

## § 1 Einleitung

### A. Einführung

Der einzelne Arbeitnehmer begegnet seinem Arbeitgeber nur selten in jeglicher Hinsicht auf Augenhöhe. In diesem Ungleichgewicht wird der Arbeitgeber als die im Arbeitsrecht typisiert überlegene Partei angesehen. Im 19. Jahrhundert bildeten sich die ersten Gewerkschaften, die dem Arbeitgeber als Kollektiv entgegengetreten sind. Durch die gebündelte Schlagkraft konnten verbesserte Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durchgesetzt werden, von der die gesamte Arbeitnehmerschaft profitierte. Noch heute prägen überwiegend Tarifverträge die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten. 45 % der Arbeitsverhältnisse werden normativ oder im Wege einer Bezugnahme durch Verbandstarifverträge geregelt, für 10 % gelten Firmentarifverträge und weitere 15 % der Arbeitsverhältnisse sind an Tarifwerke angelehnt.<sup>1</sup> Demgegenüber beträgt der Organisationsgrad der Arbeitnehmer nur ca. 18 %.<sup>2</sup> Die Gewerkschaften müssen im Angesicht des geringeren Mitgliederbestands um ihre Schlagkraft fürchten. Finanzielle Anreize bewirken oftmals Wunder. In diesem Sinne versuchten die Gewerkschaften in der jüngeren Vergangenheit mit Bonusleistungen für Gewerkschaftsmitglieder die Organisation zu beleben. Dieses Vorgehen ist nicht neu, tarifvertragliche Differenzierungsklauseln sind fast so alt wie die Gewerkschaften selbst. Nichtsdestotrotz dauert der Streit um deren Zulässigkeit und Reichweite noch an. Ziel dieser Arbeit ist es nicht, tarifvertragliche Differenzierungsklauseln umfangreich zu untersuchen und einen weiteren Beitrag zu diesem klassischen Thema zu leisten. Angeregt von der Entscheidung des BAG vom 21.5.2014<sup>3</sup> soll vielmehr der aktuelle Stand aufgegriffen und darauf aufbauend untersucht werden, ob eine Differenzierungsabrede im außertariflichen Bereich zulässig ist. Dabei kommt dem Einsatz eines „Dritten“ eine besondere Bedeutung zu, da erst dieser eine Auslagerung aus dem Verhältnis der Tarifvertragsparteien ermöglicht. Diese neue Erscheinungsform eines althergebrachten Differenzierungsmodells kann die gewünschte Möglichkeit bieten, Außenseiter effektiv von der Leistung auszuschließen und damit einen wirksamen Beitrittsanreiz zu schaffen.

---

<sup>1</sup> Dazu *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 500.

<sup>2</sup> Laut BT-Drucks. 17/2600, S. 326 f., Rn. 901 ff. waren 2007 nur 17 % der Arbeitnehmer in Gewerkschaften organisiert. Aktuell soll der Organisationsgrad der Arbeitnehmer bei 18 % liegen, BKS/*Berg*, Grundlagen Rn. 176; *Junker*, GK Arbeitsrecht, Rn. 484 geht von rund 17 % aus. Zur abnehmenden Tarifbindung siehe *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1, 2; *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, S. 18 ff. Siehe auch *Seiwert*, RdA 2014, 358 ff.

<sup>3</sup> BAG vom 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

**B. Gang der Darstellung**

Um das Fundament für die eigentliche Untersuchung zu schaffen, ist es zunächst erforderlich, die verschiedenen „klassischen“ Differenzierungsklauseln vorzustellen (§ 2 A.), die Entscheidung des Großen Senats zur (Un-)Zulässigkeit dieser (§ 2 B.) sowie die anschließende Rechtsprechung darzustellen (§ 2 C. I., II.) und sodann die maßgeblichen Einzelaspekte kritisch zu betrachten (§ 2 C. III.). Erst auf dieser Grundlage kann eine aussagekräftige Untersuchung von neuen Erscheinungsformen einer Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit erfolgen. Nach der Darstellung des „Opel-Falls“ (§ 3 A. I.) werden die wesentlichen Begriffe sowie die rechtliche Konstruktion der außertariflichen Differenzierung vorgestellt (§ 3 A. II.). Die Zulässigkeit der einfachsten Differenzierungsmöglichkeit wird zu Beginn der Hauptuntersuchung erörtert (§ 3 B.). Dem schließt sich die Untersuchung an, ob Außenseiter an der exklusiv zugeordneten Leistung teilhaben können (§ 3 C.). Nach dem Vorbild qualifizierter Differenzierungsklauseln werden daran angelehnte Konstruktionen auf ihre Zulässigkeit untersucht (§ 3 D.). Den Abschluss dieser Arbeit bildet die Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse (§ 4).

## § 2 Bestandsaufnahme und Grundlagen

Bereits mit dem Beginn gewerkschaftlicher Organisation mussten sich Rechtswissenschaftler und Arbeitsgerichte mit Differenzierungen zwischen organisierten Arbeitnehmern und sogenannten Außenseitern (nicht- oder andersorganisierte Arbeitnehmer) befassen.<sup>1</sup> Die Gewerkschaften vereinbarten in den Tarifverträgen Regelungen, die erkämpfte Vorteile allein Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten sollten. Einen vorläufigen Schlusspunkt konnte der Große Senat des BAG mit seiner Entscheidung vom 29.11.1967<sup>2</sup> setzen, dessen ablehnende Entscheidung der Differenzierungspraxis einen Riegel vorschob.<sup>3</sup> Trotz teils heftiger und scharfer Kritik am Verdikt des Großen Senats nahmen die Gewerkschaften von Differenzierungsklauseln Abstand, es wurde in der arbeitsgerichtlichen Praxis ruhig um sie. Erst in der jüngeren Vergangenheit haben Gewerkschaften erneut begonnen, Bonusleistungen für ihre Mitglieder zu fordern und in Tarifverträgen einzubringen. Damit waren Differenzierungsklauseln zu Beginn des neuen Jahrtausends wiederbelebt.<sup>4</sup> Als Gründe dafür können der niedrige Organisationsgrad der Arbeitnehmer sowie eine zunehmende Gewerkschaftskonkurrenz angesehen werden. Differenzierungsklauseln werden vor diesem Hintergrund als Werkzeug genutzt, um erkämpfte Vorteile den eigenen Mitgliedern vorzubehalten und so Arbeitnehmer zum Gewerkschaftsbeitritt zu bewegen. Da Differenzierungsklauseln in Anbetracht der Entscheidung des Großen Senats als gänzlich unzulässig angesehen wurden,<sup>5</sup> verwundert es nicht, dass sich Rechtsprechung und Literatur alsbald erneut mit Differenzierungsklauseln zu beschäftigen hatten. Die dazu ergangenen Urteile lassen eine Rechtsprechungsänderung erkennen. Das BAG hat durch die jüngeren Entscheidungen einen Spielraum für Differenzierungen aufgrund der Gewerkschaftszugehörigkeit eröffnet, indem es einfache Differenzierungsklauseln als zulässig angesehen hat. Hinsichtlich der sogenannten Spannenklausel blieb der Vierte Senat der Linie des Großen Senats im Ergebnis treu. Abseits der „klassischen“ Differenzierungsklauseln haben sich die Arbeitsgerichte in der jüngeren Vergangenheit mit Differenzierungsregelungen befassen müssen, die über eine Stichtagsregelung zwischen verschiedenen Arbeitnehmergruppen unterschieden haben oder bei de-

---

<sup>1</sup> Ausführlich und differenziert zum Begriff des Arbeitnehraußenseiters *Wietfeld*, Spartenarbeitskampf, S. 28 ff.

<sup>2</sup> *BAG GS* vom 29.11.1967 – GS 1/67, BAGE 20, 175.

<sup>3</sup> Vgl. *Arnold*, in: FS Picker, S. 873, 874; *Däubler-TVG/Heuschmid*, § 1 Rn. 1058.

<sup>4</sup> Vgl. *Richard/Bayreuther*, Kollektives Arbeitsrecht, § 6 Rn. 69; *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 38.

<sup>5</sup> *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 101; vgl. *Hanau*, in: FS Hromadka, S. 115, 119; *Kocher*, NZA 2009, 119. A.A. *Däubler*, BB 2002, 1643 ff.

nen ein Dritter für die Abwicklung eingesetzt wurde.<sup>6</sup> Es hat sich zudem gezeigt, dass Differenzierungsklauseln häufig in Fällen der Unternehmenssanierung vereinbart werden konnten.<sup>7</sup>

## A. Differenzierungsklauseln

Bereits mit dem Beginn der gewerkschaftlichen Zusammenschlüsse und dem Abschluss erster Tarifverträge stellte sich die Frage, wie mit nichtorganisierten Arbeitnehmern umzugehen ist.<sup>8</sup> Das deutsche Koalitionsrecht beruht auf dem Prinzip der Mitgliedschaft.<sup>9</sup> Das heißt, die tarifvertraglichen Regelungen erfassen allein die Mitglieder der Tarifvertragsparteien. Nicht- oder Andersorganisierte kommen demnach grundsätzlich nicht in den Genuss der erkämpften Vorteile, §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG. Dennoch befürchteten bereits die ersten Gewerkschaften, dass Außenseiter durch entsprechende Vereinbarungen mit den Arbeitgebern zu gleichen Bedingungen wie die organisierten Arbeitnehmer beschäftigt würden.<sup>10</sup> Daran anknüpfend begannen die Gewerkschaften bereits im 19. Jahrhundert, Klauseln in Tarifverträgen zu formulieren, die die von ihnen durchgesetzten Arbeitsbedingungen und Vorteile ihren Mitgliedern vorbehalten sollen.<sup>11</sup> Für diese Klauseln hat sich der Oberbegriff „Differenzierungsklausel“ herausgebildet.<sup>12</sup> Die einzelnen Klauseln unterscheiden sich in ihrer Wirkungsweise und werden dementsprechend abweichend betitelt. Im Folgenden werden die verschiedenen „klassischen“ Differenzierungsklauseln kurz vorgestellt.

### I. Einfache Differenzierungsklauseln

Die simpelste Unterscheidung anhand der Gewerkschaftszugehörigkeit bildet die sogenannte einfache Differenzierungsklausel. Diese macht die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu einem anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmal. Das heißt, dass nur derjenige in den Genuss der Leistung kommt, der Gewerkschaftsmitglied ist und damit den Tatbestand erfüllt. Die einfache Differenzie-

---

<sup>6</sup> Zu Fällen der „Binnendifferenzierung“ siehe *BAG* vom 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388. Zum Einsatz eines gewerkschaftsnahen Vereins, *BAG* vom 21.5.2014 – 4 AZR 50/13, NZA 2015, 115.

<sup>7</sup> Vgl. *BKS/Dierßen*, § 3 Rn. 188.

<sup>8</sup> *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 37.

<sup>9</sup> Ausführlich *Waltermann*, Differenzierungsklauseln, S. 17 ff.

<sup>10</sup> *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 37.

<sup>11</sup> *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 38.

<sup>12</sup> *Däubler/Heuschmid*, RdA 2013, 1.