Die staatliche Stelle hat auf den Inhalt des Tarifvertrags keinerlei Einfluss, ist auf der anderen Seite jedoch grundsätzlich auch nicht zur Allgemeinverbindlicherklärung verpflichtet.¹²⁷ Die Allgemeinverbindlicherklärung ist insofern mit einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme zu vergleichen.¹²⁸ Entsprechend nimmt eine später beabsichtigte Allgemeinverbindlicherklärung dann auch keinerlei Einfluss auf den Regelungsrahmen der Tarifvertragsparteien.

Hinzukommt, dass, auch wenn eine Allgemeinverbindlicherklärung zwar typisch für die gemeinsame Einrichtung ist, sie keine funktionsnotwendige Voraussetzung für die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung darstellt. Es ist auch möglich, dass eine gemeinsame Einrichtung ohne Allgemeinverbindlicherklärung errichtet wird.¹²⁹ Die Tarifvertragsparteien wären zusätzlich auch nicht dazu verpflichtet, einen Tarifvertrag so zu gestalten, dass er für allgemeinverbindlich erklärt werden kann.¹³⁰

Damit ändert sich der Regelungsrahmen auch durch die beabsichtigte Allgemeinverbindlicherklärung selbst dann nicht, wenn man davon ausgehen würde, dass die Differenzierungsklausel einer Allgemeinverbindlicherklärung entgegensteht.

¹²⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (348-349); BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (254), Rn. 13.

¹²⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (348); BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (254), Rn. 13-15.

¹²⁸ Hinsichtlich der Anwendbarkeit der tarifvertraglichen Regelung, BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1036), Rn. 65.

¹²⁹ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 223; *Walser*, SR 2017 Sonderausgabe Mai, 2 (7).

¹³⁰ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 105.

3. Wirksamkeit auf Ebene des Tarifvertrags

Abschließend ist festzuhalten: Die Tarifvertragsparteien sind auf der ersten Ebene des in dieser Arbeit zu betrachtenden Regelungsprozesses hinsichtlich ihrer Regelungszuständigkeit und ihrer Normsetzungsbefugnis ausschließlich an die Grenzen der in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten Koalitionsfreiheit gebunden. Die Normsetzungsbefugnis weist ausnahmsweise die gleichen Grenzen wie die Regelungszuständigkeit auf. Ebenso liegt die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln innerhalb dieser Grenzen. Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus der Intention zur Allgemeinverbindlicherklärung des entsprechenden Tarifvertrags.

II. Allgemeinverbindlicherklärung

Die Allgemeinverbindlicherklärung bildet die zweite Ebene des hier relevanten Regelungsprozesses. Im Anschluss an einen durch die Tarifvertragsparteien vereinbarten Tarifvertrag kann dieser nach Maßgabe des § 5 TVG durch das BMAS für allgemeinverbindlich erklärt werden. Hierbei knüpft die Allgemeinverbindlicherklärung, wie angedeutet, an den durch die Tarifvertragsparteien vereinbarten Tarifvertrag an. Für die hier zu betrachtende Problematik ist relevant, welchen Anforderungen die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags unterliegt und ob diese Anforderungen einer Differenzierungsklausel grundsätzlich entgegenstehen.

1. Wirkung und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung

a) Allgemein

Nach § 5 Abs. 4 TVG erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags durch die Allgemeinverbindlicherklärung, zusätzlich zu den tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen, alle nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im jeweiligen Geltungsbereich des Tarifvertrags. Damit weicht § 5 Abs. 4 TVG von der üblichen mitgliedschaftlichen Tarifgebundenheit nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG ab und normiert einen weiteren Weg, auf welchem tarifliche Normen Geltung entfalten können.¹³¹ Hiervon abgesehen unterscheidet sich die tatsächliche Wirkung des § 5 Abs. 4 TVG nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich jedoch nicht von der Wirkung aus §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.¹³² Die Erstreckung wirkt ebenso wie bei der mitgliedschaftlichen Tarifbindung normativ. Sie ist dabei inhaltlich an den ursprünglichen Tarifvertrag gebunden.¹³³ Es geht um eine Erstreckung der tariflichen Normen über den eigentlichen persönlichen Geltungsbereich hinaus und nicht um eine Veränderung dieser.¹³⁴

Rechtssystematisch handelt es sich bei der Allgemeinverbindlicherklärung um einen Rechtsakt *sui generis*.¹³⁵ Sie weist sowohl Elemente

¹³¹ Seifert in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 1; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 232.

¹³² BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 1 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (327); Höpfner, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 493; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 232.

¹³³ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (348); BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (254), Rn. 13-15; Bötticher, Die gemeinsame Einrichtung, S. 117.

¹³⁴ Bötticher, Die gemeinsame Einrichtung, S. 117.

¹³⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 04/17, NZA 2020, 253, Rn. 13; BAG, Urt. v. 18.03.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781.

staatlicher Rechtsetzung (Erstreckung) als auch autonomer Regelungen (inhaltlicher Tarifvertrag) auf und verknüpft somit die beiden Arten der Normsetzung.¹³⁶ Zusammenfassend wird damit die Geltung tariflicher Ansprüche staatlich angeordnet. Die staatlich anordnende Stelle ist nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG das BMAS.

b) Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung

Dem Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung wird in der späteren Beantwortung der Frage der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln im allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen entscheidende Bedeutung zukommen. Der Zweck enthält einen Teil der Antwort darauf, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung „*im öffentlichen Interesse geboten erscheint*“ und hat damit Einfluss auf die Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung sowie auf deren verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit.¹³⁷

aa) Die unterschiedlichen Zweckrichtungen

In der Literatur werden unterschiedliche Zweckrichtungen vorgeschlagen.¹³⁸ Die Zweckrichtungen und Funktionen sind dabei von den

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 04/17, NZA 2020, 253, Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74 u.a., BVerfGE 55, 7 (20); *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 494; *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (104); vgl. *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 165; *Dieterich*, NZA-Beil. 2011, 84 (87).

¹³⁷ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (6); *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 15, 37; *Seifert* in: *Kempen/Zachert TVG*, § 5, Rn. 2-10; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 131; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (138); vgl. zur Voraussetzung des „öffentlichen Interesses“ unten C. II. 2. c).

¹³⁸ Vgl. *Giesen* in: *BeckOK ArbR*, § 5 TVG, Rn. 2; *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz*, § 5, Rn. 16-38; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 93-130.

differenzierten Blickwinkeln der an der Allgemeinverbindlicherklärung beteiligten Akteure geprägt.¹³⁹ Die an der Allgemeinverbindlicherklärung beteiligten Parteien, die Arbeitnehmerseite, die Arbeitgeberseite und der Staat, verfolgen bei der Erstreckung des Tarifvertrags jeweils eigene Interessen. Das heißt jedoch nicht, dass sich der Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung an jedem einzelnen Interesse der drei Parteien orientieren müsste. Vielmehr lassen sich die vertretenen Zweckrichtungen auf zwei Hauptzwecke herunterbrechen. Zum einen verfolgt die Allgemeinverbindlicherklärung den Schutz bzw. die Unterstützung des Tarifsystems an sich und zum anderen enthält sie eine sozial- und arbeitsmarktpolitische Schutzfunktion.¹⁴⁰ Die doppelte Zweckrichtung resultiert dabei auch aus der rechtssystematischen Einordnung der Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtsakt *sui generis*, der Elemente der privatautonomen Rechtssetzung und der staatlichen Rechtssetzung kombiniert.

(1) Sozialpolitische Schutzfunktion

Überwiegend anerkannt ist die sozialpolitische Schutzfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung. Insbesondere heute wird sie sozial- und arbeitsmarktpolitisch eingesetzt. So können branchenweite angemessene Mindestarbeitsbedingungen innerhalb des Geltungsbereichs des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags gewährleistet und die nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmer geschützt werden.¹⁴¹ Dieser Zweck

¹³⁹ Vgl. *Schulten*, WSI-Mitteilungen 07/2012, 485 (487).

¹⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (342).

¹⁴¹ BVerfG, Beschl v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (342); *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 1; *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (6); *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 468-469; *Lö-*

nimmt damit maßgeblich den staatlichen Blickwinkel auf das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung ein. Dem Zweck liegt der aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 1 GG entspringende staatliche (Arbeitnehmer-) Schutzauftrag zu Grunde.¹⁴² Anstatt arbeitnehmerschützende Gesetze zu erlassen, kann der Staat auf die sachnahen Regelungen der Tarifparteien zugreifen und seiner sozialpolitischen Aufgabe durch die Nutzung der passgenauen und weniger einschneidenden Tarifverträge nachkommen.¹⁴³ Denn auch wenn der Gesetzgeber seine Zuständigkeit im Tarifbereich weit zurückgenommen hat, ist diese nicht vollständig entfallen.¹⁴⁴ Dieser Schutzzweck gewinnt in Zeiten schwindender Tarifbindung immer mehr an Bedeutung.¹⁴⁵ Denn die Allgemeinverbindlicherklärung sichert bei schwindender Tarifbindung die branchenweite Tarifwirkung und gewährleistet so die flächendeckende Fortgeltung der im Tarifvertrag vereinbarten Arbeitsbedingungen.¹⁴⁶ Sie

wisch/Rieble in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 16-17; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 15; *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 6; *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 7; *Bayreuther* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 2.

¹⁴² Vgl. *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 182; *Forst* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 5 TVG, Rn. 17; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 16; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 15.

¹⁴³ *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (111); *Greiner/Hannau/Preis*, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (6).

¹⁴⁴ *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (106); *Greiner/Hannau/Preis*, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (6).

¹⁴⁵ Vgl. die Vereinfachung durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz, vom 15.08.2014, BGBl. I, S. 1356.; die Gesetzesbegründung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, BT-Drs. 18/1558, S. 26-27, 48-49.

¹⁴⁶ *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (109).

stützt damit die tarifliche Ordnung und gewährleistet Mindestarbeitsbedingungen, wenn die Tarifautonomie aufgrund fehlender Tarifbindung versagt.¹⁴⁷

(2) Schutz/Unterstützung des Tarifsystems

Der Ursprung der Allgemeinverbindlicherklärung geht zurück auf die Weimarer Republik. § 2 der Tarifvertragsordnung von 1918 regelte die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Historisch betrachtet beabsichtigte die Allgemeinverbindlicherklärung den Schutz der Tarifgebundenen vor Außenseiterkonkurrenz (sogenannte „Schmutzkonkurrenz“).¹⁴⁸ Durch die Erstreckung der Wirkung des Tarifvertrags sollte ein Unterbietungswettbewerb durch nichttarifgebundene Arbeitsverhältnisse ausgeschlossen werden.¹⁴⁹ Es sollte verhindert werden, dass nichttarifgebundene Arbeitgeber durch niedrigere Lohnkosten in der Lage sind, Produkte und Dienstleistungen günstiger anzubieten als tarifgebundene Arbeitgeber.¹⁵⁰ Damit bezweckt die Allgemeinverbindlicherklärung schlussendlich die Effektivität des („gefährdeten“) Tarifvertrags und stützt damit schließlich auch das Tarifsystem an sich¹⁵¹. Teilweise wird diese Funktion mit der Begründung abgelehnt, die Allgemeinverbindlicherklärung verfolge

¹⁴⁷ Gesetzesbegründung des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, BT-Drs. 18/1558, S. 48.

¹⁴⁸ *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 466; *Höpfner*, ZfA 2019, 108 (150); *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (1932), S. 303-305; *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5 TVG, Rn. 12; *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 2; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (138-140).

¹⁴⁹ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (7, 24); *Waltermann*, RdA 2018, 137 (138-140); a.A. *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 198-202.

¹⁵⁰ *Waltermann*, RdA 2018, 137 (138-140).

¹⁵¹ Vgl. in diese Richtung auch BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (342).

allein oder in erster Linie arbeitnehmerschützende Zwecke.¹⁵² Sie habe zwar faktisch eine entsprechende wettbewerbsverhindernde Wirkung, diese stelle jedoch keinen Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung dar.¹⁵³ Die Außenseiterkonkurrenz wird dagegen als sinnvoller die Tarifmacht begrenzender Wettbewerb verstanden,¹⁵⁴ eine andere Auslegung sei mit Blick auf das auf Mitgliedschaft aufbauende Tarifsysteem systemfremd und demnach abzulehnen.¹⁵⁵

Dem ist jedoch zu widersprechen. Es leuchtet nicht ein, warum die Allgemeinverbindlicherklärung eine solche wettbewerbsbegrenzende Wirkung unstreitig aufweist, diese jedoch nicht deren Zweck darstellen kann.¹⁵⁶ Zudem stellt der Schutz vor wirtschaftlichen Fehlentwicklungen nach § 5 Abs. 1 S. 2 TVG gerade ein Regelbeispiel des öffentlichen Interesses dar.¹⁵⁷ Der Eingriff in marktwirtschaftliche Vorgänge ist damit schon laut Gesetz ein Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung. Die Deklaration als systemfremd ist dabei zirkelschlüssig. Die Allgemeinverbindlicherklärung stellt eine Ausnahme des üblichen Konzepts der mitgliederschaftlichen Tarifgebundenheit dar und weicht damit logischerweise vom standardmäßigen System ab. Es ist gerade die beabsichtigte unmittelbare Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung, dass der Tarifvertrag nicht mehr nur mitgliederschaftliche

¹⁵² *Franzen* in: *ErfK*, § 5 TVG, Rn. 2; *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 29.

¹⁵³ *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 33-34.

¹⁵⁴ *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 33.

¹⁵⁵ *Sittard* in: *Henssler/Moll/Bepler*, *Der Tarifvertrag*, Teil 7, Rn. 10.

¹⁵⁶ *Genauso Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (7); *Preis/Povedano Peramato*, *Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung*, S. 20.

¹⁵⁷ *Bayreuther* in: *Wiedemann*, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 5.

Geltung entfaltet.¹⁵⁸ Den Zweck der Verhinderung von Außenseiterwettbewerb mit dessen Systemfremde abzulehnen, ist damit nicht sachdienlich.

Die systematische Stellung der Allgemeinverbindlicherklärung innerhalb des TVG spricht für eine die Tarifautonomie schützende Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung. Denn das TVG gestaltet die ausgestaltungsbedürftige und durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie aus. Die Normen des TVG sind daher mit Blick auf diese grundgesetzlich gewährleistete Garantie auszulegen und zu bewerten. Die Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtsinstitut des TVG und damit als Teil des Tarifvertragssystems zielt entsprechend darauf ab, die Effektivität tarifvertraglicher Normen zu sichern und die tarifliche Ordnung abzustützen.¹⁵⁹ Sie ist ein Mittel des Tarifrechts und stützt das dahinter liegende System. *Gamillscheg* führt daher aus: „Die Allgemeinverbindlicherklärung ist ein Hilfsgeschäft der Tarifautonomie, der sie zu dienen hat.“¹⁶⁰

Zusätzlich unterstreicht die Allgemeinverbindlicherklärung die primäre Rechtsetzungskompetenz der Tarifvertragsparteien auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Art. 9 Abs. 3 GG). Denn statt der Normierung eigener Regelungen, erstreckt der Staat tarifliche Regelungen. Dabei erfolgt die Erstreckung lediglich auf Antrag der Tarifvertragsparteien (§ 5 Abs. 1 und Abs. 1a TVG). Damit

¹⁵⁸ Vgl. *Seifert* in: *Kempen/Zachert TVG*, § 5, Rn. 3.

¹⁵⁹ BVerwG, Urt. v. 03.11.1988 – 7 C 115/86, NZA 1989, 364 (367-368); BT-Drs. 18/1558, S. 48.

¹⁶⁰ *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht I*, S. 884.

unterstützt die Allgemeinverbindlicherklärung den durch die Verfassung gewährleisteten Freiraum. Auch hieraus lässt sich folglich der Schutz des Konzepts der Tarifautonomie ableiten.¹⁶¹

Aus dem historischen Zweck des Schutzes vor Außenseiterwettbewerb, welcher in der heutigen Zeit an Bedeutung verloren hat,¹⁶² hat sich ein umfassenderer Schutz des Tarifvertragssystems und der grundgesetzlich gewährleisteten Tarifautonomie herausgebildet.¹⁶³ Es kann sich dem BVerfG angeschlossen werden, welches ausführt: „Die Allgemeinverbindlicherklärung erweist sich als Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft.“¹⁶⁴

¹⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (342); BT-Drs. 18/1558, S. 49; Greiner/Hanau/Preis, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (6); Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 16, 17; Greiner in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (111).

¹⁶² Höpfner, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 468; insbesondere aufgrund der häufigen Angleichung der Arbeitsverhältnisse durch die Arbeitgeber im Wege der Bezugnahmeklausel, vgl. Sittard in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 9.

¹⁶³ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (109, 342); Greiner in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (108); Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 16, 17; Seifert in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 5; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 113-114.

¹⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (342).

bb) Schutz des Tarifsystems

(1) Intendierter Schutz

Anders als zum Teil in der Literatur angenommen,¹⁶⁵ kann damit nicht allein oder überwiegend auf den Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer abgestellt werden.¹⁶⁶ Die Betonung der sozialpolitischen Schutzfunktion klingt auf den ersten Blick einleuchtend und entspricht dem Einsatz der Allgemeinverbindlicherklärung in der politischen Wirklichkeit. Der sozialpolitische Schutz ist daher auch als eine Zweckrichtung der Allgemeinverbindlicherklärung anzuerkennen. Diesen Schutz jedoch als einzigen oder überwiegenden Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung zu deklarieren, widerspricht der ursprünglichen Zweckrichtung des Rechtsinstituts, der Systematik und ist mit der Ausgestaltung des deutschen Tarifrechts nicht vereinbar. Die mitgliederschaftliche Ausgestaltung des deutschen Tarifrechts intendiert den Schutz der organisierten Personen. Der überwiegende Schutz der Außenseiter wäre ein nicht zu erklärender Fremdkörper im System.¹⁶⁷ Gamillscheg bringt dies treffend zum Ausdruck: Der Außenseiter ist nicht der „*archimedische Punkt des Tarifrechts*“.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Vgl. *Forst* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 5 TVG, Rn. 17, *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 2; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 130; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 198-202.

¹⁶⁶ Vgl. *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (111); *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 473; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (138-140); zum Teil wird im Schutz der Tarifaußenseiter nur eine mitbedachte Nebenfolge der Allgemeinverbindlicherklärung gesehen, *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 243.

¹⁶⁷ *Waltermann*, RdA 2018, 137 (140).

¹⁶⁸ *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 94.

Auch verkennt der Fokus auf die sozialpolitische Funktion den doppelten Charakter der Allgemeinverbindlicherklärung und setzt die staatliche Seite des Regelungsprozesses unangemessen in den Mittelpunkt. Wie gesehen, ist die Allgemeinverbindlicherklärung ein tarifliches Instrument und dient damit dem Tarifsystem an sich. Dies wird nicht zuletzt dadurch deutlich, dass die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 und Abs. 1a TVG durch einen Antrag der Tarifvertragsparteien initiiert wird.¹⁶⁹ Von staatlicher Seite kann das Verfahren zur Erstreckung nicht angestoßen werden, dem Staat steht das Gesetzgebungsverfahren zur Verfügung. Hiervon abgesehen, liegt der Schutz des Tarifsystems ebenso im Interesse des Staates. Dieser ist mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG dazu verpflichtet, ein funktionierendes Tarifsystem zu gewährleisten.¹⁷⁰ Hierzu gehört es auch, das System an notwendigen Stellen zu stützen.

Damit ist Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung ebenso im Schutz des Tarifvertragssystems und der dahinterstehenden Tarifautonomie zu sehen.

(2) Ambivalente Schutzwirkung

Auch wenn die Allgemeinverbindlicherklärung zumindest kurzfristig auf die Stützung des Tarifsystems gerichtet ist, so wird ihr teilweise die langfristige Schutzwirkung für das Tarifsystem abgesprochen.¹⁷¹

¹⁶⁹ So auch *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 6.

¹⁷⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.06.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 (1187-1188), Rn. 18-20.

¹⁷¹ *Forst*, RdA 2015, 25 (29); *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (109); *Schulten*, WSI-Mitteilungen 07/2012, 485 (487); *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (365).

Dreh und Angelpunkt des deutschen Tarifsystems ist die mitglied-schaftliche Tarifbindung, hierauf baut das System auf.¹⁷² Elementar ist insbesondere die Mitgliedschaft auf Arbeitnehmerseite, da auf die Or-ganisation der Arbeitnehmer regelmäßig die Organisation auf Arbeit-geberseite folgt.¹⁷³ Typischerweise ist der Arbeitgeber in der stärkeren Verhandlungsposition, zum Ausgleich der Machtverhältnisse erfor-dert es den Zusammenschluss der Arbeitnehmer.¹⁷⁴ Auch wenn die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen die faktische Tar-rifbindung erhöht, so setzt sie auf Arbeitnehmerseite Negativanreize einer Gewerkschaft als Mitglied beizutreten, denn der Tarifvertrag entfaltet durch die Allgemeinverbindlicherklärung auch ohne eine Mitgliedschaft und damit verbundene Mitgliedsbeiträge Geltung („Trittbrettfahrer“).¹⁷⁵ Deshalb wird langfristig eine Abnahme mit-gliedschaftlicher Tarifbindung befürchtet. Richardi führt aus: „Eine Tarifgeltung ohne Verbandsmitgliedschaft gleicht einem Baum ohne Wurzeln“.¹⁷⁶ Andererseits ermöglicht die Allgemeinverbindlicherklä-rung den Gewerkschaften Arbeitnehmergruppen zu erreichen, die sie sonst nicht erreichen.¹⁷⁷

¹⁷² Vgl. D. I. 2. b); *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (358-359); *Waltermann*, Differenzie-rungsklauseln im Tarifvertrag, S. 17-18.

¹⁷³ Vgl. *Franzen* in: Festschrift Preis, S. 247 (250); *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (1966), S. 3; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Ta-rifvertrag, S. 18; *Waltermann*, NZA 2014, 874 (875); *Deinert*, SR 2017, Sonderausgabe Mai, 24 (25).

¹⁷⁴ *Höpfner*, ZfA 2020, 178 (196); vgl. B.

¹⁷⁵ *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 14; *Forst*, RdA 2015, 25 (29); *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (109); *Sei-fert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 9; *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (365).

¹⁷⁶ *Richardi*, NZA 2013, 408 (408).

¹⁷⁷ *Schulten*, WSI-Mitteilungen 07/2012, 485 (487-488).

Auf Arbeitgeberseite dagegen setzt die Allgemeinverbindlicherklärung wiederum Anreize zum Beitritt in einen Arbeitgeberverband. Wenn der Tarifvertrag sowieso schon gilt, dann ist es von Interesse, aktiv an dessen Konditionen mitzuwirken.¹⁷⁸ Ebenso eliminiert die Allgemeinverbindlicherklärung den Anreiz, aus dem Verband auszutreten, um niedrigere Arbeitsbedingungen gewährleisten zu können.¹⁷⁹

Statistisch sind die Negativanreize auf Arbeitnehmerseite nicht eindeutig zu belegen, jedoch auch nicht auszuschließen.¹⁸⁰ Betrachtet man die Zahlen in anderen europäischen Ländern, in denen die Allgemeinverbindlicherklärung oder ähnliche Rechtsinstitute starke Bedeutung haben, so stellt man fest, dass diese Länder teilweise dennoch einen hohen Organisationsgrad aufweisen (z.B. Finnland mit 70%), in anderen jedoch fast keinerlei Organisationsgrad besteht (z.B. Frankreich mit 8%).¹⁸¹

Diese möglicherweise ambivalente Schutzwirkung ändert jedoch zunächst nichts an der Zweckrichtung der Allgemeinverbindlicherklärung. Sie kann weiterhin im Schutz des Tarifsystems liegen. Zudem scheint es denkbar, der ambivalenten Schutzwirkung durch die Aufnahme von Differenzierungsklauseln entgegenzuwirken.

¹⁷⁸ *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 17.

¹⁷⁹ *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (108);

¹⁸⁰ Vgl. die Auswertung bei *Schulten*, WSI-Mitteilungen 07/2012, 485 (492-493).

¹⁸¹ *Schulten*, WSI-Mitteilungen 07/2012, 485 (492), Abb. 2.

c) Bedeutung für die gemeinsame Einrichtung

Im Zusammenhang mit gemeinsamen Einrichtungen erlangt die Allgemeinverbindlicherklärung besondere Bedeutung. Der Zweck gemeinsamer Einrichtungen verlangt es häufig, dass deren Regelungen branchenweite Geltung erlangen.¹⁸² Denn der Hauptzweck gemeinsamer Einrichtungen liegt in der Schaffung von Leistungen, die der einzelne Arbeitgeber so nicht erbringen könnte, ansonsten bedürfte es der Einrichtung nicht.¹⁸³ Regelmäßig handelt es sich dabei um Sozialleistungen des Arbeitgebers, welche aus dem arbeitsvertraglichen Synallagma gelöst¹⁸⁴ und überbetrieblich organisiert werden.¹⁸⁵ Hiermit kommt der gemeinsamen Einrichtung insbesondere eine soziale Schutzfunktion zu.¹⁸⁶

Diese soziale Schutzrichtung der gemeinsamen Einrichtungen kann lediglich dann erreicht werden, wenn sich eine Vielzahl von Arbeitgebern zusammenschließt und die Einrichtung (insbesondere finanziell) stützt.¹⁸⁷ Die allgemeinverbindliche gemeinsame Einrichtung reduziert die Risiken und Lasten für den einzelnen Arbeitgeber, indem sie

¹⁸² *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (10); *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 164.

¹⁸³ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (4); *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 475; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 769; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 164-165.

¹⁸⁴ *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 769; *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, S. 8.

¹⁸⁵ *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 4, Rn. 297.

¹⁸⁶ *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (4).

¹⁸⁷ Vgl. *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 14; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 164-165.

die Leistung kollektiviert (Solidar-/Versicherungsprinzip).¹⁸⁸ Hierdurch wird die geschaffene Leistung realisierbar und wirtschaftlich.¹⁸⁹ Daneben ist das hinter der gemeinsamen Einrichtung stehende sozialpolitische Konzept oftmals nur dann umsetzbar, wenn es in der gesamten Branche zum Einsatz gelangt (vgl. als bekanntes Beispiel das Urlaubskassenverfahren in der Baubranche¹⁹⁰).¹⁹¹ Darauf aufbauend ist ein häufiges Ziel der Allgemeinverbindlicherklärung die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen.¹⁹²

Jedoch zeigt die Allgemeinverbindlicherklärung im Zusammenhang mit der gemeinsamen Einrichtung auch ihren Zweck vor Außenseiterwettbewerb zu schützen. Ohne Allgemeinverbindlicherklärung entstünden Wettbewerbsvorteile für Außenseiter-Arbeitgeber. Diese hätten im Verhältnis zu tarifgebundenen Arbeitgebern weniger Ausgaben und könnten so günstiger produzieren oder preiswertere Dienstleistungen anbieten. Dies würde zu einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.¹⁹³ Ebenso verhindert die Allgemeinverbindlicherklärung eine ungewollte Quersubventionierung nicht beitragsverpflichteter Arbeitgeber, bei denen leistungsberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.¹⁹⁴

¹⁸⁸ *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 47; *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 16; *Walser*, SR 2017, Sonderausgabe Mai, 2 (9).

¹⁸⁹ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 165.

¹⁹⁰ Zum Urlaubskassenverfahren, *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 42-44.

¹⁹¹ *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 16; *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 8.

¹⁹² *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 202.

¹⁹³ BAG, Urt. v. 28.03.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781 (782); *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 475-476; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 245.

¹⁹⁴ Dies wird relevant, sofern man die einseitige Tarifbindung für ausreichend erachtet, *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 164-165; vgl. zum Erfordernis der Tarifbindung D. I. 1. a) aa).

Schlussendlich betont der § 5 Abs. 1a TVG die Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung. Die Norm erleichtert die Allgemeinverbindlicherklärung für Tarifverträge, sofern diese die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen in bestimmten sozialpolitischen Regelungsbereichen zum Gegenstand haben. Hierdurch soll laut Gesetz die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung gesichert werden.

Die Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung ist daher als wichtiger Aspekt der Allgemeinverbindlicherklärung anzuerkennen, kann aber nicht alleiniger Zweck der konkreten Erstreckung sein. Andernfalls könnten die Tarifvertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung durch die Ausgestaltung der beabsichtigten Leistungen als gemeinsame Einrichtung forcieren.¹⁹⁵

2. Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung

Die Regelungssystematik des § 5 TVG kennt zwei Varianten der Allgemeinverbindlicherklärung. Der ursprünglich allein existierende § 5 Abs. 1 TVG regelt die generellen Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung. Der im Jahr 2014 durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz¹⁹⁶ eingefügte § 5 Abs. 1a TVG nimmt hingegen spezielle Fälle der gemeinsamen Einrichtung in den Blick.

¹⁹⁵ *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 204-205; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 180-181; *von Hoyningen-Huene*, BB 1986, 1909 (1913); *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 93.

¹⁹⁶ Tarifautonomiestärkungsgesetz, vom 15.08.2014, BGBl. I S. 1356.

a) § 5 Abs. 1 TVG

Verfahrensrechtlich setzt die Allgemeinverbindlicherklärung zunächst einen gemeinsamen Antrag beider Tarifvertragsparteien voraus. Diesem Antrag muss der Tarifausschuss im Sinne des § 5 Abs. 1 TVG zustimmen, damit das BMAS nach eigener Prüfung den Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklären kann.

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG muss eine Allgemeinverbindlicherklärung „*im öffentlichen Interesse geboten*“ erscheinen. Dies ist neben dem Vorliegen eines wirksamen Tarifvertrages die einzige materielle Voraussetzung, die das Gesetz für die Allgemeinverbindlicherklärung aufstellt. Bei der Prüfung und Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs wird dem BMAS ein Beurteilungsspielraum zugestanden.¹⁹⁷ Zusätzlich normiert der § 5 Abs. 1 S. 2 TVG Regelbeispiele, in denen die Allgemeinverbindlicherklärung „*in der Regel im öffentlichen Interesse geboten erscheint*“. Dies sind nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG eine überwiegende Bedeutung des Tarifvertrags für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Geltungsbereich des Tarifvertrags oder nach § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG, wenn die Allgemeinverbindlicherklärung zur Absicherung der tariflichen Normen gegen wirtschaftliche Fehlentwicklung geboten ist. Weiter wird zwar durch den Wortlaut der Vorschrift deutlich, dass dem BMAS auch ein Rechtsfolgenmessen obliegt („*kann*“). Sofern ein öffentliches Interesse ge-

¹⁹⁷ BAG, Urt. v. 28.03.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781 (781-782); BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (21), Rn. 112-113.

geben ist, wird jedoch regelmäßig auch die Rechtsfolge damit vorherbestimmt (sogenannte Koppelungsvorschrift).¹⁹⁸ Insofern hat die sprachliche Trennung zwischen einem Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene und einem Ermessen auf Rechtsfolgenseite wenig Mehrwert.¹⁹⁹ Die Grenzen zwischen der Tatbestands- und Rechtsfolgenseite verschwimmen und sind nicht eindeutig zu ziehen.²⁰⁰ Die beiden Spielräume können nicht getrennt voneinander betrachtet werden, da die auf der Tatbestandsebene anzustellenden Erwägungen die Rechtsfolgenseite determinieren.²⁰¹ Dementsprechend ist im Folgenden von einem Einschätzungsspielraum des BMAS die Rede.²⁰²

b) Einschätzungsspielraum

In der Rechtsprechung und Literatur wird der dem BMAS eröffnete Einschätzungsspielraum ohne genauere Eingrenzung als „weit“ und „gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar“ bezeichnet.²⁰³ Im Anschluss an das BAG geht die herrschende Meinung davon aus, dass die Einschätzungsentscheidung des BMAS erst dann rechtswidrig ist,

¹⁹⁸ Löwisch/Rieble in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 165; Thüsing in: Ausschuss-Drs. 18(11)148, S. 60; zur Koppelungsvorschrift: Riese in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, § 114 VwGO, Rn. 34-35; vgl. auch Sittard in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 52.

¹⁹⁹ Hierzu Schmidt-Aßmann in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 186.

²⁰⁰ Vgl. Herdegen, AöR 1989, 607 (632-633); Schmidt-Aßmann in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 186.

²⁰¹ Vgl. insofern Riese in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, § 114 VwGO, Rn. 34-35.

²⁰² Vgl. ähnlich als „Einschätzungsprärogative“ bezeichnend, Sittard, Tarifnormerweiterung, S. 169.

²⁰³ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (21), Rn. 112; BAG, Beschl. v. 21.09.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beil. 2017, 12 (28), Rn. 126; Bayreuther in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 97; Greiner/Hannau/Preis, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (20); Henssler in: HWK, § 5 TVG, Rn. 12; Lakies/Rödl in: Däubler TVG, § 5, Rn. 169; Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 86.

„wenn die getroffene Entscheidung [...] schlechterdings unvertretbar oder unverhältnismäßig ist“²⁰⁴.

Als Rechtsakt sui generis stellt die Allgemeinverbindlicherklärung insbesondere aus der Sicht der Außenseiter eine staatliche Normsetzung dar.²⁰⁵ Es handelt sich um eine Normsetzung, die vom parlamentarischen Gesetzgeber auf die Exekutive delegiert wird. Dementsprechend bleibt das BMAS an die dem Gesetzgeber auferlegten Grenzen staatlicher Rechtsetzung gebunden.²⁰⁶ Es gelten insofern die verfassungsrechtlichen Grenzen, insbesondere die Achtung der Grundrechte und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.²⁰⁷ Der durch § 5 TVG gewährte Spielraum liegt damit faktisch zwischen dem des parlamentarischen Gesetzgebers und einem einfachen Verwaltungsermessens.²⁰⁸ Zwangsläufig kann der Spielraum nur innerhalb der Grenzen des parlamentarischen Gesetzgebers existieren, da er von diesem abgeleitet wird.

²⁰⁴ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (21), Rn. 112; *Bayreuther* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 97; *Henssler* in: HWK, § 5 TVG, Rn. 28; *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 171; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (141).

²⁰⁵ Hierzu C. II. 1. a); vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (341); *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 480; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 159-160; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 165.

²⁰⁶ *Bayreuther* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 97; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 165-166.

²⁰⁷ *Bayreuther* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 97; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 896; *Hartmann*, ZfA 2020, 348 (355); *Henssler* in: HWK, § 5 TVG, Rn. 28; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 166.

²⁰⁸ *Schmidt-Aßmann* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 217; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 165.

Grundsätzlich ist die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriff auf Tatbestandsebene vollständig gerichtlich überprüfbar.²⁰⁹ Im Rahmen der Kombination aus unbestimmtem Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und Rechtsfolgengerichten stellt sich jedoch die Frage, inwiefern die Entscheidung auf der Tatbestandsseite einer gerichtlichen Prüfung entzogen ist und allein der Exekutiven obliegt. Die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs „öffentliches Interesse“ besteht dabei sowohl aus rechtlichen Elementen, die einer Kontrolle durchaus zugänglich sind, als auch aus wertenden Elementen, die außerrechtlicher, politischer oder prognostischer Natur sind und deren Beurteilung gerade dem BMAS übertragen wurde.²¹⁰ Insofern ist auch der Umfang des Einschätzungsspielraums differenziert zu beurteilen. Mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG kann von einer Prüfung durch die Gerichte nicht vollends abgesehen werden.²¹¹ Überprüfbar sind daher die verfassungsrechtlich gezogenen Grenzen, an denen die Freiheit der Verwaltung spätestens endet,²¹² sowie die richtige Erfassung des Zwecks der Allgemeinverbindlicherklärung.²¹³ Denn der Zweck der ermächtigenden Norm bildet den Ausgangspunkt der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs und dient als Grundvoraussetzung der zu treffenden Entscheidung. Hingegen sind die innerhalb dieses Rahmens liegenden Einschätzungen, Wertungen und Gewichtungen des Einzelfalls nur in

²⁰⁹ *Schmidt-Aßmann* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 186.

²¹⁰ *Herdegen*, AöR 1989, 607 (635); *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 166; zu den Voraussetzungen des „öffentlichen Interesses“ vgl. C. II. 2. c).

²¹¹ *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 125; vgl. *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 207; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 167.

²¹² *Hartmann*, ZfA 2020, 348 (355); *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 167.

²¹³ Vgl. *Schmidt-Aßmann* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 217a; *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 126; zum Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung C. II. 1.

der Form gerichtlich überprüfbar, als dass sie nachvollziehbar sein müssen.²¹⁴

c) „öffentliches Interesse“

Das Tatbestandsmerkmal „*öffentliches Interesse*“ verdeutlicht den öffentlich-rechtlichen Charakter der Allgemeinverbindlicherklärung. Es findet sich in ähnlicher Form noch an weiteren Stellen im öffentlichen Recht, so etwa im Rahmen der Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG)²¹⁵ oder bei der Aufhebung der aufschiebenden Wirkung von Verwaltungsakten (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO). Grundsätzlich ist die Tarifgebundenheit durch das TVG auf die Mitglieder der Tarifvertragsparteien beschränkt (§ 3 Abs. 1 TVG). Dies trägt dem demokratischen Grundsatz Rechnung, dass die Normsetzung nur im eingeschränkten Umfang vom Staat auf autonome Gremien abgegeben werden soll.²¹⁶ Die Ausdehnung der Tarifgebundenheit durch die Allgemeinverbindlicherklärung bedarf deshalb einer gesonderten Rechtfertigung. Diese soll durch das öffentliche Interesse gewährleistet werden.²¹⁷

Eine abschließende konkrete Definition ist für den unbestimmten Rechtsbegriff schon systematisch ausgeschlossen.²¹⁸ Dennoch bedarf es trotz eines Einschätzungsspielraums im Rahmen der Anwendung

²¹⁴ Bayreuther in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 98; Schmidt-Aßmann in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 19 Abs. 4, Rn. 217a.

²¹⁵ Dort als „Wohl der Allgemeinheit“; für weitere Begriffe mit gleichem Bedeutungsgehalt vgl. Wolters, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 43.

²¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (348).

²¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (348); Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 893.

²¹⁸ Brandt, Rückabwicklung von gemeinsamen Einrichtungen, S. 76; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 171; Wolters, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 43.

durch das BMAS und einer damit verbundenen eingeschränkten gerichtlichen Überprüfbarkeit,²¹⁹ einer Konkretisierung des Begriffs.²²⁰

Der Wortlaut „*öffentlich*“ verweist auf die Allgemeinheit, auf ein generalisiertes Interesse. Das öffentliche Interesse kann vom Bedeutungsgehalt mit Merkmalen wie dem „*Gemeinwohl*“ oder dem „*Interesse der Allgemeinheit*“ gleichgesetzt werden.²²¹ *Wolters* beschreibt das öffentliche Interesse abstrakt „*als dasjenige, was [...] objektiv einer Vielzahl von Staatsangehörigen nützt.*“²²² Im Grunde setzt der Tatbestand des § 5 Abs. 1 TVG damit einen Abwägungsprozess zwischen den Vor- und Nachteilen der Allgemeinverbindlicherklärung voraus.²²³ Dabei sind insbesondere die Interessen der tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüberzustellen.²²⁴ Zugleich erfordert die umfassende Abwägung die Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Daten und der gesamten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse und Eigenarten des betreffenden Wirtschaftszweigs, darüber hinaus sind auch arbeitsmarkt- und sonstige sozialpolitische Erwägungen einzubeziehen.²²⁵

²¹⁹ BAG, Urt. v. 28.03.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781 (781-782); BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (19, 21), Rn. 104, 112-113.

²²⁰ *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 37; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 165-166.

²²¹ *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 27; *Wolters*, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 43.

²²² *Wolters*, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 47.

²²³ *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 12; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 162; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 2; *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 53; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 169; *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 269.

²²⁴ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (19), Rn. 104.

²²⁵ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (19, 20), Rn. 104; *Brandt*, Rückabwicklung von gemeinsamen Einrichtungen, S. 76.

Die Allgemeinverbindlicherklärung „*kann*“ erfolgen, sofern sie „*im öffentlichen Interesse geboten erscheint*“. Die Formulierung des Gesetzes verdeutlicht diesen wertenden Charakter des Merkmals und macht eine Abwägung unumgänglich. Adressat ist dabei das BMAS, die Abwägung erfolgt auf staatlicher Seite.

aa) Regelbeispiele als Auslegungshilfe

Als Auslegungshilfen können die Regelbeispiele des § 5 Abs. 1 S. 2 TVG herangezogen werden. Anders als zum Teil behauptet, ist es mit dem Wortlaut „*erscheint in der Regel im öffentlichen Interesse geboten, wenn [...]*“ aber nicht vereinbar, die Regelbeispiele als notwendige Bedingungen und damit als zusätzliche Voraussetzung zu betrachten.²²⁶ Sie dienen allein der Konkretisierung des öffentlichen Interesses und unterstützen die Auslegung.²²⁷ Ein öffentliches Interesse ist auch ohne Vorliegen eines Regelbeispiels denkbar, sofern die Abwägung im Einzelfall zu einem entsprechenden Ergebnis führt.²²⁸

²²⁶ Ausdrücklich und mit Bezugnahme zur Gegenauffassung, BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (20, 21), Rn. 105, 111; aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten anders, Giesen in: BeckOK ArbR, § 5 TVG, Rn. 10; Prokop, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 236.

²²⁷ BT.-Drs. 18/1558, S. 49; Franzen in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 11; Greiner/Hannau/Preis, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (26); Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 35; Sittard in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 48; Bayreuther in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 75; a.A. Prokop, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 233-234.

²²⁸ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (20), Rn. 105; Waltermann, RdA 2018, 137 (142).

Ebenso ist auch bei Vorliegen eines der beiden Regelbeispiele dennoch eine Abwägung zur Feststellung des öffentlichen Interesses erforderlich.²²⁹

Mit Blick auf das Regelbeispiel des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TVG ist die Bedeutung des zu erstreckenden Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich in die Abwägung einzubeziehen. Die Bedeutung innerhalb der Branche kann dabei sowohl für ein öffentliches Interesse als auch gegen ein solches sprechen. Nach dem Regelbeispiel erscheint ein öffentliches Interesse in der Regel geboten, wenn der zu erstreckende Tarifvertrag „*in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat*“. Tarifverträge können nach dem Wortlaut nur dann als „*überwiegend*“ bedeutend angesehen werden, wenn sie in ihrem Geltungsbereich mehr Arbeitsverhältnisse erfassen als nicht erfassen.²³⁰ Relevant werden dabei nicht nur mitgliedschaftlich-normativ tarifgebundene Arbeitsverhältnisse, sondern alle Arbeitsverhältnisse, die sich an dem Tarifvertrag im Ganzen oder zumindest an den wesentlichen Regelungsbereichen orientieren.²³¹

Eine geringe Bedeutung des Tarifvertrags innerhalb der erfassten Branche erschwert die Feststellung eines öffentlichen Interesses, weil

²²⁹ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (20), Rn. 105; Greiner/Zoglowek, BB 2018, 2996 (3000); Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 86-87; im Ergebnis auch Sittard in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 54.

²³⁰ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (22), Rn. 120; Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 43; Waltermann, RdA 2018, 137 (142-143).

²³¹ Franzen, ErfK, § 5 TVG, Rn. 14; Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 40-43; Waltermann, RdA 2018, 137 (142).

die Richtigkeitsvermutung der tarifvertraglichen Regelungen für die erfassten Arbeitsverhältnisse durch die Ablehnung innerhalb der Branche angezweifelt werden kann.²³² Je geringer die Bedeutung des Tarifvertrags vor der Erstreckung, desto begründungsintensiver wird seine Erstreckung. Gleichzeitig kann die Bedeutung des Tarifvertrags im Rahmen der Abwägung, mit Blick auf den Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, jedoch nicht allein entscheidend sein.²³³ Denn gerade dort, wo die Tarifverträge wenig Bedeutung erlangen, bedarf es des Schutzes des Tarifvertragssystems und potenziell auch des sozialpolitischen Schutzes der Arbeitnehmer.²³⁴ Andererseits dort, wo der Tarifvertrag erhebliche Bedeutung erlangt, bedarf es einer staatlichen Allgemeinverbindlicherklärung gerade nicht, die Tarifautonomie funktioniert von selbst.²³⁵

Vor diesem Hintergrund wandert der Blick zum zweiten Regelbeispiel (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG). Dieses bildet nach der Gesetzesbegründung einen Auffangtatbestand für Tarifverträge, die keine überwiegende Bedeutung erreichen.²³⁶ Ein öffentliches Interesse ist hiernach regelmäßig dann zu bejahen, wenn „*die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen eine Allgemeinverbindlicherklärung verlangt*“. Eine wirtschaftliche Fehlentwicklung ist laut Gesetzesbegründung

²³² Vgl. *Forst*, RdA 2015, 25 (29); a.A. BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (20), Rn. 105.

²³³ Wie festgestellt, die Prüfung eines öffentlichen Interesses bleibt auch bei Vorliegen des Regelbeispiels unbedingt erforderlich.

²³⁴ Dieselbe Ansicht noch zur alten Regelung des § 5 TVG (50%-Quorum) vertretend, *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (26-27).

²³⁵ Vgl. *Henssler* in: HWK, § 5 TVG, Rn. 15.

²³⁶ BT.-Drs. 18/1558, S. 49.

insbesondere anzunehmen, wenn die Aushöhlung der tariflichen Ordnung den sozialen Frieden gefährdet.²³⁷ Zur Bestimmung des öffentlichen Interesses eignet sich das Regelbeispiel lediglich bedingt,²³⁸ denn es stellt selbst wiederum lediglich eine Ansammlung unbestimmter Rechtsbegriffe dar, deren Details und dessen Verfassungsmäßigkeit zudem stark umstritten sind.²³⁹ Gleichwohl lässt sich aus dem Regelbeispiel die Absicht des Gesetzgebers ableiten, die tarifvertragliche Ordnung durch das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung zu stützen. In der Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung ist der Schutz der Tarifautonomie verankert.²⁴⁰

Damit bestätigt das Regelbeispiel nochmals die bereits festgestellte Zweckrichtung der Allgemeinverbindlicherklärung.

bb) Dreistufige Prüfung

Um die notwendige Abwägung zu systematisieren, gilt es mit Blick auf die festgestellten Rahmenbedingungen²⁴¹ und im Anschluss an *Sittard*²⁴² auf einer ersten Stufe das grundsätzliche öffentliche Inte-

²³⁷ BT.-Drs. 18/1558, S. 49.

²³⁸ Deshalb sogar für verfassungswidrig haltend, *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 178-179.

²³⁹ Vgl. *Forst*, RdA 2015, 25 (29-30); *Henssler*, RdA 2015, 43 (51-52); *Jöris*, NZA 2014, 1313 (1316-1317); *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 46-52; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 177.

²⁴⁰ *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 46; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (143).

²⁴¹ C. II. 2. b).

²⁴² Die dreistufige Prüfung wird vorgeschlagen von *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 169-170; mittlerweile auch auf die neue Rechtslage übertragen, *Sittard* in: *Henssler/Moll/Bepeler*, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 49; diese Stufenprüfung ebenso übernehmend *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 231.

resse an der Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags festzustellen. Denn zunächst beschreibt der Begriff des öffentlichen Interesses nichts anderes als das legitime Ziel des Gesetzgebers im Gesetzgebungsprozess.²⁴³ Auf zweiter Stufe bedarf es der Feststellung von gegenläufigen Interessen, um diese dann in einem dritten Schritt im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gegeneinander abzuwägen.

(1) Grundsätzliches Interesse

Entscheidend für die Bestimmung des Merkmals des öffentlichen Interesses ist der juristische Kontext, in dem es zu finden ist.²⁴⁴ Erst durch die Bestimmung von Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung kann das öffentliche Interesse bestimmt und begrenzt werden. Da es um ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung geht, ist der maßgebliche Anknüpfungspunkt für die Auslegung der Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung.²⁴⁵ Darüber hinaus bleibt aber auch die im engen Zusammenhang stehende Tarifautonomie als Ganzes relevant.

Ein öffentliches Interesse kann sich deshalb, nach dem oben festgestellten Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, insbesondere aus dem Schutz des Tarifvertragssystems ergeben.²⁴⁶ Dies

²⁴³ Greiner/Hanau/Preis, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (26).

²⁴⁴ Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 171; Wolters, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 54; Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 70.

²⁴⁵ Franzen in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 13; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 893; Preis/Povedano Peramoto, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 36; Sittard, Tarifnormerstreckung, S. 171, Waltermann, RdA 2018, 137 (142).

²⁴⁶ vgl. zum Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung C. II. 1. b).

entspricht gerade auch der gesetzgeberischen Intention. Denn der Gesetzgeber beabsichtigt durch die aktuelle Fassung der Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung, ein funktionierendes Instrument zur Stützung der Tarifautonomie zu schaffen.²⁴⁷ Er sieht durch die abnehmende Tarifbindung insbesondere in Branchen und Wirtschaftsbereichen mit einem schwachen Organisationsgrad die Notwendigkeit, die tarifliche Ordnung aufrechtzuerhalten.²⁴⁸ Im demokratischen Rechtsstaat kann gerade aus der gesetzgeberischen Intention das öffentliche Interesse abgeleitet werden.²⁴⁹ Denn aus dem Gesetzgebungsprozess und den dort immanenten Debatten und Abwägungsprozessen, lässt sich auf ein Interesse der hierdurch vertretenen Bürger beziehungsweise der Allgemeinheit schließen. Gleiches gilt für staatliche Schutzpflichten oder anerkannte staatliche Interessen,²⁵⁰ wobei das anerkannte staatliche Interesse regelmäßig erst durch bereits vollzogene Rechtssetzung deutlich wird.

Die festgestellte gesetzgeberische Intention findet sich sodann im Regelbeispiel des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TVG wieder und wird dadurch bestätigt. Denn auch das Regelbeispiel verfolgt, wie ausgeführt, den Schutz des Tarifvertragssystems.

²⁴⁷ BT.-Drs. 18/1558, S. 48.

²⁴⁸ BT.-Drs. 18/1558, S. 49.

²⁴⁹ Das BAG spricht insofern von einem „anerkanntem Interesse“ des Gesetzgebers, BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (20); *Wolters*, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 47-48.

²⁵⁰ *Seifert* in: *Kempen/Zachert TVG*, § 5, Rn. 55; *Wolters*, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 46.

Festhalten lässt sich demzufolge, dass das öffentliche Interesse insbesondere aus dem Schutz des Tarifvertragssystems entspringen kann.²⁵¹ Gleichzeitig ist aber auch der sozialpolitische Schutz der konkreten Allgemeinverbindlicherklärung bei der Abwägung durch das BMAS zu berücksichtigen.²⁵² Im Rahmen der Bestimmung des öffentlichen Interesses gilt es zu beachten, dass die Tarifautonomie insgesamt zukunfts offen ausgestaltet ist.²⁵³ Da sich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im ständigen Wandel befinden, unterliegt auch das öffentliche Interesse stetigen Veränderungen.²⁵⁴ Im Rahmen dieses Wandels ist das öffentliche Interesse anhand aller Zwecke der Allgemeinverbindlicherklärung und des konkreten Einzelfalls zu bestimmen. Auf dieser ersten Stufe des Abwägungsprozesses sind daher alle Gründe zu identifizieren, die im Einklang mit den Zwecken der Allgemeinverbindlicherklärung stehen und damit Eingriffe in widerstreitende Grundrechte rechtfertigen können.²⁵⁵

(2) Gegenläufige Interessen

Die Erstreckung von Normen kollidiert zwangsläufig mit gegenläufigen Interessen. Auf der ersten Stufe des Regelungsprozesses (dem Tarifvertrag) sind die Tarifvertragsparteien nicht durch gegenläufige Interessen gebunden, da die geschlossenen Regelungen mitgliederschaftlich legitimiert sind und keine weiterreichende Wirkung entfalten. Auf der zweiten Stufe hingegen bedarf es durch die staatliche Erstreckung

²⁵¹ Insofern a.A. und ausschließlich auf den Arbeitnehmerschutz abstellend *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 196-206, 231; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 177.

²⁵² Vgl. C. II. 1. b) aa) (1).

²⁵³ Vgl. C. I. 1. a) aa).

²⁵⁴ *Wolters*, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 49.

²⁵⁵ *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 231.

der Normen auf Tarifungebundene einer Rechtfertigung. Das BMAS ist bei der Erstreckung der Normen unmittelbar an die Grundrechte gebunden.²⁵⁶ Deshalb werden die gegenläufigen Interessen auf der zweiten Stufe des Regelungsprozesses relevant.

Hierbei sind alle negativen Auswirkungen zu berücksichtigen. Insbesondere sind die Interessen der Außenseiter zu beachten, aber auch andere negative Auswirkungen etwa mit Blick auf konkurrierende Koalitionen oder entstehende negative Auswirkungen für die Tarifautonomie oder die wirtschaftliche Lage sind zu berücksichtigen.²⁵⁷

(3) Abwägung

Im Rahmen der Abwägung sind die kollidierenden Interessen angemessen zu berücksichtigen und in einen Ausgleich zu bringen. Zur Systematisierung dieser Abwägung bietet sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an. Der dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG entspringende Grundsatz begrenzt und leitet staatliche freiheitsbeschränkende Maßnahmen.²⁵⁸ Auch wenn die Allgemeinverbindlicherklärung eine Sonderstellung zwischen staatlicher und autonomer Rechtssetzung einnimmt, so ist die eigentliche Erstreckung der autonomen Tarifnormen letztendlich jedoch ein staatlicher Rechtsakt.²⁵⁹ Zudem stellt sich die Erstreckung der Tarifnormen aus dem Blickwinkel der Tarifaußenseiter wie eine staatliche Normsetzung dar.²⁶⁰ Daher

²⁵⁶ *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 182.

²⁵⁷ *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 59, 231.

²⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.09.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256 (359); *Grzeszick* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 20, VII., Rn. 110; *Sachs/von Coelln* in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 20, Rn. 146.

²⁵⁹ *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 480; *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 159-160.

²⁶⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (341).

ist die staatliche Erstreckung der Tarifnormen auch hier an die Grundrechte und insbesondere an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden.²⁶¹ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz macht es möglich, die Abwägung und damit die Erstreckung zu begrenzen und lässt die systematische Kontrolle der Entscheidung des BMAS durch die Gerichte zu.²⁶²

Bei der Prüfung des Grundsatzes dient das vorher festgestellte grundsätzliche öffentliche Interesse als legitimer Zweck.²⁶³ Im Weiteren sind dann die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Maßnahme zu beurteilen.

d) Sonderfall des § 5 Abs. 1a TVG

Nach § 5 Abs. 1a TVG können Tarifverträge zur Sicherung der Funktionsfähigkeit spezieller gemeinsamer Einrichtungen für allgemeinverbindlich erklärt werden. Erforderlich ist, dass die gemeinsame Einrichtung die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistung in den durch § 5 Abs. 1a S. 1 Nr. 1-5 TVG thematisch festgelegten Bereichen umfasst. Die Regelung beabsichtigt die Vereinfachung der Allgemeinverbindlicherklärung in den typischen Fällen gemeinsamer Einrichtungen, in denen Sozialleistungen kollektiviert werden. Entsprechende Einrichtungen sind auf die Allgemeinverbindlicherklärung angewiesen,²⁶⁴ da erst die Allgemeinverbindlicherklärung die

²⁶¹ *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 17-18; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 887; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 168-169; *Bayreuther* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 97; anders insofern *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 244-246.

²⁶² *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 169.

²⁶³ Hierzu C. II. 2. c) bb) (1).

²⁶⁴ Vgl. C. II. 1. c).

Funktionsfähigkeit dieser gemeinsamen Einrichtungen erreicht bzw. sichert. Der § 5 Abs. 1a TVG bezweckt, dass die sozialpolitischen relevanten Regelungsgegenstände durch die Tarifvertragsparteien anstatt durch den Gesetzgeber geregelt werden.²⁶⁵ Denn tarifvertragliche Regelungen sind im Vergleich zu abstrakt generellen Gesetzen regelmäßig sachnäher und damit zielgerichteter auf die individuellen Probleme der einzelnen Branche zugeschnitten.²⁶⁶ Es gilt die Annahme, dass aus dem Verhandlungsprozess, der dem Tarifvertrag vorausgeht, passgenaue, sachgerechte und angemessene Regelungen für die jeweilige Branche entspringen. Man spricht von der „*Angemessenheitsvermutung*“²⁶⁷ bzw. der „*Richtigkeitsgewähr*“²⁶⁸ des Tarifvertrags. Ebenso wird dem aus Art. 9 Abs. 3 GG entspringendem Subsidiaritätsprinzip Rechnung getragen.²⁶⁹

Anders als der § 5 Abs. 1 TVG stellt der Wortlaut des § 5 Abs. 1a TVG dabei nicht explizit auf ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung ab, sondern setzt allein die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung voraus. Dennoch liegt die Sicherung der Funktionsfähigkeit der in § 5 Abs. 1a TVG adressierten gemeinsamen Einrichtungen, aus den soeben beschrieben

²⁶⁵ *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 73-74.

²⁶⁶ In Bezug auf tarifdispositives Gesetzesrecht *Franzen*, ZfA 2016, 25 (29-30); *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 143.

²⁶⁷ BAG, Beschl. v. 22.06.2021 – 1 ABR 28/20, NZA 2022, 575 (587), Rn. 70.

²⁶⁸ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 284-285; *Thüsing* in: Thüsing/Braun, 1. Kapitel, Rn. 17-18.

²⁶⁹ In Bezug auf tarifdispositives Gesetzesrecht *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen, S. 31; *Thüsing* in: Thüsing/Braun, 1. Kapitel, Rn. 56; *Waltermann* in: Festschrift Bepler, S. 569 (573-574).

Gründen, innerhalb des öffentlichen Interesses bzw. ist als Teilaspekt des öffentlichen Interesses zu bewerten.²⁷⁰

Schon vor der Einführung des § 5 Abs. 1a TVG war durch die Rechtsprechung anerkannt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über entsprechende gemeinsame Einrichtungen im öffentlichen Interesse liegen kann, da durch die Erstreckung der Normen die Funktionsfähigkeit der sozialpolitisch gewollten gemeinsamen Einrichtung erreicht bzw. gesichert wird.²⁷¹ An dem Verhältnis hat sich durch die gesetzliche Normierung des Merkmals „*Sicherung der Funktionsfähigkeit*“ nichts geändert. Auch weiterhin ist dieses Teil des öffentlichen Interesses. Dies wird auch durch § 5 Abs. 5 TVG deutlich. Zur Aufhebung der Allgemeinverbindlicherklärung ist es erforderlich, dass die Aufhebung im öffentlichen Interesse liegt. Die Aufhebung kann jedoch keinen höheren Anforderungen unterliegen als der Erlass der Allgemeinverbindlicherklärung selbst.²⁷² Dementsprechend wird aus dem Merkmal „*Sicherung der Funktionsfähigkeit*“ deutlich, dass auch das öffentliche Interesse weiterhin Voraussetzung des § 5 Abs. 1a TVG ist. Entgegen dem Wortlaut bedarf es

²⁷⁰ Im Ergebnis ebenso als weiteres Regelbeispiel bewertend, *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 125; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 36; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 182.

²⁷¹ BAG, Urt. v. 28.03.1990 – 4 AZR 536/89, NZA 1990, 781 (782); BT.-Drs. 18/1558, S. 49; *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe April 2014, 2 (10-11); *Henssler*, RdA 2015, 43 (52).

²⁷² BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (25), Rn. 139.

daher auch bei Vorliegen des Merkmals „Sicherung der Funktionsfähigkeit“ einer Betrachtung und Prüfung des öffentlichen Interesses.²⁷³ Denn auch im Rahmen des § 5 Abs. 1a TVG ist dem BMAS ein Einschätzungsspielraum eingeräumt. Erst dieser Einschätzungsspielraum unterstreicht den Doppel-Charakter der Allgemeinverbindlicherklärung (privatautonome Rechtssetzung und staatliche Rechtssetzung).²⁷⁴ Das alleinige Vorliegen des Merkmals „Sicherung der Funktionsfähigkeit“ garantiert darüber hinaus nicht, dass ein öffentliches Interesse gegeben ist. Vielmehr folgt das öffentliche Interesse aus einem Abwägungsprozess zwischen den Vor- und Nachteilen der Allgemeinverbindlicherklärung. Das Feststellen des Merkmals „Sicherung der Funktionsfähigkeit“ garantiert hierbei noch kein positives Abwägungsergebnis.²⁷⁵ Aus verfassungsrechtlichen Erwägungen bedarf es daher einer zusätzlichen Prüfung des öffentlichen Interesses. Die Erstreckung von Normen kollidiert zwangsläufig mit gegenläufigen Interessen, insbesondere der Außenseiter. Diese kollidierenden Interessen müssen über das Merkmal des öffentlichen Interesses gegeneinander abgewogen werden.²⁷⁶ Darüber hinaus muss schon vor der Abwägung festgestellt werden, ob die im Tarifvertrag festgelegten Regelungen angemessene Arbeitsbedingungen schaffen und im Rahmen des

²⁷³ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (25), Rn. 135; BAG, Beschl. v. 20.11.2018 – 10 ABR 12/18, NZA 2019, 628 (632), Rn. 59; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 226-227, 249; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 180-181; *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 78; *Waltermann*, SR 2021, 177 (185-186); a.A. *Braun* in: Thüsing/Braun, Tarifrecht, 6. Kapitel, Rn. 81; wohl auch *Giesen* in: BeckOK ArbR, § 5 TVG, Rn. 17.

²⁷⁴ *Waltermann*, SR 2021, 177 (185).

²⁷⁵ Zur Prüfung des „öffentlichen Interesses“ vgl. C. II. 2. c).

²⁷⁶ *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 37-38; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 226-227, 249; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 181, *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 93.

gesetzgeberischen Willens liegen,²⁷⁷ denn grundsätzlich ist es möglich, dass an einer entsprechenden gemeinsamen Einrichtung aus staatlicher Perspektive gar kein Interesse besteht oder die tarifvertraglichen Regelung keinen echten Nutzen schaffen.²⁷⁸ Es entspricht nicht dem Charakter der Allgemeinverbindlicherklärung, dass es den Tarifvertragsparteien ansonsten möglich wäre, eine Allgemeinverbindlicherklärung allein durch die Ausgestaltung des Finanzierungsmodells zu erreichen.²⁷⁹ Daher ist auch die Wirkung der gemeinsamen Einrichtung als solche auf ihr öffentliches Interesse hin zu überprüfen, wobei der Abschluss eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung in den Bereichen des § 5 Abs. 1a TVG und die Notwendigkeit der Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung indiziert.²⁸⁰

Im Einklang mit der herrschenden Meinung und der dargestellten Systematik stehen die beiden Absätze damit nicht unabhängig nebeneinander. § 5 Abs. 1a TVG ist als besondere Form der Allgemeinverbindlicherklärung mit Blick auf den allgemeinen § 5 Abs. 1 TVG auszulegen. Das Gesetz privilegiert lediglich bestimmte gemeinsame Einrichtungen und erleichtert deren Allgemeinverbindlicherklärung.

²⁷⁷ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 180-181; *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 93-95.

²⁷⁸ *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 78.

²⁷⁹ *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 226-227; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 181; *von Hoyningen-Huene*, BB 1986, 1909 (1911).

²⁸⁰ Zumindest für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1a TVG geht das BAG von einem intendierten öffentlichen Interesse aus, vgl. BAG Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (25), Rn. 139; a.A. *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 49, dieser verlangt die positive Feststellung eines Bedarfs an zusätzlichem Arbeitnehmerschutz.

Dennoch bedarf es auch im Rahmen des § 5 Abs. 1a TVG einer Prüfung des öffentlichen Interesses im Einzelfall. Aus der beschriebenen Systematik folgt damit auch, dass sobald eine gemeinsame Einrichtung nicht die besonderen Fälle des § 5 Abs. 1a TVG erfasst, die Allgemeinverbindlicherklärung weiterhin über § 5 Abs. 1 TVG möglich bleibt.²⁸¹ Aus den genannten Gründen reicht es auch bei der Erstreckung über § 5 Abs. 1 TVG nicht aus, dass es sich um einen Tarifvertrag einer gemeinsamen Einrichtung handelt, der für allgemeinverbindlich erklärt werden soll und die Einrichtung die Erstreckung zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit benötigt. Es ist stets erforderlich, die Inhalte der gemeinsamen Einrichtung auf ihr öffentliches Interesse hin zu untersuchen.

3. Allgemeinverbindlicherklärung und Differenzierungsklausel

a) Zulässigkeit der allgemeinverbindlichen Differenzierungsklausel

Differenzierungsklauseln stellen Modifikationen auf Tatbestandsebene dar. Einer Inhaltsnorm im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG, § 4 Abs. 1 TVG wird das Tatbestandsmerkmal der „*Gewerkschaftszugehörigkeit*“ hinzugefügt. Die Differenzierungsklausel ist damit nichts ande-

²⁸¹ BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (25), Rn. 137; *Braun* in: Thüsing/Braun, Tarifrecht, 6. Kapitel, Rn. 81; *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 14b; *Henssler*, RdA 2015, 43 (52); *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 127; *Preis/Povedano Peramoto*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 36; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 75; *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 70; a.A. *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 77-78.

res als eine zusätzliche Anspruchsvoraussetzung für die Erlangung eines tarifvertraglichen Sondervorteils.²⁸² Grundsätzlich unterscheidet sie sich nicht von anderen Tatbestandsvoraussetzungen. Auch ein tarifvertraglicher Anspruch ohne Differenzierungsklausel ist an Voraussetzungen geknüpft, welche, sofern sie nicht verwirklicht werden, zum Ausschluss des Anspruchs führen. Gleiches gilt bei einer Differenzierungsklausel. An die Erstreckung einer Differenzierungsklausel sind damit zunächst keine anderen Anforderungen zu stellen als an jede andere Klausel. Die festgestellten Voraussetzungen des § 5 TVG gelten auch hier, insbesondere muss die Allgemeinverbindlicherklärung im „*öffentlichen Interesse geboten erscheinen*“.²⁸³

Der Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Differenzierungsklauseln wird jedoch entgegengebracht, dass Differenzierungsklauseln die beabsichtigte Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung verhindern bzw. dem Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung entgegenstehen würden.²⁸⁴ Daher stellt sich die Frage, ob allgemeinverbindliche Differenzierungsklauseln generell unzulässig sind und damit im Rahmen des § 5 TVG nicht erstreckt werden können.

Die Allgemeinverbindlicherklärung einer Differenzierungsklausel wirkt zunächst widersprüchlich, soll die Erstreckung doch gerade den beschränkten Geltungsbereich eines Tarifvertrags überwinden. Auf den zweiten Blick spricht aber grundsätzlich nichts dagegen, wenn zusätzlich zur Geltungserstreckung des Tarifvertrags gleichzeitig auch

²⁸² *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 214; *Waltermann*, SR 2021, 177 (184); wohl auch *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 183.

²⁸³ So auch *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 107.

²⁸⁴ *Bötticher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 113-114; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 216; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (102).

die Steigerung der Attraktivität der Tarifbindung verfolgt wird.²⁸⁵ Insbesondere mit Blick auf die negativen Anreize, die die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen grundsätzlich setzt, ist das Ziel der Differenzierungsklausel verständlich.²⁸⁶

Rechtstechnisch betrachtet, verhindert eine Differenzierungsklausel die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung nicht. Nach § 5 Abs. 4 TVG ersetzt sie die für die Tarifbindung notwendige Mitgliedschaft in einer Tarifvertragspartei nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG. Die Differenzierungsklausel normiert hingegen eine Tatbestandsvoraussetzung. Als Tatbestandsvoraussetzung kann die Tarifmitgliedschaft aber weiterhin relevant bleiben, lediglich für die Tarifbindung ist sie ab dem Zeitpunkt der Allgemeinverbindlicherklärung bedeutungslos.²⁸⁷ Es bedarf einer Unterscheidung zwischen der Tarifbindung und den Tatbestandsvoraussetzungen, letztendlich ist die Situation mit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag vergleichbar.²⁸⁸ Auch diese nimmt keinen Einfluss auf die Tatbestandsvoraussetzungen des in Bezug genommenen Tarifvertrags. Die Differenzierungsklausel hat damit keinen rechtstechnischen Einfluss auf die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung.²⁸⁹

²⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 20.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (255), Rn. 20; *Waltermann*, SR 2021, 177 (184).

²⁸⁶ *Forst*, RdA 2015, 25 (29); *Greiner* in: Festschrift von Hoyningen-Huene, S. 103 (109); *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 9; *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (365); vgl. C. II. 1. b) bb) (2).

²⁸⁷ *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1 (5); *Deinert*, RdA 2014, 129 (130); *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 225.

²⁸⁸ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1036), Rn. 65; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 225.

²⁸⁹ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 225; wohl auch *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 183; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 106.

Mit diesem Verständnis können differenzierende Klauseln auch nicht von der Allgemeinverbindlicherklärung ausgenommen werden,²⁹⁰ vielmehr sind auch diese zu erstrecken und gelten damit formal im jeweiligen Geltungsbereich auch für dann erfasste Außenseiter. Dem Staat ist es nicht gestattet, nur Teile des Tarifvertrags zu erstrecken, da hierdurch in das tarifvertragliche Austauschverhältnis eingegriffen würde.²⁹¹ Dieses Austauschverhältnis bildet jedoch die Grundlage der Richtigkeitsgewähr bzw. Angemessenheitsvermutung des Tarifvertrags.²⁹² Die Annahme, dass aus dem tarifvertraglichen Verhandlungsprozess sachgerechte und angemessene Ergebnisse resultieren, würde durch die Herausnahme einzelner Klauseln zerstört. Aus diesem Grund hat der Staat im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung gerade keinen Einfluss auf die tarifvertraglichen Inhalte.²⁹³

Aus der gesetzlichen Regelung des § 5 TVG lassen sich auch keine direkten Anforderungen zur inhaltlichen Ausgestaltung des zu erstreckenden Tarifvertrags entnehmen.²⁹⁴ Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist folglich das Merkmal des „*öffentlichen Interesses*“ und der hier enthaltene Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung.

²⁹⁰ Anders etwa *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 224-225; *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 216; *Waltermann*, SR 2021, 177 (184-185).

²⁹¹ *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 34; vgl. grundlegend *Nikisch*, Arbeitsrecht II, S. 496.

²⁹² Statt vieler BAG, Urt. v. 07.07.2020 – 9 AZR 323/19, NZA 2020, 1713 (1715), Rn. 33; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 284-285; auch zu den unterschiedlichen Begriffen *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 100-103.

²⁹³ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (348); BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (254), Rn. 13-15; *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 117.

²⁹⁴ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 241.

Die Stimmen, die die Allgemeinverbindlicherklärung von Differenzierungsklauseln grundsätzlich verneinen, sehen den primären Regelungszweck des § 5 TVG im Außenseiterschutz.²⁹⁵ Da die Differenzierungsklausel die Außenseiter vom betroffenen Anspruch ausschließt, halten sie den Zweck des § 5 TVG für nicht verwirklicht. Wie ausgeführt, ist der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung jedoch ebenso im Schutz des Tarifsystems verankert.²⁹⁶ Zwar ist auch der Außenseiterschutz als Zweckrichtung des § 5 TVG anzuerkennen, der Außenseiter kann jedoch nicht als Mittelpunkt des Tarifvertragsrechts betrachtet werden.²⁹⁷ Gestaltungen, die den Schutz des Tarifsystems beabsichtigen, können daher auch zu Lasten des Außenseiterschutzes vollzogen werden. Am Ende bedarf es einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Darüber hinaus muss auch gesehen werden, dass eine Differenzierungsklausel regelmäßig nur Teilaspekte (vereinzelte Ansprüche) des gesamten Tarifvertrags betrifft. Daher ist es denkbar, dass im nicht differenzierten Teil des Tarifvertrags auch weiterhin der Schutz der Außenseiter beziehungsweise der sozialpolitische Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung zur Geltung kommt.²⁹⁸ Aber auch im seltenen Falle eines komplett differenzierten Tarifvertrags stellt § 5 TVG aufgrund des Schutzes des Tarifvertragssystems kein generelles Hindernis dar.

²⁹⁵ *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 113-114; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 216; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (102).

²⁹⁶ C. II. 1. b).

²⁹⁷ *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 94; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 223.

²⁹⁸ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 243; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 224-225; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 216.

Auch vereitelt die Differenzierungsklausel keine etwaige gleichstellende Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung.²⁹⁹ Es wird vertreten, dass § 5 TVG die Gleichstellung von Tarifgebundenen und Außenseitern beabsichtigt und diese Wirkung durch eine Differenzierungsklausel verhindert werde. Auch wenn man allein auf die Interessen aus dem Blickwinkel der Außenseiter abstellen würde, lässt sich aus § 5 TVG eine solche gleichstellende Wirkung nicht ableiten.³⁰⁰ Die Wirkung liegt allein in der Geltungserstreckung der tarifvertraglichen Normen. Dass diese durch ihre Tatbestandsvoraussetzungen differenzieren, wird durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht berührt. Die inhaltliche Ausgestaltung des Tarifvertrags bleibt den Tarifvertragsparteien überlassen.³⁰¹

Im Ergebnis widerspricht die Differenzierungsklausel daher nicht dem Zweck des § 5 TVG.³⁰² § 5 TVG steht der Differenzierungsklausel grundsätzlich nicht entgegen.³⁰³

b) Allgemeinverbindliche Differenzierungsklausel

Eine allgemeinverbindliche Differenzierungsklausel ist grundsätzlich zulässig. Es stehen keine generellen Gesichtspunkte entgegen, die eine Erstreckung ausschließen würden. Auch auf der zweiten Ebene des hier relevanten Regelungsprozesses begegnet die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln damit keinen grundsätzlichen Bedenken.

²⁹⁹ So aber *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 107, 116; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (101-102).

³⁰⁰ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 172.

³⁰¹ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 172-173.

³⁰² A.A. *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 216; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (102).

³⁰³ Vgl. BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1036), Rn. 65.

Dieses Ergebnis bietet den Ausgangspunkt für eine eingehende, detaillierte Bewertung der Klauseln im Rahmen von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen. Entscheidend ist eine Detailprüfung des öffentlichen Interesses im Sinne von § 5 TVG.

III. Veränderte Wirkung der Differenzierungsklausel innerhalb einer allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung

1. Unterschied zum Standardtarifvertrag

Im Vorfeld der Detailprüfung sollte sich die unterschiedliche Wirkungsweise der Differenzierungsklausel im Rahmen von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen vor Augen geführt werden.

Wie angemerkt ist die Wirkung der einfachen Differenzierungsklausel im standardmäßigen Tarifvertrag recht gering.³⁰⁴ Die Möglichkeit einer angepassten Bezugnahme auf die Differenzierungsklausel nimmt der Differenzierungsklausel ihre beabsichtigte Wirkung. Sie enthält zwar eine zusätzliche Hürde, welche jedoch keine rechtssichere Absicherung der erreichten Vorteile und damit auch keine echte Anreizwirkung zum Koalitionsbeitritt generieren kann.

Auch in einem Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen ohne Allgemeinverbindlicherklärung entfaltet die Differenzierungsklausel keine weitergehende differenzierende Wirkung, als sie der gemeinsa-

³⁰⁴ Vgl. B. II.

men Einrichtung ohnehin innewohnt. Denn gemeinsame Einrichtungen ist ohne Allgemeinverbindlicherklärung von Natur aus eine differenzierende Wirkung immanent.³⁰⁵ Sie erfassen aufgrund der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG lediglich tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer, aber anders als bei „einfachen“ Tarifverträgen scheidet eine Bezugnahme im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung aus. Bei der Errichtung der Einrichtung entsteht typischerweise ein Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitnehmer, Arbeitgeber und gemeinsamer Einrichtung. In diesem Verhältnis würde eine Bezugnahme im Arbeitsverhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf den Tarifvertrag der gemeinsamen Einrichtung einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter (der gemeinsamen Einrichtung) darstellen und wäre damit unzulässig.³⁰⁶ Zusätzlich wird es dem Arbeitgeber aus organisatorischen und finanziellen Gründen oftmals nicht möglich sein, die Leistung ohne gemeinsame Einrichtung individualvertraglich zu erbringen.³⁰⁷ Damit ist es den Außenseitern faktisch verwehrt, die Vorteile der gemeinsamen Einrichtung durch schlichte Bezugnahme oder individualvertragliche Vereinbarung zu erhalten. Mit der Errichtung gemeinsamer Einrichtungen durch nicht allgemeinverbindliche Tarifverträge können den Mitgliedern daher exklusive Vorteile gewährt werden.³⁰⁸ Aufgrund der immanenten differenzierenden Wirkung einer gemeinsamen Einrichtung ist eine Differenzierungsklausel innerhalb derselben in der Regel aber überflüssig.

³⁰⁵ Vgl. *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 104-105; *Waltermann*, SR 2021, 177 (186).

³⁰⁶ *Franzen* in: ErfK, § 4 TVG, Rn. 25; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 4, Rn. 356; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 95; *Waltermann*, SR 2021, 177 (186).

³⁰⁷ *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 115; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 769.

³⁰⁸ Vgl. *Bepler* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 4 TVG, Rn. 68.

Anders verhält es sich bei der Kombination von Differenzierungsklausel, gemeinsamer Einrichtung und Allgemeinverbindlicherklärung. Die Differenzierungsklausel behält auch im Rahmen der Erstreckung im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung als Tatbestandsmerkmal ihre Wirkung und schließt damit eigentlich durch die Allgemeinverbindlicherklärung erfasste Außenseiter von der entsprechenden Leistung aus. Eine Umgehung der Differenzierung mithilfe einer Bezugnahme Klausel ist auch in dieser Sonderkonstellation aufgrund des Dreiecksverhältnisses der gemeinsamen Einrichtung nicht möglich. Ebenso stößt die einzelvertragliche Leistungsgewährung auf die gleichen Hindernisse wie im Rahmen der nicht allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung. Im Grunde stellt die so vorgenommene Differenzierungsklausel die angedachte Struktur der Tarifordnung wieder her. Erst in dieser Sonderkonstellation entfaltet die (einfache) Differenzierungsklausel die beabsichtigte Wirkung und stellt nicht nur eine unerhebliche Hürde dar. Gleichzeitig behält die Klausel jedoch rechtlich den Charakter einer einfachen Differenzierungsklausel.

2. Relevanz qualifizierter Differenzierungsklauseln

Neben einfachen Differenzierungsklauseln wird in Standardtarifverträgen die Rechtmäßigkeit von sogenannten qualifizierten Differenzierungsklauseln diskutiert. Qualifizierte Differenzierungsklauseln unterscheiden sich von einfachen Differenzierungsklauseln dadurch, dass sie nicht nur die Mitgliedschaft in der Tarifvertragspartei als Anspruchsvoraussetzung festlegen, sondern darüber hinaus versuchen, den durch die Differenzierungsklausel festgelegten exklusiven Vorteil

zu sichern.³⁰⁹ Das BAG führt aus, dass qualifizierte Differenzierungsklauseln anders als einfache Differenzierungsklauseln, „jeweils regulierend auf die Vereinbarungen oder die Vertragspraxis des tarifgebundenen Arbeitgebers mit nicht organisierten Arbeitnehmern im Verhältnis zu den Ansprüchen der Gewerkschaftsmitglieder Einfluss nehmen wollen“.³¹⁰

Im Wesentlichen können zwei Arten qualifizierter Differenzierungsklauseln unterschieden werden: Tarifausschlussklauseln und Spannenklauseln. Tarifausschlussklauseln verbieten es dem Arbeitgeber, bestimmte tarifvertragliche Leistungen an den Außenseiter weiterzugeben.³¹¹ Bei dieser Art der Differenzierungsklausel besteht weitestgehend Einigkeit, dass sie nur im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags vereinbart werden kann, da den Tarifvertragsparteien die Regelung der Außenseiter-Arbeitsverhältnisse nicht zusteht.³¹² Eine solche Regelung entfaltet damit keine normative Wirkung und eignet sich von Beginn an nicht für eine Allgemeinverbindlicherklärung, da sich die Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung ausschließlich auf

³⁰⁹ *Heuschmid/Klug* in: Däubler TVG, § 1, Rn. 1053; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 452.

³¹⁰ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 33.

³¹¹ *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 62; *Heuschmid/Klug* in: Däubler TVG, § 1, Rn. 1053; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 2147; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 516; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 37.

³¹² *Heuschmid/Klug* in: Däubler TVG, § 1, Rn. 1053; *Kocher*, NZA 2009, 119 (123); *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 34; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 30, 92-94.

die Rechtsnormen eines Tarifvertrags erstreckt und den schuldrechtlichen Teil damit nicht erfasst, § 5 Abs. 4 TVG.³¹³ Spannenklauseln hingegen hindern den Arbeitgeber nicht, einen im Tarifvertrag festgelegte Leistung auch an die Außenseiter kollektiv weiterzugeben. Im Gegenzug steht dem tarifgebundenen Arbeitnehmer dann jedoch ein Anspruch in Höhe einer festgelegten „Spanne“ gegen den Arbeitgeber zu, so dass der tarifvertraglich erreichte Vorteil bzw. der Abstand („Spanne“) zwischen der Leistung an die Außenseiter und der Leistung an die tarifgebundenen Arbeitnehmer bestehen bleibt.³¹⁴ Sie greifen damit nicht direkt regelnd in das Verhältnis des Arbeitgebers zu den Außenseitern ein, sondern knüpfen an das Außenseiter-Arbeitsverhältnis lediglich an.³¹⁵

Im Grunde stellen die qualifizierten Differenzierungsklauseln eine Antwort der Gewerkschaften auf die Möglichkeit der individualvertraglichen Bezugnahme dar, die einfache Differenzierungsklausel zu umgehen. Die dargestellte geringe Wirkung der einfachen Differenzierungsklausel im Standardtarifvertrag erreicht das Ziel der Gewerkschaften nicht, weshalb sie anderweitige versuchen, die erkämpften Leistungen exklusiv für ihre Mitglieder zu sichern.

³¹³ *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 6; *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 72-73; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 85.

³¹⁴ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 356; *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 62; *Heuschmid/Klug* in: Däubler TVG, § 1, Rn. 1053; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 516; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 2152; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 37.

³¹⁵ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 95.

Die veränderte Wirkung der einfachen Differenzierungsklausel im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen sichert die beabsichtigte Exklusivität der gewährten Leistungen jedoch bereits effektiv ab. Eine Umgehung der Differenzierung über eine individualvertragliche Bezugsnahmeklausel ist nicht mehr möglich. Gleichzeitig ist der Arbeitgeber aber auch regelmäßig nicht in der Lage, die Leistung individuell zu erbringen. Ist aber schon die einfache Differenzierungsklausel wirksam, so macht es keinen Sinn, diese zusätzlich durch eine Spannenklausel abzusichern.³¹⁶ Daher ist die Vereinbarung einer qualifizierten Differenzierungsklausel in dieser Sonderkonstellation überflüssig. Nur dann, wenn es sich um Leistungen handeln würde, die nicht unbedingt in einer gemeinsamen Einrichtung erbracht werden müssten, die also auch durch den einzelnen Arbeitgeber ohne gemeinsame Einrichtung erbracht werden können, wäre eine qualifizierte Differenzierungsklausel relevant. Dann wiederum handelt es sich um Leistungen, die auch im Rahmen eines Standardtarifvertrags vereinbart werden könnten und die damit allgemeinen Grundsätze unterliegen. In einem solchen Fall ist zu beachten, dass das BAG Spannenklauseln als unzulässig betrachtet, weil sie die „Tarifmacht“ der Tarifvertragsparteien überschreiten würde.³¹⁷ Diese Ansicht ist in der Literatur jedoch einiger Kritik ausgesetzt ist.³¹⁸

³¹⁶ So auch schon für die gemeinsamen Einrichtung ohne Allgemeinverbindlicherklärung *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 356; *Hanau* in: Festschrift Hromadka, S. 115 (121).

³¹⁷ BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 (923-924).

³¹⁸ *Neumann*, Anmerkung zu BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 4 AZR 366/09, AP GG Art. 9 Nr. 147; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 59-66, 72-75; *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1 (6-7); doch die allgemeine Diskussion über die Wirksamkeit der unterschiedlichen Differenzierungsklauseln soll vorliegend nicht Gegenstand der Untersuchung sein und unterbleibt daher.

Für die vorliegende Sonderkonstellation entfalten Spannenklauseln damit jedoch keine besondere Relevanz.

D. Das „öffentliche Interesse“ im Detail

Nachfolgend geht es um die besondere Konstellation eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags gemeinsamer Einrichtungen. Die in den vorherigen Abschnitten beschriebenen einzelnen Rechtsinstitute werden zusammengeführt. Für die Allgemeinverbindlicherklärung kommt es, wie herausgearbeitet, insbesondere auf das „öffentliche Interesse“ im Sinne des § 5 TVG an. Im folgenden Abschnitt soll der beschriebene dreistufige Prüfungsaufbau des öffentlichen Interesses in Anlehnung an *Sittard*³¹⁹ ausgefüllt werden.³²⁰ Bei der Beurteilung der insbesondere verfassungsrechtlichen Detailfragen gilt es, mehrere Seiten zu betrachten. Zum einen geht es um die organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmer, zum anderen um die Auswirkungen der Differenzierung auf der Arbeitgeberseite.

Die nachfolgende Prüfung beschränkt sich dabei auf die abstrakte Beurteilung des öffentlichen Interesses hinsichtlich einer einfachen Differenzierungsklausel. Im konkreten Einzelfall sind zusätzlich die explizit bestehenden kollektivvertraglichen Normen und deren Auswirkungen in die Abwägung mit einzubeziehen, denn erst die konkreten

³¹⁹ Die dreistufige Prüfung wird vorgeschlagen von: *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 169-170; mittlerweile auch auf die neue Rechtslage übertragen, *Sittard* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 7, Rn. 49; diese Stufenprüfung ebenso übernehmend *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 231.

³²⁰ Zum Prüfungsaufbau C. II. 2. c) bb).

Regelungen des jeweiligen Tarifvertrags füllen die Differenzierungsklausel mit Leben und machen eine abschließende Abwägung aller Vor- und Nachteile einer Allgemeinverbindlicherklärung möglich.

I. Grundsätzliches Interesse

Für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen mit enthaltenen Differenzierungsklauseln lassen sich zwei grundlegende allgemeine Interessen identifizieren. Das ist zum einen die Stützung dieser gemeinsamen Einrichtung durch die Erstreckung der tarifvertraglichen Normen über den eigentlichen persönlichen Anwendungsbereich hinaus und zum anderen die durch die Differenzierungsklausel beabsichtigte abstraktere Stärkung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung.³²¹

1. Stützung der gemeinsamen Einrichtung

Wie bereits festgestellt hat die Allgemeinverbindlicherklärung regelmäßig entscheidende Bedeutung bei der Errichtung von gemeinsamen Einrichtungen.³²² Die über eine gemeinsame Einrichtung gewährten Leistungen erfordern es regelmäßig, dass die Lasten auf viele Leistungsträger/Arbeitgeber verteilt werden (Versicherungsprinzip). Zusätzlich verlangen einige Leistung aus der Natur des Anspruchs heraus eine umfassendere Geltung, die über die allgemeine mitgliedschaftliche Tarifbindung auf Arbeitgeberseite hinaus geht (z.B. Portabilität der Urlaubsansprüche innerhalb der Baubranche). Für ein öffentliches Interesse an der gemeinsamen Einrichtung reicht es jedoch nicht allein

³²¹ *Waltermann*, SR 2021, 177 (186).

³²² Hierzu bereits grundsätzlich zur Allgemeinverbindlicherklärung C. II. 1. c).

aus, dass die Einrichtung auf die Allgemeinverbindlichkeit angewiesen ist. Ansonsten könnten die Tarifvertragsparteien nur durch das Finanzierungsmodell die Allgemeinverbindlicherklärung erzwingen. Vielmehr ist eine Abwägung im Sinne des Merkmals des „öffentlichen Interesses“ vorzunehmen, welche alle Vor- und Nachteile der Allgemeinverbindlicherklärung berücksichtigt.³²³ Damit sind zusätzlich die inhaltlichen Regelungen des Tarifvertrages im Hinblick auf das öffentliche Interesse zu überprüfen.

An dem grundsätzlich legitimen Interesse die Gemeinsame Einrichtung zu stützen, ändert sich durch die Verknüpfung mit Differenzierungsklauseln zunächst nichts. Auch in der Kombination mit der Differenzierungsklausel kann die gemeinsame Einrichtung elementar auf eine Allgemeinverbindlicherklärung angewiesen sein und innerhalb des öffentlichen Interesses liegen. Die konkret differenzierten Leistungen und die übrigen Auswirkungen einer Allgemeinverbindlicherklärung sind hinsichtlich ihrer Vor- und Nachteile abzuwägen.

Dennoch erscheint es auf den ersten Blick paradox, dass eine Differenzierungsklausel wiederum den faktischen Ausschluss Einzelner von der spezifischen Leistung der gemeinsamen Einrichtung und damit das genaue Gegenteil der Allgemeinverbindlicherklärung bewirkt. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Differenzierungsklausel den Leistungsempfänger zunächst nur auf Tatbestandsebene von der Leistung der gemeinsamen Einrichtung ausschließt. Der für die Stützung gemeinsamer Einrichtungen relevante Arbeitgeber als Leistungs- bzw. Beitragsträger wird von der Klausel nicht direkt

³²³ Vgl. die Ausführungen bei C. II. 2. c), d).

adressiert. Daher ist im Folgenden zu klären, wie sich die Beitragspflicht des Arbeitgebers verhält, wenn der bei ihm beschäftigte Außenseiter durch die Differenzierungsklausel von der Leistung ausgeschlossen wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht der gesamte Tarifvertrag von der Differenzierung betroffen sein muss. Insofern ist es denkbar, dass nur einzelne Ansprüche den Tarifmitgliedern vorbehalten bleiben und andere Leistungen wiederum keiner Differenzierung unterliegen. Die Tarifvertragsparteien haben in diesem Bereich einen Gestaltungsspielraum.

a) Die Beitragspflicht im Dreiecksverhältnis

Die Rechtsbeziehungen im Rahmen der gemeinsamen Einrichtungen bilden standardmäßig ein Dreiecksverhältnis. Zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht das grundlegende Arbeitsverhältnis nach § 611a BGB. Zusätzlich steht der Arbeitgeber in einem Rechtsverhältnis zur gemeinsamen Einrichtung (regelmäßig ein Beitragsverhältnis) und ebenso entsteht ein Rechtsverhältnis zwischen der gemeinsamen Einrichtung und dem Arbeitnehmer (regelmäßig ein Leistungsverhältnis). Fraglich erscheint, ob sich eine Differenzierungsklausel innerhalb der Leistungsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und gemeinsamer Einrichtung auf das Beitragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und gemeinsamer Einrichtung auswirkt. Ein solcher Zusammenhang könnte sich eventuell aus dem zugrunde liegenden Arbeitsverhältnis ergeben. Da die Ausdehnung der Beitragspflicht zur Finanzierung und Stützung der gemeinsamen Einrichtung regelmäßig ein mit der allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung verfolgtes Ziel darstellt,³²⁴ würde eine entsprechende Wechselwirkung den Zweck und

³²⁴ Hierzu C. II. 1. c).

das Ziel der Allgemeinverbindlicherklärung zumindest beeinträchtigen und damit das öffentliche Interesse an einer entsprechenden Allgemeinverbindlicherklärung beeinflussen.

aa) Verhältnis von Leistungs- und Beitragsbeziehung

Es ist festzustellen, dass zwischen der Beitragspflicht und der Leistung zunächst kein unmittelbarer rechtlicher Zusammenhang besteht. Es handelt sich um eigenständige Rechtsverhältnisse verschiedener Rechtssubjekte. Die durch die gemeinsame Einrichtung erbrachten Leistungen und deren Finanzierung werden aus dem synallagmatischen Verhältnis des Arbeitsvertrags herausgelöst.³²⁵ Gleichwohl kann nicht übersehen werden, dass die beiden Rechtsverhältnisse durch das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Arbeitsverhältnis in gewisser Weise verbunden sind. Es handelt sich immer noch um ein Dreiecksverhältnis, in welchem die beteiligten Parteien nicht vollkommen losgelöst nebeneinander bestehen. Die gemeinsame Einrichtung als Rechtsinstitut ist Ausfluss der Tarifautonomie, die die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und damit die Verbesserung der abhängigen Arbeit im Arbeitsverhältnis zum Ziel hat,³²⁶ der gemeinsame Nenner bleibt damit immer das Arbeitsverhältnis. Um dem Verhältnis der beiden Rechtsverhältnisse näher zu kommen, ist daher die Anknüpfung an das Arbeitsverhältnis in den Blick zu nehmen.

³²⁵ *Deinert/Wenkebach* in: Däubler TVG, § 4, Rn. 554; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 621; *Höpfner* in: Festschrift Preis, S. 465 (469-470); *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 813; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (83).

³²⁶ Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Bezug auf die Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien, C. I. 1. a).

(1) Entstehung von Leistungs- und Beitragsbeziehung

Als Ausgangspunkt zur Bewertung des Verhältnisses zwischen der Leistungs- und Beitragsbeziehung lohnt sich ein Blick auf deren grundsätzliche Entstehung vor einer etwaigen Allgemeinverbindlicherklärung.³²⁷ Denn bereits bei der Entstehung der Rechtsverhältnisse ist umstritten, ob es eines tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses als Grundlage bedarf oder ob die einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers/Arbeitnehmers und damit die Lösung vom Arbeitsverhältnis für das Entstehen des jeweiligen Rechtsverhältnisses ausreichend ist.³²⁸ Aus der Antwort inwieweit die Rechtsverhältnisse zur gemeinsamen Einrichtung noch mit dem synallagmatischen Arbeitsverhältnis verknüpft sind, lassen sich dann Rückschlüsse auf das Verhältnis der beiden Rechtsverhältnisse zueinander ziehen.

Die generelle Problematik resultiert aus der Herauslösung der Leistungsansprüche und Beitragspflichten aus dem synallagmatischen Arbeitsverhältnis und der Etablierung eines Dreiecksverhältnisses. *Hromadka* stellt richtigerweise fest, dass bei einer unmittelbaren Zahlung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer auf der Grundlage eines Tarif-

³²⁷ Umfassend zur Entstehung der Verhältnisse *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 80-102.

³²⁸ Für eine beiderseitige Tarifbindung: *Henssler* in: HWK, § 4 TVG, Rn. 27; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 3, Rn. 236; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 88, 89-90; *Hromadka*, NJW 1970, 1441 (1445); a.A. für eine einseitige Tarifbindung: *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 100, 108; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 807-810; *Deinert/Wenckebach* in: Däubler TVG, § 4, Rn. 559; zumindest in Bezug auf die Leistungsbeziehung *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (82-86); wohl auch *Greiner/Hanau/Preis*, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (9).

vertrags keine Zweifel an der Notwendigkeit einer doppelten Tarifbindung bestünden.³²⁹ Denn die tarifvertragliche Standardsituation erfordert zwangsläufig eine beiderseitige Tarifbindung, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG. Doch bei der Trennung der Leistungs- und Beitragsseite und der Zwischenschaltung einer gemeinsamen Einrichtung ergibt sich der Gedanke, auch das Erfordernis der Tarifbindung getrennt voneinander zu betrachten.

Zusätzlich deutet der Wortlaut des § 4 Abs. 2 TVG im Unterschied zu § 4 Abs. 1 S. 1 TVG darauf hin, dass die einseitige Tarifbindung für die Entstehung der Rechtsverhältnisse zur gemeinsamen Einrichtung ausreichend sein könnte. Anders als Abs. 1 spricht Abs. 2 nicht von den „*beiderseits Tarifgebundenen*“, sondern nur von den „*tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*“. Der unterschiedliche Wortlaut deutet auf ein unterschiedliches Anforderungsprofil der Absätze hin und spricht damit für die Entstehung der Rechtsverhältnisse bei jeweils einseitiger Tarifbindung des Arbeitgebers bzw. des Arbeitnehmers und damit der Lösung der Rechtsverhältnisse von dem zugrundeliegenden Arbeitsverhältnis.³³⁰

(a) Leistungsbeziehung

Neben dem Wortlaut wird mit Blick auf die Entstehung der Leistungsbeziehung angeführt, dass die gemeinsame Einrichtung nur unter der Voraussetzung der einseitigen Tarifbindung in der Lage sei, ihren

³²⁹ *Hromadka*, NJW 1970, 1441 (1445).

³³⁰ *Höpfner* in: Festschrift Preis, S. 465 (469-470); *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 83; das Ergebnis der Wortauslegung befürwortend, dessen Herleitung aus dem Wortlaut jedoch ablehnend, *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (83).

Zweck zu erreichen. Durch gemeinsame Einrichtungen solle ein sozialer Schutz aller organisierter Arbeitnehmer erreicht werden. Dem widerspreche das Erfordernis der doppelten Tarifbindung, da organisierte Arbeitnehmer, die bei einem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigt sind, die Leistungen der gemeinsamen Einrichtung nicht erreichen können.³³¹ Bei doppelter Tarifbindung ist es den Gewerkschaften damit nicht möglich, alle ihre Mitglieder zu erreichen.³³²

Dabei fokussiert sich diese Sichtweise jedoch allein auf die Interessen der Arbeitnehmerseite und bestimmt den Zweck gemeinsamer Einrichtungen damit nicht umfassend.³³³ Auch wenn gemeinsame Einrichtungen regelmäßig auf den sozialen Schutz der organisierten Arbeitnehmer ausgerichtet sind, verfolgen Tarifverträge dieses Ziel ganz grundsätzlich, denn bereits die Tarifautonomie beinhaltet im Kern den Schutz der Arbeitnehmer.³³⁴ Gleichzeitig stellt die doppelte Tarifbindung jedoch den tarifvertraglichen Standard dar, §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG. Um eine umfassendere Geltung der Ansprüche zu erreichen, existiert das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung.³³⁵

Neben dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer verfolgen die Tarifvertragsparteien mit gemeinsamen Einrichtungen das Ziel, finanzielle Risiken und Lasten der Arbeitgeber zu verallgemeinern und Leistungen zu ermöglichen, die der einzelne Arbeitgeber nicht erbringen kann.³³⁶

³³¹ Greiner/Hanau/Preis, SR 2014, Sonderausgabe April, 2 (9); Heuschmid/Klug in: Däubler TVG, § 1, Rn. 1113; Krause in: JKOS, § 4, Rn. 100; Oetker in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 810; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, 77 (85-86).

³³² Waas, RdA 2000, 81 (84).

³³³ Strippelmann, Gemeinsame Einrichtung, S. 85.

³³⁴ Vgl. zur Schutzfunktion der Tarifautonomie D. I. 2. a) bb) (1).

³³⁵ So auch Löwisch/Rieble in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 3, Rn. 236.

³³⁶ Hromadka, NJW 1970, 1441 (1445).

Dabei liegt es nicht im Interesse der tarifgebundenen Arbeitgeber, auch solche Arbeitnehmer zu finanzieren, die bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind. Die Finanzierungen von Leistungen für Arbeitnehmer, die bei nicht beitragspflichtigen Arbeitgebern beschäftigt sind, würden einen ungewollten Wettbewerbsnachteil für die beitragspflichtigen Arbeitgeber darstellen.³³⁷ Denn die beitragspflichtigen Arbeitgeber würden stärker belastet als ihre potenziellen Konkurrenten, ohne dass deren Arbeitnehmer dadurch benachteiligt würden. Diese würden in den Genuss der Leistung kommen, ohne, dass ihr Arbeitgeber diese mitfinanziert. Zudem besteht für den nicht beitragspflichtigen Arbeitgeber die Möglichkeit, die dadurch eingesparten Aufwendungen im Rahmen des Wettbewerbs zu nutzen.³³⁸

Die typischen Leistungen gemeinsamer Einrichtungen weisen zudem nach wie vor einen gewissen Entgeltcharakter auf.³³⁹ Sie erfolgen aus Sicht des Arbeitgebers allein deshalb über die gemeinsame Einrichtung, weil er regelmäßig aus tatsächlichen Gründen an der alleinigen Leistungserbringung gehindert ist. Es handelt sich im Ursprung regelmäßig dennoch um Leistungen, die der Arbeitgeber erbringt, weil er vom Arbeitnehmer die Arbeitsleistung als Gegenleistung erhält.³⁴⁰ Diesem Argument wird zum Teil entgegengehalten, dass die gemeinsame Einrichtung durch eine Entscheidung der Tarifvertragsparteien

³³⁷ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 86; *Zöllner* Gutachten zum 48. DJT, Teil G, S. 74; hält das Argument im Ausgangspunkt für plausibel, lehnt es im Ergebnis jedoch ab, *Höpfner* in: Festschrift Preis, S. 465 (470).

³³⁸ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 86.

³³⁹ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 85-86; vgl. Gedanken bei *Hromadka*, NJW 1970, 1441 (1445).

³⁴⁰ Vgl. zum Entgeltcharakter tariflicher freiwilliger Leistungen des Arbeitgebers, *Preis* in: ErfK, § 611a BGB, Rn. 455.

im Interesse ihrer Mitglieder errichtet wird und dass das durch die Tarifvertragsparteien eigenverantwortlich verfolgte Ergebnis regelmäßig nicht überprüfbar sei.³⁴¹ Wenn der Tarifvertrag die Leistungsberechtigung der bei Außenseiter-Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmer festlege, so folge aus der Richtigkeits- und Angemessenheitsvermutung des Tarifvertrags, dass die Tarifvertragsparteien den Wettbewerbsnachteil ihrer Mitglieder berücksichtigt hätten.³⁴² Dieser Argumentation ist grundsätzlich zuzustimmen. Der Tarifvertrag, der eine gemeinsame Einrichtung errichtet, ist das Ergebnis eines autonomen Regelungsprozesses, in dem die Kräfte- und Interessenverhältnisse der jeweiligen Tarifvertragsparteien zum Ausgleich gebracht werden. Dabei können die Tarifvertragsparteien auch für ihre Mitglieder potenziell nachteilige Regelungen vereinbaren. In der Gesamtschau ist anzunehmen, dass die Vereinbarung sachgerechte und angemessene Regelungen für den jeweiligen speziellen Geltungsbereich des Tarifvertrages enthält. Es handelt sich dabei um einen Ausdruck der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Autonomie. Für die Bestimmung der Entstehungsvoraussetzung der Leistungsbeziehung zur gemeinsamen Einrichtung kann diese Argumentationslinie jedoch nur begrenzt herangezogen werden. Mit ihr lässt sich erklären, dass die Tarifvertragsparteien dazu in der Lage sind, die Entstehungsvoraussetzungen der Rechtsverhältnisse mit der gemeinsamen Einrichtung eigenverantwortlich zu bestimmen. Demnach können die Tarifparteien eigenverantwortlich festlegen, dass die einseitige Tarifbindung des Arbeitnehmers für den Leistungsanspruch ausreicht.³⁴³ Sie enthält jedoch keine

³⁴¹ *Höpfner* in: Festschrift Preis, S. 465 (470-471).

³⁴² *Höpfner* in: Festschrift Preis, S. 465 (470-471).

³⁴³ *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 809; dies zumindest hinsichtlich der Beitragspflicht feststellend, *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 90.

direkte Aussage über die Regelung des gesetzlichen Standardfalls. Es lässt sich gerade nicht feststellen, dass eine einseitige Tarifbindung ohne anders lautende Vereinbarung ausreichend wäre. Im Gegenteil, bei der Auslegung des Gesetzes sind die typischen Interessen beider Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen.³⁴⁴

Zudem müssen gemeinsame Einrichtungen nicht immer den direkten sozialen Schutz der Arbeitnehmer verfolgen. Aus- und Weiterbildungseinrichtung, wie sie etwa in der Baubranche etabliert sind, verfolgen primär den Zweck, die teure Arbeitnehmersausbildung zu verallgemeinern und den einzelnen Arbeitgeber damit zu entlasten, ein direkter Arbeitnehmerschutz ist hier nicht beabsichtigt. Bei einer solchen Zweckrichtung erscheint die Mitfinanzierung der Ausbildung von Arbeitnehmern, die bei nicht beitragspflichtigen Arbeitgebern beschäftigt sind, nicht sachgerecht.

Als gemeinsame Einrichtung beider Tarifvertragsparteien kann man das Rechtsinstitut damit nicht allein aus dem Blickwinkel der Arbeitnehmerseite betrachten. Es gilt auch die Interessen der Arbeitgeberseite zu berücksichtigen. Ein grundsätzliches Abweichen vom tarifvertraglichen Standardanforderung der doppelten Tarifbindung scheint daher nicht begründbar oder angebracht. Vielmehr besteht ein Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien, sie können die Entstehungsvoraussetzungen der Leistungsbeziehung eigenverantwortlich festlegen. Es ist somit eine Einzelfallprüfung und Auslegung des individuellen Tarifvertrags hinsichtlich seiner Anforderungen erforderlich.

³⁴⁴ Die Interessen ebenso bei der Auslegung berücksichtigend *Zöllner* Gutachten zum 48. DJT, Teil G, S. 74.

(b) Beitragsbeziehung

Wie bei der Leistungsbeziehung sind ebenso im Hinblick auf das Beitragsverhältnis die Interessen beider Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen und auch mit Blick auf die Beitragsbeziehung stellt das tarifvertragliche Standarderfordernis doppelter Tarifbindung den Ausgangspunkt dar.

Auch im Rahmen der Beitragsbeziehung widerspricht das Erfordernis der einseitigen Tarifbindung dem grundsätzlichen Interesse der Arbeitgeberseite. Arbeitgeber sind typischerweise nur daran interessiert, Leistungen zu finanzieren, die den bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmern zugutekommen. Dies gilt nicht nur für Arbeitnehmer bei Außen-seiter-Arbeitgebern³⁴⁵, sondern entsprechend auch für Arbeitnehmer bei verbandsangehörigen Unternehmen. Denn auch diese Unternehmen stellen Konkurrenzunternehmen dar.³⁴⁶ Das Erfordernis der einseitigen Tarifbindung im Rahmen der Beitragsverhältnisse und damit die Entkoppelung der Beitragspflicht vom tarifgebundenen Arbeitsverhältnis führt jedoch zwangsläufig zu unterschiedlichen Belastungen pro tarifgebundenem Arbeitnehmer.³⁴⁷ Eine daraus resultierende (Mit-)Finanzierung von Leistungen für Arbeitnehmer anderer Unternehmen ist von der Arbeitgeberseite regelmäßig nicht gewollt.³⁴⁸

³⁴⁵ Vgl. oben zur Leistungsbeziehung, D. I. 1. a) aa) (1) (a).

³⁴⁶ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 89.

³⁴⁷ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 88-89.

³⁴⁸ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 89.

Teilweise werden jedoch Praktikabilitätsabwägungen für eine einseitige Tarifbindung als Voraussetzung für das Entstehen des Beitragsverhältnisses angeführt.³⁴⁹ Richtig ist, dass das Erfordernis der beiderseitigen Tarifbindung es erforderlich machen würde, die tarifgebundenen Arbeitnehmer in den jeweiligen Betrieben fortlaufend zu ermitteln, was mit einem erhöhten Aufwand verbunden wäre. Unmöglich ist die Ermittlung jedoch nicht. Gleichzeitig können praktische Erwägungen allein eine Abkehr von der doppelten Tarifbindung rechtlich nicht rechtfertigen. Zudem ist es den Tarifvertragsparteien möglich, die einseitige Tarifbindung tarifvertraglich zu vereinbaren, sofern sie dies für notwendig halten,³⁵⁰ so kann sichergestellt werden, dass die Interessen der jeweiligen Seite angemessen berücksichtigt werden. Denn eine entsprechende tarifvertragliche Vereinbarung intendiert den Ausgleich der individuellen Interessen beider Seiten.

Gleichzeitig kann sich das Erfordernis einer doppelten Tarifbindung jedoch auch auf die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung auswirken.³⁵¹ Denn die Kalkulationsgrundlage und damit Beitragszahlung des einzelnen Arbeitgebers variiert zwangsläufig anhand der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer. Ebenso führt das Erfordernis der doppelten Tarifbindung im Vergleich zur einseitigen Tarifbindung zur Minimierung der mit der gemeinsamen Einrichtung bezweckten Risikoverteilung.³⁵² Jedoch wird auch bei einer doppelten Tarifbindung,

³⁴⁹ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 622; *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 108.

³⁵⁰ Überwiegend unbestrittene Auffassung *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 90; im Ergebnis auch für die Möglichkeit der Vereinbarung der gewollten Tarifbindung *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 100; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 809; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (86).

³⁵¹ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 90-91.

³⁵² *Zöllner* Gutachten zum 48. DJT, Teil G, S. 70; vgl. auch *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 90-91.

wenn auch in geringerem Maße, eine Risikoverteilung erreicht.³⁵³ Zweifel an der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung sind in einem solchen Fall über die Allgemeinverbindlicherklärung oder die tarifvertragliche Vereinbarung der einseitigen Tarifbindung auszuräumen.

Schließlich ließen sich unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich der Leistungs- und Beitragsbeziehung, das Erfordernis einer doppelten Tarifbindung auf Leistungsseite und eine einseitige Tarifbindung auf Beitragsseite, systematisch nicht erklären. Die Rechtsverhältnisse entstehen aufgrund derselben Rechtsgrundlage (§ 4 Abs. 2 TVG), daher können auch die Anforderungen für die Entstehung beider Rechtsverhältnisse nur einheitlich beurteilt werden. Somit kommt es auch im Rahmen der Beitragsbeziehung elementar auf die Auslegung des Tarifvertrags an.

(2) Keine zwingende Verknüpfung der Rechtsverhältnisse

Die unterschiedlichen Auffassungen und auf beiden Seiten bestehenden validen Argumente verdeutlichen jedoch, dass eine strikte Festlegung der Voraussetzungen für das Entstehen der Rechtsverhältnisse nicht möglich ist. Zusätzlich korrespondiert die Sinnhaftigkeit der jeweiligen Anforderungen stark mit dem Regelungsgegenstand/-ziel der einzelnen gemeinsamen Einrichtung. Die Normsetzung der Tarifvertragsparteien ist im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung nur durch die Grenzen des Art. 9 Abs. 3 GG begrenzt, die tarifvertraglichen Regelungen müssen deshalb lediglich die „Wahrung und Förderung der

³⁵³ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 91.

Arbeits- und Wirtschaftsbedingung“ verfolgen.³⁵⁴ Dabei geht der Regelungsrahmen über das Individualarbeitsverhältnis hinaus. Die daher denkbare Bandbreite gemeinsamer Einrichtung spricht gegen eine strikte Festlegung der Voraussetzungen für die Entstehung der Rechtsverhältnisse. Denn, „*Das Recht der gemeinsamen Einrichtungen soll nach dem Willen des Gesetzgebers, der keine detaillierte Regelung geschaffen hat, ersichtlich der Gestaltungsfreiheit der Tarifpartner, dem Einfallsreichtum der Planer, der wirtschaftlichen und steuerlichen Ökonomie und den immer wieder auftretenden Ordnungs- und Regelungsbedürfnissen des Arbeitslebens Raum geben.*“³⁵⁵ Unter dieser Prämisse soll es den Tarifvertragsparteien möglich sein, individuelle gemeinsame Einrichtungen zu schaffen, die nicht durch enge gesetzliche Vorgaben begrenzt sind und auch auf zukünftige Probleme Antworten finden.³⁵⁶ § 4 Abs. 2 TVG ist insofern entwicklungs offen ausgestaltet.³⁵⁷ Es liegt damit in der Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien, ob die Leistungsbeziehung der gemeinsamen Einrichtung für alle organisierten Arbeitnehmer unabhängig von der Tarifbindung des Arbeitgebers entstehen soll, sowie welche Voraussetzungen an die Beitragsbeziehung zur gemeinsamen Einrichtung zu stellen sind. Die individuell getroffenen Regelungen erfassen ausschließlich die tarif-

³⁵⁴ Vgl. C. I. 1.

³⁵⁵ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 52.

³⁵⁶ Vgl. insoweit auch die Ausführungen zur Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien im Rahmen von gemeinsamen Einrichtungen, C. I. 1. b).

³⁵⁷ Krause in: JKOS, § 4, Rn. 100; Oetker in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 772; Strippelmann, Gemeinsame Einrichtung, S. 37; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, 77 (89).

gebundenen Mitglieder und bewegen sich damit im Rahmen der tariflichen Regelungszuständigkeit.³⁵⁸ Im Grundsatz besteht daher Einigkeit darüber, dass die Tarifvertragsparteien in der Lage sind, die Voraussetzungen der Rechtsbeziehungen im vereinbarten Tarifvertrag ihren Bedürfnissen anzupassen.³⁵⁹

Damit kommt es im Ergebnis unabhängig von dem gesetzlichen Standardfordernis vielmehr auf eine Auslegung der jeweiligen tarifvertraglichen Regelungen an. Denn die Anforderungen können von den Tarifvertragsparteien ausdrücklich oder konkludent festgelegt werden.³⁶⁰ Es spricht nichts dagegen, dass sich das Erfordernis aus dem Sinn- und Zweck der konzipierten gemeinsamen Einrichtung ergibt. Entscheidend ist daher eine Auslegung der tarifvertraglichen Grundlage und des mit der gemeinsamen Einrichtung verfolgten Zwecks, aus dem sich die Notwendigkeit der jeweiligen Tarifbindung ergibt.³⁶¹ Das Erfordernis der doppelten Tarifbindung fungiert im Endeffekt als Ausgangspunkt der Auslegung bzw. als Standardvoraussetzung bei nicht eindeutigen Auslegungsergebnissen.

³⁵⁸ Vgl. zur Regelungszuständigkeit C. I. 1. a); ausführlich *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 53-81.

³⁵⁹ Stellvertretend für die Ansicht, die eine doppelte Tarifbindung fordert, zumindest hinsichtlich der Beitragspflicht feststellend, *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 90; ebenso die Ansicht, die eine einseitigen Tarifbindung fordert, *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 100; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 809; und *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (86).

³⁶⁰ A.A. *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 4, Rn. 17, er verlangt eine ausdrückliche Regelung im Tarifvertrag, ohne dies näher zu begründen.

³⁶¹ Vgl. insofern auch *Franzen* in: ErfK, § 4 TVG, Rn. 22.

Der Streit um die Entstehung der Rechtsverhältnisse ist im Ergebnis üblicherweise deshalb irrelevant, weil die gemeinsamen Einrichtungen auf eine Allgemeinverbindlicherklärung angelegt und angewiesen sind. Gleichzeitig kann die Allgemeinverbindlicherklärung zur Voraussetzung der tarifvertraglichen Einigung gemacht werden.³⁶² Sobald die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt, ist die individuelle Tarifbindung nicht mehr maßgebend, da alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Geltungsbereich über die Allgemeinverbindlicherklärung vom Tarifvertrag erfasst werden. Dies gilt grundsätzlich auch für Tarifverträge mit Differenzierungsklauseln. Wie mehrfach angesprochen, wirkt die Differenzierungsklausel ausschließlich auf der Tatbestandsebene des Tarifvertrags und beeinflusst dessen Geltungsbereich und damit die Erstreckung durch die Allgemeinverbindlicherklärung nicht.³⁶³

Gleichwohl kann aus der dargestellten Diskussion für die vorliegende Frage nach dem Verhältnis von Leistungs- und Beitragsverhältnis der Schluss gezogen werden, dass zwischen beiden Rechtsverhältnissen kein zwingender rechtlicher Zusammenhang besteht. Eine Differenzierung auf der Leistungsseite führt nicht automatisch zu einer Differenzierung auf der Beitragsseite.

bb) Pauschalisierung

Von der Entstehung des Beitragsverhältnisses ist die Bestimmung des konkreten Beitragssatzes zu unterscheiden. Typischerweise werden die Beitragssätze der beitragspflichtigen Arbeitgeber pauschaliert. Die

³⁶² *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 68; *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 100; *Thüsing/von Hoff*, ZfA 2008, 77 (87).

³⁶³ Vgl. auch C. II. 3.

herrschende Meinung einschließlich des BAG verlangt grundsätzlich keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Beitragshöhe und den Leistungen der gemeinsamen Einrichtung.³⁶⁴ Das steht im Einklang mit dem festgestellten entwicklungs offenen Charakter des § 4 Abs. 2 TVG. Die Lösung der Beitragshöhe von der konkreten Leistung eröffnet den Tarifvertragsparteien den notwendigen Gestaltungsspielraum. Zudem wäre ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Beitragszahlung und Leistung sinn- und zweckwidrig, denn die Leistungen gemeinsamer Einrichtungen werden gerade deshalb über die Einrichtung erbracht, weil sie im Wege einer unmittelbaren Zahlung des Arbeitgebers aus tatsächlichen Gründen nicht möglich oder mit unverhältnismäßigen Lasten verbunden sind. Eine enge Verknüpfung der Beitragshöhe zu den ausgezahlten Leistungen würde dieses System konterkarieren.³⁶⁵ Ansonsten könnte der Tarifvertrag die direkte Leistung der Arbeitgeber an die Arbeitnehmer festlegen, einer gemeinsamen Einrichtung bedürfte es nicht.

Allerdings darf die Pauschalierung nicht willkürlich erfolgen. Die Tarifvertragsparteien sind an die allgemeinen tariflichen Schranken (insbesondere die Regelungszuständigkeit) und zumindest mittelbar auch an die Grundrechte und insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.³⁶⁶ Insoweit steht ihnen jedoch ein weiter, durch Art. 9

³⁶⁴ BAG, Urt. v. 15.07.1967 – 4 AZR 338/66, NJW 1967, 2224 (2225); BAG, Beschl. v. 31.01.2018 – 10 AZR 695/16, NZA 2018, 876 (883), Rn. 73; *Klug* in: Däubler TVG, § 1, Rn. 1116; *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 109; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 812; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 74-78.

³⁶⁵ Vgl. *Zöllner*, Gutachten 48. DJT, Teil G, S. 70.

³⁶⁶ BAG, Beschl. v. 31.01.2018 – 10 AZR 695/16, NZA 2018, 876 (883), Rn. 70; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, § 4, Rn. 396; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 76-77.

Abs. 3 GG geschützter Gestaltungsspielraum zu.³⁶⁷ Selbst gleichheitswidrige Pauschalisierungen können durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Vor allem können die Tarifvertragsparteien unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität Regelungen treffen, die eine stabile und nachvollziehbare Finanzierungsgrundlage der gemeinsamen Einrichtung sicherstellen.³⁶⁸ Im Detail kommt es auf die genaue Ausgestaltung der jeweiligen Regelung an, denn der Prüfungsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG variiert je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal zwischen einem bloßen Willkürverbot bis hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.³⁶⁹

Damit sich die Tarifvertragsparteien innerhalb ihres Gestaltungsspielraums bewegen, müssen die Kriterien der Pauschalierung jedoch zumindest einen Bezug zu den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG aufweisen. Je nach Art der gemeinsamen Einrichtung können hier unterschiedliche Pauschalisierungskriterien sachgerecht sein. Bei Leistungen, die sich auf das zugrundeliegende Arbeitsverhältnis beziehen, ist es sachgerecht, an arbeitsbezogene Faktoren (Bruttolohnsumme, Beschäftigtenzahl etc.) anzuknüpfen.³⁷⁰ Um eine Umverteilung finanzieller Mittel von kapitalintensiven Unternehmen zu arbeitsintensiven Unternehmen auszuschließen, wird

³⁶⁷ BAG, Beschl. v. 31.01.2018 – 10 AZR 695/16, NZA 2018, 876 (883), Rn. 70.

³⁶⁸ BAG, Beschl. v. 31.01.2018 – 10 AZR 695/16, NZA 2018, 876 (883), Rn. 73-74.

³⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49 (68); BVerfG, Beschl. v. 23.06.2015 – 1 BvL 13/11 u.a., BVerfGE 139, 285 (309), Rn. 79; *Grzeszick*, NZA 2021, 757 (759); zur Entwicklung der Rspr., *Kischel* in: BeckOK GG, Art. 3, Rn. 28-29; vgl. auch die detaillierte Prüfung zum öffentlichen Interesse im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung unter D. IV.

³⁷⁰ BAG, Beschl. v. 31.01.2018 – 10 AZR 695/16, NZA 2018, 876 (883), Rn. 74; *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 109; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 77.

zum Teil eine ausschließliche Anknüpfung an entsprechende arbeitsabhängige Faktoren gefordert.³⁷¹ Dem ist für den Großteil der Leistungen mit Bezug zum Arbeitsverhältnis und Auszahlung an die Arbeitnehmer auch zuzustimmen. Doch bei Leistungen ohne Bezug zum Arbeitsverhältnis wie etwa der Finanzierung von Ausbildungsleistungen sind auch andere sachgerechte Pauschalisierungskriterien denkbar, die nicht direkt an das Arbeitsverhältnis anknüpfen (z.B. ein genereller Mindestbetrag pro Unternehmen³⁷²).³⁷³

cc) Verknüpfung von Leistungs- und Beitragsverhältnis

Damit zeigt sich, dass zwischen dem Leistungs- und Beitragsverhältnis keine unmittelbare rechtlich zwingende Verknüpfung besteht. Sofern eine solche bestehen würde, wäre es den Tarifvertragsparteien nicht möglich zu pauschalisieren oder die notwendige Tarifbindung individuell festzulegen. Demnach führt auch eine Differenzierungsklausel auf der Leistungsseite einfachgesetzlich nicht automatisch zum Entfallen der Beitragsverpflichtung. In § 4 Abs. 2 TVG ist der entwicklungs offene Charakter der gemeinsamen Einrichtung festgelegt, der in der Tarifautonomie selbst wurzelt.³⁷⁴ Die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien löst sich für die gemeinsame Einrichtung

³⁷¹ *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 109; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 77.

³⁷² BAG, Beschl. v. 31.01.2018 – 10 AZR 695/16, NZA 2018, 876 (883), Rn. 75; kritisch insofern *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 109; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 77.

³⁷³ Vgl. auch *Zöllner* Gutachten zum 48. DJT, Teil G, S. 69-70.

³⁷⁴ BAG, Urt. v. 15.07.2020 – 10 AZR 573/18, NZA 2020, 1644 (1648), Rn. 51-52.

gerade von der Begrenzung des § 1 Abs. 1 TVG und damit vom Arbeitsverhältnis.³⁷⁵ Mit den Worten Wiedemanns ist von der „*Emanzipation [...] von einem bestimmten Einzelarbeitsverhältnis*“³⁷⁶ auszugehen.

dd) Relevanz im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung

Die eigentliche Frage ist nun jedoch, was das festgestellte Verhältnis der Leistungs- und Beitragsebene für die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen mit Differenzierungsklauseln bedeutet. Die besprochenen Entstehungsvoraussetzungen der Rechtsverhältnisse sind nach einer Allgemeinverbindlicherklärung nicht mehr relevant. Durch die Erstreckung des Tarifvertrags nach § 5 TVG sind alle Arbeitsverhältnisse im jeweiligen Geltungsbereich des Tarifvertrags normativ tarifgebunden.³⁷⁷ Rechtstatsächlich schließen Differenzierungsklauseln die Außenseiter von den Leistungen gemeinsamer Einrichtungen jedoch aus, als wären sie nicht tarifgebunden. Es bildet sich damit erneut die Frage, ob der faktische Ausschluss der Außenseiter-Arbeitnehmer von der Leistung, Einfluss auf die Beitragspflicht des Arbeitgebers hat. Die Frage der Allgemeinverbindlicherklärung ist von besonderer Bedeutung, da durch die Erstreckung der tarifvertraglichen Normen eine Vielzahl von Außenseitern in den Geltungsbereich des Tarifvertrags einbezogen wird. Eine Differenzierungsklausel führt damit zwangsläufig zum Ausschluss eines großen Teils der potenziellen Begünstigten. Gleichzeitig erübrigt sich die Problematik

³⁷⁵ Siehe C. I. 1. b); vgl. *Wiedemann*, RdA 1968, 420 (422).

³⁷⁶ *Wiedemann*, RdA 1968, 420 (422).

³⁷⁷ Vgl. C. II. 1. a).

durch die Differenzierungsklausel anders als auf Ebene des Tarifvertrags nicht.³⁷⁸

Die gesteigerte Relevanz hat jedoch keinen Einfluss auf das auf dieser Prüfungsebene gefundene Ergebnis. Es hat sich gezeigt, dass, auch wenn das Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber, gemeinsamer Einrichtung und Arbeitnehmer auf dem Arbeitsverhältnis beruht, dies nicht zu einer automatischen Verknüpfung der Beitragszahlung und der Leistung führen muss. Dies gilt umso mehr, als die Differenzierung rechtstechnisch allein auf der Tatbestandsebene erfolgt, sie also ein Tatbestandsmerkmal wie jedes andere ist. Würde die Nichterfüllung von Tatbestandsvoraussetzungen auf der Leistungsseite faktisch zur Voraussetzung für die Beitragszahlung, wären gemeinsame Einrichtungen oftmals nicht mehr praktikabel.³⁷⁹ Ob das Auseinanderfallen von Leistungsanspruch des Arbeitnehmers und Beitragspflicht des Arbeitgebers im Ergebnis sachgerecht ist und damit ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung insgesamt bejaht werden kann, ist eine Abwägungsfrage, die insbesondere die gegenläufigen Interessen auf der nachfolgenden Prüfungsstufe zu berücksichtigen hat.³⁸⁰ Ein grundsätzliches Interesse an der Stützung der gemeinsamen Einrichtung durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird jedoch durch die enthaltene Differenzierungsklausel nicht ausgeschlossen.

³⁷⁸ Vgl. D. I. 1. a) aa) (2), im Regelfall ist die ähnlich gelagerte Problematik der notwendigen Tarifbindung nicht von Relevanz, da eine Erstreckung über die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt.

³⁷⁹ Insofern auch *Zöllner* Gutachten zum 48. DJT, Teil G, S. 70.

³⁸⁰ Zu den gegenläufigen Interessen D. II. 2.

ee) Exkurs: Atypische Gemeinsame Einrichtungen

Gemeinsame Einrichtungen müssen nicht zwingend in Form eines Dreiecksverhältnisses konzipiert sein. Die entwicklungs offene Ausgestaltung des Rechtsinstituts ermöglicht den Tarifvertragsparteien unterschiedliche Gestaltungsoptionen. So ist es theoretisch möglich, dass die Einrichtung gar keine unmittelbare Leistung für Arbeitnehmer beinhaltet, sondern allgemeinerer Natur ist.³⁸¹ Ebenso ist es denkbar, dass nicht nur der Arbeitgeber zur Beitragsfinanzierung herangezogen wird, sondern auch der Arbeitnehmer als potenzieller Leistungsempfänger anteilig oder vollständig an der Finanzierung der gemeinsamen Einrichtung beteiligt wird.³⁸²

Bei gemeinsamen Einrichtungen, die keine direkte Leistungsseite beinhalten, stellt sich das Problem der Differenzierungsklausel und der Verknüpfung von Leistungs- und Beitragsseite nicht. Für die Differenzierungsklausel ist eine konkrete Leistung erforderlich.

Bei Einrichtungen, die neben dem Arbeitgeber zusätzlich auch die Arbeitnehmer zur Finanzierung der Beiträge heranziehen, besteht eine engere Verknüpfung der Leistungs- und Beitragsseite als üblich. Bereits die Finanzierung der Leistung an sich wird von Arbeitnehmer und Arbeitgeber getragen. Wenn sich aber bereits die Finanzierung der Beiträge von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite geteilt wird, so er-

³⁸¹ Vgl. hierzu LAG Köln, Urt. v. 23.10.2015 – 9 Sa 395/15, BeckRS 2016, 66451; *Assemacher*, Funktion und Befugnisse der Gemeinsamen Einrichtung, S. 46; *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 129, 149; *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 104; *Oetker* in: Wiedemann, TVG, § 1, Rn. 773; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 79-80.

³⁸² *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 74.

scheint es sachgerecht, dass die einzelnen individuellen Beitragspflichten davon abhängen, ob die jeweilige Gegenseite ebenso zur Beitragszahlung verpflichtet ist.

Zudem muss dem Arbeitnehmer kein unmittelbarer Leistungsanspruch gegenüber der gemeinsamen Einrichtung gewährt werden.³⁸³ Vielmehr kann die Leistung auch über den Arbeitgeber gewährt werden. In diesem Fall ist aber regelmäßig von einem „verdeckten“ Dreiecksverhältnis auszugehen. Der Arbeitnehmer erhält durch den Tarifvertrag einen Leistungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber. Dieser steht gleichzeitig im Beitragsverhältnis zur gemeinsamen Einrichtung. Bei Zahlung der entsprechenden Leistung ist für den Arbeitgeber im Gegenzug jedoch ein Ausgleichs-/Subventionsanspruch gegenüber der gemeinsamen Einrichtung vorgesehen.³⁸⁴ Letztlich handelt es sich damit um eine Leistung der gemeinsamen Einrichtung, die nur administrativ über den Arbeitgeber abgewickelt wird. In dieser Konstellation gelten demnach die gleichen Grundsätze, die für das standardmäßige Dreiecksverhältnis festgestellt wurden.

b) Teilweise differenzierter Tarifvertrag

Differenzierungsklauseln wirken begrenzt innerhalb der jeweiligen Leistungsnorm. Es ist daher ohne weiteres möglich, einen teildifferenzierten Tarifvertrag zu gestalten, der sowohl Ansprüche enthält, die für Außenseiter offenstehen, als auch solche, die durch eine Differenzierungsklausel nur für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien erreichbar sind. Damit könnte die Allgemeinverbindlicherklärung eines

³⁸³ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 78-79.

³⁸⁴ *Krause* in: JKOS, § 4, Rn. 98, 102; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 75.

Tarifvertrags selbst dann, wenn durch die Differenzierungsklausel auf Leistungsseite die entsprechende Beitragspflicht entfallen würde, sowohl das Ziel der Finanzierung der gemeinsamen Einrichtung als auch die Förderung der Mitgliedschaft in einer Tarifvertragspartei verfolgen. Denn der Wegfall der Beitragspflicht kann sich allenfalls auf den Teil beschränken, der für die differenzierte Leistung zu zahlen gewesen wäre. Notwendig wäre dann eine geschickte Auswahl differenzierter und nicht differenzierter Leistungen. Die Differenzierung allein steht der Stützung einer gemeinsamen Einrichtung durch die Allgemeinverbindlicherklärung damit aber nicht von vornherein entgegen und kann weiterhin ein grundsätzliches öffentliches Interesse darstellen.

c) Stützung der gemeinsamen Einrichtung als öffentliches Interesse

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass das Verhältnis von Leistungs- und Beitragsbeziehung im standardmäßigen Dreiecksverhältnis der gemeinsamen Einrichtung stark von der individuellen Gestaltung der Tarifvertragsparteien abhängt. Ein zwingender unmittelbarer rechtlicher Zusammenhang zwischen der Differenzierung auf der Leistungsseite und der Beitragspflicht des Arbeitgebers kann aber nicht festgestellt werden. Zudem wirkt sich eine Differenzierung in der Regel nicht auf den gesamten Tarifvertrag aus, so dass die Allgemeinverbindlicherklärung, zumindest für den nicht differenzierten Teil, die Stützung der Einrichtung verfolgen kann. Demnach wird das grundsätzliche öffentliche Interesse an der Stützung der gemeinsamen Einrichtung im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung durch eine Differenzierungsklausel im Tarifvertrag nicht beeinträchtigt.

2. Stärkung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung

Differenzierungsklauseln beabsichtigen die Stärkung mitgliedschaftlicher Tarifbindung, in dem sie durch den tatbestandlichen Ausschluss der Außenseiter von tarifvertraglichen Leistungen Anreize setzen, einer Koalition beizutreten.³⁸⁵ Fraglich ist, ob dieses Interesse als grundsätzliches öffentliches Interesse bewertet werden kann.

Wie bereits festgestellt ist das öffentliche Interesse eng mit dem Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung verknüpft. Ohne Rückgriff auf deren Sinn und Zweck, lässt sich der Rechtsbegriff des öffentlichen Interesses nicht konkretisieren. Deshalb ist insbesondere der Schutz des Tarifvertragssystems als Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung ebenso Teil des öffentlichen Interesses im Sinne von § 5 TVG.³⁸⁶ Daher gilt es festzustellen, ob der Anreiz zur Mitgliedschaft in Koalitionen, wie er von Differenzierungsklauseln beabsichtigt ist, das Tarifvertragssystem schützt.

a) Tarifautonomie

Grundlegend bedarf es für die Bewertung daher zunächst einer allgemeinen Betrachtung der Grundlagen des deutschen Tarifvertragssystems.

³⁸⁵ Vgl. B. II. zum Sinn und Zweck von einfachen Differenzierungsklauseln.

³⁸⁶ Vgl. bereits Ausführungen C. II. 2. c) bb).

aa) Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die verfassungsrechtliche Grundlage des deutschen Tarifvertragssystems liegt in Art. 9 Abs. 3 GG und hier insbesondere in der dort gewährleisteten Tarifautonomie.³⁸⁷

Im Ausgangspunkt normiert Art. 9 Abs. 3 GG dabei zunächst die positive Koalitionsfreiheit des Einzelnen als individuelles Freiheitsrecht. Dieses garantiert die Möglichkeit, zum Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, einer solchen Vereinigung beizutreten, in ihr zu verbleiben sowie die Betätigung zur gemeinsamen Zweckverfolgung innerhalb der gebildeten Vereinigung.³⁸⁸ Zur Erfüllung dieser individuellen Freiheit und in Fortsetzung dieser, schützt Art. 9 Abs. 3 GG notwendigerweise auch den Bestand sowie die Betätigung der Koalitionen selbst (kollektive Koalitionsfreiheit), denn erst durch die Betätigung im Kollektiv kann die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Grundrechts erreicht werden.³⁸⁹ Art. 9 Abs. 3 GG

³⁸⁷ *Jacobs* in: Wiedemann, TVG, Einleitung, Rn. 1.

³⁸⁸ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (114), Rn. 130; BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 (393); BAG, Urt. v. 20.11.2018, NZA 2019, 402 (405), Rn. 28; *Cornils* in: BeckOK GG, Art. 9, Rn. 53; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 30; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 169.

³⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (114, 115), Rn. 130, 131; BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 (393); *Cornils* in: BeckOK GG, Art. 9, Rn. 44; *Däubler* in: Däubler TVG, Einleitung, Rn. 89; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 121; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 39; *Waltermann*, ZfA 2000, 53 (59); vgl. zur Notwendigkeit der Anerkennung einer kollektiven Freiheit und zum Streit um deren Herleitung, *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 239, 240.

gewährleistet damit sowohl individual- als auch kollektivrechtlichen Schutz und wird deshalb auch als „Doppelgrundrecht“ bezeichnet.³⁹⁰

Zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen müssen die gebildeten Koalitionen einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen herbeiführen.³⁹¹ Daher gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG einen Freiraum zur autonomen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen, in welchem sich der Staat weitestgehend zurückgenommen hat und den Koalitionen die eigenverantwortliche Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen überlässt.³⁹² Dieser Freiraum wird als „*Tarifautonomie*“ bezeichnet und ermöglicht es den Koalitionen, die sie betreffenden Angelegenheiten eigenverantwortlich und weitestgehend ohne staatliche Einflussnahme zu regeln.³⁹³ Die Tarifautonomie schützt dabei alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen, das heißt solche Betätigungen der Koalitionen, die den Zweck der Wahrung und Förderungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG verfolgen.³⁹⁴ In der Wahl der Mittel zur Erreichung dieser Ziele, sind die Koalitionen grundsätzlich frei, die Verfassung macht ihnen hier

³⁹⁰ Stellvertretend *Däubler* in: Däubler TVG, Einleitung, Rn. 86; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 39; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 170; a.A. hinsichtlich der Bewertung als Doppelgrundrecht, die kollektive Koalitionsfreiheit aber über Art. 19 Abs. 3 GG anerkennend, *Höfling/Burkiczak* in: Sachs, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 22; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 114.

³⁹¹ *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 51.

³⁹² BVerfG, Beschl. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (340-341); *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 13.

³⁹³ *Waltermann* in: Festschrift Söllner, S. 1251 (1260).

³⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (114, 115), Rn. 130, 131; BAG, Urt. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 (442-443), Rn. 49; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 279, 298; *Cornils* in: BeckOK GG, Art. 9, Rn. 56; *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 17.

keine Vorgaben.³⁹⁵ Insofern ist elementar zwischen der Tarifautonomie und einer Normsetzungsbefugnis der Koalitionen zu unterscheiden.³⁹⁶ Der Begriff der Autonomie beschreibt allein den Freiraum, welcher den Koalitionen zur eigenverantwortlichen Regelung überlassen wird. Dieser Freiraum kann durch unterschiedliche Handlungsmittel ausgefüllt werden.³⁹⁷ Die Tarifautonomie kann insbesondere nicht auf die Setzung von objektiven Normen reduziert und damit auch nicht mit der Befugnis zur Normsetzung gleichgesetzt werden.³⁹⁸

Als Teil der Tarifautonomie steht den Koalitionen jedoch die Möglichkeit zum Abschluss von Kollektivverträgen zu.³⁹⁹ Dabei stellt der Abschluss von Kollektivverträgen mit Blick auf die Entstehungsgeschichte den Ursprung und auch heute noch maßgeblichen Mittelpunkt koalitionsspezifischer Verhaltensweisen dar. Denn bereits die Entwicklung der Koalitionsfreiheit an sich entspringt dem Kampf der Ar-

³⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (114), Rn. 130; *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, S. 44; *Scholz* in: Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 279, 298; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 142, 143.

³⁹⁶ Grundlegend hierzu *Waltermann* in: Festschrift Söllner, S. 1251 (1258-1261), sich hieran mit anderen Begrifflichkeiten anschließend *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 106-107.

³⁹⁷ *Waltermann* in: Festschrift Söllner, S. 1251 (1260).

³⁹⁸ *Waltermann* in: Festschrift Söllner, S. 1251 (1258-1261), sich hieran mit anderen Begrifflichkeiten anschließend *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 106-107.

³⁹⁹ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (114, 115), Rn. 131; BVerfG, Urt. v. 11.07.2006 – 1 BvL 04/00, BVerfGE 116, 202 (219); *Cornils* in: BeckOK GG, Art. 9, Rn. 61; *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 3; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 141, 150; *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 806 (820).

beitnehmer, um die Anerkennung und den Abschluss von Tarifverträgen.⁴⁰⁰ Die von Art. 9 Abs. 3 GG bezweckte eigenverantwortliche Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erfordert insbesondere das verbindliche Aushandeln der Bedingungen mit der jeweiligen Gegenseite.⁴⁰¹ Insofern führt das BVerfG aus: „*Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen [...], insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen.*“⁴⁰² Wesentlicher Zweck von Koalitionen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG ist demnach der Abschluss von Tarifverträgen im Sinne einer verbindlichen Gesamtvereinbarung zwischen den Gewerkschaften (Koalition auf Arbeitnehmerseite) und Arbeitgeberverbänden (Koalition auf Arbeitgeberseite).⁴⁰³ Ob hiermit bereits der Tarifvertrag mit der heute durch § 4 Abs. 1 S. 1 TVG gewährleisteten Rechtsnormenwirkung garantiert wird, ist eine andere Frage, welche offen gelassen werden kann.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ Vgl. zur Historie *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 61-63; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 30, 531.

⁴⁰¹ Vgl. *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 806 (820); *Waltermann* in: Festschrift Söllner, S. 1251 (1261).

⁴⁰² BVerfG, Beschl. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (340, 341), hinsichtlich der Bedeutung von Tarifverträgen insoweit bestätigend BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (114, 115), Rn. 131.

⁴⁰³ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (114), Rn. 130; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 141.

⁴⁰⁴ *Waltermann* in: Festschrift Söllner, S. 1251 (1269-1271); die Beantwortung dieser Frage hat für den vorliegenden Forschungsgegenstand keine Bedeutung.

Der Grund des verfassungsrechtlichen Schutzes autonomer Regelungen findet sich dabei in der historischen Erfahrung, dass durch die eigenverantwortliche Regelung der Betroffenen, interessengerechte Lösungen erreicht werden, die dem Gemeinwohl erfahrungsgemäß eher dienen als die abstrakt-generelle staatliche Regelung.⁴⁰⁵ Daneben bevorzugt die deutsche Verfassungsordnung die autonome Regelung schon aus ihrer Konzeption heraus. Das Grundgesetz ist Ausdruck einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, in welcher die Bedeutung autonomer Entscheidungen der Betroffenen hervorgehoben werden.⁴⁰⁶ Dies ist Ausdruck des Freiheitsgedankens, welcher der Verfassung zu Grunde liegt. Insofern verfolgt die Tarifautonomie eine ähnliche Zielsetzung wie die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, es geht im Ausgangspunkt um die Selbstbestimmung des Einzelnen.⁴⁰⁷ Jedem soll die Möglichkeit zustehen, seine Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich und frei bestimmen zu können. Dabei äußert sich die Selbstbestimmung im Rahmen der Tarifautonomie im Wege der Entscheidung zum Eintritt in eine Koalition bzw. dem Verbleib in dieser. Anders jedoch als die Privatautonomie kombiniert die Tarifautonomie die Selbstbestimmung mit einer folgenden Fremdbestimmung. Im Anschluss an den selbstbestimmten Eintritt in die Koalition bzw. durch diesen, unterwirft sich der Einzelne dem Ergebnis der Aushandlung durch die Koalition.⁴⁰⁸ Das Ergebnis ist damit in sei-

⁴⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 02.03.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103 (114-115); *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 20; *Papier/Krönke*, ZfA 2011, 806 (820-821); *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 299.

⁴⁰⁶ *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 13.

⁴⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.02.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 (317); vgl. zur Privatautonomie *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 101, 105.

⁴⁰⁸ Vgl. *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 9-10.

nen Details eine fremdbestimmte Regelung, wohingegen die grundsätzliche Wirkung für den Einzelnen auf einer selbstbestimmten Entscheidung beruht.

Doch auch wenn die Tarifautonomie an sich demnach verfassungsrechtlich garantiert ist, bedarf das detaillierte Tarifvertragssystem zur Verwirklichung der gewährleisteten Tarifautonomie einer einfach gesetzlichen Ausgestaltung. Die Gewährleistung der Tarifautonomie ist nach dem BVerfG lediglich „*ganz allgemein*“ im Grundgesetz verankert.⁴⁰⁹ Die Koalitionsfreiheit beinhaltet damit gleichzeitig den Auftrag an den Gesetzgeber, ein Regelungssystem zu gewährleisten, in welchem die von Art. 9 Abs. 3 GG festgelegten Rechte umgesetzt werden können.⁴¹⁰ Es muss ein funktionsfähiger Rahmen geschaffen werden, in welchem die Koalitionen die Tarifautonomie ausleben können und der insbesondere den notwendigen Interessenausgleichsprozess koordiniert.⁴¹¹ Die Koalitionsfreiheit ist insofern ein ausgestaltungsbedürftiges Grundrecht. Diesem Ausgestaltungsbedürfnis ist der Gesetzgeber durch die Regelungen im TVG nachgekommen.

bb) Funktionen der Tarifautonomie

Um die Bedeutung der Tarifautonomie und das grundsätzliche Interesse an ihrer Funktionsfähigkeit über die grundgesetzliche Verankerung hinaus zu verdeutlichen, ist eine Betrachtung ihrer Funktionen

⁴⁰⁹ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (369); *Däubler* in: *Däubler TVG*, Einleitung, Rn. 93.

⁴¹⁰ *Waltermann* spricht von der „*Ausgestaltungsdimension*“ des Art. 9 Abs. 3 GG im Gegensatz zu seiner „*Schutzdimension*“, *Waltermann* in: *Festschrift Söllner*, S. 1251 (1270).

⁴¹¹ BVerfG, Beschl. v. 19.06.2020 – 1 BvR 842/17, NZA 2020, 1186 (1187), Rn. 18; Beschl. v. 19.10.1966 – 1 BvL 24/65, BVerfGE 20, 312 (317); *Jacobs* in: *Wiedemann, Tarifvertragsgesetz*, Einleitung, Rn. 157; *Waltermann*, *ZfA* 2000, 53 (60).

sinnvoll. Diese bilden den Ausgangspunkt für das grundsätzliche Interesse an ihrer Stützung.

(1) Schutzfunktion

Als grundlegendste Funktion verfolgt die Tarifautonomie seit jeher den Schutz der Arbeitnehmer. Das BVerfG führt hierzu in ständiger Rechtsprechung aus: *„Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.“*⁴¹²

(a) Strukturelle Unterlegenheit

Der einzelne Arbeitnehmer ist typischerweise stärker auf das Arbeitsverhältnis angewiesen als der Arbeitgeber auf den einzelnen Arbeitnehmer.⁴¹³ Dieses schlichte Verhältnis bildet den Ausgangspunkt der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsrechts. Durch die Verwertung seiner Arbeitsleistung im Arbeitsverhältnis erwirtschaftet und sichert der Arbeitnehmer seine wirtschaftliche und soziale Lebensgrundlage.⁴¹⁴ Das Arbeitsverhältnis hängt dementsprechend mit elementaren Bedürfnissen zusammen, für

⁴¹² BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (120), Rn. 146, 147; BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE, 84, 212 (229); BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., NZA 1995, 754 (756).

⁴¹³ BVerfG, Beschl. v. 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06, NZA 2007, 85 (87); Krause in: JKOS, Tarifvertragsrecht, § 1, Rn. 22; Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 141.

⁴¹⁴ Kocher in: Private Macht, S. 241 (244); Krois in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 2 TVG, Rn. 8, im anderen Kontext Strippelmann, Gemeinsame Einrichtung, S. 53.

deren Erfüllung der Arbeitnehmer im Regelfall auf das Arbeitsverhältnis angewiesen ist. Denn typischerweise ist die Arbeitsleistung und damit das Arbeitsverhältnis die einzige Einnahmequelle des Arbeitnehmers zur fortlaufenden Erfüllung dieser Bedürfnisse.⁴¹⁵ Zuzugestehen ist, dass der Arbeitnehmer in der heutigen Zeit, anders als noch im 19. Jahrhundert, durch die sozialen Sicherungssysteme nicht „zum Überleben“ auf das Arbeitsverhältnis angewiesen ist. Dennoch bleibt der Arbeitnehmer zur eigenständigen Erwirtschaftung und Gewährleistung eines gewissen Lebensstandards oberhalb der sozialen Sicherungssysteme auf die Verwertung seiner Arbeitsleistung angewiesen.⁴¹⁶ Im Alltag des Arbeitnehmers stellt das Arbeitsverhältnis einen großen und entscheidenden Teil der privaten Lebensführung dar, der schon allein von der hiermit zusammenhängenden Lebenszeit von enormer Relevanz für den Arbeitnehmer ist. Im Gegensatz hierzu handelt es sich für den Arbeitgeber lediglich um einen von mehreren Arbeitsplätzen und eines von vielen Arbeitsverhältnissen, also einen Teilaspekt seiner wirtschaftlichen Wertschöpfungskette, welcher im Zweifel auch durch andere Arbeitnehmer ausgeführt werden kann. Daher besteht ein Ungleichgewicht in der Relevanz des Arbeitsverhältnisses und damit im Rahmen der Vertragsverhandlungen, welches typischerweise zur Benachteiligung der Position des Arbeitnehmers führt.

Allein die Tatsache, dass der Arbeitgeber die Entscheidung über den Zugang zum elementaren Arbeitsverhältnis trifft, versetzt den Arbeitgeber in eine Machtposition, die ihm regelmäßig die Bestimmung der

⁴¹⁵ *Kocher* in: *Private Macht*, S. 241 (244).

⁴¹⁶ *Höpfner*, *Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis*, S. 44; vgl. *Schwarze*, *ZfA* 2005, 81 (99); *Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht*, S. 62, 69, 152.

im zukünftigen Arbeitsverhältnis geltenden Arbeitsbedingungen erlaubt.⁴¹⁷ Im Verhandlungsprozess handelt es sich zusätzlich um eine schlichte Ressourcenfrage. Gesprochen wird von einer „*Informationssasymmetrie*“. Die dem Arbeitgeber regelmäßig zustehenden Ressourcen erlauben es ihm, sich von Natur aus besser auf die Vertragsverhandlungen vorzubereiten.⁴¹⁸ Im Vergleich hierzu ist es im Ausgangspunkt für den Arbeitnehmer bereits schwierig, ungünstige Vertragsbedingungen zu erkennen, geschweige denn diese entsprechend abzuändern.⁴¹⁹ Oftmals wird der Arbeitgeber im Vorfeld bereits einen standardisierten, rechtlich geprüften Arbeitsvertrag erstellt haben, welcher seinen Vorstellungen der Arbeitsbedingungen optimal entspricht und der in den Details nicht zum Verhandlungsgegenstand gemacht wird.⁴²⁰

Verstärkt wird dieses Machtgefälle dadurch, dass der Arbeitnehmer in Bezug auf seine Arbeitsleistung lediglich im begrenzten Maße flexibel ist. Seine Ausweichoptionen sind häufig begrenzter als die des Arbeitgebers.⁴²¹ Arbeitsleistung ist dafür im System der sozialen Marktwirtschaft zunächst als handelbares Gut zu verstehen, für welches grundsätzlich ökonomische Gesetze gelten.⁴²² Doch anders als andere Güter,

⁴¹⁷ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 3; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 142.

⁴¹⁸ *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 66; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 143; vgl. *Thüsing*, Festschrift Wiedemann, S. 559 (572).

⁴¹⁹ *Dieterich*, RdA 1995, 129 (135); *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S.1 43.

⁴²⁰ *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 88; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 142.

⁴²¹ *Dieterich*, RdA 1995, 129 (135); *Kocher* in: *Private Macht*, S. 241 (245); *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 141.

⁴²² *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 26, Rn. 89; vgl. zur Beschreibung des Konkurrenzparadoxons *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 41-44.

kann die menschliche Arbeitskraft nicht losgelöst vom jeweiligen Arbeitnehmer betrachtet werden.⁴²³ Sie ist auf der einen Seite zeitlich sowohl tatsächlich als auch rechtlich nach oben begrenzt und sie ist andererseits nach unten durch die Notwendigkeit des Bestreitens des Lebensunterhalts begrenzt.⁴²⁴ Ebenso ist ein Wechsel zwischen verschiedenen Berufen, Positionen, Branchen oder ähnlichem aufgrund von erforderlichen Qualifikationen nicht unbegrenzt möglich oder die Optionen sind bereits durch die schlichte örtliche Gebundenheit des Arbeitnehmers limitiert.⁴²⁵ Damit kann der Arbeitnehmer nicht immer vollkommen frei auf schlechte Konditionen seitens des Arbeitgebers reagieren.

Das bestehende Machtgefälle spiegelt sich im Tatsächlichen auch dadurch wider, dass Arbeitnehmer Ansprüche oftmals erst nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einklagen und Arbeitsverträge überwiegend aus vom Arbeitgeber gestellten AGB bestehen.⁴²⁶ Ebenso zeigt ein weiterhin bestehender Niedriglohnsektor, 16% aller Beschäftigungsverhältnisse in Deutschland sind im Niedriglohnsektor anzusiedeln,⁴²⁷ dass Arbeitnehmern ein geringer Lohn auch weiterhin diktiert wird.⁴²⁸

⁴²³ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 27, Rn. 90; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 61-62.

⁴²⁴ *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 27, Rn. 90, 91.

⁴²⁵ *Krois* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 2 TVG, Rn. 8; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 28, Rn. 92.

⁴²⁶ *Dieterich*, RdA 1995, 129 (135); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 3-4; *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung, S. 54; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 30-31, Rn. 101.

⁴²⁷ Destatis, Niedriglohnquote 2023.

⁴²⁸ Vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 43.

Natürlich beruhen die obigen Annahmen dabei auf einer Verallgemeinerung der tatsächlichen Verhältnisse. Im Einzelfall kann sich ein anderes Bild ergeben. Die Abhängigkeit des einzelnen Arbeitnehmers vom konkreten Arbeitsverhältnis kann stark variieren und wird durch eine Vielzahl von Faktoren beeinflusst.⁴²⁹ Sie ist insbesondere abhängig von den Auswahlmöglichkeiten des Arbeitnehmers, etwa hinsichtlich anderweitiger Einnahmequellen und wird durch den konkreten Beruf und die Branche beeinflusst (insbesondere dem aktuellen Bedarf an Arbeitnehmern).⁴³⁰ Gerade höherqualifizierte Arbeitnehmer befinden sich häufig in einer guten Verhandlungsposition und sind dem Arbeitgeber, wenn überhaupt, lediglich in begrenztem Maße unterlegen. Doch die Hochqualifizierten und diejenigen, die in der Lage sind, die Arbeitsbedingungen selbst auf Augenhöhe auszuhandeln, sind nicht die Adressaten der Tarifautonomie. Ihre Zahl ist zudem vergleichsweise niedrig (18,5% der deutschen Bevölkerung mit Hochschulabschluss in 2019).⁴³¹

Doch auch allgemein gesehen können sich die Machtverhältnisse gerade in Zeiten eines wachsenden Fachkräftemangels verschieben. Der Arbeitgeber ist zunehmend auf die Gewinnung neuer Arbeitnehmer angewiesen, wohingegen sich dem Arbeitnehmer mehr Auswahlmöglichkeiten hinsichtlich potenzieller Arbeitgeber ergeben. Gleichzeitig ermöglicht der technische Fortschritt in einigen Branchen die ortsungebundene Tätigkeit (bei vielen, insbesondere Dienstleistungstätigkeiten, bleibt dies jedoch weiterhin unmöglich) und schafft so weitere

⁴²⁹ *Kocher* in: *Private Macht*, S. 241 (244); zur Einzelfallargumentation *Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht*, S. 149-150.

⁴³⁰ *Kocher* in: *Private Macht*, S. 241 (244).

⁴³¹ *Höpfner*, *Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis*, S. 44; zur Statistik, Destatis Bildungsstand.

Optionen für den Arbeitnehmer. Doch ändern diese neuen Rahmenbedingungen nichts an dem grundsätzlichen Machtgefälle. Auch wenn der Abschluss einzelner Arbeitsverhältnisse für den Arbeitgeber immer wichtiger wird, kann die Bedeutung für den Arbeitgeber nie an die Relevanz für den Arbeitnehmer zur Existenzsicherung und als entscheidender Teil der Lebensführung heranreichen. Ebenso bleibt die Informationsasymmetrie dem Grunde nach bestehen.⁴³² Im Rahmen der rechtlichen Regulierung und Betrachtung bedarf es der Verallgemeinerung, damit entsprechende Regelungen geschaffen werden können.⁴³³ Diese müssen in der Folge dann so flexibel ausgestaltet sein, dass abweichenden Fällen genug Freiraum gegeben wird.

(b) Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit

Die strukturelle Unterlegenheit und die fehlende Verhandlungsmacht des Arbeitnehmers sollen durch den Zusammenschluss in Koalitionen ausgeglichen werden. Die Stimmen von vielen Arbeitnehmern haben zusammen ein größeres Verhandlungsgewicht, da sie größeren Einfluss auf die wirtschaftliche Wertschöpfungskette des Arbeitgebers ausüben. So kann ein Druck auf die Arbeitgeberseite erzeugt werden, welchen der einzelne Arbeitnehmer nicht erreichen kann. Zusätzlich besteht im Rahmen der Koalition die Möglichkeit, sich bereits vorab und fortlaufend auf die Vertragsverhandlungen vorzubereiten. Die Verhandlungen können zudem von Experten geführt werden, so dass sich die Informationsasymmetrie aufhebt. Ziel der Tarifautonomie ist

⁴³² Vgl. *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 69.

⁴³³ *Kocher* in: *Private Macht*, S. 241 (245); vgl. *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 149-150.

eine Verhandlung der beiden Seiten auf Augenhöhe, insofern wird von einer Verhandlungspartitat gesprochen.⁴³⁴

(2) Ordnungsfunktion

Die Ordnungsfunktion der Tarifautonomie taucht häufig als allgemeines, öffentliches Interesse auf, mit welchem der Gesetzgeber die Stützung der Tarifautonomie und insbesondere die erweiterte Wirkung von tarifvertraglichen Regelungen, etwa im Wege einer Allgemeinverbindlicherklärung rechtfertigt.⁴³⁵ Das BVerfG stellt mit Blick auf die Ordnungsfunktion in ständiger Rechtsprechung fest: *„Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen [...], insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung frei gelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen“*.⁴³⁶ Diese Ordnungsfunktion ist in der Literatur jedoch strittig, teilweise wird sie abgelehnt.⁴³⁷ Auch die Rechtsprechung des BAG ist insofern nicht eindeutig: Zum Teil nimmt das BAG eine ordnende und befriedende Funktion von Tarifverträgen in dem durch die Rechtsordnung freigelassenen Raum an,⁴³⁸

⁴³⁴ Vgl. BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (121), Rn. 148; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 64; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 11; *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 143.

⁴³⁵ Gesetzesentwurf Tarifautonomiestärkungsgesetz, BT-Drs. 18/1558, S. 1, 26, 70; *Kamanabrou* in: Kamanabrou, Erga-Omnnes-Wirkung, S. 3 (44-45).

⁴³⁶ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (340-341); BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 (224).

⁴³⁷ Vgl. hierzu die Einordnung und Zusammenstellung bei *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 43.

⁴³⁸ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 75; BAG, Urt. v. 26.07.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 (1549), Rn. 52.

teilweise beschränkt sie diese Funktion jedoch auf den Bereich der organisierten Mitglieder der Tarifvertragsparteien.⁴³⁹

Regelmäßig verbirgt sich hinter der Diskussion um die Ordnungsfunktion die Tatsache, dass der Abschluss von Tarifverträgen neben der Ordnung, Regelung und Befriedung der tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse ebenso erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse von nicht tarifgebundenen Außenseitern entfaltet. 2022 arbeiteten 49% aller Beschäftigten in Deutschland in tarifgebundenen Betrieben.⁴⁴⁰ Es ist davon auszugehen, dass der tarifgebundene Arbeitgeber zur Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen in seinen Arbeitsverträgen auf den geltenden Tarifvertrag Bezug nimmt und dieser damit auch die nicht organisierten Außenseiter im Betrieb erreicht.⁴⁴¹ Demnach wirken tarifvertragliche Arbeitsbedingungen mindestens auf knapp die Hälfte aller deutschen Arbeitsverhältnisse ein, ordnen diese und geben ihnen Rahmenbedingungen vor. Daneben gilt der Tarifvertrag seit jeher als Vorbild in der Entwicklung von Arbeitsbedingungen (auch hinsichtlich gesetzlicher Regelungen).⁴⁴² Er entfaltet damit wirtschaftliche Auswirkungen, die über den Bereich der reinen Verbandsmitgliedschaft hinausgehen.⁴⁴³ Die tatsächliche Ordnungswirkung der Tarifverträge ist allgemein anerkannt, diskutiert wird jedoch, ob sich

⁴³⁹ BAG, Urt. v. 15.04.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 (1394), Rn. 52.

⁴⁴⁰ Destatis, Tarifbindung 2022.

⁴⁴¹ Eine Statistik zum Anteil der Arbeitsverhältnisse, die einen Tarifvertrag lediglich per Bezugnahme Klausel anwenden, existiert nicht; vgl. *Lesch/Schneider/Vogel* in: *Tarifautonomie und Tarifgeltung*, Gesamtmetall, S. 36.

⁴⁴² Vgl. *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht I*, S. 498; „[...] tarifliche Standards [...] dienen nicht selten als [...] Schrittmacher für die Arbeits- und Sozialgesetzgebung“, *Rudkowski*, NZA 2021, 315 (317).

⁴⁴³ *Bayreuther*, *Tarifautonomie*, S. 113; *Bourazeri*, *Tarifautonomie und Wirtschaftskrise*, S. 42; *Waltermann*, *ZfA* 2000, 53 (77).

dahinter eine Ordnungsfunktion verbirgt, die etwaige rechtliche Implikationen mit sich bringt. In diesem Kontext wird häufig zwischen der reinen Ordnungswirkung und einer Ordnungsfunktion bzw. -aufgabe differenziert.⁴⁴⁴

Zunächst ist festzuhalten, dass Koalitionen mitgliederbasierte Vereinigungen sind und in erster Linie die Interessen ihrer Mitglieder verfolgen.⁴⁴⁵ Mehr ist ihnen auch hinsichtlich ihrer Regelungszuständigkeit nicht möglich, diese ist allein auf die organisierten Mitglieder beschränkt (insofern auch die einfachrechtliche Ausgestaltung §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG).⁴⁴⁶ Dennoch führt die Verfolgung dieser Mitgliederinteressen zu mittelbaren Auswirkungen auf die Ordnung des Arbeitslebens insgesamt. Diese unbestrittene Ordnungswirkung ist jedoch beabsichtigt und wird von der Verfassung erwartet.⁴⁴⁷ Im Detail: Der Verfassungsgeber hat den Koalitionen den Bereich der Tarifautonomie zur eigenverantwortlichen Regelung überlassen. Dieser

⁴⁴⁴ *Henssler* in: HWK, Vorb. vor § 1 TVG, Rn. 11a; *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 235; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 70; die Ordnungsfunktion gleichbedeutend mit einer Ordnungsaufgabe verstanden: *Rudkowski*, NZA 2021, 315 (317).

⁴⁴⁵ *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 112; *Henssler* in: HWK, Vorb. vor § 1 TVG, Rn. 13; *Waltermann*, ZfA 2000, 53 (77).

⁴⁴⁶ BAG, Urt. v. 15.04.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 (1394), Rn. 52; *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 112; *Frieling* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 1 TVG, Rn. 4; *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 238; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 75; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 79; zum gleichen Ergebnis kommend *Kamanabrou* in: Kamanabrou, Erga-Omnes-Wirkung, S. 3 (44-45); vgl. zur Begrifflichkeit der Regelungszuständigkeit im Vergleich zur Regelungsmacht, die Ausführungen unter B. I. 1. a).

⁴⁴⁷ *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, S. 42; *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 30; *Seiwerth*, NZA 2014, 708 (711); zum Begriff der Verfassungserwartung *Isensee* in: Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts, § 190, Rn. 204-236.

Freiraum stellt dabei zunächst eine Lücke im notwendigen Regelungs-
werk dar, die es auszufüllen gilt. Es wird erwartet, dass sich aus dem
Wirken der Koalitionen Effekte ergeben, die den Bereich des Arbeits-
lebens sinnvoll ausfüllen.⁴⁴⁸ Denn die Ordnung und Schaffung ange-
messener Arbeitsbedingungen über den Bereich der organisierten Ar-
beitnehmer hinaus ist in besonderem Maße ein sozialstaatliches An-
liegen.⁴⁴⁹ Ohne diese Wirkung der Tarifautonomie wäre der Staat ver-
pflichtet, regelnd in den Freiraum der Tarifautonomie einzugreifen.⁴⁵⁰
Insofern kann man die Ordnungswirkung auch als sozialstaatlichen
Zweck ansehen.⁴⁵¹ Ebenso muss sich der Staat zur Aufrechterhaltung
des Freiraums auf die generell ordnende und soziale Wirkung der Ta-
rifautonomie verlassen können, ansonsten wäre er in größerem Maße
gezwungen, in den eigentlichen Freiraum regelnd einzugreifen. Die
Verfassungserwartung hinsichtlich einer umfassenderen Wirkung der
Tarifautonomie korrespondiert insofern notwendig mit dem freiheitli-
chen Verfassungsentwurf des Grundgesetzes.⁴⁵² Es ist sich dem BAG
anzuschließen, wenn dieses ausführt: *„Diese [Tarifautonomie] ist da-
rauf gerichtet, das Arbeitsleben in dem von staatlicher Rechtsordnung
freigelassenen Raum durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen und zu
befrieden.“*⁴⁵³

⁴⁴⁸ *Seiwerth*, NZA 2014, 708 (711).

⁴⁴⁹ *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 30; dagegen *Rudkowski*, NZA 2021, 315 (317), welche die existierenden Effekte lediglich für begrüßenswert hält.

⁴⁵⁰ *Seiwerth*, NZA 2014, 708 (711); vgl. *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 260.

⁴⁵¹ So *Linsenmaier*, ErfK, Art. 9 GG, Rn. 53.

⁴⁵² *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts*, § 190, Rn. 225; vgl. *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9 GG, Rn. 165.

⁴⁵³ BAG, Urt. v. 26.07.2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 (1549), Rn. 52.

Ob man diesen Zweck der Tarifautonomie dann als Ordnungsfunktion oder lediglich als Ordnungswirkung beschreiben möchte, darf offengelassen werden. Jedoch kann der Zweck der Ordnung des Freiraums als grundsätzliches öffentliches und sozialstaatliches Interesse für die Stützung der Tarifautonomie herangezogen werden.⁴⁵⁴ Die faktische Ordnungswirkung besteht eindeutig seit dem 19. Jahrhundert.⁴⁵⁵ Es lässt sich nicht begründen, warum diese faktisch bestehende Wirkung nicht zugleich auch einen Zweck der Tarifautonomie darstellen kann.⁴⁵⁶

Den Kritikern einer Ordnungsfunktion ist jedoch zumindest insoweit zuzustimmen, dass eine Ordnungsaufgabe der Koalitionen nicht existiert.⁴⁵⁷ Aus Art. 9 Abs. 3 GG lässt sich keine Aufgabe der Koalitionen in der Hinsicht ableiten, dass sie verpflichtet wären, die beabsichtigte Ordnungswirkung explizit zu verfolgen. Diese Wirkung ergibt sich vielmehr von selbst.⁴⁵⁸ Sie entspringt mittelbar aus der (funktionierenden) Tarifautonomie und der Verfolgung der Mitgliederinteressen heraus.

⁴⁵⁴ Vgl. *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts*, § 190, Rn. 231.

⁴⁵⁵ *Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht*, S. 157.

⁴⁵⁶ Anders insofern vermutlich *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, *Tarifvertragsgesetz*, *Grundlagen*, Rn. 57; *Rudkowski*, *NZA* 2021, 315 (317); zur ähnlichen Argumentation in Bezug auf Wirkung und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung unter C. II. 1. b) aa) (2).

⁴⁵⁷ *Bayreuther*, *Tarifautonomie*, S. 113, 158; *Jacobs* in: *Wiedemann*, *Tarifvertragsgesetz*, *Einleitung*, Rn. 74-75; *Linsenmaier* in: *ErfK*, Art. 9 GG, Rn. 53; *Piontek*, *Stärkung der Tarifautonomie*, S. 79-80; *Preis/Ulber* in: *Festschrift Kempen*, S. 15 (17); *Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht*, S. 156.

⁴⁵⁸ Vgl. *Isensee* in: *Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts*, § 190, Rn. 225.

(3) Weitere Funktionen der Tarifautonomie

Darüber hinaus werden weitere Funktionen der Tarifautonomie diskutiert. Eine gesetzliche Normierung haben diese in § 4a TVG gefunden. Im Verständnis des Gesetzgebers hat der Tarifvertrag als besondere Ausprägung der Tarifautonomie neben der soeben besprochenen Schutzfunktion und Ordnungsfunktion zusätzlich eine Befriedungs- und eine Verteilungsfunktion.

Die Befriedungsfunktion von Tarifverträgen ist insbesondere für die Arbeitgeberseite von besonderer Relevanz. Für die Laufzeit eines Tarifvertrags besteht eine Friedenspflicht, welche Arbeitskampfmaßnahmen während der Laufzeit ausschließt. Die Tarifautonomie ordnet damit den Konflikt der Arbeitsvertragsparteien und gibt ihm gewisse (zeitliche) Rahmenbedingungen vor.⁴⁵⁹ Daher kann man die Befriedungsfunktion auch schon bereits als Teil der Ordnungsfunktion verstehen. Für den Arbeitgeber ergibt sich hieraus eine gesicherte Planungs- und Kalkulationsgrundlage.⁴⁶⁰

Ob die Tarifautonomie darüber hinaus eine Verteilungsfunktion verfolgt, ist umstritten.⁴⁶¹ Der Gedanke ist, dass es durch Tarifverträge zu einer gerechten Verteilung der zur Verfügung stehenden Entgeltsummen kommt. Eine solche Funktion lässt sich jedoch nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG ableiten. Ziel der Tarifautonomie ist zwar unter anderem

⁴⁵⁹ *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 2; insofern ist die Befriedungsfunktion auch Teil der Ordnungsfunktion, so *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, S. 42.

⁴⁶⁰ *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 31; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 13; die Kalkulationsgrundlage in der Ordnungsfunktion verortend *Henssler* in: HWK, Vorb. vor § 1 TVG, Rn. 11.

⁴⁶¹ *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 32; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 11-12; ablehnend *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 81-84.

die angemessene Entlohnung der Arbeitnehmer, doch die gerechte Verteilung ist hiervon nicht erfasst.⁴⁶² Insbesondere könnte eine solche Verteilungsfunktion immer nur auf den konkreten Tarifvertrag und hinsichtlich der dort geregelten unterschiedlichen Tätigkeiten existieren.⁴⁶³ Eine gesamtgesellschaftliche Verteilungsgerechtigkeit verfolgt die Tarifautonomie nicht, hierzu ist sie faktisch und rechtlich nicht in der Lage.

b) Mitgliederbasiertes System

Das deutsche Tarifvertragssystem basiert maßgeblich auf der mitgliedschaftlichen Organisation in Koalition. Bereits im Ausgangspunkt knüpft die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG an die Mitgliedschaft des Einzelnen in Koalitionen an.⁴⁶⁴ Nur diesem mitgliedschaftlichen Kollektiv werden die besonderen Handlungsmöglichkeiten zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und dabei insbesondere die Tarifautonomie eröffnet. Den Koalitionen obliegt es in der Folge, die Interessen ihre Mitglieder im Rahmen der Tarifautonomie zu vertreten. Damit legitimiert erst die Mitgliedschaft der Einzelnen die Koalitionen für die Verhandlungen mit der jeweiligen Gegenseite und verschafft ihnen insbesondere auf Arbeitnehmerseite die erforderliche, vor dem Zusammenschluss nicht vorhandene Durchsetzungsfähigkeit.⁴⁶⁵ Sie stellt die unerlässliche Vo-

⁴⁶² *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 83.

⁴⁶³ Vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 236; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 82; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 11; *Preis/Greiner* in: Preis/Greiner, Arbeitsrecht, § 86, Rn. 230.

⁴⁶⁴ Vgl. *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 116; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 17; *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (218).

⁴⁶⁵ *Henssler*, RdA 2021, 1 (2); *Lobinger*, JZ 2014, 810 (812).

raussetzung für den notwendigen und von der Verfassung beabsichtigten Ausgleich der Machtverhältnisse zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber dar.⁴⁶⁶ Je geringer der Organisationsgrad der Arbeitnehmer, desto schwächer wird deren Verhandlungsposition.⁴⁶⁷ Die von der Verfassung beabsichtigte eigenverantwortliche Ordnung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Betroffenen selbst, erfordert daher einen ausreichenden Zusammenschluss der Arbeitnehmer und Arbeitgeber.⁴⁶⁸ Die im Ergebnis generierten Regelungen können im Einklang mit dem freiheitlich-demokratischen Verfassungsverständnis vom Grundsatz her nur für die Mitglieder der Koalitionen Geltung entfalten, alles andere wäre mit dem Prinzip der Selbstbestimmung nicht zu vereinbaren.⁴⁶⁹ Daher ist die mitgliedschaftliche Tarifbindung bereits im Grundgesetz vorgesehen.

Dieser mitgliedschaftliche Bezug ergibt sich auch aus dem Begriff und dem Verständnis von Autonomie im Allgemeinen. Denn Autonomie bedeutet: „*Das Recht, die Möglichkeit nach eigenen Gesetzen zu leben*“ und leitet sich ursprünglich aus den griechischen Worten *autós* = *selbst* und *nómos* = *Gesetz, Ordnung* ab.⁴⁷⁰ Es geht im Rahmen der Autonomie also darum, Regelungen für sich selbst und in dieser Fortsetzung, für die Mitglieder als Basis der gebildeten Vereinigung zu

⁴⁶⁶ Zum beabsichtigen Ausgleich BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (120), Rn. 146; hinsichtlich der unerlässlichen Voraussetzung vgl. *Rudkowski*, NZA 2021, 315 (317); siehe auch die Schutzfunktion der Tarifautonomie unter D. 1. 2. a) bb) (1).

⁴⁶⁷ Vgl. D. 1. 2. a) bb) (1) (a).

⁴⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.05.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295 (305); *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize, S. 13-14.

⁴⁶⁹ Vgl. *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsöffnungsklauseln, S. 10.

⁴⁷⁰ Siehe hierzu Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, Stichwort „Autonomie“; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 71; *Waltermann* in: Festschrift Söllner, S. 1251 (1259).

erlassen. Ein direkter Einfluss auf Dritte ist dem Konzept der Autonomie fremd.

Die Relevanz der Mitgliedschaft setzt sich dann in der einfachrechtlichen Ausgestaltung der Tarifautonomie durch den Gesetzgeber als Voraussetzung für die Geltung eines Tarifvertrags in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG fort.⁴⁷¹ Hiernach führt erst die beiderseitige Mitgliedschaft sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite zur normativen Geltung eines Tarifvertrags. Eine darüberhinausgehende Wirkung tarifvertraglicher Normen auf Außenseiter ist entweder im Wege der individualvertraglichen Bezugnahmeklausel oder über eine zusätzliche staatliche Legitimation etwa im Wege einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG denkbar.

Die rechtliche und faktische Wirkung der Tarifautonomie hängt dabei elementar von der Tarifbindung des Betriebs bzw. des Arbeitgebers ab.⁴⁷² Denn erst die beiderseitige Tarifgebundenheit führt zur Geltung von Tarifverträgen, § 3 Abs. 1 TVG. Darüber hinaus erstreckt ein tarifgebundener Arbeitgeber die Tarifbedingungen typischerweise auch auf die nicht organisierten Arbeitnehmer im entsprechenden Betrieb.⁴⁷³ Gleichwohl ist die Tarifbindung des Arbeitgebers regelmäßig eine Folge der Organisation und des dadurch ausgeübten Drucks der Arbeitnehmer.⁴⁷⁴ Sie hat ihren Ursprung also in der mitgliedschaftlichen Organisation der Arbeitnehmer.

⁴⁷¹ Siehe auch *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 17.

⁴⁷² *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (359).

⁴⁷³ Vgl. D. I. 2. d) bb).

⁴⁷⁴ Vgl. *Deinert*, SR 2017, Sonderausgabe Mai, 24 (25); *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (1966), S. 3; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 18; *Waltermann*, NZA 2014, 874 (875).

Demnach setzt eine funktionierende Tarifautonomie nach deutschem Verfassungsverständnis einen Zustand voraus, in dem Tarifvertragsparteien durch Kollektivvereinbarungen den gewährleisteten Freiraum ausfüllen. Hierfür ist innerhalb des deutschen Tarifsystems die Mitgliedschaft als Grundlage der Koalitionen entscheidend.⁴⁷⁵ Anreize, die eine solche Mitgliedschaft fördern, helfen damit dem Tarifvertragssystem an sich. Mit Blick auf die Schutzfunktion, zur Überwindung der strukturellen Unterlegenheit aber auch um die erwarteten und beabsichtigten mittelbaren Auswirkungen auf das Arbeitsleben im Sinne der Ordnungsfunktion zu entfalten, bedarf die Tarifautonomie einer ausreichenden mitgliedschaftlichen Organisation. Besondere Relevanz entfaltet dabei die mitgliedschaftliche Organisation der Arbeitnehmer.

c) Zustand des Tarifsystems

Den Fokus auf die Mitgliedschaft vorausgeschickt, lässt sich der Zustand des deutschen Tarifsystems einerseits an der Entwicklung der Mitgliederzahlen ablesen und andererseits mit Blick auf die Statistiken zur Tarifbindung bewerten.⁴⁷⁶ Generell wird immer wieder von einer zunehmenden Erosion des Tarifsystems gesprochen.⁴⁷⁷

Tatsächlich ist die allgemeine Tarifbindung der Betriebe und damit auch die der dort beschäftigten Arbeitnehmer seit dem Ende der

⁴⁷⁵ *Lobinger*, JZ 2014, 810 (812); *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 136; *Waltermann*, SR 2021, 177 (177).

⁴⁷⁶ So auch *Höpfner* in: *Tarifautonomie und Tarifgeltung*, Gesamtmetall, S. 393.

⁴⁷⁷ *Hartmann*, ZfA, 2020, 152 (153); *Henssler*, RdA 2021, 1 (1-2); *Höpfner*, ZfA 2020, 178 (181-186); *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (358-359); *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (214-215).

1990er Jahre kontinuierlich zurückgegangen. Aus der Entwicklung der Tarifbindung der Betriebe sowie der Mitgliederzahlen der Gewerkschaften lassen sich Rückschlüsse zur Entwicklung der mitgliederschaftlichen Tarifbindung der Arbeitnehmer ziehen: Zwischen 1998 und 2022 ist der Anteil der Beschäftigten, die in einem tarifgebundenen Betrieb arbeiteten, von 73% auf 51% gesunken.⁴⁷⁸ Gleichzeitig sanken die Mitgliederzahlen in den DGB-Gewerkschaften von ca. 8.300.000 auf ca. 5.580.000 (im Jahr 2024).⁴⁷⁹ Aufgrund der rückläufigen Mitgliederzahlen der DGB-Gewerkschaften und der sinkenden Tarifbindung, ist davon auszugehen, dass auch die Zahl der gewerkschaftlich organisierten Beschäftigten sinkt. Diese Einschätzung bestätigt auch die *OECD/AIAS ICTWSS database*, nach der der Prozentsatz der deutschen Arbeitnehmer mit einer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft zwischen 1998 und 2019 von 25,8% auf 16,3% sank.⁴⁸⁰

Zugleich existieren weiterhin Branchen, in denen die Tarifautonomie die Arbeitsbedingungen maßgeblich beeinflusst.⁴⁸¹ So sind innerhalb der öffentlichen Verwaltung 98% der Arbeitsverhältnisse in tarifgebundenen Betrieben angesiedelt, aber auch im Bereich der privaten Finanz- und Versicherungsdienstleistungen arbeiten 66% der Beschäftigten in tarifgebundenen Betrieben.⁴⁸² Es ergeben sich damit erhebliche Schwankungen je nach Wirtschaftsbereich.

⁴⁷⁸ WSI, Tarifstatistik 1998-2022; hinsichtlich der Entwicklung bis 2020 vgl. *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilung 04/2021, 306 (308), Tabelle 1.

⁴⁷⁹ DGB, Mitgliederzahlen, Tabelle aus 1998 und 2023; vgl. Statista, Anzahl der Mitglieder des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) von 1994-2024.

⁴⁸⁰ OECD/AIAS, ICTWSS database.

⁴⁸¹ So auch *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 19; weitere Beispiele *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (214-215).

⁴⁸² *Ellguth/Kohaut*, WSI-Mitteilung 04/2021, 306 (309), Tabelle 3.

Dennoch zeigen die Zahlen eine stetige Entwicklung, an deren Ende die Tarifautonomie nur noch knapp die Hälfte ihrer Zielgruppe erreicht, von der wiederum nur ein Bruchteil gewerkschaftlich organisiert ist. Der Trend der letzten 20 Jahre ist eindeutig, die mitgliederschaftliche Tarifbindung verliert immer mehr an Bedeutung und schwächt damit die Tarifautonomie in ihrem Kern.

d) Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie

aa) Verfassungsrechtlicher Sicherungsauftrag

Von der grundsätzlichen mitgliedschaftsbezogenen Ausrichtung des Tarifvertragssystems ausgehend, stellt sich mit Blick auf das öffentliche Interesse die Frage, ob dem Staat ein verfassungsrechtlicher Sicherungsauftrag hinsichtlich eines effektiven Tarifvertragssystems zukommt. Nach den zum Tarifvertragssystem gezogenen Feststellungen müssten sich entsprechende Sicherungsmaßnahmen insbesondere auf die mitgliederschaftliche Basis der Koalitionen beziehen und somit könnte auch die Differenzierungsklausel innerhalb des öffentlichen Interesses liegen.

Der Gesetzgeber ist aufgrund der Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich verpflichtet, den Koalitionen ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem zur Verfügung zu stellen, das sie in die Lage versetzt, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eigenverantwortlich zu regeln.⁴⁸³ Die Verpflichtung des Gesetzgebers

⁴⁸³ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (255), Rn. 18; BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., BVerfGE 50, 290 (369); *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, S. 44; *Jacobs* in: Wiedemann,

endet jedoch nicht mit der einmaligen Gewährleistung eines solchen Systems. Er ist vielmehr dazu verpflichtet, die Funktionsfähigkeit des Systems fortlaufend sicherzustellen.⁴⁸⁴ Der Staat hat eine „*rechtliche Infrastrukturverantwortung*“.⁴⁸⁵ Gerade in der sich ständig ändernden Arbeits- und Wirtschaftswelt können daher Anpassungen an aktuelle wirtschaftliche oder soziale Bedingungen notwendig werden.⁴⁸⁶ Entsprechende staatliche Maßnahmen stellen insofern ein legitimes öffentliches Interesse dar.⁴⁸⁷

Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist dabei insbesondere von der Verhandlungsparität der Tarifvertragsparteien und damit, wie festgestellt, vom Organisationsgrad der Arbeitnehmer abhängig.⁴⁸⁸ Grundsätzlich sind die Koalitionen selbst für ihre Attraktivität und den hiermit verbundenen Organisationsgrad verantwortlich.⁴⁸⁹ Denn Art. 9 Abs. 3 GG garantiert der einzelnen Koalition keinen Tarifierfolg, sondern nur die Chance, ihre Vorstellungen in eigener Verantwortung umzusetzen. Sofern der geringe Organisationsgrad jedoch ein

Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 164, 165; *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 33; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 82; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 167; *Waltermann*, ZfA 2000, 53 (60).

⁴⁸⁴ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (120), Rn. 147.

⁴⁸⁵ *Krause* in: JKOS, § 1, Rn. 33.

⁴⁸⁶ *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, S. 55; von Korrekturen sprechend, *Däubler* in: Däubler TVG, Einleitung, Rn. 160.

⁴⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (119), Rn. 144; *Seifert* in: Kempen/Zachert TVG, § 5, Rn. 55.

⁴⁸⁸ Vgl. D. I. 2. b); BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 (395); *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 42.

⁴⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (255), Rn. 17; BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 (396); *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 62; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 167; Rudkowski, NZA 2021, 315 (318).

strukturelles Problem des Systems ist, folglich die gesetzlichen Rahmenbedingungen einen niedrigen Organisationsgrad bedingen oder erzeugen, kann sich eine staatliche Handlungspflicht aus Art. 9 Abs. 3 GG ergeben.⁴⁹⁰

bb) Strukturelles Problem: Bezugnahme Klausel

Ein solches strukturelles Problem stellt die Bezugnahme Klausel dar. Die Bezugnahme Klausel ist Bestandteil der Vertragsfreiheit bzw. Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG)⁴⁹¹ und wird damit ebenso verfassungsrechtlich geschützt, wie die Tarifautonomie. Sie ist ein allein individualvertragliches Instrument,⁴⁹² wirkt faktisch aber nicht nur im Rahmen der individuellen Vertragsfreiheit, sondern hat elementare Auswirkungen auf das System der Tarifautonomie. Denn die individualvertragliche Bezugnahme auf tarifvertragliche Regelungen ermöglicht es Außenseitern, an den Erfolgen der Tarifautonomie teilzuhaben, ohne selbst zu diesem Erfolg beigetragen zu haben und ohne selbst Mitglied einer Tarifvertragspartei zu sein.

Bezugnahme Klauseln wirken in einer Vielzahl der individuellen Arbeitsverträge. Eine Auswertung aus dem Jahr 2004 geht davon aus,

⁴⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (255), Rn. 18; *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise, S. 55; *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (362); *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9, Rn. 167; vgl. auch *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 62.

⁴⁹¹ BAG, Urt. v. 23.03.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 (925), Rn. 46; *Eylert/Rinck*, RdA 2022, 146 (146-147); *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 26; *Oetker* in: *Wiedemann*, Tarifvertragsgesetz, § 3, Rn. 328.

⁴⁹² *Eylert/Rinck*, RdA 2022, 146 (146-147); *Oetker* in: *Wiedemann*, Tarifvertragsgesetz, § 3, Rn. 328; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 32-33.

dass bis zu 84% aller Arbeitsverträge Bezugnahmeklauseln enthalten.⁴⁹³ Eine Befragung im Rahmen des IAB-Betriebspanel ergab, dass sich im Jahr 2024 neben den 23% tarifgebundenen Betrieben (bei denen eine Bezugnahme bereits aus dem Gesichtspunkt der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen wahrscheinlich ist und daher vermutet werden kann), 41% der nicht tarifgebundenen Betriebe an Tarifverträgen orientierten (hier ist eine Bezugnahmeklausel zumindest möglich).⁴⁹⁴ Allein in den tarifgebundenen Betrieben waren 49% der Arbeitnehmer beschäftigt.⁴⁹⁵ Zusammen erfassten die tarifgebundenen und tariforientierten Betriebe 76% der deutschen Arbeitsverhältnisse.⁴⁹⁶ Auf der Grundlage dieser Daten kann davon ausgegangen werden, dass zwischen 49% und 76% der Arbeitsverträge Bezugnahmeklauseln enthalten.⁴⁹⁷ Gleichwohl handelt es sich bei dem Begriff der Tariforientierung um keine definierte Größe, was zu erheblichen Abweichungen des Grads der jeweiligen Tariforientierung führen kann. Zudem muss eine Tariforientierung auch nicht unbedingt bedeuten, dass eine Bezugnahmeklausel verwendet wird. Denkbar ist etwa auch die Orientierung an Lohnhöhen ohne eine konkrete Bezugnahme. Dennoch verdeutlichen die Daten den Einsatz und die Relevanz von Bezugnahmeklauseln für die deutsche Arbeitswirklichkeit.

⁴⁹³ *Henssler/Heiden*, RdA 2004, 241 (242), die Angabe befindet sich in Fußnote 1 und basiert auf Daten des BMAS; in der Prozentangabe sind auch solche Arbeitsverträge enthalten, die mitgliederschaflich tarifgebunden sind.

⁴⁹⁴ Zur Statistik IAB-Betriebspanel 2024, Tabelle 3.

⁴⁹⁵ Zur Statistik IAB-Betriebspanel 2024, Tabelle 4.

⁴⁹⁶ Zur Statistik IAB-Betriebspanel 2024, Tabelle 4.

⁴⁹⁷ Die Annahme beruht auf dem prozentualen Anteil der Beschäftigten in tarifgebundenen Betrieben (bei denen aufgrund von Gleichstellungsgesichtspunkten regelmäßig von einer Bezugnahmeklausel auszugehen ist) addiert mit dem prozentualen Anteil derjenigen Beschäftigten, die in tariforientierten Betrieben tätig waren.

Auf Arbeitgeberseite werden Bezugnahmeklauseln aus unterschiedlichen Gründen eingesetzt: Einerseits können die Arbeitsverhältnisse im Betrieb vereinheitlicht und Ungleichbehandlungen ausgeschlossen werden,⁴⁹⁸ andererseits wird der Beitritt zu einer Gewerkschaft und damit die gewerkschaftliche Organisation der Arbeitnehmer im Betrieb unattraktiver.⁴⁹⁹

Die Bezugnahmeklauseln konterkarieren dabei das Hauptmotiv der Arbeitnehmer, einer Koalition beizutreten.⁵⁰⁰ Das wesentliche Argument zum Beitritt sind die Errungenschaften, die der Zusammenschluss im Unterschied zum einzelnen Arbeitnehmer erreichen kann.⁵⁰¹ Der Ausgleich der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers und die damit verbundene Verbesserung der Arbeitsbedingungen sind die Existenzberechtigung und der historische Ursprung des Tarifvertragssystems. Wenn diese Ergebnisse aber von jedem Außenseiter in den Individualarbeitsvertrag übernommen werden können, entfällt der (wirtschaftliche) Vorteil einer Mitgliedschaft. Im Gegenteil wird vielmehr ein negativer Anreiz gesetzt, der Koalition nicht

⁴⁹⁸ *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 15; *Eylert/Rinck*, RdA 2022, 146 (146-147); *Flockenhaus*, Vertragsgestaltung und Kollektivverträge, S. 88-89; *Franzen* in: ErfK, § 3 TVG, Rn. 29; *Lorenz* in: Däubler TVG, § 3, Rn. 217; *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 27; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 3, Rn. 302; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

⁴⁹⁹ *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1 (2); *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 15; *Franzen* in: ErfK, § 3 TVG, Rn. 29; *Lorenz* in: Däubler TVG, § 3, Rn. 217; *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 27; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 33.

⁵⁰⁰ *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1 (2); *Jacobs/Malorny*, SR 2022, 1 (1); *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 28; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 33; vgl. *Höpfner*, ZfA 2020, 178 (187-188); vgl. auch schon *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 8-9.

⁵⁰¹ Vgl. *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize, S. 21.

beizutreten, denn das Mitglied ist bereits aufgrund seines Gewerkschaftsbeitrags schlechter gestellt als der bezugnehmende Außenseiter.⁵⁰² Auch wenn dieser wirtschaftliche Vorteil nicht immer das alleinige Motiv für eine Mitgliedschaft darstellt,⁵⁰³ ist er in einer rationalen Wirtschaftsordnung von besonderer Relevanz.⁵⁰⁴ Gerade unsere egozentrische Gesellschaft, in der sich der Grund für eine Mitgliedschaft nicht mehr aus dem sozialen Zusammengehörigkeitsgefühl der Arbeitnehmer ergibt, gewinnt der individuelle Nutzen einer Mitgliedschaft für den Beitritt zusätzlich an Bedeutung.⁵⁰⁵

Soweit ausgeführt wird, dass die Tarifvertragsparteien selbst für ihre Attraktivität zuständig sind,⁵⁰⁶ ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings müssen den Koalitionen Mittel an die Hand gegeben werden, mit denen sie die notwendige Attraktivität steigern und erreichen können. Zu diesem Zweck sollten die tarifvertraglichen Ergebnisse, wie es das gesetzliche Tarifvertragssystem auch eigentlich vorsieht (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG), im Wesentlichen den Tarifvertragsparteien vorbehalten bleiben.

⁵⁰² Mayer, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 28; Höpfner, ZfA 2020, 178 (188); Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 22.

⁵⁰³ Leydecker, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 30; Seiwerth, RdA 2014, 358 (362); die Bezugnahme Klausel lediglich als einen unter zahlreichen Gründen für den Mitgliederschwund verstehend, Jacobs in: Festschrift Bauer, S. 479 (491).

⁵⁰⁴ Vgl. die Ausführung von Leydecker, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 29-31.

⁵⁰⁵ Seiwerth, RdA 2014, 358 (362); diese Wertung kann auch aus den Ausführungen zur Bezugnahme Klausel als strukturelles Problem abgeleitet werden, vgl. D. I. 2. d) bb); Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1 (2); Jacobs/Malorny, SR 2022, 1 (1); Mayer, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 28; Pionteck, Stärkung der Tarifautonomie, S. 33; Höpfner, ZfA 2020, 178 (187-188).

⁵⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (255), Rn. 17; BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 (396); Scholz in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 167; Rudkowski, NZA 2021, 315 (318).

Die Bezugnahme Klausel stellt demnach ein strukturelles Problem des deutschen Tarifvertragssystems dar.⁵⁰⁷ Speziell in Zeiten, in denen die mitgliedschaftliche Tarifbindung aufgrund verschiedener Faktoren abnimmt, tritt der strukturelle Widerspruch des Systems in Form der Bezugnahme Klausel besonders deutlich zutage. Diesem Widerspruch ist mit geeigneten Maßnahmen zu begegnen. Die Koalitionen müssen in die Lage versetzt werden, sich gegen die individualvertragliche Bezugnahme auf ihre Errungenschaften wirksam zur Wehr zu setzen. Es muss möglich sein, die Mitgliedschaft durch die erreichten Ergebnisse attraktiv zu machen. Hierzu ist eine effektive Differenzierungsklausel in der Lage.⁵⁰⁸ Insofern kann die Unterstützung der Koalitionen durch die Allgemeinverbindlicherklärung von Differenzierungsklauseln im öffentlichen Interesse liegen.

e) **Europarechtliches öffentliches Interesse**

Nach Art. 4 Abs. 2 der am 19.10.2022 von der Europäischen Union verabschiedeten Richtlinie (EU) 2022/2041 (Mindestlohnrichtlinie) hat jeder Mitgliedstaat, in dem die Tarifbindung unter 80% liegt, einen Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen zu erstellen. Dieser Plan muss „*einen klaren Zeitplan und konkrete Maßnahmen zur schrittweisen Erhöhung der tarifvertraglichen Abdeckung*“ enthalten. Die Regelung verfolgt damit eine breitere Abdeckung der Arbeitsverhältnisse durch tarifvertragliche Arbeitsbedingungen. Die Maßnahmen sollen dabei „*gemäß dem nationalen Recht und im Einklang mit den nationalen Gepflogenheiten*“ erfolgen, hierdurch sind die jeweils

⁵⁰⁷ So auch Höpfner, ZfA 2020, 178 (188, 210); Jacobs/Malorny, SR 2022, 1 (1).

⁵⁰⁸ Pionteck, Stärkung der Tarifautonomie, S. 34, 35; ein generelles Verbot/Begrenzung der Bezugnahme Klausel scheint mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte der allgemeinen Handlungs- und Vertragsfreiheit schwierig.

eigenen Tarifvertragssysteme der Mitgliedsstaaten bei den entsprechenden Maßnahmen zu berücksichtigen.⁵⁰⁹ Da sich das öffentliche Interesse im demokratischen Rechtsstaat insbesondere auch aus dem Gesetzgebungsprozess und dem ihm zu Grunde liegenden Abwägungsprozess ergeben kann,⁵¹⁰ kann sich ein Interesse in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU) auch aus europarechtlichen Vorgaben ergeben. Denn die europarechtliche Gesetzgebung basiert auf der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedsstaaten auf die Union und stellt damit lediglich einen übertragenen Gesetzgebungsprozess der Mitgliedsstaaten dar,⁵¹¹ aus welchem sich dann auch ein öffentliches Interesse ableiten lässt.

Aus der erlassenen Richtlinie ergibt sich ein Interesse des europäischen Gesetzgebers an der Stärkung bzw. dem Schutz der tarifvertraglichen Systeme.⁵¹² Unter Berücksichtigung der nationalen Besonderheiten könnte für das deutsche mitgliederschaftlich organisierte Tarifvertragssystem damit eine Erhöhung der mitgliederschaftlichen Tarifbindung im (europarechtlichen) öffentlichen Interesse liegen. Die Berücksichtigung des europarechtlichen Abwägungsprozesses kann jedoch nur dann Teil des öffentlichen Interesses im Sinne von § 5 TVG sein, wenn eine Abwägung und Regelung des Tarifrechts überhaupt von der Kompetenz der EU-Gesetzgebungsorgane gedeckt ist.

⁵⁰⁹ Vgl. hierzu den Erwägungsgrund 25 der Richtlinie (EU) 2022/2041.

⁵¹⁰ *Wolters*, Der Vertreter des öffentlichen Interesses, S. 47-48; vgl. C. II. 2. c) bb) (1).

⁵¹¹ BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (348-349).

⁵¹² *Klocke/Hautkappe*, ZESAR, 2021, 63 (65).

Im Ausgangspunkt erscheint jedoch bereits zweifelhaft, ob der EU-Gesetzgeber hier nicht seine Kompetenzen überschritten hat.⁵¹³

aa) Zuständigkeit der Europäischen Union

Im EU-Recht gilt nach Art. 5 Abs. 1 EUV das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Danach darf die Union nur tätig werden, soweit ihr die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit in den Verträgen übertragen haben (Art. 5 Abs. 2 EUV).⁵¹⁴ Eine Umgehung der Einzelermächtigung und ihrer Ausnahmen durch Generalklauseln ist nicht zulässig.⁵¹⁵ Für die Sozialpolitik, zu der insbesondere das Arbeitsrecht gehört, besteht eine geteilte Zuständigkeit der Union und der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 2 lit. b), 151-161 AEUV.⁵¹⁶ Die maßgebliche Kompetenznorm ist dort insbesondere Art. 153 AEUV. Die in Rede stehende Richtlinie (EU) 2022/2041 stützt sich dementsprechend hinsichtlich der Kompetenzgrundlage auf Art. 153 Abs. 1 lit. b) AEUV. Danach kann die Union die Mitgliedstaaten im Bereich der „Arbeitsbedingungen“ unterstützen und ergänzen.

Die Regelungen des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie betreffen mittelbar auch den Bereich der Arbeitsbedingungen. Denn die Förderung von

⁵¹³ Greiner, jM 2022, 461 (468); Hartmann, EuZA, 2023, 121 (121); vgl. Klage aus Dänemark gegen die Richtlinie vor dem EuGH, Rechtssache C-19/23 (Stand 17.05.2024, es liegt bisher nur die Klageschrift vor).

⁵¹⁴ Vgl. BVerfG, Ur. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (347); Franzen in: F/G/O, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 153 AEUV, Rn. 1; Löwisch/Rieble in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 472; Thüsing in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 107.

⁵¹⁵ Löwisch/Rieble in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 472.

⁵¹⁶ Franzen in: F/G/O, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 153 AEUV, Rn. 1; Thüsing in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 107.

Tarifverhandlungen wirkt sich in der Zukunft auch auf die in den jeweiligen Arbeitsverhältnissen geltenden Arbeitsbedingungen aus. Allerdings existiert mit Art. 153 Abs. 1 lit. f) eine speziellere Unionskompetenz, die Regelungen im Bereich der „*Vertretung und kollektiven Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen*“ zulässt. Die mit der Richtlinie verfolgte Aufgabe, Tarifverhandlungen zu fördern, betrifft unmittelbar das kollektive Arbeitsrecht und wird daher von lit. f) erfasst.⁵¹⁷ Insoweit ist lit. f) *lex specialis*. Im Unterschied zu lit. b) unterliegt lit. f) jedoch dem besonderen Gesetzgebungsverfahren des Art. 153 Abs. 3 AEUV, das einen einstimmigen Beschluss im Rat der Europäischen Union erfordert hätte. Die EU-Gesetzgebungsorgane gehen daher bereits im Ausgangspunkt von der falschen Kompetenznorm aus.

bb) Zuständigkeit der Europäischen Union im kollektiven Arbeitsrecht

Darüber hinaus werden sämtliche Kompetenznormen des Art. 153 Abs. 1 AEUV durch die Ausnahmebestimmung des Art. 153 Abs. 5 AEUV eingeschränkt. Diese nimmt das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht von den Kompetenzen der Union aus. Umstritten ist, ob die Vorschrift auch das Tarifvertragsrecht, also Regelungen zur Ausgestaltung des Tarifvertragssystems, ausschließt.⁵¹⁸

⁵¹⁷ *Franzen* in: F/G/O, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 153 AEUV, Rn. 33; *Klumpp*, EuZA 2021, 284 (290, 297); *Krebber* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 153 AEUV, Rn. 20; *Krebber*, RdA 2021, 215 (220); *Thüsing* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 109.

⁵¹⁸ Für den Ausschluss, *Greiner*, jM 2022, 461 (468); *Klumpp*, EuZA 2021, 284 (297); *Klumpp* in: Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Bd. 3, § 227, Rn. 3; keinen

Im Ausgangspunkt ist festzustellen, dass der EuGH Art. 153 Abs. 5 AEUV als Ausnahmevorschrift eng auslegt.⁵¹⁹ Im Sinne des *effet utile* legt der EuGH anwendungsbereichsbestimmende Normen weit und anwendungsbereichsbegrenzende Normen eng aus.⁵²⁰ Unter Berücksichtigung dieser Auslegung kann man im Wege einer engen Wortlautauslegung zu dem Ergebnis kommen, dass Art. 153 Abs. 5 AEUV das Tarifvertragsrecht nicht ausdrücklich nennt und daher auch nicht erfasst.⁵²¹ Teleologisch betrachtet, verfolgt Art. 153 Abs. 5 AEUV jedoch den Schutz der historisch gewachsenen und sozialstrukturell verankerten unterschiedlichen Tarifvertragssysteme der einzelnen Mitgliedsstaaten.⁵²² Das Koalitionsrecht ist dabei so eng mit dem Tarifvertragsrecht verbunden, dass eine Abgrenzung und differenzierte Regelung der beiden Bereiche nicht möglich ist.⁵²³ Selbst wenn eine Abgrenzung gelingt, muss Art. 153 Abs. 5 AEUV zur Erreichung seines Zwecks zwangsläufig auch das Tarifvertragsrecht erfassen, da Rege-

Ausschluss für vertretbar haltend, *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103 (106); gegen einen Ausschluss, *Franzen* in: F/G/O, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Art. 153 AEUV, Rn. 50; *Thüsing* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 109.

⁵¹⁹ EuGH, Urt. v. 13.09.2007 – C-307/05, NZA 2007, 1223 (1225), Rn. 39; *Klumpp*, EuZA 2021, 284 (291).

⁵²⁰ So *Krebber*, RdA 2021, 215 (217).

⁵²¹ *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103 (106); *Thüsing* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 109.

⁵²² *Klumpp*, EuZA 2021, 284 (296); *Krebber* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 153 AEUV, Rn. 12; *Krebber*, RdA 2021, 215 (217).

⁵²³ *Klumpp*, EuZA 2021, 284 (297); *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 472; *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103 (106).

lungen zum Tarifvertragsrecht zu erheblichen strukturellen Veränderungen im Tarifsysteem führen würden.⁵²⁴ Das Koalitionsrecht einschließlich des Tarifvertragsrechts und des Arbeitskampfrechts fällt daher insgesamt nicht in den Kompetenzbereich der EU. Damit stellt die Richtlinie (EU) 2022/2041 zumindest in Bezug auf deren Art. 4 Abs. 2 einen Ultra-vires-Akt dar.

cc) Fehlende Kompetenz für ein öffentliches Interesse

Ein europarechtliches öffentliches Interesse an der Stärkung des Tarifvertragssystems lässt sich damit nicht feststellen. Für ein solches fehlt der EU die notwendige Kompetenz. Die erlassene Richtlinie und auch zukünftige Rechtsakte auf dem Gebiet des Tarifrechts stellen einen Ultra-vires-Akt dar, aus dem sich kein öffentliches Interesse ableiten lässt.

f) Öffentliches Interesse an einem Anreiz zur Mitgliedschaft

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Es besteht ein grundsätzliches öffentliches Interesse an der Schaffung von Anreizen zum Beitritt in Koalitionen.

Dieses Interesse lässt sich aus der verfassungsrechtlichen Verankerung der Koalitionsfreiheit, ihren Funktionen und ihrem mitgliederschaftlichen Bezug ableiten. Eine Herleitung aus europarechtlichen Vorgaben ist hingegen mangels Unionskompetenz nicht möglich. Da das Interesse an einer effektiven Anreizsetzung besteht, erfasst es Differenzierungsklauseln im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag über

⁵²⁴ Vgl. *Greiner*, jM 2022, 461 (468).

gemeinsame Einrichtungen, da diese im Gegensatz zu standardmäßigen Differenzierungsklauseln eine echte Anreizwirkung entfalten würden.⁵²⁵

II. Gegenläufige Interessen

In einem zweiten Schritt sind die Interessen zu bestimmen, die gegen das festgestellte grundsätzliche öffentliche Interesse an der individuellen Allgemeinverbindlicherklärung sprechen können. Besondere Beachtung finden dabei mit der Allgemeinverbindlicherklärung kollidierende Grundrechte.⁵²⁶ Im Rahmen der Bestimmung der gegenläufigen Interessen müssen alle potenziell gegen die konkrete Allgemeinverbindlicherklärung sprechenden Interessen betrachtet werden.

1. Sozialpolitische Schutzfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung

Grundsätzlich stellt der Schutz der nichttarifgebundenen Außenseiter ein wesentliches staatliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung dar. Auch wenn die sozialpolitische Schutzfunktion nicht die Hauptfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung ist,⁵²⁷ ist sie ein Interesse an der Erstreckung von Tarifverträgen, das es im Rahmen der Abwägung zur Bestimmung des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen gilt. Offensichtlich beeinträchtigt die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit den bezweckten Außenseiterschutz, da

⁵²⁵ Zur Effektivität dieser Klauseln im Gegensatz zu standardmäßigen Differenzierungsklauseln vgl. C. III. 1.

⁵²⁶ *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 177.

⁵²⁷ Vgl. C. II. 1. b) aa) (1); insofern anders insbesondere *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 130-131, 216.

er ohne Differenzierung eine größere Wirkung erzielen würde. Die betroffene Leistung soll den Außenseiter gerade nicht erreichen und kann ihn damit zwangsläufig auch nicht „schützen“. Die Wirkung und der Zweck der Differenzierungsklausel laufen der sozialpolitischen Schutzfunktion demnach entgegen. Dies steht einer grundsätzlichen Allgemeinverbindlicherklärung einer Differenzierungsklausel, wie gesehen, jedoch nicht entgegen.⁵²⁸ Denn nach der hier vertretenen Auffassung ist nicht nur die sozialpolitische Schutzfunktion Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, sondern auch der Schutz der Tarifautonomie.⁵²⁹ Gleichzeitig muss die Differenzierungsklausel auch nicht zu einem vollständigen Wegfall der sozialpolitischen Schutzfunktion führen, da die Klausel nur im Rahmen der einzelnen Leistung wirkt und sich daher nicht auf alle Leistungen der gemeinsamen Einrichtung bezieht.⁵³⁰ Es ist daher durchaus denkbar, dass neben der Leistung mit Differenzierungsklausel in anderen Tatbeständen des Tarifvertrages der sozialpolitische Schutz des Außenseiters weiterhin verfolgt wird.

Im Rahmen der Abwägung ist die fehlende sozialpolitische Schutzfunktion der Erstreckung eines Tarifvertrags mit enthaltener Differenzierungsklausel als gegenläufiges Interesse dennoch mit einzubeziehen.

⁵²⁸ Hierzu bereits C. II. 3. a) aa).

⁵²⁹ Siehe C. II. b) bb).

⁵³⁰ Die gleiche Argumentation findet sich bereits bei der Stützung der gemeinsamen Einrichtung als grundsätzliches öffentliches Interesse, D. I. 1. c).

2. Koalitionsfreiheit

Gegenläufige Interessen sind vor allem in der verfassungsrechtlichen Grundlage der Tarifautonomie zu suchen. Es bedarf einer umfassenden Betrachtung aller Aspekte der Koalitionsfreiheit, um die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gemeinsamer Einrichtungen zu bewerten.

a) Negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer

Das Grundgesetz kennt eine negative Koalitionsfreiheit nicht ausdrücklich. In Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG heißt es ausschließlich: „*Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet.*“ Demnach ist einzig die positive Koalitionsfreiheit im Grundgesetz angesprochen. Dennoch besteht inzwischen weitestgehend Einigkeit darüber, dass auch die negative Koalitionsfreiheit als ein sogenanntes „*Fernbleiberecht*“ existiert und durch das Grundgesetz geschützt wird.⁵³¹ Das Fernbleiberecht beschreibt dabei das Recht des Einzelnen, nicht Mitglied einer Koalition zu werden bzw. aus einer Koalition auszutreten, ihr also fernzubleiben. Diskutiert wird jedoch, der Gewährleistungsinhalt sowie die dogmatische Grundlage der negativen Koalitionsfreiheit.

⁵³¹ BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 (367); BAG, Urt. v. 15.04.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 (1393), Rn. 45; BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 34-37; *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 34-35; *Deinert*, RdA 2014, 129 (132); *Höpfner* in: Festschrift Moll, S. 288 (288); *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 40; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 59; *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 113; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 120-121; a.A. *Kempen* in *Kempen/Zachert TVG*, Grundlagen, Rn. 219; vgl. hierzu auch die Ausführung im Rahmen der dogmatischen Einordnung D. II. 2. a) aa) (2).

Typischerweise wird im Rahmen der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln die Frage nach der Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit gestellt. Das BAG führt aus: „*Als Maßstab für die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln gilt die sogenannte „negative Koalitionsfreiheit“, insbesondere der Außenseiter.*“⁵³² Dabei geht es nicht darum, dass die Differenzierungsklauseln den Austritt aus einer Koalition oder das generelle Fernbleiben der Außenseiter verhindern würden. Vielmehr entsprechen Differenzierungsklauseln gerade in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen der freiwilligen Entscheidung der Außenseiter, nicht Teil einer Koalition zu sein und damit auch nicht von deren Regelungen betroffen zu werden. Bei der Prüfung der negativen Koalitionsfreiheit geht es vielmehr darum, dass die Klauseln einen gewissen Druck auf die Außenseiter ausüben, welcher die Entscheidung über den Austritt oder das Fernbleiben beeinflussen kann und damit indirekt die negative Koalitionsfreiheit verletzt werden könnte.

Damit wird die negative Koalitionsfreiheit auch im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Interesses im Sinne von § 5 TVG relevant, sobald die Allgemeinverbindlicherklärung eine Differenzierungsklausel erfasst.

⁵³² Vgl. BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 34; anders insofern *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 43.

aa) Dogmatische Grundlage

(1) Relevanz der Einordnung

Die dogmatische Einordnung der negativen Koalitionsfreiheit wird teilweise als nicht entscheidend bewertet.⁵³³ Doch auch wenn die Existenz der negativen Koalitionsfreiheit als Fernbleiberecht weitestgehend unbestritten ist, muss das existierende Recht in das Grundgesetz eingeordnet und angeknüpft werden, ist dies nicht möglich, kann entgegen der herrschenden Meinung nicht von seiner Existenz ausgegangen werden. Ebenso bedarf eine dogmatisch saubere und strukturierte Prüfung der Einordnung in das bestehenden Normensystem. Es könnten sich einerseits Unterschiede in der Eingriffs- und Rechtfertigungsprüfung ergeben,⁵³⁴ aber insbesondere könnte die Verortung Aufschluss über die Abgrenzung und Gewichtung der negativen Koalitionsfreiheit im Verhältnis zur positiven Koalitionsfreiheit geben.⁵³⁵

(2) Dogmatische Einordnung

Die Einordnung der negativen Koalitionsfreiheit ist strittig, weil das Grundgesetz eine solche Freiheit vom Wortlaut her nicht kennt. Art. 9 Abs. 3 GG normiert, wie gesehen, ausschließlich die positive Koalitionsfreiheit und auch sonst enthält das Grundgesetz keine Aussage über ein „Fernbleiberecht“. Historisch betrachtet, hatte der Parlamentarische Rat die Aufnahme einer solcher Freiheit aber sehr wohl dis-

⁵³³ BAG, Ur. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 35; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 59-60; *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 39.

⁵³⁴ *Deinert*, RdA 2014, 129 (129).

⁵³⁵ So auch *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 126.

kutiert. Thema der Diskussion war, ob dem Art. 9 Abs. 3 GG ein ausdrückliches Verbot des Beitrittszwangs beigefügt werden soll.⁵³⁶ Die ursprüngliche Entwurfsfassung enthielt sogar ein solches Verbot, das jedoch in der zweiten Lesung gestrichen wurde. Ausschlaggebend für diese Änderung dürfte gewesen sein, dass nicht jeder Koalitionszwang unrechtmäßig sein sollte.⁵³⁷ Die positive Koalitionsfreiheit sollte nicht eingengt werden.⁵³⁸

Zunächst erscheint es dennoch nicht abwegig, wenn die negative Koalitionsfreiheit als Pendant zur positiven Koalitionsfreiheit an der gleichen Stelle wie die positive Freiheit verankert wird. Insofern vertreten die höchstrichterliche Rechtsprechung und eine starke Meinung in der Literatur, dass die negative Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG zu finden ist.⁵³⁹ Diese Einordnung beruht auf der Auffassung, dass die

⁵³⁶ Vgl. zur historischen Argumentation mit entsprechenden Nachweisen *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 41-43; *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 55-58; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 382-383; *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite, S. 157-158; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 69-74; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 134-137.

⁵³⁷ Vgl. zur Argumentation mit Verweisen *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 41-43; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 383.

⁵³⁸ Vgl. so auch BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175 (216).

⁵³⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 (112), Rn. 4; BVerfG, Urt. v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 (367); BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175 (213); in neueren Entscheidungen durch das BAG jedoch offengelassen, BAG, Urt. v. 15.04.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 (1393), Rn. 45; BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 34-37; *Bauer/Arnold*, NZA 2005, 1209 (1211); *Bayreuther*, Tarifautonomie, S. 127, 400; *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 80; *Cornils* in: BeckOK Grundgesetz, Art. 9 GG, Rn. 54; *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 387; *Jarass* in: Jarass/Piero, GG, Art. 9, Rn. 36; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 32; *Löwisch/Rieble* in: Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 107; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 39-41; weitere Nachweisen *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 113-117.

negative Koalitionsfreiheit unmittelbar aus der positiven Koalitionsfreiheit abgeleitet werden kann. Die negative Koalitionsfreiheit wird insofern als zwingendes, unbedingt erforderliches Gegenstück zur positiven Koalitionsfreiheit angesehen. Es liegt das grundsätzliche Verständnis vor, dass die Gewährleistung einer positiven Freiheit zwingend voraussetzt, dass gleichzeitig das spiegelbildliche Nicht-Handeln in gleicherweise geschützt ist. Ohne einen solchen Schutz wäre der Betroffene ansonsten zum Handeln gezwungen und es bestünde keine echte Freiheit („Spiegelbild“-Argumentation).⁵⁴⁰ Eine differenzierte Auffassung stellt für die Verortung in Art. 9 Abs. 3 GG nicht auf den grundsätzlichen Zusammenhang zwischen positiven und negativen Freiheitsrechten ab, sondern nimmt vielmehr die positive Koalitionsfreiheit materiellrechtlich in Bezug.⁵⁴¹ Ausgangspunkt für diese Auffassung ist die positive verfassungsrechtliche Gewährleistung, sich in Koalitionen zusammenzuschließen. Der grundgesetzliche Vereinigungs- und Koalitionsbegriff setzt hierfür nach allgemeiner Definition einen freiwilligen Zusammenschluss voraus.⁵⁴² Allein aus dem Merkmal der Freiwilligkeit folge deshalb, dass auch der Nicht-Zusammenschluss geschützt sein muss.⁵⁴³ Auswirkungen der beiden unterschiedlichen Herangehensweisen ergeben sich insbesondere mit Blick auf

⁵⁴⁰ BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175 (215); *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 76; *Schubert*, RdA 2001, 199 (201-202); *Thüsing*, NZA 2006, 473 (474).

⁵⁴¹ *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 357; *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 116.

⁵⁴² BVerfG, Beschl. 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 u.a., BVerfGE 38, 281 (303); *Höfling/Burkiczak* in: Sachs, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 72, 27; *Linßenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 22; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 196; *Winkler* in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 9, Rn. 127.

⁵⁴³ BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175 (213); vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 357; *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 116.

den Gewährleistungsinhalt.⁵⁴⁴ Für die dogmatische Einordnung lassen sich jedoch keine direkten Unterschiede zur Spiegelbild-Argumentation ableiten. Mit Blick auf die enge Verknüpfung der negativen und positiven Koalitionsfreiheit wird aus beiden Argumentationssträngen deshalb gefolgert, dass die negative Freiheit ebenso durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wird.

Der Grundannahme, auf welcher diese Ansichten aufbauen, ist zuzustimmen. Eine positive Freiheit bedarf als Gegenstück einer Freiheit, die entsprechende Handlungsweise nicht auszuüben, ansonsten handelt es sich um keine Freiheit.⁵⁴⁵ Der Begriff „*Freiheit*“ setzt voraus, dass sich der Handelnde frei zu einer Handlung oder gegen diese entscheiden kann. Grundlage hierfür ist das grundrechtliche Freiheitsverständnis sowie die Menschenwürde als oberstes Verfassungsprinzip.⁵⁴⁶ Denn die hieraus abzuleitenden Prinzipien der Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmung (Autonomie) des Einzelnen erfordern es, dass diesem eine Wahlmöglichkeit zwischen den unterschiedlichen Verhaltensweisen garantiert ist.⁵⁴⁷ *Scholz* führt in einer häufig

⁵⁴⁴ Das maßgebliche Stichwort hierfür ist die negative Tarifvertragsfreiheit.

⁵⁴⁵ So auch *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 45-46; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 78; *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9, Rn. 226; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 40; die Annahme, dass es grundrechtsdogmatisch generell einer negativen Seite der Freiheitsrechte bedarf, wird teilweise auch bezweifelt, vgl. hierzu mit Nachweisen *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 56-57.

⁵⁴⁶ Detaillierte Herleitung inklusive weiterer Nachweise bei *Vander Stichelen*, Der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit, S. 93-118; in diese Richtung auch schon mit Bezug zu Art. 9 Abs. 3 GG, *Hölters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden, S. 160; vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 380; zur Bedeutung der Menschenwürde vgl. *Di Fabio*, JZ 2004, 1 (5-6).

⁵⁴⁷ *Vander Stichelen*, Der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit, S. 100-101; 113-114, 115.

in diesem Zusammenhang zitierten Aussage aus: „*Freiheit zum positiven Tun ohne Freiheit zum negativen Tun bedeutet im Ergebnis Zwang zum Tun*“.⁵⁴⁸ Das Zitat verdeutlicht den Zusammenhang zwischen der positiven und der negativen Freiheit, geht in seinem Schluss jedoch zu weit. Denn ohne den grundrechtlichen Schutz der negativen Freiheit, folgt nicht unmittelbar, dass das Nicht-Handeln verboten oder der Betroffene zum Handeln verpflichtet wäre.⁵⁴⁹ Es bestünde allein die Gefahr, dass der Betroffene mit Verhaltensweisen konfrontiert wäre, die ihn zum positiven Handeln drängen, denen er dann aber ohne Schutz ausgeliefert wäre.⁵⁵⁰ Eine solche Situation würde die Wahlmöglichkeit des Einzelnen konterkarieren. Ohne den verfassungsrechtlichen Schutz der negativen Freiheit wäre die Möglichkeit zum Nicht-Handeln demnach nicht umfassend garantiert und geschützt. Deshalb ist die grundsätzliche Existenz der negativen Koalitionsfreiheit im Grundgesetz wie erwähnt auch (richtigerweise) weitestgehend unumstritten.

Aus der Grundannahme lässt sich jedoch nur die grundsätzliche verfassungsrechtliche Existenz der negativen Koalitionsfreiheit ableiten, aus ihr kann weder der Umfang der Freiheit noch deren dogmatische Einordnung abgeleitet werden.⁵⁵¹ Insbesondere ist es mit Blick auf die Grundannahme nicht zwingend erforderlich, die negative Freiheit dort anzusiedeln, wo die positive Freiheit verankert ist. Vielmehr spricht die Herleitung aus der Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmung

⁵⁴⁸ *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 42.

⁵⁴⁹ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 80, 110.

⁵⁵⁰ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 80-81.

⁵⁵¹ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 46; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 80; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 142.

des Einzelnen dafür, die negative Koalitionsfreiheit dort zu verankern, wo auch diese Grundprinzipien angeknüpft werden können. Dieser Anknüpfungspunkt liegt in Art. 2 Abs. 1 GG. Mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG konkretisiert das Grundgesetz die Menschenwürde und legt die Freiheit des Einzelnen der staatlichen Rechtsordnung zu Grunde.⁵⁵² Dabei wird die allgemeine Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG laut ständiger Rechtsprechung des BVerfG umfassend geschützt.⁵⁵³ *Di Fabio* führt insofern aus, dass Art. 2 Abs. 1 GG eine „umfassende, subjektiv-rechtliche Freiheitsgarantie“ darstellt und „einen lückenlosen Grundrechtsschutz sichert.“⁵⁵⁴ Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt jegliches menschliche Verhalten,⁵⁵⁵ insbesondere wird hiervon auch das Nicht-Handeln erfasst.⁵⁵⁶

Zusätzlich erkennt man auf den zweiten Blick, dass auch wenn die negative und positive Koalitionsfreiheit in einem Verhältnis zueinanderstehen, sie nicht lediglich zwei Seiten derselben Medaille sind. Dies wird durch die unterschiedlichen Zweckrichtungen der beiden Freiheiten deutlich.⁵⁵⁷ Die positive Koalitionsfreiheit verfolgt den Zweck der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Dieses Ziel erreicht sie, in dem sie einen Freiraum zur

⁵⁵² *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 1, 2.

⁵⁵³ Grundlage Elfes-Urteil des BVerfG, UrT. v. 16.01.1957 – 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 (36); BVerfG, Beschl. v. 26.10.2005 – 1 BvR 396/98, BVerfGE 114, 371 (383, 384) (stRspr.).

⁵⁵⁴ *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 12.

⁵⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137 (152).

⁵⁵⁶ *Di Fabio* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 12; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 108; *Schmidt* in: ErfK, Art. 2 GG, Rn. 1.

⁵⁵⁷ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 46; *Gamill-scheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 383; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 61; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 131.

autonomen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Koalitionen gewährleistet, in welchem sich der Staat weitestgehend zurückgenommen hat (Tarifautonomie).⁵⁵⁸ Zur Zweckerreichung ist es erforderlich, dass sich die Einzelnen in Koalitionen zusammenschließen, denn die gewährleistete Tarifautonomie kann nur durch das Kollektiv ausgefüllt werden. Dieses Ziel kann und möchte die negative Koalitionsfreiheit nicht fördern. Sie ist auf den Einzelnen allein ausgerichtet und beabsichtigt gerade keine Zielerreichung für die Allgemeinheit.⁵⁵⁹ Vielmehr steht sie der positiven Koalitionsfreiheit diametral entgegen und verwirklicht die eigenverantwortliche Selbstbestimmung des Einzelnen. Es handelt sich um eine „*Freiheitsausübung um der Freiheit willen*.“⁵⁶⁰ Damit widerspricht sie der Zweckrichtung des Art. 9 Abs. 3 GG.

Diese Überlegung steht auch im Einklang mit der grundrechtlichen Systematik. Denn teilweise normiert die Verfassung negative Freiheitskomponenten explizit (etwa in Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 GG das Verbot von Arbeitszwang und Zwangsarbeit) und verdeutlicht damit, dass es die Thematik rund um die negativen Freiheiten kennt und diese lediglich begrenzt normiert.⁵⁶¹ Daher scheint es widersprüchlich, wenn in Art. 9 Abs. 3 GG entgegen dem Wortlaut eine ungeschriebene negative Freiheit angenommen wird. Zusätzlich wurde die Aufnahme der negativen Koalitionsfreiheit in den Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG

⁵⁵⁸ Bereits oben D. I. 2. a).

⁵⁵⁹ Vgl. *Hensche* in: D/H/S/W Arbeitsrecht-Handkommentar, Art. 9 GG, Rn. 42.

⁵⁶⁰ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 86.

⁵⁶¹ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 38; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 63

im parlamentarischen Rat ausführlich diskutiert.⁵⁶² Die damalige Diskussion lässt darauf schließen, dass der historische Verfassungsgeber davon ausging, die negative Freiheit wird nicht schon konkludent durch die normierte positive Freiheit festgelegt.⁵⁶³ Dennoch hat man sich gegen die Aufnahme der negativen Seite entschieden.

Etwas anderes lässt sich auch nicht aus der Anknüpfung an das Merkmal des freiwilligen Zusammenschlusses als Voraussetzung der positiven Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG herleiten.⁵⁶⁴ Das Merkmal definiert den Schutzbereich der positiven Koalitionsfreiheit. Aus ihm kann hingegen kein subjektives Recht auf eine negative Freiheit abgeleitet werden.⁵⁶⁵ Es verdeutlicht vielmehr den grundsätzlichen Zusammenhang zwischen der positiven und negativen Koalitionsfreiheit. Hinzu kommt, dass das Merkmal „freiwillig“ selbst Produkt der Verfassungsauslegung ist, es findet keinen direkten Widerhall im Wortlaut des Grundgesetzes. Es entspringt dem oben angesprochenen Erfordernis unterschiedlicher Handlungsmöglichkeiten, da ohne einen freiwilligen Zusammenschluss keine echte Freiheit bestünde.⁵⁶⁶ Das Merkmal bietet damit jedoch auch keine weitergehenden Erkenntnisse, als die ohnehin schon abgeleitete Notwendigkeit einer solchen

⁵⁶² Vgl. oben mit entsprechenden Nachweisen zur historischen Diskussion, D. II. 2. a) aa) (2).

⁵⁶³ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 42-43; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 383.

⁵⁶⁴ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 147-148; a.A. BAG, Beschl. v. 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175 (213); vgl. *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 357; *Mayer*, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 116.

⁵⁶⁵ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 48-49; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 100-101; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 147-148.

⁵⁶⁶ Vgl. auch *van Laak/Reufels* in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, § 74 Koalitionsrecht, Rn. 5.

negativen Freiheit. Aus der Begrenzung des Schutzbereichs der positiven Koalitionsfreiheit auf freiwillige Zusammenschlüsse lässt sich damit insbesondere keine Aussage über den Standort der negativen Koalitionsfreiheit entnehmen.⁵⁶⁷

Die besseren Argumente sprechen damit dafür, die negative Koalitionsfreiheit, im Einklang mit Stimmen in der Literatur, als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit anzusehen.⁵⁶⁸ Sie ist dort anzusiedeln, wo ihr Zweck liegt, in der Gewährleistung der verfassungsrechtlichen Freiheit und Selbstbestimmung.

(3) Verfassungsrechtlicher Wertungsunterschied

Wesentlich unterstützt wird diese Einordnung durch den bestehenden verfassungsrechtlichen Wertungsunterschied zwischen der positiven und negativen Koalitionsfreiheit. Der Wertungsunterschied verdeutlicht zusätzlich, warum die oben aufgezeigten Unterschiede der beiden Freiheiten zu erarbeiten sind.

Es existiert keine Rangordnung der Grundrechte und damit auch kein genereller Wertungsunterschied oder eine Abstufung im Verhältnis der Grundrechte untereinander.⁵⁶⁹ Eine Kollision zwischen zwei Grundrechten ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch

⁵⁶⁷ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 48; *Leventis*, Differenzierungsklausel nach GG und TVG, S. 46.

⁵⁶⁸ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 52-55; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 381-386; *Hölters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden, S. 159-161; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 110-111; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 150-151.

⁵⁶⁹ BAG, Urt. v. 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, BAGE 144, 1 (20), Rn. 52; *Hufen*, Staatsrecht II, § 4, Rn. 6; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 86-87; *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9, Rn. 226.

Abwägung bzw. im Wege der praktischen Konkordanz aufzulösen.⁵⁷⁰ Dennoch muss im Rahmen des Ausgleichs der unterschiedlichen Grundrechte die Werteentscheidung des Grundgesetzes berücksichtigt werden.⁵⁷¹ Denn die Grundrechte als Werte entspringen der sozialen Gesellschaftsordnung und dienen hier als sicherer Grundkonsens. Doch auch in der sozialen, gesellschaftlichen Vorstellung haben die einzelnen Werte eine unterschiedliche Relevanz.⁵⁷² Damit wird auch die Abwägung zwischen Grundrechten im Einzelfall in begrenztem Maße durch abstrakte Wertungen vorab beeinflusst. Zwar schreibt das Grundgesetz kein abstraktes Rangverhältnis vor, es schließt eine differenzierte Gewichtung und damit eine abstrakte Abstufung der Grundrechte aber auch nicht aus.⁵⁷³ Die Auffassung, eine abstrakte Wertung der Verfassung existiere nicht, steht dabei im Widerspruch dazu, dass einzelnen Grundrechten richtigerweise eine besondere Bedeutung zugesprochen wird.⁵⁷⁴ So wird die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG etwa zu den „*unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens*“ gezählt und durch das BVerfG als „*eines der vornehmsten Menschenrechte*“ bezeichnet.⁵⁷⁵ Weiter bezeichnet das BVerfG das dem Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG entspringende Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als einen Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung⁵⁷⁶ und betont dessen Stellenwert damit ausdrücklich, ohne dass sich

⁵⁷⁰ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1, Rn. 53; Leydecker, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 87.

⁵⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 01.03.1978 – 1 BvR 333/75 u.a., BVerfGE 47, 327 (369, 370).

⁵⁷² Vgl. zu sozialen Werten *Di Fabio*, JZ 2004, 1 (3).

⁵⁷³ Gleicher Gedanke zur Schweizer Verfassung *Uffer*, Die Grundrechtskollision, S. 165.

⁵⁷⁴ So zur Schweizer Verfassung *Uffer*, Die Grundrechtskollision, S. 165.

⁵⁷⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81 u.a., BVerfGE 69, 315 (344).

⁵⁷⁶ BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118 (139).

diese Präferenz im Verhältnis zu anderen grundrechtlichen Gewährleistungen aus dem Verfassungstext selbst ableiten ließe.⁵⁷⁷ Es wird somit deutlich, dass auch im Rahmen der Einzelfallabwägung abstrakte Wertungen eine Rolle spielen und diese Wertungen Teil der verfassungsrechtlichen Ordnung sind. Besonders deutlich wird die abstrakte Gewichtung, wenn man sich Extremfälle vor Augen führt. So würde man allein mit Blick auf die abstrakten Werte der jeweiligen Rechte nicht auf die Idee kommen, das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, aufgrund der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einzuschränken.⁵⁷⁸

Dass das Grundgesetz einen abstrakten Wertungsunterschied zwischen den einzelnen Grundrechten beinhaltet, bedeutet umgekehrt jedoch nicht, dass eine Einzelfallabwägung entbehrlich wird. Nur weil einem Grundrecht grundsätzlich eine abstrakt höhere Bedeutung zuerkannt wird, kann nicht jede Beeinträchtigung allein aufgrund dieser abstrakten Wertung gerechtfertigt sein. Eine Einzelfallabwägung, die das Gewicht der verfolgten Interessen und die Schwere des Eingriffs berücksichtigt, bleibt weiter erforderlich. Es bedarf damit auch bei einem Aufeinandertreffen der positiven und negativen Koalitionsfreiheit einer Beurteilung nach der allgemeinen Grundrechtsdogmatik.⁵⁷⁹

Im Rahmen der Abgrenzung der hier relevanten positiven und negativen Koalitionsfreiheit, hat sich die Verfassung mit der ausdrücklichen

⁵⁷⁷ Siehe hierzu *Herdegen*, JZ 2004, 873 (877).

⁵⁷⁸ Beispiel von *Herdegen*, JZ 2004, 873 (877).

⁵⁷⁹ *Jacobs* in: Festschrift Bauer, S. 479 (487); *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 154.

Festlegung der positiven Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG und der Gewährleistung der Tarifautonomie als Freiraum zur Ausgestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dafür entschieden, den Zusammenschluss in Koalition besonders hervorzuheben und mit weitergehenden Rechten auszustatten.⁵⁸⁰ Durch den bewussten Verzicht auf die Normierung der negativen Koalitionsfreiheit bringt die Verfassung zum Ausdruck, dass sie die Existenz und Beteiligung in Koalitionen anders wertet als deren Nichtexistenz und das Fernbleiben.⁵⁸¹ Dies steht auch im Einklang mit dem historischen Ursprung der Koalitionsfreiheit. Denn allein die positive Koalitionsfreiheit war historisch umkämpft und ist dementsprechend zum Grundrecht gewachsen.⁵⁸² Die Diskussion um die negative Koalitionsfreiheit tritt dagegen erst mit der Garantie der positiven Freiheit auf und ist damit ein Produkt der verfassungsrechtlichen Freiheitsgewährleistung.⁵⁸³ Auch insofern scheint also eine systematische Trennung der positiven von der negativen Koalitionsfreiheit konsequent und erforderlich.

⁵⁸⁰ Vgl. *Schubert*, ZTR 2011, 579 (581); vgl. insofern auch mit den unterschiedlichen Schranken der Grundrechte argumentierend *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 108-109.

⁵⁸¹ *Hensche* in: D/H/S/W, Arbeitsrecht-Handkommentar, Art. 9 GG, Rn. 42; *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 43-44; insofern im Rahmen der abstrakten Unterscheidung zwischen negativer und positiver Freiheit ablehnend *Vander Stichelen*, Der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit, S. 293-295.

⁵⁸² *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 39-41; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 64.

⁵⁸³ Vgl. *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 39-41; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 64.

bb) Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit

Die Prüfungsstruktur der negativen Koalitionsfreiheit bleibt häufig konturlos und unpräzise.⁵⁸⁴ Es gilt unter Beachtung der allgemeinen Grundrechtsdogmatik strikt zwischen dem Eingriff in den Schutzbereich der Freiheit und einer sich hieran gegebenenfalls anschließenden Rechtfertigung zu unterscheiden.

(1) Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit

Für den Sonderfall der Bestimmung des öffentlichen Interesses im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG ist es entscheidend festzustellen, ob die einfache Differenzierungsklausel im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gemeinsamer Einrichtungen überhaupt in der Lage ist, in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit einzugreifen. Insofern gilt es zu klären, ob sich Unterschiede im Vergleich zur generellen Bewertung von einfachen Differenzierungsklauseln ergeben. Grundsätzlich sind diese nach Einschätzung des BAG schon strukturell nicht in der Lage, die negative Koalitionsfreiheit zu verletzen.⁵⁸⁵ Denn den Außenseitern steht es offen, die tarifvertragliche Differenzierung individualvertraglich zu umgehen. Die einfache Differenzierungsklausel übt somit keinen weitergehenden Druck als jede andere tarifvertragliche Klausel aus.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ *Jacobs* in: Festschrift Bauer, S. 479 (488); *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, S. 39.

⁵⁸⁵ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032, 1033), Rn. 34, 47.

⁵⁸⁶ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1034), Rn. 54, 55.

Zunächst gilt es zu bestimmen, ab wann man von einem Eingriff in das durch die negative Koalitionsfreiheit geschützte Fernbleiberecht ausgehen kann und im Anschluss daran, ob die Sonderkonstellation zu anderen Ergebnissen als im Standardtarifvertrag führt.

(a) Maßstab eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit

Die Rechtsprechung stellt zur Bestimmung eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit auf eine Abgrenzung zwischen Beitrittszwang bzw. unzulässigem Beitrittsdruck und bloßem Anreiz zum Beitritt ab.⁵⁸⁷ Dabei liegt ein unzulässiger Beitrittsdruck nach dem BVerfG dann vor, wenn die Entschließungsfreiheit des Außenseiters „*fühlbar beeinträchtigt*“ ist.⁵⁸⁸ Grundsätzlich ist dem insofern zuzustimmen, als dass ein Zwang zum Beitritt oder gar eine Zwangsgliedschaft in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter, aufgrund der verkürzten Selbstbestimmung der Betroffenen, eingreift. Denn wie festgestellt, verfolgt die negative Koalitionsfreiheit den Schutz der Selbstbestimmung und freien Entfaltung des Einzelnen. Bei einem Zwang zum Beitritt ist eine selbstbestimmte Entscheidung jedoch nicht mehr möglich. Die Unterscheidung zwischen Zwang oder unzulässigem Druck und bloßem Anreiz ist jedoch vage und letztendlich nicht sicher bestimmbar.⁵⁸⁹ Insofern führt das BAG selbst aus: „*Eine allgemein akzeptierte abstrakte Grenze zwischen dem, was*

⁵⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 (112), Rn. 4; BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 37; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9, Rn. 46.

⁵⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 20.07.1971 – 1 BvR 13/69, BVerfGE 31, 297 (302); *Jacobs* spricht von einer Intensität des Zwangs, die den freien Willen beugt und damit über einen bloßen Anreiz hinaus geht, vgl. *Jacobs* in: Festschrift Bauer, S. 479 (488).

⁵⁸⁹ So auch, aber im Ergebnis mit anderer Schlussfolgerung, *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 58.

noch zulässiger Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt ist, und dem, was als unzulässiger Druck oder gar Zwang zu solchem Verhalten anzusehen ist, ist nicht zu erkennen.“⁵⁹⁰

Die Literatur versucht sich an der Konkretisierung des Abgrenzungsmaßstabs, indem sie die Grenze des zulässigen Beitrittsdruck in ein Verhältnis zu den Gewerkschaftsbeiträgen setzt, die ein Tarifmitglied zu zahlen hat.⁵⁹¹ Hierfür wird der ökonomische Vorteil der tarifvertraglichen Leistung mit dem zu zahlenden Gewerkschaftsbeitrag verglichen. Doch auch diese monetär gezogene Vergleichsgrenze bleibt am Ende beliebig.⁵⁹² Dies zeigt sich schon in den bereits in der Diskussion unterschiedlich gezogenen Grenzhöhen: Teilweise wird ein Eingriff ab dem durchschnittlichen Gewerkschaftsbeitrag⁵⁹³, teilweise ab dem doppelten Gewerkschaftsbeitrag⁵⁹⁴, angenommen. Zur Bewertung von Differenzierungsklauseln wird dabei teilweise auf eine zweistufige Prüfung abgestellt.⁵⁹⁵ In einem ersten Schritt wird bewertet, ob die Klausel strukturell in der Lage ist, einen Beitrittsdruck zu erzeugen. Auf zweiter Stufe wird dann die quantitative Abgrenzung durch

⁵⁹⁰ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1032), Rn. 38; so auch *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 128.

⁵⁹¹ Stellv. *Jacobs* in: Festschrift Bauer, S. 479 (490); *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 154-157; *Kamanabrou* in: Festschrift Kreutz, S. 197 (207); ansonsten wäre das Kriterium nicht praktikabel, *Höpfner* ZfA 2020, 178 (202).

⁵⁹² Vgl. *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 63; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 128.

⁵⁹³ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 156; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 142.

⁵⁹⁴ *Greiner*, DB 2009, 398 (402); *Kamanabrou* in: Festschrift Kreutz, S. 197 (207); *Kocher*, NZA 2009, 119 (124); *Schubert*, ZTR 2011, 579 (581).

⁵⁹⁵ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1033-1034), Rn. 46-48; *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 138-143; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 45-47.

Vergleich des monetären Nachteils mit dem Gewerkschaftsbeitrag versucht. Unklar bleibt dennoch, warum ab der dann jeweils gewählten Grenze ein rechtfertigungsbedürftiger Druck und damit ein Eingriff vorliegen soll oder zumindest vorliegen kann.⁵⁹⁶

Gänzlich unbestimmbar wird diese Art der Abgrenzung jedoch, wenn man gewerkschaftliche Vorteile in den Blick nimmt, die sich nicht konkret beziffern lassen.⁵⁹⁷ Ein besonderer Kündigungsschutz, die Portabilität von Urlaubsansprüchen innerhalb der Branche oder eine Aus- und Weiterbildungseinrichtung lassen sich nicht einfach in ihrem monetären Vorteil mit dem Gewerkschaftsbeitrag vergleichen. Insbesondere dürfte der Wert der jeweiligen Leistung individuell stark schwanken und eine Bestimmung damit vor zusätzliche Hürden stellen.⁵⁹⁸ Der Wert einer solchen Leistung wird maßgeblich von der persönlichen Überzeugung und den konkreten Lebensumständen des betroffenen Außenseiters abhängen. Diese nicht bezifferbaren Leistungen sind jedoch gerade diejenigen Leistungen, die hier in den Blick geraten. Denn insbesondere solche Ansprüche und Leistungen werden häufig mithilfe von gemeinsamen Einrichtungen vereinbart. Damit erweist sich das von der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung aufgestellte Kriterium gerade für die hier relevante Sonderfrage als unpraktikabel. Aber auch bei der Bewertung von üblichen monetären Leistungen im Standardtarifvertrag bleibt die Abgrenzung vage und unbestimmbar.

⁵⁹⁶ *Jacobs* in: Festschrift Bauer, S. 479 (491).

⁵⁹⁷ Vgl. hierzu auch *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 112-113; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 156.

⁵⁹⁸ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 156; vgl. auch *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 63.

Mit Blick auf die Verortung der negativen Koalitionsfreiheit als Teil der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und ausgehend von ihrer Zweckrichtung, die Freiheit und Selbstbestimmung des Einzelnen zu schützen, sollten Eingriffe in die negative Koalitionsfreiheit danach bewertet werden, welche Handlungsmöglichkeiten dem Außenseiter verbleiben.⁵⁹⁹ Sofern, trotz des potenziellen Eingriffs, weitere Handlungsmöglichkeiten zur Erreichung desselben Ziels offenstehen, liegt ein Eingriff nicht vor.⁶⁰⁰ Die Grenze kann deshalb allein dort gezogen werden, wo es dem Außenseiter durch die Klausel rechtlich unmöglich wird, den tarifvertraglich vereinbarten Vorteil individualvertraglich zu erlangen und er somit zum Eintritt in die Koalition gezwungen wird.⁶⁰¹ Soweit es ihm rechtlich grundsätzlich möglich bleibt, einen vergleichbaren Vorteil auch individuell mit seinem Vertragspartner zu vereinbaren, liegt kein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vor. Ein rein faktischer Druck zum Beitritt und damit auch die Höhe des tariflichen Vorteils sind auf Ebene des Eingriffs nicht relevant.⁶⁰² Denn zur Gewährleistung der individuellen Freiheit gehört es auch, mit den Konsequenzen der eigenen Entscheidung zu leben.⁶⁰³ Diese Konsequenzen können dabei auch negativ behaftet sein. Denn der Schutz der

⁵⁹⁹ Zum Zweck der negativen Koalitionsfreiheit und ihre Anknüpfung an den Freiheitsbegriff des Grundgesetzes D. II. 2. a) aa) (2).

⁶⁰⁰ *Pionteck* spricht insofern in Anlehnung an das BAG von einem strukturellen Druck der Klausel, vgl. *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 138-141.

⁶⁰¹ *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 8. Auflage, Einleitung, Rn. 129; dieser vertritt in der aktuellen Auflage eine abgeschwächte Ansicht, vgl. *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 129; vgl. Ausführungen mit Bezug zu Differenzierungsklauseln *Frieling* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 1 TVG, Rn. 181.

⁶⁰² *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 8. Auflage, Einleitung, Rn. 129; dieser vertritt in der aktuellen Auflage eine abgeschwächte Ansicht, vgl. *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 129.

⁶⁰³ So auch *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 107-108.

individuellen Freiheit umfasst nicht, von Nachteilen des eigenen Handelns verschont zu bleiben.⁶⁰⁴ Insbesondere kann die negative Koalitionsfreiheit nicht davor schützen, dass der Einzelne arbeitsvertragliche Vorteile individualvertraglich schlechter erreichen kann als in einer Koalition. Denn das ist gerade die Konsequenz der Entscheidung, von der negativen Koalitionsfreiheit Gebrauch zu machen.⁶⁰⁵ Durch den Zusammenschluss in Koalition soll es Arbeitnehmern ermöglicht werden, das strukturelle Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszugleichen. Wenn sich der Arbeitnehmer aber gegen den Zusammenschluss entscheidet, muss er mit dem Ungleichgewicht leben und dessen Folgen akzeptieren. Gleichzeitig schafft der kollektive Zusammenschluss Möglichkeiten, die den Arbeitsvertragsparteien nicht eröffnet sind. Doch auch hierbei handelt es sich um eine Konsequenz der freien Entscheidung des Außenseiters.

Damit kommt es auf Ebene der Eingriffsprüfung allein darauf an, welche rechtlichen Möglichkeiten dem Außenseiter verbleiben.

(b) Anwendung des Maßstabs

Unter Anwendung des Maßstabs der Rechtsprechung geht die herrschende Meinung davon aus, dass einfache Differenzierungsklauseln in Standardtarifverträgen nicht in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit eingreifen, da sie lediglich zum Ausdruck bringen, was sowieso schon durch §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG rechtlich

⁶⁰⁴ *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 108.

⁶⁰⁵ *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 8. Auflage, Einleitung, Rn. 129; dieser vertritt in der aktuellen Auflage eine abgeschwächte Ansicht, vgl. *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 129; *Kamanabrou* in: Festschrift Kreutz, S. 197 (209); *Frieling* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 1 TVG, Rn. 181.

festgelegt wurde.⁶⁰⁶ Sie seien daher schon strukturell nicht in der Lage, einen unzulässigen Beitrittsdruck zu erzeugen.⁶⁰⁷ Sie wirken aufgrund des tarifvertraglichen Geltungsbereichs und ihrer Ausgestaltung grundsätzlich allein für die tarifgebundenen Mitglieder der Koalitionen.⁶⁰⁸ Anders ausgedrückt, lassen sie dem Außenseiter rechtlich die Möglichkeit, den Vorteil auch individualvertraglich auszuhandeln und sind damit nicht in der Lage, seine Freiheit zu beschränken. Die Rechtsprechung beschreibt damit den soeben aufgestellten Eingriffsmaßstab, auch wenn sie ihn so nicht definiert. Auch hier gilt es dementsprechend zu bewerten, welche rechtlichen Möglichkeiten dem Außenseiter verbleiben.

Innerhalb der Regelungen der gemeinsamen Einrichtungen ist der faktische Beitrittsdruck regelmäßig höher als im Standardtarifvertrag. Denn der tarifvertraglich vereinbarte Vorteil ist individualvertraglich oftmals schwer oder gar nicht erreichbar, da er den einzelnen Arbeitgeber entweder finanziell überfordert oder er schon aus der Natur des Anspruchs heraus (wenn man beispielsweise die Portabilität von Urlaubsansprüchen in der Baubranche in den Blick nimmt, welche über eine Urlaubskasse gewährleistet wird) vom einzelnen Arbeitgeber allein nicht erbracht werden kann. Zusätzlich ist die individualvertragliche Bezugnahme Klausel im Rahmen von gemeinsamen Einrichtun-

⁶⁰⁶ Mit weiteren Nachweisen *Jacobs* in: Festschrift Bauer, S. 479 (488-489).

⁶⁰⁷ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1033-1034), Rn. 46-48.

⁶⁰⁸ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1033-1034), Rn. 47-50.

gen ausgeschlossen, wodurch eine einfache Übernahme der Ansprüche erschwert wird.⁶⁰⁹ Es handelt sich jedoch ausschließlich um faktische und nicht um rechtliche Hindernisse. Es bleibt den Arbeitsvertragsparteien individualvertraglich möglich, eine entsprechende Leistung zu vereinbaren. Die Differenzierungsklausel hindert sie hieran rechtlich nicht. Dass sie hierzu faktisch nicht in der Lage sind, ist eine Folge ihrer Entscheidung, allein zu verhandeln. Diese Einschätzung ändert sich auch durch die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags und die in dieser enthaltenen Differenzierungsklausel nicht. Die Allgemeinverbindlicherklärung erweitert lediglich den Geltungsbereich des entsprechenden Tarifvertrags und bewirkt keinerlei inhaltliche Änderung. Vielmehr stellt eine für allgemeinverbindlich erklärte Differenzierungsklausel die Anreizwirkung des ursprünglichen Tarifvertrags wieder her, welche durch die allgemeine Gültigkeit des Tarifvertrags regelmäßig verloren geht.⁶¹⁰ Die Klausel greift damit auch nach deren Allgemeinverbindlicherklärung nicht weiter in das Austauschverhältnis von Arbeitgeber und Außenseiter-Arbeitnehmer ein als das TVG in den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG.

Demnach ändert sich trotz der vorliegenden Sonderkonstellation und eines differenzierten Eingriffsmaßstabs grundsätzlich nichts an der Einschätzung der Rechtsprechung und herrschenden Meinung hinsichtlich einfacher Differenzierungsklauseln. Die Klauseln können auch in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Ein-

⁶⁰⁹ Vgl. C. III. 1.

⁶¹⁰ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 156-157.

richtungen aufgrund ihrer Wirkungsweise nicht in die negative Koalitionsfreiheit von Außenseitern eingreifen. Auf die inhaltliche Ausgestaltung der Klausel kommt es bei dieser Bewertung deshalb nicht an.

(2) Exkurs: Rechtfertigung eines Eingriffs

Die Verortung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG bietet die Möglichkeit, die getroffene verfassungsrechtliche Wertung im Rahmen der Grenzen aus Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Denn die allgemeine Handlungsfreiheit kann unter anderem bereits aus Gründen der verfassungsmäßigen Ordnung eingeschränkt werden (Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG).⁶¹¹ Im Rahmen einer etwaigen Rechtfertigung gilt es dann auch die Intensität des jeweiligen rechtlichen Beitrittszwangs zu betrachten und den Eingriff entsprechend mit den widerstreitenden Grundrechten in Einklang zu bringen.

cc) Negative Tarifvertragsfreiheit

Bezüglich des Gewährleistungsinhalts wird diskutiert, ob die negative Koalitionsfreiheit neben dem Fernbleiberecht auch die sogenannte „negative Tarifvertragsfreiheit“ miterfasst.⁶¹² Die Diskussion dreht sich darum, ob dem Außenseiter zusätzlich ein Recht zusteht, von der Wirkung tariflicher Abreden verschont zu bleiben, da er diese nicht mitgliedschaftlich legitimiert hat.⁶¹³

⁶¹¹ Leydecker, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 88-89 (die relevante Anmerkung befindet sich dort in Fußnote 128).

⁶¹² Vgl. zur Diskussion mit weiteren Nachweisen, Deinert, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 54; Deinert, RdA 2014, 129 (132-133); Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit, S. 48-51; Höpfner, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 360-361; Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 121.

⁶¹³ Deinert, RdA 2014, 129 (132-133); Höpfner, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, S. 360-361; Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 121.

Dass die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen grundsätzlich zulässig ist und die negative Koalitionsfreiheit dieser nicht entgegensteht, ist anerkannt.⁶¹⁴ Selbst dann, wenn man einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit annehmen wollte, könnte ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung im Sinne von § 5 TVG zur grundsätzlichen Rechtfertigung des Eingriffs führen.⁶¹⁵ Für die Frage nach der Zulässigkeit von (einfachen) Differenzierungsklauseln in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen entfaltet die Diskussion um die negative Tarifvertragsfreiheit keine direkte Relevanz und kann daher offengelassen werden. Vielmehr würde eine Differenzierungsklausel innerhalb des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags im Einklang mit der negativen Tarifvertragsfreiheit des Außenseiter-Arbeitnehmers stehen, da der Außenseiter in geringerem Maße von tarifvertraglichen Regelungen betroffen wäre als ohne die Differenzierungsklausel. Ein potenzieller Eingriff wäre mit Blick auf die negative Tarifvertragsfreiheit somit leichter zu rechtfertigen.

b) Positive Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten

In Bereichen, in denen mehrere Koalitionen miteinander konkurrieren, ist die positive Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten zu beachten. Die Wirkung einer Allgemeinverbindlicherklärung kann auch diejenigen Arbeitnehmer und Arbeitgeber erfassen, die zwar Mitglied einer Koalition sind, diese Koalition aber nicht zu den Tarifvertragsparteien

⁶¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.05.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (352).

⁶¹⁵ In dieselbe Richtung, aber mit anderem Verständnis hinsichtlich des öffentlichen Interesses, *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 307-308.

des durch Allgemeinverbindlicherklärung zu erstreckenden Tarifvertrages gehört.⁶¹⁶ Ohne auf die besondere Konstellation der Differenzierungsklausel innerhalb gemeinsamer Einrichtungen einzugehen, stellt sich bereits grundsätzlich die Frage nach der Auflösung des Zusammentreffens von tarifautonom geltenden Tarifverträgen mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen. Denn sobald Tarifverträge im gleichen Geltungsbereich inhaltlich die gleichen Regelungsbereiche erfassen, bedarf es einer zwingenden Auflösung des Konkurrenzverhältnisses. Treffen zwei Tarifverträge mit gleichem Geltungsbereich und sich überschneidenden Regelungsbereichen in einem Arbeitsverhältnis aufeinander, spricht man von Tarifkonkurrenz.⁶¹⁷ Durch die erstreckende Wirkung der Allgemeinverbindlicherklärung besteht die Möglichkeit einer solchen Konkurrenz zu anderen Tarifverträgen in erhöhtem Maße. Auch beim Zusammentreffen mit allgemeinverbindlichen Tarifverträgen gelten dabei die allgemeinen Grundsätze, ein genereller Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags besteht nach herrschender Meinung nicht.⁶¹⁸ Der „räumlich, betrieblich, fachlich

⁶¹⁶ Vgl. mit weiteren Nachweisen *Waltermann*, RdA 2018, 137 (148).

⁶¹⁷ Vgl. die Definition BAG, Urt. v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 (1078), Rn. 75; BAG, Urt. Beschl. v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03, NZA 2005, 697 (704); *Franzen* in: ErfK, § 4a TVG, Rn. 29; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 627; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (148); *Zwanziger/Däubler* in: Däubler TVG, § 4a, Rn. 14, 18.

⁶¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7 (24); BAG, Urt. v. 15.11.2006 – 10 AZR 665/05, NZA 2007, 448 (450), Rn. 20; *Forst* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 5 TVG, Rn. 144; *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 5; *Giesen* in: BeckOK ArbR, § 5 TVG, Rn. 27; *Giesen*, ZfA 2008, 355 (358-361); *Henssler* in: HWK, § 5 TVG, Rn. 35; *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 206; die a.A. geht von einem generellen Vorrang von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen aus, *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 264.

und persönlich“ speziellere Tarifvertrag geht im Einzelfall vor (Spezialitätsgrundsatz).⁶¹⁹ Regelmäßig wird das der tarifautonome Tarifvertrag und nicht der allgemeinverbindliche Tarifvertrag sein,⁶²⁰ ein Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit scheidet dann aus. Insofern sind jedoch allgemeinverbindliche gemeinsame Einrichtungen nach § 5 Abs. 1a TVG privilegiert. Eine solche Allgemeinverbindlicherklärung verdrängt nach § 5 Abs. 4 S. 2 TVG konkurrierende Tarifverträge. Hierin liegt zwar ein Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten, der jedoch durch die in § 5 Abs. 1a TVG genannten Voraussetzungen und das besondere Interesse der Sicherung der Funktionsfähigkeit einer solchen gemeinsamen Einrichtung regelmäßig gerechtfertigt ist.⁶²¹

Wenn dagegen lediglich der Arbeitgeber an zwei konkurrierende Tarifverträge gebunden ist und die Konkurrenz damit nicht im einzelnen Arbeitsverhältnis, sondern im Betrieb vorliegt, so spricht man von Tarifpluralität.⁶²² Eine Tarifpluralität muss nicht aufgelöst werden, die Tarifverträge können nach Rechtsprechung des BAG nebeneinander bestehen.⁶²³ § 4a Abs. 2 TVG, der eine gesetzliche Regelung zur Auflösung einer Tarifikollision enthält, findet nach seinem eindeutigen

⁶¹⁹ BAG, Urt. v. 23.03.2005 – 4 AZR 203/04, NZA 2005, 1003 (1004); *Bayreuther* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 136; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 173; *Forst* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 5 TVG, Rn. 144; *Henssler* in: HWK, § 5 TVG, Rn. 35; *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 207; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 628, 631.

⁶²⁰ *Forst* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, § 5 TVG, Rn. 144; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (149).

⁶²¹ *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 48, 206.

⁶²² BAG, Urt. v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 (1070, 1071), Rn. 14, 21; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (150).

⁶²³ BAG, Urt. v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 (1071), Rn. 21; *Waltermann*, RdA 2018, 137 (150).

Wortlaut auf eine Bindung aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung keine Anwendung.⁶²⁴

Ein generelles Hindernis für die Allgemeinverbindlicherklärung wird damit auch in der Beeinträchtigung der Andersorganisierten prinzipiell nicht gesehen. Doch verwirklicht sich in der Anwendung der Konkurrenzgrundsätze ein Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten, denn es besteht die Gefahr, dass ihr tarifautonom vereinbarter Tarifvertrag nicht angewandt wird, obwohl eine beiderseitige Tarifbindung besteht. Zumindest die tatsächliche Verdrängung des Tarifvertrags stellt dann einen Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten dar.⁶²⁵ Die Möglichkeit eines solchen Eingriffs ist in der Bewertung und Abwägung des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen, er verhindert die Allgemeinverbindlicherklärung jedoch nicht. Denn der potenzielle Eingriff kann im Einzelfall durch das öffentliche Interesse an der Erstreckung gerechtfertigt werden. An dieser grundsätzlichen Einschätzung ändert auch der Sonderfall einer Differenzierungsklausel innerhalb des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags einer gemeinsamen Einrichtung nichts.

Damit es zu einer Tarifkonkurrenz kommt, müssen die beiden Tarifverträge neben dem gleichen Geltungsbereich auch hinsichtlich ihres Regelungsbereichs kollidieren.⁶²⁶ In dem hier zu beurteilenden Son-

⁶²⁴ *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 206; *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 631.

⁶²⁵ *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 173; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 58-59, 237-238; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 309.

⁶²⁶ Vgl. die Definition zur Tarifkonkurrenz BAG, Urt. v. 07.07.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 (1078), Rn. 75; BAG, Urt. Beschl. v. 14.12.2004 – 1 ABR 51/03,

derfall wird es aufgrund der Art der Leistungen, die durch gemeinsame Einrichtungen erbracht werden, oftmals erforderlich sein, dass zwei gemeinsame Einrichtungen miteinander kollidieren.⁶²⁷ Da bereits das Rechtsinstitut der gemeinsamen Einrichtung an sich selten ist, ist die Kollision zweier vergleichbarer gemeinsamer Einrichtungen in der Praxis kaum relevant.⁶²⁸ Selbst, wenn ein solcher Ausnahmefall oder eine Konkurrenz zum Regelungsbereich eines einfachen Tarifvertrags vorliegen sollte, dürfte der jeweils betroffene Personenkreis der Andersorganisierten klein sein. Es wird sich daher regelmäßig kein starkes gegenläufiges Interesse aus der positiven Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten ableiten lassen. Eine pauschale Bewertung verbietet sich jedoch, es muss der jeweilige Einzelfall betrachtet werden.

Sofern es im Einzelfall zu einer nicht zu rechtfertigenden Beeinträchtigung der positiven Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten kommen sollte, kann das BMAS diese von der Allgemeinverbindlicherklärung ausnehmen. Im Gegensatz zum materiellen Inhalt des Tarifvertrages steht der künftige Geltungsbereich des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages im Ermessen des BMAS.⁶²⁹ Durch die Anpassung des Geltungsbereichs greift das BMAS nicht in das tarifvertragliche Austauschverhältnis ein und ein Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit kann ausgeschlossen werden. Die Allgemeinverbindlicherklärung

NZA 2005, 697 (704); *Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 627; *Zwanziger/Däubler* in: *Däubler TVG*, § 4a, Rn. 18.

⁶²⁷ Vgl. *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 80.

⁶²⁸ *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 70; *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 80.

⁶²⁹ *Giesen*, ZfA 2008, 355 (360-361); nach hier vertretener Auffassung können einzelne tarifvertragliche Klauseln nicht von der Erstreckung ausgenommen werden, vgl. C. II. 3. a).

des Tarifvertrages scheitert daher nicht an der positiven Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten.

c) Kollektive Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalition

Die Koalitionsfreiheit wird von der herrschenden Meinung als „*Doppelgrundrecht*“ eingestuft, da sie neben dem individualrechtlichen Schutz, auch ein kollektivrechtliches Freiheitsrecht gewährleistet.⁶³⁰ Als kollektive Koalitionsfreiheit schützt sie auch die Koalitionen und ihre koalitionsmäßige Betätigung im Rahmen der Tarifautonomie.⁶³¹ Hierzu gewährleistet die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifautonomie einen Freiraum zur autonomen Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen.⁶³² Dieser Freiraum wird gegenüber jedermann gewährleistet und macht es konsequenterweise erforderlich, dass sich der Staat gegenüber den einzelnen Personen aber insbesondere auch gegenüber den Koalitionen neutral verhält.⁶³³ Denn die Bedeutung tarifvertraglicher Regelungen, die Richtigkeits-

⁶³⁰ Vgl. bereits D. I. 2. a) aa); *Cornils* in: BeckOK GG, Art. 9, Rn. 3; *Däubler* in: *Däubler TVG*, Einleitung, Rn. 86-90; *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9, Rn. 170; a.A. hinsichtlich der Bewertung als Doppelgrundrecht, die kollektive Koalitionsfreiheit über Art. 19 Abs. 3 GG jedoch anerkennend, *Höfling/Burkiczak* in: *Sachs*, Grundgesetz, Art. 9, Rn. 22; *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 114.

⁶³¹ BVerfG, Beschl. v. 02.03.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103 (114); BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (114, 115), Rn. 130-132; *Däubler* in: *Däubler TVG*, Einleitung, Rn. 91; *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 113; *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9, Rn. 239, 241.

⁶³² BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365 (393); BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71 (114-115), Rn. 130-131; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 128.

⁶³³ *Hanau* in: *B/D/D/H*, Gesamtes Arbeitsrecht, Art. 9 GG, Rn. 178; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 248; *Scholz* in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9, Rn. 283; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 119-120.

gewähr bzw. Angemessenheitsvermutung des Tarifvertrags, entspringt gerade dem freien Verhandlungsprozess der unterschiedlichen Akteure innerhalb des gewährleisteten Freiraums. Die Koalitionsneutralität des Staates ist insbesondere aus dem Arbeitskampfrecht bekannt, jedoch generell im Tarifvertragsrecht erforderlich⁶³⁴ und damit auch im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung zu beachten.⁶³⁵ Sie erfordert, dass der Staat keine Koalition bevorzugt und nicht in das Verhältnis der Koalitionen zueinander eingreift.⁶³⁶ Die Unterstützung einzelner Koalitionen würde dem Tarifvertragssystem widersprechen. Die Neutralität bezieht sich dabei nicht nur auf die gegenüberstehenden Tarifparteien (Gewerkschaft und Arbeitgeberverband), sondern muss auch im Verhältnis von Gewerkschaft zu Gewerkschaft oder Arbeitgeberverband zu Arbeitgeberverband beachtet werden.⁶³⁷ Denn der durch die Tarifautonomie gewährleistete Freiraum garantiert auch den freien Wettbewerb der Koalitionen untereinander.⁶³⁸

Innerhalb der kollektiven Koalitionsfreiheit konkurrierender Gewerkschaften bedarf es daher einer Berücksichtigung der staatlichen Neutralität. Der Neutralitätspflicht kommt gerade im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung eine besondere Bedeutung zu, da der Staat durch die Allgemeinverbindlicherklärung den ausgewählten

⁶³⁴ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 188; *Giesen*, ZfA 2008, 355 (373); *Hanau* in: B/D/D/H, Gesamtes Arbeitsrecht, Art. 9 GG, Rn. 178; *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 120.

⁶³⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (255), Rn. 17; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 188, 896.

⁶³⁶ *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 68; *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 249; *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 120.

⁶³⁷ *Giesen*, ZfA 2008, 355 (373).

⁶³⁸ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 188; *Mäßen/Mauer*, NZA 1996, 121 (124); *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9, Rn. 253.

Tarifvertrag im Gegensatz zu anderen Tarifverträgen privilegiert.⁶³⁹ Die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags muss daher hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen den Koalitionen sorgfältig überprüft werden. Die vorliegend relevante Sonderkonstellation einer allgemeinverbindlichen Differenzierungsklausel bietet die Möglichkeit einer Differenzierung nach der konkreten Koalitionszugehörigkeit. Aus diesem Grund wird eine allgemeinverbindliche Differenzierungsklausel mit Blick auf die staatliche Neutralität teilweise generell abgelehnt.⁶⁴⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die Neutralitätspflicht des Staates nicht absolut gilt. Vielmehr ist die Allgemeinverbindlicherklärung zwar unter Berücksichtigung der Neutralitätspflicht zu treffen,⁶⁴¹ letztlich kommt es aber auch hier auf eine Abwägung im Rahmen des öffentlichen Interesses an.⁶⁴² Ein Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit der konkurrierenden Koalitionen durch Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht kann gegebenenfalls gerechtfertigt sein.

Zudem kommt es bei der Würdigung der kollektiven Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalitionen als gegenläufiges Interesse entscheidend auf die Ausgestaltung der im Tarifvertrag enthaltenen Differenzierungsklausel an. Da auch die einfache Differenzierungsklausel un-

⁶³⁹ Vgl. *Giesen*, ZfA 2008, 355 (373); *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 203-204.

⁶⁴⁰ *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 106; differenzierend nach Art der Klausel *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 248-249.

⁶⁴¹ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 187; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 120.

⁶⁴² Ebenso, aber mit Blick auf Differenzierungsklauseln pauschal ablehnend, *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 106.

terschiedlich ausgestaltet werden kann, muss zwischen der Mitgliedschaft in einer bestimmten Gewerkschaft als Tatbestandsmerkmal (beschränkte Differenzierungsklausel) und einer allgemeinen Gewerkschaftszugehörigkeit als Tatbestandsmerkmal (allgemeine Differenzierungsklausel) unterschieden werden.⁶⁴³ Diese Unterscheidung ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Geltungsbereich des Tarifvertrages über die mitgliedschaftliche Tarifbindung hinausgeht, wie im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung.

Beschränkte Differenzierungsklauseln setzen den Anreiz, derjenigen Koalition beizutreten, die Tarifvertragspartei des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags ist bzw. deren Mitgliedschaft Tatbestandsmerkmal der entsprechenden differenzierten Leistung ist. Für Mitglieder anderer Koalitionen setzt sie zudem den Anreiz, die Koalition zu wechseln. Die beschränkte Differenzierungsklausel fördert damit nur eine bestimmte Koalition und benachteiligt die Mitgliedschaft in anderen Koalitionen.⁶⁴⁴ Demnach beeinflusst sie das Konkurrenzverhältnis der betroffenen Koalitionen untereinander und verletzt die Neutralitätspflicht. Allgemeine Differenzierungsklauseln hingegen, setzen lediglich den Anreiz, irgendeiner Koalition beizutreten. Tatbestandsvoraussetzung solcher Klauseln ist allein die grundsätzliche Mitgliedschaft.⁶⁴⁵ Im Gegensatz zur beschränkten Differenzierungsklausel wahrt sie damit die Neutralitätsverpflichtung des Staates und beeinflusst das Verhältnis der Koalitionen untereinander nicht. Eine Allgemeinverbindlicherklärung allgemeiner Differenzierungsklauseln

⁶⁴³ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 32-33; siehe auch bereits B. I.

⁶⁴⁴ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 249.

⁶⁴⁵ *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 249.

greift damit nicht in die kollektive Koalitionsfreiheit der konkurrierenden Koalitionen ein.

Innerhalb der Abwägung des öffentlichen Interesses ist die kollektive Koalitionsfreiheit konkurrierender Gewerkschaften also zu berücksichtigen, wenn der Tarifvertrag eine beschränkte Differenzierungsklausel enthält, dann liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff vor.

3. Beitragspflicht

Die Auferlegung einer Beitragspflicht zur Finanzierung der Leistungen der gemeinsamen Einrichtung stellt eine Belastung und ein entgegenstehendes Interesse der Außenseiter-Arbeitgeber dar. Die Beitragspflicht ist demnach in der Abwägung des öffentlichen Interesses zu berücksichtigen.⁶⁴⁶

a) Zulässigkeit einer allgemeinverbindlichen Beitragspflicht

Grundsätzlich wird die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen vom BVerfG⁶⁴⁷, dem BAG⁶⁴⁸ sowie der Literatur⁶⁴⁹ als verfassungsgemäß eingestuft. Die herrschende Meinung hat keine grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich der belastend wirkenden Beitragspflicht zur Finanzierung der ge-

⁶⁴⁶ BAG, Beschl. v. 21.09.2016 – 10 ABR 48/15, BAGE 156, 289 (321), Rn. 113.

⁶⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7 (21-27); BVerfG, Beschl. v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 (218-219).

⁶⁴⁸ BAG, Urt. v. 10.09.2014 – 10 AZR 959/13, NZA 2014, 1282 (1286), Rn. 27; BAG, Beschl. v. 21.09.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beil. 2017, 12 (23), Rn. 95.

⁶⁴⁹ *Krause* in: JKOS, Tarifvertragsrecht, § 4, Rn. 114; *Lakies/Rödl* in: Däubler TVG, § 5, Rn. 33-35; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 815; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 140- 142; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 168.

meinsamen Einrichtung. Die Auferlegung von Beiträgen wird insbesondere nicht als Merkmal einer Zwangsmitgliedschaft in einer Koalition bewertet.⁶⁵⁰ Zudem stellt die Beitragslast zunächst keine stärkere rechtliche Belastung dar als eine normale direkte Leistungspflicht innerhalb eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags.⁶⁵¹ Dennoch ist die Beitragspflicht als gegenläufiges Interesse im Rahmen der Prüfung eines öffentlichen Interesses auch nach Auffassung des BAG zu berücksichtigen.⁶⁵² Typischerweise werden die Beitragspflichten innerhalb der gemeinsamen Einrichtung pauschaliert, denn durch die damit verbundene Umverteilung der Lasten, werden die mit der gemeinsamen Einrichtung regelmäßig beabsichtigten Leistungen ermöglicht.⁶⁵³ Auch gegen eine sachgerechte Pauschalierung bestehen dabei grundsätzlich ebenso wenig Bedenken.⁶⁵⁴

b) Sonderkonstellation der Differenzierungsklausel

Auch in der besonderen Konstellation einer Differenzierungsklausel innerhalb eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen ist das gegenläufige Interesse der Außenseiter-Arbeitgeber an der Beitragszahlung zu berücksichtigen. Dieses Interesse erhält hier jedoch eine zusätzliche Dimension. Aufgrund der weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien

⁶⁵⁰ BAG, Beschl. v. 21.09.2016 – 10 ABR 48/15, BAGE 156, 289 (321), Rn. 113; BAG, Urt. v. 05.12.1958 – 1 AZR 89/57, NJW 1959, 595 (596).

⁶⁵¹ *Bayreuther* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 5, Rn. 37; *Oetker* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, § 1, Rn. 815; a.A. insofern *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 167.

⁶⁵² BAG, Beschl. v. 21.09.2016 – 10 ABR 48/15, BAGE 156, 289 (321), Rn. 113.

⁶⁵³ Beispielhaft BAG, Beschl. v. 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, NZA-Beil. 2018, 8 (27), Rn. 151.

⁶⁵⁴ Hierzu auch unter D. I. 1. a) bb).

und des fehlenden rechtlichen Zusammenhangs zwischen Leistungsbeziehung und Beitragspflicht innerhalb der gemeinsamen Einrichtung, wird es durch die Allgemeinverbindlicherklärung rechtstechnisch möglich, dass Außenseiter-Arbeitgeber zur Finanzierung von Leistungen herangezogen werden, die ausschließlich den tarifgebundenen Arbeitnehmern und damit nicht wie sonst im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung üblich, allen Arbeitnehmern im Geltungsbereich zugänglich sind.⁶⁵⁵ Auch wenn der Allgemeinverbindlicherklärung als Rechtsinstitut keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüberstehen, so ist zumindest die Allgemeinverbindlicherklärung einer solchen Finanzierungsverpflichtung differenzierter Leistungen genauer zu betrachten.

aa) Legitimationsproblem auf Ebene des Tarifvertrags

Zunächst erscheint es denkbar, dass einer entsprechenden tarifvertraglichen Gestaltung bereits ein Legitimationsproblem auf Ebene des Tarifvertrags zu Grunde liegt und eine Allgemeinverbindlicherklärung deshalb bereits aufgrund einer unwirksamen tarifvertraglichen Regelung ausscheidet.⁶⁵⁶ Die beabsichtigte Prüfung des öffentlichen Interesses wäre nicht relevant, da es der Erstreckung bereits auf der vorherigen Ebene an einem gültigen Tarifvertrag fehlen würde.

Obwohl die Tarifvertragsparteien befugt sind, differenzierende Klauseln in ihren Tarifverträgen festzulegen,⁶⁵⁷ intendiert die Aufnahme

⁶⁵⁵ Vgl. zur Gestaltungsmöglichkeit und des Zusammenhangs von Leistungsbeziehung und Beitragspflicht im Rahmen der gemeinsamen Einrichtung D. I. 1. a.).

⁶⁵⁶ In diese Richtung *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 69-70, 107-110; *Schelp* in: Festschrift Nipperdey II, S. 579 (605-606).

⁶⁵⁷ Siehe C. I. 1. und C. I. 3.

solcher Klauseln in Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen die Absicht der Parteien, die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags anzustreben. Denn eine in einem Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen enthaltene differenzierte Leistung hat nur dann eine zusätzliche Wirkung, wenn anschließend eine Allgemeinverbindlicherklärung beabsichtigt ist oder zur Voraussetzung gemacht wurde. Ohne Allgemeinverbindlicherklärung wirkt die gemeinsame Einrichtung aus sich heraus bereits als effektive Differenzierung und eine zusätzliche Differenzierungsklausel wäre überflüssig.⁶⁵⁸ Sieht ein Tarifvertrag über eine gemeinsame Einrichtung nun eine differenzierte Leistung vor und geht man von der intendierten Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages aus, so dient die Kombination von differenzierter Leistung und undifferenzierter Beitragspflicht offensichtlich dazu, die tarifliche Leistung durch Beiträge der Außenseiter zu stützen und mitzufinanzieren, obwohl sie ausschließlich den Mitgliedern der Tarifvertragsparteien zugutekommt. Eine solche Regelungswirkung ist den Tarifvertragsparteien nicht vom TVG und auch nicht von Art. 9 Abs. 3 GG zugeschrieben worden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine solche Regelung bereits aus diesem Grund auf der Ebene des Tarifvertrages unwirksam ist und eine Allgemeinverbindlicherklärung bereits hier ausscheidet. Diese Annahme vermengt jedoch die unterschiedlichen beteiligten Rechtsinstitute und Zuständigkeiten.⁶⁵⁹ Denn erst die Allgemeinverbindlicherklärung und nicht der Tarifvertrag über die gemeinsame Einrichtung führt zu dieser atypischen

⁶⁵⁸ Hierzu C. III. 1.

⁶⁵⁹ Vgl. die ähnliche Argumentation unter C. I. 2.

Belastung der Außenseiter-Arbeitgeber.⁶⁶⁰ Zudem kann die Allgemeinverbindlicherklärung unter den Voraussetzungen des § 5 TVG aufgrund ihrer Wirkung nicht allein von den Tarifvertragsparteien ausgesprochen werden. Wesentlich ist die staatliche Mitwirkung durch das BMAS und die damit verbundene Prüfung des öffentlichen Interesses nach § 5 TVG. Nur durch die staatliche Beteiligung kann die Erstreckung der Tarifwirkung und ihre Legitimation erklärt werden. Dabei ist zunächst unerheblich, dass die Tarifvertragsparteien die in den Blick genommene Regelungswirkung ohne Allgemeinverbindlicherklärung nicht erreichen könnten.⁶⁶¹ Denn die Wirkungen, die durch eine Allgemeinverbindlicherklärung erzielt werden, können generell nicht ohne staatliche Mitwirkung erreicht werden. Auf der Ebene des Tarifvertrags kommt es allein darauf an, ob den Tarifvertragsparteien eine entsprechende Wirkung auf tarifvertraglicher Ebene gestattet ist und der Tarifvertrag damit eine wirksame Grundlage für die Erstreckung darstellt. Erst auf der Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung sind dann die mit der Erstreckung verbundenen Auswirkungen in den Blick zu nehmen. Wie bereits ausgeführt, liegt die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit innerhalb der Regelungszuständigkeit der Tarifvertragsparteien.⁶⁶² Es handelt sich also nicht um ein Problem auf der Ebene des Tarifvertrages, sondern allein um ein Problem der Allgemeinverbindlicherklärung.⁶⁶³

⁶⁶⁰ Vgl. *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (138); *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 247; sowie die ähnliche Argumentation, jedoch mit anderem Ergebnis von *Bötticher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 110.

⁶⁶¹ A.A. *Bötticher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 107-110; *Schelp* in: Festschrift Nipperdey II, S. 579 (605-606).

⁶⁶² Vgl. zur Regelungszuständigkeit C. I. 1. a).

⁶⁶³ Daher werden die Ausführung nochmals auf der Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung relevant, vgl. D. II. 3. b) bb).

bb) Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung

Die Diskussion der Problematik wird somit auf der Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung, im Rahmen des öffentlichen Interesses geführt. Dabei ist schon im Ausgangspunkt problematisch, welches Recht des Außenseiter-Arbeitgebers hier betroffen sein könnte.⁶⁶⁴ Denn der Kern der Problematik ergibt sich nicht direkt aus dem klassischen Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit als Fernbleibe-recht. Die Verpflichtung der Außenseiter-Arbeitgeber zur Zahlung eines Beitrags übt weder Zwang noch im Maßstab der Rechtsprechung Druck zum Beitritt in eine Koalition aus. Ebenso stellt die Beitragsverpflichtung auf den ersten Blick keine Ungleichbehandlung der Außenseiter-Arbeitgeber dar, denn die Differenzierungsklausel wirkt allein auf der Arbeitnehmerseite und gerade nicht auf Arbeitgeberseite. Die beitragspflichtigen Arbeitgeber werden vielmehr strikt gleichbehandelt. Tarifgebundene, Andersorganisierte und Außenseiter leisten den gleichen (eventuell pauschalierten) Beitrag.⁶⁶⁵

Die Beitragszahlung der Außenseiter führt jedoch aufgrund der Differenzierung faktisch zur Finanzierung von Leistungen, die ausschließlich für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien bestimmt sind. Die Außenseiter-Arbeitgeber werden somit zur Finanzierung der Vorteile einer Mitgliedschaft herangezogen. Sie werden durch die Beitragspflicht doppelt belastet, sowohl durch die finanzielle Belastung als auch durch den erzwungenen Beitrag zum Werbeeffect für eine Tarifmitgliedschaft der Arbeitnehmer. Während die finanzielle Belastung,

⁶⁶⁴ Teilweise wird die Problematik im Rahmen der Gegnerunabhängigkeit der Koalitionen angesprochen, *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 66-68.

⁶⁶⁵ Vgl. *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 66.

wie ausgeführt, regelmäßig keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, bedarf der erzwungene Beitrag zum Werbeeffect einer näheren Betrachtung.

(1) Rechtsprechung des EGMR

Anknüpfungspunkte zur Bewertung der Problematik finden sich in den Entscheidungen des EGMR *Vörður Ólafsson* und *Geotech*.⁶⁶⁶ Beide Entscheidungen hatten die Beitragspflicht von Außenseiter-Arbeitgebern zu tarifvertraglichen Einrichtungen zum Gegenstand. Sie verdeutlichen das Verständnis des EGMR von der negativen Koalitionsfreiheit in Bezug auf Beitragspflichten und stehen insoweit in einem Zusammenhang, als die Entscheidung in der Sache *Geotech* die Entscheidung *Vörður Ólafsson* fortführt und auf dieser aufbaut.

(a) Prüfungsmaßstab

Aus der Zusammenschau der beiden Entscheidungen des EGMR lässt sich ein erweiterter Prüfungsmaßstab für die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK ableiten, weiter als er bislang in Deutschland für die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG angewandt wird.⁶⁶⁷ In beiden Entscheidungen stellt der EGMR fest, dass mitgliedstypische Beitragspflichten auch ohne formale Mitgliedschaft ein wichtiges Merkmal für das Bestehen einer Koalitionszugehörigkeit

⁶⁶⁶ EGMR, Urt. v. 27.04.2010 - 20161/06 (*Vörður Ólafsson/Island*), BeckRS 2016, 19711; EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (*Geotech Kancev GmbH/Deutschland*), NZA 2016, 1519.

⁶⁶⁷ *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (86-87).

sein können und daher ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK vorliegen kann.⁶⁶⁸

Im Ausgangspunkt sieht auch der EGMR den Inhalt der negativen Koalitionsfreiheit im Recht des Einzelnen, einer Koalition fernzubleiben.⁶⁶⁹ Über den Beitrittsdruck bzw. -zwang hinaus lassen sich den Entscheidungen des EGMR jedoch Kriterien entnehmen, die keinen Beitrittsdruck/-zwang bewirken, aber nach Auffassung des Gerichtshofs bei der Prüfung der negativen Koalitionsfreiheit gleichwohl eine Rolle spielen. *Sagan/Morgenbrodt* stellen zu Recht fest, dass die geprüften Merkmale über das hinausgehen, was klassischerweise bzw. nach deutschem Verfassungsverständnis als Mitgliedschaftsdruck/-zwang angesehen wird.⁶⁷⁰

In der Rechtssache *Vörður Ólafsson* war es für den EGMR unerheblich, dass der wirtschaftliche Druck zum Beitritt in die Koalition äußerst gering blieb, für den dort festgestellten Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK kam es ihm allein auf die Beitragsverpflichtung als solcher an, der der Antragssteller unterlag.⁶⁷¹ Dabei betont der Gerichtshof, dass es sich bei der negativen Koalitionsfreiheit um einen Ausdruck persönlicher Autonomie handelt, der

⁶⁶⁸ EGMR, Urt. v. 27.04.2010 - 20161/06 (*Vörður Ólafsson/Island*), BeckRS 2016, 19711, Rn. 48; EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (*Geotech Kancev GmbH/Deutschland*), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 53.

⁶⁶⁹ EGMR, Urt. v. 27.04.2010 - 20161/06 (*Vörður Ólafsson/Island*), BeckRS 2016, 19711, Rn. 45; EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (*Geotech Kancev GmbH/Deutschland*), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 51.

⁶⁷⁰ *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (81-82, 86-87).

⁶⁷¹ EGMR, Urt. v. 27.04.2010 - 20161/06 (*Vörður Ólafsson/Island*), BeckRS 2016, 19711, Rn. 50-54.

bei der Auslegung der geschützten Garantie zu berücksichtigen ist.⁶⁷² Der EGMR erkennt damit bereits in der Auferlegung mitgliedschaftstypischer Beitragspflichten, auch ohne Beitrittsdruck/-zwang, eine potenzielle Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit, da diese Verpflichtung in die durch Art. 11 EMRK geschützte Autonomie des Betroffenen eingreift.⁶⁷³ Der Gerichtshof etabliert damit ein zusätzliches bzw. erweitertes Merkmal, das zwischen einer formalen Zwangsmitgliedschaft und einem indirekten Zwang oder Druck zur Mitgliedschaft liegt.

Diese Rechtsprechung führt der EGMR in der Sache *Geotech* fort. In dieser hatte er die Beitragspflicht eines deutschen Unternehmens aufgrund einer Allgemeinverbindlicherklärung einer gemeinsamen Einrichtung in der Bauwirtschaft (SOKA-Bau) zu bewerten. Auch in diesem Fall prüft der Gerichtshof einen möglichen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit aufgrund der Auferlegung der Beitragsverpflichtung. In seiner Begründung lehnte er den Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit ab und stützte sich dabei auf zusammengefasst vier Gesichtspunkte:⁶⁷⁴

1. Der Zweck hinter der Beitragsverpflichtung lag in der Finanzierung eines Sozialkassensystems, das allen Arbeitnehmern der Branche einen sozialen Schutz ermöglichte, der anders als

⁶⁷² EGMR, Urt. v. 27.04.2010 - 20161/06 (*Vörður Ólafsson/Island*), BeckRS 2016, 19711, Rn. 46, 51.

⁶⁷³ Vgl. EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (*Geotech Kancev GmbH/Deutschland*), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 53; *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (83).

⁶⁷⁴ Vgl. im Gegensatz dazu zehn Einzelerwägungen feststellend, *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (80); sowie die Zusammenfassung der EuGH-Entscheidungen, *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (83).

durch die Erstreckung auf die Außenseiter nicht zu erreichen gewesen wäre und dessen Finanzierung auf dem Solidaritätsprinzip beruhte. Zudem war sichergestellt, dass die Beiträge nur für diesen Zweck verwendet wurden.⁶⁷⁵

2. Gleichzeitig wurde eine strikte Gleichbehandlung von Mitgliedern und Nichtmitgliedern sowohl hinsichtlich der Beitragspflicht als auch hinsichtlich etwaiger Leistungs- und Erstattungsansprüche sichergestellt. Gleiches galt für die Transparenz und Information hinsichtlich der Mittelverwendung.⁶⁷⁶
3. Eine entsprechende Beitragsverpflichtung der Außenseiter ist rechtstechnisch allein durch staatliche Mithilfe erreichbar. So ist es erklärbar, dass es dem EGMR zusätzlich auf eine ausreichende Kontrolle, Beteiligung und Aufsicht durch den Staat ankam.⁶⁷⁷
4. Schließlich stellte der EGMR fest, dass den Mitgliedern keine nennenswerten Einflussmöglichkeiten auf die Sozialkasse zukamen, aus denen sich ein Beitrittsdruck hätte ergeben können.⁶⁷⁸

Warum die dargestellten Kriterien in der *Geotech*-Entscheidung bereits den Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit verhindern sollen

⁶⁷⁵ EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 54.

⁶⁷⁶ EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 55.

⁶⁷⁷ EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 56; diese lag bei der Entscheidung *Vörður Ólafsson* nicht vor, EGMR, Urt. v. 27.04.2010 - 20161/06 (*Vörður Ólafsson/Island*), BeckRS 2016, 19711, Rn. 49.

⁶⁷⁸ EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 57.

und nicht vielmehr den durch die Beitragsverpflichtung vollzogenen Eingriff rechtfertigen, wird nicht klar. Zudem fällt im Vergleich der beiden Entscheidung auf, dass der EGMR in der Entscheidung *Vörður Ólafsson* zur Feststellung des Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit allein auf die Beeinträchtigung der dahinterliegenden Autonomie abstellt, wohingegen er in der Sache *Geotech* zusätzlich auf die vier dargestellten Gesichtspunkte Bezug nimmt. Daher scheint der EGMR die Eingriffs- und Rechtfertigungsebene nicht strikt voneinander abzugrenzen.⁶⁷⁹ Dennoch lässt sich aus den dargestellten Kriterien nur vereinzelt ein Zusammenhang zu einem Druck oder Zwang zur Mitgliedschaft ableiten.⁶⁸⁰ Denn ausschließlich die Kriterien, die auf eine Gleich- bzw. Ungleichbehandlung von Außenseitern und Mitgliedern abstellen, wären überhaupt geeignet, den beitragsverpflichteten Außenseiter dazu zu bewegen, der Koalition beizutreten und können sich damit auf einen etwaigen Druck oder Zwang beziehen. Hingegen ergibt sich sowohl aus den Ausführungen zum Zweck des Sozialkassensystems und auch hinsichtlich der Kontrolle, Beteiligung und Aufsicht durch den Staat, keinerlei Anreiz für die Außenseiter-Arbeitgeber einer Koalition beizutreten.⁶⁸¹ Auch wenn der EGMR dies nicht eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, kommt es ihm im Rahmen der negativen Koalitionsfreiheit demnach nicht allein auf einen Beitrittsdruck oder -zwang an. Vielmehr lassen sich aus der Rechtsprechung des EGMR drei Dimensionen einer Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit ableiten. Wie auch nach deutschem Verfassungsverständnis kann sowohl die direkte formale Zwangsmitgliedschaft als auch der indirekte Druck bzw. Zwang, einer Koalition beizutreten, eine

⁶⁷⁹ *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (83).

⁶⁸⁰ Vgl. *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (81).

⁶⁸¹ Ähnlich *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (81).

Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit darstellen.⁶⁸² Der EGMR stellt aber zusätzlich fest, dass, selbst wenn eine Verpflichtung keine formale Mitgliedschaft darstellt, eine Beitragspflicht für Außenseiter dennoch ein Merkmal für die Mitgliedschaft in einer Vereinigung ist und damit potenziell auch einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit darstellen kann.⁶⁸³ Konkret bezieht sich das Merkmal, das zwischen einer formalen Zwangsmitgliedschaft und einem indirekten Zwang oder Druck zur Mitgliedschaft liegt, allein auf Beitragspflichten. Inwiefern es sich auch auf sonstige Zahlungspflichten bezieht, lässt sich nicht direkt ableiten.⁶⁸⁴

(b) Übertragbarkeit des Prüfungsmaßstabs

Die Entscheidungen des EGMR wirken nicht unmittelbar auf die deutsche Verfassung ein, die EMRK ist auf der Ebene eines Bundesgesetzes einzuordnen. Nach Rechtsprechung des BVerfG kommt ihnen aber dennoch eine „*verfassungsrechtliche Bedeutung*“ zu.⁶⁸⁵ Die Wertungen der EMRK sind im Rahmen der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen.

Die Betonung der negativen Koalitionsfreiheit als Ausdruck der persönlichen Freiheit durch den EGMR deckt sich mit der hier vertretenen Herleitung und Verortung der negativen Koalitionsfreiheit in

⁶⁸² Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74 u.a., BVerfGE 55, 7 (21-22); *Deinert*, RdA 2014, 129 (132); *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 126, 127; siehe auch D. II. 2. bb) (1) (a).

⁶⁸³ EGMR, Urt. v. 27.04.2010 - 20161/06 (*Vörður Ólafsson/Island*), BeckRS 2016, 19711, Rn. 48; EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (*Geotech Kancev GmbH/Deutschland*), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 53.

⁶⁸⁴ *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (87).

⁶⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a., BVerfGE 128, 326 (367-368); *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (87).

Art. 2 Abs. 1 GG.⁶⁸⁶ Auch innerhalb des Grundgesetzes stellen die Prinzipien der Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmung die Grundlage der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit dar. Zum Schutz dieser individuellen Autonomie ist es geboten, dass die negative Koalitionsfreiheit über die formale Mitgliedschaft hinaus auch solche Belastungen erfasst, die typischerweise mit einer Mitgliedschaft einhergehen, auch wenn diese selbst nicht geeignet sind, Anreize für eine Mitgliedschaft zu erzeugen. Es erscheint widersprüchlich, den Zwang zur formalen Mitgliedschaft als Grundrechtseingriff zu qualifizieren, die mit einer solchen Mitgliedschaft typischerweise verbundenen Folgen und Lasten ohne formalen Koalitionsbeitritt aber vom Schutzbereich auszunehmen. Durch den Verzicht auf eine förmliche Mitgliedschaft könnte der angestrebte Schutz umgangen werden und zu den gleichen Folgen wie eine formale Mitgliedschaft führen. Unter diesen Gesichtspunkten ist es daher auch im Rahmen der deutschen Verfassungsinterpretation richtig, eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit durch die Auferlegung mitgliedertypischer Beitragspflichten zu prüfen.

(2) Mitgliedertypische Beitragspflicht

Klärungsbedürftig ist damit, ob eine undifferenzierte Beitragszahlung der Außenseiter-Arbeitgeber zur Finanzierung differenzierter Leistungen einer allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung eine mitgliedertypische Beitragspflicht darstellt. Das wäre anzunehmen, wenn dem Außenseiter-Arbeitgeber mit der Beitragszahlung eine Pflicht auferlegt wird, die systematisch nur Koalitionsmitgliedern auferlegt werden kann.

⁶⁸⁶ Vgl. D. II. 2. a) aa) (2).

Zwar handelt es sich bei standardmäßigen Beiträgen innerhalb einer allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung richtigerweise nicht um Mitgliedsbeiträge an Koalitionen im eigentlichen Sinne. Denn die geleisteten Beiträge können anders als Mitgliedsbeiträge ausschließlich für die Leistungen der gemeinsamen Einrichtung verwendet werden und kommen damit nicht unmittelbar den beteiligten Koalitionen zugute.⁶⁸⁷ Die gemeinsame Einrichtung stellt eine eigene Rechtspersönlichkeit dar, die nicht mit den Tarifvertragsparteien gleichzusetzen ist. Eine Zahlung an die gemeinsame Einrichtung darf demnach nicht mit einer Zahlung an die Koalitionen selbst verwechselt werden. Durch diese Eigenheit der allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung ist sichergestellt, dass der Beitrag zur beabsichtigten Leistungserbringung genutzt wird und grundsätzlich auch den beim beitragspflichtigen Außenseiter-Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmern zugutekommt. Insofern dient er, anders als ein Mitgliedsbeitrag, nicht der direkten Unterstützung der jeweiligen Koalition.

Hingegen entlasten undifferenzierte Beiträge der Außenseiter innerhalb einer allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung mit Differenzierungsklausel die Koalitionen bzw. deren Mitglieder von Zahlungen, die sonst zur Erbringung der tarifvertraglichen und exklusiven Leistung erforderlich gewesen wären. Insofern kommen undifferen-

⁶⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 15.07.1980 – 1 BvR 24/74 u.a., BVerfGE 55, 7 (21-22); BAG, Beschl. v. 21.06.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beil. 2017, 12 (24), Rn. 95; vgl. auch die Feststellungen des EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 54.

zierte Beiträge indirekt den Tarifvertragsparteien bzw. deren Mitgliedern zugute. Die undifferenzierte Beitragspflicht verpflichtet die Außenseiter somit zur Unterstützung der Tarifvertragsparteien bei ihren tariflichen Leistungen und zwingt sie gleichzeitig, entgegen ihren eigenen Interessen, Anreize zum Koalitionsbeitritt zu schaffen. Im Gegensatz zur standardmäßigen Beitragspflicht erfolgt die Verpflichtung dabei ohne die zusätzliche Einbeziehung der beim Außenseiter-Arbeitgeber beschäftigten Außenseiter-Arbeitnehmer in die korrespondierende Leistungserbringung. Die Beiträge ermöglichen damit die Finanzierung von Leistungen, die ausschließlich von tarifgebundenen Arbeitnehmern in Anspruch genommen werden können. Hierdurch werden die Außenseiter zu Instrumenten eines Werbeeffects für den Koalitionsbeitritt, der eigentlich Teil des Tarifvertragssystems und grundlegend in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG angelegt ist. Innerhalb dieses Systems liegt die Verantwortlichkeit für die Attraktivität der Koalitionen in erster Linie bei den Koalitionen selbst, die sich bei der Umsetzung auf ihre Mitglieder stützen können.⁶⁸⁸ Sollen hierzu zusätzlich Außenseiter herangezogen werden, werden ihnen damit Pflichten auferlegt, die das Tarifvertragssystem typischerweise den Mitgliedern zuweist.⁶⁸⁹ Eine entsprechende Beitragspflicht richtet sich damit gegen die Selbstbestimmung der Außenseiter, die entgegen ihrer individuellen Entscheidung, einer Koalition nicht als Mitglied beizutreten, zu Leistungen bzw. Pflichten herangezogen werden, als wären sie Mitglieder der betreffenden Koalition. Es ist zwar regelmäßig

⁶⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 10.01.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253 (255), Rn. 17-18; *Löwisch/Rieble* in: *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Grundlagen, Rn. 271; Rudkowski, NZA 2021, 315 (318); vgl. bereits D. I. 2. d) aa).

⁶⁸⁹ Vgl. die Argumentation bei *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 108; hierin liegt auch der Unterscheid zur Argumentation rund um die Gegnerfinanzierung, vgl. *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 67-68.

ebenso nicht im Interesse eines tarifgebundenen Arbeitgebers, Anreize zum Koalitionsbeitritt auf der Arbeitnehmerseite zu setzen.⁶⁹⁰ Anders als der Außenseiter hat er sich jedoch zur Teilnahme am Tarifvertragssystem entschieden, der Beitrag gehört damit zu den Folgen seiner im Einklang mit Art. 9 Abs. 3 GG getroffenen selbstbestimmten Entscheidung.

Diese Einschätzung steht im Einklang mit der Systematik der Tarifautonomie. Diese schafft einen Freiraum zur autonomen Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Doch begrenzt sie diesen Regelungsfreiraum auf die Mitglieder der jeweiligen Koalitionen.⁶⁹¹ Innerhalb dieses mitgliedschaftlichen Systems ist es den Tarifvertragsparteien nicht möglich, im Rahmen ihrer Regelungszuständigkeit, Nichtmitglieder zur Finanzierung von Exklusivleistungen heranzuziehen, da ihnen eine Rechtssetzung nur im Verhältnis zu ihren Mitgliedern gestattet ist. Die Überwindung dieser mitgliedschaftlichen Grenze ist zwar in gewisser Weise Wirkung und Zweck einer Allgemeinverbindlicherklärung, doch ist insoweit zu unterscheiden zwischen tarifvertraglichen Regelungen, die von den Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder geschaffen und durch eine Allgemeinverbindlicherklärung auf Außenseiter erstreckt werden und solchen, die von den Tarifvertragsparteien in der Absicht geschaffen werden, durch eine Allgemeinverbindlicherklärung ausschließlich Auswirkungen für Außenseiter zu entfalten.⁶⁹² Während diese Überlegungen auf der tarifvertraglichen Ebene noch keine Auswirkungen entfalten konnten,

⁶⁹⁰ Vgl. die Argumentation bei *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 66.

⁶⁹¹ Grundlegend zur Tarifautonomie bereits unter D. I. 2. a).

⁶⁹² *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (138).

sind sie im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung zu berücksichtigen.⁶⁹³

Zudem kann bei der standardmäßigen Erstreckung von Tarifverträgen zu Recht davon ausgegangen werden, dass sich auch die Interessen der Außenseiter im Rahmen des tarifvertraglichen Abwägungsprozesses wiederfinden, da sich die grundlegenden Interessen von Tarifgebundenen und Außenseitern nicht unterscheiden.⁶⁹⁴ Diese Vermutung kann bei Regelungen, die ausschließlich oder überwiegend für Außenseiter geschaffen wurden, jedoch nicht angenommen werden. Die „Angemessenheitsvermutung“⁶⁹⁵ bzw. „Richtigkeitsgewähr“⁶⁹⁶ des Tarifvertrags kann nur für Regelungen gelten, die für die Mitglieder der tarifvertragsschließenden Koalitionen getroffen wurden. Bei Regelungen, die allein für Außenseiter getroffen werden, kann sich der Staat bei seiner Erstreckung nicht auf die Richtigkeit der Regelungen verlassen.⁶⁹⁷ Insofern erklärt sich auch der Unterschied zur Diskussion um die negative Tarifvertragsfreiheit.⁶⁹⁸ Es ist richtig, dass allein durch die mit der Allgemeinverbindlicherklärung verbundenen Erstreckung tarifvertraglicher Regelungen auf Außenseiter ein „spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen“⁶⁹⁹ ist. Doch bei der hier in Rede stehenden Regelung handelt es sich nicht nur um die Erstreckung einer tarifvertraglich wirkenden und daher als sachgerecht unterstellten Regelung auf den außertariflichen Bereich. Vielmehr wird

⁶⁹³ Vgl. daher bereits D. II. 3. b) aa).

⁶⁹⁴ *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 167-168.

⁶⁹⁵ BAG, Urt. v. 22.04.2009 – 4 AZR 100/08, NZA 2010, 41 (43), Rn. 31.

⁶⁹⁶ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 284-285; *Jacobs* in: Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, Einleitung, Rn. 100-103.

⁶⁹⁷ Vgl. *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 152-153.

⁶⁹⁸ Zur negativen Tarifvertragsfreiheit bereits D. II. 2. a) cc).

⁶⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 14.06.1983 – 2 BvR 488/80, BVerfGE 64, 208 (213).

eine Regelung mit primärer Wirkung für den außertariflichen Bereich geschaffen.

Daneben ermöglicht auch das Konstrukt der gemeinsamen Einrichtung, ähnlich wie die Allgemeinverbindlicherklärung, Leistungen und deren Finanzierung, die durch einen einfachen Tarifvertrag so nicht möglich wären. Doch in der Kombination aus einer Differenzierungsklausel auf der Leistungsseite, einer gemeinsamen Einrichtung und einer Allgemeinverbindlicherklärung würde im Falle einer undifferenzierten Beitragspflicht eine derart weitreichende Wirkung erreicht, die das Tarifvertragssystem in dieser Form wie ausgeführt nicht vorsieht.⁷⁰⁰ In dem durch die Tarifautonomie geschaffenen Freiraum ist jede Koalition gefordert, sich eigenständig zu behaupten. Die Heranziehung von Außenseitern zur Förderung und Finanzierung von Leistungen für die Mitglieder, der Entlastung der eigentlich verpflichteten Koalitionen bzw. deren Mitglieder und dem damit verbundenen Anreiz einer Mitgliedschaft läuft diesem System zuwider. Sie stellt einen Fremdkörper dar und bedarf zumindest der Rechtfertigung.⁷⁰¹

c) Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit

Dementsprechend führt die Differenzierungsklausel auf der Leistungsseite einer gemeinsamen Einrichtung zu einem Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber, wenn nicht

⁷⁰⁰ Vgl. insofern generell ablehnend *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 108; *Schelp* in: Festschrift Nipperdey II, S. 579 (605-606); *Stahlhacke* in: Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 5, Rn. 31; zumindest mit Bedenken *Hanau*, RdA 1970, 161 (164).

⁷⁰¹ Vgl. auch *Hanau*, RdA 1970, 161 (165): „Die unmittelbare Unterstützung der Gewerkschaften durch oder auf Kosten von Außenseitern(n) ist ein viel schwererer Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit als eine maßvolle Differenzierung [...]“, *Walser*, NZA 2016, 1510 (1512), hinsichtlich Art. 11 EMRK.

gleichzeitig auf der Beitragsseite ebenso differenziert wird. Bei der undifferenzierten Beitragspflicht handelt es sich um eine Unterstützungsleistung der Außenseiter-Arbeitgeber zugunsten der Koalition, die mitgliedstypisch ist. Zu erörtern bleibt, ob ein solcher Eingriff gerechtfertigt werden kann.⁷⁰²

4. Vertragsfreiheit

Während die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen als solche in die Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG eingreift, gilt dies nicht für die darin enthaltene allgemeinverbindliche Differenzierungsklausel.⁷⁰³ Denn die allgemeinverbindliche einfache Differenzierungsklausel innerhalb einer gemeinsamen Einrichtung lässt ebenso wie ihre Grundform („einfache Differenzierungsklausel“) die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien unberührt.⁷⁰⁴ Außenseiter werden auch durch die allgemeinverbindliche Differenzierungsklausel rechtstechnisch nicht daran gehindert, entsprechende Leistungen individualvertraglich zu vereinbaren. Dabei ist es unerheblich, dass eine solche Vereinbarung aufgrund der von einer gemeinsamen Einrichtung regelmäßig erbrachten Leistungen häufig nicht realisierbar ist und eine Bezugnahmeklausel ausscheidet.⁷⁰⁵ Die Tatsache, dass der Einzelne allein nicht in der Lage ist, die gleichen oder ähnliche Ergebnisse zu erzielen, wie sie durch den Zusammenschluss in Koalitionen erreicht werden, ist schlicht und einfach eine Folge der

⁷⁰² Hierzu im Rahmen der Abwägung D. III. 4.

⁷⁰³ Zum grundsätzlichen Eingriff der Allgemeinverbindlicherklärung in die (Arbeits-)Vertragsfreiheit, *Sittard*, Tarifnormerweiterung, S. 59-62.

⁷⁰⁴ Zur Grundform der „einfachen Differenzierungsklausel“, BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1034), Rn. 54; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 197; vgl. B. I.

⁷⁰⁵ Vgl. bereits unter C. III. 1.

Entscheidung, nicht Mitglied einer Koalition zu werden.⁷⁰⁶ Der Zweck des Zusammenschlusses von Arbeitnehmern in Koalitionen besteht gerade darin, Leistungen zu erzielen, die der einzelne Arbeitnehmer allein nicht erreichen kann. Gleichzeitig ist die Vertragsfreiheit keine Garantie für den Abschluss eines Vertrages mit gleichem Inhalt.⁷⁰⁷ Demnach steht die Vertragsfreiheit der Außenseiter dem öffentlichen Interesse an der Erstreckung einer allgemeinverbindlichen Differenzierungsklausel in einem Tarifvertrag über gemeinsame Einrichtungen nicht entgegen. Die Vertragsfreiheit der Außenseiter lässt sich aber als gegenläufiges Interesse identifizieren, welches unabhängig vom Inhalt des Tarifvertrags jeder Allgemeinverbindlicherklärung entgegensteht.⁷⁰⁸

5. Gegenläufige Interessen (zusammengefasst)

Zusammenfassend lassen sich damit die häufig verfolgte sozialpolitische Schutzfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung, je nach konkretem Einzelfall die positive Koalitionsfreiheit Andersorganisierter, vor allem aber die kollektive Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalitionen sowie die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber als gegenläufige Interessen an der Allgemeinverbindlicherklärung von Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen identifizieren. Zur Bestimmung des öffentlichen Interesses im Sinne von § 5 TVG sind diese gegenläufigen Interessen in der Abwägung zu berücksichtigen.

⁷⁰⁶ *Schubert*, ZTR 2011, 579 (584); vgl. auch die Ausführungen unter D. II. 2. bb) (a).

⁷⁰⁷ *Deinert*, RdA 2014, 129 (132).

⁷⁰⁸ Vgl. hierzu *Höpfner*, ZfA 2019, 108 (133); *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 59-61.

III. Gesamtabwägung

Die widerstreitenden Interessen sind, soweit sie abstrakt beurteilt werden können, in einer Gesamtabwägung gegenüberzustellen. Im Einzelfall können die konkreten tarifvertraglichen Regelungen auf den Prüfungsebenen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, so dass neben der nachfolgend vorgenommenen abstrakten Abwägung immer auch eine detaillierte Prüfung am konkreten Einzelfall zur abschließenden Feststellung des „öffentlichen Interesses“ notwendig ist.⁷⁰⁹ Zur Systematisierung der Abwägung kann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herangezogen werden.⁷¹⁰

1. Legitimer Zweck

Im ersten Schritt ist festzustellen, ob der beabsichtigte Eingriff in die Rechte und Interessen der Betroffenen einem schutzwürdigen Interesse dient.⁷¹¹ Legitim ist dabei grundsätzlich jedes öffentliche Interesse, das durch die Verfassung nicht ausgeschlossen ist.⁷¹² Als legitime Zwecke der Allgemeinverbindlicherklärung kommen daher die bereits genannten grundlegenden öffentlichen Interessen in Betracht.⁷¹³ Insofern dient die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung mit enthaltener Differenzierungsklausel, wie gesehen, einerseits der Unterstützung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtungen und andererseits zugleich der Stärkung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung. In dieser

⁷⁰⁹ Vgl. zum Einschätzungsspielraum des BMAS, C. II. 2. b).

⁷¹⁰ Siehe C. II. 2. c) bb) (3).

⁷¹¹ BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300 (331); *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 184.

⁷¹² BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300 (331).

⁷¹³ Siehe D. I.

Hinsicht ist nochmals festzuhalten, dass die beiden Zwecke in der jeweiligen Allgemeinverbindlicherklärung nebeneinander bestehen können. Trotz einer Differenzierungsklausel kann mit der Allgemeinverbindlicherklärung weiterhin die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung verfolgt werden. Zwischen der Leistungs- und der Beitragsseite besteht kein direkter rechtlich zwingender Zusammenhang, der die Sicherung der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung als Zweck einer Differenzierungsklausel von Beginn an ausschließen würde. Zudem erfasst eine enthaltene Differenzierungsklausel regelmäßig nur einen Teil der Leistungen der jeweiligen gemeinsamen Einrichtung, so dass auch bei einer potenziellen Differenzierung auf der Beitragsseite die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung als Ganzes weiterhin gewährleistet werden kann.

Ziel einer solchen Allgemeinverbindlicherklärung ist gerade auch die Kombination der beiden festgestellten Zwecke. Wäre nur die Exklusivität der Leistung beabsichtigt, könnten die Tarifvertragsparteien auf eine Allgemeinverbindlicherklärung verzichten, denn durch die Ausgestaltung der Leistungen in einer nicht allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung wäre dem Tarifvertrag eine wirksame Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit bereits immanent.⁷¹⁴ Da aber die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung regelmäßig eine Allgemeinverbindlicherklärung verlangt, die Allgemeinverbindlicherklärung aber zum Wegfall der Exklusivität der Leistun-

⁷¹⁴ Siehe die veränderte Wirkungsweise der einzelnen Fallgestaltungen unter C. III. 1.

gen und somit zu einem negativen Anreiz hinsichtlich der Tarifbindung führt, ist ein allgemeinverbindlicher gegenläufiger Anreiz das Ziel. Dieser kann nur durch die Kombination beider Zwecke erreicht werden. Die Stärkung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung und die damit beabsichtigte Stützung der Tarifautonomie ist dabei als legitimes Ziel besonders hervorzuheben. Hintergrund ist der verfassungsrechtliche Sicherungsauftrag aus Art. 9 Abs. 3 GG, der den Staat verpflichtet, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu gewährleisten.⁷¹⁵ Gerade mit Blick auf die abnehmende Tarifbindung und die strukturelle Problematik der Bezugnahmeklausel besteht insoweit Handlungsbedarf, so dass Anreize zur Mitgliedschaft in Koalitionen als legitimer Zweck anzuerkennen sind.⁷¹⁶ Damit würde den Tarifvertragsparteien ein Instrument an die Hand gegeben, mit dem exklusive Leistungen rechtssicher festgelegt werden können.

Mit der Allgemeinverbindlicherklärung von gemeinsamen Einrichtungen werden regelmäßig auch sozialpolitische Schutzzwecke verfolgt.⁷¹⁷ Statt gesetzlicher Mindestbedingungen sollen die Außenseiter durch die Teilhabe am Tarifvertrag geschützt werden. Ziel ist der Schutz von Außenseitern durch die Erstreckung des sachnäheren Tarifvertrages anstelle der Festlegung gesetzlicher Mindestbedingungen. Zwar beeinträchtigt eine enthaltene Differenzierungsklausel diesen Zweck, doch ist auch insoweit nicht ausgeschlossen, dass die gemein-

⁷¹⁵ BVerfG, Urt. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17 u.a., BVerfGE 146, 71 (120), Rn. 147; vgl. insoweit auch die detaillierten Ausführungen zum grundsätzlichen öffentlichen Interesse unter D. I. 2.

⁷¹⁶ Siehe zum strukturellen Problem der Bezugnahmeklausel bereits D. I. 2. d) bb); *Höpfner*, ZfA 2020, 178 (210).

⁷¹⁷ Vgl. D. II. 1.

same Einrichtung trotz der Differenzierungsklausel weiterhin sozialpolitische Ziele, insbesondere des Arbeitnehmerschutzes, verfolgt. Denn der Charakter der Differenzierungsklausel als Tatbestandsmerkmal hat auch hier zur Folge, dass es möglich wird, nur Teilbereiche der sozialpolitisch erwünschten Regelungen zu differenzieren. Je nach Ausgestaltung des Tarifvertrags kann die Allgemeinverbindlicherklärung auch für die differenzierten Außenseiter weiter sozialpolitisch vorteilhaft sein.

Trotz dieser abstrakten Feststellungen bleibt es im konkreten Einzelfall erforderlich, den Inhalt des zu erstreckenden Tarifvertrages im Detail zu prüfen. Die Differenzierungsklausel kann nur bedingt abstrakt und losgelöst von der differenzierten Leistung betrachtet werden. Das Tatbestandsmerkmal der Tarifgebundenheit ist zwangsläufig im Zusammenhang mit der Leistung oder dem Anspruch zu sehen, als deren Voraussetzung es fungiert. Es ist daher regelmäßig nicht ausreichend, Leistungen, an denen kein öffentliches Interesse besteht, über das Rechtsinstitut der gemeinsamen Einrichtung zu erbringen und erst mit der Differenzierung ein grundsätzliches öffentliches Interesse an der Erstreckung zu schaffen.⁷¹⁸ Es bedarf einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung aller Regelungen des Tarifvertrags und den mit einer Erstreckung verbundenen Interessen.

⁷¹⁸ Siehe die gleiche Argumentation hinsichtlich der Finanzierung gemeinsamer Einrichtungen unter C. II. 2. d); *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 226-227; *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung, S. 181; *von Hoyningen-Huene*, BB 1986, 1909 (1911).

2. Geeignetheit

Mit Blick auf diese Zwecke ist es erforderlich zu beurteilen, ob die Allgemeinverbindlicherklärung zur Zweckerreichung geeignet ist. Bei der Prüfung der Geeignetheit ist zu untersuchen, ob das gewählte Mittel tatsächlich in der Lage ist, den Zweck zu erreichen. Eine Maßnahme ist bereits dann als geeignet einzustufen, wenn sie den angestrebten Zweck zumindest fördert.⁷¹⁹ Insbesondere muss im Folgenden betrachtet werden, inwiefern die Allgemeinverbindlicherklärung einer Differenzierungsklausel innerhalb des Tarifvertrags einer gemeinsamen Einrichtung dazu geeignet ist, die mitgliedschaftliche Tarifbindung zu stärken.

Wie ausgeführt, entfaltet die Differenzierungsklausel innerhalb eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags gemeinsamer Einrichtungen eine weitergehende Wirkung als im Standardtarifvertrag.⁷²⁰ Durch die Kombination der Rechtsinstitute wird eine umgehungssichere Differenzierung der Leistung zwischen Tarifmitgliedern und Außenseitern gewährleistet, da sie nicht durch eine einfache Bezugnahme Klausel umgangen werden kann. Zudem wird sie wegen der Besonderheit der Leistungen in der Regel auch einzelvertraglich kaum zu erreichen sein. In dieser rechtssicheren Exklusivität der differenzierten Leistung liegt der Nutzen einer solchen Klausel. Gerade in der heutigen, zunehmend egozentrischen Gesellschaft, in der die Bedeutung der sozialen

⁷¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 08.06.2010 – 1 BvR 2011/07 u.a., BVerfGE 126, 112 (144-145); BVerfG, Urt. v. 28.03.2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 (308); *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20, VII., Rn. 114; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 184.

⁷²⁰ Bereits unter C. III. 1.

Zugehörigkeit als Anreiz immer mehr abnimmt,⁷²¹ ist es insbesondere der individuelle Nutzen einer Mitgliedschaft, der einen wirksamen Anreiz zur Koalitionsmitgliedschaft zu setzen im Stande ist.⁷²² Obwohl weitere Faktoren etwa soziologischer Art die individuelle Beitrittsentscheidung beeinflussen,⁷²³ liegen die Grundlage und der Zweck der Tarifautonomie in dem Zusammenschluss der Arbeitnehmer mit dem Ziel, bessere Arbeitsbedingungen zu erreichen. Sobald diese Arbeitsbedingungen auch auf andere, vielleicht sogar einfachere Weise erreicht werden können, entfällt der grundlegende Sinn eines solchen Zusammenschlusses. Hingegen ist die Grundlage für einen wirksamen Anreiz dann gegeben, wenn allein durch die Mitgliedschaft exklusive Vorteile erzielt werden können. Erst daran anknüpfend ist es individuell ausschlaggebend, wie hoch der Einzelne den konkreten Nutzen des Vorteils einschätzt und ob er die Mitgliedschaft deshalb als sinnvoll erachtet sowie welche weiteren Faktoren ihn beeinflussen. Die grundsätzliche Exklusivität des Vorteils bildet damit den Ausgangspunkt eines Anreizes, ohne den die weiteren Faktoren weitestgehend irrelevant wären. Damit ist gerade die Kombination der Differenzierungsklausel innerhalb einer gemeinsamen Einrichtung und deren Allgemeinverbindlicherklärung potenziell geeignet, einen

⁷²¹ Greiner, SR 2019 Sonderausgabe Juli, 17 (18); Seiwerth, RdA 2014, 358 (361-362); Waltermann, ZfA 2020, 211 (215-216); diese Entwicklung bereits 1966 beobachtend, Gamillscheg, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 8.

⁷²² Seiwerth, RdA 2014, 358 (362); diese Wertung kann auch aus den Ausführungen zur Bezugnahme Klausel als strukturelles Problem abgeleitet werden, vgl. D. I. 2. d) bb); Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1 (2); Jacobs/Malorny, SR 2022, 1 (1); Mayer, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen, S. 28; Pionteck, Stärkung der Tarifautonomie, S. 33; Höpfner, ZfA 2020, 178 (187-188).

⁷²³ Greiner, SR 2019 Sonderausgabe Juli, 17 (20); Seiwerth, RdA 2014, 358 (361-362); Waltermann, NZA 2014, 874 (878-879).

Anreiz zum Beitritt in Koalitionen zu setzen und die Tarifautonomie damit zu fördern.

Auch wenn eine einzelne Differenzierungsklausel innerhalb eines Tarifvertrags nicht in der Lage sein wird, das grundsätzliche Problem der deutschen Tarifautonomie zu lösen,⁷²⁴ so ist sie doch im Stande, den Tarifvertragsparteien eine Regelungsmöglichkeit an die Hand zu geben, die eine Tarifexklusivität gewährleistet und die mitgliedschaftliche Tarifbindung damit im jeweiligen Teilbereich zumindest fördert. Sie verschafft den Tarifvertragsparteien einen Handlungsspielraum zur Förderung ihrer Attraktivität. Insofern stellt sie die vom TVG standardmäßig beabsichtigte Tarifgeltung entsprechend der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG wieder her. Gleichzeitig bleibt durch die Kombination von Differenzierungsklausel und Allgemeinverbindlicherklärung die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung gewährleistet, wodurch diese besondere Konstruktion regelmäßig erst ermöglicht wird. Denn sollte die gemeinsame Einrichtung ohne Allgemeinverbindlicherklärung funktionsunfähig sein, wäre auch die Möglichkeit einer rechtssicheren Differenzierung der Leistungen unmöglich. Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags einer gemeinsamen Einrichtung mit Differenzierungsklausel stellt damit ein geeignetes Mittel zur Erreichung der angestrebten Ziele dar.

3. Erforderlichkeit

Die geeignete Maßnahme muss im nächsten Schritt auch erforderlich sein. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn sie das mildeste noch ef-

⁷²⁴ Vgl. auch die Einschätzung von *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (220).

fektive Mittel zur Sicherung des schutzwürdigen Interesses darstellt.⁷²⁵ Allerdings steht dem BMAS bei der Feststellung des öffentlichen Interesses im Rahmen der Allgemeinverbindlicherklärung ein Einschätzungsspielraum zu, der nur eine eingeschränkte Überprüfung der jeweiligen Entscheidung zulässt.⁷²⁶ Denn nach der gesetzlichen Regelung des § 5 TVG muss die Allgemeinverbindlicherklärung „im öffentlichen Interesse geboten erscheinen“. Dem Wortlaut lässt sich entnehmen, dass die zur Feststellung des öffentlichen Interesses erforderliche wertende Entscheidung dem BMAS übertragen wurde.⁷²⁷

a) Differenzierungsklausel als staatliche Maßnahme

Differenzierungsklauseln werden in der Literatur als Möglichkeit der Förderung mitgliederschaftlicher Tarifbindung thematisiert,⁷²⁸ typischerweise jedoch nicht als staatliche Maßnahme, sondern als Regelungsmöglichkeit der Tarifvertragsparteien selbst. Als staatliche Maßnahmen zur Förderung der mitgliederschaftlichen Tarifbindung werden stattdessen bislang etwa exklusive Tariföffnungsklauseln⁷²⁹, steuerrechtliche Anreize⁷³⁰ oder die gesetzliche Regelung tarifvertraglicher

⁷²⁵ Statt aller *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 188.

⁷²⁶ Vgl. bereits C. II. 2 b); BAG, Urt. v. 22.09.1993 – 10 AZR 171/92, NZA 1993, 323 (324); BAG, Beschl. v. 21.06.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beil. 2017, 12 (28); *Franzen* in: ErfK, § 5 TVG, Rn. 13; *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 86; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 162-165, 168-169 (mit weiteren Nachweisen).

⁷²⁷ BAG, Beschl. v. 21.06.2016 – 10 ABR 33/15, NZA-Beil. 2017, 12 (28); *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 164.

⁷²⁸ Beispielhaft *Kocher*, NZA 2009, 119 (120-121); *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 21-26; *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (362-363); *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 23-24; *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (217-218).

⁷²⁹ Hierzu *Kingreen*, NZA 2021, 1 (2); *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (222-225).

⁷³⁰ *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize, S. 35-61, 70-73; *Waltermann*, ZfA 2020, 211 (225-227).

Differenzierungsklauseln⁷³¹ diskutiert. Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags einer gemeinsamen Einrichtung mit enthaltener Differenzierungsklausel bietet jedoch die Möglichkeit die Erstreckung zumindest als teilstaatliche Maßnahme in den Blick zu nehmen. Dabei stützt sich auch die Kombination aus Allgemeinverbindlicherklärung und Differenzierungsklausel vom Grundgedanken her auf die mitgliedschaftliche Ausgestaltung des Tarifvertragssystems in dem sie für den jeweiligen Anspruch die systematischen Verhältnisse des § 3 Abs. 1 TVG wiederherstellt. Somit setzt sie am Kern des deutschen Tarifsystems, der mitgliedschaftlichen Ausgestaltung, an.

Um zu einer Kombination der beiden legitimen Zwecke einer solchen Allgemeinverbindlicherklärung zu gelangen, das heißt einerseits die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung zu gewährleisten und andererseits Anreize zur Tarifmitgliedschaft zu setzen, existieren keine anderen Mittel. Insbesondere die in der Literatur diskutierten staatlichen Anreizmöglichkeiten verbinden diese beiden Elemente nicht in gleicher Form. Zudem ist das BMAS in der Gestaltung des Mittels eingeschränkt. Die Allgemeinverbindlicherklärung stellt eine Kombination aus tarifautonomer Regelung und staatlicher Erstreckung dar, das BMAS hat bei der Erstreckung keinerlei Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung des Tarifvertrags. Das Ministerium kann lediglich abwägen, ob ein öffentliches Interesse vorliegt und damit eine Allgemeinverbindlicherklärung erfolgt oder nicht. Die Art der

⁷³¹ *Benecke/Kocher/Böhm/Krause/Cremer/Nebe/Deinert/Seifert/Klocke/Ulber*, AuR 2021, 310 (310-314); rechtliche Bewertung dieses Gesetzesvorschlages bei *Jacobs/Malorny*, SR 2022, 1 (1-10); bezüglich der Spannenklausel eine gesetzliche Regelung fordernd, *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, S. 148-149.

Differenzierung und somit auch des konkreten Anreizes liegt weiterhin in den Händen der Tarifvertragsparteien. Im Gegensatz etwa zur exklusiven Tariföffnungsklausel bleibt es den Tarifvertragsparteien hiermit überlassen, in welcher Leistung sie die Möglichkeit zur Anreizsetzung sehen. Um die grundsätzliche Exklusivität tarifvertraglicher Leistungen wiederherzustellen und den Tarifvertragsparteien die Nutzung ihrer Errungenschaften als Ausgangspunkt zur eigenverantwortlichen Anreizsetzung zu ermöglichen, bleibt dem Staat als echte Alternative nur eine generelle gesetzliche Regelung von Differenzierungsklauseln. Es ist fraglich, ob eine solche gesetzliche Regelung milder wäre, da ihr Geltungsbereich wesentlich umfassender wäre.

Auch die abstrakte Bewertung der Erforderlichkeit ist nur bedingt möglich. Gerade auf dieser Ebene sind die genaue Ausgestaltung des Tarifvertrags, der jeweiligen Leistungen und die Modalitäten der Differenzierungsklausel von Interesse. Daher gilt es im Rahmen der Erforderlichkeit, die jeweilige Ausgestaltung der Differenzierungsklausel genauer zu betrachten.

b) Beschränkte Differenzierungsklausel

Doch auch schon abstrakt lässt sich ein Blick auf mögliche Ausgestaltungsvarianten der Differenzierungsklausel innerhalb einer allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung werfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Erforderlichkeit der Differenzierungsklausel aus einem staatlichen Blickwinkel betrachtet wird. Es geht darum festzustellen, ob eine Allgemeinverbindlicherklärung „im öffentlichen Interesse geboten erscheint“.

Wie bereits erwähnt, muss zwischen beschränkten und allgemeinen Differenzierungsklauseln unterschieden werden.⁷³² Die beschränkten Differenzierungsklauseln verlangen als Tatbestandsvoraussetzung die Mitgliedschaft in einer bestimmten Koalition, während die allgemeinen Klauseln lediglich die Mitgliedschaft in einer beliebigen Koalition fordern. In der Folge greift die Allgemeinverbindlicherklärung beschränkter Differenzierungsklauseln, wie festgestellt, in die kollektive Koalitionsfreiheit anderer Koalitionen ein und verletzt die aus Art. 9 Abs. 3 GG entspringende staatliche Neutralitätspflicht.⁷³³ Daher stellt sich die Frage, ob eine beschränkte Differenzierungsklausel erforderlich ist.

Für das mit der Differenzierungsklausel verfolgte Ziel, die mitgliederschaftliche Tarifbindung und damit die Tarifautonomie insgesamt zu stärken, ist es nicht entscheidend, ob der Einzelne Mitglied einer bestimmten Koalition wird. Zwar fördert auch eine beschränkte Differenzierungsklausel die mitgliederschaftliche Tarifbindung und wird daher auf der vorgelagerten Prüfungsebene noch als geeignet angesehen, aber es liegt gerade nicht im Interesse der Allgemeinheit, nur eine bestimmte Koalition zu fördern.⁷³⁴ Eine solche Förderung widerspräche dem Wesen des Tarifvertragssystems, das maßgeblich auf der freien und individuellen Entscheidung des Einzelnen in einem gewährleisteten Freiraum zur autonomen Gestaltung aufbaut, aus dem sich der Staat weitgehend zurückgezogen hat.⁷³⁵ Entscheidend ist, dass der Einzelne die Koalition wählen kann, die für ihn am besten geeignet ist

⁷³² Hierzu B. I. und D. II. 2. c).

⁷³³ D. II. 2. c).

⁷³⁴ Vgl. *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 248.

⁷³⁵ Vgl. zur Tarifautonomie D. I. 2. b).

und seinen Vorstellungen entspricht. Erst aus dem freien Wettbewerb der Koalitionen um Mitglieder ergibt sich die Richtigkeit und Angemessenheit der durch sie abgeschlossenen Tarifverträge. Damit erhält die Differenzierungsklausel als staatliche Maßnahme eine zusätzliche Dimension gegenüber der standardmäßigen Differenzierungsklausel als tarifvertragliche Ausgestaltung. Der autonome Charakter der Tarifautonomie muss gewahrt bleiben, daher erfordert die Unterstützung der Tarifautonomie von staatlicher Seite insbesondere auch die Wahrung des Koalitionspluralismus und die Beachtung der staatlichen Neutralitätspflicht. Ansonsten handelt es sich nicht um eine Unterstützung der Tarifautonomie, sondern um die Förderung einzelner Koalitionen. Insofern ist die allgemeine Differenzierungsklausel ein wirksamer und milder Anreiz. Die beschränkte Differenzierungsklausel dagegen bietet in dieser Hinsicht keinen Mehrwert. Im Gegenteil, die Allgemeinverbindlicherklärung einer beschränkten Differenzierungsklausel ist nicht erforderlich, weil sie dem Ziel der Förderung der Tarifautonomie, die auch von der Wahlentscheidung des Einzelnen lebt, zuwiderläuft, indem sie ihre Anreizwirkung ausschließlich für eine bestimmte Koalition entfaltet.⁷³⁶

Damit scheidet die Allgemeinverbindlicherklärung von beschränkten Differenzierungsklauseln bereits im Rahmen einer abstrakten Bewertung aus, sie liegt nicht im öffentlichen Interesse.⁷³⁷ Anders verhält es sich hingegen bei der allgemeinen Differenzierungsklausel, die im Rahmen der abstrakten Beurteilung im Vergleich erforderlich bleibt.

⁷³⁶ Vgl. auch hinsichtlich des Zwecks der Allgemeinverbindlicherklärung, *Prokop*, Die Allgemeinverbindlicherklärung, S. 203-204; *Sittard*, Tarifnormerstreckung, S. 119-120.

⁷³⁷ So im Ergebnis auch *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 248-249.

4. Angemessenheit

Schließlich ist im Rahmen der Angemessenheit die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne in den Blick zu nehmen. Die mit der Maßnahme verbundenen Auswirkungen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu dem erreichten Nutzen stehen.⁷³⁸ Es bedarf einer Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen.

a) Undifferenzierte Beitragspflicht

Die Kombination aus Differenzierungsklausel und undifferenzierter Beitragspflicht greift in die negative Koalitionsfreiheit der beitragsbelasteten Außenseiter-Arbeitgeber nach Art. 2 Abs. 1 GG ein,⁷³⁹ da sie den Außenseiter-Arbeitgeber zu einer mitgliedstypischen Beitragspflicht verpflichtet. Dieser Eingriff soll damit gerechtfertigt werden, dass die mitgliedschaftliche Tarifbindung gestärkt wird, indem mittels Differenzierungsklauseln exklusive Tarifyhalte geschaffen und somit Anreize für einen Koalitionsbeitritt gesetzt werden. Hinter diesem Argument steht zudem die in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte Pflicht des Staates, ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem zu gewährleisten.

Die Unterstützung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung, indem durch Differenzierungsklauseln Anreize zum Koalitionsbeitritt auf Arbeitnehmerseite geschaffen werden, ist grundsätzlich zu befürworten. Zwar lebt die Tarifautonomie vom Organisationsgrad auf beiden Seiten eines Tarifvertrags, eine Förderung des Organisationsgrades

⁷³⁸ Statt vieler *Grzeszick* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20, VII., Rn. 119.

⁷³⁹ Entgegen der hier vertretenen Ansicht wird die negative Koalitionsfreiheit zum Teil auch in Art. 9 Abs. 3 GG verortet, vgl. D. II. 2. a) aa).

der Arbeitnehmer führt jedoch regelmäßig zu einer parallelen Organisation auf der Arbeitgeberseite und damit zu einer Stärkung der mitgliedschaftlichen Basis der Tarifautonomie insgesamt.⁷⁴⁰ Bei der Beurteilung der Maßnahme im Rahmen des öffentlichen Interesses i.S.d. § 5 TVG ist jedoch sowohl die Perspektive der Tarifvertragsparteien als auch die der Außenseiter zu berücksichtigen. Dabei ist zu bedenken, dass es der Staat in Gestalt des BMAS ist, auf dessen Regelungsmacht die Erstreckungswirkung beruht.

Aus der Außenseiterperspektive durchbricht eine undifferenzierte Beitragspflicht die mitgliedschaftlichen Grenzen der Tarifautonomie, indem sie unbeteiligte Außenseiter zur Stützung der Tarifautonomie heranzieht. Grundlage der Tarifautonomie ist die Ausfüllung des Regelungsbereichs der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Betroffenen selbst. Es wird davon ausgegangen, dass die unmittelbar Betroffenen am besten wissen, was ihren gemeinsamen Interessen entspricht.⁷⁴¹ Ziel der mitgliedschaftlichen Ausrichtung ist es daher, jedem Einzelnen die eigenverantwortliche Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu ermöglichen, indem durch den Zusammenschluss zu Koalitionen der notwendige Ausgleich der Machtverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erreicht wird.⁷⁴² Der aus diesem Ausgleich resultierende Verhandlungsprozess auf Augenhöhe garantiert passgenaue, richtige und angemessene Ergebnisse und Arbeitsbedingungen (Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags) und

⁷⁴⁰ Siehe bereits B. I. und D. I. 2. b).

⁷⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 27.02.1973 – 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 (317); *Richardi*, NZA 2013, 408 (409).

⁷⁴² Vgl. *Rudkowski*, NZA 2021, 315 (317).

macht damit den Rückzug des Staates aus dem Regelungsbereich gerade möglich. In dem Maße, in dem die Tarifautonomie damit auf die Eigenverantwortung der Beteiligten setzt, begrenzt sie gleichzeitig die Regelungsmöglichkeiten der Koalitionen. Die Tarifvertragsparteien können konsequenterweise nur solche Leistungen vereinbaren, die sie auch selbst erbringen können und die sich personell auf ihre Mitglieder beziehen.⁷⁴³ Damit bildet das Tarifvertragssystem grundsätzlich einen abgeschlossenen Bereich, der auf die tarifgebundenen Mitglieder begrenzt ist. Die Regelungsmöglichkeiten werden durch die Allgemeinverbindlicherklärung zwar faktisch erweitert, der Unterschied zur normalen Allgemeinverbindlicherklärung besteht vorliegend aber darin, dass mit einer undifferenzierten Beitragspflicht nicht nur der Geltungsbereich einer tarifwirksamen Regelung erstreckt werden sollen, deren Richtigkeit und Angemessenheit aus dem tarifvertraglichen Verhandlungsprozess resultiert, sondern dass eine Regelung geschaffen wird, die ausschließlich für Außenseiter bestimmt ist und diese wie Mitglieder zu Leistungen verpflichtet, die mittelbar die Tarifvertragsparteien unterstützen.⁷⁴⁴

Die Maßnahme missachtet demnach die mitgliedschaftlichen Grundlagen, die sie auf Arbeitnehmerseite zu schützen versucht. Zudem entspricht sie nicht mehr der ursprünglichen Intention einer Differenzie-

⁷⁴³ *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (136); vgl. *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 65-81.

⁷⁴⁴ Schon auf tarifvertraglicher Ebene ablehnend *Böttcher*, Die gemeinsame Einrichtung, S. 69-70, 107-110; ebenso ablehnend, aber auf Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung *Stahlhacke* in: Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG, § 5, Rn. 31; vgl. auch hinsichtlich des Unterschieds zur standardmäßigen Allgemeinverbindlicherklärung *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129 (138).

rungsklausel. Diese soll die Attraktivität und die Vorteile einer Tarifbindung wieder herstellen, indem sie die in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG angelegte Exklusivität der tarifvertraglich ausgehandelten Leistungen gewährleistet und sichert. Im Gegensatz dazu wirbt die Kombination aus differenzierten Leistungen und undifferenzierter Beitragspflicht mit Vorteilen, die aus der Tarifautonomie allein nicht erbracht werden können. Der so geschaffene Anreiz hat mit dem eigentlichen Tarifvertragssystem, seinen Vorteilen und seinem autonomen Charakter nicht mehr viel gemeinsam, sondern beruht auf einem staatlichen Eingriff in das selbstbestimmte System, der nach dem Grundgedanken der Allgemeinverbindlicherklärung eigentlich auf ein Minimum beschränkt werden sollte.⁷⁴⁵ Eine undifferenzierte Beitragspflicht kann daher auch nicht mit der Notwendigkeit gerechtfertigt werden, den Tarifvertragsparteien Instrumente an die Hand zu geben, mit denen sie die Attraktivität der Mitgliedschaft sichern können. Denn die Kombination von Differenzierungsklausel und undifferenzierter Beitragspflicht schießt insoweit über das verfolgte Ziel hinaus und ermöglicht eine Regelung, die nur im Zusammenspiel mit der staatlichen Regelungsmacht möglich wird und damit nicht mehr im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft und ihren Vorteilen steht. Ein Eingriff zur Stützung des Tarifvertragssystems setzt jedoch voraus,⁷⁴⁶ dass er den systematischen Grundentscheidungen des Tarifvertragssystems Rechnung trägt und die Anreizsetzung aus dem System heraus ermöglicht. Ein Schutzversuch, der sich an anderer Stelle gegen diese systematischen Grundentscheidungen richtet, kann nicht als wirksamer Schutz angesehen werden.

⁷⁴⁵ Siehe hierzu C. II. 1. b) aa) (2).

⁷⁴⁶ Diesen führt *Deinert* als Rechtfertigungsgesichtspunkt eines potenziellen Eingriffs an, vgl. *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 66.

Auch das mit einer gemeinsamen Einrichtung regelmäßig verbundene Solidaritäts-/ Versicherungsprinzip bzw. das Sozialstaatsprinzip kann die Überschreitung der Mitgliederbasis und die damit verbundene Ausweitung der Beitragspflicht nicht rechtfertigen.⁷⁴⁷ Üblicherweise ist es der Grundgedanke einer gemeinsamen Einrichtung, die bestehenden Lasten auf eine Vielzahl von Schultern zu verteilen und Leistung zu gewähren, die der einzelne Arbeitgeber nicht leisten kann, doch bedarf es zur Rechtfertigung dieser Umverteilung über das Solidaritätsprinzip in einem ersten Schritt der Rechtfertigung der grundsätzlichen Belastung mit den zu finanzierenden Leistungen.⁷⁴⁸ Die Erstreckung und Umverteilung der Lasten kann dabei insbesondere nicht allein mit der Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung begründet werden.⁷⁴⁹ Das grundsätzliche öffentliche Interesse an der Erstreckung gemeinsamer Einrichtungen und der Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit beruht im Wesentlichen auf der mit ihnen regelmäßig verfolgten sozialen Sicherung aller Arbeitnehmer einer Branche oder der Lösung spezifischer branchentypischer Strukturprobleme.⁷⁵⁰ Die mit dieser sozialen Sicherung verbundenen Lasten werden dann solidarisch auf die betroffenen Arbeitgeber verteilt. Durch die Differenzierung auf der Leistungsseite nehmen die Tarifvertragsparteien der jeweiligen Leistung jedoch den ihr innewohnenden sozialstaatlichen Charakter. Die Erstreckung der Lasten lässt sich damit nicht mehr aus

⁷⁴⁷ Wesentlicher Rechtfertigungsgesichtspunkt des EGMR, Urt. v. 02.06.2016 – 23646/09 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland), NZA 2016, 1519 (1520), Rn. 54.

⁷⁴⁸ *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (83-84).

⁷⁴⁹ Vgl. C. II. 1. c).

⁷⁵⁰ Vgl. C. II. 1. c); *Preis/Povedano Peramato*, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung, S. 55.

dem übergeordneten Sozialstaatsprinzip ableiten und dementsprechend kann sich das BMAS zur Rechtfertigung der konkreten Beitragsverpflichtung nicht mehr auf einen im öffentlichen Interesse liegenden sozialen Schutz berufen.

Die undifferenzierte Beitragspflicht greift damit unangemessen in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber ein und ist nicht gerechtfertigt.⁷⁵¹ Die Finanzierung von Koalitionsanreizen durch die Heranziehung von Außenseitern und die damit verbundene Durchbrechung der mitgliedschaftlichen Basis liegt bei Aufrechterhaltung des bestehenden mitgliedschaftlichen Tarifvertragssystems nicht im öffentlichen Interesse.

b) Differenzierte Beitragspflicht

Anders sind dagegen Tarifverträge zu beurteilen, in denen die Differenzierungsklausel auf der Leistungsseite mit einer ebenfalls differenzierten Beitragspflicht zur gemeinsamen Einrichtung kombiniert wird, also der parallele Ausschluss der Außenseiter-Arbeitgeber von der konkreten Beitragspflicht entsprechend festgelegt wird. Die differenzierte Beitragspflicht greift nicht in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber ein, sobald diese von der Finanzierung der differenzierten Leistung und damit von der Finanzierung des Werbeeffekts für den Koalitionsbeitritt ausgeschlossen sind. Die Differenzierung kollidiert auf dieser Ebene nur mit dem durch die gemeinsame Einrichtung und die Allgemeinverbindlicherklärung regelmäßig ver-

⁷⁵¹ A.A., aber ohne speziellen Blick auf die Sonderkonstellation der gemeinsamen Einrichtung, *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 66-68.

folgten allgemeinen sozialpolitischen Schutzinteresse. Denn diese sozialpolitische Wirkung entfällt zumindest für die differenzierte Leistung. Dennoch ist es denkbar, dass mit der Erstreckung des Tarifvertrags im Ganzen ein sozialpolitisches Ziel verfolgt wird.⁷⁵²

Zugleich steht die mit der Allgemeinverbindlicherklärung des jeweiligen Tarifvertrages verbundene Unterstützung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung als staatliches Interesse nicht generell außer Verhältnis zu der zurücktretenden sozialpolitischen Zwecksetzung. Denn beide Gemeinwohlbelange lassen sich unmittelbar aus der Verfassung ableiten. Während sich das sozialpolitische Interesse aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) ableiten lässt, ist die hinter der Unterstützung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung stehende Verpflichtung zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems aus Art. 9 Abs. 3 GG abzuleiten. Ebenso ist es unerheblich, ob der sozialpolitische Vorteil für die Außenseiter geringer ist als für die von der Differenzierung nicht betroffenen Mitglieder der Tarifvertragsparteien. Dies entspricht vielmehr der Entscheidung der Außenseiter, dem Tarifvertragssystem fernzubleiben. Entscheidend ist insoweit der konkrete Einzelfall, es kommt auf die sozialpolitische Schutzbedürftigkeit, den spezifischen Inhalt der differenzierenden Klausel und im Vergleich dazu auf den durch den restlichen Tarifvertrag weiterhin gewährleisteten Schutz an.

⁷⁵² Eine nur teilweise Allgemeinverbindlicherklärung ist nach hier vertretener Auffassung nicht zulässig, vgl. C. II. 3. a).

5. Abwägungsergebnis: öffentliches Interesse

Das öffentliche Interesse an der Erstreckung von Tarifverträgen gemeinsamer Einrichtungen mit enthaltener Differenzierungsklausel hängt demnach davon ab, wie deren Finanzierung gewährleistet wird. Exklusive tarifvertragliche Leistungen können allein aus dem Tarifvertragssystem heraus finanziert werden. Eine Differenzierungsklausel innerhalb eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen kann damit nur dann innerhalb des öffentlichen Interesses liegen, wenn sie spiegelbildlich auf Arbeitgeberseite durch eine differenzierte Beitragspflicht ergänzt wird. Hingegen greift die Finanzierung über eine undifferenzierte Beitragspflicht hinaus unangemessen in die negative Koalitionsfreiheit der betroffenen Außenseiter-Arbeitgeber ein und widerspricht der mitgliedschaftlichen Ausgestaltung des Tarifsystems.

IV. Gleichheitssatz

Die Normierung von Differenzierungsklauseln führt zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Behandlung verschiedener Personengruppen. Damit stellt sich abschließend die Frage, inwiefern der Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG auf die Abwägung des öffentlichen Interesses einwirkt.

Art. 3 GG verlangt vom Grundrechtsverpflichteten die Gleichbehandlung der Betroffenen, lässt allerdings gerechtfertigte Ungleichbehandlungen zu. Zur Rechtfertigung einer verfassungsrechtlich relevanten

Ungleichbehandlung zieht das BVerfG einen stufenlosen, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Prüfungsmaßstab heran.⁷⁵³ Dieser ist abhängig von der Intensität der jeweiligen Beeinträchtigung und reicht von einer bloßen Willkürkontrolle bis hin zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Intensität der Beeinträchtigung bemisst sich dabei anhand ihrer Nähe zu einem Differenzierungsmerkmal des Art. 3 Abs. 3 GG, dem Ausmaß der Beeinträchtigung von Freiheitsrechten und inwieweit nach personenbezogenen Merkmalen differenziert wird, auf die der Betroffene keinerlei Einfluss hat.⁷⁵⁴

1. Ungleichbehandlung von Außenseiter-Arbeitnehmern

Der Außenseiter-Arbeitnehmer wird durch die tarifvertragliche Differenzierungsklausel faktisch schlechter gestellt als der tarifgebundene Arbeitnehmer. Denn ihm ist es als Außenseiter nicht möglich, an die differenzierte Leistung zu gelangen. Diese Ungleichbehandlung von gewerkschaftlich organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern ist gerade der Zweck der Differenzierungsklausel. Damit differenzieren tarifvertragliche Differenzierungsklauseln zwar zwischen Personengruppen (Organisierten und Außenseiter), doch handelt es sich bei der Mitgliedschaft in einer Tarifvertragspartei nicht um ein personenbezogenes Merkmal, auf welches der Betroffene keinerlei Einfluss hat.⁷⁵⁵ Auch innerhalb eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags einer gemeinsamen Einrichtung liegt es vielmehr gerade in der Hand des

⁷⁵³ BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 BvL 21/11, BVerfGE 130, 131 (142-143); BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49 (68-69); *Kirchhof* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 240-241.

⁷⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 BvL 21/11, BVerfGE 130, 131 (142-143); BVerfG, Beschl. v. 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49 (68-69); *Kirchhof* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 1, Rn. 240-241.

⁷⁵⁵ *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 206-207.

betroffenen Arbeitnehmers, ob er sich für eine Mitgliedschaft oder gegen die Mitgliedschaft entscheidet. Des besonders strengen Prüfungsmaßstabs bedarf es aber insbesondere dort, wo es dem Betroffenen durch sein Verhalten gar nicht oder nur schwer möglich ist, die Begünstigung zu erreichen und er der Differenzierung ausgeliefert ist.⁷⁵⁶ Damit ist der Prüfungsmaßstab vorliegend eher in Richtung einer Willkürprüfung anzusiedeln.

Bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass sich die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen mit enthaltener differenzierter Leistung aus der Sicht des Außenseiter-Arbeitnehmers wie eine nicht erfolgte Allgemeinverbindlicherklärung darstellt. Aus seiner Perspektive ist es unerheblich, ob ihm die Leistung wegen der Differenzierungsklausel oder wegen der fehlenden Allgemeinverbindlicherklärung nicht zugutekommt.⁷⁵⁷ Die fehlende Erstreckung entspricht dabei gerade seiner individuellen Entscheidung, nicht Tarifmitglied zu werden. Es wäre widersprüchlich, könnte sich der Arbeitnehmer gegen die Mitgliedschaft in einer Koalition entscheiden und dann über Art. 3 GG die eigens hervorgerufene Ungleichbehandlung beanstanden. Entsprechend führt das BAG richtigerweise aus, dass kein grundsätzlicher Anspruch auf Gleichbehandlung mit Tarifmitgliedern existiert.⁷⁵⁸

Zudem ist die Differenzierung zwischen Tarifmitgliedern und Außenseitern grundlegend in der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG

⁷⁵⁶ So zur tarifvertraglichen Differenzierungsklausel *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 207.

⁷⁵⁷ So auch *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 248, vgl. *Deinert*, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, S. 71.

⁷⁵⁸ BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1034), Rn. 54.

angelegt und hat in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG ihren einfachgesetzlichen Niederschlag gefunden.⁷⁵⁹ Die hier in Rede stehende Differenzierungsklausel stellt diesen Zustand wieder her. Würde man also die Ungleichbehandlung durch die Differenzierungsklausel für problematisch halten, müsste man sich diese Frage in Bezug auf das gesamte TVG⁷⁶⁰ und die Tarifautonomie als solche stellen. Insbesondere erscheint die Differenzierung zwischen Mitgliedern und Außenseitern daher mit Blick auf die mitgliedschaftliche Grundlage des Tarifvertragssystems nicht willkürlich. Die Gewerkschaftszugehörigkeit ist daher ein zulässiges Differenzierungsmerkmal und die Differenzierungsklausel stellt keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG dar.

2. Ungleichbehandlung von Arbeitgebern

Aus Sicht der Außenseiter-Arbeitgeber ist eine Ungleichbehandlung nicht relevant, da sie durch die Differenzierungsklausel und die freiheitsrechtlich gebotene differenzierte Beitragspflicht nicht beitragspflichtig und somit nicht belastet sind. Allerdings ist die Differenzierung der Beitragspflicht aus Sicht der tarifgebundenen Arbeitgeber relevant, da sie einen höheren Beitrag an die gemeinsame Einrichtung leisten müssen als die Außenseiter-Arbeitgeber. Doch auch die Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern ist im Tarifvertragssystem angelegt. Der tarifgebundene Arbeitgeber wird zwangsläufig anders belastet als der nicht tarifgebundene. Insofern gelten hier die gleichen Überlegungen, die bereits

⁷⁵⁹ Vgl. etwa D. I. 2. b) und d); BAG, Urt. v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 (1034), Rn. 50; *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, S. 152-153, 116; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, S. 208.

⁷⁶⁰ So richtigerweise *Kocher*, NZA 2009, 119 (120).

im Zusammenhang mit den Außenseiter-Arbeitnehmern angestellt wurden. Die Ungleichbehandlung ist mit Blick auf die Tarifautonomie und das Tarifvertragssystem zumindest nicht willkürlich und damit gerechtfertigt.

3. Exkurs: Nicht differenzierte Beitragspflicht

Unter der hypothetischen Annahme, dass eine nicht differenzierte Beitragspflicht aus freiheitsrechtlicher Sicht zu rechtfertigen wäre, ergeben sich hinsichtlich der Außenseiter-Arbeitnehmer keinerlei Änderung an der Bewertung im Rahmen der Prüfung von Art. 3 Abs. 1 GG. Zudem wäre anders als bei der differenzierten Beitragspflicht auf der Arbeitgeberseite bereits keine Ungleichbehandlung feststellbar, denn Außenseiter-Arbeitgeber und tarifgebundener Arbeitgeber wären gleichermaßen beitragsverpflichtet.

Art. 3 Abs. 1 GG verbietet jedoch ebenso die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.⁷⁶¹ In dieser Hinsicht könnte man in den Blick nehmen, ob sich bei einer undifferenzierten Beitragspflicht ein „Recht auf Ungleichbehandlung“ der Außenseiter-Arbeitgeber ergibt. Allerdings handelt es sich hierbei um dieselben Überlegungen, die bereits im Rahmen der freiheitsrechtlichen Betrachtung hinsichtlich der Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG bezogen auf mitgliedstypische Beitragspflichten und die Möglichkeit einer undifferenzierten Beitragspflicht angestellt wurden.⁷⁶² Insofern erscheint es jedoch sachgerechter, diese im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG zu prüfen.

⁷⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 21.06.2006 – 2 BvL 2/99, BVerfGE 116, 164 (180); Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 3, Rn. 12.

⁷⁶² Vgl. daher D. II. 3. b) bb) (2) und D. III. 4. a).

4. Auswirkungen auf das öffentliche Interesse

Der Gleichheitssatz hat damit vorliegend keine weiteren Auswirkungen auf das öffentliche Interesse. Art. 3 GG steht der Allgemeinverbindlicherklärung einer Differenzierungsklausel kombiniert mit einer differenzierten Beitragspflicht innerhalb eines Tarifvertrags über gemeinsame Einrichtungen nicht entgegen.

V. Sinnhaftigkeit der Differenzierungsklausel

Nach diesem Ergebnis stellt sich erneut die Frage, inwieweit eine Differenzierungsklausel innerhalb eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages der gemeinsamen Einrichtungen sinnvoll ist.

Insofern ist fraglich, inwieweit eine differenzierte Leistung in Verbindung mit einer differenzierten Beitragspflicht noch zielführend ist und zur Grundintention eines Anreizes zur Tarifbindung beiträgt. Im Grunde wird für die konkrete Leistung der Zustand einer nicht allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung hergestellt. Die Allgemeinverbindlicherklärung einer solchen Leistung hat damit keinen unmittelbaren Nutzen. Die Tarifvertragsparteien haben aber die Möglichkeit, eine Leistung in einer zukünftig allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung zu regeln, auch wenn sie deren Exklusivität beibehalten wollen. Sie sind nicht gezwungen, eine solche Leistung getrennt von der übrigen gemeinsamen Einrichtung zu regeln.

Diese Möglichkeit wird daher in der Praxis wohl keine wirkliche Wirkung entfalten können. Zwar ist denkbar, dass es sich bei den so differenzierten Leistungen nach wie vor um Leistungen handelt, die der einzelne Arbeitgeber nicht erbringen kann und die eine Umlage auf

alle tarifgebundenen Arbeitgeber erfordern. Allerdings ist das eingangs erwähnte Potenzial ohne die Beitragspflicht der Außenseiter-Arbeitgeber deutlich geringer. Dennoch bleibt nur so der mitglied-schaftliche Charakter des Tarifvertragssystems erhalten.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Zulässigkeit auf Ebene des Tarifvertrags

Zur Prüfung der Zulässigkeit einer Differenzierungsklausel in einem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag gemeinsamer Einrichtungen ist zwischen der Regelungsebene des Tarifvertrages und der Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung zu unterscheiden. Nur an eine zulässige Regelung auf der Ebene des Tarifvertrages kann im Anschluss die Allgemeinverbindlicherklärung anknüpfen. Denn das auf der Ebene des Tarifvertrags erzielte Ergebnis soll durch die Allgemeinverbindlicherklärung ohne inhaltliche Anpassung erstreckt werden.

Für die Prüfung auf der Ebene des Tarifvertrages kann ein dreistufiges Prüfungskonzept herangezogen werden. Zunächst sind die Regelungszuständigkeit und Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien festzustellen, sodann ist die inhaltliche Rechtmäßigkeit der Regelung zu prüfen. Es konnte festgestellt werden, dass die Tarifvertragsparteien bei der Regelung gemeinsamer Einrichtungen sowohl hinsichtlich ihrer Regelungszuständigkeit als auch ihrer Regelungsbefugnis allein an die Grenzen des Art. 9 Abs. 3 GG gebunden sind. Gleichzeitig liegt die Vereinbarung einfacher Differenzierungsklauseln innerhalb dieser Grenzen und ist grundsätzlich inhaltlich rechtmäßig. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Intention einer späteren Allgemeinver-

bindlicherklärung eines entsprechenden Tarifvertrages, da die Intention der Allgemeinverbindlicherklärung auf dieser Ebene keine Wirkung entfalten kann. Widersprüche und Probleme im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung können sich nur auf dieser späteren Ebene auswirken. Die Normierung einer einfachen Differenzierungsklausel in einem Tarifvertrag der gemeinsamen Einrichtung ist daher grundsätzlich zulässig.

II. Zulässigkeit auf Ebene der Allgemeinverbindlicherklärung

Bei der Allgemeinverbindlicherklärung handelt es sich um einen Rechtsakt sui generis, der teils privatautonom, teils staatlichen Charakter hat. Im Wesentlichen werden tarifliche Regelungen staatlich erstreckt, sodass sie auch gegenüber Außenstehenden normativ wirken.

Die einzige echte materielle Voraussetzung für die Allgemeinverbindlicherklärung ist neben einem wirksamen Tarifvertrag, dass die Erstreckung der Normen im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Eine konkrete und abschließende Definition dieses unbestimmten Rechtsbegriffs ist nicht möglich. Er erfordert eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Interessen. Zur Systematisierung dieser Abwägung sind die grundlegenden Erstreckungsinteressen sowie alle gegenläufigen Interessen zu ermitteln. Die eigentliche Abwägung dieser Interessen orientiert sich dann am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Angesichts des teilstaatlichen Charakters der Allgemeinverbindlicherklärung und der Tatsache, dass sich die Allgemeinverbindlicherklärung aus der Sicht des Außenstehenden als staatliche Rechtsetzung darstellt, erscheint es sachgerecht, diesen aus dem Rechtsstaatsprinzip ab-

geleiteten Grundsatz, der seinerseits freiheitsbeschränkende Maßnahmen des Staates begrenzt, zur Systematisierung der Abwägung heranzuziehen.

Für die Bestimmung der abwägungsrelevanten grundlegenden Interessen an einer Allgemeinverbindlicherklärung kommt es insbesondere auf den Sinn und Zweck des Rechtsinstituts an. Denn der unbestimmte Rechtsbegriff des „öffentlichen Interesses“ ist unter Beachtung des rechtlichen Kontexts auszulegen, in dem er Verwendung findet. Die beiden Hauptzwecke der Allgemeinverbindlicherklärung sind zum einen der Schutz bzw. die Stützung des Tarifvertragssystems und zum anderen die sozial- und arbeitsmarktpolitische Schutzfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung.

Durch eine Differenzierungsklausel wird lediglich ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal in die jeweilige Anspruchsgrundlage aufgenommen. Jeder Leistung liegen in ihrem Tatbestand spezifische Anforderungen zugrunde, die erfüllt sein müssen, um die Leistung zu erhalten. Grundsätzlich unterscheidet sich das mit einer Differenzierungsklausel normierte Merkmal der Gewerkschaftszugehörigkeit nicht von anderen Tatbestandsmerkmalen. Insofern besteht rechtstechnisch kein Unterschied zwischen einer Differenzierungsklausel und anderen Tatbestandsmerkmalen. Für eine Allgemeinverbindlicherklärung gelten daher die gleichen Voraussetzungen wie für normale tarifvertragliche Regelungen, entscheidend ist allein das „öffentliche Interesse“ an der Allgemeinverbindlicherklärung. Zudem stehen Differenzierungsklauseln der mit der Allgemeinverbindlicherklärung verfolgten Wirkung nicht grundsätzlich entgegen. Zwar beeinträchtigt eine Differenzie-

rungsklausel die sozial- und arbeitsmarktpolitische Wirkung einer Allgemeinverbindlicherklärung, diese kann aber zum einen dennoch verfolgt werden, da die Differenzierung immer nur Teilaspekte des Tarifvertrages betrifft und zum anderen liegt der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung nicht allein im Außenseiterschutz. Gegen die Erstreckung einer Differenzierungsklausel im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken. Erforderlich ist jedoch die Prüfung des „öffentlichen Interesses“ an der Erstreckung der betreffenden Regelung.

III. Veränderte Wirkung der Differenzierungsklausel

Innerhalb eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags gemeinsamer Einrichtung würden Differenzierungsklauseln eine besondere Anreizwirkung entfalten. Aufgrund der Möglichkeit, Differenzierungsklauseln im Standardtarifvertrag durch eine angepasste Bezugnahmeklausel zu umgehen, entfalten sie dort lediglich eine begrenzte Anreizwirkung. Innerhalb eines nicht allgemeinverbindlichen Tarifvertrages einer gemeinsamen Einrichtung sind Differenzierungsklauseln aufgrund der einer gemeinsamen Einrichtung immanenten Differenzierung wiederum überflüssig. Doch sobald der Tarifvertrag einer gemeinsamen Einrichtung erstreckt werden soll, sichern Differenzierungsklauseln die Exklusivität des jeweiligen Anspruchs. Sie könnten dann aufgrund des Dreiecksverhältnisses zur gemeinsamen Einrichtung und der regelmäßig faktischen Probleme bei der einzelvertraglichen Leistungserbringung nicht durch eine Bezugnahmeklausel umgangen werden und die Anreizwirkung wäre stärker als im Standardtarifvertrag.

IV. Öffentliches Interesse

Damit konnte festgestellt werden, dass es für die Beurteilung der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen gemeinsamer Einrichtungen allein auf die Abwägung im Rahmen des Merkmals „öffentliches Interesse“ gemäß § 5 TVG ankommt.

1. Grundsätzliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung

Als grundsätzliche Interessen an einer Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gemeinsamer Einrichtungen, die eine Differenzierungsklausel enthalten, konnten die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung und insbesondere die Stärkung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung herausgearbeitet werden.

Bei gemeinsamen Einrichtungen wird durch die Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages regelmäßig die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Einrichtung gewährleistet. Denn die über gemeinsame Einrichtungen erbrachten Leistungen erfordern oftmals eine finanzielle Lastenverteilung (Versicherungsprinzip). Diesem Interesse an der Finanzierung der gemeinsamen Einrichtung steht die Differenzierungsklausel auf dieser Ebene nicht entgegen. Es konnte festgestellt werden, dass einfachgesetzlich kein zwingender unmittelbarer Zusammenhang zwischen der differenzierten Leistung und der Beitragspflicht besteht und die Differenzierungsklausel daher auf der Leistungsseite nicht automatisch zur Differenzierung der Beitragspflicht führen muss. Vielmehr ist das Rechtsinstitut der gemeinsamen Einrichtung so ausgestal-

tet, dass es den Tarifvertragsparteien eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten belässt, es ist entwicklungs offen konzipiert. Eine generell enge Verknüpfung von Leistungs- und Beitragsseite könnte dies nicht gewährleisten. Gleichzeitig ist zu beachten, dass eine Differenzierungsklausel regelmäßig nur Teilbereiche des Tarifvertrages differenziert. Es ist daher möglich, dass die Allgemeinverbindlicherklärung insgesamt für die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Einrichtung erforderlich bleibt, auch wenn die Finanzierung einzelner Leistungen durch eine Differenzierungsklausel belastet sein sollte.

Besondere Beachtung findet die Stärkung der mitgliedschaftlichen Tarifbindung als grundlegendes Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung. Die Tarifautonomie ist aufgrund ihrer Schutz- und Ordnungsfunktion und ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung elementarer Bestandteil der deutschen Arbeitsrechtsordnung. Ausgangspunkt der Tarifautonomie ist dabei die Mitgliedschaft in Koalitionen. Denn nur durch den Zusammenschluss der Mitglieder entsteht die Möglichkeit und Legitimation der Koalitionen, den durch die Tarifautonomie gewährleisteten Freiraum eigenverantwortlich auszufüllen. Die Mitgliedschaft in Koalitionen nimmt jedoch immer weiter ab und schwächt damit die Tarifautonomie. Dies lässt sich nicht zuletzt auf strukturelle Probleme innerhalb des Tarifvertragssystems zurückführen. Der ursprünglich wichtigste Anreiz für den Beitritt zu einer Koalition ist der Tarifvertrag selbst. Allerdings verliert dieser aufgrund der Möglichkeit von Bezugsnahmeklauseln eine Anreizwirkung. Eine Wiederherstellung dieser Anreizwirkung liegt im öffentlichen Interesse, da nur so die Grundlage der Tarifautonomie effektiv unterstützt werden kann.

2. Gegenläufige Interessen

Als gegenläufige Interessen konnten die Verringerung der sozialpolitischen Schutzfunktion der Allgemeinverbindlicherklärung, je nach konkretem Einzelfall die positive Koalitionsfreiheit Andersorganisierter, die kollektive Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalitionen sowie die Beitragspflicht als Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber identifiziert werden.

Für den Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit der Koalitionen ist die Ausgestaltung der Differenzierungsklausel entscheidend. Denn ausschließlich eine beschränkte Differenzierungsklausel verletzt die staatliche Neutralitätspflicht und greift damit bei ihrer Allgemeinverbindlicherklärung in die kollektive Koalitionsfreiheit ein. Allgemeine Differenzierungsklausel hingegen bevorzugen keine konkrete Koalition und greifen damit auch nicht in die kollektive Koalitionsfreiheit ein.

Ein besonderer Schwerpunkt liegt in der Betrachtung der Beitragsverpflichtung der Arbeitgeber zur Finanzierung der Leistungen der gemeinsamen Einrichtung. Es konnte festgestellt werden, dass in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EGMR, die Auferlegung einer mitgliedstypischen Beitragspflicht in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber eingreift. Denn der Schutzbereich des Grundrechts muss neben dem formalen Zwang zur Mitgliedschaft auch vor Folgen und Belastungen schützen, die zwar keine formale Koalitionsmitgliedschaft begründen, die aber typischerweise nur Mitgliedern auferlegt werden können. Die Kombination einer Differenzierungsklausel auf der Leistungsseite der gemeinsamen Einrichtung

und einer undifferenzierten Beitragspflicht, die durch die Allgemeinverbindlicherklärung auch Außenseiter-Arbeitgeber verpflichtet, führt zu einer Zwangsfinanzierung exklusiver tarifvertraglicher Leistungen und damit zu einem Anreiz, Koalitionen beizutreten. Die Finanzierung exklusiver Leistungen sowie Werbemaßnahmen und die Attraktivität der Koalitionen ist jedoch üblicherweise eine mitgliedstypische Pflicht. Damit werden die Außenseiter-Arbeitgeber, zu Leistungen bzw. Pflichten herangezogen, als wären sie Mitglieder der betreffenden Koalition. Sie werden dadurch in ihrer negativen Koalitionsfreiheit verletzt.

Hiervon abweichend greift die Differenzierungsklausel aber nicht in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer ein. Das als „Fernbleiberecht“ bezeichnete Grundrecht entspringt der Eigenverantwortung, Selbstbestimmung und verfassungsrechtlichen Freiheit des Einzelnen und ist entgegen der herrschenden Meinung nicht in Art. 9 Abs. 3 GG, sondern in Art. 2 Abs. 1 GG verankert. Dies entspricht der völlig unterschiedlichen Zweckrichtung von positiver und negativer Koalitionsfreiheit. Während die positive Koalitionsfreiheit gerade den Zusammenschluss und die Betätigung als Kollektiv gewährleistet und schützt, geht es bei der negativen Koalitionsfreiheit allein um den Schutz der in Art. 2 Abs. 1 GG adressierten individuellen Freiheit. Mit Blick auf diese Verortung liegt ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vor, wenn dem Außenseiter keine rechtliche Handlungsmöglichkeit zur Erlangung des betreffenden Vorteils verbleibt. Auf der Eingriffsebene kommt es nicht auf einen rein faktischen Beitrittsdruck der Differenzierung an, da die Schlechterstellung des Außenseiters Folge seiner freien Entscheidung ist, einer Koalition nicht beizutreten. Die entsprechende Besserstellung ist gerade Sinn

und Zweck der positiven Koalitionsfreiheit, so dass es nicht darauf ankommt, wie der konkrete Vorteil ausgestaltet ist. Solange es dem Außenseiter grundsätzlich rechtlich möglich bleibt, die Vorteilsregelung auch individualvertraglich zu vereinbaren, ist die Differenzierung lediglich Folge seiner Grundrechtsausübung. Dementsprechend ist die Differenzierungsklausel in Übereinstimmung mit dem BAG auch innerhalb einer allgemeinverbindlichen gemeinsamen Einrichtung schon strukturell nicht in der Lage die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitnehmer zu verletzen.

3. Gesamtabwägung

In der Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen konnte dann festgestellt werden, dass die Erstreckung von beschränkten Differenzierungsklauseln nicht erforderlich ist. Die Förderung der mitgliederschaftlichen Tarifbindung erfordert es nicht, dass nur eine bestimmte Koalition gefördert wird. Somit sind nur allgemeine Differenzierungsklauseln erstreckbar.

Zudem ist die Kombination aus differenzierter Leistung und undifferenzierten Beitragspflichten unangemessen und der Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber nicht zu rechtfertigen. Die mitgliederschaftliche Grundlage der Tarifautonomie beschränkt die Regelungsmöglichkeiten der Koalition auf ihre Mitglieder. Die vorliegende Kombination aus Differenzierungsklausel und undifferenzierter Beitragspflicht verfolgt jedoch das Ziel, durch die Allgemeinverbindlicherklärung eine ausschließliche Wirkung auf den Außenseiterbereich zu erreichen. Sie geht damit über den eigentlichen Sinn der Allgemeinverbindlicherklärung einer Erstreckung tarifvertraglicher Regelungen hinaus. Zudem hat der geschaffene Anreiz

nichts mehr mit den eigentlichen Errungenschaften des Tarifvertragsystems zu tun, es handelt sich um eine Begünstigung, die so allein aus der Tarifautonomie heraus nicht möglich ist und einen staatlichen Eingriff in das eigentlich autonome System erfordert. Ein wirksamer und nachhaltiger Anreiz müsste sich aber gerade aus dem System selbst ergeben. Dementsprechend bedarf es ebenfalls eine Differenzierung der Beitragspflicht. Außenseiter-Arbeitgeber können nicht zur Finanzierung tarifexklusiver Leistungen herangezogen werden. Der entsprechende Eingriff ist nicht zu rechtfertigen.

V. Gleichheitssatz

Die mit einer Differenzierungsklausel verbundene Ungleichbehandlung der Außenseiter-Arbeitnehmer ist gerechtfertigt. Denn die bezweckte Differenzierung entspricht der mitgliedschaftlichen Ausgestaltung der Tarifautonomie und ist so bereits in §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG angelegt. Zudem entspricht die Differenzierung der Entscheidung des Außenseiters, nicht Mitglied der Koalition zu werden. Die Differenzierung ist daher nicht willkürlich und damit gerechtfertigt.

Durch die notwendige differenzierte Beitragspflicht wird der Außenseiter-Arbeitgeber nicht weiter belastet. Gleichzeitig wird aber aus Sicht der tarifgebundenen Arbeitgeber die Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern deutlich. Diese Differenzierung ist jedoch - spiegelbildlich zu den Ausführungen zu den Außenseitern - in der Tarifautonomie selbst angelegt und systembedingt. Eine Ungleichbehandlung ist daher nicht willkürlich und damit gerechtfertigt.

Literaturverzeichnis

- Assenmacher, Simon*: Funktionen und Befugnisse der Gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien, Münster 2003 (zugl. Diss. Münster 2003). [zit. *Assenmacher*, Funktionen und Befugnisse der Gemeinsamen Einrichtung]
- Bauer, Jobst-Hubertus/ Arnold, Christian*: Differenzierungsklauseln – Entscheidung des Großen Senats auf der Kippe?, NZA 2009, S. 1169-1174.
- Negative Tarifliche Differenzierungsklauseln – Gewerkschaften auf Abwegen!, NZA 2005, S. 1209-1213.
- Bayreuther, Frank*: Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie - Tarifrecht im Spannungsfeld von Arbeits-, Privat- und Wirtschaftsrecht, München 2006 (zugl. Habil. Erlangen-Nürnberg 2004). [zit. *Bayreuther*, Tarifautonomie]
- Bayreuther, Frank/ Deinert, Olaf*: Der Einbezug arbeitnehmerloser Betriebe in gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, RdA 2015, S. 129-140.
- BeckOK Arbeitsrecht, Hrsg.: *Rolfs, Christian/ Giesen, Richard/ Meßling, Miriam/ Udsching, Peter*, 75. Edition, München 2025. [zit. BeckOK ArbR]
- BeckOK Grundgesetz, Hrsg.: *Epping, Volker/ Hillgruber, Christian*, 61. Edition, München 2025. [zit. BeckOK GG]
- Benecke, Martina/ Kocher, Eva/ Böhm, Monika/ Krause, Rüdiger/ Cremer, Wolfram/ Nebe, Katja/ Deinert, Olaf/ Seifert, Achim/ Klocke, Daniel/ Ulber, Daniel*: Entwurf eines Gesetzes über Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen (Differenzierungsklauselgesetz – DiffKlausG), AuR 2021, S. 310-314.
- Beppler, Klaus*: Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 70. Deutschen

Juristentages Hannover 2014, Band 1 Gutachten, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, München 2014, S. B9-B120.

Biedenkopf, Kurt H.: Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964 (zugl. Habil.1964). [zit. *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie]

Bietmann, Andreas: Differenzierungsklauseln im System des deutschen Tarifrechts, Baden-Baden 2010 (zugl. Diss. Köln 2010). [zit. *Bietmann*, Differenzierungsklauseln]

Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*, Hrsg.: *Boecken, Winfried / Düwell, Josef/ Diller, Martin/ Hanau, Hans*, 2. Auflage, Baden-Baden 2023. [zit. B/D/D/H, *Gesamtes Arbeitsrecht*]

Bötticher, Eduard: Die gemeinsame Einrichtung, Heidelberg 1966. [zit. *Bötticher*, Die gemeinsame Einrichtung]

Borchard, Axel: Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, Baden-Baden 2009 (zugl. Diss. Münster 2009). [zit. *Borchard*, Grenzen tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln]

Bourazeri, Konstantina: Tarifautonomie und Wirtschaftskrise - Regulierung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen auf der Grundlage von Memoranda of Understanding nach europäischem, deutschem und griechischem Recht, Baden-Baden 2019. [zit. *Bourazeri*, Tarifautonomie und Wirtschaftskrise]

Brandt, Annika: Rückabwicklung von gemeinsamen Einrichtungen – Am Beispiel des Baugewerbes, Baden-Baden 2020 (zugl. Diss. Bremen 2019). [zit. *Brandt*, Rückabwicklung von gemeinsamen Einrichtungen]

Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Hrsg.: *Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias*, 6. Auflage, München 2022. [zit. *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*]

Däubler, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Hrsg.: *Däubler, Wolfgang*, 5. Auflage, Baden-Baden 2022. [zit. Däubler TVG]

Däubler, Wolfgang/ Heuschmid, Johannes: Tarifverträge nur für Gewerkschaftsmitglieder?, RdA 2013, S. 1-9.

Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht-Handkommentar, Hrsg.: *Däubler Wolfgang/ Hjort, Jens Peter/ Schubert, Michael/ Wolmerath, Martin*, Arbeitsrecht - Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen - Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2022. [zit. D/H/S/W, Arbeitsrecht-Handkommentar]

Deinert, Olaf: Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, HSI-Schriftenreihe, Band 53, Frankfurt am Main 2024. [zit. *Deinert, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung*]

- Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung, SR Sonderausgabe Mai 2017, S. 24-32.
- Negative Koalitionsfreiheit – Überlegungen am Beispiel der Differenzierungsklausel, RdA 2014, S. 129-135.

Destatis (Statistisches Bundesamt), Pressemitteilung Nr. 214 vom 02. Juni 2023, Tarifbindung 2022 bei 49%, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/06/PD23_214_62.html (letzter Aufruf: 27.05.2025). [zit. Destatis, Tarifbindung 2022]

- Niedriglohnquote 2023, basierend auf der Verdiensterhebung aus April 2023, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-2/niedriglohnquote.html#:~:text=Niedriglohn%20für%20fast%20jeden%20fünften,als%2012%2C50%20Euro%20entlohnt.> (letzter Aufruf: 24.05.2025). [zit. Destatis, Niedriglohnquote 2023]
- Bildungsstand – Bevölkerung im Alter von 15 Jahren und mehr nach allgemeinen und beruflichen Bildungsabschlüssen und Jahren, Ergebnis des Mikrozensus, abrufbar unter:

<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bildung-Forschung-Kultur/Bildungsstand/Tabellen/bildungsabschluss.html> (letzter Aufruf: 27.05.2025). [zit. Destatis, Bildungsstand]

Deutscher Gewerkschaftsbund, Die Mitglieder der DGB-Gewerkschaften 1950-2022 (Statistik zur Mitgliederzahl), abrufbar unter: <https://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen> (letzter Aufruf: 28.03.2024). [zit. DGB, Mitgliederzahlen, Tabelle aus (...)]

Di Fabio, Udo: Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, S. 1-8.

Dieterich, Thomas: Zukunft einer funktionsfähigen Tarifautonomie – (mit Berücksichtigung der Besonderheiten in der Bauwirtschaft), NZA-Beil. 2011, S. 84-88.

- Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, S. 129-136.

Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Hrsg.: *Herzog, Roman/ Scholz, Rupert/ Herdegen, Matthias/ Klein, Hans H.*, 106. Ergänzungslieferung, München 2024. [zit. Dürig/Herzog/Scholz, GG]

Ellguth, Peter/ Kohaut, Susanne: Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2020, WSI-Mitteilung 04/2021, S. 306-314.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Hrsg.: *Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Gallner, Inken/ Schmidt, Ingrid*, 25. Auflage, München 2025. [zit. ErfK]

Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, Hrsg.: *Pfeifer, Wolfgang*, 2. Auflage, Berlin 1993; hier abgerufen als digitalisierte und aufbereitete Version unter: <https://www.dwds.de/d/wb-etymbw> (letzter Aufruf: 27.05.2025). [zit. Etymologisches Wörterbuch des Deutschen]

Eylert, Mario/ Rinck, Ursula: Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge – eine aktuelle Bestandsaufnahme, RdA 2022, S. 146-159.

Flockenhaus, Patrick: Vertragsgestaltung und Kollektivverträge - Am Beispiel der Bezugnahme- und Öffnungsklausel, Köln 2012 (zugl. Diss. Köln 2012). [zit. Flockenhaus, Vertragsgestaltung und Kollektivverträge]

Forst, Gerrit: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem sogenannten Tarifautonomiestärkungsgesetz, RdA 2015, S. 25-36.

Franzen, Martin: Attraktivität der Tarifbindung und Stärkung der Tarifautonomie, in: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, Hrsg.: *Brose, Wiebke/ Greiner, Stefan/ Rolfs, Christian/ Sagan, Adam/ Schneider, Angie/ Stoffels, Markus/ Temming, Felipe/ Ulber, Daniel*, München 2021, S. 247-258. [zit. *Franzen* in: Festschrift Preis]

- Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, HSI-Schriftenreihe, Band 27, Frankfurt am Main 2018. [zit. *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize]
- Tarifdispositive Gestaltung einer Höchstüberlassungsdauer nach AÜG, ZFA 2016, S. 26-45.

Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Hrsg.: *Franzen, Martin/ Gallner, Inken/ Oetker, Hartmut*, 5. Auflage, München 2024. [zit. F/G/O, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht]

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht Band I, Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung, München 1997. [zit. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I]

- Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966. [zit. *Gamillscheg*, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit]

Giesen, Richard: Staatsneutralität bei der Verbindlicherklärung von Tarifverträgen, ZfA 2008, S. 355-382.

- Tarifbonus für Gewerkschaftsmitglieder, NZA 2004, S. 1317-1320.

Greiner, Stefan: Der Mindestlohn – eine aktuelle Bestandsaufnahme, *jM* 2022, S. 461-469.

- Grenzen und Entwicklungsmöglichkeiten der Tarifpolitik – vom Ausland lernen?, *SR Sonderausgabe Juli 2019*, S. 17-27.
- Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen zwischen mitgliedschaftlicher Legitimation und öffentlichem Interesse, in: *Festschrift für Gerrick Freiherr von Hoyningen-Huene zum 70. Geburtstag*, Hrsg.: *Boemke, Burkhard/ Lembke, Mark/ Linck, Rüdiger*, München 2014, S. 103-122. [zit. *Greiner* in: *Festschrift von Hoyningen-Huene*]
- Differenzierungsklausel im Kontext von Koalitionsmittelfreiheit und Gewerkschaftspluralismus, *DB* 2009, S. 398-402.

Greiner, Stefan/ Hanau, Peter/ Preis, Ulrich: Die Sicherung der Allgemeinverbindlichkeit bei gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, *SR Sonderausgabe April 2014*, S. 2-35.

Greiner, Stefan/ Zoglowek, Joanna: Die Allgemeinverbindlicherklärung von Sozialkassentarifverträgen im Baugewerbe nach neuem Recht – Entscheidungsbesprechung zu BAG (10. Senat), Beschluss vom 21.3.2018 – 10 ABR 62/16, *BB* 2018, S. 2996-3002.

Grzeszick, Bernd: Verfassungswidrigkeit des Baubegriffs der Sozialkassen im Baugewerbe, *NZA* 2021, S. 757-762.

Hanau, Peter: Ungleichstellungsklauseln, in: *Festschrift für Wolfgang Hromadka zum 70. Geburtstag*, Hrsg.: *Maschmann, Frank*, München 2008, S. 115-130. [zit. *Hanau* in: *Festschrift Hromadka*]

- Gemeinsame Einrichtungen von Tarifvertragsparteien als Instrument der Verbandspolitik, *RdA* 1970, S. 161-168.

Hartmann, Felix, Reichweite und Grenzen der normativen Tarifwirkung – Strukturdefizite und Reformansätze, *ZfA* 2020, S. 152-177.

- Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zugl. Habil. Heidelberg 2012). [zit. Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit]

Hellermann, Johannes: Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, Berlin 1993 (zugl. Diss. Freiburg 1992). [zit. Hellermann, Die sogenannte negative Seite]

Henssler, Martin: Stärkung der Tarifbindung durch den Gesetzgeber?, RdA 2021, S. 1-8.

Mindestlohn und Tarifrecht, RdA 2015, S. 43-56.

Henssler, Martin/Heiden, Ralph: BAG: Wirkung kleiner dynamischer Bezugnahme Klauseln bei Verbandsaustritt des Arbeitgebers Besprechung des Urteils BAG v. 19. 3. 2003 - 4 AZR 331/02 (mit Anmerkung Henssler/Heiden), RdA 2004, S. 241-246.

Henssler/ Moll/ Beppler, Der Tarifvertrag, Hrsg.: *Henssler, Martin/ Moll, Wilhelm/ Beppler, Klaus*, 2. Auflage, Köln 2016. [zit. Henssler/Moll/Beppler, Der Tarifvertrag]

Henssler/ Willemsen/ Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, Hrsg.: *Henssler, Martin/ Willemsen, Josef/ Kalb, Heinz-Jürgen*, 11. Auflage, Köln 2024. [zit. HWK]

Herdegen, Matthias: Verfassungsinterpretation als methodische Disziplin, JZ 2004, S. 873-879.

- Gestaltungsspielräume bei administrativer Normgebung – Ein Betrag zu rechtsformabhängigen Standards für die gerichtliche Kontrolle von Verwaltungshandeln, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1989, S. 607-643.

Herschel, Wilhelm: Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes, ZfA 1973, S. 183-200.

Hölters, Wolfgang: Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, Berlin 1973 (zugl. Diss. Köln 1973) [zit. *Hölters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden]

Höpfner, Clemens: Die Einbeziehung von Außenseitern in gemeinsame Einrichtungen, in: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, Hrsg.: *Brose, Wiebke/ Greiner, Stefan/ Rolfs, Christian/ Sagan, Adam/ Schneider, Angie/ Stoffels, Markus/ Temming, Felipe/ Ulber, Daniel*, München 2021, S. 465-476. [zit. *Höpfner* in: Festschrift Preis]

- Stärkung der Tarifgeltung versus Stärkung der Tarifautonomie, in: Tarifautonomie und Tarifgeltung – Zur Legitimation und Legitimität der Tarifautonomie im Wandel der Zeit, Hrsg.: Gesamtmetall – Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e.V., Berlin 2021, S. 393-468. [zit. *Höpfner* in: Tarifautonomie und Tarifgeltung, Gesamtmetall]
- Ein Plädoyer für die Einführung von Solidaritätsbeiträgen für Außenseiter-Arbeitnehmer, *ZfA* 2020, S. 178-210.
- Schuldrechtliche Kollektivvereinbarungen, *RdA* 2020, S. 129-148.
- Inhalt und Umfang der negativen Koalitionsfreiheit, in: Festschrift für Wilhelm Moll zum 70. Geburtstag – Dynamisches Recht, Herausforderungen im Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, Hrsg.: *Gallner, Inken/ Henssler, Martin/ Eckhoff, Frank/ Reufels, Martin*, München 2019, S. 287-299. [zit. *Höpfner* in: Festschrift Moll]
- 100 Jahre Tarifvertragsordnung – Ein Meilenstein in der deutschen Arbeitsrechtsgeschichte, *ZfA* 2019, S. 108-162.
- Die Binnendifferenzierung im System tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln, *RdA* 2019, S. 146-157.
- Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis – Historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifrechts, Baden-Baden 2015 (zugl. Habil. Köln 2014). [zit. *Höpfner*, Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis]

von Hoyningen-Huene, Gerrick: Die Allgemeinverbindlicherklärung der Vorruhestandstarifverträge im Baugewerbe, *BB* 1986, S. 1909-1914.

- Hromadka, Wolfgang*: Gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien, NJW 1970, S. 1441-1447.
- Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, Hrsg.: *Hueck, Alexander/ Nipperdey, Hans Carl*, 7. Auflage, Berlin/Frankfurt a.M. 1966. [zit. *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (1966)]
- Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band. 2, Hrsg.: *Hueck, Alexander/ Nipperdey, Hans Carl*, 3.-5. Auflage, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932. [zit. *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2 (1932)]
- Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, Hrsg.: *Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans Carl*, 4. Auflage, München und Berlin 1964. [zit. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, TVG]
- Hufen, Friedhelm*: Staatsrecht II - Grundrechte, 10. Auflage, München 2023. [zit. *Hufen*, Staatsrecht II]
- IAB-Betriebspanel, Aktuelle Daten und Indikatoren: Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung 2024 – Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel, Hrsg.: Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), Nürnberg 2024, abrufbar unter: <https://iab.de/daten/daten-zur-tarifbindung-und-betrieblichen-interessenvertretung/> (letzter Aufruf: 02.06.2025). [zit.: IAB-Betriebspanel 2024]
- Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul*: Handbuch des Staatsrechts, Band IX, 3. Auflage, Heidelberg 2011. (zit. Isensee/Kirchhof Handbuch des Staatsrechts)
- JKOS, Tarifvertragsrecht, Hrsg.: *Jacobs, Matthias/ Krause, Rüdiger/ Oetker, Hartmut/ Schubert, Claudia*, 2. Auflage, München 2013. [zit. JKOS]
- Jacobs, Matthias*: Die tarifliche Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer zum 65. Geburtstag, Hrsg.: *Baeck, Ulrich/ Hauck, Friedrich/ Preis, Ulrich/ Rieble, Volker/ Röder, Gerhard/ Schunder,*

- Achim*, München 2010, S. 479-494. [zit. *Jacobs* in: Festschrift Bauer]
- Jacobs, Matthias/ Malorny, Friederike*: Entwurf eines Differenzierungsklauselgesetzes, SR 2022, S. 1-10.
- Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, Hrsg.: *Jarass, Hans D./ Kment, Martin*, 18. Auflage, München 2024. [zit. Jarass/Pieroth, GG]
- Jöris, Heribert*, Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach dem neuen § 5 TVG, NZA 2014, S. 1313-1319.
- Kamanabrou, Sudabeh*: Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, in: Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, Hrsg.: *Kamanabrou, Sudabeh*, Tübingen 2011, S. 3-118. [zit. *Kamanabrou* in: *Kamanabrou, Erga-Omnes-Wirkung*]
- Darf's ein bisschen mehr sein? - Zur Wirksamkeit von Tarifausschlussklauseln, in: Festschrift für Peter Kreutz - zum 70. Geburtstag, Hrsg.: *Hönn, Günther/ Oetker, Hartmut/ Raab, Thomas*, Köln 2010. [zit. *Kamanabrou* in: FS Kreutz]
- Kempen/Zachert, TVG – Tarifvertragsgesetz, Hrsg.: *Brecht-Heitzmann, Holger/ Kempen, Otto Ernst/ Schubert, Jens M./ Seifert, Achim*, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014. [zit. Kempen/Zachert TVG]
- Koalitionsvertrag 2025 zwischen CDU, CSU und SPD, 21. Legislaturperiode, Verantwortung für Deutschland, Hrsg.: *Christlich Demokratische Union Deutschlands (CDU), Christlich-Soziale Union in Bayern (CSU), Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD)*, Berlin 2025. [zit. Koalitionsvertrag 2025]
- Kingreen, Thorsten*: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit exklusiver Tariföffnungsklauseln – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der negativen Koalitionsfreiheit, NZA 2021, S. 1-8.
- Exklusive Tariföffnungsklauseln - Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit, HSI-Schriftenreihe, Band 35, Frankfurt am Main 2020. [zit. *Kingreen, Exklusive Tariföffnungsklauseln*]

- Klocke, Daniel Matthias/ Hautkappe, Christoph*: Europäischer Mindestlohn ante portas?, ZESAR 2021, S. 63-68.
- Klumpp, Steffen*: Der Kommissionsvorschlag zu einer Mindestlohnrichtlinie, EuZA 2021, S. 284-310.
- Kocher, Eva*: Private Macht im Arbeitsrecht, in: Private Macht, Hrsg.: *Möslein, Florian*, Tübingen 2016, S. 241-279. [zit. Kocher in: Private Macht]
- Differenzierungsklauseln: Neue Orientierung, NZA 2009, S. 119-124.
- Krebber, Sebastian*: Unionsrecht und Arbeitsentgelt, RdA 2021, S. 215-222.
- Krüger, Herbert*: Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages Essen 1966, Band 1 Gutachten, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, München/Berlin 1966, S. 7-96. [zit. *Krüger*, Gutachten 46. DJT, Teil 1]
- Kühnast, Simone*: Die Grenzen zwischen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis – Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Privatautonomem Unterschreitung tarifvertraglicher Mindestarbeitsbedingungen sowie zur tariflichen Einflussnahme auf den über- und außertariflichen Bereich, Berlin 2005 (zugl. Diss. Berlin 2004). [zit. *Kühnast*, Grenzen tariflicher und privatautonomer Regelungsbefugnis]
- Lesch, Hagen/ Schneider, Helena/ Vogel, Sandra*: Struktur und Entwicklung der Tarifbindung, in: Tarifautonomie und Tarifgeltung – Zur Legitimation und Legitimität der Tarifautonomie im Wandel der Zeit, Hrsg.: Gesamtmetall – Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e.V., Berlin 2021, S. 30-44. [zit. *Lesch/Schneider/Vogel* in: Tarifautonomie und Tarifgeltung, Gesamtmetall]

- Leydecker, Philipp*: Der Tarifvertrag als exklusives Gut – Die rechtliche Zulässigkeit und Erstreikbarkeit von Differenzierungsklauseln, Berlin 2005. (zugl. Diss. Hannover 2005). [zit. *Leydecker*, Tarifvertrag als exklusives Gut]
- Leventis, Georg*: Tarifliche Differenzierungsklauseln nach dem Grundgesetz und dem Tarifvertragsgesetz, Berlin 1974 (zugl. Diss. Münster 1974). [zit. *Leventis*, Differenzierungsklausel nach GG und TVG]
- Lobinger, Thomas*: Stärkung oder Verstaatlichung der Tarifautonomie?, JZ 2014, S. 810-821.
- Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz Kommentar, Hrsg.: *Löwisch, Manfred/ Rieble, Volker*, 4. Auflage, München 2017. [zit. Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz]
- Lunk, Stefan/ Leder, Tobias/ Seidler, Christoph*: Die tarifvertragliche und schuldrechtliche Besserstellung von Gewerkschaftsmitgliedern, RdA 2015, S. 399-407.
- Lübker, Malte*: Europäischer Tarifbericht des WSI – 2019/2020, Tarifpolitik in Zeiten der Corona-Pandemie, Report NR. 58 des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI). [zit. Europäischer Tarifbericht des WSI – 2019/2020]
- Mayer, Felix: Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen im Tarifvertrag - Zugleich ein Beitrag zum tarifvertraglichen Gleichbehandlungsgrundsatz, Berlin 2022 (zugl. Diss. Münster 2020). [Mayer, Differenzierungsklauseln mit Stichtagsregelungen]
- Mäßen, Christian/ Mauer, Reinhold: Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, NZA 1996, S. 121-126.
- von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Hrsg.: *Kämmerer, Jörn-Axel/ Kotzur, Markus*, 7. Auflage, München 2021. [zit. von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar]

- Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Hrsg.: *Eckhoff, Frank*, 6. Auflage, München 2025. [zit. Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht]
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 3, Kollektives Arbeitsrecht I, Hrsg.: *Kiel, Heinrich/ Lunk, Stefan/ Oetker, Hartmut*, 6. Auflage, München 2025. [zit. Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Bd. 3]
- Neumann, Sebastian*: Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder – Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 2012 (zugl. Diss. Bonn 2011). [zit. *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder]
- Nikisch*, Arbeitsrecht, 2. Band, Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, Hrsg.: *Nikisch, Arthur*, 2. Auflage, Tübingen 1959. [zit. *Nikisch*, Arbeitsrecht II]
- OECD/AIAS database, Institutional Characteristics of Trade Unions, Wage Setting, State Intervention and Social Pacts (ICTWSS) database, Hrsg.: OECD; AIAS-HIS, überarbeitete Fassung 1.1, 2023, abrufbar unter: <https://web-archiv.oecd.org/2023-10-03/577157-ictwss-database.htm> (letzter Aufruf: 29.05.2025). [zit. OECD/AIAS, ICTWSS database]
- Otto, Hansjörg/ Schwarz, Roland*: Tarifnormen über Gemeinsame Einrichtungen und deren Allgemeinverbindlicherklärung, ZfA 1995, S. 639-698.
- Papier, Hans-Jürgen/Krönke, Christoph*: Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfA 2011, 806-866.
- Pionteck, Alexander*: Stärkung der Tarifautonomie, Berlin/Bosten 2021 (zugl. Diss. Gießen 2020/2021). [zit. *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie]
- Preis, Ulrich*: Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied, Kriftel, Berlin 1993 (zugl. Habil. Köln 1992). [zit. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung]

- Preis, Ulrich/ Greiner, Stefan*: Arbeitsrecht - Kollektivarbeitsrecht - Lehrbuch für Studium und Praxis, 6. Auflage, Köln 2024. [zit. Preis/Greiner, Arbeitsrecht]
- Preis, Ulrich/ Povedano Peramato, Alberto*: Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz, HSI-Schriftenreihe, Band 20, Frankfurt am Main 2017. [zit. Preis/Povedano Peramato, Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung]
- Preis, Ulrich/Ulber, Daniel*: Funktion und Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie, in: Festschrift für Otto Ernst Kempen, Anforderungen für ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Hrsg.: *Schubert, Jens M.*, Baden-Baden 2013, S. 15-37. [zit. Preis/Ulber in: Festschrift Kempen]
- Prokop, Felix*: Die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG, Baden-Baden 2017 (zugl. Diss. München 2017). [zit. Prokop, Die Allgemeinverbindlicherklärung]
- Richardi, Reinhard*: Verbandsmitgliedschaft und Tarifgeltung als Grundprinzip der Tarifautonomie, NZA 2013, S. 408-412.
- Rieble, Volker*: Arbeitsmarkt und Wettbewerb - Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin, Heidelberg 1996 (zugl. Habil. Freiburg 1995/1996). [zit. Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb]
- Rudkowski, Lena*: Abnehmender Organisationsgrad der Arbeitnehmer als Herausforderung für den Gesetzgeber – oder die Gewerkschaften?, NZA 2021, S. 315-318.
- Sachs, Grundgesetz Kommentar, Hrsg.: von *Coelln, Christian/ Mann, Thomas*, 10. Auflage, München 2024. [zit. Sachs, Grundgesetz]
- Säcker, Franz-Jürgen*: Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969.
- Sagan, Adam/ Morgenbrodt, Kai*: Die Sozialkassen der Bauwirtschaft und das Koalitionsgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, EuZA 2017, S. 77-89.

- Sagan, Adam/ Witschen, Stefan/ Schneider, Christopher*: Der Kommissionsvorschlag für angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union – Kompetenzen, Grundrechte und mögliche Folgen für das deutsche Recht, ZESAR 2021, S. 103-111.
- Schelp, Günther*: Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band 2, Hrsg.: *Dietz, Rolf/ Hübner, Heinz*, München/Berlin 1965, S. 579-607. [zit. *Schelp* in: Festschrift Nipperdey II]
- Schnorr, Gerhard*: Inhalt und Grenze der Tarifautonomie, JR 1966, S. 327-334.
- Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht, Hrsg.: *Schoch, Friedrich/ Schneider, Jens-Peter*, Band VwGO, 46. Ergänzungslieferung, München 2024. [zit. *Schoch/Schneider*, Verwaltungsrecht]
- Scholz, Rupert*: Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971 (zugl. Habil. München 1970). [zit. *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem]
- Schubert, Claudia*: Ist der Außenseiter vor der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien geschützt? Ein Beitrag zum sachlichen Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit, RdA 2001, S. 199-206.
- Schubert, Jens*: Richterliche Grenzen für die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln – Besprechung der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 „Hamburger Hafen“, ZTR 2011, S. 579-586.
- Schulzen, Thorsten*: Stellenwert der Allgemeinverbindlicherklärung für die Tarifvertragssysteme in Europa, WSI-Mitteilung 07/2012, S. 485-495.
- Seiwerth, Stephan*: Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht – Die Begrenzung individueller und kollektiver Vertragsfreiheit durch dispositives und zwingendes Gesetzesrecht, Baden-Baden 2017 (zugl. Diss. Bonn 2016). [zit. *Seiwerth*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen]

- Das „Genter System“ als Mittel zur Stärkung der Tarifautonomie?, NZA 2014, S. 708-712.
- Schwäche und Stärkung der Tarifautonomie aus rechtsökonomischem Blickwinkel: vitale Mitgliedschaft und Anreiz oder Perspektive Staat vor Privat?, RdA 2014, S. 358-365.

Sittard, Ulrich: Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AentG – Zugleich ein Beitrag zur Debatte um staatliche Mindestlöhne, München 2010 (zugl. Diss. Köln 2009). [zit. *Sittard*, Tarifnormerstreckung]

Söllner, Alfred: Tarifmacht – Grenze und Grenzverschiebung, NZA-Beil. 2000, S. 33-38.

- Grenzen des Tarifvertrags, NZA 1996, S. 897-906.

Statista, Anzahl der Mitglieder des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) von 1994 bis 2024, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/3266/umfrage/mitgliedszahlen-des-dgb-seit-dem-jahr-1994/#:~:text=Die%20Statistik%20zeigt%20die%20Mitgliedszahlen,rund%205%2C67%20Millionen%20Mitglieder.> (letzter Aufruf: 27.05.2025). [zit. Statista, Anzahl der Mitglieder des Deutschen Gewerkschaftsbunds (DGB) von 1994-2024.]

Strippelmann, Hagen: Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtung, Berlin 2016 (zugl. Diss. Bonn 2015). [zit. *Strippelmann*, Gemeinsame Einrichtung]

Thüsing, Gregor: Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, Hrsg.: *Wank, Rolf/ Hirte, Heribert/ Frey, Kaspar/ Fleischer, Holger/ Thüsing, Gregor*, München 2002, S. 559-585. [zit. *Thüsing* in: Festschrift Wiedemann]

- Europarechtliche Bezüge der Bezugnahmeklausel, NZA 2006, S. 473-475.

Thüsing/Braun, Tarifrecht Handbuch, Hrsg.: *Thüsing, Gregor/ Braun, Axel*, 2. Auflage, München 2016. [zit. Thüsing/Braun, Tarifrecht]

- Thüsing, Gregor/ von Hoff, Konrad*: Leistungsbeziehungen und Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit bei Gemeinsamen Einrichtungen, *ZfA* 2008, S. 77-108.
- Uffer, Matthias*, Die Grundrechtskollision - Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Baden-Baden 2021 (zugl. Diss. Bern 2019). [zit. *Uffer*, Die Grundrechtskollision]
- Ulber, Daniel*: Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifaufonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Diss. Köln 2009/2010). [zit. *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht]
- Ulber, Daniel/ Strauß, Sandy*: Differenzierungsklausel im Lichte der neueren Rechtsprechung zur Koalitionsfreiheit - Zugleich Besprechung von LAG Niedersachsen vom 11. 12. 2007 – Sa 914/071 und LAG Köln vom 17. 1. 2008 – 6 Sa 1354/072, *DB* 2008, S. 1970-1974.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse - Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen 1999 (zugl. Habil. Berlin 1999). [zit. *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse]
- Vander Stichelen, Claire*: Der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit, Berlin 2023 (zugl. Diss. Bochum 2022). [zit. *Vander Stichelen*, Der Grundrechtsschutz von positiver und negativer Freiheit]
- Waas, Bernd*: Probleme der Tarifgebundenheit bei Normen über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, *RdA* 2000, S. 81-87.
- Walser, Manfred*: Stärkung der Tarifaufonomie! Aber wie?, *SR Sonderausgabe* Mai 2017, S. 2-13.
- Grundrechtskonformität der Sozialkassenverfahren, *NZA* 2016, S. 1510-1514.
- Waltermann, Raimund*: Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tariferstreckung: Paradoxon oder kommunizierende Röhren?, *SR* 2021, S. 177-188.

- Arbeitsrecht – Lehrbuch, 20. Auflage, München 2021. [zit. *Waltermann*, Arbeitsrecht]
- Attraktivität von Tarifbindung – Zur Zukunftsfähigkeit der deutschen Tarifautonomie, ZfA 2020, S. 211-238.
- Ist die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgsversprechend reformiert?, RdA 2018, S. 137-151.
- Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe, Band 15, Frankfurt am Main 2016. [zit. *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag]
- Stärkung der Tarifautonomie – Welche Wege könnte man gehen?, NZA 2014, S. 874-879.
- Tarifautonomie und „Richtigkeitsgewähr“ des Tarifvertrags in der Leiharbeit?, in: Festschrift für Klaus Bepler zum 65. Geburtstag, Hrsg.: *Creutzfeldt, Malte/ Thüsing, Gregor/ Hanau, Peter/ Wißmann, Hellmut*, München 2012, S. 569-584. [zit. *Waltermann* in: Festschrift Bepler]
- „Umfassende Regelungskompetenz“ der Betriebsparteien zur Gestaltung durch Betriebsvereinbarung?, RdA 2007, S. 257-267.
- Zu den Grundlagen der Tarifautonomie, ZfA 2000, S. 53-86.
- Zu den Grundlagen der Rechtsetzung durch Tarifvertrag, in: Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends, Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, Hrsg.: *Köbler, Gerhard/ Heinze, Meinhard/ Hromadka, Wolfgang*, München 2000, S. 1251-1277. [zit. *Waltermann* in: Festschrift Söllner]
- Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Tarifautonomie und Privatautonomie, Tübingen 1996 (zugl. Habil. Münster 1993/1994). [zit. *Waltermann*, Rechtssetzung durch Betriebsvereinbarung]

- Wolters, Oliver*: Der Vertreter des öffentlichen Interesses in der VwGO, Berlin 2022 (zugl. Diss. Münster 2021). [zit. *Wolters, Der Vertreter des öffentlichen Interesses*]
- Wonneberger, Wolfgang*: Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, Heidelberg 1992 (zugl. Diss. Köln 1991). [zit. *Wonneberger, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung*]
- Wiedemann, Tarifvertragsgesetz Kommentar, Hrsg.: *Wiedemann, Herbert*, 9. Auflage, München 2023. [zit. Wiedemann, Tarifvertragsgesetz]
- Wiedemann, Tarifvertragsgesetz Kommentar, Hrsg.: *Wiedemann, Herbert*, 8. Auflage, München 2019. [zit. Wiedemann, Tarifvertragsgesetz, 8. Auflage]
- Wiedemann, Herbert*: Rationalisierungsschutz, Tarifmacht und Gemeinsame Einrichtung, RdA 1968, 420-424.
- Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), Tarifstatistik, Tarifbindung der Beschäftigten und Betriebe im Zeitverlauf und nach Art des Tarifvertrages, 1998 bis 2023, auf Grundlage des IAB-Betriebspanel, abrufbar unter: <https://www.wsi.de/de/tarifbindung-15329.htm> (letzter Aufruf: 27.05.2025). [zit. WSI, Tarifstatistik 1998-2023]
- Zöllner, Wolfgang*: Empfiehlt es sich, das Recht der Gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) gesetzlich näher zu regeln?, Gutachten für den 48. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 48. Deutschen Juristentages Mainz 1970, Band 1 Gutachten, Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, München 1970, S. G 1-106. [zit. *Zöllner, Gutachten 48. DJT, Teil G*]