

BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 366/09

15 Ca 188/08

Arbeitsgericht

Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

23. März 2011

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. März 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler, den Richter am Bundesarbeitsgericht Creutzfeldt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Kiefer und Görgens für Recht erkannt:

1. Auf die Sprungrevision der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 26. Februar 2009 - 15 Ca 188/08 - unter Zurückweisung der Sprungrevision im Übrigen teilweise aufgehoben und zur Klarstellung insgesamt wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass Ziff. V des zwischen den Parteien am 30. Mai 2008 geschlossenen Tarifvertrages über eine Erholungsbeihilfe für Lohn- und Gehaltsempfänger, die Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind, unwirksam ist.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier tariflicher Klauseln, die in dem zwischen ihnen geschlossenen „Tarifvertrag über eine Erholungsbeihilfe für Lohn- und Gehaltsempfänger, die Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind“, (*TV ErhBeih*) vom 30. Mai 2008 enthalten sind. 1

Die Klägerin ist ein Unternehmen im Bereich der Hafen-Logistik und beschäftigt ca. 1.500 Arbeitnehmer. Die von ihr verwendeten Formulararbeitsverträge verweisen jeweils auf die örtlich, zeitlich und inhaltlich für sie geltenden Tarifverträge. Die Beklagte ist eine im Betrieb der Klägerin vertretene Gewerkschaft. 2

Im Frühjahr 2008 traten die Parteien in Tarifvertragsverhandlungen ein, während derer die Beklagte der Klägerin ua. schriftlich ankündigte, „eine gewerkschaftliche Vorteilsregelung notfalls auch mit Arbeitsk Kampfmaßnahmen durchzusetzen“. Am 30. Mai 2008 vereinbarten die Parteien den TV ErhBeih, der folgenden Wortlaut hat:

„I.

Lohn- und Gehaltsempfänger, die Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind, erhalten pro Kalenderjahr eine Erholungsbeihilfe als Bruttobetrag in Höhe von Euro 260.

...

II.

Die Zahlung der Erholungsbeihilfe erfolgt auf Antrag des Lohn- oder Gehaltsempfängers in unmittelbarem Zusammenhang mit einem mindestens einwöchigen Urlaub. Der Antrag ist spätestens 14 Werkzeuge vor Antritt des Urlaubs zu stellen. Die fällige Pauschalsteuer nebst etwaiger Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag trägt der Hafendarbeiter. Weitere Einzelheiten zur Umsetzung sind betrieblich zu regeln.

III.

Der Anspruch auf Gewährung der Erholungsbeihilfe bleibt bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes für Leistungen aufgrund gesetzlicher oder tariflicher Bestimmungen außer Ansatz. Während der Altersteilzeit wird die Erholungsbeihilfe bei Vorliegen der Voraussetzungen in voller Höhe gewährt.

IV.

Der Anspruch auf Gewährung der Erholungsbeihilfe setzt voraus, dass der Lohn- oder Gehaltsempfänger bei Antragstellung dem Arbeitgeber glaubhaft seine Mitgliedschaft in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di nachgewiesen hat. Weitere Einzelheiten sind betrieblich zu regeln.

V.

Gewährt die H die Leistung nach Ziffer I., entsprechende oder über die in Ziffer I festgelegten Ansprüche hinausgehende Beträge oder sonstige Leistungen Lohn- und Gehaltsempfängern, die nicht Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind, so erhöht sich für die Lohn- und Gehaltsempfänger, die Mitglied der Ver-

einten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind, die Arbeitgeberleistung entsprechend.

VI.

Dieser Tarifvertrag tritt am 01.06.2008 in Kraft.

Der Vertrag kann mit einer Frist von zwei Monaten, erstmals zum 31.05.2009 gekündigt werden.

Für den Fall, dass sich wesentliche, insbesondere steuerrechtliche Regelungen zur Erholungsbeihilfe ändern, verpflichten sich die Tarifvertragsparteien, mit dem Ziel einer einvernehmlichen Lösung vorzeitig in Verhandlungen einzutreten.“

Die Klägerin hält die Klauseln in Ziff. I und V TV ErhBeih für unwirksam. 4
Ziff. I TV ErhBeih enthalte eine unzulässige Differenzierungsklausel, indem sie die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft zu einem eigenständigen Merkmal der Anspruchsgrundlage mache und damit eine Ausdehnung der Normen des Tarifvertrages im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung oder der Bezugnahme auf den Tarifvertrag vereitele. Die Spannenklausel in Ziff. V TV ErhBeih greife in die negative Koalitionsfreiheit der nicht und anders organisierten Arbeitnehmer der Klägerin ein. Die Klausel verhindere eine Gleichstellung mit Gewerkschaftsmitgliedern und übe auf diese Weise erheblichen Druck auf die Nichtmitglieder aus, der Beklagten beizutreten. Dieser Eingriff sei auch nicht durch ein zulässiges Ziel gerechtfertigt.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt 5
festzustellen, dass Ziffer I und Ziffer V des zwischen den Prozessparteien am 30. Mai 2008 abgeschlossenen „Tarifvertrages über eine Erholungsbeihilfe für Lohn- und Gehaltsempfänger, die Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind“, rechtsunwirksam sind.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag damit begründet, dass 6
die Klage schon unzulässig sei, weil es der Klägerin, die kurz zuvor den Tarifvertrag unterzeichnet habe, verwehrt sei, sich auf die Unwirksamkeit der von ihr vereinbarten Tarifregelungen zu berufen. Im Übrigen seien die Klauseln auch

wirksam. Sie dienten letztlich dazu, sich in der Situation der Tarif- und Gewerkschaftspluralität im Wettbewerb zu behaupten. Der Arbeitgeber sei rechtlich nicht gehindert, die Erholungsbeihilfe auch an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer zu zahlen. Der Betrag sei ohnehin zu gering, um einen unerlaubten Beitrittsdruck bei Außenseitern auszulösen. Im Übrigen kenne die Privatautonomie auch kein Verbot von Exklusivverträgen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und die Sprungrevision gegen sein Urteil zugelassen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet, soweit sie die in Ziff. I TV ErhBeih geregelte einfache Differenzierungsklausel angreift. Sie ist dagegen begründet, soweit sie sich gegen die Wirksamkeit der Spannenklausel in Ziff. V TV ErhBeih richtet. 8

A. Die Revision ist zulässig. 9

I. Die Klägerin konnte die Revision als Sprungrevision gegen das erstinstanzliche Urteil einlegen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen einer Sprungrevision nach § 76 ArbGG vorliegen. 10

1. Die Sprungrevision ist vom Arbeitsgericht auf Antrag der Klägerin im Urteil zugelassen worden (§ 76 Abs. 1 Satz 1 ArbGG). Die Klägerin hat den Antrag in der mündlichen Kammerverhandlung am 26. Februar 2009 gestellt. In dem am gleichen Tage verkündeten Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg wurde die Sprungrevision in Ziff. 4 des Tenors zugelassen. 11

2. Die nach § 76 Abs. 1 Satz 1 ArbGG erforderliche Zustimmung des Gegners zur Sprungrevision ist erteilt worden. Die Beklagte hat durch Erklärung des früheren Prozessbevollmächtigten der Beklagten im Schriftsatz an den 12

Klägervertreter vom 13. Mai 2009 ihr Einverständnis mit der Durchführung, also auch der Einlegung, der Sprungrevision erklärt.

3. Die Zustimmungserklärung des Beklagten ist der Revisionseinlegungsschrift der Klägerin im Original beigelegt worden und dem Revisionsgericht innerhalb der Revisionsfrist zugegangen. 13

II. Hinsichtlich der sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision bestehen keine Bedenken. 14

B. Die Revision ist insoweit begründet als die Klägerin die Feststellung der Unwirksamkeit von Ziff. V TV ErhBeih begehrt. Im Übrigen ist die Revision unbegründet. 15

I. Die Klage ist zulässig. Das erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin ist gegeben. Wie das Arbeitsgericht zu Recht, wenn auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf § 9 TVG, vertreten hat, ergibt sich die Zulässigkeit daraus, dass hier zwischen Tarifvertragsparteien Streit über die Wirksamkeit von Regelungen des zwischen ihnen geschlossenen Tarifvertrages besteht. 16

1. Auch bei der sog. Verbandsklage nach § 9 TVG muss ein Feststellungsinteresse gem. § 256 Abs. 1 ZPO gegeben sein. § 9 TVG ermöglicht die abstrakte Feststellungsklage über Tarifnormen und erweitert damit das Anwendungsgebiet von § 256 Abs. 1 ZPO auf die Klärung eines abstrakten Rechtsverhältnisses, nämlich über das Bestehen oder Nichtbestehen oder über die Auslegung eines Tarifvertrages. § 9 TVG hat vorrangig den Zweck, die normative Wirkung des Tarifvertrages mit einer möglichst einheitlichen rechtlichen Beurteilung von Tarifbestimmungen zu untersetzen und damit der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit zu dienen und zugleich Individualstreitigkeiten zu vermeiden. Es müssen Anhaltspunkte vorliegen, die die Klärung der Rechtsfrage zum gegenwärtigen Zeitpunkt erforderlich machen, etwa die gegenwärtige oder zukünftige fehlerhafte Anwendung von Tarifnormen durch einen Tarifvertragspartner (*hierzu ausf. BAG 6. Juni 2007 - 4 AZR 411/06 - Rn. 67 mwN, BAGE 123, 46*). 17

2. Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Parteien des Rechtsstreits sind 18
zugleich die Parteien des Tarifvertrages, in dem die in ihrer Wirksamkeit um-
strittenen Normen enthalten sind. Der Tarifvertrag ist in Kraft und gilt. Die
Klägerin hat ein rechtlich geschütztes Interesse an der Feststellung der Unwirk-
samkeit der Klauseln und muss sich nicht bei Verweigerung der dort normierten
Leistungen in Individualprozessen auf im Ergebnis möglicherweise voneinander
abweichende Inzidentprüfungen verweisen lassen.

3. An der Zulässigkeit des Antrages und dem Feststellungsinteresse der 19
Klägerin ändert entgegen der Auffassung der Beklagten auch die Tatsache
nichts, dass die Klägerin den ihrer Meinung nach teilweise unwirksamen Tarif-
vertrag kurz vor Einreichung der Klage selbst unterzeichnet hat. Es ist jeder
Tarifvertragspartei unbenommen, die Wirksamkeit eines von ihr selbst ge-
schlossenen Vertrages überprüfen zu lassen (*BAG 22. März 1957 - 1 AZR
64/56 - BAGE 4, 133, 139 f.; Däubler/Reinecke TVG 2. Aufl. § 9 Rn. 20*). Dies
gilt insbesondere dann, wenn - wie hier - seitens der tarifschließenden Gewerk-
schaft Arbeitskampfmaßnahmen in Aussicht gestellt waren. Die Beklagte beruft
sich zwar darauf, dass die Klägerin gegen Arbeitskampfmaßnahmen im Zu-
sammenhang mit dem Abschluss des TV ErhBeih auch einstweiligen Rechts-
schutz hätte suchen können. Hierzu kann sie jedoch - insbesondere angesichts
des nur summarischen Erkenntnisverfahrens im einstweiligen Rechtsschutz,
dem im Erkenntnisverfahren nach § 4 TVG dessen umfassende Bindungs-
wirkung gegenübersteht - nicht gezwungen werden.

II. Die Klage und damit die Revision der Klägerin ist unbegründet, soweit 20
sie auf die Feststellung der Unwirksamkeit von Ziff. I TV ErhBeih gerichtet ist.
Die Regelung, wonach die Klägerin verpflichtet ist, an diejenigen ihrer Arbeit-
nehmer, die Mitglied der Beklagten sind, eine Erholungsbeihilfe von jährlich
260,00 Euro brutto zu zahlen, begegnet als einfache Differenzierungsklausel
keinen durchgreifenden Bedenken.

1. Eine Tarifregelung wie diejenige in Ziff. I TV ErhBeih ist eine einfache 21
Differenzierungsklausel. Sie normiert als zusätzliches Tatbestandsmerkmal für
das Entstehen eines einzelnen Anspruchs die Mitgliedschaft in der tarif-

schließenden Gewerkschaft. Die Koalitionen sind bei der Bestimmung der tatbestandlichen Voraussetzungen für tariflich geregelte Ansprüche weitgehend frei. Der Maßstab für die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln ist die negative Koalitionsfreiheit, insbesondere der Außenseiter, dh. der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer. Diese wird durch eine einfache Differenzierungsklausel nicht beeinträchtigt, weil die Normsetzungsmacht der Tarifvertragsparteien sich von Verfassungs und von Gesetzes wegen ausschließlich auf ihre Mitglieder beschränkt. Die normative Wirkung einer Tarifregelung auf Außenseiter ist ausgeschlossen. Eine einfache Differenzierungsklausel als solche schränkt auch die Handlungs- und insbesondere Vertragsfreiheit des Arbeitgebers nicht ein, da es ihm - allein unter diesem Gesichtspunkt - unbenommen bleibt, seine vertraglichen Beziehungen zu nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern frei zu gestalten und durchzuführen. Der Rechtskreis der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer kann durch eine Tarifnorm nicht wirksam betroffen werden. Soweit eine Tarifnorm sich auf das Arbeitsverhältnis von Außenseitern auswirkt, beruht dies nicht auf der normativen Wirkung des Tarifvertrages, sondern auf der privatautonom gestalteten Arbeitsvertragsbeziehung zwischen dem Außenseiter und dem Arbeitgeber (*vgl. dazu ausf. BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 46 bis 59 mwN, BAGE 130, 43; 22. September 2010 - 4 AZR 117/09 - Rn. 27 mwN*).

2. Hilfsweise und ergänzend ist festzustellen, dass selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass ein Tarifvertrag möglicherweise grundsätzlich geeignet sein muss, alle Arbeitsverhältnisse in seinem Geltungsbereich zu regeln, die vorliegende Klausel nicht unwirksam ist, weil sie nach Art und Umfang der geregelten Differenzierung keinen - im Verhältnis zu einem von Rechts wegen schützenswert verfolgten Ziel - unverhältnismäßigen, einen Zwang ähnlichen Druck ausübt, das Recht auf Fernbleiben von einer Koalition aufzugeben (*vgl. dazu ausf. BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 60 bis 83 mwN, BAGE 130, 43; 22. September 2010 - 4 AZR 117/09 - Rn. 28*). Der nach dem TV ErhBeih den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Anspruch auf die Erholungsbeihilfe ist weder seiner Art noch der absoluten Höhe nach geeignet, einen unverhältnismäßigen Zwang auf die nicht oder anders Organisierten

22

auszuüben. Es handelt sich um eine einmal jährlich fällig werdende, und damit außerhalb des laufenden Austauschverhältnisses liegende Leistung von insgesamt 260,00 Euro, was einem monatlichen Betrag von 21,66 Euro entspricht. Ein verständiger Arbeitnehmer wird allein im Hinblick darauf keinen mit Zwang vergleichbaren Druck verspüren, von seiner Entscheidung gegen eine Gewerkschaftszugehörigkeit Abstand zu nehmen.

III. Die Revision ist aber begründet, soweit sie auf die Feststellung der Unwirksamkeit der in Ziff. V TV ErhBeih geregelten Spannenklausel gerichtet ist. Die Klausel ist zwar bestimmt genug und wahrt auch die Schriftform gemäß § 1 Abs. 2 TVG. Mit der Vereinbarung haben die Tarifvertragsparteien jedoch die ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene, aber auch begrenzte Tarifmacht überschritten. 23

1. Die streitige Spannenklausel erfüllt das Bestimmtheitserfordernis, dem jede Tarifnorm unterworfen ist. 24

a) Tarifvertragsnormen müssen so formuliert sein, dass der von ihnen angestrebte Regelungsinhalt zumindest im Wege der Auslegung bestimmbar ist. Eine faktische Delegation auf den entscheidenden Richter ist unzulässig (*Wiedemann/Thüsing TVG 7. Aufl. § 1 Rn. 230*). Unbestimmte Rechtsbegriffe genügen den rechtsstaatlichen Erfordernissen der Normklarheit und Justitiabilität, wenn sie mit herkömmlichen juristischen Methoden ausgelegt werden können (*BVerfG 14. Dezember 2000 - 2 BvR 1741/99, 276, 2061/00 - zu B I 2 b der Gründe, BVerfGE 103, 21*). Dabei müssen alle Mittel der Auslegung herangezogen werden (*Jacobs in Jacobs/Krause/Oetker Tarifvertragsrecht § 5 Rn. 17 ff.*). Der Senat hat deshalb für den Fall des Gebrauchs auch mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe in einer Tarifnorm die hinreichende Bestimmtheit nicht in Frage gestellt (*29. Januar 1986 - 4 AZR 465/84 - BAGE 51, 59; vgl. auch jüngst 26. Januar 2011 - 4 AZR 159/09 -*). 25

b) Danach erweist sich die Spannenklausel in Ziff. V TV ErhBeih als hinreichend bestimmt. Sie ist einer Auslegung fähig, die ihre Anwendung auf den Einzelfall jedenfalls grundsätzlich ermöglicht. Dabei ist es für den vor- 26

liegenden Rechtsstreit nicht erforderlich, jede denkbare Konstellation einer Anwendung dieser Klausel zu überprüfen. Die maßgebenden, für die Auslegung im Einzelfall anwendbaren Kriterien ergeben sich aus dem Wortlaut und dem erkennbaren Zweck der Regelung.

aa) Die Spannenklausel baut darauf auf, dass ver.di-Mitgliedern in Ziff. I TV ErhBeih eine Leistung mit normativer Wirkung zusteht. Die Wirksamkeit der dort geregelten einfachen Differenzierungsklausel wird in Ziff. V vorausgesetzt. Mit der Spannenklausel soll erkennbar verhindert werden, dass der Arbeitgeber die Exklusivität des Erholungsbeihilfeanspruchs dadurch unterläuft, dass er gleichartige Leistungen mit kompensatorischem Charakter an Außenseiter gewährt. Um dies zu gewährleisten, ordnet der Tarifvertrag an, dass immer dann, wenn der Arbeitgeber derartige Leistungen an nicht oder anders Organisierte erbringt, diese ohne dass es von dem Gewährungsziel abhängt, in jedem Falle auch den ver.di-Mitgliedern zu gewähren sind. 27

bb) Allein die Tatsache, dass die Regelung eine Bezifferung der insoweit tariflich begründeten „Steigerungs-“Ansprüche von ver.di-Mitgliedern nicht ermöglicht, reicht für sich genommen nicht aus, um von einer nicht hinreichenden Bestimmtheit der Tarifnorm auszugehen. Auch in sonstigen Tarifnormen ergibt sich der letztlich zustehende Zahlungsanspruch nicht immer unmittelbar aus dem Tarifvertrag selbst. Dies gilt beispielsweise für Verweisungstarifverträge, die gleichwohl als das Bestimmtheits- und das Schriftformgebot des § 1 Abs. 2 TVG erfüllende Regelungen angesehen werden (vgl. dazu BAG 9. Juli 1980 - 4 AZR 564/78 - BAGE 34, 42, 45 ff., 48; Krause in Jacobs/Krause/Oetker § 4 Rn. 4 f.). Aber auch die Anknüpfung eines tariflichen Überstundenzuschlags nicht an den Tarif-, sondern an den - demgegenüber höheren - Effektivlohn der tarifgebundenen Arbeitnehmer ist zulässig, auch wenn sich die konkrete Höhe der tariflichen Leistung anhand von Faktoren bestimmt, die im einzelnen Arbeitsvertrag festgelegt und nicht im Tarifvertrag selbst geregelt sind (BAG 7. Februar 2007 - 5 AZR 41/06 - Rn. 24 mwN, AP TVG § 1 Tarifverträge: Bewachungsgewerbe Nr. 17 = EzA TVG § 4 Zulage Nr. 1). 28

cc) Aus der Struktur der Regelung ergibt sich ferner, dass hier lediglich Leistungen des Arbeitgebers an Außenseiter als für ver.di-Mitglieder anspruchsbegründend erfasst sind, die bestimmte Kriterien erfüllen, deren Vorliegen von den Gerichten für Arbeitsachen grundsätzlich überprüfbar ist. 29

(1) Ein entscheidendes Kriterium für die Auslegung der Tarifregelung ist ihr sich aus dem Wortlaut ergebende Zweck. Sie dient erkennbar der Absicherung des durch die Erholungsbeihilfe für ver.di-Mitglieder begründeten Vergütungsvorsprungs vor den nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern. Dem Arbeitgeber soll es verwehrt bleiben, diesen Vergütungsvorsprung durch eine wie auch immer bezeichnete Leistung an nicht oder anders Organisierte in irgendeiner Weise einzuschränken oder zu beseitigen; er darf nach der Tarifregelung eine vergütungsrechtliche „Gleichstellung“ nicht herbeiführen. Hierzu bedient sich der Tarifvertrag nicht eines Verbots solcher Zahlungen. Der Abstand zwischen den Leistungen an ver.di-Mitglieder und denjenigen an Außenseiter, der in der Höhe durch Ziff. I TV ErhBeih festgelegt worden ist, soll vielmehr dadurch gewahrt werden, dass jedwede Leistung an Außenseiter, die im Ergebnis - teilweise oder vollständig - zu irgendeiner Form wirtschaftlicher Kompensation führt, einen entsprechenden Anspruch des ver.di-Mitglieds begründet und somit den in Ziff. I TV ErhBeih festgesetzten Vergütungsabstand wiederherstellt. Sobald der Arbeitgeber einen solchen kompensierenden Anspruch für die Nichtmitglieder begründet, entsteht unmittelbar aus diesem Begründungsakt auch ein Anspruch in gleicher Höhe für alle ver.di-Mitglieder. 30

(2) Daraus ergibt sich, dass der anspruchsbegründende Tatbestand hier nur durch Leistungen des Arbeitgebers erfüllt werden kann, bei denen die Leistungsgewährung nicht individuell an Außenseiter erfolgt, sondern aufgrund eines generalisierenden Prinzips mit kollektivem Bezug. Der Zweck der Regelung, den Abstand zwischen ver.di-Mitgliedern und den Außenseitern zu sichern, muss nur gegenüber einer Maßnahme verwirklicht werden, die aus Sicht des Arbeitgebers den gegenteiligen Zweck hat, diesen Abstand teilweise oder ganz auszugleichen. Eine solche Maßnahme hat immer kollektiven Charakter. Sie ist zwar in ihrer Durchführung auch als gebündelte Einzelmaßnahme mög- 31

lich, etwa im Wege einer Vielzahl von Einzelvereinbarungen; dies nimmt ihr jedoch nicht den kollektiven Bezug. Eine Abgrenzung mag hier im Einzelfall schwierig sein. Im Betriebsverfassungsrecht und insbesondere bei der Gewährung von zusätzlichen Leistungen, die Gegenstand der Rechtsprechung zu Ansprüchen sind, die sich auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gründen, ist diese Abgrenzung alltägliche richterliche Praxis. Im Ergebnis wird es regelmäßig um Einheitsarbeitsbedingungen, Gesamtzusagen oder betriebliche Übungen gehen.

(3) Die für ver.di-Mitglieder anspruchsbegründende Leistung des Arbeitgebers an die Außenseiter muss dem Zweck der Kompensation des Vergütungsvorsprungs der ver.di-Mitglieder dienen. Dies kann nur dadurch erfolgen, dass sie im Grundsatz nicht an andere Zwecke gebunden ist, wie etwa dem Ausgleich besonders schwieriger Arbeitsbedingungen oder ungewöhnlich guter Arbeitsergebnisse in Teilbereichen. Dabei genügt es nach dem Wortlaut der Klausel nicht, dass der Arbeitgeber die von ihr erfassten Leistungen lediglich anders benennt; sie werden dann von dem Begriff der „sonstigen Leistungen“ erfasst. Auch diese Abgrenzung ist im Zweifel durch die Gerichte vorzunehmen. 32

dd) Auch die Rechtsfolge ist hinreichend bestimmt. Sobald der Arbeitgeber eine Maßnahme trifft, die der Kompensation des Vergütungsvorsprungs der ver.di-Mitglieder dient, entsteht zum selben Zeitpunkt ein tariflich begründeter entsprechender Anspruch für das ver.di-Mitglied, vergleichbar der Wirkung einer Tariflohnerhöhung auf ein Arbeitsverhältnis, in dem der Vergütungstarifvertrag nur über eine Verweisungsklausel anwendbar ist. Die vorliegend zu beurteilende Spannenklausel ist damit eine tarifliche Inhaltsnorm und wirkt insoweit normativ (vgl. nur *Kempen/Zachert/Wendeling-Schröder TVG 4. Aufl. § 3 Rn. 258; Jacobs FS Bauer S. 479, 484*). 33

ee) Hinsichtlich der konkreten Durchsetzbarkeit eines solchen Anspruchs durch die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe bestehen keine Besonderheiten. Das ver.di-Mitglied, das den Anspruch auf die auch ihm zu gewährende Leistung geltend macht, hat die Anspruchsvoraussetzungen im Zweifel vor Gericht 34

darzulegen und zu beweisen. Soweit hier der Arbeitgeber aufgrund einer generalisierenden Entscheidung an Außenseiter eine Leistung gewährt hat, obliegt ihm die Darlegung für den Zweck der Leistung, eine dem entsprechende Gruppenbildung, die ver.di-Mitglieder als solche im Ergebnis jedenfalls grundsätzlich nicht ausschließt, und ggf. die zutreffende Zuordnung der begünstigten Arbeitnehmer zu der Gruppe. Die dabei auftretenden praktischen Schwierigkeiten mögen nicht unerheblich sein. Sie sind jedoch nicht bereits von Rechts wegen so groß, dass der Klausel als solcher wegen fehlender Bestimmtheit die Wirksamkeit versagt werden muss (*vgl. auch BAG 26. Januar 2011 - 4 AZR 159/09 - Rn. 23 mwN*).

2. Auch die nach § 1 Abs. 2 TVG erforderliche Schriftform ist gewahrt. 35
- a) Nach § 1 Abs. 2 TVG bedarf der Tarifvertrag zu seiner Wirksamkeit der Schriftform. Dies hat - anders als bei anderen Fällen der Anordnung einer Schriftform - allein die Funktion, den Parteien, den Normadressaten sowie Dritten gegenüber den Inhalt des Tarifvertrages klarzustellen und feststellbar zu machen. Die Schriftform dient dagegen weder dem Übereilungsschutz noch hat sie eine Bestimmtheitsfunktion (*vgl. nur Wiedemann/Thüsing § 1 Rn. 310 mwN*). Damit fordert § 1 Abs. 2 TVG nicht, dass alle auf der Grundlage eines Tarifvertrages berechneten Leistungen schriftlich beziffert festgelegt werden. 36
- b) Diesen Anforderungen genügt Ziff. V TV ErhBeih, indem die Regelung einen Anspruch in Abhängigkeit von einer zumindest bestimmbareren konkreten Bezugsgröße regelt und damit eine Ermittlung der Leistungsansprüche anhand objektiv feststellbarer Kriterien - wenn auch nicht notwendig in einem einfachen Erkenntnisprozess - ermöglicht (*Leydecker Der Tarifvertrag als exklusives Gut S. 262 f. mwN*). 37
3. Die Regelung in Ziff. V TV ErhBeih ist jedoch deshalb unwirksam, weil die Tarifvertragsparteien mit ihr die ihnen von Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene, durch diese Bestimmung aber auch begrenzte Tarifmacht überschritten haben. Durch die Klausel wird ein tariflicher Anspruch normativ begründet, der in Bestand und Höhe von vertraglichen Bedingungen zwischen dem tarif-

gebundenen Arbeitgeber und nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern abhängig ist. Die Spannenklausel führt - ihrem Zweck gemäß - dazu, dass dem Arbeitgeber eine Lohngleichstellung der Außenseiter mit den ver.di-Mitgliedern rechtlich-logisch unmöglich ist, selbst wenn er zu höheren Aufwendungen durch ergänzende Leistungen an die Außenseiter bereit ist. Eine solche Wirkung kann ein Tarifvertrag nicht normativ anordnen, weil es den Koalitionen nicht zukommt, ein solches, dem außertariflichen Bereich zuzuordnendes Verhalten des Arbeitgebers im Verhältnis zu nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern unmöglich zu machen.

a) Tarifvertragsparteien können normativ Rechte und Pflichten der tarifunterworfenen Arbeitsverhältnisse bestimmen. Sie sind aber nicht befugt, die einzelvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten der Arbeitsvertragsparteien, insbesondere der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer, mit zwingender Wirkung in diese Arbeitsverhältnisse hinein einzuschränken. 39

aa) Mit der Möglichkeit, die Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen autonom zu regeln, können die Koalitionen durch frei vereinbarte Regelungen Mindestarbeitsbedingungen bestimmen, die für tarifunterworfene Arbeitsverhältnisse normative Wirkung entfalten. Die Bindung des Arbeitsverhältnisses an einen Tarifvertrag beruht - von der hier nicht bedeutsamen Ausnahme einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 4 TVG abgesehen - dabei auf privat-autonomen Entscheidungen. Der Inhalt und die gesetzlich angeordnete Wirkungsweise des Tarifvertrages erlangen Legitimation durch die freie Entscheidung der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Mitglied einer Koalition zu werden bzw. als Arbeitgeber-Tarifvertragspartei selbst den Tarifvertrag abzuschließen. Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normsetzung ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie (*vgl. die Nachw. bei BAG 7. Juli 2010 - 4 AZR 549/08 - Rn. 22, AP GG Art. 9 Nr. 140 = EzA TVG § 4 Tarifkonkurrenz Nr. 25*). Der Tarifvertrag hat damit - wie jeder Vertrag zwischen typischerweise zur Durchsetzung ihrer Interessen gleich fähigen Vertragspartnern - die Vermutung der Angemessenheit für sich. Die Wirkung der Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen eines Tarifvertrages auf das einzel-

ne, ihm unterworfenen Arbeitsverhältnis entspricht dabei der einer externen Norm, die nach § 4 Abs. 1 TVG zwingend und unmittelbar als Mindestarbeitsbedingung (§ 4 Abs. 3 TVG) für diejenigen Arbeitnehmer gilt, die der tarifschließenden Gewerkschaft angehören und deren Arbeitsverhältnis vom Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst ist (§ 3 Abs. 1 TVG).

bb) Die kollektiv ausgeübte Privatautonomie in der Gestalt von Tarifverträgen verdrängt die individuelle Privatautonomie nicht grundsätzlich. Bei der Bestimmung der eigenen Arbeitsbedingungen bleibt auch dem tarifgebundenen Arbeitnehmer der privatautonome Gestaltungsspielraum. Der Arbeitsvertragsfreiheit des Tarifunterworfenen wird über das Günstigkeitsprinzip nach § 4 Abs. 3 TVG ein, wenn auch aus dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip folgend nur partieller Vorrang eingeräumt (vgl. auch *Jacobs in Jacobs/Krause/Oetker § 7 Rn. 15*). Auch wenn die Anwendung des Günstigkeitsprinzips im Einzelfall, etwa bei der tariflichen Vereinbarung von Höchstarbeitszeiten, gegenüber den von den Koalitionen ebenfalls einzubeziehenden Gesichtspunkten der Beschäftigungssicherung des Ausgleichs im Wege der praktischen Konkordanz nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip bedürfen kann (zB *BAG 25. Oktober 2000 - 4 AZR 438/99 - zu II 2 der Gründe, BAGE 96, 168*), bildet seine Existenz eine formelle Schranke der tariflichen Regelungsmacht (*Wiedemann/Wank § 4 Rn. 387*). Hieraus folgt, dass es den Tarifvertragsparteien auch unter dem Gesichtspunkt der Tarifautonomie im Grundsatz verwehrt ist, Arbeitsbedingungen tariflich zu vereinbaren, die eine Verkürzung individualvertraglich begründeter Rechte bedeutet (vgl. *BAG 18. August 1971 - 4 AZR 342/70 - BAGE 23, 399, 404 f.*). Gegenstand kollektiver Regelungen durch tarifliche Inhaltsnormen ist die Festsetzung allgemeiner und gleicher Mindestarbeitsbedingungen. Die Möglichkeit, demgegenüber günstigere Arbeitsbedingungen einzelvertraglich zu vereinbaren, kann ein Tarifvertrag auch für tarifgebundene Arbeitsverhältnisse nicht einschränken.

41

cc) Diese Einschränkung der kollektiven Regelungsmacht für individualvertragliche Gestaltungen gilt erst recht für die Erstreckung der unmittelbaren und zwingenden Wirkungen von Tarifnormen auf Außenseiter, dh. nicht oder anders

42

organisierte Arbeitnehmer. Die das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG ausgestaltenden gesetzlichen Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes begrenzen die Macht der Tarifvertragsparteien zur Setzung von Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen auf ihre Mitglieder. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts trägt die Begrenzung auf die Mitglieder der Tarifvertragsparteien dem Grundsatz Rechnung, dass der Staat seine Normsetzungsbefugnis nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen und den Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern darf, die ihm gegenüber nicht demokratisch bzw. mitgliedschaftlich legitimiert sind (*24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - BVerfGE 44, 322, 347 f.*). Tarifverträge dürfen daher nicht mit zwingender Wirkung Arbeitsbedingungen für nicht organisierte Arbeitnehmer festsetzen (*BVerfG 14. Juni 1983 - 2 BvR 488/80 - BVerfGE 64, 208*). So hat das Bundesarbeitsgericht auch von den Tarifvertragsparteien selbst erstellten Senioritätslisten von Flugzeugführern die normative Wirkung abgesprochen, weil die Tarifvertragsparteien damit ihre Tarifmacht überschritten haben, da sie das gesamte Bordpersonal des Arbeitgebers erfassten, die Tarifvertragsparteien jedoch das Arbeitsverhältnis regelnde Inhaltsnormen nur für ihre Mitglieder setzen durften (*28. September 1983 - 4 AZR 200/83 - BAGE 43, 312, 322 f.*). Außenseiterklauseln, dh. tarifliche Regelungen, die nicht tarifunterworfenen Arbeitnehmer betreffen, sind daher - außerhalb von § 3 Abs. 2 TVG - allenfalls als schuldrechtliche Vereinbarungen zulässig, weil sich die Normsetzungsmacht nur auf die Gewerkschaftsmitglieder beschränkt (*Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. § 1 Rn. 234*) und werden vor allem im Zusammenhang mit Wiedereinstellungsklauseln und Maßregelungsverboten nach Arbeitskämpfen vereinbart (*Däubler/Lorenz § 3 Rn. 274; Wiedemann/Oetker § 3 Rn. 411*), die als den Außenseiter berechtigender Vertrag zu Gunsten Dritter mit der Möglichkeit, hiervon keinen Gebrauch zu machen, wirksam sein können (*arg. § 333 BGB*).

b) Die Spannenklausel in Ziff. V TV ErhBeih erfasst den außertariflichen Bereich und ist deshalb unwirksam. Sie bewirkt zwar keine absolute, aber eine relative Begrenzung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter, indem sie es dem Arbeitgeber rechtlich-logisch unmöglich macht, die vertraglichen Arbeits-

43

bedingungen der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den tariflich normierten Arbeitsbedingungen der ver.di-Mitglieder anzugleichen, und damit dem Arbeitgeber zugleich eine im Wege der Gestaltung von individualvertraglichen Bedingungen nicht auflösbare „Ungleichstellung“ zwingend auferlegt. Damit greift sie in unzulässiger Weise über den ihr zustehenden Regelungsrahmen hinaus und in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer ein.

aa) Die Befugnis von Tarifvertragsparteien zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen erstreckt sich auf die normative Regelung der Arbeitsverhältnisse der unmittelbar tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien. Eine Begrenzung der Freiheit des Arbeitgebers zur vertraglichen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse kann nicht tariflich erzwungen werden (*BAG 10. Dezember 2002 - 1 AZR 96/02 - zu B I 3 b aa der Gründe, BAGE 104, 155*). Der Arbeitgeber kann insbesondere weder zu einer Gleichstellung noch zu einer Ungleichstellung von Außenseitern gegenüber tarifgebundenen Arbeitnehmern gezwungen werden. 44

(1) Grundsätzlich ist ein Arbeitgeber nicht verpflichtet, den nicht organisierten Arbeitnehmern tariflich geregelte Arbeitsbedingungen anzubieten. Er darf sie auf der Grundlage einer einzelvertraglichen Vereinbarung auch untertariflich entlohnen (*so bereits BAG 20. Juli 1960 - 4 AZR 199/59 - AP TVG § 4 Nr. 7; vgl. auch zB ErfK/Dieterich 11. Aufl. Art. 9 GG Rn. 35; Wiedemann/Oetker § 3 Rn. 415 ff., 420; Däubler/Zwanziger § 4 Rn. 1058; Kempen/Zachert Grundlagen Rn. 162; Schaub ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 206 Rn. 41; Hanau FS Hromadka S. 115, 117; vgl. auch Gamillscheg NZA 2005, 147: „bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit“; ebenso Franzen RdA 2006, 1, 4*). Die beiderseitige Tarifgebundenheit in einem Arbeitsverhältnis ist ein legitimer Differenzierungsgrund für ein unterschiedliches Leistungsniveau gegenüber einem Arbeitsverhältnis desselben Betriebs, in dem es hieran fehlt. 45

(2) Dem Arbeitgeber ist es unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aber auch nicht verwehrt, Außenseiter wie Gewerkschaftsmitglieder zu behandeln und ihnen insbesondere die tariflich vereinbarten Leistungen, die er an 46

Gewerkschaftsmitglieder schon aufgrund der normativen Wirkung des Tarifvertrages leisten muss, aufgrund einer privatautonomen Entscheidung ebenfalls zu gewähren (vgl. nur *Däubler/Lorenz § 3 Rn. 217; Thüsing Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz Rn. 871; Gamillscheg Kollektives Arbeitsrecht Bd. I S. 731*). Soweit ersichtlich bezweifelt niemand die Zulässigkeit einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung des Arbeitgebers mit seinen Arbeitnehmern, aufgrund derer die Normen der - einschlägigen - Tarifverträge im Arbeitsverhältnis angewandt werden sollen. So hat zB der Senat in der Entscheidung vom 14. Dezember 2005 ausgeführt, dass es keine Rechtsgründe gibt, die die Vereinbarung einer Gleichstellungsabrede (*hier: mit der die Dynamik betreffenden zusätzlichen Vereinbarung der auflösenden Bedingung einer Tarifgebundenheit des Arbeitgebers*) im Arbeitsvertrag ausschließen. Dies ist ebenso im Rahmen der Vertragsfreiheit des tarifgebundenen Arbeitgebers möglich, wie es diesem frei steht, sich von einer Arbeitgeberkoalition fernzuhalten und gleichwohl mit seinen Beschäftigten die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durch das einschlägige Tarifwerk in seiner jeweiligen Fassung zu vereinbaren (- 4 AZR 536/04 - Rn. 23 f., BAGE 116, 326; zur entsprechenden *Üblichkeit im öffentlichen Dienst und der darauf gerichteten berechtigten Erwartung des Arbeitnehmers BAG 3. April 2007 - 9 AZR 283/06 - Rn. 53, BAGE 122, 33*). Normativ abgesichert ist die Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise durch die gesetzlichen Öffnungsklauseln, die nicht nur den Tarifvertragsparteien selbst erlauben, durch Tarifvertrag für ihre Mitglieder Arbeitsbedingungen zu vereinbaren, die unterhalb des gesetzlichen Schutzniveaus liegen, zB in § 622 Abs. 4 BGB, § 13 BUrlG, § 4 Abs. 4 EFZG, § 7 ArbZG, § 9 Nr. 2 AÜG (*krit. dazu etwa Daniel Ulber Tarifdispositives Gesetzesrecht S. 328 f.; Waltermann NZA 2010, 482; Buschmann FS Richardi S. 93 ff.*). Auch wenn das Arbeitsverhältnis der normativen Wirkung des Tarifvertrages nicht unterfällt, ist eine Unterschreitung dieser gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen nach den angeführten Bestimmungen auch durch die Bezugnahme auf die entsprechenden Regelwerke in einem Arbeitsvertrag zulässig und möglich.

Eine solche Art von Gleichstellung iSd. Herstellung eines tatsächlich einheitlichen Ergebnisses für Arbeitsverhältnisse mit rechtlich unterschiedlichen

47

Ausgangsbedingungen (vgl. dazu *Fastrich RdA 2000, 65, 67 ff.*) ist dem Arbeitgeber bei der Erstreckung von tariflichen Sonderleistungen auf alle - ansonsten vergleichbaren - Arbeitnehmer im Betrieb möglich, auch wenn diese hierauf keinen an anderer Stelle geregelten Anspruch haben. Der Arbeitgeber ist insoweit frei, zB nach einem von ihm für richtig gehaltenen Grundsatz „gleicher Lohn für gleiche Arbeit“ den Zweck einer gleichmäßigen Entlohnung aller Arbeitnehmer als Anlass für eine hinsichtlich der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer privatautonom begründete Sonderzahlung zu nehmen.

(3) Eine Tarifregelung, die die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Arbeitsverträge mit nicht oder anders tarifgebundenen Arbeitnehmern in der Weise einschränkt, dass sie ihm eine vertraglich vereinbarte oder zu vereinbarende Gleichstellung mit den an den Tarifvertrag normativ gebundenen Arbeitsverhältnissen rechtlich unmöglich macht, ist von der Rechtssetzungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht gedeckt. So wenig ein Tarifvertrag eine derartige Gleichstellung in seinem normativen Bereich anordnen und unmittelbare und zwingende Rechte für Außenseiter begründen kann (*Däubler/Lorenz § 3 Rn. 217*), so wenig kann er eine Ungleichheit mit zwingender Wirkung regeln. Die Möglichkeit, eine Gleichstellung zwischen Außenseiter und Gewerkschaftsmitglied herbeizuführen, hat das Gesetz nicht verboten und darf eine Kollektivvereinbarung nicht mit normativer Wirkung verbieten (*Wiedemann Einleitung Rn. 290 für eine Bezugnahmeklausel; ähnlich auch Franzen RdA 2006, 1, 6, 7; Bauer/Arnold NZA 2005, 1209, 1211; Löwisch/Rieble § 1 Rn. 819 f.; Hartmann/Lobinger NZA 2010, 421, 424 ff.; Arnold FS Picker S. 873, 885; i. Erg. auch Jacobs FS Bauer S. 479, 490 ff.*). Die Festsetzung einer tariflichen Leistung als Mindestarbeitsbedingung für tarifunterworfenen Arbeitsverhältnisse in Proportionalität zu vom Arbeitgeber arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen mit nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern ist deshalb unzulässig. 48

(4) Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass eine Spannenklausel die individualvertragliche Gleichstellung von Außenseitern zulasse, weil von ihr lediglich - was zutreffend ist (vgl. oben III 1 b cc (2)) - Vereinbarungen mit 49

einem kollektiven Bezug als Grundlage für den ergänzenden Anspruch der Gewerkschaftsmitglieder erfasst würden; auf den Abschluss einer solchen Vereinbarung habe ein Arbeitnehmer aber keinen grundrechtlich geschützten Anspruch (so *Leydecker AuR 2009, 338, 342*). Die kollektive Wirkung von betriebseinheitlichen Regelungen ändert nichts an der Rechtsnatur als einzelvertraglicher Vereinbarung. Deshalb gilt im Verhältnis von Einheitsregelungen und Tarifvertrag auch das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG (*Däubler/Zwanziger § 4 Rn. 1051; Wiedemann/Wank § 4 Rn. 650; Jacobs in Jacobs/Krause/Oetker § 7 Rn. 10*). Es ist danach nicht möglich, bei der Überprüfung der Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit danach zu differenzieren, ob eine bestimmte Vertragsbestimmung in einer solchen Anzahl von Arbeitsverhältnissen vereinbart worden ist, dass das Tatbestandsmerkmal des kollektiven Bezugs erfüllt ist oder ob die Anzahl der entsprechenden Vereinbarungen geringer ist. Die Verletzung der Vertragsfreiheit durch die Verunmöglichung einer Angleichung der vertraglichen Bedingungen an die tariflichen Mindestarbeitsbedingungen beinhaltet ein qualitatives Moment, das bei einer massenhaften Ausübung nicht relativiert werden kann.

bb) Die in Ziff. V TV ErhBeih normierte Spannenklausel macht der klagenden Arbeitgeberin eine Gleichstellung zwischen den Mitgliedern und Nichtmitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft unmöglich. Sie ist deshalb unwirksam. 50

(1) Dies folgt allerdings nicht bereits aus einer Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers infolge einer naturgemäß begrenzten Leistungsfähigkeit. De jure wird er nicht daran gehindert, den Differenzbetrag - zunächst - auch an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer seines Unternehmens zu zahlen, etwa im Wege einer freiwilligen zusätzlichen Leistung. Soweit die Wirtschaftskraft des Arbeitgebers durch eine tariflich normierte Leistung an Gewerkschaftsmitglieder eingeschränkt wird und diese Einschränkung zur Folge hat, dass tatsächliche Schwierigkeiten bestehen, darüber hinausgehende oder daneben bestehende vertragliche Verpflichtungen gegenüber nicht oder anders tarifgebundenen Arbeitnehmern zu erfüllen, ist diese Wirkung tariflichen 51

Leistungsversprechen häufig eigen und kann nicht als Kriterium für die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der tariflichen Anspruchsgrundlage herangezogen werden (*einschränkend wohl Richardi NZA 2010, 417, 420 f.; vgl. zur wirtschaftlichen Belastung durch die fakultative Leistung an Außenseiter bei einer einfachen Differenzierungsklausel BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 58, BAGE 130, 43*).

(2) Eine derartige zusätzliche Leistung hat jedoch nach der Spannenklausel der Ziff. V TV ErhBeih die Begründung eines unmittelbaren tariflichen Anspruchs der ver.di-Mitglieder gegen den Arbeitgeber zur Folge. Dies schließt nicht nur eine faktische Gleichstellung der anders oder nicht organisierten Arbeitnehmer mit den ver.di-Mitgliedern bei der Beklagten aus, sondern verunmöglicht darüber hinaus grundsätzlich aus rechtlich-logischen Gründen die Einhaltung hierauf gerichteter, vorher eingegangener oder einzugehender arbeitsvertraglicher oder tarifvertraglicher Verpflichtungen gegenüber nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern.

52

(a) Wie der Senat in seiner Entscheidung vom 18. März 2009 zur Zulässigkeit von einfachen Differenzierungsklauseln ausgeführt hat, ist es dem Arbeitgeber in der dortigen Konstellation unbenommen, auf vertraglichem Wege nicht nur die Anwendung des Tarifvertrages oder Tarifwerks zu vereinbaren, was allein regelmäßig noch nicht zu einer gleichsam vertraglich vereinbarten Begründung des Status eines Gewerkschaftsmitglieds führt (*- 4 AZR 64/08 - Rn. 26 ff., BAGE 130, 43; zust. Kamanabrou Anm. zu AP TVG § 3 Nr. 41; Jacobs FS Bauer S. 479, 482; kritisch dagegen zB Bauer/Arnold NZA 2009, 1169, 1171; Greiner/Suhre NJW 2010, 131, 132 f.*). Er kann auch die vollständige Gleichstellung mit den Mitgliedern der am Tarifabschluss beteiligten Gewerkschaft dadurch herbeiführen, dass er mit seinen Arbeitnehmern arbeitsvertraglich vereinbart, dass diese im Hinblick auf einen nicht normativ geltenden Tarifvertrag behandelt werden wie die Mitglieder der tarifschließenden Gewerkschaft. Bei einer solchen Vereinbarung sind Leistungen eingeschlossen, die nach einer einfachen Differenzierungsklausel nur Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten sind (*BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - BAGE 130, 34*). An der

53

Zulässigkeit und Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bestehen keine Zweifel (vgl. auch *Richardi NZA 2010, 417, 419; Franzen FS Picker S. 929, 949; ferner die entsprechenden konkreten Formulierungsvorschläge bei Bauer/Arnold NZA 2009, 1169, 1173 und Thüsing/Braun/Mengel/Burg Tarifrecht 5. Kap. Differenzierungsklauseln Rn. 5; aA Kocher NZA 2009, 119, 123*).

Demgegenüber würde eine wirksame Spannenklausel wie die hier streitgegenständliche in Ziff. V TV ErhBeih dem Arbeitgeber die Erfüllung einer solchen Verpflichtung nicht nur wirtschaftlich, sondern rechtlich-logisch unmöglich machen. Eine vertraglich versprochene Leistung des TV ErhBeih an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer führte unmittelbar zu einem entsprechenden - erhöhenden - Anspruch der ver.di-Mitglieder. Dies wiederum löste die vertraglich vereinbarte „mitgliedschaftbezogene Gleichstellungspflicht“ zu einer weiteren zusätzlichen Zahlung aus, die ihrerseits wiederum den tariflichen Anspruch erhöht. Damit ist nicht die zeitliche Abfolge beschrieben; die Ansprüche der jeweiligen Arbeitnehmergruppen steigen nicht nur parallel, sondern synchron, ohne dass eine juristische Sekunde Aktion und Reaktion trennt (so *Leydecker Der Tarifvertrag als exklusives Gut S. 284*). Auf diese Weise entsteht unmittelbar in der tariflichen Normierung des „Abstandsanspruchs“ bei bestehender vertraglicher Verpflichtung zur Gleichstellung mit einem Gewerkschaftsmitglied ohne jedes weitere Handeln eines Beteiligten eine rechtlich-logisch nicht begrenzte unendliche Erhöhung der jeweiligen Leistungsverpflichtungen des Arbeitgebers.

54

(b) Zusätzlich kann eine entsprechende rechtlich-logisch unendliche Erhöhung der Leistungsverpflichtungen dadurch zustande kommen, dass in einem anderen Tarifvertrag gegenüber den Mitgliedern einer zweiten Gewerkschaft eine entsprechende Verpflichtung übernommen wurde. Dies würde - ihre Wirksamkeit unterstellt - dazu führen, dass beim Aufeinandertreffen zweier entsprechender Klauseln auf Arbeitsverhältnisse in einem Betrieb auch im Bereich der normativ begründeten Ansprüche eine derartige unendliche Erhöhung der Leistungsverpflichtungen des Arbeitgebers einträte. Die beklagte Gewerkschaft hat sich für ihre Auffassung der Zulässigkeit einer Spannen-

55

klausel deshalb auch zu Unrecht darauf berufen, dass es etwaigen Konkurrenzgewerkschaften unbenommen sei, selbst ähnliche Vereinbarungen durchzusetzen. Eine derartige Fallkonstellation führte bei beiden Tarifverträgen zu der bereits beschriebenen rechtlich-logischen Unmöglichkeit.

Dieses Problem ließe sich auch nicht dadurch lösen, dass insoweit davon auszugehen wäre, dass in einem Betrieb oder Unternehmen lediglich eine solche tarifvertragliche Spannenklausel möglich sein dürfte. Es wäre dem Arbeitgeber bei einer solchen rechtlichen Anforderung unbenommen, durch den Abschluss eines Tarifvertrages mit einer Gewerkschaft den wirksamen Abschluss eines entsprechenden Tarifvertrages mit jeder anderen Gewerkschaft zu blockieren. Dies ist mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar.

56

(3) Dem lässt sich auch nicht mit dem Arbeitsgericht entgegenhalten, dass die Privatautonomie kein generelles Verbot von Exklusivverträgen kennt und kein Anspruch auf einen bestimmten Vertragsinhalt besteht (*ähnlich Däubler/Hensche § 1 Rn. 881 f. mwN: was der Arbeitgeber tun könne, dazu könne er sich auch schuldrechtlich verpflichten*). Nicht jede denkbare vertragliche Verpflichtung, die ein Arbeitgeber eingehen kann, kann auch durch eine auf beide Arbeitsvertragsparteien einwirkende Tarifnorm begründet werden. Vielmehr unterliegen den - im Hinblick auf die sonstige allgemeine Form rechtsgeschäftlichen Verhaltens - ganz speziellen Regelungen des Zustandekommens und der Wirkungsweise von Tarifverträgen nur diejenigen Regelungsgegenstände, die nach Art. 9 Abs. 3 GG iVm. den Vorschriften des TVG der Normsetzungsbefugnis von Koalitionen überlassen sind. Hierzu gehört aus den dargelegten Gründen nicht die verbindliche Regelung des außertariflichen Vertragsverhaltens des Arbeitgebers. Deshalb kommt es auf eine quantitative Betrachtung der Spannenklausel nicht an (*i. Erg. auch Jacobs FS Bauer S. 479, 491*). Möglicherweise weiter entgegenstehende Grundrechte der beteiligten Tarifvertragsparteien oder Dritter bedürfen hiernach ebenfalls nicht der Erörterung (*ebenso Franzen RdA 2006, 1, 6*).

57

C. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 92 Abs. 1 ZPO.

58

Bepler

Winter

Creutzfeldt

Kiefer

Görgens