

# BUNDESARBEITSGERICHT



4 AZR 117/09  
15 Sa 794/08  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
22. September 2010

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Bepler, den Richter am Bundesarbeitsgericht

Creutzfeldt, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Winter sowie die ehrenamtlichen Richter Hannig und Rupprecht für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 13. November 2008 - 15 Sa 794/08 - aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 3. April 2008 - 1 Ca 1933/07 - abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über einen Anspruch der Klägerin auf Zahlung einer tariflich geregelten Sonderzahlung und auf Gewährung eines zusätzlichen Urlaubstages. 1

Die Klägerin ist seit dem 1. August 1990 bei der Beklagten als Diplompsychologin und Diplomökotrophologin beschäftigt. In dem schriftlichen Arbeitsvertrag der Parteien vom 15. Mai 1990 heißt es ua.: 2

#### **„§ 2**

Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem Manteltarifvertrag (MTV) für die Arbeitnehmer der Kurverwaltung Bad Lippspringe GmbH und der Kuranstalten und Forschungsinstitute Bad Lippspringe GmbH.

...

#### **§ 10**

Änderungen und Ergänzungen des Vertrages bedürfen der Schriftform.“

Die Klägerin war ursprünglich Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di. Sie trat am 28. September 2006 aus der Gewerkschaft aus. 3

Am 25. Mai 2007 vereinbarten die Gewerkschaft ver.di und der Arbeitgeberverband für die Gebiete Paderborn, Büren, Warburg und Höxter e. V. (AGV) vor dem Hintergrund von erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Beklagten eine „Modifizierung des Änderungstarifvertrages zum 3. Beschäftigungssicherungstarifvertrag (ÄTV z. 3. BSTV) und des Manteltarifvertrages MZG und KHK GmbH (MTV)“ (*TV Modifizierung*). Darin wird ua. 4

„ergänzend bzw. abweichend von den Regelungen des Änderungstarifvertrages zum 3. Beschäftigungssicherungstarifvertrag (ÄTV z. 3. BSTV) zur Vermeidung einer kurzfristigen Insolvenz Folgendes vereinbart:

§ 3 Ziff. 1 Abs. 1 ÄTV z. 3. BSTV wird wie folgt ergänzt:

1.

Die Zuwendung nach § 36 MTV wird für das Jahr 2007 ausgesetzt. Diejenigen Arbeitnehmer der MZG Bad Lippspringe GmbH, der Karl-Hansen-Klinik GmbH und der MZG Pflege GmbH (...), die nachweislich Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft sind, erhalten als Anspruchsberechtigte stattdessen für das Kalenderjahr 2007 einen Festbetrag i. H. v. 250,00 Euro brutto und einen zusätzlichen Urlaubstag, soweit dies bis zum 01.09.2007 von den Anspruchsberechtigten geltend gemacht worden ist. ... Die Gewährung des zusätzlichen Urlaubstages erfolgt im Laufe der belegungsschwachen Zeiten vom 01. November 2007 bis 31. März 2008. 50 % des Festbetrages werden mit dem Gehalt für den Monat November 2007 und 50 % des Festbetrages werden mit dem Gehalt für den Monat März 2008 ausgezahlt.

...“

Die Klägerin hat nach erfolgloser Geltendmachung des tariflichen Festbetrages und der Gewährung eines zusätzlichen Urlaubstages Klage erhoben und die Auffassung vertreten, die Beschränkung der Leistungen auf Gewerkschaftsmitglieder sei eine unzulässige Differenzierungsklausel. Sie enthalte ferner eine unwirksame Stichtagsregelung. Deswegen stehe ihr auch als Nicht-Gewerkschaftsmitglied diese Leistung zu. 5

Die Klägerin hat beantragt,

6

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 250,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus je 125,00 Euro seit dem 1. Dezember 2007 und dem 1. April 2008 zu zahlen.
2. festzustellen, dass der Klägerin gegen die Beklagte aus dem Zeitraum vom 1. November 2007 bis zum 31. März 2008 ein zusätzlicher Urlaubstag zusteht.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag damit begründet, dass die Klägerin die Anspruchsvoraussetzung einer Mitgliedschaft in der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft nicht erfülle. Die Klausel sei wirksam.

7

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Klageabweisung. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

8

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu.

9

I. Die Klage ist - auch hinsichtlich des Feststellungsantrages - zulässig. Allerdings bedarf der Antrag der Auslegung.

10

1. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Die Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken - sog. Elementenfeststellungsklage -. Auch die Anwendbarkeit eines bestimmten Tarifvertrages oder Tarifwerkes auf ein Arbeitsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein (*BAG*

11

22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - Rn. 11 mwN, BAGE 128, 165). Das von § 256 Abs. 1 ZPO vorausgesetzte besondere Feststellungsinteresse muss als Sachurteilsvoraussetzung in jeder Lage des Verfahrens, auch noch in der Revisionsinstanz, gegeben sein. Sein Vorliegen ist von Amts wegen zu prüfen (st. Rspr., etwa BAG 17. Oktober 2007 - 4 AZR 1005/06 - Rn. 14, BAGE 124, 240).

2. Danach ist die Klage auch hinsichtlich des Feststellungsantrages zu 2. zulässig. Bei der Frage des Bestehens oder des Umfangs des Urlaubsgewährungsanspruchs eines Arbeitnehmers handelt es sich um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Zwar ist der Zeitraum, innerhalb dessen der Urlaubsgewährungsanspruch nach dem Wortlaut des TV Modifizierung hätte erfüllt werden können, bereits abgelaufen. Das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der begehrten Feststellung ist dadurch jedoch nicht entfallen. Die Klägerin hatte mit ihrem Geltendmachungsschreiben vom 6. August 2007 die Beklagte aufgefordert, ihr mitzuteilen, ob diese bereit ist, ihr den zusätzlichen Urlaubstag zu gewähren. Dies hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 17. September 2007 an die Bevollmächtigten der Klägerin abgelehnt. Damit ist die Beklagte hinsichtlich eines evtl. Urlaubsgewährungsanspruchs der Klägerin in Verzug geraten, was sie - im Falle des Bestehens des Urlaubsgewährungsanspruchs - zum Schadensersatz in Form der Gewährung eines Ersatzurlaubes im gleichen Umfang verpflichtet kann (st. Rspr., vgl. nur BAG 11. April 2006 - 9 AZR 523/05 - Rn. 24 mwN, AP BUrlG § 7 Übertragung Nr. 28 = EzA BUrlG § 7 Nr. 116). Zwar gerät ein Arbeitgeber hinsichtlich der Urlaubsgewährung erst dann in Verzug, wenn er eine konkrete Geltendmachung unter Angabe des vom Arbeitnehmer gewünschten Zeitraumes zu Unrecht abgelehnt hat (BAG 25. Juni 1996 - 9 AZR 182/95 - BAGE 83, 225). Eine solche konkrete Geltendmachung des zusätzlichen Urlaubsanspruchs der Klägerin war aber nach dem Grundgedanken des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich, da die Beklagte den Bestand des Anspruchs grundsätzlich verneint und damit eine entsprechende Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat.

12

Die Klägerin kann auch nicht auf eine - vorrangige - Leistungsklage auf Gewährung eines Urlaubstages verwiesen werden. Der Urlaub ist nach § 7 Abs. 2 Satz 1 BUrlG grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren. Der Urlaubsgewährung geht regelmäßig eine konkret nach Datum festgelegte Urlaubsforderung des Arbeitnehmers und damit eine Planung mit einer bestimmten Anzahl von zu gewährenden Urlaubstagen voraus. Ist lediglich die Zahl der zu gewährenden Urlaubstage grundsätzlich im Streit, kann diese in geeigneten Fällen auch vor einer konkreten Urlaubsforderung im Wege einer Feststellungsklage geklärt werden. 13

II. Der Antrag ist aber nicht begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die begehrten Leistungen. Ungeachtet dessen, ob die allein als Anspruchsgrundlage in Betracht kommende Verweisungsklausel überhaupt den Tarifvertrag vom 25. Mai 2007 erfasst, erfüllt die Klägerin jedenfalls nicht die dort genannte Voraussetzung einer Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di. Die Tarifregelung ist auch nicht unwirksam. Im Übrigen hätte die Klägerin auch bei Unwirksamkeit der Klausel keinen Anspruch auf die begehrte Leistung. 14

1. Das Landesarbeitsgericht hat die Beklagte zur Gewährung der im Antrag genannten Leistungen für verpflichtet gehalten, weil in der vertraglichen Verweisungsklausel eine Gleichstellungsabrede zu sehen sei, die nicht tarifgebundene Arbeitnehmer so stellt, als seien sie tarifgebunden. Wäre die Klägerin zum Zeitpunkt des Abschlusses der tariflichen Vereinbarung vom 25. Mai 2007 noch ver.di-Mitglied gewesen, seien die dort für die Mitglieder vereinbarten Leistungen auch ihr zu gewähren. Auf die Wirksamkeit der Differenzierungsklausel als solche komme es deshalb nicht an. 15

2. Dies ist unzutreffend. Die Verweisungsklausel im Arbeitsvertrag verleiht der Klägerin nicht auf vertraglicher Grundlage den Status eines Gewerkschaftsmitglieds, sondern bindet die Parteien lediglich an das im Arbeitsvertrag in Bezug genommene Tarifwerk. Selbst wenn hierzu auch der TV Modifizierung gehören sollte, ist die dort genannte Anspruchsvoraussetzung der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di zulässig und wird von der Klägerin nicht erfüllt. 16

- a) Ein normativ aus dem TV Modifizierung unmittelbar begründeter Anspruch besteht nicht. 17
- aa) Der TV Modifizierung ist zwar ein Tarifvertrag. Er ist eine Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien ver.di Landesbezirk NRW und dem AGV. Er ändert den ÄndTV zum 3. BSTV, der seinerseits als - zeitlich begrenzt - den Manteltarifvertrag des Medizinischen Zentrums für Gesundheit Bad Lippspringe GmbH, der Karl-Hansen-Klinik GmbH und der MZG-Pflege GmbH (*MTV MZG KHK*) ändernder Tarifvertrag anzusehen ist. Damit ist der TV Modifizierung ein Tarifvertrag, weil mit ihm die Tarifvertragsparteien des 3. BSTV dessen zwingend und unmittelbar wirkende Normen (§ 4 Abs. 1 TVG) ändern wollten und damit ihrerseits zwingend und unmittelbar wirkende Normen geschaffen haben. 18
- bb) Die Klägerin ist jedoch nicht Mitglied der vertragsschließenden Gewerkschaft ver.di iSv. § 4 Abs. 1 TVG. Sie ist zum 28. September 2006 aus der Gewerkschaft ausgetreten und damit an die Normen des später geschlossenen TV Modifizierung nicht mehr normativ gebunden. 19
- b) Auch aus der einzelvertraglichen Verweisungsklausel ergibt sich ein solcher Anspruch nicht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Verweisungsklausel den TV Modifizierung überhaupt erfasst. Selbst wenn er Anwendung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet, erfüllt die Klägerin nicht die in der von ihr geltend gemachten Anspruchsgrundlage in Ziff. 1 genannte Anspruchsvoraussetzung einer Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di. Gegen die Wirksamkeit dieser Tarifregelung bestehen weder aus verfassungsrechtlicher noch aus tarifrechtlicher Sicht Bedenken. 20
- aa) Dabei kann zu Gunsten der Klägerin unterstellt werden, dass die arbeitsvertragliche Verweisungsklausel den TV Modifizierung erfasst. Hiervon sind die Vorinstanzen und die Parteien ersichtlich ausgegangen. Zwar verweist der Arbeitsvertrag lediglich auf den „Manteltarifvertrag (MTV) für die Arbeitnehmer der Kurverwaltung Bad Lippspringe GmbH und der Kuranstalten und Forschungsinstitute Bad Lippspringe GmbH“. Selbst wenn man diese Klausel als eine dynamische Verweisung verstünde - nach der Rechtsprechung des 21

Bundesarbeitsgerichts ist eine Verweisungsklausel „im Zweifel“ als dynamische Klausel auszulegen (vgl. 17. Januar 2006 - 9 AZR 41/05 - Rn. 30, BAGE 116, 366, 372; 27. Februar 2002 - 9 AZR 562/00 - BAGE 100, 339, 345; vgl. aber auch 19. September 2007 - 4 AZR 710/06 - Rn. 22, AP BGB § 133 Nr. 54 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 36; im Übrigen ist seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsreform die gesetzliche Auslegungsregel in § 305c Abs. 2 BGB zu beachten) -, erschließt sich aus ihrem Wortlaut nicht unmittelbar die Erfassung des vom TV Modifizierung und dem ÄndTV geänderten 3. BSTV zum MTV MZG KHK. Hierzu mangelt es an jedem Vortrag der Klägerin in den Tatsacheninstanzen. Diese Frage kann aber letztlich dahinstehen.

bb) Denn selbst wenn man die Anwendung des MTV MZG KHK als für das Arbeitsverhältnis der Parteien vereinbart ansieht, folgt hieraus nicht ohne weiteres der geltend gemachte Anspruch auf die Zahlung und die Gewährung des zusätzlichen Urlaubstages. Die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di ist eine eigenständige Voraussetzung für diese Ansprüche und hat eine eigenständige konstitutive Bedeutung (vgl. BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 25, BAGE 130, 43).

22

(1) In Ziff. 1 TV Modifizierung wird als eigenständige rechtsbegründende Anspruchsvoraussetzung die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di festgelegt. Die Bestimmung wiederholt nicht lediglich deklaratorisch die Voraussetzung für eine normative Wirkung des Tarifvertrages nach § 4 Abs. 1 TVG. Dies ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der Sätze 1 und 2 von Ziff. 1 TV Modifizierung. Während die Aussetzung der manteltariflich geregelten Zuwendung für das Jahr 2007 allgemein bestimmt ist, wird für die hierfür erkennbar als Kompensation - nämlich „stattdessen“ - bestimmte Leistung eines Festbetrages und eines zusätzlichen Urlaubstages ausdrücklich die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di als Tatbestandsmerkmal aufgeführt. Da ein Tarifvertrag ohnehin nur tarifgebundenen Arbeitnehmern ohne weiteres einen Anspruch verschaffen kann, muss die Sonderregelung für ver.di-Mitglieder nach dem Willen der Tarifvertragsparteien eine eigene, konstitutive Bedeutung haben.

23



(2) Die in Ziff. 1 TV Modifizierung als Anspruchsvoraussetzung genannte Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di wird von der Klägerin nicht inhaltlich durch die einzelvertragliche Verweisung auf den MTV MZG KHK und damit auf den TV Modifizierung erfüllt. Diese bewirkt lediglich die Anwendbarkeit des Tarifvertrages, ersetzt jedoch nicht die als besondere Anspruchsvoraussetzung für die Sonderleistungen im Tarifvertrag festgeschriebene Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di. 24

Nach der Senatsrechtsprechung ist die erkennbar gewollte Rechtsfolge einer arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel, die Anwendung der Tarifnormen im Arbeitsverhältnis herbeizuführen, und nicht etwa, dem Arbeitnehmer allgemein den Status eines Gewerkschaftsmitgliedes zu verschaffen oder ihn zu fingieren. Deshalb wird die Voraussetzung der Gewerkschaftsmitgliedschaft bei einer einfachen Differenzierungsklausel auch nicht bereits durch eine individualvertragliche Verweisungsklausel erfüllt (*vgl. ausf. 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 29 f. mwN, BAGE 130, 43*). Nur diese Auslegung entspricht der strikten Trennung zwischen der durch die Verweisungsklausel bewirkten Rechtslage und der durch die kongruente Tarifgebundenheit bewirkten Geltung des jeweiligen Tarifvertrages, die zur Anwendung des Günstigkeitsprinzips führt, wenn es zu einer Kollision von anzuwendenden Regelungen kommt (*vgl. dazu nur BAG 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 - BAGE 124, 34; 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - BAGE 128, 165*). 25

cc) Die Klägerin hat auch nicht deshalb einen Anspruch auf die begehrte Leistung, weil Ziff. 1 TV Modifizierung mit der dort enthaltenen Anspruchsvoraussetzung einer ver.di-Mitgliedschaft als unzulässige Differenzierung anzusehen wäre und daraus möglicherweise die Erstreckung des Anspruchs auf Nichtorganisierte folgte. Die tarifliche Regelung in Ziff. 1 TV Modifizierung ist wirksam. Gegen sie bestehen weder verfassungsrechtliche noch tarifrechtliche Bedenken. 26

(1) Eine Tarifregelung wie diejenige in Ziff. 1 TV Modifizierung ist eine einfache Differenzierungsklausel. Sie normiert als zusätzliches Tatbestandsmerkmal für das Entstehen eines einzelnen Anspruchs die Mitgliedschaft in der 27

tarifschließenden 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. 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 schränkt auch die Handlungs- und insbesondere Vertragsfreiheit des Arbeitgebers nicht ein, da es ihm 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. Die Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit eines Außenseiters allein durch die Vereinbarung einer Tarifnorm wie der einfachen Differenzierungsklausel ist bereits deshalb ausgeschlossen (*vgl. dazu ausf. BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 46 bis 59 mwN, BAGE 130, 43*).

(2) Hilfsweise und ergänzend ist aber auch 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*). Der nach dem TV Modifizierung den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Anspruch auf die Sonderzahlung und den Sonderurlaub ist weder seiner Art noch der absoluten Höhe nach geeignet, einen

28

unverhältnismäßigen Zwang auf die Klägerin auszuüben. Es handelt sich um eine zwei Mal jährlich, und damit außerhalb des laufenden Austauschverhältnisses liegende Leistung von insgesamt 250,00 Euro sowie um einen zusätzlichen Urlaubstag, der vom Arbeitsgericht unbeanstandet mit einem Wert von 200,00 Euro geschätzt wurde. Damit liegt im Fall der Klägerin eine Gesamtjahreszusatzleistung von etwa einem Zehntel einer Monatsvergütung vor; das entspricht im Kalenderjahr einem Betrag von deutlich weniger als einem Prozent der Bruttovergütung. Ein verständiger Arbeitnehmer wird allein im Hinblick darauf keinen mit Zwang vergleichbaren Druck verspüren, von seiner Entscheidung gegen eine Gewerkschaftszugehörigkeit Abstand zu nehmen.

dd) Ziff. 1 Satz 2 TV Modifizierung ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht deshalb unwirksam, weil in der Norm eine Stichtagsregelung für die Gewerkschaftsmitglieder enthalten wäre. 29

(1) Ziff. 1 TV Modifizierung bindet den tariflichen Anspruch auf die genannten Sonderleistungen daran, dass die berechtigten Arbeitnehmer „nachweislich Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft sind“. 30

(2) Gegen die Wirksamkeit dieser Regelung einer Anspruchsvoraussetzung bestehen keine Bedenken. Die Vertragsparteien eines (Haus-)Tarifvertrages sind weitgehend frei bei der Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen Sonderzahlungen geleistet werden. Vorliegend ist lediglich die Mitgliedschaft in der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft zur - gesonderten - tariflichen Anspruchsvoraussetzung gemacht worden. Anders als die Klägerin offenbar meint, ist nicht jede Stichtagsregelung als solche bereits ein Grund für die Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Bestimmung. Vorliegend ist keine Stichtagsregelung gegeben, die der vom Senat am 9. Mai 2007 (- 4 AZR 275/06 - AP TVG § 3 *Verbandszugehörigkeit* Nr. 23 = EzA GG Art. 9 Nr. 91) beanstandeten vergleichbar wäre. Ohnehin ging es seinerzeit um eine monatlich zu zahlende, laufende Vergütungserhöhung, die aber auch an später eintretende Gewerkschaftsmitglieder entgegen § 4 Abs. 1 TVG nicht gezahlt werden sollte. Dass eine tariflich geregelte, auf Gewerkschaftsmitglieder beschränkte einmalige Sonderleistung nur an diejenigen Arbeitnehmer gezahlt 31

wird, die zu diesem Zeitpunkt Mitglied der Gewerkschaft sind, ist eine der in § 4 Abs. 1 TVG gesetzlich angeordneten normativen Wirkung von Tarifverträgen entsprechende Rechtswirkung. Auch dort kommt es allein auf den Beginn der Gewerkschaftszugehörigkeit an (*vgl. dazu Wiedemann/Oetker TVG 7. Aufl. § 3 Rn. 34 mwN; zur tarifrechtlichen Unwirksamkeit der Vereinbarung einer früheren Rechtswirkung des Gewerkschaftsbeitritts vgl. BAG 22. November 2000 - 4 AZR 688/99 - AP TVG § 3 Verbandszugehörigkeit Nr. 20 = EzA TVG § 3 Nr. 20*). Deshalb wird aus der Anspruchsvoraussetzung einer Gewerkschaftsmitgliedschaft keine zu beanstandende Stichtagsregelung. Ferner begründet die im Streitfall zu beurteilende Tarifklausel keine Rückzahlungspflicht für Arbeitnehmer, die später aus der Gewerkschaft ausscheiden, worauf der Senat im herangezogenen Urteil jedoch weiterhin entscheidend abgestellt hatte (*9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06 - Rn. 34 f., aaO*).

3. Die Klage ist darüber hinaus deshalb unbegründet, weil selbst bei einer Unwirksamkeit der Differenzierungsklausel in Ziff. 1 Satz 2 TV Modifizierung ein Anspruch der Klägerin auf die dort gewährte Leistung nicht bestehen würde. 32

a) Dabei kann dahinstehen, ob eine - hier angenommene - Unwirksamkeit der Differenzierungsklausel in Ziff. 1 Satz 2 TV Modifizierung lediglich dazu führen würde, dass allein die beanstandete Regelung unwirksam ist, der Tarifvertrag im Übrigen aber unberührt bleibt, oder ob die Unwirksamkeit der Klausel zur Unwirksamkeit des gesamten TV Modifizierung führen würde. In keinem Fall hätte die Klägerin einen Anspruch auf die begehrte Leistung. 33

aa) Geht man davon aus, dass lediglich Ziff. 1 Satz 2 TV Modifizierung unwirksam ist, so kann die Klägerin hieraus keinen Anspruch herleiten. Sie beruft sich zur Begründung ihrer Klage gerade auf die in dieser Regelung enthaltene Rechtsfolge und meint allein, die tarifliche Bestimmung des Tatbestandsmerkmals der ver.di-Mitgliedschaft als Voraussetzung für die geregelte Rechtsfolge sei wegen Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit nicht gerechtfertigt. Ist aber die Begrenzung des Anspruchs auf ver.di-Mitglieder unwirksam, so ergibt sich hieraus nicht die Erstreckung des Anspruchs auf alle Arbeitnehmer der Beklagten, sondern lediglich die Unwirksamkeit der gesamten 34

Klausel. Selbst wenn man eine dadurch entstandene „Tarifvertragslücke“ annehmen wollte, könnte diese nicht durch das Gericht dergestalt geschlossen werden, dass an die Stelle der beanstandeten Regelung nunmehr eine neue Regelung träte, die auf sämtliche Arbeitnehmer der Beklagten oder jedenfalls diejenigen, die eine Verweisklausel in ihrem Arbeitsvertrag haben, erstreckt werden würde. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Tarifvertragsparteien eine solche Erstreckung vereinbart hätten, wenn sie von einer Unwirksamkeit der Differenzierungsklausel ausgegangen wären. Hierfür gibt es gerade in Ansehung der Situation der Beklagten, bei der bei Abschluss des TV Modifizierung nach übereinstimmender Vorstellung der Tarifvertragsparteien Sanierungsbedarf bestand, keinen Anhaltspunkt.

bb) Geht man hingegen davon aus, dass der TV Modifizierung durch eine mögliche Unwirksamkeit von Ziff. 1 Satz 2 insgesamt unwirksam werden würde, so ist die Anspruchsgrundlage, auf die sich die Klägerin beruft, ebenfalls entfallen. Möglicherweise wäre in einer solchen Situation ein Anspruch nach dem - dann nicht mehr „ausgesetzten“ - § 36 MTV MZG KHK gegeben; einen solchen hat die Klägerin aber nicht geltend gemacht. 35

b) Der Senat muss auch nicht abschließend entscheiden, ob hier ausnahmsweise ein Anspruch auf „Gleichbehandlung nach oben“ in Betracht käme. Die hierfür vorausgesetzte bereits erfolgte - und nicht mehr rückgängig zu machende - Leistungserbringung an die - bei unterstellter Unwirksamkeit der Klausel - zu Unrecht begünstigten Gewerkschaftsmitglieder (*vgl. dazu BAG 26. Oktober 1995 - 6 AZR 125/95 - BAGE 81, 207, 212 f.; Hanau FS Hromadka S. 115, 119*) ist vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt worden. Hierfür wäre die Klägerin darlegungs- und ggf. beweispflichtig gewesen, weil es sich dabei um eine Ausnahmeregelung handelt, deren Voraussetzungen von demjenigen vorzutragen sind, der sich auf sie beruft (*vgl. dazu BAG 18. März 2009 - 4 AZR 64/08 - Rn. 127, BAGE 130, 43*). Die Klägerin hat hierzu keinen Vortrag erbracht, obwohl sie von Beginn des Rechtsstreits an die Unwirksamkeit gerade derjenigen Klausel behauptet hat, die Anspruchsgrundlage für ihre eigene Forderung sein soll. Im Übrigen ist es nach der ständigen Rechtsprechung des 36

Bundesarbeitsgerichts auch grundsätzlich ausgeschlossen, allein aus der Befolgung eines - unterstellt - unwirksamen Normbefehls durch den Arbeitgeber eine Pflicht des Arbeitgebers zur Gleichbehandlung zu entnehmen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bindet den Arbeitgeber an selbst aufgestellte Regeln, nicht an die Befolgung auf ihn - auch vermeintlich - von außen einwirkenden Normbefehlen (vgl. zB BAG 14. März 2007 - 5 AZR 420/06 - BAGE 122, 1, 5). Dazu, dass die Beklagte die tariflich den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltenen Leistungen in Kenntnis einer vermeintlichen Unwirksamkeit von Ziff. 1 Satz 2 TV Modifizierung eigenständig regelbegründend unabhängig erbracht hätte, hat die Klägerin ebenfalls nichts vorgebracht.

III. Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin als unterlegene Partei zu tragen (§ 91 Abs. 1 ZPO).

37

Bepler

Winter

Creutzfeldt

Hannig

Rupprecht