

# **Bundesarbeitsgericht (BAG) Entscheidung des Großen Senats vom 29. 11. 1967 - Aktenzeichen GS 1/67**

Gericht: BAG, Aktenzeichen: GS 1/67, Datum: 29. 11. 1967

## **Vorinstanzen**

- I. Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf
- II. Bundesarbeitsgericht (BAG) - Beschluß des Ersten Senats vom 21. Februar 1967 - 1 AZR 495/65 -

## **Leitsatz**

»Dem Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts sind durch Beschluß des Ersten Senats vom 21. Februar 1967 - 1 AZR 495/65 - AP Nr. 12 zu Art. 9 GG - folgende Rechtsfragen vorgelegt worden:

1. Sind die Tarifpartner befugt, in den von ihnen geschlossenen Tarifverträgen Regelungen zu treffen, durch die über § 3 Abs. 2 TVG hinaus auch solche Arbeitnehmer erfaßt werden, die nicht in der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert sind? Können insbesondere solche Regelungen in der Form einer tariflichen Vereinbarung zugunsten Dritter getroffen werden?
2. Kann in Tarifverträgen, die Regelungen nach Ziffer 1 enthalten, zwischen bei der vertragschließenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmern, anders organisierten Arbeitnehmern und Außenseitern differenziert werden?
3. Kann in Tarifverträgen nach der Dauer der Branchenzugehörigkeit differenziert werden?
4. Können diese Differenzierungen durch Spannenklauseln tarifvertraglich gesichert werden? Ist für den Fall der Bejahung dieser Frage ein Unterschied zu machen zwischen Klauseln, die sich nur gegen nicht organisierte Arbeitnehmer richten (allgemeine Spannenklauseln), und solchen, die sich auch gegen anders organisierte Arbeitnehmer richten (beschränkte Spannenklauseln)?
5. Können Urlaubskassen tarifvertraglich in der Weise errichtet werden, daß die Verwaltung durch von dem einen Tarifpartner bestellte Treuhänder geführt wird und der andere Tarifpartner berechtigt ist, den Nachweis über die ordnungsgemäße Auszahlung der von ihm tarifvertraglich gezahlten Beträge zu verlangen? Macht es einen Unterschied, ob die Verwaltung durch drei Treuhänder geführt wird, von denen einer durch den Arbeitgeber

bestellt wird und zwei von der Gewerkschaft bestellt werden, wobei einer dem Betriebsrat angehören muß?

6. Können Regelungen des zu 1) bis 5) geschilderten Inhalts zwar freiwillig vereinbart, aber nicht durch Arbeitskampf erstritten werden?

Der Große Senat hat hierzu beschlossen:

I. Zu den Fragen 1, 2 und 4:

In den Tarifverträgen darf zwischen den bei der vertragschließenden Gewerkschaft organisierten und anders oder nicht organisierten Arbeitnehmern nicht differenziert werden.

II. Die Beantwortung der Fragen 3, 5 und 6 entfällt. «

## Gründe

Teil I: Tatbestandlicher Teil.

Zum 31. Dezember 1964 lief ein zwischen dem klagenden Arbeitgeberverband und der beklagten Gewerkschaft geschlossener Tarifvertrag aus. Bei den Verhandlungen über den Abschluß eines neuen Tarifvertrages verlangte die Beklagte unter anderem ein zusätzliches Urlaubsgeld. Es sollte aus einer Urlaubskasse zwar an alle Arbeitnehmer gezahlt werden, die bei der verklagten Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer sollten aber mehr Urlaubsgeld erhalten als die anderen.

Der von der Beklagten entworfene Tarifvertrag sah insoweit vor:

"§ 1

Urlaubsgeld

(1) Zur erholungswirksameren Gestaltung des Urlaubs wird den Beschäftigten der Firma ... ein zusätzliches Urlaubsgeld gezahlt.

§ 2

Aufbringung der Mittel

(1) Zur Erfüllung dieses Zweckes zahlt die Firma einen Betrag von 2 % der Jahresbruttolohnsumme auf ein von der GTB zu benennendes Treuhandkonto, das von Treuhändern, die von der GTB bestellt werden, verwaltet wird.

(2) Unter Jahresbruttolohnsumme ist der Arbeitsverdienst zu verstehen, der in die Lohnsteuerkarte einzutragen ist.

(3) Die Zahlungen sind jeweils bis zum ... des laufenden Monats für den Vormonat, zu leisten. Die Zahlungsverpflichtung beginnt ab Januar 1965.

(4) Spätestens bis zum 31.1. des folgenden Jahres hat die Firma den Treuhändern gegenüber den Nachweis zu erbringen, daß die eingezahlten 12 Monatsbeträge 2 % der Bruttolohnsumme des Vorjahres entsprechen.

Der Nachweis gilt als erbracht, wenn den Treuhändern eine entsprechende Bescheinigung eines vereidigten Steuer- oder Wirtschaftsprüfers ausgehändigt wird.

(5) Kommt die Firma mit den Zahlungen in Verzug, so haben die Treuhänder das unmittelbare Recht, den fälligen Betrag zu fordern.

### § 3

#### Auszahlung des Urlaubsgeldes

(1) Die Treuhänder sind verpflichtet, vor Beginn des Jahresurlaubs den eingezahlten Betrag als zusätzliches Urlaubsgeld an die im Betrieb beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer nach folgender Maßgabe auszuzahlen:

a) Alle Arbeitnehmer, die bei Beginn des Urlaubs mindestens einen Monat im Betrieb beschäftigt sind, erhalten 60,- DM als Grundbetrag.

b) Die Hälfte des Restbetrages erhalten die Arbeitnehmer, die zu Beginn des Urlaubs mindestens ein Jahr in der Bekleidungsindustrie beschäftigt waren, zusätzlich zum Grundbetrag anteilig ausgezahlt.

c) Die andere Hälfte des Restbetrages wird an die Mitglieder der GTB anteilig zu den Ansprüchen aus den Buchstaben a) beziehungsweise a) und b) zusätzlich ausgezahlt.

(2) Der gesamte eingezahlte Betrag wird ausschließlich für den Vertragszweck verwendet. Etwaige Bearbeitungskosten dürfen nur aus den Zinserträgen des Treuhandkontos abgedeckt werden.

(3) Die Treuhänder sind verpflichtet, der Firma den Nachweis über die ordnungsgemäße Auszahlung des Urlaubsgeldes zu erbringen.

(4) Um eine pünktliche Auszahlung zu gewährleisten, händigt die Firma den Treuhändern rechtzeitig vor Urlaubsbeginn eine Liste aus, aus der die Namen und Anschriften der Arbeitnehmer sowie ihre Ansprüche aus Ziffer (2) Buchstaben a) und b) ersichtlich sind.

### § 4

#### Benachteiligungsverbot

(1) Wenn und soweit in der Firma beschäftigte, aber nicht in der GTB organisierte Arbeitnehmer des Betriebes Geld oder sonstige Leistungen erhalten, die über die in dieser Vereinbarung festgelegten Ansprüche hinausgehen, so muß jeder in der Firma beschäftigte und der GTB angehörende Arbeitnehmer zusätzlich zu den sich aus dieser Vereinbarung ergebenden Leistungen die gleichen Geld- oder sonstigen Zuwendungen erhalten, wie es bei den unorganisierten Arbeitnehmern der Fall ist."

Der Kläger zu 1) erklärte sich zwar grundsätzlich bereit, die Zahlung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes zu vereinbaren, lehnte jedoch die von der Beklagten geforderte unterschiedliche Behandlung der bei ihr organisierten und der anderen Arbeitnehmer sowie die Auszahlung des Urlaubsgeldes durch die vorgesehenen Treuhänder ab. Daraufhin leitete die Beklagte Arbeitskämpfmaßnahmen gegen Mitgliedsfirmen des Klägers zu 1) ein. So wurde auch die Klägerin zu 2) vom 5. März 1965 an von der Beklagten bestreikt mit dem Ziel, die Klägerin zum Abschluß des Tarifvertrages zu veranlassen. Dieser Streik wurde am 10. Mai 1965 abgebrochen, nachdem

das Arbeitsgericht Düsseldorf der Beklagten durch einstweilige Verfügung vom 7. Mai untersagt hatte, den Arbeitskampf fortzusetzen.

Um die Monatswende Februar/März 1965 schloß die beklagte Gewerkschaft mit mehreren dem Kläger zu 1) als Mitglied angehörenden Arbeitgebern Firmentarifverträge über die Gewährung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes ab, das durch Treuhänder unter Differenzierung nach Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zu der Beklagten ausbezahlt war. Auch das sogenannte "Benachteiligungsverbot" ist in diesen Tarifverträgen enthalten, und zwar bei einzelnen Firmen in der der Klägerin zu 2) (Firma B) abverlangten oben angegebenen Fassung, bei anderen in folgender Formulierung:

"Gewährt der Arbeitgeber zuzüglich über den Tarifvertrag hinausgehende Leistungen, so dürfen dabei die durch diesen Tarifvertrag vorgesehenen Differenzierungen weder ganz noch teilweise beseitigt werden."

In einem mit der Firma R geschlossenen Tarifvertrag, der ebenfalls die Zahlung eines differenzierten Urlaubsgeldes durch Treuhänder vorsieht, befindet sich kein "Benachteiligungsverbot".

Die nach diesen Firmentarifverträgen eingerichteten Treuhandkonten wurden zum Teil von mehreren Treuhändern verwaltet, die alle von der Beklagten bestellt waren; teilweise wurden die Treuhandkonten von drei Treuhändern verwaltet, von denen die Beklagte zwei und der Arbeitgeber einen ernannt hatten.

Der Kläger zu 1), dem die Klägerin zu 2) ihre Ansprüche insoweit abgetreten hat, hat die beklagte Gewerkschaft durch eine Feststellungsklage auf Ersatz des der Klägerin zu 2) aus dem Streik entstandenen Schadens in Anspruch genommen. Er hat weiter die Feststellung begehrt, daß die von der beklagten Gewerkschaft mit seinen Mitgliedsfirmen im Verbandsbezirk abgeschlossenen Tarifverträge nichtig sind.

Die Klägerin zu 2) begehrt die Verurteilung der Beklagten, die Fortsetzung des Streiks zu unterlassen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat dem von der Klägerin zu 2) verfolgten Unterlassungsanspruch und der Feststellungsklage des Klägers zu 1) auf Ersatz des der Klägerin zu 2) entstandenen Schadens stattgegeben, die weitere Feststellungsklage des Klägers zu 1) bezüglich der Wirksamkeit der Firmentarifverträge hingegen wegen Fehlens eines Feststellungsinteresses des Klägers zu 1) als unzulässig abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Revision eingelegt.

Der Erste Senat hat beschlossen, gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG dem Großen Senat die oben wiedergegebenen sechs Fragen vorzulegen. Er ist der Auffassung, daß es sich um Fragen von grundsätzlicher Bedeutung

handele, bei denen die Fortbildung des Rechts die Entscheidung des Großen Senats erfordere.

Teil II. Bindung des Großen Senats an die ihm vorgelegten Fragen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Großen Senats hat er von Amts wegen nachzuprüfen, ob die ihm vorgelegten Fragen solche von grundsätzlicher Bedeutung sind (vgl. die Zusammenstellung der bisherigen Rechtsprechung in BAG 13, 1 [2] = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen [zu A II]). Eine solche ist dann anzunehmen, wenn über die Lösung einer Rechtsfrage Zweifel bestehen und die Rechtsfrage von dem vorlegenden Senat aus dem anzuerkennenden Bedürfnis heraus gestellt wird, auf sie vom Großen Senat eine Entscheidung zu erhalten, die über den Einzelfall hinaus für eine Vielzahl von gleich oder ähnlich liegenden Fällen richtungweisend ist (BAG 13, 1 [3] = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen [ zu A II]). Darüber hinaus wird man auch dann von einer grundsätzlichen Bedeutung sprechen müssen, wenn die umstrittenen Fragen von wesentlichem Gewicht für die Rechtsordnung und das Rechtsleben sind.

2. Eine grundsätzliche Bedeutung ist für die Fragen 1, 2, 4 - 6 zu bejahen. Da sie die Grenzen der Tarifmacht angehen, sind sie für die Tarifgestaltung von allgemeiner und richtungweisender Bedeutung. Über sie haben, wie dem Großen Senat bekannt ist, in der Textil- und in der Holzindustrie Auseinandersetzungen der Sozialpartner stattgefunden. Der Rechtsstreit, der zur Anrufung des Großen Senats geführt hat, hat zahlreiche und umfangreiche Veröffentlichungen und Gutachten der Arbeitsrechtswissenschaft zur Folge gehabt.

3. Keine grundsätzliche Bedeutung ist dagegen für die Frage 3 zu erkennen, die danach fragt, ob in Tarifverträgen nach der Dauer der Branchenzugehörigkeit differenziert werden kann.

a) Anlaß zu dieser Frage ist die Regelung des § 3 Abs. 1 lit. b des in dem Vorlagebeschluß näher mitgeteilten Entwurfs eines Tarifvertrages, wonach die Arbeitnehmer, die zu Beginn des Urlaubs mindestens ein Jahr in der Bekleidungsindustrie beschäftigt waren, zusätzlich zum Sockelbetrag ein weiteres Urlaubsgeld erhalten sollten; dieses sollte sich anteilig aus der einen Hälfte des Restbetrages errechnen, der sich ergab, nachdem alle Arbeitnehmer das in § 3 Nr. 1 lit. a des Tarifvertrages näher beschriebene Urlaubsgeld erhalten hatten. In Ziffer II der Gründe seines Vorlagebeschlusses hat der Erste Senat ausgeführt, zu dieser Regelung sei zu prüfen, ob sie eine unsachliche Differenzierung enthalte und deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoße.

b) Eine derartige tarifliche Bevorzugung der Branchen- und Berufszugehörigkeit ist insbesondere im Urlaubsrecht seit vielen Jahrzehnten gebräuchlich, Es gibt eine Vielzahl von Tarifverträgen, die die Urlaubsdauer und das Urlaubsentgelt nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit und daneben auch nach der Dauer der

Berufszugehörigkeit staffeln. Als Musterbeispiel sei § 10 Nr. 4 lit. a Abs. 1 des Manteltarifverträge für das Graphische Gewerbe im Gebiete der Bundesrepublik Deutschland vom 28. Januar 1961 genannt, mit dem sich der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts in AP Nr. 2 zu § 3 BUrlG befaßt hat. Im Bergbau richtet sich seit Jahrzehnten der tariflich geregelte Urlaub nach der Dauer der Berufstätigkeit, d.h. der Zeit, in der ein Arbeitsverhältnis nachweislich in einem bergbaulichen Betrieb bestanden hat (vgl. Boldt, Das Recht des Bergmannes, 3. Aufl., 1960, § 21 III 2 S. 433 ff.). Im Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe werden seit vielen Jahren Arbeitnehmer während der ersten vier Monate ihrer Tätigkeit im Baugewerbe als "berufsfremde Arbeiter" bezeichnet und in die niedrigste Lohngruppe V b eingestuft (vgl. § 5 Nr. 1 des Bundesrahmentarifvertrages für das Baugewerbe vom 31. März 1965).

Im öffentlichen Dienst entsprach der "Branchenzugehörigkeit" früher die "Dienstzeit bei öffentlichen Verwaltungen oder Betrieben". Sie war in § 7 Abs. 1 ATO geregelt; entsprechend der Dauer der Dienstzeit waren die Kündigungsfristen (§ 16 Abs. 4 TO.A) und insbesondere die Dauer des Urlaubs (§ 11 Abs. 3 TO.A) differenziert. Unter der Geltung des BAT ist die Rechtslage ähnlich: Der BAT nennt die Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber "Beschäftigungszeit" (§ 19 Abs. 1 BAT) und bezeichnet als "Dienstzeiten" die Beschäftigungszeiten bei mehreren verschiedenen, im Tarifvertrag im einzelnen aufgeführten öffentlichen Dienstgebern (§ 20 Abs. 1 BAT). Die Dauer der "Dienstzeit" im Sinne des § 20 Abs. 1 BAT bestimmt die Dauer der Krankenbezüge (§ 37 Abs. 2 BAT), den Zeitpunkt der Zahlung einer Jubiläumsszuwendung (§ 39 Abs. 1 BAT), die Höhe der Umzugskostenbeihilfe (§ 44 Abs. 2 BAT), nicht jedoch die Urlaubsdauer. Die in BAG 13, 79 ff. = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Kriegsdienstzeiten näher behandelte Berufsfürsorgeverordnung von 1937 für zum Wehrdienst einberufene Arbeitnehmer geht in ihrem § 3 ausdrücklich davon aus, daß die "Berufszugehörigkeit" eines Arbeitnehmers ein Anknüpfungspunkt für zusätzliche betriebliche Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis und damit für Ansprüche sein kann und daß die Wehrdienstzeiten unter bestimmten Voraussetzungen als Zeiten der Berufszugehörigkeit angerechnet werden müssen. Ähnliche Bestimmungen enthalten § 9 Abs. 3

BergmannsversorgungsscheinG NRW, § 9 Abs. 4

BergmannsversorgungsscheinG Saarland, § 6 Abs. 2, § 11 Abs. 1

ArbPlatzSchutzG, § 8 Abs. 2 Soldatenversorgungsgesetz, § 14

Bundespolizeibeamtengesetz, § 6 Abs. 2 Eignungsübungsgesetz nebst § 8 der Verordnung zu diesem Gesetz, § 7 Abs. 3 Heimkehrergesetz.

Für das Urlaubsrecht rechtfertigen sich solche Differenzierungen aus der Überlegung, daß eine langjährige Berufszugehörigkeit oftmals zu einer höheren Gefährdung der Gesundheit führt als eine Tätigkeit in verschiedenen Branchen und daß dieser Umstand Differenzierungen bei der Urlaubsgewährung sachlich trägt. Für den Bergbau und ähnliche

Verschleißberufe ergibt sich fast eine Notwendigkeit, solche Differenzierungen bei Urlaub und Krankheitsgeld und ähnlichen Anlässen vorzunehmen. Auch in der Literatur sind, soweit ersichtlich, gegen die Zulässigkeit derartiger Differenzierungen nach der Dauer der Branchen- und Berufszugehörigkeit keine Bedenken erhoben worden; insbesondere sind sie nicht als willkürlich im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG angezweifelt worden. Deshalb ist auch nicht zu erkennen, inwieweit diese nirgends in Zweifel gezogene Frage grundsätzlich Bedeutung haben soll. EArbGG. Eine Rechtsfrage, über deren Lösung niemand ernsthaft streitet, ist keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG. Die Anrufung des Großen Senats ist daher unzulässig, soweit es die Frage 3 angeht, und der Große Senat darf sie nicht beantworten.

4. Der Erste Senat hat seine Vorlage in Ziffer II des Vorlagebeschlusses dahin erläutert, daß nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts die Anrufung des Großen Senats erfordere.

a) Es ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut und entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Großen Senats, daß er nicht nachprüfen kann, ob es auf die ihm vorgelegten Fragen für die vom vorlegenden Senat zu entscheidende Sache rechtlich ankommt. Denn entscheidend ist insoweit, wie das

Gesetz ausdrücklich sagt, die Auffassung des vorlegenden Senats (vgl. BAG 6, 149 [150] = AP Nr. 61 zu § 72 ArbGG 1953 [ zu II]) unter Aufgabe einer früheren gegenteiligen Rechtsprechung, vgl. auch BAG 13, 1 [2,3] = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen [zu A II]).

b) Der Große Senat hat aber dennoch darauf zu achten, daß seine Entscheidung nicht auf die Erstattung eines Gutachtens hinausläuft (vgl. BAG 6, 149 [151] = AP Nr. 61 zu § 72 ArbGG 1953 [zu II]). Das wäre unzulässig (vgl. auch BAG 5, 1 [2] = AP Nr. 4 zu §§ 898 , 899 RVO [zu I a.E. ]).

Wenn aber der Große Senat dem vorlegenden Senat keine Gutachten erstatten darf, so muß man sich fragen, ob es genügt, daß der vorlegende Senat - wie vorliegend geschehen - zur Begründung der Vorlage an den Großen Senat lediglich folgendes ausgeführt hat:

"Der Erste Senat hat es für erforderlich gehalten, die Entscheidung des Großen Senates in diesen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG herbeizuführen, weil nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts dies erfordert".

Diese Begründung läßt nicht erkennen, daß der Erste Senat auf jeden Fall das Recht fortbilden wollte, Sie läßt sich aber nach dem Gesamtsinn dahin verstehen, daß er Zweifel hegt, ob er eine Rechtsfortbildung in Betracht ziehen müsse und könne oder ob das nicht in Frage komme. Der vorlegende Senat erwägt eine Rechtsfortbildung für den Fall, daß ihn der Große Senat hierin unterstützt.

Diese Zweifel des Ersten Senats ergeben sich aus der Aufzählung der rechtlichen Gesichtspunkte, die nach seiner Ansicht für die Beantwortung der Fragen eine Rolle spielen sollen (z.B. "Grenzen der Tarifmacht, Stellung der Tarifpartner gegenüber den Außenseitern, positive und negative Koalitionsfreiheit"). Es ist nicht Aufgabe des vorliegenden Senates, dem Großen Senat rechtliche Hinweise darüber zu geben, welche Möglichkeiten in Betracht zu ziehen sind, um die vorgelegten Fragen rechtlich zu lösen. Daher kann diese Aufzählung des Ersten Senats nur so verstanden werden, daß er damit seine Zweifel darlegen wollte, ob er eine Rechtsfortbildung in Betracht ziehen müsse, dürfe und solle. Das ist ein ausreichender Grund für die Anrufung des Großen Senats. Dessen Anrufung ist nicht nur dann gestattet, wenn es um die Frage geht, wie eine Rechtsfortbildung vorzunehmen ist, sondern auch dann, wenn darüber zu befinden ist, ob eine Rechtsfortbildung überhaupt in Betracht kommt. Daß auch in einem solchen Falle der Große Senat tätig werden kann, entspricht seiner Stellung und seiner Bedeutung.

5. Damit ist jedoch nicht abschließend entschieden, ob der Große Senat die Fragen 1, 2, 4, 5 und 6 in jedem Fall beantworten muß. Es muß die Art der Fragestellung und die dazu gegebene Begründung des vorliegenden Senats mit berücksichtigt werden. Dabei ist dem Ersten Senat als selbstverständlich zu unterstellen, daß er von dem Großen Senat keine solchen Rechtsausführungen und Entscheidungen erbittet, die für die Entscheidung des dem Ersten Senat vorliegenden Rechtsstreits nicht notwendig sind.

a) Die Fragestellung ergibt, daß der vorliegende Senat eine Beantwortung der Fragen 2 und 4 nicht begehrt, falls bereits die Frage 1 vom Großen Senat verneint werden sollte. Denn wenn es, worauf Frage 1 abstellt, in jedem Fall und ausnahmslos unzulässig sein sollte, durch einen Tarifvertrag oder eine tarifliche Vereinbarung zugunsten eines Dritten auch solche Arbeitnehmer zu erfassen, die nicht in der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert sind, dann hält der Erste Senat ersichtlich selbst auch Differenzierungen der in Frage 2 und Spannenklauseln der in Frage 4 beschriebenen Art für unzulässig.

b) Frage 5 verhält sich über eine Rechtsfrage, die in dem vom Ersten Senat zu entscheidenden Fall nur unter der Voraussetzung praktisch wird, daß Differenzierungen im Sinne der Fragen 2 und 4 zulässig sein sollten und es dann bei der Durchführung der Differenzierungen um den Verwaltungsmodus unter Einschaltung von Treuhandkonten geht. Deshalb ist für die Frage 5 vom Ersten Senat offenkundig nur dann eine Entscheidung des Großen Senats beantragt, falls die Fragen 2 und 4 bejaht werden sollten.

c) Für die Frage 6 stellt der Erste Senat erkennbar eine in der Literatur in jüngster Zeit vertretene Ansicht zur Diskussion, es wird die Meinung vertreten, daß Regelungen des Inhalts, wie sie in den Fragen 2, 4 und 5

beschrieben sind, in Tarifverträgen zwar vereinbart, aber nicht rechtmäßig erstreikt werden könnten (vgl. Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966 S. 103; derselbe, Die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen gewerkschaftlicher Anerkennungsforderungen, 1965, S. 44; derselbe, BB 1967, 45 [51], Herbert Krüger, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, 1966, Bd, I, S. 75, 76; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 213 ff.; S. 311 ff.; zur Problematik vgl. auch Fechner, Rechtsgutachten zur Problematik der gemeinsamen tariflichen Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG, 1965, S. 78 ff.). Daraus ist zu entnehmen, daß der Erste Senat die Frage 6 dann nicht beantwortet wissen will, wenn sich ergeben sollte, daß Tarifverträge keine Regelungen im Sinne der Fragen 1 bis 5 vorsehen können. Die Frage 6 ist als eine reine Zusatzfrage auch dann als nicht gestellt anzusehen, wenn und soweit die Fragen 1 bis 5 vom Großen Senat nicht beantwortet werden.

d) Zusammengefaßt ergibt sich somit, daß dem Großen Senat fünf Fragen vorgelegt sind, die in einer Art gestellt sind, wie das bei sogenannten uneigentlichen Eventualanträgen im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß anerkannt ist (vgl. BAG 7, 165 [168, 169] = AP Nr. 1 zu § 133 b GewO [zu I]; BAG AP Nr. 20 zu § 16 AOGÖ [zu 4]). Eine derartige Form der Anrufung des Großen Senates ist zulässig. Es dient der Prozeßwirtschaftlichkeit, sie anzuerkennen; die vorliegende Art der Anrufung des Großen Senates zeigt, daß je nach dem Inhalt der Antwort, die der Große Senat einer Primärfrage gibt, Zusatzrechtsfragen entstehen können, für die dann ebenfalls die Anrufung des Großen Senates notwendig würde; es ist kein übergeordneter Grund ersichtlich, der es verböte, dem durch eine gleichzeitige Vorlage aller Eventualfragen Rechnung zu tragen und damit eine mehrfache Befassung des Großen Senats mit einem größeren Rechtskomplex entbehrlich zu machen.

Teil III. Stellungnahme zur Frage 1.

I. Auslegung der Frage 1:

1. Die Gesamtfrage 1 erklärt sich daraus, daß sich die streitigen Tarifwerke nicht nur mit den bei der GTB organisierten Arbeitnehmern, sondern ausdrücklich auch mit den anders und nicht Organisierten befassen. Die Tarifwerke sehen unter bestimmten Voraussetzungen ein zusätzliches Urlaubsgeld teilweise für alle Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihre Organisationszugehörigkeit (§ 3 Nr. 1 lit. a und lit. b) und teilweise nur für solche Arbeitnehmer vor, die in der GTB organisiert sind (§ 3 Nr. 1 lit. c). Diese in den meisten Fällen durch eine Spannenklausel abgesicherte Differenzierung zwischen den für alle Arbeitnehmer geltenden Sockelbeträgen und den für die Organisierten vorgesehenen Zusatzbeträgen ist der Anlaß für die Frage, ob die Tarifvertragsparteien in Tarifverträgen überhaupt für die anders und nicht Organisierten (bis auf weiteres: "Außenseiter") Regelungen treffen können. Satz 2 der Frage 1

macht deutlich, daß dabei "insbesondere" an die Begünstigung der Außenseiter gedacht ist, die zu Lasten der Arbeitgeber darin liegen soll, daß die Außenseiter in den Tarifwerken ausdrücklich mit den Sockelbeträgen ebenfalls bedacht sind und insoweit begünstigt sein können.

Aber der vorliegende Senat fragt auch danach, ob die Tarifpartner in Tarifverträgen zu Lasten der Außenseiter Regelungen treffen können. Das ergibt eine nähere Betrachtung dieser Frage. Sie hält es rechtlich für nicht ausgeschlossen, daß nach einer in der Lehre weit verbreiteten, aber keineswegs unstrittigen Ansicht gemäß § 3 Abs. 2 TVG die Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen die Außenseiter sowohl begünstigen wie belasten können (vgl. insoweit die umfangreichen Nachweise bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 1967, Bd. II 1, S. 291 ff., S. 549 ff.; Dieterich, Die betrieblichen Normen nach dem Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949, 1964, S. 85, 86, 105). Der vorliegende Senat will keine Antwort darauf haben, inwieweit die von der überwiegenden Lehre vertretene Ansicht für die Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG zutrifft. Vielmehr will er nur wissen, ob die Tarifvertragsparteien, wenn man von den Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen einmal absieht, in sonstiger Beziehung in Tarifverträgen Regelungen treffen können, durch die Außenseiter begünstigend oder belastend erfaßt werden.

Auch diese Frage, inwieweit die Tarifvorträge zugunsten und zu Lasten der Außenseiter etwas regeln können, ist vom vorlegenden Senat nur in einem bestimmten Sinn gemeint. Nicht gemeint sind erkennbar die Fragen, inwieweit in Tarifverträgen zwischen Organisierten und Außenseitern differenziert und diese Differenzierung durch Spannenklauseln abgesichert werden kann. Nach diesen Problemen ist in den Fragen 2 und 4 besonders gefragt. Es kann daher nicht der Sinn der Frage 1 sein, diese Fragen schon vorweg zu erörtern. Deshalb läßt sich die Frage 1 nur dahin verstehen, ob - von den Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen und der Differenzierungsproblematik der Fragen 2 und 4 abgesehen - in Tarifverträgen die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter - namentlich begünstigend, aber auch belastend - mitgeregelt werden können.

2. Nur wenn man die Frage 1 in diesem Sinne deutet, ist die Fragestellung sinnvoll. Die Frage 1 geht offensichtlich von folgender Erwägung aus: Wäre es - von dem Sonderfall des § 3 Abs. 2 TVG abgesehen - den Tarifpartnern aus Rechtsgründen überhaupt verwehrt, begünstigende und belastende Regelungen für Außenseiter zu treffen, dann wären die hier umkämpften Differenzierungsklauseln und deren Absicherung durch Spannenklauseln schon deshalb wirkungslos, weil sie auf den auch für die Außenseiter geltenden Sockelbeträgen aufbauen. Auf alle weiteren Rechtsgründe, die in der bisherigen literarischen und gutachtlichen Diskussion gegen die

Differenzierungs- und Spannenklauseln angeführt worden sind, käme es dann nicht mehr an.

II. Die Rechtsnormen eines Tarifvortrages, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ordnen, können zugunsten oder zu Lasten der Außenseiter ohne besondere staatliche Ermächtigung oder Mitwirkung keine Regelung treffen.

I. Die Rechtsnormen des Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ordnen (§ 1 Abs. 1 TVG ), gelten unmittelbar und zwingend und damit normativ zwischen den beiderseits Tarifgebundenen, die unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallen (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG ). Dazu gehören die Außenseiter nicht (§ 3 Abs. 1 TVG ). Sie können daher von Tarifnormen dieses Inhaltes mit normativer Wirkung nur dann erfaßt werden, wenn eine Allgemeinverbindlicherklärung vorliegt (§ 5 Abs. 4 TVG ).

2. Fechner (Rechtsgutachten zur Problematik der gemeinsamen tariflichen Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG , 1965 , S. 70) meint demgegenüber, eine Inhaltsnorm könne dem einzelnen organisierten Arbeitnehmer das Recht geben, von seinem Arbeitgeber zu verlangen, daß dieser den Außenseitern bestimmte Tarifrechte nicht einräume. Dem ist jedoch nicht zu folgen. Eine solche negative Norm "regelt" nicht den "Inhalt" des Arbeitsverhältnisses der Organisierten, sondern bezieht sich lediglich auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit Außenseitern. Diese Rechtsmacht ist aber den Inhaltsnormen vom Tarifvertragsgesetz nicht verliehen. Die Formulierung des § 1 Abs. 1 TVG "Der Tarifvertrag ... enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ... ordnen können" bezieht sich nach ihrem Gesamtinhalt ersichtlich allein auf die Arbeitsverhältnisse der Organisierten oder der kraft Allgemeinverbindlichkeit vom Tarifvertrag erfaßten Arbeitnehmer. (Vgl. Mayer-Maly, BB 1966, 1067 [1068]; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II 1, S. 166 Fußnote 29; A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, 1966, S. 53, 54; Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 73 Fußnote 1; Gumpert, BB 1960, 100 [102]; zweifelnd Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967, S. 16 Fußnote 23).

3. Im Zuge der literarischen Diskussion ist der Begriff der "an die Mitgliedschaft anknüpfenden Inhaltsnormen" geprägt und in Betracht gezogen worden.

a) Diese wollen nicht das ausdrücken, wovon das TVG in § 4 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 TVG ausgeht, daß die Rechtsnormen eines Tarifvertrages unmittelbar und zwingend nur für die Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen gelten. Das wären, wie A. Hueck sie nennt (Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 61 ff.; vgl. dazu Zöllner Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 15 zu

Fußnoten 19, 20), neutrale Klauseln, um die es im vorliegenden Fall nicht geht.

b) Vielmehr geht der Sinn und Inhalt derartiger Klauseln dahin, die Organisationszugehörigkeit zum besonderen anspruchsbegründenden Merkmal zu erheben, vergleichbar dem Merkmal "Schwerarbeiter", "Familienvater" oder sonstigen Tätigkeits- oder Eigenschaftsmerkmalen, die für die Höhe der tariflichen Vergütung entscheidend sein können (vgl. Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 88 ff.).

c) Im Falle der Gültigkeit solcher Klauseln wäre die Folge, daß bei einer Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrages die an die Mitgliedschaft anknüpfenden Normen sich nur auf solche organisierte Arbeitnehmer erstrecken würden, die bisher bei einem Außenseiterarbeitgeber beschäftigt waren. Für Außenseiterarbeiter könnten die Klauseln deshalb nicht gelten, weil sie das anspruchsbegründende Merkmal.

"Organisationszugehörigkeit" nicht erfüllen. Im Falle einer Bezugnahme auf den Tarifvertrag in dem Arbeitsvertrag eines Außenseiters käme dieser ebenfalls nicht in den Genuß der Organisationsprämie. Für den Fall, daß Außenseiter im Wege der vertraglichen Bezugnahme auf den Tarifvertrag dennoch in den Genuß der Tarifleistungen kommen, sollen normativ gewollte Spannenklauseln die Differenzierung wieder herstellen.

d) Ob derartige Klauseln, die, jedenfalls mittelbar, auch die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter berühren, gültig sind, ist streitig (vgl. einerseits A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 61 zu Fußnoten 80, 81, andererseits Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 88 ff.; jeweils mit weiteren Nachweisen). Dieser Frage ist hier nicht weiter nachzugehen. Sie ist ausgelöst durch das besondere Differenzierungsproblem und, soweit erforderlich: bei den Fragen 2 und 4 zu behandeln.

4. Im übrigen sind in der Rechtsprechung und Rechtslehre keine ernsthaften Stimmen ersichtlich, die eine Geltung der Rechtsnormen eines Tarifvertrages, die den Inhalt, Abschluß oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ordnen, ohne staatliche Kontrolle oder Mitwirkung für Außenseiter befürworten. Die herrschende Meinung erklärt die Rechtsschöpfungsbefugnis der Tarifparteien nach deutschem Recht aus der Tarifautonomie. Es ist gleichgültig, ob man dabei annimmt, die Tarifautonomie sei vom Staat auf die Koalitionen delegiert oder stehe diesen originär zu (hierzu vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 347). Jedenfalls ist für jede Autonomie charakteristisch, daß sie Recht ohne staatliche Mitwirkung nur für die Verbandsangehörigen setzen kann (F. Klein in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, 1952, S. 109 ff.; Zöllner, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, 1966, S. 20 ff.). Anderenfalls würde das aus Art. 2 Abs. 1 GG sich ergebende Grundrecht der Entfaltung der Persönlichkeit ebenso verletzt

wie in den Fällen, in denen Religionsgesellschaften kraft Gesetzes das Recht haben sollten, ihnen nicht angehörende Personen zur Kirchensteuer heranzuziehen; auch hier ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit verletzt (vgl. BVerfGE 19, 206 [216] = AP Nr. 52R zu Art. 2 GG ; BVerfGE 19, 226 [237] = AP Nr. 62R zu Art. 2 GG ; BVerfGE 19, 242 [247] = AP Nr. 102 zu Art. 2 GG ; BVerfGE 19, 268 [273] = AP Nr. 72R zu Art. 2 GG ; BVerfGE 19, 282 [288] = AP Nr. 113 zu Art. 2 GG ). Soweit Bogs (Festschrift für Julius von Gierke, 1950, S. 39 ff. [60 ff.] und RdA 1956, 1 ff. [4]), Herschel (Sozialreform und Sozialrecht, Festschrift für Walter Bogs, 1959, S. 125 [127]) und Nipperdey-Heussner (Die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt [Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum zehnjährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts] Bd. I, 1963, S. 211 [233 ff.]) annehmen, daß es auch eine sog. potentielle erweiterte Autonomie der Tarifpartner für Außenseiter gebe, stimmen auch sie darin überein, daß es zu deren Realisierung der besonderen staatlichen Ermächtigung oder Mitwirkung bedürfe. Diese liegt für die Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ordnen, aber gerade nicht vor, sondern ist der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG vorbehalten.

5. Auch diejenigen Stimmen, die die Differenzierungsmöglichkeiten zwischen Organisierten und Außenseitern befürworten, namentlich Fechner und Gamillscheg, nehmen dafür keine Normsetzungsmacht der Tarifpartner für Außenseiterarbeitsverhältnisse in Anspruch. Sie sind lediglich teilweise der Ansicht, daß man die Differenzierung, z.B. durch Abschlußverbote, an die Mitgliedschaftanknüpfende Klauseln, Spannenklauseln und sonstwie im Arbeitsverhältnis der Tarifgebundenen regeln könne mit der Folge, daß durch solche die Arbeitsverhältnisse der Organisierten regelnden Tarifnormen mittelbar auch auf die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter eingewirkt werde. Darüber, daß auch Gamillscheg und Fechner nicht mehr wollen, besteht seit dem 46. Deutschen Juristentag kein ernsthafter Streit mehr (vgl. Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 73; derselbe, BB 1967, 45 [52] zu Ziffer III 5 b; Kunze, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, S. D 86; A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 50, 53; Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 166 zu Fußnote 29; Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 16 zu Fußnote 22; Herbert Krüger, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, 1966, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I, Teil 1 S. 86 zu Fußnote 24).

III. 1. Rechtsnormen des Tarifvertrages über Gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien (§ 4 Abs. 2 TVG ) gelten ebenfalls nicht für Außenseiter. Wie sich aus § 4 Abs. 2 TVG ergibt, gelten sie "auch" für die Satzung der Gemeinsamen Einrichtung und das Verhältnis der Einrichtung zu den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Dies zu regeln war notwendig, weil die Gemeinsame Einrichtung selbst nicht tarifgebunden ist. Es ist aber nirgends im Gesetz gesagt, daß von Rechtsnormen dieser Gruppe die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter erfaßt würden. Sieht man von der von Bötticher (Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 79 ff.) vorgeschlagenen entsprechenden Anwendung des § 3 Abs. 2 TVG auf betriebs- und unternehmensbezogene Gemeinsame Einrichtungen zunächst einmal ab, so wird auch von niemandem vertreten, daß die Rechtsnormen des § 4 Abs. 2 TVG die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter und deren Beziehung zur Gemeinsamen Einrichtung regeln könnten (vgl. Bötticher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 79 ff., 86 ff., 105 ff.; Zöllner, RdA 1967, 361 366 zu III 3)).

2. Wollte man mit Bötticher, aaO, für die betriebs- und unternehmensbezogenen Gemeinsamen Einrichtungen eine entsprechende Anwendung von § 3 Abs. 2 TVG als möglich ansehen, so ergäbe sich in diesen Fällen für die besondere Gruppe der Normen über Gemeinsame Einrichtungen eine tarifliche Außenseiterwirkung mit generellen Begünstigungen und Belastungen für die Außenseiter.

Der Meinung Böttichers über eine entsprechende Anwendung von § 3 Abs. 2 TVG auf betriebs- und unternehmensbezogene Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Gesetzeswortlaut gibt für die Ansicht Böttichers keinen Anhaltspunkt; das Gesetz spricht ausdrücklich von der Geltung dieser Normen für Tarifgebundene und erwähnt die Außenseiter nicht. Es kann auch nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe die Geltung der Normen über Gemeinsame Einrichtungen auf Außenseiter dann erstrecken wollen, wenn es sich um betriebs- oder unternehmensbezogene Gemeinsame Einrichtungen handelt. Denn dem Gesetzgeber war sicher die Erfahrungstatsache bekannt, daß sich in Großbetrieben mit vielen Tausenden von Arbeitnehmern betriebs- und unternehmensbezogene Gemeinsame Einrichtungen viel eher und wirkungsvoller und mit größerer sozialpolitischer Bedeutung durchsetzen lassen als in Kleinbetrieben. Wenn er dann trotzdem davon absah, für betriebs- und unternehmensbezogene Gemeinsame Einrichtungen die Anwendung des § 3 Abs. 2 TVG vorzusehen, so läßt sich daraus nur der Schluß ziehen, daß er die normative Erfassung der Außenseiter nicht wollte.

3. Es ergibt sich somit, daß auch die Rechtsnormen des Tarifvertrages über Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien keine normativ

wirkenden Regelungen zu Lasten oder zugunsten der Außenseiter treffen können.

Wohl taucht auch im Bereich der Rechtsnormen über Gemeinsame Einrichtungen wiederum die Frage auf, ob dabei an die Mitgliedschaft anknüpfende Normen in dem Sinne aufgestellt werden können, wie sie oben in Teil III zu II 3 der Gründe dieses Beschlusses bereits erörtert worden sind (vgl. dazu Bötticher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 105 ff.). Diese Frage gehört wiederum in den Bereich der Fragen 2 und 4 und braucht daher im Rahmen der Frage 1 nicht erörtert zu werden.

IV. Nach dem bisher Gesagten können die Rechtsnormen der Tarifwerke für die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter keine begünstigenden oder belastenden Regelungen treffen. Es muß aber geprüft werden, ob der schuldrechtliche Teil des Tarifvertrages die Arbeitsverhältnisse der Außenseiter regeln oder sich mit ihnen befassen kann.

1. Geht man (z.B. mit Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 78 ff. und BB 1967, 45 ff. [52]) von einer weitgehenden Vertragsfreiheit der Tarifparteien im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages aus, so bereitet es konstruktiv keine Schwierigkeiten, daß sich Tarifvertragsparteien mit den Arbeitsverhältnissen der Außenseiter befassen. Bei Verbandstarifen könnte der Arbeitgeberverband sich gegenüber der Gewerkschaft verpflichten, im Wege der Verbandsdisziplin seine Mitglieder anzuhalten, den Arbeitsverhältnissen mit den Außenseitern einen bestimmten Inhalt zu geben. Es ist möglicherweise auch konstruktiv denkbar, daß der Arbeitgeberverband sich gegenüber der Gewerkschaft zugunsten jedes einzelnen organisierten Arbeitnehmers im Wege eines Vertrages nach § 328 BGB verpflichtet, auf eine bestimmte Gestaltung der Arbeitsverhältnisse mit den Außenseitern hinzuwirken. Bei Werkтарifen könnte der Arbeitgeber ebensolche Verpflichtungen gegenüber der Gewerkschaft eingehen und ein entsprechen des Recht auf Einhaltung der eingegangenen Pflichten zugunsten der organisierten Arbeitnehmer nach § 328 ff. BGB begründen. Außerdem könnte in Werkтарifen der Arbeitgeber bereits durch eine bloße schuldrechtliche Absprache mit den Gewerkschaften die Außenseiter mittels eines echten oder unechten Vertrages zugunsten eines Dritten begünstigen. (Zu derartigen Konstruktionen vgl. A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, 1966, S. 54; Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 73 ff.) Einen Vertrag zu Lasten Dritter gibt es nach herrschender, wenn auch nicht unbestrittener Meinung nicht (zum Meinungsstand vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 8. Aufl., 1967, S. 130).

2. In neuerer Zeit mehren sich die Stimmen, die die Befugnis der Tarifparteien zur Gestaltung des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrages

sehr stark einengen. Diese Ansichten messen die Zulässigkeit schuldrechtlicher Absprachen an der Tarifmacht. Insbesondere Nipperdey (Hueck-Nipperdey, aaO, II. 1 S. 168 zu Fußnote 34, S. 330, 337, 402, 508) vertritt ganz konsequent den Standpunkt, die Tarifmacht erstrecke sich ohne staatliche Mitwirkung nie auf Außenseiter; das gelte auch für den schuldrechtlichen Teil eines Tarifvertrages, weil dieser Teil und die tarifvertraglich gesetzten Rechtsnormen als Teile eines einheitlichen Vertragstyps angesehen werden müßten. Da die tariflichen Rechtsnormen ohne staatliche Mitwirkung nichts zugunsten und nichts zu Lasten der Außenseiter regeln könnten, sei beides auch dem schuldrechtlichen Teil verwehrt (im ähnlichen Sinne nachdrücklich vgl. auch Mayer-Maly, BB 1965, 829 [833]; BB 1966, 1067 [1069]; Säcker, BB 1966, 1031 ).

3. Gegenüber diesen Ansichten ist darauf hingewiesen worden, daß sie weder der Tradition noch der gegenwärtigen Tarifpraxis entsprechen und auch zu unbefriedigenden Ergebnissen führen (vgl. Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967, S. 40; Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 95 und BB 1967, 45 [49, 52]; Musa, BB 1966, 82 [85]; Herschel, Verhandlung des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, Sitzungsberichte, S. D 19 ff.). Auch A. Hueck (Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, 1966, S. 55) hat sich der von Nipperdey und Mayer-Maly angeführten Ansicht nicht vorbehaltlos angeschlossen und hält nur solche schuldrechtliche Absprachen der Tarifparteien für ungültig, die gesetzlich verboten oder mit dem Wesen des Tarifvertrages nicht zu vereinbaren sind.

4. Eine vermittelnde Stellung nehmen Nikisch (RdA 1967, 87 ff.) und Biedenkopf (Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten, erstattet, für den 46. Deutschen Juristentag, Bd. I, Teil 1 S. 97 [125 ff., 132 ff.]) ein. Nikisch, aaO S. 87) meint, alles, was die Gewerkschaft tue, um die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer zu verbessern oder auf andere Weise ihre soziale oder wirtschaftliche Stellung zu fördern und zu sichern, falle in ihren angestammten und allgemein anerkannten Tätigkeitsbereich. Belanglos sei, inwieweit sie dabei auch an die noch Außenstehenden denke; jedenfalls könne man ihr nicht verwehren, sich auf ihrem ureigenen Gebiet zu betätigen, auch dann nicht, wenn davon Wirkungen auf die Außenseiter ausgehen könnten oder sogar sollten. Deshalb könne die Gewerkschaft Außenseiter auch mit den Mitteln des schuldrechtlichen Teils eines Tarifvertrages begünstigen. Die Grenze der Tarifmacht auch für den schuldrechtlichen Teil liege dort, wo es nicht mehr um das Ziel der Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen gehe, sondern um den Versuch, Arbeitgeber und Außenseiter in der Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen so zu beeinflussen, daß die Außenseiter den Organisierten nicht gleichgestellt werden könnten. Zu dem zuletzt genannten Ergebnis kommt auch Biedenkopf, aaO, S. 125 ff. [135].

5. Es braucht im vorliegenden Fall nicht umfassend untersucht zu werden, inwieweit es den Tarifvertragsparteien verwehrt ist, im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages bestimmte Fragen zu regeln. Zur Frage, inwieweit entgegen § 4 Abs. 3 TVG Tariflöhne zu Höchstlöhnen erklärt werden können, läßt sich die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dahin verstehen, daß dies im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages nicht möglich sei (vgl. BAG 10, 247 ff. = AP Nr. 2 zu § 4 TVG Angleichungsrecht; BAG AP Nr. 3 zu § 4 TVG Angleichungsrecht; BAG AP Nr. 8 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAG AP Nr. 85 zu § 242 BGB Ruhegehalt; vgl. dazu auch Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 315 zu Fußnote 30 und S. 573 ff.). Im vorliegenden Fall interessiert nur, inwieweit die Tarifvertragsparteien sich im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages mit Außenseitern befassen dürfen. Insoweit bestehen aber durchgreifende Bedenken, der von Nipperdey und Mayer-Maly angeführten Ansicht zu folgen, daß schuldrechtliche Außenseiterregelungen immer jenseits der Tarifmacht der Tarifparteien lägen und deshalb wirkungslos seien. Zur Kompetenz der Tarifparteien hat es in der Vergangenheit stets gehört, in bestimmter Beziehung und in bestimmten Fällen mittels schuldrechtlicher Absprachen auch Außenseiterfragen zu regeln. Beispielsweise sind schuldrechtliche Wiedereinstellungsklauseln und Maßregelungsverbote zugunsten der Außenseiter nach beendetem Streik seit jeher praktiziert und auch vom Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht für gültig gehalten worden (Vgl. RGZ 111, 105 [107]; RGZ 111, 166 [177]; RAG ARS 6, 151 [156] mit zustimmender Anmerkung von Nipperdey; RAG ARS 9, 65 [71]; vgl. auch statt aller Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. II, 1957, S. 513 zu Fußnote 38 mit weiteren Nachweisen); das gleiche gilt für sog. Außenseiterklauseln (vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 1959, S. 339). Tarifliche Einstellungsverbote lassen sich gegenüber Außenseitern tariflich (zum BetrVG vgl. § 61 Abs. 3 lit. a) nur schuldrechtlich absichern (vgl. Kunze, BB 1953, 58 ; Gumpert, BB 1955, 765 ; Nikisch, aaO, II, S. 404 zu Fußnoten 18, 19). Für schuldrechtliche Wiedereinstellungsklauseln und Maßregelungsverbote zugunsten der Außenseiter nach beendetem Streik ist es geradezu ein Gebot der Gerechtigkeit, daß sie zulässig sein müssen. Bei einem gewerkschaftlich angeführten Streik dürfen sich die Außenseiter dem Streik anschließen, nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts können sie auch ohne Streikbereitschaft aus Gründen der Solidarität ausgesperrt werden (vgl. BAG [GrS], 1, 291 [307] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 6 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 14, 52 [56] = AP Nr. 24 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Nicht ausgesperrte arbeitsbereite Arbeitnehmer können bei Streik ihren Vergütungsanspruch verlieren (BAG AP Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko). Die Gewerkschaft kann wilde Streiks der nicht Organisierten durch Übernahme der Streikführung legalisieren (BAG 15, 174 [191] = AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Die Gewerkschaften können also die Außenseiter für ihre Ziele kampfwise mit einsetzen und tun das auch.

Wenn das aber möglich ist, muß es nach beendetem Arbeitskampf der Gewerkschaft auch gestattet sein, die Außenseiter, an deren Solidarität sie appelliert und die mit ihr gestreikt oder die ihren Arbeitsplatz gewollt oder ungewollt mit aufs Spiel gesetzt haben, mittels schuldrechtlicher Wiedereinstellungsklauseln wieder an ihren Arbeitsplatz zu bringen und mittels schuldrechtlicher Maßregelungsabreden zu schützen. Alles andere wäre ungerecht und unsozial. Wie der Streik wegen der mit ihm verbundenen vielfältigen tiefgreifenden Folgen für Streikende, Nichtstreikende, Bestreikte und Außenstehende nur das äußerste Mittel, die ultima ratio in der Auseinandersetzung der Koalitionen sein darf (vgl. BAG [GrS] 1, 291 [309] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 12, 184 [190] = AP Nr. 13 zu § 2 TVG ; BAG 15, 211 [218] = AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), müssen auch die Streikfolgen wegen ihrer Wirkungen für die davon Betroffenen so gering wie möglich gehalten werden. Da die Gewerkschaften als Streikanführer auch die Außenseiter in das Streikgeschehen vielfach einbeziehen, müssen sie das Recht haben, sich nach beendetem Streik auch tarifrechtlich um die mit dem Streik solidarischen oder vom Streik betroffenen Außenseiter zu kümmern und sich dabei schuldrechtlicher Absprachen in einem Tarifvertrag zu bedienen.

6. Noch aus einem weiteren besonderen Grund ergeben sich ebenfalls schwerwiegende und durchgreifende Bedenken gegen die Annahme, daß die Tarifpartner sich im schuldrechtlichen Teil der Tarifverträge nicht mit Außenseitern befassen dürften. Diese Bedenken beruhen darauf, daß auch für die Satzungen der Gemeinsamen Einrichtungen ein praktisches Bedürfnis besteht, von ihnen die Außenseiter nicht grundsätzlich auszuschließen. Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

a) Nach den im bürgerlichen Recht vertretenen Auffassungen können die Satzungen einer Stiftung Regelungen zugunsten beliebiger Dritter vorsehen (vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Halbband 1, 1959, S. 724 zu Fußnote 10). Satzungen eines Vereins oder einer GmbH können als sog. unechte Satzungsbestandteile Regelungen zugunsten von Nichtmitgliedern enthalten (BGHZ 18, 205 [207, 208]; BGH LM Nr. 25 zu § 549 ZPO ; Schultze v. Lasaulx bei Soergel-Siebert, BGB , 10. Aufl., Bd. I, 1967, § 25 Rdz. 6 mit weiteren Nachweisen).

b) Für die Satzungen der Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien nehmen Bötticher (Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, 1966, S. 154 ff.) und Zöllner (RdA 1967, 361 [366 zu Fußnote 35]) ebenfalls an, daß sie Regelungen zugunsten Dritter enthalten können. Bötticher, aaO, meint, solche Regelungen hätten nur rechtsgeschäftlichen Charakter und genössen keinen Tarifschutz, z.B. aus § 4 Abs. 3 - 5 TVG . Zöllner (aaO, Fußnote 36) erwägt die zusätzliche Konstruktion, daß die Tarifvertragsparteien im Tarifvertrag den Außenseitern in Vertretung der Gemeinsamen Einrichtung entsprechende Zusagen machen und daß die Gemeinsame Einrichtung dieses

vollmachtlose Handeln der Tarifvertragsparteien durch Leistungsaufnahme genehmigt.

c) Gegen diese Auffassung sind wiederum alle diejenigen erkennbar als Gegner aufgetreten, die keine schuldrechtliche Regelungsbefugnis der Tarifpartner für Außenseiter gelten lassen wollen (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 168 zu Fußnote 34, S. 330, S. 337, 402, 508; Mayer-Maly, BB 1965, 829 [833]; derselbe BB 1966, 1067 [1069]; Säcker, BB 1966, 1031 ).

d) Auch für diesen satzungsrechtlichen Komplex ist der Große Senat der Ansicht von Nipperdey, Mayer-Maly und Säcker nicht gefolgt. Urlaubs-, Pensions- und Unterstützungskassen sind in manchen Fällen offensichtlich nur dann lebensfähig, wenn die dahingehenden Normen für allgemeinverbindlich erklärt werden (vgl. BAG 17, 59 ff. = AP Nr. 12 zu § 5 TVG ; BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Ausgleichskasse). Es erscheint möglich, daß Gemeinsame Einrichtungen für kleinere Bereiche errichtet werden, für die die Allgemeinverbindlichkeit nicht zu erreichen ist oder nicht sinnvoll erscheint, andererseits aber solche Gemeinsame Einrichtungen nur dann lebensfähig sind, wenn sie sich auch den Außenseitern öffnen. Das Recht der Gemeinsamen Einrichtungen soll nach dem Willen des Gesetzgebers, der keine ausgebaute Regelung geschaffen hat, ersichtlich der Gestaltungsfreiheit der Tarifpartner, dem Einfallsreichtum der Planer, der wirtschaftlichen und steuerlichen Ökonomie und den immer wieder auftauchenden modernen Ordnungs- und Regelungsbedürfnissen des Arbeitslebens Raum geben. Hier zu sagen, Satzungen solcher Gemeinsamer Einrichtungen dürften sich, anders als im bürgerlichen Recht, nicht den Außenseitern öffnen, wäre eine nicht zu verantwortende Reglementierung der tariflichen Autonomie.

V. Als Ergebnis der Prüfung der Frage 1 ergibt sich somit:

1. Es kann dahinstehen, inwieweit die Rechtsnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen auch für Außenseiter gelten. Jedenfalls ist es - von dem Komplex aus § 3 Abs. 2 TVG abgesehen - den Tarifpartnern verwehrt, in Tarifverträgen ohne staatliche Ermächtigung oder Mitwirkung Rechtsnormen für Außenseiter zu setzen.

2. Den Tarifvertragsparteien ist es dagegen nicht verwehrt, im schuldrechtlichen Teil der Tarifverträge oder in den Satzungen der tariflich geschaffenen Gemeinsamen Einrichtungen Regelungen für Außenseiter zu treffen.

3. Daraus ergibt sich, daß man die Zulässigkeit der hier streitigen Differenzierungs- und Spannenklauseln nicht schon deshalb verneinen kann, weil sie auf Tarifabsprachen aufbauen, die Sockelbeträge für Außenseiter vorsehen.

Teil IV: Stellungnahme zu den Fragen 2 und 4.

I. Notwendigkeit, die Fragen 2 und 4 einheitlich zu untersuchen.

Bei den Fragen 2 und 4 ist zu prüfen, inwieweit der Tarifvertrag insgesamt, als Ganzes, in den Dienst der wirksamen Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern gestellt werden darf. Im Schrifttum werden die Differenzierungen im einzelnen mit folgenden Erwägungen begründet:

a) Die Differenzierung soll möglich sein mit den Mitteln der Rechtsnormen des Tarifvertrages dergestalt, daß in den Rechtsnormen für Tarifgebundene als anspruchbegründendes Merkmal für bestimmte tarifliche Leistungen die Organisationszugehörigkeit als solche vorgesehen wird. Eine solche Handhabung strebt, wie schon gesagt, danach, für den Fall einer Allgemeinverbindlicherklärung den Außenseitern die betreffenden Tarifleistungen mit der Begründung vorzuenthalten, daß sie als Außenseiter auch bei einer Allgemeinverbindlicherklärung das anspruchbegründende Merkmal der Organisationszugehörigkeit begrifflich nicht erfüllen können und deswegen die Spanne erhalten bleibt. Für den Fall, daß Außenseiter im Wege einer vertraglichen Bezugnahme auf den Tarifvertrag in den Genuß der Tarifleistungen kommen, sollen normativ gewollte Spannenklauseln die Differenzierung wieder herstellen. (Vgl. hierzu die Nachweise bei Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 165 f. zu Fußnoten 28, 29; Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 36 ff.).

Diese Differenzierungsmethode will keine Rechtsetzungsmacht für Außenseiter beanspruchen, nimmt aber eine Rechtsetzungsmacht für die Tarifgebundenen in Anspruch, die deren Arbeitsverhältnisse so ausgestaltet, daß die tariflichen Leistungen für die Außenseiter nicht erreichbar sind.

b) Die Differenzierung soll ferner möglich sein mit den Mitteln des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrages. Diese Methode erstrebt bei Verbandstarifen die mit den Mitteln der Verbandsdisziplin mittelbar erzwingbare Verpflichtung der Arbeitgeber, bei Werkstarifen die unmittelbar erzwingbare Verpflichtung des Arbeitgebers, im Verhältnis zu Außenseitern bestimmte Differenzierungen bei der Gewährung von tariflichen Leistungen zu beachten und im Falle der Nichtbeachtung die Differenzierung wiederherzustellen. Dabei ist das Gebot zur Differenzierung die Kehrseite des Verbotes, Organisierte und Außenseiter in bestimmter Beziehung gleichmäßig zu behandeln. Die Pflicht zur Wiederherstellung einer Differenzierung und damit zur Aufrechterhaltung der Spanne kann schuldrechtlich gemeint oder wiederum mittels an die Mitgliedschaft anknüpfender Klauseln - mittels sog. Spannenklauseln - normativ gewollt sein (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 165 f. zu Fußnoten 28, 29; Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln S. 17 zu Fußnote 25).

c) Auch mit dem Satzungsrecht der Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien könnte eine differenzierte Behandlung der Organisierten und Außenseiter angestrebt werden. Den Arbeitgebern oder der Gemeinsamen Einrichtung oder beiden wird dabei schuldrechtlich zusätzlich die Verpflichtung auferlegt, die satzungsmäßig vorgenommene

Differenzierung zu beachten. Für den Fall der Verletzung der Differenzierung wird schuldrechtlich oder normativ mittels an die Mitgliedschaft anknüpfender Klauseln geregelt, daß und wie die Differenzierung wiederherzustellen ist.

d) Weitere Kombinationen und Nuancen in der Methode der Differenzierung und ihrer Sicherstellung sind ohne weiteres denkbar.

2. Bei allen diesen Konstruktionsmethoden ist zu bedenken, daß dahinter eine einheitliche gewerkschaftliche Forderung steht. Die Gewerkschaften berufen sich darauf, daß sie in zahlreichen Fällen über ihren Mitgliederbestand hinaus für den gesamten Berufsstand repräsentativ tätig werden. Sie weisen darauf hin, daß die tariflich erreichten Arbeitsbedingungen weitgehend repräsentativ auch für die Arbeitsbedingungen des gesamten Berufsstandes seien und von dem gesamten Berufsstand in Anspruch genommen würden. Ihre Tätigkeit bei der Vereinbarung von Tarifverträgen gelte nur in der Theorie, von der das TVG noch ausgehe, lediglich für die Tarifgebundenen. In Wahrheit schaffe sie eine auch für die Arbeitgeber und den ganzen Berufsstand nützliche Gesamtordnung. Die Außenseiter partizipierten an dieser tariflichen Ordnung, ohne der Gewerkschaft durch ihren Beitritt eine Stärkung ihrer Position zu verschaffen und ohne durch Beiträge zur finanziellen Entlastung der Gewerkschaften und Organisierten beizutragen.

Sämtliche Differenzierungsklauseln haben den völlig unverhohlenen, nirgendwo verborgenen oder geheimgehaltenen und ganz ausdrücklich ausgesprochenen Zweck, mit Hilfe des Arbeitgebers die Außenseiter zum gewerkschaftlichen Beitritt und damit zur Stärkung der gewerkschaftlichen Macht zu veranlassen. Die Differenzierungen sollen einmal den Vorteil ausgleichen, den die Außenseiter dadurch haben, daß sie die Erfolge gewerkschaftlicher Arbeit in weitem Umfang mitgenießen, ohne zur gewerkschaftlichen Arbeit finanziell beizutragen. Zugleich sollen die Differenzierungen die Organisierten finanziell dafür entschädigen, daß sie ihrerseits die Lasten aus ihrer Organisationszugehörigkeit getragen haben. Die Spannenklauseln sollen das alles absichern. Insgesamt soll der Beitritt zur Gewerkschaft attraktiver gemacht und ein Werbeeffekt erzielt werden. Ob das für den Außenseiter unzumutbare Nachteile und Drucksituationen mit sich bringt, wird unterschiedlich beurteilt (verneinend z. B. Gamillscheg, BB 1967, 45 [47]; bejahend z. B. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 168 zu Fußnote 34).

3. Wenn aber alle Arten von Differenzierungsklauseln bezwecken, unter Zuhilfenahme des Tarifvertrages und unter Inanspruchnahme der Arbeitgeber den Außenseiter in dieser Weise zum Beitritt in die Gewerkschaft zu veranlassen: dann muß man die Fragen 2 und 4 einheitlich untersuchen. Denn eine getrennte Untersuchung dieser Fragen verschließt den Blick dafür, daß es sich bei allen Differenzierungen und ihrer Absicherung durch Spannenklauseln um den Ausdruck einer

einheitlichen gewerkschaftlichen Grundsatzforderung um eine Art Ersatz für den z.Zt. nicht mehr verfolgten Solidaritätsbeitrag handelt und daß bei den Klauseln aller Arten die juristische Konstruktion völlig von der Zielsetzung ihrer möglichst großen Wirksamkeit beherrscht wird. Würde man sich darauf beschränken, die Differenzierung lediglich juristisch zu analysieren, ohne dabei der dahinterstehenden Grundsatzforderung der Gewerkschaft Rechnung zu tragen, so liefe die Erörterung Gefahr, zur Begriffsjurisprudenz zu werden und die Dynamik des kollektiven Arbeitsrechts aus dem Auge zu verlieren. Man darf also nicht nur fragen: "Lassen sich Differenzierungen und ihre Sicherungen juristisch konstruieren?", sondern man muß fragen: "Gibt es tragfähige rechtliche Anknüpfungspunkte, die das Verlangen der Gewerkschaften nach Differenzierungen und ihrer Sicherstellung gerechtfertigt erscheinen lassen?" Wäre das im Grundsätzlichen anzuerkennen, dann wäre es eine Sekundärfrage, wie man die einschlägigen Klauseln juristisch konstruiert und im Einzelfall möglichst wirkungsvoll ausgestaltet; diese Frage könnte man dann den Tarifpartnern und ihrem juristischen Einfallsreichtum überlassen.

4. Aus diesen Überlegungen heraus hat es der Große Senat für notwendig gehalten, die Fragen 2 und 4 einheitlich zu prüfen.

II. Der Meinungsstand zu der Zulässigkeit der Differenzierungsklauseln in ihren verschiedenen Ausformungen ist sehr unterschiedlich. Eine Gruppe tritt für völlige Freiheit in der Gestaltung von Differenzierungsklauseln ein (Brox-Rüthers, Kastner, Galperin, Heiseke, Musa, früher Nipperdey in der 6. Aufl. seines Lehrbuches; vgl. die Zitate bei Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 12 Fußnote 9). Andere halten differenzierende Regelungen in bestimmten quantitativen Grenzen für zulässig, wobei die Ansichten über die Grenzziehung im einzelnen auseinandergehen (Gamillscheg, Isele, Reuss, Herschel, Söllner; nähere Angaben bei Zöllner, aaO, S. 12, 13 Fußnoten 10, 11 und Gamillscheg, BB 1967, 45 Fußnoten 1 - 3). Biedenkopf (Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Bd. I, S. 115 [126, 127, 136, 137], derselbe, Sondervorteile für Gewerkschaftsmitglieder, S. 12 ff.) hält an die Mitgliedschaft anknüpfende Klauseln für möglich, Tarifausschlußklauseln im übrigen für unzulässig; bei Differenzierungen im übrigen soll es auf deren Ausmaß ankommen Schnorr (JR 1966, 327 [332]; Festschrift für Molitor, 1962, S. 229 [250 ff.]) will die Tarifausschlußklausel prinzipiell an der institutionellen Garantie des Art. 9 Abs. 3 GG teilhaben lassen, hält aber Differenzierungen nur insoweit für zulässig, wie eine Gewerkschaft zugunsten der Arbeitnehmer besondere Vorteile erringt, die nach allgemeiner Erfahrung nicht oder noch nicht dem allgemeinen Lebensstandard entsprechen. Schließlich sind noch alle diejenigen zu nennen, die die Differenzierungsklauseln schlechthin und in jeder Form mißbilligen (Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 164 ff., 401; A.

Hueck, Bötticher, Nikisch, Mayer-Maly, Dietz, Säcker, Geiger, Tomandl, Zöllner; zu den Fundstellen vgl. Zöllner, aaO, S. 12 Fußnote 6 und Gamillscheg, BB 1967, 45 Fußnote 1).

III. 1. Die Befürworter der Klauseln gehen von der Grundthese aus, für den Umfang der Tarifmacht der Koalitionen sei weder Art. 9 Abs. 3 GG allein noch das Tarifvertragsgesetz allein maßgebend, sondern die Verfassungswirklichkeit. Aus dieser sei der Umfang der Regelungsbefugnis der Sozialpartner im einzelnen zu ermitteln und abzugrenzen. Wegen der Bedeutung, die die Koalitionen für die Verfassungswirklichkeit erlangt hätten, sei ihre Eigensicherung, die Förderung der eigenen Wirksamkeit, auch ihre Existenz, der Regelung durch Tarifverträge zugänglich. Deshalb sei es den Sozialpartnern gestattet, den Tarifvertrag in den Dienst der Selbsterhaltung und der Steigerung der Leistungsfähigkeit zu stellen, und deshalb seien unmittelbare und mittelbare Mißgliederwerbung mit den Mitteln des Tarifvertrages und damit mittels der Differenzierungsklauseln und ihrer Absicherung zulässig (vgl. vor allem Herbert Krüger, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Bd. I, SO 9, 24 ff., 34, 66 ff., 70 ff.; Gamillscheg, BB 1967, 45 [49]).

2. Andere rechtfertigen die Klauseln mit zusätzlichen Argumenten:

a) Aus historischer Sicht wird geltend gemacht, daß man in der Vergangenheit die Außenseiterklausel, die zur Vermeidung der Schmutzkonzurrenz die Gleichbehandlung der Außenseiter mit den Organisierten gebot, überwiegend für gültig gehalten und praktiziert habe und daß führende Wissenschaftler (z.B. Nipperdey in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., Bd. II, 1957, S. 123) auch die - in früheren Zeiten nur vereinzelt angestrebten - Tarifausschluß- und Differenzierungsklauseln gebilligt hätten (vgl. Gamillscheg, BB 1967, 45 [46]).

b) Es wird aber vor allem geltend gemacht, nach dem Grundgesetz seien die Koalitionsfreiheit des einzelnen, die Koalitionen als Institutionen und ihre Betätigungsfreiheit und damit die Tarifautonomie garantiert. Die Tarifautonomie umfasse den Kernbereich eines Tarifvertragssystems, den der einfache Gesetzgeber nicht aushöhlen könne. Die Sozialverfassung des Grundgesetzes sei dabei nach dem Bild der Sozialpartnerschaft angelegt. Im Interesse der Freiheit solle sich der Staat der unmittelbaren Regelung der Arbeitsbedingungen enthalten; sie müßten möglichst gerecht von anderer als staatlicher Seite geregelt werden. Damit sei den Sozialpartnern eine umfassende Aufgabe zugewiesen; sie seien nicht nur Interessenverbände für ihre Mitglieder, sondern übernahmen in vielerlei Beziehung die Herstellung einer sinnvollen Ordnung der Arbeitsbedingungen eines ganzen Berufsstandes einschließlich der Außenseiter. Insoweit seien die Koalitionen - das gelte gleichermaßen für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände - Interessen- und

Berufsverbände zugleich, und das allein erkläre die ihnen eingeräumten Vorrechte. Wegen dieser umfassenden Aufgaben genossen die Sozialpartner in der zweckmäßigen Ausgestaltung der Tarifnormen und in der Ausformung des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrages eine weitgehende Freiheit, die es einschließe, diese Tarifmacht auch in den Dienst der Selbsterhaltung und Leistung Steigerung der Koalitionen zu stellen. Der andere Sozialpartner sei grundsätzlich zu einem partnerschaftlichen Verhalten verpflichtet und könne daher auch zu einem partnerschaftsfördernden Verhalten verpflichtet werden, wenn es um eine gerechte Ordnung des Arbeitslebens aus rechtem Anlaß gehe. Auch das sei eine Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG . Maßvolle Differenzierungen und ihre Sicherung durch entsprechende Spannenklauseln dienen aber der sinnvollen gerechten Ordnung der Arbeitsbedingungen, und zwar deshalb, weil die Außenseiter ohne sachliche und ohne ethische Rechtfertigung und ohne Opfer ihrer Koalition fernblieben und sich an den Lasten der Organisierten nicht beteiligten, obwohl sie ohne die gewerkschaftliche Tätigkeit nicht in den Genuß der tariflichen Leistungen gekommen wären. Das rechtfertige den Satz "Soviel Legitimation wie möglich, soviel Außenseiterwirkung wie nötig". Nur damit werde die fruchtbare Polarität der Koalitionen und ihre am Gemeinwohl orientierte Repräsentanz gewährleistet, ohne maßlos zu sein (so vor allem: Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 97 und passim; derselbe, BB 1967, 45 ff.; derselbe, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, S. D 101 ff.; vgl. auch Floretta, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im deutschen Tarifvertragsrecht [Mit Betrachtungen für das österreichische Kollektivvertragsrecht] in: Das Recht der Arbeit, 1968, S. 1 ff.).

IV. Die Gegner der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln überwiegen nach der Zahl der Stimmen und der Zahl der Gegengründe. Dabei sind sie sich untereinander nicht darüber einig, welche Gegengründe im einzelnen entscheidungserheblich sein können. Die Gegengründe sind zusammengestellt bei A. Hueck (Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht), Zöllner (Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln), Böttcher (Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 105 ff. und RdA 1966, 401 ff. und bei Hueck-Nipperdey (aaO, II 1, S. 165 ff. - 169, 329, 330, 337, 338, 380, 387, 400, 401 zu Fußnote 154, 483, 508, 573 575, 668 zu Fußnote 32 b, Nachtrag S. 828 zu S. 155, Nachtrag S. 844, 845 zu S. 401, 402).

Versucht man, die Gegengründe nach ihren wesentlichen Merkmalen zu gruppieren, so ergeben sich verfassungsrechtliche, tarifrechtliche, betriebeverfassungsrechtliche und allgemein orientierte Argumentationsgruppen:

1. Es wird in erster Linie geltend gemacht, die Differenzierungsklausel jedweder Form verstoße, soweit sie sich gegen anders Organisierte richte, gegen das Grundrecht der positiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG (wohl herrschende Meinung, vgl. die Nachweise bei Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 163 zu Fußnote 24 a; a.A.: Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1965, S. 137, 138; einschränkend und wohl zweifelnd Gamillscheg, Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 65 - 68).

2. Es wird weiter geltend gemacht, Nichtorganisierte genießen den Grundrechtsschutz der sogenannten negativen Koalitionsfreiheit; die herrschende Meinung sieht diese durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet, während Nipperdey und andere in Art. 2 Abs. 1 GG die verfassungsrechtliche Schutznorm sehen (vgl. die umfassenden Nachweise bei Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 154, 155, 166 ff., Nachtrag S. 828 zu S. 155, 166; das Bundesarbeitsgericht hat es in der Entscheidung vom 14. Februar 1967 - 1 AZR 494/65 - BAG 19, 217 [227] = AP Nr. 10 zu Art. 9 GG [zu 2 c der Gründe] - und in AP Nr. 11 zu Art. 9 GG [zu 2 c der Gründe] dahinstehen lassen, ob es die von ihm bejahte negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 oder Art. 2 Abs. 1 GG herleitet; vgl. dazu neuerdings das Bundesverwaltungsgericht in AP Nr. 1 zu Saarland, Arbeitskammergesetz, das den Schutz der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG herleitet; vgl. auch BVerfGE 20, 312 [321, 322] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C III der Gründe]).

3. Als weiteres verfassungsrechtliches Hindernis für Differenzierungsklauseln wird angeführt, die Außenseiter würden in ihrem mit Art. 2 Abs. 1 GG gegebenen Grundrecht auf Vertragsfreiheit unzulässig beschränkt; auch die tarifgebundenen Arbeitgeber genießen das Recht der Vertragsfreiheit bei ihren Absprachen mit Außenseitern, und auch dieses Grundrecht werde verletzt (vgl. Hueck-Nipperdey, II 1, S. 169 zu Fußnote 34a, S. 387, 401; dagegen Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 70 zu Fußnoten 109 und 110, sowie Reuss, AcP Bd. 166 [1966], S. 518 [522]; vgl. weiter: A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht S. 41 ff.; zum Grundrecht der Vertragsfreiheit vgl. Nipperdey in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Bd. IV 2, 1962, S. 886, 887 ff.; vgl. im übrigen die Nachweise bei Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 29, der aber eine rechtswidrige Verletzung der Vertragsfreiheit der Außenseiter verneint).

4. Auf der verfassungsrechtlichen Ebene liegt das weitere Argument, die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionen müßten auf freiwilliger Mitgliedschaft beruhen (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 167 ff.; A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 25, 50; zum Merkmal der Freiwilligkeit der Koalitionen vgl. auch BVerfGE 4, 96 [106] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [zu C 2 b aa der Gründe]; BVerfGE 18, 18 [28] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [B II 1 der Gründe];

BVerfGE 20, 312 [320] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C II der Gründe]; vgl. auch Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 33).

Koalitionspluralismus und Außenseitertum hätten eine ökonomische Funktion und seien das notwendige Korrektiv gegen einseitige Gruppen- und Machtbildungen. Auf dieses Korrektiv der Freiwilligkeit der Koalitionen zu verzichten sei deshalb nicht angängig, weil die tarifautonome Tätigkeit der Koalitionen keiner weiteren Staatsaufsicht unterliege (vgl. zur Bedeutung des Außenseitertums: Hug, Die neue schweizerische Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, RdA 1958, 81 [87]; Karakatsanis, Die kollektivrechtliche Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und ihre Grenzen, 1963, S. 63 zu Fußnote 31).

5. Verfassungsrechtlich ausgerichtet ist auch das Argument, Koalitionen müßten gegnerunabhängig sein; bei Anwendung der hier in Rede stehenden Klauseln trage der Arbeitgeber unmittelbar oder mittelbar zur finanziellen Entlastung der Gewerkschaft bei, und die damit gegebene finanzielle Gegnerabhängigkeit der Gewerkschaft führe zum Verlust der Koalitionseigenschaft und aller damit verbundenen besonderen Rechte (vgl. Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 34; zur Gegnerunabhängigkeit auch BVerfGE 4, 96 [106, 107] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [zu C 2 b bb der Gründe]; BVerfGE 18, 18 [28] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [zu B II 1 der Gründe]).

6. Nipperdey stellt mit starkem verfassungsrechtlichem Gewicht das Argument in den Vordergrund, nach § 4 Abs. 3 TVG seien Tarifvertragsbedingungen Mindestbedingungen. Diese Gesetzesvorschrift sei verfassungsrechtlich geschützt und dürfe weder für Tarifgebundene noch für Außenseiter mittels tarifrechtlicher Regelungen, wie auch immer sie gestaltet seien, umgangen werden (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 232 zu Fußnote 38, S. 573 ff. zu Fußnoten 2b, 3, S. 576, 577 zu Fußnoten 6, 6a; vgl. Nipperdey, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, S. D 95, 96; Nipperdey bei Biedenkopf, Sondervorteile für Gewerkschaftsmitglieder, 1966, S. 39; ähnlich auch BAG 10, 247 ff. = AP Nr. 2 zu § 4 TVG Angleichungsrecht; vgl. dazu auch Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 1959, S. 420 ff.). Ein solcher Verstoß gegen das verfassungsrechtlich geschützte und zwingende Begünstigungsprinzip eines Tarifvertrages liege aber in der Vereinbarung von Differenzierungsklauseln, weil sie praktisch für Außenseiter deren Arbeitsbedingungen zu Höchsttarifbedingungen machten.

7. Gegen Differenzierungsklauseln wird weiter aus verfassungsrechtlicher Sicht angeführt, sie verstießen gegen das Rechtsstaatsprinzip. Nach diesem gelte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel. Dieser verbiete es, im Tarifvertrag den Gegner unvernünftig und unnötig zu beschränken, wie das mit Differenzierungsklauseln geschehe (vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 390, 391 zu Fußnote 99).

8. Aus tarifrechtlicher Sicht wird angeführt, die Regelung der Arbeitsverhältnisse der Außenseiter durch Tarifnormen und schuldrechtliche Tarifabsprachen und Satzungsregelungen sei der Tarifmacht in jeder Beziehung entzogen, soweit nicht das Gesetz (z.B. § 3 Abs. 2, § 5 TVG, § 7 Abs. 1 AZO) ausnahmsweise etwas anderes bestimme. Diese Beschränkung der Tarifmacht könne nicht durch juristische Konstruktionen umgangen werden (so vor allem Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 167 ff., 329, 330, 337, 338, 380, 387, 400, 401 und Nachtrag S. 844 zu S. 401, 402, Nachtrag S. 847 zu S. 508).

9. Mit tarifrechtlicher Begründung wird gegen die Differenzierungsklausel und ihre Absicherung angeführt, an die Mitgliedschaft anknüpfende Normen seien mit dem TVG unvereinbar. Als Rechtsnormen müßten sie so gestaltet sein, daß sie für alle für allgemeinverbindlich erklärt werden und damit für alle normativ wirken könnten (vgl. Bötticher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 114 ff.; ferner die Nachweise bei A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 61; Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 668 zu Fußnote 32 b; vgl. auch BAG 7, 106 [114] = AP Nr. 1 zu § 4 TVG Ausgleichskasse [zu Ziffer 2 der Gründe]; BAG 17, 59 [68] = AP Nr. 12 zu § 5 TVG [zu III 4 der Gründe]; vgl. auch Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 90, der dieses Argument für Löhne und die hauptsächlichen Arbeitsbedingungen anerkennt, aber quantifizieren will und gegen an die Mitgliedschaft anknüpfende Klauseln dann keine Bedenken hat, wenn die dadurch bewirkte Differenzierung nur maßvoll einem Werbe- und Ausgleichseffekt diene; derselbe, BB 1967, 45 [46, 47]; weitergehend als Gamillscheg: Reuss, AcP Bd. 166 [1996], S. 518 [522]; zum Ganzen auch Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 36 ff. mit Nachweisen in Fußnoten 91-94a).

10. Ferner wird gegen die Zulässigkeit der Differenzierungsklauseln aus kollektivrechtlicher Sicht angeführt, sie verstießen gegen den Grundsatz der Waffengleichheit (Bötticher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, S. 105 ff. [122]; vgl. auch A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 67); um sie könne kein sinnvoller Arbeitskampf geführt werden, was ihre Unzulässigkeit indiziere (vgl. A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 51; vgl. dazu die Bedenken bei Zöllner, Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, S. 36 mit Nachweisen in Fußnote 88).

11. Tarifrechtliche Überlegungen stellen auch alle diejenigen Gegner der Differenzierungsklauseln an, die anführen, für den Arbeitgeber und Außenseiter sei die Beachtung von Differenzierungsklauseln ein Eingriff in die Individualsphäre; für den Arbeitgeber sei sie unzumutbar (vgl. Bötticher, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifparteien, S. 105 ff., [121-123]); sie führe zu einer den Betriebsfrieden gefährdenden Ungleichbehandlung,

zu unzumutbaren Fragestellungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, zu Schädigungen der unternehmerischen Freiheit, zur Notwendigkeit von Änderungskündigungen und damit zur Verletzung des Rechts des Arbeitnehmers auf seinen Arbeitsplatz (zu letzterem vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 170). wolle man mit Gamillscheg für die Zulässigkeit der Differenzierungsklauseln auf maßvolle sachgerechte Quantifizierungen abstellen, so sei eine unerträgliche Rechtsunsicherheit die Folge, weil dann immer wieder offen und ungewiß bleibe, welche Quantifizierung sachgerecht sei, und weil die Grenze zwischen maßvoller Quantifizierung und Machtmißbrauch nicht mehr abzustecken sei (vgl. auch A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 46 ff.; vgl. auch Säcker, RdA 1967, 370 [372] zu Fußnote 21).

12. Gegen die Spannenklausel im besonderen ist eingewendet worden, sie sei als selbständiges Strafversprechen im Sinne des § 343 Abs. 2 BGB konstruiert. Bei einer Differenzierungsklausel, die durch eine Spannenklausel abgesichert sei, verpflichte sich die Arbeitgeberseite nicht, wie bei echten Vertragsstrafen, eine Handlung - hier die Differenzierung - vorzunehmen oder eine Handlung - hier die Gleichbehandlung zwischen Organisierten und Außenseitern - zu unterlassen; vielmehr sei ihr bei durch Spannenklauseln abgesicherten Differenzierungen die Unterlassung der Differenzierung und die Gleichbehandlung der Außenseiter mit den Organisierten gestattet, jedoch mit der Maßgabe, daß die gestattete Gleichbehandlung eine Vertragsstrafe auslöse (vgl. § 343 Abs. 2 BGB). Diese Vertragsstrafe bestehe in der Spanne, um die dann erneut differenziert werden solle. Hier greife jedoch § 344 BGB ein, der für den Fall der Rechtsunwirksamkeit der Hauptverbindlichkeit vorsehe, daß auch die Strafabrede unwirksam sei. Nach dem Wortlaut des Gesetzes gelte § 344 BGB nur für echte Vertragsstrafen; nach seinem Sinne müsse er aber auch für selbständige Strafversprechen im Sinne des § 343 Abs. 2 BGB gelten, weil anderenfalls mittelbar erzwungen werden könne, was zu versprechen rechtlich nicht möglich sei. Dies sei auch der Standpunkt der herrschenden Lehre. Es könne somit eine Vertragsstrafe für eine nicht geschuldete Leistung oder Unterlassung dann nicht anfallen, wenn man die nicht geschuldete Leistung oder Unterlassung rechtsgültig gar nicht versprechen dürfe. So sei aber die Situation bei der durch Spannenklausel abgesicherten Differenzierung. Die Arbeitgeberseite könne nicht rechtsgültig verpflichtet werden, dem Außenseiter die Tarifsätze vorzuenthalten oder ihn davon auszuschließen. Dann könne aber für eine gestattete Gleichbehandlung der Organisierten und Außenseiter keine Vertragsstrafe versprochen werden (vgl. Böttcher, RdA 1966, 401 [406]; A. Hueck, Tarifausschlußklausel und verwandte Klauseln im Tarifvertragsrecht, S. 60 ff.; Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 401 Anm. 154 und Nipperdey bei Biedenkopf, Sondervorteile für Gewerkschaftsmitglieder, 1966, S. 38; gegen das Argument: Gamillscheg, BB 1967, 45 [52 f.]; Biedenkopf, Sondervorteile für Gewerkschaftsmitglieder, 1966, S. 20 ff.).

13. Eine umfangreiche tarifrechtliche Gesamtkonzeption hat Zöllner (Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln, 1967, S. 49 ff.) gegenüber den Auffassungen von Fechner und Gamillscheg entwickelt. Zöllner unterscheidet zwischen Gesamtrepräsentation, Regelungsauftrag und Legitimation der Koalitionen. Die Koalitionen repräsentierten nicht nur ihre Mitglieder, sondern auch den Berufsstand und damit die Außenseiter. Diese Gesamtrepräsentation schließe den Regelungsauftrag ein, das für die Mitglieder geschaffene Recht so zu gestalten, daß es repräsentativ für den Berufsstand sein könne. Aber der Gesamtrepräsentation und dem an der Gesamtrepräsentation orientierten Regelungsauftrag entspreche nicht die gleich große Legitimation der Koalition, also nicht das Recht zur Normsetzung für Außenseiter, Repräsentanz und Legitimation seien nach geltendem Recht inkongruent. Den Tarifpartnern sei es aber wegen ihrer gesamtrepräsentativen Aufgabe und wegen ihres geamtrepräsentativ ausgerichteten Regelungsauftrags verwehrt, sich diesem dadurch zu entziehen, daß sie zwischen Organisierten und Außenseitern differenzierten. Differenzierungen seien nur dort zulässig, wo sie nach Verfassung und Gesetz zulässig seien, wie z.B. im Fall der Schiedsgerichtsklausel (zu letzterem vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 668 ff.; Herschel, AuR 1966, 193 [196 zu Fußnote 19]).

14. Aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht leitet Dietz her, § 51 BetrVG verbiete positivrechtlich Differenzierungsklauseln jedweder Art (vgl. Dietz, BetrVG, 4. Aufl., 1967, § 51 Rdz. 11c, § 59 Rdz. 9; zu betriebsverfassungsrechtlichen Argumenten im Hinblick auf § 59 BetrVG vgl. auch Säcker, RdA 1967, 370 [372]).

15. Schließlich bleiben noch die Stimmen zu erwähnen, die sich - ohne spezielle Erörterung der hier anstehenden Rechtsfragen - über Grundsatzfragen des Arbeitsrechts geäußert haben und deshalb für die hier zu entscheidenden Rechtsfragen von Bedeutung sein könnten. Zu nennen sind die Ansichten, die einer gesunden Gleichgewichtsverteilung und einer fruchtbaren vierfachen Polarität zwischen staatlicher Rechtsgestaltung, der Rechtsgestaltung durch die Koalitionen, durch die Betriebspartner und durch die einzelvertraglichen Regelungen das Wort reden (vgl. Wolfgang Siebert, Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht [Jahressammlung der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt e.V., Bonn 1957, S. 47 ff.]); ferner diejenigen, die ganz allgemein vor einer Unterwanderung der parteienstaatlichen Demokratie durch gesellschaftspolitisch orientierte Verbände und damit vor der Verbandsdemokratie warnen (Leibholz, Staat und Verbände, RdA 1966, 281 [285 ff.]), sich gegen eine Usurpation der staatlichen Rechte durch Verbandsmächte wehren und das ständige altruistische Engagement aller Bürger und insbesondere der Elite fordern, ohne das der demokratische Staat nicht lebensfähig sei (vgl. Gebhard Müller, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung vom 15. November 1966, Nr.

146, S. 1165 [1167, 1168]; Carlo Schmid, Eine Demokratie kann nicht ohne Elite leben, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung vom 1. September 1967, Nr. 93, S. 793 f.).

V. Es stellt sich die Frage, inwieweit tarifvertragliche Selbsterhaltungsmaßnahmen der Koalitionen den Schutz der Betätigungsfreiheit der Koalitionen genießen oder an der fehlenden Tarifmacht, insbesondere an der Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit scheitern.

1. Der soeben zu III und IV gegebene Überblick macht deutlich, wo im Grundsätzlichen die Meinungen der Befürworter und Gegner sich scheiden.

a) Die Befürworter bejahen eine erweiterte Repräsentanz der Koalitionen und leiten daraus eine erweiterte Autonomie der Koalitionen her, die es ihnen gestatte, Selbsterhaltungsmaßnahmen der hier in Rede stehenden Art für die Koalitionen mit den Mitteln des Tarifvertrages durchzuführen. Sie halten das für die Verfassungswirklichkeit, der auch Art. 9 Abs. 3 GG Rechnung trage. Deshalb ergebe sich die Zulässigkeit der hier in Betracht kommenden Selbsterhaltungsmaßnahmen aus Art. 9 Abs. 3 GG selbst und einer verfassungskonformen Auslegung des Tarifvertragsgesetzes.

b) Die Gegner der Differenzierungsklauseln gehen im wesentlichen davon aus, tarifvertragliche Selbsterhaltungsmaßnahmen der hier streitigen Art lägen jenseits der Betätigungsfreiheit der Koalitionen und seien durch die ihnen eingeräumte Tarifmacht nicht mehr gedeckt, insbesondere weil sie gegen das Individualgrundrecht der sogenannten negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verstießen.

2. Die geschilderte Diskrepanz in der Ausdeutung der rechtlichen Reichweite der Tarifmacht und der negativen Koalitionsfreiheit macht es notwendig, an Art. 9 Abs. 3 GG Umfang und Grenzen der Rechte der Koalitionen, ihrer Mitglieder und der Außenseiter näher zu prüfen. Dabei ist nicht zuletzt von dem auszugehen, was das Bundesverfassungsgericht dazu an Rechtssätzen aufgestellt hat.

VI. Die Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

1. Nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sichert Art. 9 Abs. 3 GG viererlei:

- a) das Individualgrundrecht der positiven Koalitionsfreiheit,
- b) das Gruppengrundrecht, das den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberzusammenschlüssen, den sogenannten Berufsverbänden oder Koalitionen, als solchen korporativen Bestandsschutz sichert,
- c) das Gruppengrundrecht, das den Koalitionen als solchen korporativen Betätigungsschutz zusichert,
- d) das Individualgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit.

Das ergibt sich aus einer zusammengefaßten Betrachtung der bisher zum Koalitionsrecht ergangenen fünf Grundsatzentscheidungen des

Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 4, 96 ff. = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG ; BVerfGE 17, 319 ff. = AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern, BVerfGE 18, 18 ff. = AP Nr. 15 zu § 2 TVG ; BVerfGE 19, 303 ff. = AP Nr. 7 zu Art. 9 GG ; BVerfGE 20, 312 ff. = AP Nr. 24 zu § 2 TVG ). Im einzelnen gilt folgendes:

2. Das positive Koalitionsrecht als Individualrecht, d.h. das individuelle Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sich nach Belieben in Koalitionen zusammenzuschließen, ist in den oben genannten Entscheidungen als unproblematisch behandelt, daher nicht näher erörtert und auch im Grundsatz nicht weiter streitig.

3. Die soeben genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bejahen auch eine Kollektivgarantie für die Koalitionen als solche in dem Sinne einer institutionellen Gewährleistung. Dieses korporative Daseinsrecht der Koalitionen umfaßt das Existenzrecht der Koalitionen einerseits und die (vereinsinterne) Verbandsautonomie andererseits (vgl. hierzu Werner Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, S. 15 ff.). Das kollektive Existenzrecht der Koalitionen ist wie das individuelle Grundrecht der Koalitionsfreiheit gesetzlich nicht beschränkbar (wenn man von einer hier nicht weiter interessierenden entsprechenden Anwendung des Art 9 Abs. 2 GG absieht [hierzu Werner Weber, aaO, S. 20 und Nachweise S. 12 zu Fußnote 11]). Auch die vereinsinterne Verbandsautonomie unterliegt nicht der gesetzlichen Normierung. Wohl aber hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Voraussetzungen für die Betätigungsfreiheit, z.B. für die Tariffähigkeit, abzustecken und insoweit auf die vereinsinterne Verbandsautonomie und die Selbstdarstellung der Koalitionen mittelbaren Einfluß zu nehmen (vgl. BVerfGE 18, 18 [28] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [zu B II]; BVerfGE 4, 96 [106] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [zu C 2 b]; Werner Weber, aaO, S. 14 ff., 20).

4. a) Mit der aus Art. 9 Abs. 3 GG hergeleiteten kollektiven Daseinsgarantie für Koalitionen ist untrennbar verbunden die Garantie, durch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen, nämlich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern (BVerfGE 4, 96 [106] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [zu C 2 b, aa]; BVerfGE 17, 319 [333] = AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern [II 2 b]; BVerfGE 18, 18 [26] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [zu B I 1]; BVerfGE 20, 312 [317] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C I]). Der einzelne hat wiederum das Recht, an der spezifischen Tätigkeit der Koalition in dem Bereich teilzunehmen, der für die Koalition verfassungsrechtlich geschützt ist (vgl. BVerfGE 19, 303 [312] = AP Nr. 7 zu Art. 9 GG [zu I 2 a]).

b) Dabei rechnet das Bundesverfassungsgericht zur Funktionsgarantie der Koalitionen die Gewährleistung der Tarifautonomie und damit den Kernbereich eines Tarifvertragssystems, weil sonst die Koalitionen ihre Funktion, in dem von der staatlichen Rechtsetzung freigelassene Raum das Arbeitsleben im einzelnen durch Tarifverträge zu ordnen, nicht sinnvoll erfüllen könnten (BVerfGE 4, 96 [108] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [C 2 b, bb];

BVerfGE 18, 18 [28] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [B II 1]; BVerfGE 19, 303 [313] = AP Nr. 7 zu Art. 9 GG [I 2 c]; BVerfGE 20, 312 [320] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [C II]; dazu, daß das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 4, 96 [108] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [C 2 b, bb] ursprünglich nur eine Art "relative Funktionsgarantie" angenommen, diese Einschränkung aber wohl später nicht mehr gemacht hat, vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 137 ff.).

c) Zur Funktionsgarantie rechnet das Bundesverfassungsgericht nicht nur den Bereich der Tarifautonomie, sondern auch solche Betätigungen der Koalitionen, die auf andere Weise als durch Abschluß von Tarifverträgen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder wahren und fördern, z.B. im Personalvertretungswesen (BVerfGE 19, 303 [313, 314] = AP Nr. 7 zu Art. 9 GG [zu I 2 c]).

d) Die Ausgestaltung und nähere Regelung der Tarifautonomie und sonstiger Betätigungen der Koalitionen - z.B. des Rechts der Gewerkschaft, im Bereich des Personalvertretungswesen tätig zu werden - sind jedoch Aufgaben des einfachen Gesetzgebers; der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Kernbereich der Funktionsgarantie wird aber angetastet und Art. 9 Abs. 3 GG wird verletzt, wenn der Koalitionsbetätigung Schranken gezogen werden, die nicht von der Sache her geboten sind (vgl. BVerfGE 4, 96 [105-108] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [zu C 2 b]; BVerfGE 17, 319 [333 ff.] = AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern [zu II 2 b]; BVerfGE 18, 18 [26 f.] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [zu B I 2]; BVerfGE 20, 312 [318 f.] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C I 1]). Insbesondere umfaßt die Gewährleistung der Tarifautonomie nicht die besondere Ausprägung, die das Tarifvertragssystem in dem jetzigen Tarifvertragsgesetz erhalten hat. Sie läßt dem einfachen Gesetzgeber einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung der Tarifautonomie (BVerfGE 20, 312 [317] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C I]). Daß das nicht in dem Sinne verstanden werden darf, der einfache Gesetzgeber dürfe in weitem Umfang die Tarifautonomie nach seinen eigenen Vorstellungen und ohne Rücksicht auf die Ziele der Koalitionen ausgestalten, ergibt sich deutlich aus BVerfGE 20, 312 [319, 320] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C II]). Die Tarifautonomie ist dazu da, um respektiert, und nicht, um eingeschränkt zu werden (Werner Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, 1965, S. 37 ff.). Dabei ist sinnvolle Voraussetzung für das Vorhandensein einer echten arbeitsrechtlichen Vereinigung überhaupt, daß sie frei gebildet, gegnerfrei, unabhängig vom sozialen Gegenspieler und auf überbetrieblicher Grundlage organisiert ist und das geltende Tarifrecht für sich als verbindlich anerkennt; anderenfalls nimmt sie an der Funktionsgarantie der Tarifautonomie nicht teil (BVerfGE 4, 96 [106 ff.] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [zu C 2 b] und BVerfGE 18, 18 [28] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [zu B II 1]).

5. Die in der Literatur heftig umstrittene und von der herrschenden Meinung bejahte Frage, ob auch das Individualgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet ist oder ob mit

Nipperdey u.a. die negative Koalitionsfreiheit sich lediglich aus Art. 2 Abs. 1 GG ergibt (vgl. die umfangreichen Nachweise bei Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 154 ff.), ist im ersten Sinne zu beantworten. Dafür sprechen folgende Gründe:

a) Das Bundesverfassungsgericht hat in drei der oben genannten Entscheidungen die Koalitionen als solche gekennzeichnet, die "frei" gebildet sein müssen (BVerfGE 4, 96 [106] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG [zu C 2 b, aa]; BVerfGE 18, 18 [28] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [zu B II 1]; BVerfGE 20, 312 [320] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C II]).

b) Der Begriff der Koalition im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG umfaßt daher nur freiwillige Zusammenschlüsse, und das setzt das Bestehen einer ebenfalls aus Art. 9 Abs. 3 GG herzuleitenden negativen Koalitionsfreiheit voraus.

c) Derjenige, dem Art. 9 Abs. 3 GG das Recht gewährleistet, freiwillig mit anderen eine Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden; und der koalitionswillig ist, kann frei darüber befinden, welche von mehreren denkbaren Vereinigungen er bilden will; er hat das Recht, unter mehreren vorhanden Koalitionen zu wählen und einer davon beizutreten, aus einer solchen Koalition (satzungsgerecht) wieder auszutreten, in eine andere vorhandene überzutreten, eine neue Koalition zu bilden oder in anderen vorhandenen Koalitionen zu verbleiben. Wären solche Recht des einzelnen nicht gewährleistet, so lägen nicht mehr die frei gebildeten Koalitionen vor, denen allein der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG zusteht. Dann wäre der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Koalitionspluralismus nicht gesichert, und es hätten frei gebildete Koalitionen das Recht, solche Personen zwangsweise zu inkorporieren, die austreten, eine andere Koalition bilden, in eine andere übertreten oder in einer anderen Koalition verbleiben wollen. Eine solche Behinderung des Koalitionspluralismus wäre das Gegenteil der Gewährleistung der von Art. 9 Abs. 3 GG gewollten freien Koalitionsbildung (zum Schutze des Koalitionspluralismus durch Art. 9 Abs. 3 GG vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 145, S. 163 zu Fußnote 24a; Gerhard Müller, DB 1967, 903 [904] zu I a.E.; derselbe in: Im Dienste der Sozialreform [Festschrift für Karl Kummer], 1965, S. 369 ff. [S. 375 ff.] und RdA 1964, 121 [123 f. zu III]).

d) Aber auch das bloße Fernbleiben von Koalitionen jeglicher Art gehört zu den Rechten, die nach Art. 9 Abs. 3 GG dem einzelnen gewährleistet sind. Ein solches Fernbleiben kann die verschiedensten Gründe haben. Ursache dafür kann sein, daß jemand an sich durchaus koalitionswillig ist, jedoch den vorhandenen Koalitionen deshalb ablehnend gegenübersteht, weil er deren Ideologie, deren Ziele oder sonstige Dinge nicht billigt, aber trotz gegebener Koalitionswilligkeit keine Koalition findet, die ihm zusagt. Das Fernbleiben kann aber auch auf Koalitionsunwilligkeit beruhen, z.B. auf Gleichgültigkeit, mangelnder Solidarität oder auf finanziellen Erwägungen, so vor allem dann, wenn ein Arbeitnehmer glaubt, er komme auch ohne die Leistung von Gewerkschaftsbeiträgen automatisch weitgehend in den

Genuß der von den Gewerkschaften errungenen sozialen Fortschritte [in der Sprache der Gewerkschaften: "Schmarotzer", "Trittbrettfahrer"]. Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist zwar im Interesse derjenigen geschaffen, die koalitionswillig sind, sich koalitionsmäßig betätigen oder betätigen wollen. Das Grundgesetz geht in Art. 9 Abs. 3 GG davon aus, daß die Koalition den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck verfolgen sollen, in dem von der staatlichen Rechtsetzung frei gelassenen Raum das Arbeitsleben im einzelnen durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, insbesondere die Höhe der Arbeitsvergütung für die verschiedenen Berufstätigkeiten festzulegen und so letztlich die Gemeinschaft sozial zu befrieden (BVerfGE 18, 18 [28] = AP Nr. 15 zu § 2 TVG [zu B II 1]; BVerfGE 20, 312 [317] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C I]; vgl. auch Herbert Krüger, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags, Bd. I Teil 1, S. 92). Aber diese Aufgabe der Koalitionen ist - trotz ihrer außerordentlich großen Bedeutung für die Allgemeinheit - vom Grundgesetz dennoch nur frei gebildeten Koalitionen anvertraut. Wollte man, wie das nach Art. 9 Abs. 3 GG unumgänglich ist, dem Koalitionspluralismus dadurch Rechnung tragen, daß man dem Koalitionswilligen den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG einräumt, dem Koalitionunwilligen dagegen die Berufung auf ein aus Art. 9 Abs. 3 GG sich ergebendes Fernbleiberecht verwehren, so würde das zur Rechtsunsicherheit und vor allem zu einem nicht mehr tragbaren Einbruch in die Intimsphäre des einzelnen führen: Würde er offenbaren, daß er im Grunde koalitionswillig ist, aber keine ihm zusagende Gelegenheit dazu hat, so müßte ihm das Individualgrundrecht der positiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG zugestanden werden; müßte er offenbaren, daß er koalitionsunwillig ist, daß er "schmarotzen" und "trittbrettfahren" will, so würde man ihm Unzumutbares ansinnen.

e) Der Große Senat vertritt daher die Ansicht, daß dem Individualgrundrecht der positiven Koalitionsfreiheit notwendig das Individualgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit entspricht und daß das Individualgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit den vollen Schutz des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GG genießt. Eine Unterscheidung zwischen dem an sich Koalitionswilligen, der aber noch keine ihm zusagende Koalition gefunden hat, und dem Koalitionunwilligen läßt sich ohne erhebliche Gefährdung des Persönlichkeitswertes des Menschen nicht durchführen. Die ausdrücklich garantierte Freiheit, eine Koalition zu bilden (oder ihr beizutreten), setzt zudem begrifflich die Freiheit voraus, jeder Koalition fernzubleiben. Die negative Koalitionsfreiheit wird also von Art. 9 Abs. 3 GG in gleicher Weise wie die positive Koalitionsfreiheit uneingeschränkt mitgarantiert, und ihr kommt daher der gleiche Schutz wie dieser zu (vgl. von Münch in: Bonner Kommentar, Art. 9 Rdz. 140; vgl. Dietz, Koalitionsfreiheit, in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III 1, 1958, S. 417 ff. [453 - 458]).

f) Aus den Gesetzesmaterialien zu Art. 9 Abs. 3 GG ergibt sich nicht Gegenteiliges. Im Parlamentarischen Rat ist über die negative Koalitionsfreiheit ausgiebig verhandelt worden (vgl. die Materialien im Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N.F., Bd. 1, 1951 S. 116 ff.; vgl. Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rats, S. 210 ff., S. 569 ff.). Der Grundsatzausschuß hatte für Art. 9 Abs. 3 GG hinter dem heutigen Satz 2 den Zusatz vorgesehen, daß ein Zwang zum Beitritt nicht ausgeübt werden dürfe. Dieser Satz ist später mit Mehrheit abgelehnt worden. Aber die Begründung für die Ablehnung dieses Zusatzes läßt sich insgesamt dahin verstehen, daß auch seine Gegner seinen Inhalt nicht ablehnten. Der Zusatz wurde nicht gestrichen, um ausschließlich die positive Koalitionsfreiheit zu schützen und die negative Koalitionsfreiheit zu verneinen. Vielmehr sollte durch die Streichung lediglich eine unelastische große Einengung der positiven Koalitionsfreiheit und eine Bevorzugung der Nichtorganisierten gegenüber den Organisierten verhindert werden (vgl. auch Dietz bei Bettermann-Nipperdey-Scheuner, aaO, S. 456 zu Fußnote 141). Das Gegenteil kann um so weniger unterstellt werden, als schon vor den entscheidenden Debatten im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rats am 19. Januar 1949 die Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10. Dezember 1948 die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte genehmigt und verkündet hatte, deren Art. 20 Abs. 2 besagt, daß niemand gezwungen werden darf, einer Vereinigung beizutreten. Dazu rechnen auch die in Art. 23 Abs. 4 der Erklärung genannten Berufsvereinigungen, von denen die Erklärung aussagt, daß jeder Mensch sie zum Schutze seiner Interessen bilden und solchen beitreten darf (vgl. Reichel, DB 1967, 426 [428]).

g) Daß Art. 9 Abs. 3 GG in seinem Wortlaut das Recht gewährt, Vereinigungen zu bilden, ohne ausdrücklich das Recht zu erwähnen, ihnen fernzubleiben, obwohl beides zusammengehört, ist auch durch die geschichtliche Entwicklung zu erklären. Bis über die Mitte des vorigen Jahrhunderts hinaus waren in den deutschen Staaten alle Verabredungen und Vereinbarungen zur Förderung der Wirtschaftsbedingungen verboten und sogar unter Strafe gestellt. Danach bestand also nicht nur das Recht, sondern die gesetzliche Pflicht, sich von solchen Vereinigungen fernzuhalten. Die Koalitionsverbote wurden aufgehoben durch die Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 (Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes, S. 245 ff.). Dort wurden in § 152 die Verbote und Strafbestimmungen aufgehoben, aber in § 153 wurde mit Strafe bedroht, wer durch Gewalt oder Drohung einen anderen zum Anschluß an die Koalitionen zu verhindern suchte. Diese Vorschriften haben in der Gewerbeordnung für das deutsche Reich weitergegolten. Durch Gesetz vom 22. Mai 1918 (RGBl. 423) wurde zunächst § 153 aufgehoben. Durch Art. 159 der Weimarer Verfassung wurde schließlich die "Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" verfassungsrechtlich garantiert, und zwar auch

damals schon ohne ausdrückliche Hervorhebung des Rechts, den Vereinigungen fernzubleiben. Die positive Koalitionsfreiheit hat sich also in einem langen Prozeß schrittweise bis zur Verfassungsgarantie durchgesetzt, ohne daß an der ursprünglich allein maßgebenden negativen Koalitionsfreiheit gezweifelt worden ist. Das muß auch für das Grundgesetz gelten, das insoweit auf Art. 159 der Weimarer Verfassung aufbaut und dem eine pluralistische Gesellschaftsordnung, verbürgt durch die Freiheitsgrundrechte, als Ideal vorschwebt.

h) Auch das Bundesverfassungsgericht leitet die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ab. In der Erftverbandsentscheidung (BVerfGE 10, 89 [102]) führt es aus, Art. 9 GG garantiere bei privatrechtlichen Vereinigungen auch die negative Vereinigungsfreiheit. Ob diese kurze Bemerkung des Bundesverfassungsgerichts auch speziell für die Koalitionen des Art. 9 Abs. 3 GG gedacht war, wird unterschiedlich beurteilt (vgl. die Kontroverse auf dem 46. Deutschen Juristentag zwischen Radke und Nipperdey, Sitzungsberichte, Bd. II, S. D 130. Immerhin spricht vieles dafür, daß ein Gericht im Range des Bundesverfassungsgerichts die Koalitionen des Art. 9 Abs. 3 GG mit gesehen haben muß, wenn es von der negativen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 GG für privatrechtliche Vereinigungen schlechthin sprach. Denn es hat, wie dargelegt, in ständiger Rechtsprechung auch die Koalition als "frei" gebildete Vereinigungen und damit als privatrechtliche Vereinigungen bezeichnet.

Daß aber das Bundesverfassungsgericht in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung auch die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ausdrücklich anerkennt, ergibt sich aus BVerfGE 20, 312 [321, 322] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C III]. Dort ist erörtert, ob die negative Koalitionsfreiheit des einzelnen Handwerkers durch die Tariffähigkeit der Innungen rechtlich und in einem ins Gewicht fallenden Umfang tatsächlich eingeengt sei. Das Bundesverfassungsgericht stellt dabei fest, daß das Gesetz den einzelnen Handwerker nicht zwingt, einer Innung beizutreten oder in ihr zu verbleiben, und ihn nicht hindere, sich einem Arbeitgeberverband anzuschließen. Die dort vom Bundesverfassungsgericht in dieser Beziehung angestellten Überlegungen lassen sich ihrem Gesamtzusammenhang nach nur aus der Herleitung und Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG erklären (vgl. auch Reichel, DB 1967, 426 [427 f.]). Daß dabei das Bundesverfassungsgericht einen Fall behandelt hat, bei dem es um die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber und nicht um die der Arbeitnehmer ging, ist unerheblich, weil die aus Art. 9 Abs. 3 GG sich ergebenden Rechte gleichermaßen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zustehen.

6. Aus BVerfGE 20, 312 [321, 322] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C III] ergibt sich weiter, daß die negative Koalitionsfreiheit den einzelnen nicht vor jedem Druck schützt. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, in der

Rechtswirklichkeit habe ein Arbeitgeber, im Unterschied zu den Arbeitnehmern, in aller Regel nicht die Möglichkeit, unter mehreren Koalitionen zu wählen. Deshalb sei es unschädlich und verletze es nicht die negative Koalitionsfreiheit, wenn ein gewisser Druck darin liege, daß der Handwerker bei Koalitionswilligkeit nur die Wahl habe, entweder die Tariftmacht einer Innung anzunehmen oder sich einer sozialpolitischen Betätigung zu enthalten.

VII. Ungültigkeit von Differenzierungsklauseln wegen fehlender Tariftmacht.

1. Der vorstehend zu Teil IV in VI 4 der Gründe dieses Beschlusses gegebene Überblick über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Funktionsgarantie der Koalitionen ergibt, daß für die Koalitionen mit der Gewährleistung der Tariftautonomie nur der Kernbereich eines Tarifvertragssystems gesichert ist und daß der einfache Gesetzgeber einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung der Tariftautonomie hat (BVerfGE 20, 312 [317] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C I]). Bei ihrer Betätigung müssen daher die Koalitionen auch die allgemeinen Gesetze achten, die für jedermann gelten, sofern sie nicht den Kernbereich der Funktionsgarantie verletzen. Den Koalitionen ist nicht die Tariftmacht eingeräumt, etwas Ungesetzliches mittels des Tarifvertrages zu vereinbaren. Insoweit versagt die Tariftmacht.

2. Differenzierungsklauseln jedweder Art und damit auch die zu ihrer Absicherung vorgesehenen Spannenklauseln sind aber aus zwei Gründen nicht mehr durch die Tariftmacht der Koalitionen gedeckt. Sie enthalten im Ergebnis eine nach allgemeinen Gesetzen unzulässige Beitragserhebung und überschreiten im Verhältnis zur Arbeitgeberkoalition die Grenze des Zumutbaren. Im einzelnen gilt dazu folgendes:

3. a) Wenn man Gamillscheg (Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 63 ff.) folgt, soll die Differenzierung in erster Linie den Vorteil ausgleichen, den der Außenseiter dadurch genießt, daß er die Früchte gewerkschaftlicher Tarifarbeit kostenlos in Anspruch nimmt. Inwieweit der Ausgleichs- oder der Werbeeffekt bei den Differenzierungsklauseln dominiert (vgl. oben Teil IV zu I 2 dieses Beschlusses), kann in diesem Zusammenhang dahinstehen. Folgt man Gamillscheg, so muß man sich fragen, ob es nach der allgemeinen Rechtsordnung gestattet ist, daß die Gewerkschaft mit tariflichen Mitteln einen solche Ausgleich anstrebt. Differenzierungen mit dem Ziel des Ausgleichs für die Ausnutzung der gewerkschaftlich geschaffenen Tarifwerke stellen eine moderne Art der Kommerzialisierung gewerkschaftlicher Tätigkeit dar, und mit ihr wird 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.

Den Koalitionen fehlt aber die Tariftmacht, um im Wege der Ausgleichsforderungen die Erfolge der Gewerkschaftsarbeit im Verhältnis

zu den Außenseitern zu kommerzialisieren und mit tarifvertraglichen Mitteln gleichsam entgeltpflichtig zu machen.

b) Es gibt kein allgemeines Rechtsprinzip, das die Anlehnung an die Früchte fremder Arbeit ohne weiteres ausgleichspflichtig macht. Ohne eine gewisse Freiheit auch in der Ausnutzung der Arbeit anderer wäre ein Fortschritt nicht denkbar. Jeder, der sich irgend etwas erarbeitet, steht schließlich irgendwie auf den Schultern seiner Vorgänger (vgl. Klingmüller, Zum urheberrechtlichen Schutz neuer Versicherungsformen, in Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, 1965, Bd. I, S. 471 [483]). Deshalb darf niemand von Dritten ohne gesetzliche Ermächtigung oder vertragliche Unterwerfung veranlaßt werden, für das, was er seit jeher kostenlos in Anspruch nahm und daher als Gemeingut ansehen darf, einen Ausgleich zu erbringen.

c) Für die Frage der gewerkschaftlichen Ausgleichsforderungen hat der Gesetzgeber unter der Geltung der Tarifvertragsverordnung von 1918 bis 1933 erkennbar auf dem Standpunkt gestanden, daß die "Berufung auf den Tarifvertrag" dem Außenseiter ohne weiteres und kostenlos und ohne Ausgleich möglich sei (vgl. § 1 Abs. 2, letzter Satzteil TVO; vgl. zur Problematik der Berufung auf den Tarifvertrag unter der Geltung der TVO: Dietz, Die Berufung auf den Tarifvertrag, 1933, passim). Den Beweis dafür liefert die Rechtswirklichkeit. Schwache Versuche, solche Ausgleichsforderungen schon nach 1918 zu verwirklichen, haben sich nicht oder nur ganz vereinzelt durchsetzen können (vgl. die Nachweise bei Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 9 ff.). Unter der Geltung des Tarifvertragsgesetzes ist die allgemeine Rechtswirklichkeit noch bis in die jüngste Zeit die gleiche (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 und § 13 Abs. 2 Satz 2 BUrlG). Der Gesetzgeber hat also bisher die kostenlose Ausnutzung der Gewerkschaftsarbeit gestattet und nicht, wie etwa vergleichbar im Urheberrecht, für deren Ausnutzung durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift einen besonderen Ausgleich vorgesehen.

d) Wollte ein Gesetzgeber, etwa unter Berufung auf das schweizerische Vorbild, es als billigenswert anerkennen, daß der Außenseiter für die Anlehnung an gewerkschaftliche Tarifarbeit einen Ausgleich zahlen müsse (vgl. Hug, RdA 1958, 81 [86]), dann müßte er allen Arbeitnehmern, die sich an die Tarifverträge durch Bezugnahme anlehnen, einen irgendwie gearteten Ausgleich auferlegen, auch solchen Außenseitern, die bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind. Anderenfalls wäre die gesetzliche Regelung ungerecht und wegen willkürlicher Belastung nur eines Teiles der Außenseiter gemäß Art. 3 Abs. 1 GG nicht gültig.

e) Die Tarifautonomie der Koalitionen reicht nicht so weit, um einen solchen Ausgleich im Wege tariflicher Regelungen einzuführen. Denn damit würden die Koalitionen für partielle Bereiche, nämlich die Außenseiter, die bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sind, Beiträge zu erheben, also eine Beteiligung nur dieser Außenseiter an den Kosten der Koalition

herbeiführen (zum Beitragsbegriff vgl. BVerfGE 7, 244 [254 ff.]; BVerfGE 9, 291 [298]). Nach demokratischen Grundsätzen sind Steuern, Beiträge und sonstige Lasten aber nur zulässig auf Grund eines unter parlamentarischer Kontrolle zustande gekommenen Gesetzes (vgl. z.B. BVerfGE 19, 206 [215, 216] = AP Nr. 5 zu Art 2 GG [zu C I 2]) oder kraft rechtsgeschäftlicher Unterwerfung der auf Beitragszahlung in Anspruch Genommenen unter eine aufgestellte Beitragsregelung. An beidem fehlt es, wenn die Tarifmittel gegen Außenseiter mit dem Ziel eingesetzt werden, diese zu Ausgleichbeiträgen heranzuziehen. Deshalb haben die Tarifparteien nicht das Recht und nicht die Tarifmacht, zu ihrer Selbstsicherung Außenseiter zu Ausgleichszahlungen heranzuziehen.

f) Zu erwägen ist jedoch, ob im Wege der Rechtsfortbildung die Tarifautonomie so erweitert werden kann, daß sie auch die Vorteilsausgleichung mittels tariflicher Gestaltungsmittel zuläßt. Darin würde eine erhebliche Ausweitung der Tarifautonomie der Außenseiter liegen.

Für Differenzierungen des Inhaltes, wie sie bisher in der Praxis gehandhabt und in der Literatur erörtert worden sind, kommt ein Schutz der von den Gewerkschaften verfolgten Ausgleichsforderungen im Wege der Rechtsfortbildung jedoch nicht in Betracht. Ausgleichsforderungen müßten ihrem Wesen nach den davon betroffenen Außenseitern verständlich machen, daß sie nach Unkostengesichtspunkten für die mit ihnen abgegoltenen Gegenleistungen berechnet werden. Sie müßten sich daher nach den für das Arbeitsleben geltenden Redlichkeitsmaßstäben auch als Beiträge oder Ausgleichsbelastungen bezeichnen. Solche "Beiträge" oder "Ausgleichsbelastungen" dürfen daher in keinem Fall mittels einer undurchsichtigen Differenzierung bei der Gewährung von Urlaubsgeld oder bei der Bemessung sonstiger tariflicher Leistungen erhoben werden. Eine solche Differenzierung verletzt das Gerechtigkeitsempfinden nachhaltig. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob einem Arbeitnehmer gesagt wird, er müsse an einen anderen soundsoviel als Ausgleich dafür erbringen, weil der andere für ihn etwas getan habe. Das wird er, wenn es ihm klargemacht wird, vielleicht einsehen. Ihm aber 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. Denn dieses geht überwiegend dahin, Urlaubs, Urlaubsentgelt und auch zusätzliches Urlaubsgeld seien nach der Art der geleisteten Tätigkeit, nach dem Grad der Erholungsbedürftigkeit, nach dem Alter, Familienstand, nach der Kinderzahl und sonstigen sozialen Merkmalen, aber nicht nach der Organisationszugehörigkeit zu bemessen. Die Gewerkschaften machen dagegen geltend, im Urlaub fehle den Organisierten wegen der Zahlung der Gewerkschaftsbeiträge gerade der Betrag, den sie kraft der Differenzierungsklausel jetzt mehr erhalten sollen als die Außenseiter.

Dieses Gegenargument schlägt deshalb nicht durch, weil die Ausgleichsforderung berechnungsmäßig undurchsichtig ist und nicht kostengerecht klar dargelegt wird. Gerade deshalb wirkt die Differenzierung auf dem Gebiete des Urlaubsgeldes sehr sachfremd und drückend. Ähnliche Erwägungen gelten, wenn bei sonstigen tariflich vorgesehenen Leistungen (z.B. Arbeitsvergütung, Zuschlägen, Gratifikationen und dergl.) differenziert würde. Deshalb ist es nicht angängig, eine Rechtsfortbildung aus Anlaß eines solchen nicht billigenwertigen Verfahrens in Betracht zu ziehen.

4. Zu den Grenzen der Funktionsgarantie der Koalitionen gehört nach Ansicht des Großen Senates auch, daß eine Koalition von der gegnerischen Koalition nichts Unzumutbares verlangen darf. Im Verhältnis zwischen Koalitionen gilt § 242 BGB mit dem gleichen Gewicht wie im individuellen Rechtsverkehr. § 242 BGB verbietet es, sich einfach über die Belange des anderen hinwegzusetzen und die eigenen Interessen in einer für den anderen unzumutbaren Weise durchzusetzen (vgl. Siebert bei Soergel-Siebert, BGB, Bd. I, 9. Aufl., 1959, § 242 Rdz, 162 ff.; vgl. auch Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifparteien, 1966, S. 121 ff.). Die Gewerkschaft verlangt jedoch Unzumutbares, wenn sie von der Arbeitgeberseite fordert, bei der tariflichen Durchsetzung der Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern mitzuwirken. Wegen der Unzumutbarkeit eines solchen Verlangens versagt die Tarifmacht.

a) Mayer-Maly hat in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, es gebe ein Verfassungsgebot der Sozialparität der Koalitionen. Art. 9 Abs. 3 GG gehe mit der Gewährleistung der individuellen positiven und negativen Koalitionsfreiheit, des Bestandes der Koalitionen und ihrer Funktionsfähigkeit davon aus, daß diese Garantien für die Koalitionen ausreichen, um für ihre Mitglieder in einem staatsfrei gestalteten Raum bei der Aushandlung der Tarifverträge die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern. Dabei beschränke sich das Grundgesetz bei der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Koalitionen auf die Herstellung eines Gleichgewichts und einer Waffengleichheit der Koalitionen. Es erkenne nur eine solche Verbandsmacht und Tarifmacht an, die die jeweilige Koalition sich in freier und gegnerunabhängiger Verbandsbildung im wesentlichen aus dem ihr zugewiesenen Bereich selbst verschafft habe. Die Gewerkschaften müßten sich ihre Verbands- und Tarifmacht aus dem Bereich der Arbeitnehmer, die Arbeitgeber aus dem Bereich der Arbeitgeber verschaffen. Jede Auffassung, die eine wesentliche Stärkung der Verbands- und Tarifmacht der Koalitionen aus dem gegnerischen Bereich anerkenne, verlasse das Leitbild, von dem Art. 9 Abs. 3 GG ausgehe, daß nämlich die Koalitionen frei und gegnerunabhängig sein müßten und daß nur die Innehaltung dieser Grundsätze zu einem sinnvollen Gleichgewicht der Kräfte und einer etwaigen Sozialpartnerschaft

führe. Differenzierungsklauseln aller Art bewirkten eine wesentliche Stärkung der Gewerkschaftsmacht mit Hilfe der Arbeitgeber und führten zu einer erheblichen Potenzierung der Faktoren, die Art. 9 Abs. 3 GG für die Verbandsbildung und die daraus folgende Tarifmacht zugelassen habe; das sei eine Verfälschung des Leitbildes, daß Gewerkschaften als Interessenverbände frei und gegnerunabhängig gebildet seien und aus eigener Kraft sich dem Gegner gegenüber durchsetzen müßten. Deshalb sei die Verbands- und Tarifmacht der Gewerkschaft dort beschränkt, wo sie die Arbeitgeberseite tarifvertraglich in einem wesentlichen oder für die Arbeitgeberseite unzumutbaren Umfang in ihre verbandspolitischen Dienste nehmen wolle (vgl. Mayer-Maly, Sozialpartnerparität als Verfassungsgebot, in Gedächtnisschrift Hans Peters, 1967, S. 938 ff.).

b) Es kann dahinstehen, ob dieser Ansicht in vollem Umfang zu folgen ist. Nach den allgemeinen Maßstäben der Gerechtigkeit ist es einer Arbeitgeberkoalition aber jedenfalls nicht zuzumuten, sich in einer solchen Weise in die Dienste des Koalitionsgegners spannen zu lassen, wie es in den bisher bekannt gewordenen und erörterten Differenzierungsklauseln geschehen soll. 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. Die rechtliche Sonderstellung, die der Organisierte nach § 4 Abs. 1, Abs. 3 - 5 TVG genießt, tritt demgegenüber oft in den Hintergrund. Die faktische Gleichbehandlung der Organisierten und Außenseiter führt nicht nur dazu, daß in vielen Fällen der Außenseiter auf das tarifliche Lohnniveau der Organisierten angehoben wird, sondern bringt es in ähnlicher Weise unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit auch mit sich, daß der Organisierte zusammen mit den Außenseitern ein einheitliches übertarifliches Lohnniveau erreicht. Für die Arbeitgeberseite ist es auch durchaus legitim, wenn sie sich darauf beruft, sie müsse dieser Entwicklung Rechnung tragen; anderenfalls setze sie den optimalen unternehmerischen Erfolg aufs Spiel. Wenn die Arbeitgeberseite diesen Erfolg mittels Gleichbehandlung der Organisierten und Außenseiter anstreben will oder gar anzustreben gezwungen ist, so darf sie diesem Ziel nach den Maßstäben der sachgerechten Güterabwägung den Vorrang vor der Rücksichtnahme auf die Belange des Sozialpartners geben. Sie braucht ihre ureigensten Interessen nicht zurückzustellen.

c) Man mag de lege ferenda für das Verhältnis zwischen Gewerkschaft und Außenseitern in Betracht ziehen, daß ein Beitrag der Außenseiter für die Inanspruchnahme der gewerkschaftlich errungenen tariflichen Leistungen der Sache nach gerecht und billig erscheinen könnte. Aber es ist dennoch keinem Arbeitgeber zuzumuten, diesen Beitrag ohne gesetzliche

Ermächtigung in der undurchsichtigen Verpackung einer Differenzierung des Urlaubsgeldes oder ähnlicher tariflicher Leistungen zu erheben. Der Arbeitgeber, der auf diese Weise zu differenzieren versucht, wird das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden besonders verletzen und in vielen Fällen Gefahr laufen, daß der Betriebsfrieden und der unternehmerische Erfolg Schaden nehmen. Daß die in den vorliegenden Tarifwerken beabsichtigte Differenzierung deshalb etwas weniger deutlich in das Blickfeld der Außenseiter tritt, weil sie unter Einschaltung eines - aus Zweckmäßigkeitsgründen gar nicht recht zu erklärenden - Treuhandkontos geschehen soll, macht sie für die Arbeitgeberseite ebenfalls nicht zumutbar. Denn die von den Arbeitgebern finanzierte Differenzierung wird auch in diesen Fällen den Außenseitern bekannt und von ihnen als ungerecht empfunden.

d) Es ergibt sich somit, daß die Verbands- und Tarifmacht nicht so weit reicht, um im Interesse der Stärkung der Organisation der Gewerkschaften und im Interesse der finanziellen Entlastung der Gewerkschaften und der Organisierten tarifvertraglich die Außenseiter anders zu behandeln als die Organisierten; die Tarifmacht der Koalition kann auch im Wege der Rechtsfortbildung nicht entsprechend ausgedehnt werden.

VIII. Ungültigkeit der hier streitigen Differenzierungsklauseln wegen Verstoßes gegen das Individualgrundrecht der Koalitionsfreiheit.

1. Die Funktionsgarantie der Koalitionen verpflichtet diese nicht nur zur Beachtung des vom einfachen Gesetzgeber gesetzten Rechts, sondern erst recht zur Beachtung der Grundrechte. Da es nach dem bisher Ausgeführten neben der Funktionsgarantie der Koalitionen das - positive und negative - Individualgrundrecht der Koalitionsfreiheit gibt, sind Kollisionen zwischen der Kollektiv- und Individualgarantie möglich. In Fällen einer solchen Kollision muß abgewogen werden, welche der kollidierenden Garantien den Vorrang verdient.

2. Zu einem ähnlich gelagerten Kollisionsfall hat sich der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts bereits geäußert. Er hat zur Frage der Zulässigkeit der gewerkschaftlichen Werbe- und Propagandatätigkeit in dem Urteil vom 14. Februar 1967 - 1 AZR 494/65 - BAG 19, 217 ff. = AP Nr. 10 zu Art. 9 GG (zu 2 c) - ausgeführt, die aus der Bestands- und Funktionsgarantie folgende Befugnis der Gewerkschaften, in den Betrieben um Mitglieder zu werben, müsse vor der negativen Koalitionsfreiheit des einzelnen haltmachen. Nach dem Gesamtsinn der Begründung des Urteils des Ersten Senats vom 14. Februar 1967 ist das dahin zu verstehen, daß gesetzesgerecht und sozialadäquate Werbung durch die Funktionsgarantie der Koalitionen gedeckt sei und die negative Koalitionsfreiheit nicht verletze, eine gesetzwidrige, bedrängende, unzumutbare oder sonstwie sozialadäquate Werbung jedoch nicht mehr den Schutz der Funktionsgarantie der Koalitionen genieße und gegen die negative Koalitionsfreiheit verstoße.

Der Erste Senat hat mit dieser Abgrenzung den richtigen Maßstab für die Prüfung des Verhältnisses zwischen der Funktionsgarantie der Koalitionen und dem Individualgrundrecht der Koalitionsfreiheit gefunden. Derselbe Maßstab muß angelegt werden, wenn im Interesse der Selbsterhaltung der Gewerkschaften Differenzierungsklauseln mit tariflichen Mitteln durchgesetzt werden sollen.

3. Wie schon erörtert, gewährleistet die Funktionsgarantie den Koalitionen nur einen Kernbereich der Tarifautonomie, bei deren näherer Ausgestaltung und Regelung der einfache Gesetzgeber einen weiten Spielraum hat (BVerfGE 20, 312 [317] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C I]). Deshalb hat der einfache Gesetzgeber das Recht, die Koalitionen zu verpflichten, bei ihrer Betätigung auf dem Sektor der Tarifautonomie die allgemeinen Gesetze zu beachten, soweit diese ihrerseits nicht gegen den Kernbereich der Funktionsgarantie verstoßen, und deshalb gelten mit dieser Maßgabe die allgemeinen Gesetze auch für die Betätigung der Koalitionen. Aus der Sozialstaatsklausel des Art. 20 Abs. 1 GG folgt zusätzlich, daß die Koalitionen sich bei ihrer Betätigung auf dem Sektor der Tarifautonomie nicht sozialinadäquat verhalten dürfen; sie dürfen 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 (vgl. Gerhard Müller in: Im Dienste der Sozialreform [Festschrift für Karl Kummer], 1965, S. 369 [382 - 385] und in RdA 1964, 121 [127, 128]; darüber, daß die Betätigungsfreiheit der Koalitionen ihre Grenze an den Rechten anderer, an der verfassungsmäßigen Ordnung und am Sittengesetz gemäß Art. 2 Abs. 1 GG findet, vgl. Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, s. 148 ff.; vgl. auch Monjau, Schutz der sogenannten negativen Koalitionsfreiheit, in: Staat und Gesellschaft, Festgabe für Günther Küchenhoff zum 60. Geburtstag, 1967, S. 121 [131, 132 zu X 5, 6]).

4. Für das Individualgrundrecht der Koalitionsfreiheit ergibt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß dieses Recht legitimen und sozialadäquaten Druck hinnehmen muß (vgl. vor allem BVerfGE 20, 312 [321, 322] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [zu C III]). Es genießt deshalb den Schutz aus Art. 9 Abs. 3 GG einschließlich des Satz 2 nur vor illegalem und sozialinadäquatem Druck (vgl. oben Teil IV zu VI 6 der Gründe dieses Beschlusses).

5. Wägt man nach den soeben erörterten Maßstäben ab, ob die Funktionsgarantie der Gewerkschaft an dem Individualgrundrecht der - positiven oder negativen - Koalitionsfreiheit scheitert, so ergibt sich folgendes:

- a) Für die sogenannten beschränkten Differenzierungsklauseln und beschränkten Spannenklauseln, die sich auch gegen in anderen Gewerkschaften organisierte Arbeitnehmer richten, ist davon auszugehen, daß nach herrschender Ansicht anders Organisierte den Schutz der positiven Koalitionsfreiheit genießen. Abreden, die dieses Recht zu beschränken oder zu behindern suchen, sind nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig (vgl. die Nachweise bei Fechner, Rechtsgutachten zur Problematik der gemeinsamen tariflichen Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 TVG , 1965 , S. 55; Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 163 zu Fußnote 24a; vgl. Gerhard Müller in: Im Dienste der Sozialreform [Festschrift für Karl Kummer], 1965, S. 369 [375] und RdA 1964, 121 [123]; vgl. auch das Urteil des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Februar 1967 - 1 AZR 494/65 - BAG 19, 217 [226] = AP Nr. 10 zu Art. 9 GG [zu 2 a]). Gamillscheg (Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 65 - 68) und Brox-Rüthers (Arbeitskampfrecht, 1965, S. 138) dagegen leugnen, daß in solchen Fällen eine sozialinadäquate Einschränkung oder Behinderung vorliege. Inwieweit diese Argumente durchgreifen, wird sogleich erörtert.
- b) Die nicht Organisierten genießen nach der vom Großen Senat vertretenen Ansicht den Schutz der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GG . Auch hier ergibt sich, wie bei den anders Organisierten, die Frage, ob die Differenzierungsklauseln für sie eine sozialinadäquate Einschränkung oder Behinderung bedeuten und deshalb dahingehende tarifliche Absprachen nichtig wären (Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ).
- c) Man wird, wie bereits erörtert (vgl. oben Teil IV, V 6 der Gründe dieses Beschlusses), nicht bereits jeden Druck als Verletzung der positiven und negativen Koalitionsfreiheit ansehen dürfen. Es gibt im täglichen Leben in vielfältiger Beziehung einen sozialinadäquaten Druck, der rechtswidrig und zu mißbilligen ist, auf den man dann auch ohne weiteres empfindlich reagieren darf. Das ist ersichtlich auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 20, 312 [322] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG [C III], das, wenn auch mit anderen Worten, einen "gewissen sozialadäquaten Druck" noch als zulässig hinnimmt. Auf ähnliche Vorstellungen hat im Interesse eines sinnvollen Lebens innerhalb einer Gemeinschaft auch der Strafgesetzgeber für die Straftatbestände der Nötigung und Erpressung in § 240 Abs. 2 und § 253 Abs. 2 StGB für die Abgrenzung von straflosem Druck und strafbarem Druck nicht verzichten können.
- d) Während des 46. Deutschen Juristentages und in der anschließenden literarischen Diskussion ist darüber gestritten worden, ob die Differenzierungsklauseln einen massiven Druck (so Hueck-Nipperdey, aaO, II 1, S. 166) oder einen leisen, milden Druck (so Gamillscheg, Die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen gewerkschaftlicher Anerkennungsforderungen [Vortrag vor Gewerkschaft Textil-Bekleidung],

1965, S. 29) darstellen. Wie sich die Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern in den im vorliegenden Fall streitigen Tarifwerken auf die Höhe des Urlaubsgeldes zahlenmäßig auswirkt, steht nicht fest. Das macht es notwendig, die Frage, ob in den Differenzierungsklauseln ein zulässiger - sozialadäquater - oder unzulässiger - sozialinadäquater - Druck enthalten ist, nach allgemeinen Merkmalen zu untersuchen. Dabei muß hingenommen und berücksichtigt werden, daß sich bei den angestrebten Differenzierungen nicht unterscheiden läßt, wieweit sie lediglich eine Anerkennung und einen Ausgleich für die von den Organisierten für die gewerkschaftliche Arbeit erbrachten finanziellen und sonstigen Opfer bewirken sollen und inwieweit sie zum Beitritt zur Gewerkschaft veranlassen wollen. Sie dienen, wenn letztlich auch mit dem Ziel, den Beitritt zu erreichen, ununterscheidbar beiden Zwecken.

e) Daß mit dem Ausgleich ein "leiser, milder Druck" verbunden und bezweckt ist, der den Außenseiter zum Beitritt veranlassen soll, wird auch von Gamillscheg aaO nicht bestritten. Deshalb muß man prüfen, ob dieser mit der gewerkschaftlichen Ausgleichsforderung unstreitig in irgendeinem Umfang verbundene und bezweckte Druck zum Beitritt sozialinadäquat und daher eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit ist. Es kommt dabei nicht auf die Intensität, den Grad des Drucks an, sondern auf die Sozialadäquanz. Einen sozialinadäquaten Druck braucht niemand hinzunehmen, auch wenn die damit verbundene Belästigung verhältnismäßig gering sein sollte. Es gilt nicht anderes als sonst im Rechtsleben: Wie jemand im Gedränge des öffentlichen Verkehrs oder der öffentlichen Verkehrsmittel nach den Vorstellungen der Sozialadäquanz erhebliche Hinderungen der Wegfreiheit, erhebliches körperliches Geschiebe, Gedränge und Gedrücktwerden u.U. hinnehmen muß, genauso wenig braucht er das aus sonstigem Anlaß, zum Beispiel dann, wenn sich ihm jemand auf einer verkehrsarmen Straße ohne vernünftigen Grund und ohne seine Billigung in den Weg stellt oder ihn körperlich bedrängt. Wenn das sozialinadäquat ist, ist es rechtswidrig, und es darf sich jeder dagegen wehren.

f) Ein sozialadäquater Druck ist jedoch in den vorliegenden Fällen gegeben. Wie schon oben (Teil IV zu VII 3 f der Gründe dieses Beschlusses) hervorgehoben wurde, verletzt es das Gerechtigkeitsempfinden gröblich, 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 ebensowenig hinzunehmen brauchen, wie Organisierte es nicht hinzunehmen brauchten, wenn ein Arbeitgeber Nichtorganisierte generell 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.

IX. Zusammengefaßt ergibt sich somit, daß die Tarifmacht die Gewerkschaft nicht berechtigt, vom Arbeitgeberpartner eine Mitwirkung bei der Vorteilsausgleichung zwischen Organisierten und Außenseitern und Unzumutbares für die Beziehungen des Arbeitgebers zu den Außenseitern zu verlangen. außerdem verstoßen Differenzierungen der hier streitigen Art gegen das Individualgrundrecht der positiven und negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG . Das führt dazu, daß Differenzierungsklauseln der hier streitigen Art nicht Gegenstand einer Tarifregelung sein können, weil damit die Tarifmacht überschritten würde. Das gilt gleichermaßen für an die Mitgliedschaft anknüpfende Normen wie für Gestaltungen mittels des schuldrechtlichen oder satzungsrechtlichen Teils eines Tarifvertrages. Damit sind auch Absicherungen durch Spannenklauseln nicht möglich.

Der Große Senat hält es nicht für erforderlich, noch auf die sonstigen Gründe einzugehen, die oben in Teil IV zu II und III der Gründe dieses Beschlusses als Argumente für und gegen die Differenzierungsklauseln angeführt worden sind. Er ist vielmehr der Ansicht, daß die erörterte Beschränkung der Tarifmacht und die erörterte Verletzung des Individualgrundrechts der Koalitionsfreiheit die entscheidenden rechtlichen Argumente gegen die Zulässigkeit der hier streitigen Differenzierungs- und Spannenklauseln darstellen; alle anderen Gründe, die gegen die Zulässigkeit der Differenzierungsklauseln angeführt worden sind, sind letzten Endes in ihrem Gewicht und ihrer Überzeugungskraft davon abhängig, wie weit die Tarifmacht reicht, inwieweit das Individualgrundrecht der Koalitionsfreiheit geschützt ist und inwieweit dieses Grundrecht zum Prüfstein eines freiheitlichen Rechtsstaates gemacht werden darf. Dem Großen Senat kam es deshalb besonders darauf an, die Grenzen der Tarifmacht sowie das Gewicht und die Bedeutung des Individualgrundrechts der Koalitionsfreiheit zum tragenden Element seiner Entscheidung zu erheben.

Teil V: Eine Beantwortung der Fragen 5 und 6 entfällt.

Wie in Teil II zu 5 b, c und d der Gründe dieses Beschlusses bereits ausgeführt ist, sind die Fragen 5 und 6 nur für den Fall gestellt, daß der Große Senat Differenzierungen im Sinne der Fragen 2 und 4 für zulässig erachtet und die Frage 3 beantwortet. Da der Große Senat Differenzierungen im Sinne der Fragen 2 und 4 jedoch für unzulässig erklärt und die Frage 3 nicht beantwortet hat, entfällt eine Beantwortung der Fragen 5 und 6.