

Gericht:	BAG 4. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	18.03.2009	Normen:	§ 3 Abs 1 TVG, § 4 Abs 1 TVG, § 1 TVG, § 611 Abs 1 BGB, § 133 BGB, § 157 BGB, Art 9 Abs 3 GG, Art 2 Abs 1 GG
Aktenzeichen:	4 AZR 64/08		
Dokumenttyp:	Urteil		

Zulässigkeit einer einfachen Differenzierungsklausel - Zahlung einer tariflich festgelegten Ersatzleistung ausschließlich an Mitglieder einer bestimmten Gewerkschaft

Leitsatz

1. Eine einfache Differenzierungsklausel, durch die in einem Tarifvertrag die Mitgliedschaft in der tarifschießenden Gewerkschaft zum Tatbestandsmerkmal eines Anspruchs auf eine jährliche Sonderzahlung von 535,00 Euro gemacht wird, begegnet keinen grundsätzlichen tarifrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Bedenken.(Rn.31)
2. Der Große Senat hat in seinem Beschluss vom 29. November 1967 (- GS 1/67 - BAGE 20, 175) keine bindende Entscheidung über eine einfache Differenzierungsklausel getroffen.(Rn.86) Soweit man dennoch die dort aufgestellten Rechtssätze auf § 3 TVAstD anwendet, hält diese Regelung den Anforderungen stand und ist insbesondere nicht sozial inadäquat.(Rn.98)

Orientierungssatz

1. Zur Zahlung einer Ersatzleistung wegen Verzichts auf Sonderzahlungen ausschließlich an Mitglieder der Gewerkschaft ver.di gemäß § 3 Abs 1 des Tarifvertrages zum Ausgleich des strukturellen Defizits der Unternehmensgruppe des ehemaligen AWO-Bezirksverbandes Weser-Ems (TVAstD). (Rn.25)
2. Einer arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel kann ohne besondere Anhaltspunkte im Wortlaut keine übereinstimmende Statusbestimmung durch die Arbeitsvertragsparteien unterstellt werden. Erkennbar gewollte Rechtsfolge einer solchen Vereinbarung ist es allein, die Anwendbarkeit der Tarifnormen im Arbeitsverhältnis herbeizuführen, und nicht etwa, dem Arbeitnehmer einen bestimmten Status zu verschaffen oder ihn zu fingieren.(Rn.27)

Fundstellen

BAGE 130, 43-80 (Leitsatz und Gründe)
NZA 2009, 1028-1042 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
ArbuR 2009, 362-366 (Leitsatz und Gründe)
EzA Art 9 GG Nr 98 (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)
AP Nr 41 zu § 3 TVG (Leitsatz und Gründe, red. Leitsatz)

weitere Fundstellen

GdS 2009, Nr 4, 6 (Kurzwiedergabe)
PKR 2009, 51-52 (Kurzwiedergabe)
EzA-SD 2009, Nr 19, 14-15 (Leitsatz, red. Leitsatz)
BB 2009, 717 (Kurzwiedergabe)
EzA-SD 2009, Nr 7, 14-15 (Kurzwiedergabe)
ArbuR 2009, 131-132 (Kurzwiedergabe)
ZBVR online 2009, Nr 4, 24-25 (Kurzwiedergabe)
ArbRB 2009, 94 (Kurzwiedergabe)

PersF 2009, Heft 5, 89 (Kurzwiedergabe)
FA 2009, 157-158 (Kurzwiedergabe)
AiB Newsletter 2009, Nr 5, 4 (Kurzwiedergabe)
ZTR 2009, 304 (Kurzwiedergabe)
GWR 2009, 330 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)
NJW-Spezial 2009, 643-644 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
ArbRB 2009, 294 (red. Leitsatz, Kurzwiedergabe)
ArbuR 2009, 370 (Leitsatz)
FA 2009, 395 (Leitsatz, red. Leitsatz)
NJW 2010, 170 (Leitsatz)
PersF 2010, Heft 2, 79 (Leitsatz)
JA 2010, 222-225 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)
AuA 2010, 243 (red. Leitsatz)
JR 2010, 229 (Leitsatz)
BB 2011, 1408 (Leitsatz, Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend ArbG Oldenburg (Oldenburg), 24. Mai 2007, Az: 4 Ca 9/07, Urteil
vorgehend Landesarbeitsgericht Niedersachsen 5. Kammer, 11. Dezember 2007, Az: 5 Sa 914/07, Urteil

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein 2. Kammer, 11. Oktober 2011, Az: 2 Sa 247/11
So auch Landesarbeitsgericht Niedersachsen 14. Kammer, 6. Februar 2009, Az: 14 Sa 1793/07

Literaturnachweise

Olaf Deinert, jurisPR-ArbR 45/2009 Anm. 1 (Anmerkung)
Willi Mück, AiB 2012, 85-91 (Entscheidungsbesprechung)
Sudabeh Kamanabrou, AP Nr 41 zu § 3 TVG (Anmerkung)
Otto Ernst Kempfen, Arbeitsgerichtsbarkeit und Wissenschaft 2012, 255-265 (Festschriftenbeitrag)
Kirstin Maaß, ArbR 2011, 140-142 (Entscheidungsbesprechung)
Werner M Mues, ArbRB 2009, 294 (Anmerkung)
Philipp Leydecker, ArbuR 2009, 338-344 (Entscheidungsbesprechung)
Wolfgang Lipinski, BB 2011, 1408 (Anmerkung)
Holger Lüders, GWR 2009, 330 (Anmerkung)
Stefan Greiner, NJW 2010, 131-134 (Entscheidungsbesprechung)
Marc Spielberger, NJW 2010, 170-171 (Anmerkung)
Jobst-Hubertus Bauer, NZA 2009, 1169-1174 (Entscheidungsbesprechung)
Reinhard Richardi, NZA 2010, 417-421 (Entscheidungsbesprechung)
Felix Hartmann, NZA 2010, 421-427 (Aufsatz)
Manfred Löwisch, NZA 2011, 187-188 (Aufsatz)
Klaus Bepler, NZA Beilage 2010, Nr 3, 99-104 (Kongressvortrag)
Thomas Lobinger, RdA 2010, 235-241 (Entscheidungsbesprechung)
Richard Giesen, RdA 2014, 78-86 (Aufsatz)

Praxisreporte

Olaf Deinert, jurisPR-ArbR 45/2009 Anm. 1 (Anmerkung)

Kommentare

jurisPK-BGB

● Fandel/Hausch, 7. Auflage 2014, § 611 BGB

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche BAG Großer Senat, 29. November 1967, Az: GS 1/67

Tenor

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 11. Dezember 2007 - 5 Sa 914/07 - wird zurückgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand

1 Die Parteien streiten über einen Anspruch der Klägerin auf eine tariflich nur für Gewerkschaftsmitglieder vorgesehene Ausgleichszahlung.

2

Die Klägerin ist seit dem 1. Juni 1999 bei der Beklagten sowie deren Rechtsvorgängerin als Pflegekraft beschäftigt; sie ist nicht Mitglied der Gewerkschaft ver.di. Der zwischen der Klägerin und dem Rechtsvorgänger der Beklagten, dem Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband Weser-Ems e.V. am 18. Juni 1999 geschlossene Arbeitsvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„§ III Arbeitsentgelt

1. Das monatliche Entgelt ergibt sich aus der tariflichen Eingruppierung gemäß BMT-AW II in Krankenpflegetarifvertrag: Gruppe IV, Fallgruppe: 5.

2. Soweit das Entgelt bzw. einzelne Bestandteile des Entgeltes über das tarifliche Entgelt hinausgehen, handelt es sich um freiwillige, jederzeit widerrufliche Leistungen, die auf zukünftige Tarifierhöhungen angerechnet werden können.

...

§ VII Tarifvertragliche Regelungen

Im übrigen gelten die Bestimmungen des anzuwendenden Tarifvertrages in seiner jeweils gültigen Fassung. Ein Exemplar dieses Tarifvertrages liegt in der Einrichtung zur Einsichtnahme aus.

§ VIII Zusätzliche Altersversorgung

Sofern es sich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis handelt und die Voraussetzungen gem. § 35 BMT-AW II erfüllt werden, besteht ein Anspruch auf eine zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung (VBLU). Es muß ein eigener schriftlicher Antrag vom Arbeitnehmer gestellt werden.

...“

3 Der Rechtsvorgänger der Beklagten war als Tarifvertragspartei an den BMT-AW II gebunden. Dabei handelt es sich um einen langjährig geltenden Manteltarifvertrag für den gesamten bundesweiten Bereich der Arbeiterwohlfahrt mit weitgehender Orientierung am BAT.

4 In den Jahren 2003 bis 2005 schlossen die Gewerkschaft ver.di und die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgänger mit regionaler Geltung sog. „Restrukturierungstarifverträge“, die eine befristete Absenkung der im BMT-AW II vorgesehenen Sonderzahlungen vorsahen. Diese Restruktu-

rierungstarifverträge wurden von den Parteien auf ihr Arbeitsverhältnis angewandt. Die Klägerin erhielt in den genannten Jahren jeweils die Sonderzahlungen auf der Basis der in den Restrukturierungstarifverträgen geregelten Absenkung.

5

Nach der Umstrukturierung des Bezirksverbandes Weser-Ems durch Ausgliederung und gesellschaftsrechtlicher Verselbständigung mehrerer gemeinnütziger Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ua. der Beklagten, schlossen diese Gesellschaften zusammen mit dem Bezirksverband auf der einen und der Gewerkschaft ver.di auf der anderen Seite aufgrund nachhaltiger wirtschaftlicher Probleme am 11. September 2006 mehrere Tarifverträge, darunter einen sog. „Haustarifvertrag“ (*Haus-TV*), der den Mitarbeitern in § 19 grundsätzlich einen Anspruch auf eine Jahressonderzahlung gewährte, und einen „Tarifvertrag zum Ausgleich des strukturellen Defizits der Unternehmensgruppe des ehemaligen AWO-Bezirksverbandes Weser-Ems (*TVAstD*)“, der auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

„Zwischen

1. AWO-Bezirksverband Weser-Ems e.V., ...

...

3. AWO Wohnen & Pflegen Weser-Ems gGmbH (WuP),

...

und

ver.di - Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft

Landesbezirk Niedersachsen/Bremen

...

Präambel

Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Unternehmensgruppe des ehemaligen AWO-Bezirksverbandes Weser-Ems erzwingen besondere Maßnahmen, um ihre wirtschaftliche und finanzielle Handlungsfähigkeit zu erhalten bzw. zu verbessern. Dies gilt insbesondere für die AWO Wohnen und Pflegen Weser-Ems gGmbH, die im Vergleich zu anderen Regionen mit bis zu 15 % geringeren Pflegesätzen operieren muss. Die erforderliche Restrukturierung, die zur Erlangung einer dauerhaften Wettbewerbsfähigkeit durchgeführt werden muss, ist ohne diese Maßnahmen nicht umsetzbar, da nur so die drohende Zahlungsunfähigkeit abgewendet werden kann. ...

Zur Sicherung und zum Erhalt der Unternehmensgruppe des ehemaligen AWO-Bezirksverbandes Weser-Ems werden folgende vom Haustarifvertrag abweichende Regelungen getroffen.

§ 1 Geltungsbereich

Dieser Tarifvertrag gilt für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer - nachfolgend Beschäftigte genannt -, die in einem Arbeitsverhältnis zum AWO-Bezirksverband Weser-Ems e.V., ... AWO Wohnen & Pflegen Weser-Ems gGmbH, ... (nachfolgend AWO-Gruppe) stehen. ...

§ 2 Außerkraftsetzen § 19 des Haustarifvertrages der AWO Gruppe

Der § 19 des Haustarifvertrages der AWO-Gruppe vom 01. Juli 2006 wird durch diesen Tarifvertrag Ausgleich strukturelles Defizit (TV AstD) unter Beachtung der Regelungen in den folgenden Paragraphen außer Kraft gesetzt.

§ 3 Ausgleichszahlung für ver.di-Mitglieder

- (1) Als Ersatzleistung wegen des Verzichts auf die Sonderzahlungen gemäß § 19 des Haustarifvertrages der AWO-Gruppe erhalten die ver.di-Mitglieder der AWO-Gruppe in jedem Geschäftsjahr zum 31. Juli eine Ausgleichszahlung in Höhe von 535 € brutto je Vollzeitkraft gemäß tariflicher Wochenarbeitszeit.
- (2) Teilzeitbeschäftigte erhalten die Ausgleichszahlung anteilig.
- (3) Diese Ausgleichszahlung erhalten Beschäftigte, die ihre Mitgliedschaft in der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) für die zurückliegenden drei Monate bis zum Auszahlungstag glaubhaft zum 30. Juni nachgewiesen haben.
- (4) Für das Jahr 2006 ist die Mitgliedschaft für die zurückliegenden drei Monate bis zum Auszahlungstag (30.09.06) glaubhaft zum 31.08.2006 nachzuweisen.

§ 4 Ergebnisabhängige Sonderzahlung

- (1) Als weitere Ersatzleistung erhalten die Beschäftigten der AWO-Gruppe jährlich eine ergebnisabhängige Sonderzahlung gem. §§ 5 - 7, wenn die finanzielle und wirtschaftliche Lage dies ermöglicht.

...“

- 6 Die Klägerin hat im Jahre 2006 keine Sonderzahlung und keine Ausgleichszahlung nach § 3 TVAstD von der Beklagten erhalten.
- 7 Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch von Interesse - die Ausgleichszahlung von 535,00 Euro brutto gerichtlich geltend gemacht und sich zur Begründung ihrer Klage darauf berufen, dass der TVAstD wegen der arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel auch auf ihr Arbeitsverhältnis anzuwenden sei. Soweit dieser Tarifvertrag die Ausgleichszahlung ausschließlich für

Mitglieder der Gewerkschaft ver.di vorsehe, handele es sich zudem um eine nach der Rechtsprechung des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichtes unzulässige tarifliche Differenzierungsklausel. Es verstoße auch gegen den Anspruch des Außenseiters auf Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Arbeitgeber nicht tarifgebundene Arbeitnehmer schlechter bezahlen als organisierte Mitglieder; nicht nur diese hätten einen unabdingbaren Anspruch auf tarifliche Leistungen. Die Zurücksetzung von nicht gewerkschaftlichen Arbeitnehmern habe einen freiheitsbeschränkenden Charakter, der sie zum Gewerkschaftsbeitritt zwingen solle und deshalb gegen die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verstoße. Ferner habe ohne die nunmehr erfolgte Streichung der Sonderzahlung ein Anspruch der Klägerin bestanden; dieser könne ihr nicht ohne einen sachlichen Grund genommen werden, den Gewerkschaftsmitgliedern jedoch teilweise erhalten bleiben.

8

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 535,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2006 zu zahlen.

9

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag damit begründet, dass der TVAstD der Klägerin keinen Anspruch auf die Ausgleichszahlung gebe, da sie das Tatbestandsmerkmal der Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di nicht erfülle. Die Differenzierungsklausel sei auch wirksam. Aber selbst bei einer Unwirksamkeit der Tarifregelung ergebe sich allein hieraus kein Anspruch der Klägerin, sondern lediglich der Wegfall der Klausel insgesamt.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Berufung gegen sein Urteil zugelassen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

11

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat der Berufung der Beklagten zu Recht stattgegeben und die Klage abgewiesen. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch besteht nicht.

12

A. Das Landesarbeitsgericht hat eine Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch verneint. Die Verweisklausel im Arbeitsvertrag der Parteien ersetze als Gleichstellungsabrede nur die Gebundenheit der Klägerin an den TVAstD, führe jedoch nicht zu einer vertraglich vereinbarten umfassenden „Behandlung als Gewerkschaftsmitglied“. Die Differenzierungsklausel in § 3 Abs. 1 TVAstD sei auch nicht rechtswidrig. Der Rechtsprechung des Großen Senates vom 29. November 1967 sei jedenfalls hinsichtlich der vorliegenden einfachen Differenzierungsklausel nicht zu folgen. Die von der Rechtsordnung vermutete Wirksamkeit einer Vereinbarung sei zu widerlegen und nicht zu begründen. Auch die Motive der handelnden Parteien spielten hierfür nur in seltenen, hier nicht vorliegenden Fällen eine Rolle. Ein gröblicher Verstoß gegen das Gerechtigkeitsempfinden, der für den Großen Senat entscheidungserheblich gewesen sei, könne das Landesarbeitsgericht für den vorliegenden Streitfall nicht erkennen. Die negative Koalitionsfreiheit der Klägerin sei nicht verletzt, weil der auf sie ausgeübte Druck legitim und sozialadäquat sei und die negative wie die positive Koalitionsfreiheit lediglich in einem Kernbereich geschützt sei. Dem Arbeitgeber sei nicht verboten oder erschwert, die fragliche Leistung an einen Außenseiter zu erbringen.

13

B. Diese Ausführungen lassen keine entscheidungserheblichen Rechtsfehler erkennen. Der Senat folgt dem Landesarbeitsgericht im Ergebnis und weitgehend in der Begründung. Der Klägerin steht keine Anspruchsgrundlage für die geltend gemachte Forderung zur Verfügung.

- 14 I. Ein normativ aus dem TVAstD unmittelbar begründeter Anspruch besteht nicht. Das Arbeitsverhältnis der Parteien unterliegt nicht dem TVAstD, da die Klägerin nicht Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft ver.di ist, § 4 Abs. 1 TVG.
- 15 II. Auch aus der einzelvertraglichen Verweisungsklausel ergibt sich ein solcher Anspruch nicht. Der TVAstD findet aufgrund der Inbezugnahme durch den Arbeitsvertrag zwar Anwendung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien. Die Klägerin erfüllt jedoch nicht die dort genannte Anspruchsvoraussetzung einer Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di. Gegen die Wirksamkeit dieser Tarifregelung bestehen weder aus verfassungsrechtlicher noch aus tarifrechtlicher Sicht Bedenken.
- 16 1. Die Anwendbarkeit des TVAstD auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ergibt sich aus der arbeitsvertraglichen Verweisungsklausel. Diese ist - jedenfalls in der hier fraglichen Reichweite - als Tarifwechselklausel innerhalb der für die Beklagte geltenden AWO-Tarifverträge anzusehen.
- 17 a) Die Auslegung eines Formulararbeitsvertrages wie des streitgegenständlichen durch das Landesarbeitsgericht kann vom Revisionsgericht ohne Einschränkung überprüft werden (*st. Rspr., vgl. nur Senat 30. August 2000 - 4 AZR 581/99 - mwN, BAGE 95, 296, 299*). Nach §§ 133, 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen, aber zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen (*Senat 26. September 2001 - 4 AZR 544/00 - BAGE 99, 120, 123 f.*). Dies gilt auch für dynamische Verweisungsklauseln, soweit sie auf Tarifverträge verweisen (*Senat 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - BAGE 122, 74, 81 mwN*).
- 18 b) Bei der Auslegung des Arbeitsvertrages der Parteien ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Verweisungsklausel die Anwendung des TVAstD umfasst.
- 19 aa) Der Wortlaut der Verweisungsklausel in § VII Arbeitsvertrag ist zwar nicht eindeutig. Er nimmt Bezug auf einen „anzuwendenden Tarifvertrag ... in seiner jeweils gültigen Fassung“, ohne diesen Tarifvertrag namentlich zu benennen. Dieser ist allein dadurch gekennzeichnet, dass er „anzuwenden“ ist. Das aber ist gerade eine Folge der Verweisungsklausel und kann deshalb nicht zur Kennzeichnung des Bezugnahmeobjekts dienen.
- 20 bb) Aus den sonstigen Umständen ergibt sich jedoch mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Parteien mit dem „anzuwendenden Tarifvertrag“ denjenigen Tarifvertrag gemeint haben, an den die Beklagte selbst gemäß § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG gebunden ist.
- 21 (1) Erste Hinweise hierauf liefert der in anderen Regelungen des Arbeitsvertrages gewählte Wortlaut. Bei der dynamischen Bestimmung des Entgeltes aufgrund einer Eingruppierung der Klägerin wird in § III Arbeitsvertrag ebenso auf den BMT-AW II verwiesen wie bezüglich der zusätzlichen Altersversorgung in § VIII Arbeitsvertrag. Daraus ergibt sich jedenfalls, dass der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltende BMT-AW II von den Parteien in Bezug genommen war.
- 22 (2) Dass es sich bei dem Bezugnahmeobjekt aus § VII Arbeitsvertrag aber nicht ausschließlich um den BMT-AW II handelte mit der möglichen Folge, dass nur dieses Vertragswerk in dynamischer Form in Bezug genommen worden wäre, ergibt sich aus der Wortwahl im Arbeitsvertrag. Denn anders als in den genannten Regelungen zur Eingruppierung und zur Altersversorgung ist dort nicht der BMT-AW II, also der seinerzeit aktuell geltende Manteltarifvertrag genannt, sondern der „anzuwendende Tarifvertrag“. Dies lässt den Rückschluss zu, dass die Bezugnahme-klausel sich nicht auf dieses konkrete Vertragswerk in seiner jeweils gültigen Fassung beschränken wollte. Ansonsten hätte nichts dagegen gesprochen, auch hier die den Arbeitsvertragsparteien geläufige und von ihnen anderweitig genutzte Bezeichnung „BMT-AW II“ zu gebrauchen. Die Verweisung zielt vielmehr erkennbar auf alle Tarifverträge, an die die Arbeitgeberin tarifgebunden ist.
- 23 (3) Dem entspricht die Vertragspraxis der Parteien. Beide gehen erkennbar nicht nur davon aus, dass der TVAstD prinzipiell Anwendung auf das Arbeitsverhältnis findet, sondern auch davon, dass sich die Höhe der der Klägerin gezahlten Sonderzuwendungen in den davor liegenden Jah-

- ren nach den Restrukturierungstarifverträgen richteten. Dieser aber war bereits nicht mehr Bestandteil des BMT-AW II und nicht einmal mit denselben Parteien auf Arbeitgeberseite, nämlich dem Bundesverband der AWO, handelnd zugleich für die Bezirksverbände, abgeschlossen worden. Es handelte sich vielmehr um einen gesonderten Haustarifvertrag mit dem Zweck, den Bezirksverband Weser-Ems zu sanieren, der nach dem in der Folgezeit umgesetzten Willen beider Arbeitsvertragsparteien von der vorliegenden, im Kern als Tarifwechselklausel zu bewertenden Verweisungsbestimmung mit umfasst ist.
- 24 Entsprechendes gilt im Ergebnis auch für die derzeitige Vertragslage. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass der TVAstD Anwendung auf ihr Arbeitsverhältnis findet, ebenso wie die Notwendigkeit der Außer-Kraft-Setzung des § 19 HausTV auch nur dann gegeben sein kann, wenn dieser ansonsten Anwendung fände.
- 25 2. Aus der hiernach feststehenden Anwendbarkeit des TVAstD im Arbeitsverhältnis der Parteien folgt aber nicht ohne weiteres auch der geltend gemachte Anspruch auf die Ausgleichszahlung. Die Anspruchsgrundlage des § 3 TVAstD legt als eigenständige rechtsbegründende Anspruchsvoraussetzung die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di fest. Die Bestimmung wiederholt nicht lediglich deklaratorisch die Voraussetzung für eine normative Wirkung des Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 TVG. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus der Auslegung der Tarifbestimmung (zu den Auslegungsgrundsätzen bei der Tarifauslegung vgl. etwa Senat 30. Mai 2001 - 4 AZR 269/00 - BAGE 98, 35, 38 f.; 7. Juli 2004 - 4 AZR 433/03 - BAGE 111, 204, 209), insbesondere der Gegenüberstellung der Anspruchsgrundlagen in § 3 („Ausgleichszahlung für ver.di-Mitglieder“) und in § 4 („Ergebnisabhängige Sonderzahlung“). Während der erstgenannte Anspruch ausdrücklich nur für ver.di-Mitglieder vorgesehen ist, deren „Identifizierung“ gegenüber dem Arbeitgeber einer eigenen Verfahrensregelung in § 3 Abs. 3 und 4 TVAstD unterworfen ist, besteht der Anspruch auf die ergebnisabhängige Sonderzahlung für „die Beschäftigten der AWO-Gruppe“ (§ 4 Abs. 1 TVAstD). Da der Tarifvertrag ohnehin nur tarifgebundenen Arbeitnehmern einen Anspruch verschaffen kann, muss die Sonderregelung für ver.di-Mitglieder nach dem Willen der Tarifvertragsparteien eine eigene, konstitutive Bedeutung haben.
- 26 3. Die in § 3 TVAstD als Anspruchsvoraussetzung genannte Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di wird von der Klägerin nicht inhaltlich durch die einzelvertragliche Verweisung auf den TVAstD erfüllt. Diese bewirkt lediglich die Anwendbarkeit des Tarifvertrages, ersetzt jedoch nicht die als besondere Anspruchsvoraussetzung für die Ausgleichszahlung im Tarifvertrag festgeschriebene Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di.
- 27 a) In der Rechtsprechung und Literatur wird zwar die Wirkungsweise einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag zuweilen dahingehend beschrieben, dass die von einem tarifgebundenen Arbeitgeber verwandte Bezugnahme Klausel die „Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in der Gewerkschaft ... ersetzt“ (zB Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. § 3 Rn. 229, 231). Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Illustration der typischen Folgen einer Gewerkschaftsmitgliedschaft im Verhältnis zum tarifgebundenen Arbeitgeber. Einer Verweisungsklausel kann jedoch ohne besondere Anhaltspunkte im Wortlaut keine übereinstimmende Statusbestimmung durch die Arbeitsvertragsparteien unterstellt werden. Erkennbar gewollte Rechtsfolge einer solchen Vereinbarung ist es allein, die Anwendbarkeit der Tarifnormen im Arbeitsverhältnis herbeizuführen, und nicht etwa, dem Arbeitnehmer einen bestimmten Status zu verschaffen oder ihn zu fingieren. Demgemäß wird die Verweisungsklausel auch als „verkürzte Absprache über den Vertragsinhalt“ (Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz S. 182) verstanden, wobei diese Form der Regelungstechnik gewählt wird, um eine Übernahme des vollständigen Wortlautes in den Arbeitsvertrag zu vermeiden (Gaul NZA 1998, 9, 11) und bei Änderungen des Tarifvertrages nicht stets umfangreiche neue Arbeitsverträge entwerfen zu müssen (Schaub ZTR 2000, 259).
- 28 Eine darüber hinausgehende Wirkungsweise hat eine Verweisungsklausel jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang auch dann nicht, wenn sie als sog. Gleichstellungsabrede im Sinne der älteren Rechtsprechung des Senats zu verstehen ist (vgl. hierzu 18. April 2007 - 4 AZR 652/05 - BAGE 122, 74, 81 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der älteren Rechtsprechung). Dies ist vorliegend der Fall, weil die Verweisungsklausel aus der Zeit vor dem 1. Januar 2002 stammt und von einem tarifgebundenen Arbeitgeber im Formulararbeitsvertrag vorgegeben wurde. Es geht bei der Annahme einer Gleichstellungsabrede nur darum, den Arbeitgeber, bei dem man als selbst Tarifgebundenem von einer entsprechenden Motivation bei der Vertragsformulierung ausgeht, nicht weitergehend zu binden, als er gegenüber einem an den betreffenden Tarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer aus Tarifvertrag oder Tarifwerk normativ berechtigt oder ver-

pflichtet ist. Um dieses Zieles Willen hat die ältere Senatsrechtsprechung, an der der Senat für „Altfälle“ festhält, eine dynamische Verweisung auf einen Tarifvertrag oder ein Tarifwerk einschränkend dahin ausgelegt, dass die Dynamik nur so weit reicht, wie sie bei einem tarifgebundenen Arbeitnehmer reicht, also dann endet, wenn der Arbeitgeber wegen Wegfalls der eigenen Tarifgebundenheit nicht mehr normativ an künftige Tarifentwicklungen gebunden ist. Auch eine Gleichstellungsabrede bewirkt demgemäß, wenn nicht etwas anderes im Arbeitsvertrag festgelegt worden ist, nicht, dass der Arbeitgeber durch sie verpflichtet wird, den betreffenden Arbeitnehmer insgesamt, bei der Anwendung der tariflichen Bestimmungen, so zu behandeln, als wäre er Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft.

- 29 b) Diese Auslegung entspricht der bisherigen Senatsrechtsprechung. Die durch die Verweisklausel bewirkte Erstreckung der Tarifgebundenheit auf die nichtorganisierten Arbeitnehmer ist zwar gelegentlich auch am Beispiel der Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft illustriert worden (vgl. zB Senat 20. Februar 2002 - 4 AZR 524/00 -; 29. August 2001 - 4 AZR 332/00 - BAGE 99, 10, 23). Eine Festlegung hierauf im rechtlichen Sinne einer Statusverleihung kraft Vereinbarung ist jedoch nicht erfolgt. Zu einer solchen bestand auch kein konkreter Anlass. In den zu entscheidenden Fällen wiesen die Rechtsfolgen keinen Unterschied danach auf, ob eine Anwendung des Tarifwerks auf dem Weg einer Fiktion der Gewerkschaftszugehörigkeit, auf dem Weg der Fiktion einer Allgemeinverbindlicherklärung des ganzen Tarifvertrages, über eine Fiktion der in Bezug genommenen Tarifnormen als „Betriebsnormen“ iSv. § 3 Abs. 2 TVG oder auf eine andere Art begründet wurde. Maßgebend war immer allein das von den Arbeitsvertragsparteien angestrebte Ergebnis der Ersetzung einer ansonsten anderweitig zu begründenden Tarifgebundenheit an den im Arbeitsvertrag genannten Tarifvertrag oder das Tarifwerk um der Übernahme der tariflichen Regelungen in den Individualvertrag willen (*allein hierauf abstellend* auch Senat 1. Dezember 2004 - 4 AZR 50/04 - BAGE 113, 40, 42 f.; 19. März 2003 - 4 AZR 331/02 - BAGE 105, 284, 290; 27. November 2002 - 4 AZR 663/01 - BAGE 104, 39, 43; 25. September 2002 - 4 AZR 294/01 - BAGE 103, 9, 14; zur Differenzierung zwischen den Folgen einer fingierten Gewerkschaftsmitgliedschaft und den Folgen einer fingierten Tarifgebundenheit bei einer Gleichstellungsabrede Senat 21. August 2002 - 4 AZR 263/01 - BAGE 102, 275, 281).
- 30 In seiner Entscheidung vom 9. Mai 2007 hat der Senat sodann ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Verweisklausel lediglich die Einbeziehung des Tarifvertrages als Teil des Arbeitsvertrages begründet, nicht jedoch eine vertragliche Vereinbarung über eine umfassende Behandlung als Gewerkschaftsmitglied konstituiert (9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06 - Rn. 28, AP TVG § 3 Verbandszugehörigkeit Nr. 23; ebenso bereits ausdrücklich Schliemann NZA Sonderbeilage zu Heft 16/2003, 3, 8; ders. ZTR 2004, 502, 510). Nur diese Auslegung entspricht auch der strikten Trennung zwischen dem durch die Verweisklausel bewirkten Rechtszustand und der durch die kongruente Tarifgebundenheit erfolgten Geltung des jeweiligen Tarifvertrages, die zur Anwendung des Günstigkeitsprinzips führt, wenn es zu einer Kollision von anzuwendenden Regelungen kommt (vgl. nur Senat 29. August 2007 - 4 AZR 767/06 - AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 61 = EzA TVG § 3 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 37; 22. Oktober 2008 - 4 AZR 784/07 - NZA 2009, 151).
- 31 4. Die Klägerin hat auch nicht deshalb einen Anspruch auf die begehrte Leistung, weil § 3 TVAstD mit der in ihm 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 § 3 TVAstD ist wirksam. Gegen sie bestehen weder verfassungsrechtliche noch tarifrechtliche Bedenken.
- 32 a) Eine Tarifregelung wie diejenige in § 3 TVAstD wird als sog. „einfache Differenzierungsklausel“ bezeichnet: Diese ist nach der allgemein verwandten Terminologie dadurch charakterisiert, dass sie in einer anspruchsbegründenden einzelnen Tarifregelung - „im Inneren des Tarifvertrages“ - die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft ausdrücklich zu einer anspruchsbegründenden Voraussetzung macht (Krause in Jacobs/Krause/Oetker TVR Rn. 51, zählt eine solche Regelung allerdings überhaupt noch nicht zu den Differenzierungsklauseln im Rechtssinne, ebenso Bauer/Arnold NZA 2005, 1209 f.).
- 33 Weitere Formen von Differenzierungsklauseln sind unter den Bezeichnungen „Tarifausschlussklausel“ und „Spannenklausel“ bzw. „Abstandsklausel“ geläufig. Der Unterschied zu den „einfachen Differenzierungsklauseln“ besteht bei diesen Erscheinungsformen darin, dass sie jeweils regulierend auf die Vereinbarungen oder die Vertragspraxis des tarifgebundenen Arbeitgebers mit nicht organisierten Arbeitnehmern im Verhältnis zu den Ansprüchen der Gewerkschaftsmit-

- gliedert Einfluss nehmen wollen. Die „Tarifausschlussklausel“ will dem tarifgebundenen Arbeitgeber verbieten, die tariflich allein den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung auch an Außenseiter zu erbringen. Die „Abstandsklausel“ lässt eine solche Vereinbarung des Arbeitgebers mit den Außenseitern zu, begründet für diesen Fall jedoch einen zusätzlichen Anspruch für die organisierten Arbeitnehmer in Höhe der bei Tarifabschluss vorausgesetzten Differenz zwischen den Ansprüchen der nicht organisierten und denjenigen der - durch die Differenzierungsklausel zusätzlich bedachten - organisierten Arbeitnehmer (*vgl. zur Terminologie umfassend Franzen RdA 2006, 1, 2 f. mwN*).
- 34 b) Als Maßstab für die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln gilt die sog. „negative Koalitionsfreiheit“, insbesondere der Außenseiter.
- 35 aa) Dabei bedarf es im Streitfall keiner abschließenden Entscheidung darüber, ob die negative Koalitionsfreiheit von Außenseitern in Art. 9 Abs. 3 GG begründet ist (*so die wohl hM, zB ErfK/Dieterich 9. Aufl. GG Art. 9 Rn. 32; Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. Grdl. Rn. 16; Wiedemann/Wiedemann TVG 7. Aufl. Einl. Rn. 278; MünchKomm/BGB/Müller-Glöge 5. Aufl. § 611 Rn. 315a; Bauer/Arnold NZA 2005, 1209, 1211; vgl. auch BVerfG 1. März 1979 - 1 BvR 532/77 ua. - BVerfGE 50, 290, 367; zum Streitstand Schubert RdA 2001, 199, 200 ff.*) oder in Art. 2 Abs. 1 GG (*zB Gamillscheg Kollektives Arbeitsrecht Bd. I S. 3, 82 ff.; Hromadka/Maschmann ArbR Bd. 2 § 12 Rn. 39; früher bereits Nipperdey in Hueck/Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts 7. Aufl. Bd. II/1 S. 156 ff.; Biedenkopf JZ 1961, 346, 352 f.*). Ungeachtet der dogmatischen Begründung besteht jedenfalls weitgehende - und für den Streitfall hinreichende - Einigkeit über den Inhalt der negativen Koalitionsfreiheit. Diese umfasst nach allgemeiner Ansicht insbesondere das Recht des Einzelnen, sich nicht zu Koalitionen zusammenzuschließen, bestehenden Koalitionen fernzubleiben und bei bereits erfolgtem Eintritt wieder austreten zu dürfen (*vgl. nur ErfK/Dieterich Art. 9 GG Rn. 32; Leydecker Der Tarifvertrag als exklusives Gut Diss. 2005 S. 58, jeweils mwN*).
- 36 (1) Das Recht, die Mitgliedschaft in einer Koalition zu beenden und aus ihr auszutreten, darf auch vertraglich oder satzungsrechtlich nicht übermäßig eingeschränkt werden, wobei eine zeitliche Bindung für sechs Monate häufig als Obergrenze genannt wird. Eine Vereinbarung, die ein dauerhaftes Verbleiben in der Koalition verspricht, ist nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig (*BAG 19. September 2006 - 1 ABR 2/06 - mwN, BAGE 119, 275, 277 ff.*).
- 37 (2) Das Recht, einer Koalition fern zu bleiben, wird im Kern nicht in Frage gestellt. Ebenso unbestritten ist es aber auch, dass die Mitgliedschaft in einer Koalition nicht folgenlos bleibt, und dass von den rechtlichen Folgen der koalitionsmäßigen Organisation eines Arbeitgebers oder eines Arbeitnehmers für Außenseiter auch ein gewisser Anreiz ausgehen kann, selbst Mitglied der Koalition zu werden (*vgl. schon BVerfG 20. Juli 1971 - 1 BvR 13/69 - BVerfGE 31, 297, 302*). Zuletzt hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 11. Juli 2006 darauf hingewiesen, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Nicht-Organisierten lediglich vor einem Zwang oder Druck schützt, einer Koalition beizutreten; ein von der Regelung ausgehender bloßer Anreiz zum Beitritt erfülle diese Voraussetzung nicht (*BVerfG 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - BVerfGE 116, 202*). Diese Form der Differenzierung zwischen Mitgliedern einer Tarifvertragspartei und Unorganisierten ist in § 4 Abs. 1 TVG gesetzlich angeordnet, kann aber auch ebenso dem Bereich der koalitionsmäßigen Betätigungsfreiheit wie dem Recht auf Bestandsschutz nach Art. 9 Abs. 3 GG zugeordnet werden.
- 38 (3) Eine allgemein akzeptierte abstrakte Grenze zwischen dem, was noch zulässiger Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt ist, und dem, was als unzulässiger Druck oder gar Zwang zu solchem Verhalten anzusehen ist, ist nicht zu erkennen. Die Literatur orientiert sich hier nachvollziehbar an Beispielen, die jeweils mit der für zutreffend gehaltenen Bewertung versehen werden. Dabei besteht weitgehend Einigkeit darin, dass der von tariflich geregelten Zugangsbeschränkungen zum Arbeitsplatz (*sog. „closed-shops“*) ausgehende Druck zum Eintritt in die Gewerkschaft unzulässig ist und gegen die negative Koalitionsfreiheit der betroffenen Außenseiter verstößt (*vgl. nur Gamillscheg Kollektives Arbeitsrecht Band 1 S. 388 ff., der aber auch darauf hinweist, dass es eine solche Vereinbarung seit 1945 nicht mehr gegeben hat*). Einigkeit besteht auf der anderen Seite aber auch darin, dass die Gewerkschaftsmitgliedern gesetzlich zugesprochene unmittelbare und zwingende Wirkung der tariflich vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen sich nicht auf Außenseiter erstreckt. Diese haben demgemäß auch dann keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf einzelvertragliche Gewährung derselben Arbeitsbedingungen, wenn dieser tarifgebunden ist; die vom Tarifvertragsgesetz vorgegebene Differenzierung hält dem Diskrimi-

nierungsverbot und dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stand (vgl. nur Giesen NZA 2004, 1317 mit zahlr. Nachw.).

- 39 bb) Tarifliche Differenzierungsklauseln sind sowohl nach der Rechtsprechung als auch in der Literatur insbesondere unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit umstritten.
- 40 (1) In mehreren Entscheidungen ist das Bundesarbeitsgericht davon ausgegangen, dass die jeweils zu beurteilende tarifvertragliche Vereinbarung unwirksam sei, ua. weil von ihr ein unzumutbarer Druck auf Außenseiter ausgehe, der Koalition beizutreten, um in den Genuss von tarifvertraglich begründeten Ansprüchen zu kommen.
- 41 (a) Bei der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 29. November 1967 (- GS 1/67 - BAGE 20, 175) ging es um eine Streikforderung, die auf den Abschluss eines Tarifvertrages gerichtet war, der eine gemeinsame Urlaubskasse vorsah, die von den Arbeitgebern finanziert werden sollte und anteilige Zahlungen an drei Gruppen von Arbeitnehmern vorsah; alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer sollten je 60,00 Deutsche Mark erhalten, die Hälfte des Restbetrages die seit mindestens einem Jahr im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer und die andere Hälfte des Restbetrages die im Betrieb beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder. Die Mehrleistung an die Mitglieder sollte dabei durch eine Abstands- oder Spannenklausel abgesichert werden, nach der evtl. Zahlungen an Außenseiter zu einer Verpflichtung des Arbeitgebers führen sollten, den Abstand zu den Außenseitern durch eine entsprechende Erhöhung der Leistung an die Gewerkschaftsmitglieder zu „kompensieren“.
- 42 Der Große Senat hat den auf Abschluss dieses Tarifvertrages gerichteten Streik als rechtswidrig angesehen, weil die Differenzierung der tariflichen Leistungen nach Arbeitnehmern und Gewerkschaftsmitgliedern verfassungsrechtlich und tarifrechtlich unwirksam sei. Verfassungsrechtlich verletze eine solche Differenzierung das Grundrecht der positiven Koalitionsfreiheit der anders und der negativen Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer aus Art. 9 Abs. 3 GG. Tarifrechtlich stellten Differenzierungsklauseln eine Überschreitung der Tarifmacht dar. Die Vorenthaltung von Leistungen an die Außenseiter sei eine unzulässige Beitragserhebung für die Inanspruchnahme gewerkschaftlicher Tarifarbeit. Eine Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit sei für die Arbeitgeberseite unzumutbar. Sie müsse sich sonst „in die Dienste des Koalitionsgegners“ spannen lassen. Zudem verletze eine solche Differenzierung das „allgemeine Gerechtigkeitsempfinden“ der Außenseiter besonders. Eine finanzielle Besserstellung von organisierten gegenüber nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern stelle daher einen „sozialinadäquaten“ Druck auf die Außenseiter dar.
- 43 (b) Zwei Entscheidungen des Vierten Senats des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 1987 befassten sich mit der Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit von Außenseitern aufgrund von tariflichen Regelungen über quotenmäßig begrenzte Vorruhestandsvereinbarungen (*Senat 21. Januar 1987 - 4 AZR 547/86 - BAGE 54, 113 ff.*; *21. Januar 1987 - 4 AZR 486/86 - AP GG Art. 9 Nr. 46*). In beiden Entscheidungen stellte der Vierte Senat zunächst fest, dass eine Differenzierung nach Gewerkschaftszugehörigkeit grundsätzlich keine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit sei, und berief sich zur Begründung auf den „sachlichen Grund“, der in § 3 Abs. 1 TVG zu sehen sei. Den Tarifvertragsparteien sei es jedoch verwehrt, eine derartige Klausel zu vereinbaren, wenn sie dahingehend auszulegen oder zu verstehen sei, dass nur die Vorruhestandsvereinbarungen mit Gewerkschaftsmitgliedern bei der Quotenerfüllung zu berücksichtigen seien. Der dadurch mittelbar bewirkte Ausschluss von oder die wesentliche Erschwerung des Zugangs zu derartigen Vorruhestandsregelungen bewirke einen unzulässigen Druck auf die Außenseiter, der Gewerkschaft beizutreten. Damit sei ihre negative Koalitionsfreiheit im Kernbereich berührt.
- 44 (c) In einer neueren Entscheidung hatte der Senat über eine Tarifklausel zu befinden, nach der eine Tariflohnerhöhung nur für solche Arbeitnehmer gelten sollte, die zu einem bestimmten in der Vergangenheit liegenden Stichtag Mitglied der Gewerkschaft waren und blieben; andernfalls sollte die Tarifierhöhung zurückgezahlt werden (*9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06 - AP TVG § 3 Verbandszugehörigkeit Nr. 23 = EzA GG Art. 9 Nr. 91*). Der Senat hat in den Entscheidungsgründen ausdrücklich dahinstehen lassen, ob der Auffassung des Großen Senats über die generelle Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln und ihrer Begründung zu folgen sei. Die vorliegende Klausel sei schon deshalb unwirksam, weil sie zusätzlich zur Gewerkschaftszugehörigkeit eine bestimmte Stichtagsregelung enthalten habe, die später in die Gewerkschaft eintretende Arbeit-

nehmer von der Tarifierhöhung auf Dauer ausnehme sowie austretende Mitglieder zur Rückzahlung verpflichtet.

- 45 (2) In der Literatur ist in den vergangenen Jahren die Diskussion über die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln wieder aufgelebt. Dabei wird zunehmend die Rechtsprechung des Großen Senats - mit teilweise sehr unterschiedlichen Argumenten - in Frage gestellt (vgl. etwa *Kempen/Zachert/Wendeling-Schröder TVG 4. Aufl. § 3 Rn. 253 ff.*; *Zachert DB 1995, 322*; *Däubler BB 2002, 1643*; *Däubler/Hensche TVG 2. Aufl. § 1 Rn. 879*; *Kempen FA 2005, 14*; *Gamillscheg NZA 2005, 146*; *Leydecker AuR 2006, 11*; *Ulber/Strauß DB 2008, 1970*; *Kocher NZA 2009, 119*; *bereits früher teilweise sehr kritisch Säcker Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit S. 129 ff.*; *Hanau JuS 1969, 213*; *Gitter AuR 1970, 129, 133*; *Weller AuR 1970, 161*; *Herschel AuR 1970, 193, 195*; *Rüthers Arbeitsrecht und politisches System BRD : DDR S. 117*; *Dorndorf AuR 1988, 1, 5 ff.*; *für die generelle Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln - allerdings teilweise mit deutlicher Kritik an der Begründung des Großen Senats - demgegenüber zB Löwisch/Rieble TVG § 1 Rn. 819 f.*; *Giesen NZA 2004, 1317*; *Bauer/Arnold NZA 2005, 1209*; *Wiedemann/Wiedemann TVG 7. Aufl. Einl. Rn. 285 ff.*; *MünchKomm/BGB/Müller-Glöge 5. Aufl. § 611 Rn. 316*; *diff. Franzen RdA 2006, 1*; *Greiner DB 2009, 398*).
- 46 c) Der Senat muss im Streitfall nicht näher auf zahlreiche der in Rechtsprechung und Literatur angesprochenen Probleme eingehen. Die hier vorliegende „einfache Differenzierungsklausel“ in Form der einfachen Anspruchsvoraussetzung einer „ver.di-Mitgliedschaft“ ist entweder bereits wegen ihrer Stellung im rechtlichen Gefüge zwischen nicht organisiertem und organisiertem Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Gewerkschaft nicht geeignet, Rechte von nicht organisierten Arbeitnehmern rechtswidrig zu beeinträchtigen. Jedenfalls ist sie in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht rechtswidrig und deshalb nichtig. Sie übt keinen unzulässigen, gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter verstoßenden Druck zum Gewerkschaftsbeitritt aus.
- 47 aa) Der Senat geht zunächst davon aus, dass eine einfache Differenzierungsklausel bereits strukturell keinen unzulässigen unmittelbaren Druck auf Außenseiter ausüben kann und deshalb keinen grundsätzlichen rechtlichen Bedenken begegnet. § 3 TVAstD erfasst das Arbeitsverhältnis der Klägerin nicht und will und kann auch ansonsten keine rechtlichen Auswirkungen auf ihr Arbeitsverhältnis entfalten.
- 48 (1) § 3 TVAstD begründet ausschließlich Rechte und Pflichten von Mitgliedern der Tarifvertragsparteien und schränkt die Handlungs- und insbesondere Vertragsfreiheit der tarifgebundenen Arbeitgeber nicht ein.
- 49 (a) Ein Tarifvertrag wird zwischen Tarifvertragsparteien geschlossen. Er enthält schuldrechtliche und normative Elemente. Die Wirkungsweise der normativen Regelungen ist in § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 2 TVG geregelt. Nach § 4 Abs. 1 TVG gelten die - hier allein in Betracht kommenden - Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen eines Tarifvertrags unmittelbar und zwingend für die Mitglieder der Tarifvertragsparteien, soweit sie unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen. Diese Wirkungsweise ist durch die kollektiv ausgeübte Privatautonomie mit dem Beitritt der Mitglieder zur Koalition legitimiert. Mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Normsetzungsbefugnis der Koalitionen erstreckt sich grundsätzlich nur auf die Mitglieder der vertragsschließenden Parteien. Die Begrenzung der Tarifmacht entspricht der historisch gewachsenen und im Grundgesetz niedergelegten Bedeutung der Koalitionsfreiheit; auch im Selbstverständnis der Koalitionen findet sich kein tragfähiger Anhaltspunkt für einen weitergehenden Rechtsetzungsauftrag, der alle am Arbeitsleben beteiligten Personen ohne weiteres umfasst. Indem es die Tarifgebundenheit grundsätzlich auf die Mitglieder der Tarifparteien beschränkt, trägt das Tarifvertragsgesetz in seinem § 3 Abs. 1 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“ (*BVerfG 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - BVerfGE 44, 322, 347 f.*).
- 50 Die Auffassung der Revision, nicht nur die organisierten Mitglieder hätten einen „unabdingbaren Anspruch auf tarifliche Leistungen“, ist schon aus diesem Grund falsch. Die Außenseiter haben einen solchen Anspruch allenfalls aufgrund einer - jederzeit arbeitsvertraglich abdingbaren - schuldrechtlichen Vereinbarung. Hierin liegt, was angesichts der wiedergegebenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts keiner weiteren Begründung bedarf, auch kein Verstoß gegen „den Anspruch des Außenseiters auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG“, wie die Revi-

sion meint. Die Ungleichbehandlung ist in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise in § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG angelegt.

- 51 (b) Damit ist gleichzeitig eine Grenze der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien beschrieben. Sie können keine Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen vereinbaren, die unmittelbar für nicht Tarifgebundene normativ gelten (*Däubler/Hensche TVG § 1 Rn. 878*). Eine Tarifregelung, die ua. Pflichten von Nichtmitgliedern einer Tarifvertragspartei regelte, würde keine Wirkung entfalten, vergleichbar einem Vertrag zu Lasten Dritter. Ob eine beabsichtigte Einbeziehung eines an einer Vereinbarung nicht beteiligten Dritten als rechtswidrig oder unzulässig charakterisiert wird oder ob sie lediglich keine Bindungskraft entfaltet und „nutzlos“ ist, kann unentschieden bleiben. Ein Dritter kann jedenfalls ohne seine Zustimmung nicht rechtlich verpflichtet werden.
- 52 (c) Es gäbe nur dann einen Anlass, eine mögliche Verletzung von Rechten Dritter, insbes. der negativen Koalitionsfreiheit von Außenseitern durch Tarifnormen zu überprüfen, wenn die tariflichen Regelungen zumindest eine solche Drittwirkung entfalten sollen (*ähnlich Giesen NZA 2004, 1317, 1318; anders Greiner, der von einer beabsichtigten normativen Wirkung einer einfachen Differenzierungsklausel ausgeht, DB 2009, 398, 399*). Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn das Vertragsverhalten einer tarifgebundenen Arbeitsvertragspartei gegenüber Dritten im Tarifvertrag unmittelbar oder mittelbar geregelt werden soll. Dies wird teilweise als unzulässige und rechtswidrige Einschränkung der Handlungsfreiheit insbesondere eines tarifgebundenen Arbeitgebers für unzulässig und rechtswidrig angesehen (*zB Löwisch/Rieble TVG § 1 Rn. 819; Giesen NZA 2004, 1317; Bauer/Arnold NZA 2005, 1209, 1211; Franzen RdA 2006, 1, 6*). Andere berufen sich darauf, dass niemand einem Arbeitgeber das Recht bestreite, Unorganisierte untertariflich zu vergüten. Wenn dies aber zulässig sei, könne ein Arbeitgeber sich zu einem solchen Verhalten auch verpflichten (*so etwa Gamillscheg NZA 2005, 146, 147; ähnlich Kocher NZA 2009, 119, 123; abl. Franzen aaO*).
- 53 (d) Diese Frage bedarf vorliegend keiner Entscheidung. § 3 TVAstD greift in die arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit der beklagten Arbeitgeberin und Tarifvertragspartei nicht ein.
- 54 (aa) Nach den allgemeinen, nirgends angegriffenen Grundsätzen des Arbeitsrechts der Bundesrepublik hat kein Außenseiter ohne eine gesonderte Rechtsgrundlage, die ihm die Anwendung von Tarifnormen auf sein Arbeitsverhältnis verschafft, einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit einem Tarifgebundenen. Mehr schreibt aber auch eine einfache Differenzierungsklausel nicht vor. Wenn ein Arbeitgeber sich vertraglich verpflichtet, die Tarifvertragsnormen, an die er gegenüber Gewerkschaftsmitgliedern normativ gebunden ist, auch auf die Arbeitsverhältnisse mit Außenseitern anzuwenden, übt er damit die für ihn gewährleistete Vertragsfreiheit aus. Diese Freiheit gibt ihm aber nicht nur die rechtliche Möglichkeit, die Anwendbarkeit eines ganzen Tarifvertrages zu vereinbaren oder von einer vertraglichen Einbeziehung von Tarifrecht abzusehen. Vielmehr sind hier - im Rahmen der allgemeinen Gesetze und des Gleichbehandlungsgrundsatzes - die Arbeitsvertragsparteien frei, außer der Anwendung eines Tarifvertrages als Ganzem auch die Anwendung von Teilen oder von Einzelnormen dieses Tarifvertrages zu vereinbaren. Im Grundsatz geschieht das selbst bei vertraglichen Verweisungen, die auf den ersten Blick Globalverweisungen zu sein scheinen, tagtäglich, weil die arbeitsvertragliche Inbezugnahme in der Regel nur auf diejenigen Teile des Tarifvertrages erfolgt, in denen gerade nicht die einzeln vereinbarten Arbeitsbedingungen geregelt sind (*„Im Übrigen gelten ...“*). Es können auch branchenfremde oder nicht mehr geltende Tarifverträge in Bezug genommen werden. Außenseiter und Arbeitgeber sind auch nicht an einer Vereinbarung gehindert, in Ausübung der Vertragsfreiheit den Außenseiter in seinem Arbeitsverhältnis schuldrechtlich so zu stellen als sei er Gewerkschaftsmitglied - und so schon vorab möglichen einfachen Differenzierungsklauseln die beabsichtigte Wirkung zu nehmen - (*anders Kocher NZA 2009, 119, 123, die darin eine mit Art. 9 Abs. 3 GG begründete Überschreitung der Regelungsbefugnis der Arbeitsvertragsparteien sieht*).
- 55 (bb) Wenn aber die einfache Differenzierungsklausel diese mögliche und zulässige Ausübung der Vertragsfreiheit nicht beeinträchtigt und dies auch von Rechts wegen nicht anstrebt, dann kann von ihr nicht mehr Druck auf den Außenseiter ausgehen als von jeder anderen Tarifnorm auch, die einen normativen Anspruch allein für nach § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG tarifgebundene Arbeitnehmer vorsieht. Die schuldrechtliche Erstreckung wird bei dem einen so wenig beeinträchtigt wie bei dem anderen.

- 56 (2) Die Klägerin ist nicht Mitglied der Gewerkschaft ver.di. Deshalb wird das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis von der unmittelbaren und zwingenden Wirkung des TVAstD nicht erfasst. Die Klägerin kann damit nicht unmittelbar von der normativen Wirkung des Tarifvertrages beeinträchtigt sein, da sich allein durch seinen Abschluss an den für sie geltenden Arbeitsbedingungen unmittelbar nichts ändert.
- 57 (3) Soweit eine mittelbare Änderung ihrer Arbeitsbedingungen durch den Tarifvertrag, insbesondere durch die in § 2 TVAstD geregelte Außerkraftsetzung von § 19 HausTV erfolgen sollte, beruht dies nicht auf dessen normativer Wirkung, sondern allein auf der einzelvertraglichen Vereinbarung zwischen den Parteien. Hätten diese beispielsweise vereinbart, dass die Klägerin schuldrechtlich im Innenverhältnis der Parteien wie ein ver.di-Mitglied behandelt werden sollte, ergäbe sich für sie keinerlei Nachteil. Hätte die Arbeitgeberin von der arbeitsvertraglich vermittelten Anwendung der Tarifverträge auf die Arbeitsverhältnisse mit Außenseitern ganz abgesehen, stünde die Klägerin ebenso wie sie heute steht, hätte aber in den nächsten Jahren keine Chance, nach Ende der Geltung des TVAstD ebenso wie die Gewerkschaftsmitglieder wieder einen aktualisierten Rechtsanspruch auf die Sonderzuwendung zu erwerben. Von der konkreten Arbeitsvertragsgestaltung eines einzelnen Arbeitgebers kann aber nicht abhängen, ob eine ansonsten zulässige Regelung in einem Tarifvertrag, durch die das Grundrecht auf koalitions-gemäße Betätigung aus Art. 9 Abs. 3 GG ausgeübt wird, unwirksam oder gar nichtig ist. Die Zulässigkeit einer Tarifnorm erweist sich nur an übergeordnetem Recht und nicht an der Betriebspraxis eines Verbandsmitgliedes. Bei einer anderen, auf die Individualvertragsgestaltung abstellenden Sicht wäre auch unklar, wie sich eine unterschiedliche Handhabung durch verschiedene Verbandsmitglieder auf die Zulässigkeit der Tarifnorm als solche auswirken würde.
- 58 Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Möglichkeit für die Arbeitgeber, Außenseiter mit den organisierten Arbeitnehmern arbeitsvertraglich gleichzustellen, durch einfache Differenzierungsklauseln faktisch wirtschaftlich erschwert werde und die Außenseiter dadurch benachteiligt würden. Abgesehen davon, dass diese ohnehin keinen Anspruch auf eine solche Gleichstellungsvereinbarung haben, bemisst sich die ökonomische Mehrbelastung des Arbeitgebers durch den Abschluss eines Tarifvertrages auch im Fall des völligen Absehens von - einfachen - Differenzierungsklauseln an den von der Gewerkschaft ausgehandelten Verbesserungen der Arbeitsbedingungen. Sie ist damit desto höher, je erfolgreicher die Gewerkschaft verhandelt oder gekämpft hat. Gerade der Arbeitgeber, der einen Firmentarifvertrag abschließt, kennt die in seinem Unternehmen geltenden Arbeitsvertrags- und Tarifbedingungen genau, und kann bei Abschluss des Tarifvertrages selbst über die Zumutbarkeit der ihm dadurch im Ergebnis auferlegten Belastungen entscheiden. Geradezu umkehrt ist es bei einem Sanierungstarifvertrag wie dem TVAstD: hier geht es nicht um Mehrbelastungen, sondern um Einsparungen, die der Unternehmer als Tarifvertragspartei nur mit Zustimmung der Gewerkschaften erlangen kann. Die Arbeitsvertragsparteien haben in zulässiger und verbindlicher Weise die Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen an die Tarifvertragsparteien delegiert. Sie können davon jederzeit gemeinsam Abstand nehmen und ihren Vertrag ändern. Ansonsten gelten für sie diejenigen Bestimmungen mit genau dem Inhalt, den die Tarifvertragsparteien, deren Tarifvertrag von der Verweisungsklausel erfasst wird, diesem geben. Hierfür gilt die Angemessenheitsvermutung; eine Tarifzensur findet nicht statt.
- 59 (4) Die Klägerin ist auch nicht in ihrem Grundrecht auf negative Koalitionsfreiheit verletzt. Die Regelung in § 3 TVAstD berührt - wie dargelegt - ihren Rechtskreis nicht. Dass von der Tarifnorm ein Anreiz ausgehen mag, der Gewerkschaft beizutreten, ist begünstigenden Tarifnormen eigen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass bereits die vorher geltende, den Anspruch auf eine Sonderzahlung überhaupt erst vermittelnde Regelung in § 19 HausTV deutlich höher war und gleichwohl von der Klägerin nicht als Verletzung ihrer negativen Koalitionsfreiheit angesehen wurde, dies erklärtermaßen deshalb, weil in ihren individualrechtlichen Arbeitsvertrag aufgenommen worden war, dass diese Norm wie der ganze HausTV auch auf ihr Arbeitsverhältnis Anwendung finden sollte, obwohl sie kein Gewerkschaftsmitglied war. Hätte die Beklagte die Anwendung des mit ver.di ausgehandelte Tarifwerks von vornherein auf die Mitglieder der an diesem Tarifvertrag beteiligten Gewerkschaft beschränkt, hätte die Klägerin sich auch nicht darauf berufen können, hiervon gehe ein unzulässiger Druck aus, der Gewerkschaft beizutreten. Wie dargelegt, kann die konkrete einzelvertragliche Durchführung eines nicht normativ an einen Tarifvertrag gebundenen Arbeitsverhältnisses nicht darüber entscheiden, ob eine Tarifnorm verfassungswidrig ist oder nicht.

- 60 bb) Der Senat hat neben den angesprochenen Gesichtspunkten aber auch in Erwägung gezogen, dass ein Tarifvertrag möglicherweise grundsätzlich geeignet sein muss, alle Arbeitsverhältnisse in seinem Geltungsbereich zu regeln. Zu einer solchen, den Tarifvertragsparteien von Rechts wegen zugewiesenen Aufgabe könnte auch eine einfache Differenzierungsklausel im Widerspruch stehen und deshalb einer besonderen rechtlichen Überprüfung bedürfen.
- 61 Aber auch dann, wenn man hiervon ausgeht, kann angesichts der den Tarifvertragsparteien zugewiesenen Gestaltungsfreiheit eine Unwirksamkeit einer tariflichen Differenzierungsklausel nur angenommen werden, wenn die Regelung rechtswidrig ist, insbesondere im Verhältnis zu einem von Rechts wegen schützenswert verfolgten Ziel einen unverhältnismäßigen, einem Zwang ähnlichen Druck ausübt, das Recht darauf, einer Koalition fernzubleiben, aufzugeben, oder ein sonstiges überwiegendes Recht eines Dritten beeinträchtigt. Beides ist bei der einfachen Differenzierungsklausel in § 3 TVAstD nach Art und Umfang der dort vorgenommenen Differenzierung nicht der Fall, so dass auch von diesem rechtlichen Ansatz aus keine durchgreifenden Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Bestimmung bestehen.
- 62 (1) Die Aufgabe, Regelungen für alle Arbeitnehmer im Geltungsbereich der von ihnen getroffenen tariflichen Regelungen zu treffen, wird jedenfalls von den beiden größten tarifwilligen Mitgliedsgewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes in ihrer Satzung nicht ausdrücklich anerkannt. Nach § 5.2 ihrer Satzung vertritt die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di ua. die wirtschaftlichen und ökologischen, die sozialen, beruflichen und kulturellen Interessen ihrer Mitglieder im In- und Ausland und schließt zu diesem Zweck ua. nach § 5.3 Buchst. e Tarifverträge ab. Entsprechend bestimmt die Industriegewerkschaft Metall in § 2 Satz 1 ihrer Satzung in der ab dem 1. Januar 2008 geltenden Fassung ihre Aufgabe dahin, die wirtschaftlichen, sozialen, beruflichen und kulturellen Interessen der Mitglieder zu fördern. Die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs unabhängig von ihrer Mitgliedschaft werden von beiden Gewerkschaften in ihren Satzungen nicht angesprochen. Insofern unterscheiden sich die angesprochenen Satzungen von der in § 2.3 Buchst. b der Satzung des - nicht tarifwilligen - Deutschen Gewerkschaftsbundes (*Stand Juni 2006*) niedergelegten umfassenden sozialpolitischen Aufgabenstellung des Bundes für die Interessen aller Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.
- 63 Es gibt jedoch unabhängig von der Satzungslage mehrere Anhaltspunkte dafür, dass die Aufgabe der Gewerkschaften nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht nur darin besteht, sich für eine Regelung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder einzusetzen. Einiges spricht dafür, dass die Arbeitsverfassung der Bundesrepublik nach ihren rechtlichen Rahmenbedingungen und im Verständnis der Rechtsprechung auf einer umfassenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien aufbaut, die sich auf die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer richtet, die in demjenigen Ausschnitt des Arbeitslebens beschäftigt sind, für den die Verbände in ihren Satzungen ihre sachliche Zuständigkeit in Anspruch nehmen.
- 64 (a) Für die Annahme einer derartigen, von Rechts wegen vorgegebenen und die tarifliche Rechtssetzungsmacht begrenzenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien reicht allerdings nicht allein der Umstand aus, dass nach § 5 TVG Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden können (*anders offenbar Greiner DB 2009, 398, 399 f.; Klebeck SAE 2008, 97, 98; für Tarifverträge über Gemeinsame Einrichtungen auch Thüsing/Hoff ZfA 2008, 77, 95 ff.; ähnlich auch noch Senat 23. März 2005 - 4 AZR 203/04 - BAGE 114, 186, 189 f.; dagegen Schlie-mann ZTR 2000, 198, 204; Leydecker Der Tarifvertrag als exklusives Gut S. 240; früher schon Biedenkopf Gutachten für den 46. DJT, S. 97, 120; Säcker Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 130 ff.*). Diese dem Bundesminister für Arbeit und Soziales eingeräumte rechtliche Möglichkeit baut darauf auf, dass die Tarifvertragsparteien Regelungen schaffen, die geeignet sind, alle Arbeitsverhältnisse in ihrem Geltungsbereich auszugestalten. Das zwingt die Tarifvertragsparteien aber nicht, nur solche Regelungen zu treffen. Insbesondere bei Haus (-saniierungs-) tarifverträgen wie dem TVAstD wird es so gut wie nie das Bedürfnis nach einer Allgemeinverbindlicherklärung geben (*vgl. Wiedemann/Wank TVG 7. Aufl. § 5 Rn. 74*).
- 65 Zudem ist ein Tarifvertrag, der neben anderen Regelungen auch eine Differenzierungsklausel enthält, nicht von vornherein ungeeignet, für allgemeinverbindlich erklärt zu werden. Zum einen können einzelne Bestimmungen eines Tarifvertrags von der Allgemeinverbindlichkeit ausgenommen werden; dem stehen jedenfalls dann keine durchgreifenden Bedenken entgegen, wenn die Regelungen des betreffenden Tarifvertrags im Übrigen ein in sich geschlossenes, auch

ohne die ausgenommenen Regelungen vom Regelungswillen der Tarifvertragsparteien mitumfasstes Regelwerk bilden (*Gamillscheg Kollektives Arbeitsrecht Bd. I S. 891*). Zum anderen hat eine Allgemeinverbindlicherklärung, was die Anwendbarkeit der tariflichen Regelungen angeht, keine weiter gehende Wirkung als eine arbeitsvertragliche Inbezugnahme des Tarifvertrages; lediglich die rechtliche Verbindlichkeit ist aufgrund der normativen Wirkung eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages verstärkt (§ 5 Abs. 4 TVG). Sonderrechte, die nur Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft eingeräumt werden, bestehen auch nach einer Allgemeinverbindlicherklärung nicht für Nichtmitglieder. Die übrigen Bestimmungen werden in ihrer Wirkung aber erstreckt. Es ist Sache des zuständigen Bundesministers, bei seiner Entscheidung zu überprüfen, ob auch eine solche Wirkung im öffentlichen Interesse nach § 5 Abs. 1 Satz 2 TVG geboten erscheint.

- 66 (b) Die Möglichkeit des § 5 TVG gibt aber immerhin einen Hinweis darauf, dass Tarifverträge nach der Rechtsordnung aufgrund der Rahmenbedingungen bei Vertragsschluss und aufgrund Sachnähe der Vertragsparteien angemessene und ausgewogene Regelungen für ihren Geltungsbereich enthalten sollen, die geeignet sind, an die Stelle einer staatlichen Regelung über die betreffenden Arbeitsbedingungen zu treten. Diese Bewertung lässt sich auch weiteren gesetzlichen Bestimmungen entnehmen.
- 67 (aa) Die Herausnahme von Tarifverträgen aus der Inhaltskontrolle nach § 310 Abs. 4 BGB, die auch für Tarifverträge gilt, die arbeitsvertraglich in Bezug genommen werden, also auch dann, wenn diese in Arbeitsverhältnissen unter Beteiligung von Außenseitern anzuwenden sind (§ 310 Abs. 4 Satz 3 BGB; *zB BAG 25. April 2007 - 10 AZR 634/06 - BAGE 122, 174, 180; ErfK/Preis §§ 305 - 310 BGB Rn. 13 mwN*) spricht für eine umfassende Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien. Der Verzicht auf die Inhaltskontrolle von Tarifverträgen gewährleistet nicht nur die Freiheit koalitionsgemäßer Betätigung; sie hat ihre sachliche Rechtfertigung auch in der auf den genannten Umständen beruhenden Angemessenheitsvermutung für Tarifverträge, die auf einer Regelung des Geltungsbereichs insgesamt, nicht nur von Mitgliedschaftsinteressen aufbaut.
- 68 (bb) Derselbe Wertungshintergrund besteht für die zahlreichen gesetzlichen Tariföffnungsklauseln, durch die der Gesetzgeber von ihm als angemessen angesehene soziale Schutznormen zur Disposition der Tarifvertragsparteien stellt und dies nicht nur für den unmittelbaren, normativen Anwendungsbereich der Tarifverträge zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, sondern auch dann, wenn zwischen nicht Tarifgebundenen die Geltung der betreffenden Tarifverträge oder tariflichen Regelungen arbeitsvertraglich vereinbart ist (*zB § 622 Abs. 4 BGB, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG, § 17 Abs. 3 BetrAVG, § 13 Abs. 1 BUrlG, § 8 Abs. 4 Satz 4, § 14 Abs. 2 Sätze 3 und 4 TzBfG, § 4 Abs. 4 EntgFG*). Auch diese Regelungen haben ihre Rechtfertigung im Zweifel nur bei solchen tariflichen Bestimmungen, die von den Tarifvertragsparteien um der Regelung der in ihrem Geltungsbereich angesiedelten Arbeitsverhältnisse willen getroffen wurden.
- 69 (cc) Auch die vom Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1980 anerkannte Zulässigkeit der Aussperrung von nichtorganisierten Arbeitnehmern im Arbeitskampf spricht dafür, dass ein Tarifvertrag zumindest auch darauf abzielt, über die unmittelbar betroffenen Arbeitsverhältnisse der organisierten Arbeitnehmer hinaus Wirkung in seinem Geltungsbereich zu erzielen (*vgl. BAG 10. Juni 1980 - 1 AZR 331/79 - BAGE 33, 195, 202*).
- 70 (c) Bei Differenzierungsklauseln, wie der in § 3 TVAstD sprechen auch diese Regelungen selbst dagegen, von einem allein auf die Mitglieder ausgerichteten Regelungswillen der Tarifvertragsparteien auszugehen. Denn eine solche Differenzierungsklausel geht ja gerade von der möglichen allgemeinen Anwendung des Geregelteten - wenn auch nicht mit umfassender normativer Wirkung - auf Organisierte und Nichtorganisierte aus und trifft insoweit eine differenzierende Regelung. Es spricht einiges dafür, dass hiervon ausgehend auch die Interessen der nicht Normunterworfenen angemessen berücksichtigt werden müssen.
- 71 (d) Die bis hierher naheliegende Annahme einer grundsätzlich umfassenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien ist nicht durch § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 TVG von vornherein ausgeschlossen. Man kann diese Bestimmungen auch als einfachgesetzliche Sicherung des Freiheitsrechts verstehen, grundsätzlich nicht gegen den eigenen Willen fremder privatautonomer Rechtssetzung unterworfen zu werden. Eine Regelungsaufgabe für die Branche und mit Bezug auf die Arbeitsbedingungen aller im Zuständigkeitsbereich tätigen Arbeitnehmerinnen und Ar-

beitnehmer kann auch dann bestehen, wenn Normunterworfenheit nur für die angeordnet ist, die sich hierfür privatautonom entschieden haben.

- 72 (2) Auch wenn man von einer solchen umfassenden sozialpolitischen Aufgabenstellung für die Tarifvertragsparteien, also auch für die tarifwilligen Einzelgewerkschaften, ausgeht, und ihr die Qualität beimisst, dass sich aus ihr eine rechtliche Grenze für die Regelungsbefugnis in Tarifverträgen ergeben kann, steht dies der Wirksamkeit der Regelung in § 3 TVAstD nicht durchgreifend entgegen.
- 73 (a) Art. 9 Abs. 3 GG geht von der Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit und ihrer Betätigung in mitgliedschaftlich verfassten Organisationen aus. Dies schließt ebenso wie die sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergebende Freiheit bei der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen grundsätzlich auch Regelungen mit ein, die in besonderer Weise auf die Interessen von Koalitionsmitgliedern reagieren. Für differenzierende Regelungen streiten zudem das auch aus übergeordneten Gesichtspunkten zu schützende Recht der Gewerkschaften, im Rahmen der durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit um Mitglieder zu werben, und die objektive Funktion von Tarifverträgen, insbesondere von Sanierungstarifverträgen für die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Bundesrepublik Deutschland.
- 74 (aa) Das Koalitionssystem ist zunehmend von einer Differenzierung gekennzeichnet. Dabei darf es der einzelnen Koalition nicht versagt bleiben, sich von einer konkurrierenden Gewerkschaft durch einen Verhandlungserfolg abzugrenzen, der durch eine einfache tarifliche Differenzierungsklausel normativ nur den eigenen Mitgliedern und nicht ohne weiteres auch den Nichtorganisierten oder den Mitgliedern konkurrierender Gewerkschaften zugutekommt, die im Wege eines einfachen Anschlussarbeitsvertrages ansonsten die Früchte der Gewerkschaftsarbeit der tarifschließenden Gewerkschaft ernten könnten (*ähnl. LAG Köln 17. Januar 2008 - 6 Sa 1354/07 - DB 2008, 1979; Ulber/Strauß DB 2008, 1970, 1971 f.; Franzen RdA 2008, 304, 305; kritisch dagegen - allerdings nur für qualifizierte Differenzierungsklauseln - Greiner DB 2009, 398, 401*). Dementsprechend hat das Bundesarbeitsgericht auch eine Mitgliederwerbung bei konkurrierenden Gewerkschaften für zulässig erachtet und lediglich unlautere Mittel oder die Zielrichtung der Existenzvernichtung verboten (*BAG 31. Mai 2005 - 1 AZR 141/04 - BAGE 115, 58; ebenso MünchKomm/BGB/Müller-Glöge 5. Aufl. § 611 Rn. 322; allgemein BAG 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 -*).
- 75 Dies gilt um so mehr, als der Organisationsgrad der Gewerkschaften deutlich zurückgegangen ist (*nach BasisK/TVG-AKR 2. Aufl. § 3 Rn. 111 liegt er zur Zeit bei weniger als 25 Prozent der Beschäftigten*). Gleichzeitig mit der sich daraus ergebenden Schwächung ihrer tatsächlichen Möglichkeiten einer effektiven Teilnahme an der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist insbesondere in Krisenzeiten eine angemessene Ausfüllung ihrer sozialpolitischen Ordnungsaufgabe (*hierzu etwa BVerfG 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - zu B II 2 c bb der Gründe, BVerfGE 116, 202*) noch wichtiger geworden. Die Legitimität ihres Organisationsinteresses an Verhinderung weiterer Schwächung durch die Sicherung des Mitgliederbestandes muss vor diesem Hintergrund hoch bewertet werden. Sie kann um der Effektivität des Tarifvertragssystems als Ganzem auch bei der Erfüllung der den Gewerkschaften gemeinsam mit den Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden obliegenden Aufgabe der Regelung der Arbeitsbedingungen Berücksichtigung finden.
- 76 (bb) Hinzu kommt die große Bedeutung der ökonomischen Krisenbewältigung für die gesamte Wirtschaft und einzelne Unternehmen durch die Kooperation von Gewerkschaften mit der Arbeitgeberseite insbesondere beim Abschluss von Sanierungstarifverträgen wie dem TVAstD. Mit solchen Tarifverträgen werden unter Einbeziehung und mit Einverständnis der Gewerkschaft bestehende tarifliche Ansprüche auf Zeit abgesenkt und der Arbeitgeber damit entlastet. Bereits deshalb ist von der grundsätzlichen Zumutbarkeit einer Einzelregelung auszugehen, die für die Mitglieder derjenigen Gewerkschaft, die an solchen Absenkungen zur Bewältigung ökonomischer Schwierigkeiten des Arbeitgebers kooperativ mitwirkt und ohne die ein Arbeitgeber wenig erfolgversprechende Aussichten zur Absenkung der Kosten hätte. Dem entspricht es, dass differenzierende Klauseln in Sanierungstarifverträgen nicht durch Arbeitskämpfe erzwungen werden (*vgl. nur Greiner DB 2009, 398; auch Hanau FS Hromadka S. 115, 124, weist darauf hin, dass die Sachlage insoweit von derjenigen abweicht, die der Argumentation des Großen Senats zu Grunde lag*). Zu solchen Tarifverträgen, die die Arbeitsbedingungen der eigenen Mitglieder aktiv verschlechtern, wird die Zustimmung der Gewerkschaft nicht zu erlangen sein, wenn diese Mitglieder nicht - zumindest vorläufig und einzelvertraglich durch den Arbeitgeber verallgemeiner-

bar - besser gestellt werden als die sie auf dem Weg der Tarifbedingungen „nach oben“ begleitenden Nichtorganisierten.

- 77 Es mag sein, dass bei Verhandlungen über Sanierungstarifverträge unter Einschluss von Differenzierungsklauseln ein nicht unerheblicher Druck für die Arbeitgeberseite besteht, sich von einer im bestehenden Tarifvertrag begründeten Leistungsverpflichtung auf Zeit zu befreien. Dass hier ein strukturelles Ungleichgewicht zu Lasten der Tarifvertragspartei auf Arbeitgeberseite bestünde, die durch die Arbeitsgerichte zwingend auszugleichen wäre, ist entgegen der Auffassung der Revision nicht ersichtlich. Hierfür gäbe es auch keine Rechtsgrundlage. In Extremfällen muss auf die allgemeinen zivilrechtlichen Mittel zurückgegriffen werden, sich von nicht zumutbaren Verträgen oder von Verträgen zu lösen, die unter von der Rechtsordnung missbilligten Begleitumständen zustande gekommen sind.
- 78 (b) Auch wenn man von der Möglichkeit differenzierender Regelungen in Tarifverträgen ausgeht, besteht vom Ansatz einer umfassenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien aus die Pflicht, bei solchen tariflichen Regelungen konkurrierende Rechte mit zu berücksichtigen. Freiheitsrechte des Arbeitgebers, was die individuelle Vertragsgestaltung angeht, müssen ebenso Teil des Abwägungsprozesses sein, wie die geschützte Freiheit der Außenseiter, einer Koalition fernzubleiben. Zudem kann es darauf ankommen, dass das geschaffene Tarifwerk als Ganzes einer umfassenden Gestaltungsaufgabe der Tarifvertragsparteien gerecht wird.
- 79 Die beiden letztgenannten Gesichtspunkte streiten dafür, dass jedenfalls in aller Regel Differenzierungsklauseln nicht an den Regelungen des Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung anknüpfen dürfen, die Grundlage des laufenden Lebensunterhaltes sind, und die im Arbeitsleben jedenfalls regelmäßig als Maßstab für die Bemessung der angemessenen und üblichen Arbeitsbedingungen dienen (*vgl. BAG 24. März 2004 - 5 AZR 303/03 - BAGE 110, 79, 83*). Diese Grenze wirkt sich auch bei der Bestimmung einer Höchstgrenze für Leistungen aus, die nur für Gewerkschaftsmitglieder in Aussicht gestellt werden kann. Auch Sonderleistungen, die außerhalb des Austauschverhältnisses liegen, dürfen von diesem Maßstab ausgehend nicht eine Höhe erreichen, dass sie dieses Verhältnis im wirtschaftlichen Ergebnis maßgeblich beeinflussen, sich bei wertender Betrachtung nur als eine Art Umschichtung des insgesamt versprochenen Entgelts von der laufenden Vergütung hin zu einer Einmalzahlung darstellen.
- 80 (c) Nach alledem bestehen auch von dem zuletzt verfolgten einschränkenden Prüfungsansatz aus keine durchgreifenden Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit von § 3 TVAstD.
- 81 Es handelt sich um eine Regelung in einem Sanierungstarifvertrag, für die übergeordnete Interessen an der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie streiten. Die beklagte Arbeitgeberin, der es um die wirtschaftliche Gesundung ihres Unternehmens durch Abschluss dieses Tarifvertrags ging, wird durch § 3 TVAstD nicht in ihrer Freiheit beeinträchtigt, die nicht organisierten Arbeitnehmer umfassend einzelvertraglich mit den organisierten Arbeitnehmern gleichzustellen.
- 82 Der nach dem Tarifvertrag den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Anspruch auf die Ausgleichszahlung ist weder nach seiner Art noch der absoluten Höhe nach geeignet, einen nach den mit abzuwägenden Interessen unverhältnismäßigen, einem Zwang nahe kommenden Druck auszuüben, von der Entscheidung, keiner Gewerkschaft angehören zu wollen, Abstand zu nehmen. Es handelt sich um eine einmal jährlich zu zahlende und damit außerhalb des laufenden Austauschverhältnisses liegende Leistung, die im Durchschnitt etwa als ein Viertel einer Monatsvergütung und nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht mehr als zwei Jahresmitgliedsbeiträge ausmacht. Ein verständiger Arbeitnehmer wird allein im Hinblick darauf keinen mit Zwang vergleichbaren Druck verspüren, von seiner Entscheidung gegen eine Gewerkschaftszugehörigkeit Abstand zu nehmen.
- 83 Schließlich hat die Regelung in § 3 TVAstD, in dem von der Beklagten und ver.di im übrigen geschaffenen Tarifwerk mit den dort vorgenommenen Festlegungen angemessener Arbeitsbedingungen für die bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer, keinerlei spürbare Prägewirkung. Die Eignung dieses Tarifwerks als allgemeine Regelung der bei der Beklagten geltenden Arbeitsbedingungen wird so nicht in Frage gestellt.
- 84 d) Entgegen der Auffassung der Revision musste der Senat die Sache vor seiner Entscheidung nicht dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts nach § 45 Abs. 3 ArbGG vorlegen.

- 85 aa) Nach § 45 Abs. 3 iVm. Abs. 2 ArbGG besteht eine Pflicht zur Vorlage an den Großen Senat nur dann, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage ua. von der Entscheidung des Großen Senats abweichen will. Es muss sich dabei um eine Abweichung in derjenigen Rechtsfrage handeln, um derentwillen der Große Senat angerufen worden ist (*Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge/Prütting ArbGG 6. Aufl. § 45 Rn. 46 f.; GK-ArbGG/Dörner Stand September 2008 § 45 Rn. 64*).
- 86 bb) Danach bestand keine Vorlagepflicht. Zum Einen handelt es sich bei der hier zu treffenden Entscheidung nicht um eine Rechtsfrage, die der Große Senat in seiner Entscheidung vom 29. November 1967 (- *GS 1/67 - BAGE 20, 175*) beantwortet hat. Zum Anderen gilt, dass die Rechtsfrage - sollte man sie als vom Großen Senat mitbeantwortet ansehen - vom Senat bei der Anwendung auf den vorliegenden Fall nicht abweichend vom Großen Senat beantwortet wird. Auch unter Anwendung der vom Großen Senat zu Differenzierungsklauseln aufgestellten Rechtsgrundsätze ist die Klage abzuweisen, weil § 3 TVAstD auch hiernach wirksam ist.
- 87 (1) Bei der vom Großen Senat in der Entscheidung vom 29. November 1967 behandelten Rechtsfrage handelt sich um eine andere Rechtsfrage als diejenige nach der Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln, die vorliegend zu beantworten war.
- 88 (a) Dem Großen Senat waren seinerzeit vom Ersten Senat sechs Fragen vorgelegt worden, von denen der Große Senat nur die Fragen 1, 2 und 4 beantwortet hat. Es ist bereits sehr fraglich, ob die im Streitfall zu entscheidende Konstellation von einer der gestellten Fragen überhaupt erfasst wird. Die Antwort des Großen Senates befasst sich jedenfalls nicht mit einer der hier vorliegenden Klausel vergleichbaren Regelung, bei der lediglich die Gewerkschaftsmitgliedschaft als eigenständige Tatbestandsvoraussetzung für einen tariflichen Anspruch ausdrücklich aufgeführt ist.
- 89 (aa) Die Frage 1 galt der Befugnis von Tarifvertragspartnern, in zwischen ihnen vereinbarten Tarifverträgen Regelungen zu treffen, die auch Außenseiter erfassen. Die Frage 2 richtete sich auf die Befugnis der Tarifvertragsparteien, zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern in denjenigen Tarifverträgen, die Regelungen der in Frage 1 beschriebenen Art enthalten, zu differenzieren. Die Frage 4 befasste sich mit der Absicherung derartiger Differenzierungen durch Spannenklauseln.
- 90 Bei dem TVAstD handelt es sich nicht um einen Tarifvertrag, der im Sinne der Frage 1 Außenseiter erfasst. Die tarifliche Regelung kann als solche nur Arbeitsverhältnisse erfassen, die zwischen beiderseits tarifgebundenen Arbeitsvertragspartnern bestehen. Dass die Tarifvertragsparteien wohl davon ausgegangen sind, dass der tarifvertragsschließende Arbeitgeber an sich nur Gewerkschaftsmitgliedern zustehende tarifliche Leistungen über arbeitsvertragliche Verweisklauseln auch Außenseitern versprochen hat und den Arbeitgeber von der Verpflichtung entlasten wollte, die vereinbarte Sonderzahlung auch an Nichtorganisierte leisten zu müssen, führt nicht dazu, dass die Außenseiter von den Regelungen „erfasst“ werden, wie dies in der Konstellation der Fall war, die 1967 zu den Anfragen an den Großen Senat führte.
- 91 (bb) Diese Differenzierung kann jedoch dahinstehen, weil der Große Senat in seiner Antwort die drei genannten Fragen 1, 2 und 4 gemeinsam behandelt hat und sich mit Differenzierungsklauseln im Einzelnen lediglich in der Form einer Spannenklausel und ihrer Funktion der Absicherung der tariflichen Differenzierung befasst hat. Soweit Teilfragen aus diesem vom Großen Senat gebildeten Fragenkomplex abschließend beantwortet worden sind, sind die tragenden Erwägungen jeweils unverzichtbar an die tariflichen Spannenklauseln gebunden (*ebenso bereits Säcker Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit S. 130; Stahlhacke ArbRGeg. 1973, 21, 23; Dorndorf AuR 1988, 1, 6; aA Hanau FS Hromadka S. 115, 119*).
- 92 (aaa) Das gilt zunächst für das Argument des Großen Senates, die Tarifvertragsparteien überschritten die Grenzen der Tarifmacht durch intransparente Regelungen; dem Außenseiter „zu sagen, er bekomme soundsoviel Urlaubsgeld weniger, weil er nicht organisiert sei, und der andere bekomme soundsoviel Urlaubsgeld mehr, weil er organisiert sei, muss bei dem Außenseiter zwangsläufig das Gerechtigkeitsempfinden verletzen“ (*BAG GS aaO, S. 221*). Dieser Gesichtspunkt kann nur dann in Betracht kommen, wenn der Tarifvertrag ausschließt, dass Außenseiter - aufgrund welcher Anspruchsgrundlage auch immer - vom Arbeitgeber denselben Betrag bekommen wie Gewerkschaftsmitglieder, was nur bei Spannen- oder Tarifausschlussklauseln möglich ist, wie sie Gegenstand des seinerzeit zu beurteilenden Sachverhaltes waren.

- 93 (bbb) Die Tarifmacht der Tarifvertragsparteien ist nach der Auffassung des Großen Senats weiter dann überschritten, wenn eine Koalition von der gegnerischen Koalition Unzumutbares verlangt. Für die Arbeitgeberseite sei es unzumutbar, „bei der tariflichen Durchsetzung der Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern mitzuwirken“ (BAG GS aaO, S. 222) . Die Arbeitgeberseite müsse sich nicht „in einer solchen Weise in die Dienste des Koalitionsgegners spannen ... lassen Heute ist die gleiche Behandlung von Organisierten und Außenseitern in vielen Fällen weitgehend eine zwingende betriebliche und unternehmerische Notwendigkeit geworden. In vielen Fällen kann sich die Arbeitgeberseite dieser Notwendigkeit heute nicht mehr oder nur schwer entziehen. Die Gleichbehandlung von Organisierten und nicht Organisierten in Entgeltfragen wird heute weitgehend als ein Ausdruck der sozialen Gerechtigkeit empfunden“ (BAG GS aaO, S. 223).
- 94 Daraus erhellt, dass der Große Senat die Einschränkung der Möglichkeit zur („in vielen Fällen weitgehend zwingenden“) Gleichbehandlung von Außenseitern und Organisierten zum Ansatzpunkt seiner Annahme der Unzulässigkeit macht. Eine solche Einschränkung war im der Vorlage zu Grunde liegenden Fall nur aufgrund der dort beabsichtigten Spannenklausel gegeben, während sie bei einfachen Differenzierungsklauseln fehlt.
- 95 (ccc) Soweit der Große Senat angenommen hat, die fraglichen Klauseln verletzen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter dadurch, dass von der seinerzeit behandelten konkreten Spannenklausel ein „sozialinadäquater Druck“ ausgegangen sei, hat er darauf abgestellt, dass es „das Gerechtigkeitsempfinden gröblich (*verletzt*), wenn die Gewährung des Urlaubs, Urlaubsentgelts und zusätzlichen Urlaubsgeldes und ähnlicher tariflicher Leistungen von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht wird. Deshalb üben derartige Differenzierungsklauseln einen sozialinadäquaten Druck aus, den anders und nicht Organisierte ebenso wenig hinzunehmen brauchen, wie Organisierte es nicht hinzunehmen brauchten, wenn ein Arbeitgeber Nichtorganisierte besser bezahlen würde als Organisierte. Die Differenzierungsklauseln der hier streitigen Tarifverträge sind daher gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig, und auch insoweit fehlt damit den Tarifpartnern eine dahingehende Tarifmacht“ (BAG GS aaO, S. 228) . Auch hier gilt, dass im Ergebnis eine solche Abhängigkeit der Leistungen von der Gewerkschaftszugehörigkeit nur dann angenommen werden kann, wenn die Differenzierung durch tarifliche Regelungen abgesichert ist, etwa durch die damals von der Gewerkschaft angestrebte Spannenklausel, nicht aber bereits bei einer einfachen Differenzierung, die dem Arbeitgeber die Erbringung entsprechender Leistungen an Außenseiter weder erschwert noch verwehrt.
- 96 (ddd) Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass sich der Große Senat 1967 nach einer Äußerung des damaligen Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts und Vorsitzenden des Großen Senats nicht zur Zulässigkeit der einfachen Differenzierungsklausel geäußert, sondern lediglich qualifizierte Differenzierungsklauseln wie Spannenklauseln und vergleichbare Regelungen wegen ihres außenseiterdiskriminierenden Effektes verworfen hat (*Nachweis bei Säcker Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit S. 129 f. Rn. 323*).
- 97 (cc) Demgegenüber ist vorliegend allein darüber zu befinden, ob die von den Tarifvertragsparteien in einem Sanierungstarifvertrag für einen bestimmten Ausgleichsanspruch normierte Anspruchsvoraussetzung der Gewerkschaftsmitgliedschaft eine Drittwirkung entfaltet, die ihre Tarifmacht überschreitet oder gar die Grundrechte von Außenseitern verletzt. Die Beklagte ist als Tarifvertragspartei - was auch das mögliche Argument eines Legitimationsdefizits zwischen vertragsschließendem Verband und tarifunterworfenem Arbeitgeber entfallen lässt -, jedenfalls tariflich nicht daran gehindert, die entsprechenden Leistungen auch an nicht oder anders Organisierte zu erbringen; diese haben lediglich keinen tariflichen Anspruch, den sie als Nichtorganisierte ohnehin nicht haben. Eine Gleichstellung von Außenseitern mit Tarifgebundenen ist dem Arbeitgeber jederzeit möglich, in welcher - jenen gegenüber verbindlichen oder freiwilligen - Form auch immer. Keiner der vom Großen Senat angeführten Gesichtspunkte erfasst die vorliegende Konstellation.
- 98 (2) Jedoch selbst dann, wenn man zugunsten der Klägerin davon ausgeht, der Große Senat habe auch über eine einfache Differenzierungsklausel mitentscheiden wollen und habe dies auch getan, lässt sich die Zulässigkeit der streitigen Tarifregelung auch mit der vom Großen Senat vertretenen Auffassung rechtfertigen. Bei der im vorliegenden Einzelfall zu beurteilenden Klausel

in § 3 TVAstD handelt es sich weder um eine „unzulässige Beitragserhebung“ bei den Außenseitern noch um eine sozialinadäquate Regelung.

- 99 (a) Die Tarifvertragsparteien des TVAstD haben die ihnen verliehene Tarifmacht nicht dadurch überschritten, dass sie mit § 3 TVAstD den Außenseitern eine „unzulässige Beitragserhebung“ auferlegten.
- 100 (aa) Nach Auffassung des Großen Senats wird mit den seinerzeit zu beurteilenden Differenzierungsklauseln „der Sache nach eine Art Leistung, eine Art Beitrag, eine Art Gebühr, eine Art Abgabe, eine Art Herausgabe von ungerechtfertigter Bereicherung oder ähnliches für die Inanspruchnahme gewerkschaftlicher Arbeit verlangt“ (BAG GS aaO, S. 219). Niemand dürfe von Dritten ohne gesetzliche Ermächtigung oder vertragliche Unterwerfung veranlasst werden, für das, was er seit jeher kostenlos in Anspruch genommen habe und daher als Gemeingut ansehen dürfe, einen Ausgleich zu erbringen. Eine vom Großen Senat durchaus als möglich angesehene Rechtsfortbildung, die eine „Vorteilsausgleichung mittels tariflicher Gestaltungsmittel“ (BAG GS aaO, S. 220 f.) zuließe, scheiterte im konkreten Fall nach seiner Auffassung an der fehlenden Einhaltung der „für das Arbeitsleben geltenden Redlichkeitsmaßstäbe“ (BAG GS aaO, S. 221), weil es sich um eine „undurchsichtige Differenzierung“ (BAG GS aaO, S. 221) bei der Gewährung von Urlaubsgeld handele, die das „Gerechtigkeitsempfinden nachhaltig“ verletze (BAG GS aaO, S. 221), wobei allerdings unklar bleibt, ob der Große Senat entscheidend auf die Intransparenz oder die Verletzung des Gerechtigkeitsempfindens abstellt.
- 101 (bb) Die so vom Großen Senat gezogene Grenze wird von § 3 TVAstD nicht überschritten.
- 102 (aaa) Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass auch nach den Kriterien des Großen Senats die vorliegende Tarifbestimmung als transparent anzusehen ist. Sie ist eine einfache Differenzierungsklausel und im Tarifvertrag als „Ausgleichszahlung für ver.di-Mitglieder“ bzw. „Ersatzleistung für den Verzicht auf die Sonderzahlungen“ ausgewiesen. Daher kann die Klausel im Wege der Rechtsfortbildung auch nach den Maßstäben des Großen Senats zur gebotenen Transparenz als zulässig erachtet werden.
- 103 (bbb) Die Beschränkung der Ausgleichszahlung auf die ver.di-Mitglieder stellt überdies keinen Beitrag der Klägerin und anderer nicht organisierter Arbeitnehmer für die Inanspruchnahme gewerkschaftlich geschaffener Tarifwerke dar. Den Außenseitern, hier: der Klägerin, wird mit § 3 TVAstD nichts genommen, was ihr ansonsten zustände. Die Nichtgewährung eines Vorteils, auf den keinerlei Rechtsanspruch besteht, ist mit der Auferlegung einer Last, wie es eine Beitragsentrichtung wäre, nicht zu vergleichen (Gamillscheg NZA 2005, 146, 148; so auch bereits Hanau JuS 1969, 213, 219).
- 104 Die Gewerkschaftsmitglieder - und nicht die Gewerkschaften - erhalten mit der ihnen allein zustehenden Ausgleichszahlung eine Kompensation für die von ihrer Organisation wiederholt zum Ausdruck gebrachte und seit Jahren in Sanierungsstarifverträge umgesetzte Bereitschaft, an gesicherten Rechtspositionen für ihre Mitglieder nicht festzuhalten, sondern auf Teile hiervon zugunsten der Beklagten zu verzichten, um dieser unter Inkaufnahme von Nachteilen für ihre Mitglieder langfristig zu einer „dauerhaften Wettbewerbsfähigkeit“ - so die Präambel zum TVAstD - zu verhelfen und damit - mittelbar - auch die Arbeitsplätze sowohl ihrer Mitglieder als auch der übrigen, nicht organisierten Belegschaft zu erhalten. Dass dabei der Arbeitgeber und die Gewerkschaft gemeinsam den von den organisierten Arbeitnehmern abverlangten Beitrag etwas geringer ausfallen lassen als denjenigen anderer, am Tarifvertrag im Übrigen orientierter Arbeitnehmer - wobei die Beklagte in keiner Weise gehindert ist, die entsprechende Leistung auch an die Außenseiter zu erbringen -, ist keine Beitragseinziehung durch die Gewerkschaft von den nichtorganisierten Arbeitnehmern wie der Klägerin für die „Nutzung“ des Tarifvertrages.
- 105 (b) Die Regelung ist auch nicht unzumutbar für die Arbeitgeberkoalition.
- 106 (aa) Nach Auffassung des Großen Senats verlangte die Gewerkschaft mit dem dort behandelten Tarifvertragsangebot etwas für die Arbeitgeberseite Unzumutbares, wenn sie fordere, bei der tariflichen Durchsetzung der Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern mitzuwirken. Die Arbeitgeber seien „in vielen Fällen ... weitgehend ... zwingend“ (BAG GS aaO, S. 223) auf die Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer angewiesen, so dass es ihnen „nach den allgemeinen Maßstäben der Gerechtigkeit“ (BAG GS aaO, S. 223) nicht zuzumuten sei, „sich in einer solchen Weise in die Dienste des Koalitionsgegners spannen zu lassen, wie es in den bis-

- her bekannt gewordenen und erörterten Differenzierungsklauseln geschehen soll“ (BAG GS aaO, S. 223).
- 107 Dabei formulierte der Große Senat als abstraktes Kriterium die nach den allgemeinen Maßstäben der Gerechtigkeit bestimmte Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit der „ungleichen“ Behandlung. Die konkreten Umstände der - ansonsten nicht weiter dargelegten oder mit Fakten unteretzten - Notwendigkeit der Gleichbehandlung waren dabei nur Begründungselemente für die Annahme der Unzumutbarkeit und eine Anwendung der allgemeinen Maßstäbe der Gerechtigkeit bei der Beurteilung der konkreten Differenzierungsklauseln. Dies wird insbesondere an Formulierungen deutlich wie „heute ist die gleiche Behandlung ... Notwendigkeit geworden. In vielen Fällen kann sich die Arbeitgeberseite dieser Notwendigkeit heute nicht mehr oder nur schwer entziehen. Die Gleichbehandlung ... wird heute weitgehend als ein Ausdruck der sozialen Gerechtigkeit empfunden. Die rechtliche Sonderstellung, die der Organisierte nach § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 3 - 5 TVG genießt, tritt demgegenüber oft in den Hintergrund ...“ (BAG GS aaO, S. 223).
- 108 Daraus wird deutlich, dass diese Erwägungen zeit-, situations- und klauselbezogen sind, mithin keine Rechtssatzqualität haben. Es handelt sich um Begründungselemente, oder auch nur Teile der Subsumtion anhand der Umstände des Arbeitslebens zum Zeitpunkt der Entscheidung. Dies wird auch anhand der Probeüberlegung deutlich, dass sich auf die wiedergegebenen Ausführungen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu §§ 72, 72a ArbGG eine Nichtzulassungsbeschwerde wegen Divergenz nicht stützen ließe.
- 109 (bb) Die durch § 3 TVAstD bewirkte „Ungleichbehandlung“ ist für die Beklagte nicht unzumutbar. Ganz allgemein ist die Gleichbehandlung auf Tarifniveau, von der der Große Senat ausgegangen ist, keineswegs die für einen Arbeitgeber einzig zumutbare Vorgehensweise. Untertarifliche Vergütung ist inzwischen weit verbreitet (*Dieterich FS Wißmann S. 65: „Massenerscheinung“*). Gerade die Gewerkschaften machen die Einhaltung des tariflichen Leistungsniveaus auch gegenüber den Außenseitern arbeitsgerichtlich geltend (*vgl. etwa die Fallkonstellationen bei Senat 19. März 2003 - 4 AZR 271/02 - BAGE 105, 275; BAG 20. April 1999 - 1 ABR 72/98 - BAGE 91, 210*). Angesichts dessen ist derzeit von der Zumutbarkeit, wenn nicht gar von einem häufig verfolgten Ziel auszugehen, Außenseiter auf einem unterhalb des Tarifvertrags liegenden Niveau ungleich zu behandeln (*vgl. nur Buchner ZfA 2004, 229, 236, der die Unterbietung von Tarifbedingungen als „notwendiges Korrektiv“ ansieht, das verfügbar bleiben müsse*).
- 110 Auch bei dem vorliegenden Sanierungstarifvertrag ging es für die beklagte Arbeitgeberin um eine aus ökonomischen Gründen anzustrebende Gesamtlösung, die ihre wirtschaftliche Belastung zu verringern bestimmt und geeignet war. Von einer Unzumutbarkeit der dadurch im Zusammenhang mit § 4 Abs. 1 TVG möglicherweise bewirkten, von der Beklagten aber jederzeit korrigierbaren Ungleichbehandlung kann unter diesen Umständen nicht ausgegangen werden.
- 111 (c) Die Regelung in § 3 TVAstD ist auch nicht sozialinadäquat.
- 112 (aa) Beim Begriff der „Sozialadäquanz“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Der Große Senat hat diesen Begriff nur andeutungsweise eingegrenzt. Danach dürfen Koalitionen „die ihnen vom Tarifvertragsgesetz zur Verfügung gestellten Macht- und Regelungsbefugnisse nicht in einer Weise einsetzen, die die allgemeinen ungeschriebenen Regeln verletzt, deren Beachtung für das Zusammenleben von Menschen in einem Staats- und Gemeinwesen unerlässlich ist und deren Verletzung um der allgemeinen Ordnung willen und auch deshalb zu missbilligen ist, weil alle Rechte und Freiheiten stets in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen müssen“ (BAG GS aaO, S. 225 f.). Der Große Senat verdeutlicht dies und die Unabhängigkeit von der Intensität des Drucks sodann an dem Beispiel eines als sozialadäquat angesehenen Drucks „im Gedränge des öffentlichen Verkehrs oder der öffentlichen Verkehrsmittel,... (das) erhebliches körperliches Geschiebe, Gedränge und Gedrücktwerden“ zur Folge habe, aber hinzunehmen sei, während „zum Beispiel dann, wenn sich ihm jemand auf einer verkehrsarmen Straße ohne vernünftigen Grund und ohne seine Billigung in den Weg stellt“, dies rechtswidrig sei (BAG GS aaO, S. 228) .
- 113 (bb) Der Große Senat hat damit den Oberbegriff der Sozialinadäquanz als zentrales rechtliches Kriterium herausgestellt. Die Bewertung der damals zur Entscheidung stehenden Regelungen als sozial inadäquat und die sich daraus ergebenden Folgen eines Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit sowie einer Überschreitung der Tarifmacht stellt sich danach lediglich als Er-

gebnis einer Subsumtion der konkreten, zur Entscheidung stehenden Regelungen unter diesen unbestimmten Rechtsbegriff dar. Der Rechtssatz des Großen Senats kann damit darauf reduziert werden, dass der von einer differenzierenden tariflichen Regelung ausgehende Druck auf die Außenseiter, der Gewerkschaft beizutreten, dann gegen die negative Koalitionsfreiheit verstößt und dann eine Überschreitung der Tarifmacht der Tarifvertragspartner darstellt, wenn dieser Druck sozial inadäquat ist. Ein sozial adäquater Druck dagegen ist zulässig.

- 114 (cc) Der Begriff der Sozialadäquanz für die rechtliche Bewertung koalitionsgemäßer Betätigung stammt aus dem Arbeitskampfrecht und wurde bereits in der ersten Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Januar 1955 entwickelt, die sich mit der Rechtmäßigkeit des Streiks befasste (*BAG GS 28. Januar 1955 - GS 1/54 - BAGE 1, 291*). Dort ist ein sozialinadäquater Streik als „nach seinen Mitteln oder seinen Zielen oder der Unverhältnismäßigkeit von Mittel und Ziel ... (*Eingriff in die Gewerbebetriebe der Arbeitgeber nach § 823 Abs. 1 BGB*) ...“ (*BAG GS 28. Januar 1955 - GS 1/54 - BAGE 1, 291, 300, detailliert zum Streik S. 306 f.*) bezeichnet worden.
- 115 Nach der Entscheidung zu den Differenzierungsklauseln vom 29. November 1967 ist der Große Senat - mit Ausnahme eines Vorlagebeschlusses zum Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes zu einer Verfahrensfrage - erst wieder zu einer arbeitskampfrechtlichen Frage zur lösenden oder suspendierenden Aussperrung angerufen worden. In der auf diese Anfrage am 21. April 1971 ergangenen Entscheidung ist der Begriff der Sozialadäquanz ohne weitere Begründung durch den Begriff der Verhältnismäßigkeit ersetzt worden (*BAG GS 21. April 1971 - GS 1/68 - BAGE 23, 292; vgl. dazu Leydecker Der Tarifvertrag als exklusives Gut S. 115 ff.*).
- 116 (dd) Ausgehend von dem vom Großen Senat 1967 zugrunde gelegten Begriff der Sozialadäquanz ist die streitige Tarifregelung in der Form einer einfachen Differenzierungsklausel unter den heutigen Bedingungen nach den Kriterien des Großen Senats sozialadäquat. Sie erfüllt die vom Großen Senat hierfür aufgeführten abstrakten und allgemeinen, sowie die bewertungsbehafteten Elemente dieses Begriffs.
- 117 (aaa) Die vom Großen Senat zur Begründung seiner Annahme, mit der Differenzierungsklausel sei die Tarifmacht überschritten, herangezogene Beschränkung des Grundrechtsschutzes der Koalition auf einen „Kernbereich des Tarifvertragssystems“ hat das Bundesverfassungsgericht zwischenzeitlich ausdrücklich aufgegeben (*BVerfG 14. November 1995 - 1 BvR 601/92 - BVerfGE 93, 352*). Damit ist heute jede koalitionsspezifische Betätigung durch das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG geschützt. Hierzu gehören auch existenzsichernde Maßnahmen der Gewerkschaft, wie etwa die Mitgliederwerbung durch die tarifliche Vereinbarung von unmittelbar zufließenden Vorteilen für ihre Mitglieder (*ebenso Ulber/Strauß DB 2008, 1970, 1971*).
- 118 (bbb) Die Kriterien, die der Große Senat seiner Abwägung zur Frage der Sozialadäquanz bei der Beantwortung der ihm vorgelegten Fragen herangezogen hat, unterliegen notgedrungen dem Wandel der Zeiten. Der Begriff der Sozialadäquanz ist im Jahre 2007 anders auszufüllen als im Jahre 1967. Die Einbeziehung eines quantitativen Moments in die Abwägung ist dabei nicht nur zulässig, sondern geboten. Dies zeigt sich dadurch deutlich in zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die zeitlich nach dem Beschluss des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts ergangen sind, dass dort jeweils die Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit auch unter einer - teilweise sehr konkreten - Abwägung des konkreten Maßes des auf den Außenseiter ausgeübten Drucks zum Koalitionsbeitritt bewertet wird (*zB BVerfG 20. Juli 1971 - 1 BvR 13/69 - BVerfGE 31, 297, 302; 24. Mai 1977 - 2 BvL 11/74 - BVerfGE 44, 322, 352; 15. Juli 1980 - 1 BvR 24/74 - BVerfGE 55, 7, 22; 14. Juni 1983 - 2 BvR 488/80 - BVerfGE 64, 208, 213 f.; 10. September 1991 - 1 BvR 561/89 - AP TVG § 5 Nr. 27; 18. Juli 2000 - 1 BvR 948/00 - AP AEntG § 1 Nr. 4 = EZA GG Art. 9 Nr. 69; 11. Juli 2006 - 1 BvL 4/00 - BVerfGE 116, 202*). Das spricht dafür, dass das dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtete Bundesverfassungsgericht diesem quantitativen Aspekt jedenfalls in der Zeit seit 1971 eine erhebliche Bedeutung für die hier gebotene Abwägung beimisst.
- 119 (ccc) Hiervon ausgehend ist es heute im Rahmen der gebotenen Abwägung von erheblicher Bedeutung, dass der Organisationsgrad der Gewerkschaften deutlich zurückgegangen, ihre sozialpolitische Funktion jedoch noch wichtiger geworden ist. Auch unter Berücksichtigung der zunehmenden Pluralität und Konkurrenz von Gewerkschaften durch die Anerkennung der Tariffähigkeit auch kleinerer Arbeitnehmerorganisationen sowie durch das Aufkommen von Berufs-

vereinigungen der sog. „Funktionseliten“ (*dazu ausführlich Bispinck/Dribbusch Sozialer Fortschritt 2008, 153 ff.*), muss - vor dem Hintergrund des im Bereich des Gemeinwohls angesiedelten Ziels, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu erhalten - die Möglichkeit einer Gewerkschaft zur Werbung von Mitgliedern gerade durch das Erzielen von Verhandlungserfolgen zumindest als Bewertungsfaktor anerkannt und damit in die Abwägung bei der Feststellung der Sozialadäquanz einbezogen werden.

- 120 (ddd) Die Anwendung dieser Kriterien auf die streitige Tarifklausel führt zu dem Ergebnis, dass sie nicht sozialinadäquat ist. Wegen der Einzelheiten der Begründungselemente kann auf die Ausführungen unter B II 4 c bb verwiesen werden.
- 121 5. § 3 TVAstD ist ferner auch nicht deshalb unwirksam, weil in der Norm eine Stichtagsregelung für die Gewerkschaftsmitgliedschaft enthalten ist.
- 122 a) Der Auszahlungszeitpunkt für die Sonderzahlung ist in § 3 Abs. 1 TVAstD auf den 31. Juli festgesetzt worden. Als Anspruchsvoraussetzung ist weiterhin eine mindestens dreimonatige Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ver.di sowie deren Nachweis spätestens einen Monat vor dem Auszahlungstermin vereinbart worden (§ 3 Abs. 3 und 4 TVAstD).
- 123 b) Gegen die Wirksamkeit dieser Vereinbarung bestehen keine Bedenken. Die Vertragsparteien eines Haustarifvertrages sind weitgehend frei bei der Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen Sonderzahlungen geleistet werden. Bei der zulässigen Vereinbarung der Anspruchsvoraussetzung einer Gewerkschaftsmitgliedschaft kann eine bestimmte vorherige Mitgliedsdauer ohne weiteres als differenzierendes Kriterium herangezogen werden. Der nach dem Stichtag erfolgte Beitritt führt auch nicht zu einer unzulässigen Entziehung der tariflichen Leistung, da die Sonderzahlung in dem jeweiligen Jahr als tarifliche Leistung nur für die Mitglieder vereinbart worden ist, die bereits die Mindestdauer erfüllt haben. Die Möglichkeit des Leistungserwerbs im kommenden Jahr behält das eingetretene Mitglied. Insoweit liegt eine andere Konstellation vor als in dem vom Senat am 9. Mai 2007 entschiedenen Fall (- 4 AZR 275/06 - AP TVG § 3 *Verbandszugehörigkeit Nr. 23 = EzA GG Art. 9 Nr. 91*).
- 124 III. Die Klage ist ferner in jedem Falle deshalb unbegründet, weil selbst bei einer Unwirksamkeit der Differenzierungsklausel in § 3 TVAstD ein Anspruch der Klägerin auf die dort gewährte Leistung nicht bestehen würde.
- 125 1. Die Rechtswirkung der Unwirksamkeit einer Tarifklausel führt in der Regel entgegen der bürgerlich-rechtlichen Auslegungsregel des § 139 BGB nicht dazu, dass auch die übrigen tariflichen Regelungen unwirksam sind, sondern nur die beanstandete Regel selbst. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Tarifvertrag auch ohne die unwirksame Regelung noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstellt (*st. Rspr. des BAG, vgl. nur Senat 9. Mai 2007 - 4 AZR 275/06 - AP TVG § 3 *Verbandszugehörigkeit Nr. 23 = EzA GG Art. 9 Nr. 91 mit zahlr. weit. Nachw.**). Geht man hiervon aus, besteht bereits deshalb kein Anspruch auf die Ausgleichszahlung, die Gegenstand der Klage ist.
- 126 Ob im Streitfall die Annahme gerechtfertigt ist, dass der TVAstD auch ohne die Ausgleichszahlungsregelung in § 3 noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstellt - wofür angesichts der Alternative der Unwirksamkeit des ganzen TVAstD einiges sprechen mag - oder nicht, spielt für die Entscheidung des Rechtsstreits keine Rolle, weil die Nichtigkeit der gesamten tariflichen Regelung in keinem Falle dazu führen würde, dass an ihre Stelle eine Regelung träte, nach der die Klägerin die Ausgleichszahlung verlangen könnte. Wenn der gesamte TVAstD entfallen würde, wäre möglicherweise ein Anspruch nach dem - dann nicht mehr „ausgesetzten“ - § 19 HausTV gegeben; einen solchen hat die Klägerin aber nicht geltend gemacht.
- 127 2. Der Senat muss auch nicht abschließend entscheiden, ob hier die in der Literatur teilweise unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes angenommene Ausnahme eines Anspruchs auf „Gleichbehandlung nach oben“ besteht. Die hierfür vorausgesetzte bereits erfolgte - und nicht mehr rückgängig zu machende - Leistungserbringung an die 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. 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 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 Ausgleichszahlung regelbegründend unabhängig in Kenntnis einer vermeintlichen Unwirksamkeit des TVAstD erbracht hätte, hat die Klägerin ebenfalls nichts vorgetragen.

128

C. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen, weil ihr Rechtsmittel erfolglos geblieben ist, § 97 Abs. 1 ZPO.

Bepler

Winter

Creutzfeldt

J. Ratayczak

Bepler

© juris GmbH