

HSI-Schriftenreihe
Band 35

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Thorsten Kingreen

Exklusive
Tariföffnungsklauseln

**Einfach-rechtliche Ausgestaltung und
verfassungsrechtliche Zulässigkeit**

Thorsten Kingreen

Exklusive Tariföffnungsklauseln

Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit

HSI-Schriftenreihe
Band 35

Thorsten Kingreen

Exklusive Tariföffnungsklauseln

Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2020 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2020

ISBN 978-3-7663-7059-4

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Die Koalitionsfreiheit ist eine zentrale Säule für die Ausgestaltung der Arbeitsbeziehungen und für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Grundlage der Möglichkeit zur gleichrangigen Einflussnahme auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Dass sie verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG verankert ist, ist auch den Vorarbeiten Hugo Sinzheimers für die Weimarer Reichsverfassung zu verdanken.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Erosion der Tarifbindung insbesondere in der Fläche hat die rechtspolitische Debatte dazu, wie die Tarifautonomie als Bestandteil der Koalitionsfreiheit gestärkt werden kann, an Fahrt aufgenommen. Da das Absinken der beiderseitigen Tarifbindung strukturelle Gründe hat, bedarf es einer Neujustierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für eine funktionierende Tarifautonomie. Vorschläge hierfür sind u.a. Möglichkeiten für die Tarifparteien, Vorteile aus Tarifverträgen den Mitgliedern der Verbände vorzubehalten und Mitgliedsbeiträge steuerlich zu privilegieren (vgl. bereits Band 27 dieser Schriftenreihe).

Wenn es darum geht, die Vorteile der Tarifautonomie exklusiv den tarifgebundenen Parteien zu sichern, ist das Verhältnis von positiver und negativer Koalitionsfreiheit von entscheidender Bedeutung. Hierzu nimmt das vorliegende Gutachten Stellung, auch unter Einbeziehung des europarechtlichen Rahmens. Die Analyse macht deutlich, dass der Gesetzgeber aufgrund des geringeren Schutzes der negativen Koalitionsfreiheit Spielraum hat, Tarifvertragsparteien zu privilegieren.

Das Gutachten behandelt dabei das Beispiel von Tariföffnungsklauseln. Hierbei geht es um die Befugnis der Tarifvertragsparteien, gesetzlich geregelte Arbeitsbedingungen branchen- oder firmenspezifisch auszugestalten, auch zu modifizieren. Solche Spielräume für zugeschnittene Kompromisse machen Tarifbindung gerade für Arbeitgeber attraktiv. Doch nach der bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung profitieren von Tariföffnungsklauseln auch Arbeitgeber, die selbst gar nicht tarifgebunden sind und ihren Belegschaften die Vorteile einer Tarifbindung nicht gewähren. „Exklusive Tariföffnungsklauseln“ ausschließlich für tatsächlich tarifgebundene Arbeitgeber würden diese Art des Rosinenpickens verhindern und nur denjenigen arbeitsrechtliche Spielräume einräumen,

die sich selbst Tarifverhandlungen stellen oder Mitglied im Arbeitgeberverband sind oder werden.

Das vorliegende Gutachten räumt die an dieser gesetzlichen Ausgestaltung geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken aus und zeigt somit Handlungsspielräume des Gesetzgebers zur Stärkung der Tarifautonomie auf. Dabei werden dort, wo es um Arbeitnehmerschutz geht, auch die Grenzen von Öffnungsklauseln aufgezeigt.

Eine anregende Lektüre wünscht

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Wenckebach', with a large, stylized initial 'J'.

Dr. Johanna Wenckebach

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
A. Problemaufriss	9
I. Mitgliedschaft als Fundament der Koalitionsfreiheit und Legitimation der Tarifverträge	9
II. Nichtmitglieder als „Free-Rider“ der Tarifautonomie: Problem und Lösungsstrategien.....	11
1. Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen	11
2. Gesetzliche Tariföffnungsklauseln.....	12
III. Fragestellungen.....	14
B. Bestand und Typologie der Tariföffnungsklauseln	15
I. Tariföffnungsklauseln ohne Erstreckungsklausel	15
1. § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 BetrVG.....	16
2. § 9a Abs. 6 TzBfG.....	17
II. Tariföffnungsklauseln mit Erstreckungsklausel.....	17
1. Abweichungsbefugnis nur aufgrund von Betriebs- oder Dienstvereinbarungen	18
a) § 1 Abs. 1b AÜG	18
b) § 82 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III	19
2. Abweichungsbefugnis durch Individualarbeitsverträge	20
a) § 7 Abs. 3 und § 12 S. 2 ArbZG	20
b) § 4 Abs. 4 EntgFG	21
c) § 13 Abs. 1 BUrlG	21
d) § 622 Abs. 4 BGB.....	21
e) § 20 Abs. 2 BetrAVG	22
III. Zusammenfassung	23
C. Der Rechtsrahmen des höherrangigen Rechts	24
I. Europäisches Unionsrecht	24
1. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV.....	24
2. Unionsgrundrechte	25
a) Rechtsprechung des EuGH zur negativen Koalitionsfreiheit	25

b) Der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte	28
aa) Unionsrechtlich determiniertes Recht	28
bb) Unionsrechtlich nicht determiniertes Recht.....	29
cc) Konsequenzen für den Prüfungsmaßstab bei exklusiven Tariföffnungsklauseln.....	31
II. Art. 11 EMRK.....	32
III. Fazit: Die Grundrechte des Grundgesetzes als primärer Prüfungsmaßstab	33
D. Verfassungsmäßigkeit von exklusiven Tariföffnungsklauseln	34
I. Berufsbezogene Vertragsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG.....	34
II. Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG	38
1. Bestandsaufnahme: Zur grundrechtlichen Verortung des Fernbleiberechts	39
2. Fokussierung auf die Eingriffs- und Rechtfertigungsdogmatik des Fernbleiberechts	44
a) Differenzierungen zwischen Grundrechten mit und ohne Gesetzesvorbehalt	45
b) Die Koalitionsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht.....	45
c) Unterscheidung zwischen externen und internen legitimen Zielen.....	47
d) Fazit	50
3. Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Beurteilung der exklusiven Tariföffnungsklauseln.....	51
a) Ausgestaltung, nicht Eingriff: Exklusive Tariföffnungs- klauseln in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	51
b) Grenzen der Befugnis des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Tarifautonomie	55
III. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG.....	58
E. Arbeitnehmer schützende Regelungen in gesetzlichen Öffnungsklauseln	59
F. Zusammenfassung in Thesenform	62
Literaturverzeichnis	67

A. Problemaufriss

I. Mitgliedschaft als Fundament der Koalitionsfreiheit und Legitimation der Tarifverträge

Die in Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 12 Abs. 1 GRCh und Art. 11 EMRK gewährleistete Koalitionsfreiheit beinhaltet das individuelle Recht, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände als sog. Koalitionen zu gründen. Zugleich schützt sie die kollektive Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände als Betätigungsfreiheit.

Die Koalitionen sind mitgliedschaftlich verfasst. Die individuelle Koalitionsfreiheit schützt das Recht des einzelnen Arbeitnehmers und Arbeitgebers, Mitglied der jeweiligen Koalition zu werden, und die kollektive Koalitionsfreiheit garantiert Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden den Abschluss von Tarifverträgen,¹ die grundsätzlich nur deren Mitglieder berechtigen und verpflichten. Tarifverträge sind als Ausfluss kollektiv ausgeübter Privatautonomie² in einer Zwischenschicht zwischen staatlicher Arbeitsgesetzgebung und Individualarbeitsvertrag angesiedelt. In dieser Zwischenschicht bündeln nicht nur die Koalitionen, sondern auch andere private Verbände und Vereine die Interessen von Mitgliedern und bringen diese im Fall von Konflikten zum Ausgleich. Von den öffentlich-rechtlichen Korporationen (Universitäten, Kammern, Sozialversicherungsträgern) unterscheiden sie sich dadurch, dass die Mitgliedschaft nicht gesetzlich angeordnet wird, sondern auf einer privatautonomen Entscheidung beruht, die dementsprechend revidierbar ist.³

Im Verhältnis zur staatlichen Gesetzgebung wird die Tarifautonomie ähnlich begründet wie die individuelle Privatautonomie. Die „unmittelbar Betroffenen“ könnten, so das Bundesverfassungsgericht, „besser wissen und besser aushandeln [...], was ihren beiderseitigen Interessen und dem gemeinsamen Interesse

¹ BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (367); BVerfG 10.1.1995, BVerfGE 92, 26 (38).

² Vgl. etwa BAG 25.2.1998, BAGGE 88, 118 (123); BAG 7.6.2006, BAGGE 118, 232 (239) sowie aus dem Schrifttum etwa *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 57 ff. und *Dieterich*, FS Schaub, 1998, S. 117 ff; kritisch *Däubler*, KJ 2014, 372 (374 ff.).

³ Zum Verfassungsrecht der Zwischenschicht näher *Kingreen*, JöR 65, 2017, S. 1 ff.

entspricht, als der demokratische Gesetzgeber“⁴. Anders als im Individualarbeitsvertrag können aber durch kollektivvertragliche Regelungen Machtungleichgewichte vermieden werden: Das System der Tarifautonomie „ist gerade darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.“⁵ Im Gegensatz zu Individualverträgen enthalten Tarifverträge gemäß § 1 TVG „Rechtsnormen“ und damit Regelungen genereller Natur, die unabhängig vom Willen einzelner Mitglieder Geltung beanspruchen. Die Tarifvertragsparteien setzen gemeinsam Recht, mit Geltung nicht nur für die jeweils eigenen, sondern auch für die Mitglieder der Gegenseite.⁶

Die grundrechtlich fundierte (also nicht gesetzlich angeordnete) Mitgliedschaft ist damit nicht nur konstitutiv für die Koalitionsfreiheit, sondern sie legitimiert auch die Rechtsetzung in Form von normativ wirkenden Tarifverträgen. Die Legitimation tarifvertraglicher Normsetzung ist also nicht im Sinne des Demokratieprinzips (Art. 20 Abs. 2 GG) auf das Gesamtvolk bezogen, sondern nur auf die Mitglieder der Koalitionen, die von ihrem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG Gebrauch gemacht haben (sog. Tarifgebundenheit, vgl. § 3 TVG).⁷ Art. 9 Abs. 3 GG legitimiert damit eine kollektivvertragliche Rechtsetzung auch im Verhältnis zu Mitgliedern, die mit einzelnen Regelungen nicht einverstanden sind, hingegen nicht im Verhältnis zu Nicht-Mitgliedern. Nicht-Mitglieder können ohne eigenen Vertragsabschluss in den Anwendungsbereich eines Tarifvertrages nur durch eine ministerielle Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 TVG) einbezogen werden; insoweit ergänzt also die demokratische Legitimation des Ministers die mitgliedschaftliche Legitimation der Tarifvertragsparteien.⁸ Schließlich ordnet der Gesetzgeber eine normative Wirkung bestimmter Tarifregelungen für Nicht-Mitglieder auf Arbeitnehmerseite an, soweit es sich um Betriebsnormen und betriebsverfassungsrechtliche Normen handelt. Diese setzen für ihre verbindliche Geltung lediglich die Tarifgebundenheit auf Arbeitgeberseite voraus (vgl. § 3 Abs. 2 TVG).

⁴ BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 307 (317).

⁵ BVerfG 14.11.2018, NZA 2019, 112 (112); zur „Machtkontrolle durch Gegenmacht“ etwa *Kocher*, in: Möslein (Hrsg.), *Private Macht*, 2016, 241 (253 ff.).

⁶ Dazu *Hänlein*, *Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht*, 2001, S. 40 f.

⁷ In diesem Sinne BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 (347 f.).

⁸ Dazu grundlegend BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 (347 ff.).

II. Nichtmitglieder als „Free-Rider“ der Tarifautonomie: Problem und Lösungsstrategien

Im Regelfall begründet, legitimiert und begrenzt also die Mitgliedschaft in Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden die Tarifautonomie. Zwar kann der einzelne Arbeitgeber auch selbst Tarifvertragspartei sein (vgl. §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG). Es gibt also auch tarifgebundene Arbeitgeber, die nicht in einem Arbeitgeberverband organisiert sind. Große praktische Bedeutung hat das aber nicht, denn Firmentarifverträge erfassen nur 2 % der Betriebe und 9 % der Beschäftigten. Im Jahre 2018 galt für 48 % der Beschäftigten überhaupt kein Tarifvertrag.⁹ Die Parteien eines Individualarbeitsvertrages können allerdings unter bestimmten Voraussetzungen einzelne oder auch alle Inhalte tarifvertraglicher Regelungen freiwillig auch dann zum Gegenstand ihrer Abreden machen, wenn sie selbst nicht Mitglieder einer Koalition sind, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat, und auch selbst nicht Tarifvertragspartei sind. Die Rechtsnormen des Tarifvertrages können m.a.W. einzelvertraglich auch auf Nichtmitglieder ausgedehnt werden. Tarifverträge bzw. einzelne aus ihnen oftmals selektiv herausgepickte Regelungen sind damit nur de iure, aber nicht mehr de facto exklusiv. Als „Free-Rider“ profitieren Nicht-Mitglieder ohne eigene Gegenleistung von durch Mitgliedsbeiträgen ermöglichten Flächentarifverträgen; sie stehen also gewissermaßen auf den Trittbrettern der Koalitionen.¹⁰ Der Anreiz, Koalitionen beizutreten und diese durch Mitgliedsbeiträge zu stärken, entfällt. Das schwächt die Koalitionen als Kollektivvertragsparteien und damit die Tarifautonomie als wesentliches, sozialen Frieden stiftendes Element der bundesrepublikanischen Arbeits- und Sozialordnung.

1. Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen

Es verwundert daher nicht, dass schon in der Weimarer Zeit¹¹ und dann verstärkt seit den 1960er Jahren über Vorteilsregelungen für Mitglieder insbesondere der Gewerkschaften diskutiert wurde.¹² Im Mittelpunkt der Kontroverse standen und stehen nach wie vor sog. Differenzierungsklauseln in Tarifverträ-

⁹ IAB-Forum v. 13.5.2020, S. 4, <https://www.iab-forum.de/tarifbindung-geht-in-west-deutschland-weiter-zurueck/?pdf=15414> (zul. aufgerufen am 30.6.2020).

¹⁰ Zimmer, Gewerkschaften und die Trittbrettfahrer-Problematik: Eine qualitative Analyse gewerkschaftlicher Mitgliedschaftsmotive, 2012.

¹¹ Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 82 f.

¹² Dazu im Rückblick Gamillscheg, NZA 2005, 146; ferner etwa Seiwerth, RdA 2014, 358.

gen, die Begünstigungen der Arbeitnehmer eines tarifgebundenen Arbeitgebers von der Gewerkschaftszugehörigkeit der Arbeitnehmer abhängig machen.¹³

Differenzierungsklauseln verfolgen, so der Große Senat in seinem Beschluss vom 29.11.1967,

„den 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.“¹⁴

Das Bundesarbeitsgericht hat in dieser Entscheidung eine qualifizierte Differenzierungsklausel in Form einer sog. Spannenklausel, die die Gewährung tariflicher Leistungen an Außenseiter zwar nicht untersagte, den Arbeitgeber aber verpflichtete, gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern eine höhere Leistung zukommen zu lassen als Außenseitern, wegen Verstoßes gegen insbesondere die sog. negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) für verfassungswidrig erklärt.¹⁵ Im Gegensatz dazu hält das Bundesarbeitsgericht einfache Differenzierungsklauseln, die Arbeitgeber nicht an einer Übernahme der begünstigenden tarifvertraglichen Regelung auf Außenseiter hindern, für rechtmäßig, weil sich daraus nur ein faktischer Anreiz zum Beitritt, aber kein unzulässiger Druck ergebe, der Gewerkschaft beizutreten.¹⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Linie bestätigt.¹⁷

2. Gesetzliche Tariföffnungsklauseln

Ein weiteres Instrument zur Stärkung der Tarifautonomie sind gesetzliche Regelungen. Zu ihnen zählen neben dem Günstigkeitsprinzip, das Abweichungen vom Tarifvertrag zugunsten von tarifgebundenen Arbeitnehmern erlaubt (vgl. § 4 Abs. 3 TVG), sog. Tariföffnungsklauseln. Diese ermöglichen die Abweichung

¹³ Ausführlich, auch zu den unterschiedlichen Arten der Differenzierungsklauseln *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1061 ff.

¹⁴ BAG 29.11.1967, BAGE 20, 175 (199).

¹⁵ BAG 29.11.1967, BAGE 20, 175; bestätigt durch BAG 23.3.2011, BAGE 137, 231.

¹⁶ BAG 18.3.2009, BAGE 130, 43.

¹⁷ BVerfG 14.11.2018, BVerfG, NZA 2019, 112.

von arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften durch tarifvertragliche Vereinbarungen. Sie können namentlich für Arbeitgeber einen Anreiz setzen, Tarifverträge abzuschließen, da sie die Möglichkeit eröffnen, auf individuelle Bedürfnisse eines einzelnen Betriebs und auf Besonderheiten einer Branche zugeschnittene flexible Regelungen zu finden, die unter Umständen *auch zu Lasten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* wirken können. Das unterscheidet sie von den auf der Arbeitnehmerseite ansetzenden Differenzierungsklauseln und dem Günstigkeitsprinzip, die Abweichungen vom Tarifvertrag ausschließlich zu Gunsten der Arbeitnehmer ermöglichen.

Gesetzliche Tariföffnungsklauseln sind problematisch, wenn sie sog. Erstreckungsklauseln enthalten, die es auch nicht tarifgebundenen Arbeitgebern gestatten, durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen oder Individualverträgen die für sie günstigen Abweichungsmöglichkeiten selektiv herauszupicken. Aus dem als Gesamtpaket vereinbarten Tarifvertrag können dann „maßgeschneiderte“ Arbeitsbedingungen herausgelöst werden, die die Arbeitnehmerseite belasten, ohne dass berücksichtigt wird, dass diese Belastungen Bestandteile eines Kompromisses sind, die durch Begünstigungen für Beschäftigte an anderer Stelle kompensiert wurden. Gesetzliche Tariföffnungsklauseln werden damit zu einem Bumerang: Obwohl sie im Grundsatz die Autonomie der Tarifvertragsparteien stärken sollen, führen sie zu Fliehkräften bei den Arbeitgeberverbänden, weil die Tarifgebundenheit nicht konstitutiv für die Abweichungsbefugnis bezüglich branchen- oder betriebsspezifischen Regelungen ist, die auch Abweichungen zu Lasten der Arbeitnehmerseite enthalten können. Ein weiteres Problem besteht in der Existenz „gelber“, unternehmensnaher Gewerkschaften mit nur wenigen Mitgliedern, die bisweilen „Gefälligkeitstarifverträge“ abschließen.¹⁸ Wenn im Arbeitsvertrag wirksam auf solche Tarifverträge verwiesen wird, kann dies unter dem Strich zu einer Unterschreitung der gesetzlichen Bestimmungen führen.

Diesem negativen Effekt ließe sich erstens durch Tariföffnungsklauseln begegnen, die keine Erstreckungsklauseln haben und damit im Ergebnis nur den tarifgebundenen Arbeitgebern zugutekommen. Sie werden im Folgenden als exklusive Tariföffnungsklauseln bezeichnet. Denkbar wäre es zweitens, in Öffnungsklauseln Regelungen vorzusehen, die sicherstellen, dass tarif- und nicht tarifgebundene Arbeitnehmer gleichbehandelt werden müssen, oder die regeln,

¹⁸ In der Postbranche haben Arbeitgeber versucht, sich eine eigene arbeitgeberfreundliche „gelbe“ Gewerkschaft zu schaffen, um den Postmindestlohn zu unterlaufen; zu deren fehlender Tariffähigkeit LAG Köln 20.5.2009 – 9 TaBV 105/08, Rn. 80.

dass das gesetzlich geregelte Niveau des Arbeitnehmerschutzes insgesamt nicht unterschritten werden darf. Beide Fragen sind, worauf nachfolgend unter III. näher einzugehen sein wird, Gegenstand dieser Untersuchung.

III. Fragestellungen

Vorteilsregelungen nur für tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind seit jeher verfassungsrechtlich umstritten. Während es aber zu den tariflichen, auf der Gewerkschaftsseite ansetzenden Differenzierungsklauseln mittlerweile umfangreiche Rechtsprechung und kaum noch zu überschauende Literatur gibt,¹⁹ sind gesetzliche Tariföffnungsklauseln für Arbeitgeber bislang eher selten behandelt worden.²⁰ Sie sind Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung. Diese beinhaltet zunächst eine Bestandsaufnahme und Typologie der Tariföffnungsklauseln (dazu B.). In einem zweiten Schritt (C.) wird der unions- und verfassungsrechtliche Rahmen entfaltet. Auf dieser Grundlage wird dann geprüft, ob es zulässig ist, gesetzliche Öffnungsklauseln auf tarifgebundene Arbeitgeber zu beschränken (= Fragestellung 1, dazu D.) und ob an Tariföffnungsklauseln bestimmte, Arbeitnehmer schützende Anforderungen gestellt werden dürfen (= Fragestellung 2, s. unter E.). Die Untersuchung endet mit einer Zusammenstellung ihrer wesentlichen Ergebnisse (F.).

¹⁹ Zusammenfassend etwa *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016, S. 37 ff.

²⁰ S. aber jüngst *Höpfner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft, April 2019, S. 28 ff.

B. Bestand und Typologie der Tariföffnungsklauseln

Im Verhältnis zwischen gesetzlichen Bestimmungen, Tarifverträgen, Betriebs-/Dienstvereinbarungen und individuellen Arbeitsverträgen findet sich eine Vielzahl von Regelungstypen. Es gibt erstens zwingende Regelungen, von denen weder durch Tarifvertrag noch zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann. Zweitens enthält das Arbeits- und Sozialrecht Bestimmungen, von denen stets (also nicht nur durch Tarifvertrag) zugunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Drittens gibt es sog. tarifdispositive Regelungen, die Abweichungen vom Gesetz ermöglichen, um den Besonderheiten einer Branche, eines Unternehmens oder eines Betriebs Rechnung zu tragen, und dies auch zu Lasten des Arbeitnehmers erlauben. Insoweit und für den hiesigen Kontext entscheidend muss man typologisch unterscheiden zwischen gesetzlichen Tariföffnungsklauseln, die eine Öffnung ausschließlich durch Tarifvertrag erlauben (dazu I.) und Tariföffnungsklauseln mit Erstreckungsklauseln, die es auch nicht tarifgebundenen Arbeitgebern erlauben, von den gesetzlichen Bestimmungen betriebs- oder branchenspezifisch, unter Umständen auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers abzuweichen, wobei dann wiederum danach zu unterscheiden ist, ob die Abweichung nur durch Betriebs-/Dienstvereinbarung oder auch durch Individualarbeitsvertrag für zulässig erklärt wird (dazu II.). Jeweils stellt sich die in den Abschnitten C. und D. näher zu behandelnde Frage, ob sie in unions- und verfassungsrechtlich zulässiger Weise auf tarifgebundene Arbeitgeber beschränkt werden dürfen. Im Übergang zu den verfassungsrechtlichen Prüfungen wird der Befund unter III. zusammengefasst.

I. Tariföffnungsklauseln ohne Erstreckungsklausel

Tariföffnungsklauseln, die es nur einem tarifgebundenen Arbeitgeber ermöglichen, auch zu Ungunsten seiner Arbeitnehmer vom Gesetz abzuweichen, gibt es nur vereinzelt. Zudem berechtigen diese durchweg nicht nur organisierte Arbeitgeber, sondern können auch von nichtorganisierten Arbeitgebern durch den Abschluss von Haustarifverträgen aktiviert werden.

1. § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 BetrVG

Die älteste Tariföffnungsklausel ohne Erstreckungsklausel findet sich in § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 BetrVG.

§ 3 Abs. 1 BetrVG ermöglicht es den Tarifvertragsparteien, in bestimmten Fällen von den gesetzlich vorgesehenen Repräsentationsstrukturen der Arbeitnehmervertretungen in den Betrieben abzuweichen.²¹ Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

- Die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie 4 und 5 BetrVG aufgeführten Strukturen können nach § 3 Abs. 2 BetrVG grundsätzlich auch durch Betriebsvereinbarung etabliert werden, wenn keine tarifliche Regelung gilt und auch kein anderer Tarifvertrag existiert. Es handelt sich also insoweit nicht um eine Tariföffnungsklausel, die eine Erstreckungsmöglichkeit vorsieht. Vielmehr können die Parteien der Betriebsvereinbarungen anstelle der Tarifvertragsparteien die in § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie 4 und 5 BetrVG genannten Strukturentscheidungen treffen.
- Eine Tariföffnungsklausel ohne Erstreckungsmöglichkeit enthält hingegen der in § 3 Abs. 2 BetrVG nicht genannte § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Danach können durch Tarifvertrag andere Arbeitnehmervertretungsstrukturen bestimmt werden, soweit dies insbesondere aufgrund der Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernorganisation oder aufgrund anderer Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen einer wirksamen und zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient. Damit ist die Möglichkeit angesprochen, statt dreistufiger nur zwei- oder einstufiger Interessenvertretungen, einen unternehmensübergreifenden Standortbetriebsrat einzurichten oder auf andere Weise die gesamte gesetzliche Vertretungsstruktur zu ersetzen.²² Das ist eine sehr weitgehende Ermächtigung zur Umgestaltung der traditionellen Vertretungsstruktur, was erklärt, dass sie nur durch die Tarifvertragsparteien vorgenommen werden darf. Es handelt sich um den klassischen Anwendungsfall der betriebsverfassungsrechtlichen Normen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG.

²¹ S. etwa *Koch*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 BetrVG Rn. 1.

²² Näher *Koch*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 BetrVG Rn. 6.

2. § 9a Abs. 6 TzBfG

Am 1.1.2019 ist mit § 9a Abs. 6 TzBfG die zweite reine Tariföffnungsklausel in Kraft getreten, die keine Bezugnahme durch Betriebs-/Dienstvereinbarung bzw. Individualarbeitsvertrag ermöglicht.

In Betrieben mit mehr als 45 Arbeitnehmern (§ 9a Abs. 1 S. 3 TzBfG) kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat, nach § 9a Abs. 1 S. 1 TzBfG verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit für einen im Voraus zu bestimmenden Zeitraum verringert wird (sog. Brückenteilzeit). Der begehrte Zeitraum muss mindestens ein Jahr und darf höchstens fünf Jahre betragen (§ 9a Abs. 1 S. 2 TzBfG). Gemäß § 9a Abs. 6 TzBfG kann der Rahmen für den Zeitraum der Arbeitszeitverringerung abweichend von Absatz 1 Satz 2 auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers festgelegt werden. Anders als bei allen anderen, unter II. zu behandelnden tarifvertragsdispositiven Regelungen wird diese Tariföffnungsklausel nicht durch eine Erstreckungsklausel flankiert, die es nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Geltungsbereich eines nachteilig abweichenden Tarifvertrags i.S.v. § 9a Abs. 6 TzBfG ermöglichen würde, die Anwendung der tariflichen Regelungen zu vereinbaren.²³

In einem Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft vertritt *Clemens Höpfner* die Ansicht, § 9a Abs. 6 TzBfG verstoße gegen Art. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 sowie Art. 9 Abs. 3 GG.²⁴ Auf die nicht überzeugende Argumentation, die dieses Ergebnis begründen möchte, wird unter D. näher eingegangen.

II. Tariföffnungsklauseln mit Erstreckungsklausel

Alle anderen Tariföffnungsklauseln enthalten Erstreckungsklauseln, teilweise allerdings nur für die Parteien von Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen (dazu 1.), teilweise aber auch bzw. nur für die Parteien der Individualarbeitsverträge (2.).

²³ *Boecken*, in: *Boecken/Joussen* (Hrsg.), *Teilzeit- und Befristungsgesetz. Kommentar*, 6. Aufl. 2019, § 9a Rn. 80.

²⁴ *Höpfner*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber*, *Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft*, April 2019, S. 28 ff.

1. Abweichungsbefugnis nur aufgrund von Betriebs- oder Dienstvereinbarungen

Die folgenden Bestimmungen enthalten Erstreckungsklauseln, die aber nur von den Parteien der Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen genutzt werden können:

a) § 1 Abs. 1b AÜG

Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, der Erlaubnis. Die Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer zulässig, die sich nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG im Einzelnen aus § 1 Abs. 1b AÜG ergibt.

Gemäß § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG darf der Verleiher denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. In den Sätzen 3–6 der Vorschrift befindet sich ein sehr ausdifferenziertes System von Öffnungs- und Erstreckungsklauseln:

- Gemäß § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG kann eine abweichende Überlassungshöchstdauer in einem Tarifvertrag vereinbart werden, es handelt sich also um eine Öffnungsklausel. Allerdings erlaubt es § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG auch Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers, abweichende tarifvertragliche Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung zu übernehmen; § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG enthält also eine Erstreckungsklausel, die es ermöglicht, die einschlägigen tarifvertraglichen Regelungen – allerdings nur im Ganzen und ohne inhaltliche Änderungen²⁵ – zu übernehmen. Zugleich werden mit der Beschränkung auf Betriebs- und Dienstvereinbarungen eine Vereinbarung der Tarifgeltung im Überlassungsvertrag und eine Bezugnahme auf den Tarifvertrag im individuellen Leiharbeitsvertrag ausgeschlossen.²⁶
- Eine nur eingeschränkte Erstreckungsklausel enthält hingegen § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG. § 1 Abs. 1b S. 5 AÜG räumt den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit ein, die Regelungsbefugnis auf die Parteien der Betriebs- und Dienstvereinbarungen zu übertragen. § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG ermöglicht es

²⁵ BT-Drs. 18/9232, S. 20 f.

²⁶ Hamann, in: Schüren (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 368.

nicht tarifgebundenen Entleihern, von der tarifvertraglichen Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch zu machen. Allerdings legt das Gesetz hier zwingend eine Obergrenze von 24 Monaten für das Leiharbeitsverhältnis fest, wenn nicht im Tarifvertrag eine höhere Grenze erlaubt wird. Die Erstreckungsklausel ist mithin nicht nur hinsichtlich der Begünstigten (nur Parteien der Betriebs- und Dienstvereinbarungen), sondern auch in sachlicher Hinsicht (grundsätzlich nicht länger als 24 Monate) beschränkt. Wenn also die Tarifvertragsparteien ihre Regelungsbefugnis delegieren, haben nur tarifgebundene Arbeitgeber eine umfassende Gestaltungsfreiheit. § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG ist damit bei einer 24 Monate übersteigenden Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich (d. h. vorbehaltlich tarifvertraglicher Erlaubnis) eine von der Tarifgeltung abgeleitete Öffnungsklausel ohne Erstreckungsklausel. Die damit begründete Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern wird im Schrifttum teilweise für verfassungswidrig gehalten; auch wird darin ein Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) gesehen.²⁷

Damit kann festgehalten werden, dass die Tariföffnungsbestimmungen im AÜG hinsichtlich der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung in typologischer Hinsicht Grenzgänger sind, weil sie zwar grundsätzlich Erstreckungsklauseln enthalten, diese aber auch zeitlich begrenzen. Jenseits dieser zeitlichen Grenze handelt es sich also um eine Öffnungsklausel ohne Erstreckungsklausel.

b) § 82 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können bei beruflicher Weiterbildung durch Übernahme der Weiterbildungskosten unter den Voraussetzungen des § 81 Abs. 1 S. 1 SGB III gefördert werden. § 82 Abs. 1 SGB III enthält eine davon in mehrfacher Hinsicht abweichende Regelung: Auf der einen Seite wird auf die Voraussetzungen der Notwendigkeit der Weiterbildung (§ 81 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III) und die vorherige Beratung über die Weiterbildung (§ 81 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III) verzichtet. Auf der anderen Seite wird die Leistungsgewährung grundsätzlich an eine Kostenbeteiligung des Arbeitgebers geknüpft, die in § 82 Abs. 2 SGB III näher konkretisiert wird. Die Kostenbeteiligung beträgt nach § 82

²⁷ Vgl. hier einstweilen nur die Nachweise bei *Hamann*, in: Schüren (Hrsg.), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*. Kommentar, 5. Aufl. 2018, § 1 Rn. 389 f., sowie *Höpfner*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft*, April 2019, S. 42; näher dazu unten D. II. 3. b).

Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III in Betrieben mit mindestens 2500 Beschäftigten grundsätzlich 85 %, bei Vorliegen einer Betriebsvereinbarung über die berufliche Weiterbildung oder eines Tarifvertrages, der betriebsbezogen berufliche Weiterbildung vorsieht, mindestens 80 %.

§ 82 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III unterscheidet sich damit grundlegend von den beiden zuvor behandelten Tariföffnungsklauseln: Während die Parteien einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung dort nur von der gesetzlichen Regelung abweichen dürfen, wenn ein Tarifvertrag besteht, auf den sie dann Bezug nehmen, erlaubt ihnen § 82 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III eine Abweichung auch unabhängig davon, ob es einschlägige tarifvertragliche Bestimmungen über die berufliche Weiterbildung gibt. Es wird also keine Akzessorietät zwischen Tarifvertrag und Betriebs-/Dienstvereinbarung gefordert. § 82 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III enthält dementsprechend keine Erstreckungsklausel, sondern allein eine Öffnungsklausel, die nicht nur die Parteien eines Tarifvertrages, sondern auch die Parteien einer Betriebs-/Dienstvereinbarung grundsätzlich gleichberechtigt nutzen können. Für Letztere könnte allenfalls der Tarifvorrang greifen, wenn man auch die Weiterbildung zu den „sonstigen Arbeitsbedingungen“ i.S.v. § 77 Abs. 3 BetrVG rechnet.²⁸

2. Abweichungsbefugnis durch Individualarbeitsverträge

Die meisten Tariföffnungsklauseln berechtigen auch bzw. nur die Parteien des Individualarbeitsvertrages bzw. eröffnen Gestaltungsmöglichkeiten auch des nichttarifgebundenen Arbeitgebers.

a) § 7 Abs. 3 und § 12 S. 2 ArbZG

Gemäß § 7 Abs. 1, 2 und 2a ArbZG können durch Tarifvertrag oder aufgrund einer Öffnungsklausel im Tarifvertrag durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung abweichende Vereinbarungen von den gesetzlichen Bestimmungen über Arbeitszeiten oder arbeitsfreie Zeiten vereinbart werden. Entsprechendes gilt nach § 12 S. 1 ArbZG für die Arbeit an Sonn- und Feiertagen.

²⁸ Zur Reichweite von § 77 Abs. 3 BetrVG näher *Richardi*, in: ders. (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2018, § 77 Rn. 270 f.

§ 7 Abs. 3 S. 1 und § 12 S. 2 ArbZG ermöglichen es auch nichttarifgebundenen Arbeitgebern, auf diese Tariföffnungsklauseln entweder durch Betriebs-/Dienstvereinbarung oder durch Individualvereinbarung mit dem Arbeitnehmer Bezug zu nehmen.

b) § 4 Abs. 4 EntgFG

Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EntgFG hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nicht arbeiten kann, ohne dass ihn ein Verschulden trifft.

Die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts richtet sich nach § 4 Abs. 1–3 EntgFG. Für die Bestimmungen der Absätze 1, 3 und 3a (also nicht Absatz 2) enthält § 4 Abs. 4 S. 1 EntgFG eine Tariföffnungsklausel, die § 4 Abs. 4 S. 2 EntgFG durch eine Erstreckungsklausel zugunsten der Individualvertragsparteien ergänzt. Danach kann im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages zwischen nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Anwendung der tarifvertraglichen Regelung über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall vereinbart werden. Eine Abweichung durch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung ist damit ausgeschlossen.²⁹

c) § 13 Abs. 1 BUrIG

Nach § 3 Abs. 1 BUrIG haben alle Arbeitnehmer i.S.v. § 2 BUrIG einen Urlaubsanspruch von 24 Werktagen. § 13 Abs. 1 S. 1 BUrIG enthält eine darauf bezogene Tariföffnungsklausel; nach § 13 Abs. 1 S. 2 BUrIG haben die abweichenden Bestimmungen in einem Tarifvertrag aber auch zwischen nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern Geltung, wenn zwischen diesen die Anwendung der einschlägigen tariflichen Urlaubsregelung vereinbart ist.

d) § 622 Abs. 4 BGB

§ 622 Abs. 1–3 BGB regelt die für Arbeitsverhältnisse maßgeblichen Kündigungsfristen. Von diesen Regelungen kann nach § 622 Abs. 4 S. 1 BGB durch Tarifvertrag abgewichen werden. Diese abweichenden Regelungen können

²⁹ *Ricken*, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, § 4 EFZG [2019] Rn. 32.

nach § 622 Abs. 4 S. 2 BGB durch Individualvertrag zwischen nichtorganisierten Arbeitgebern und Arbeitnehmern übernommen werden.

e) § 20 Abs. 2 BetrAVG

Gemäß § 1a Abs. 1 S. 1 BetrAVG kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen, dass von seinen künftigen Entgeltansprüchen bis zu 4 % der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für seine betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Soweit Entgeltansprüche auf einem Tarifvertrag beruhen, kann für diese eine Entgeltumwandlung gemäß § 20 Abs. 1 BetrAVG nur vorgenommen werden, soweit dies durch Tarifvertrag vorgesehen oder durch Tarifvertrag zugelassen ist.

§ 20 Abs. 2 BetrAVG regelt das sog. Optionsmodell. Nach § 20 Abs. 2 S. 1 BetrAVG kann in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung geregelt werden, dass der Arbeitgeber für alle Arbeitnehmer oder für eine Gruppe von Arbeitnehmern des Unternehmens oder einzelner Betriebe eine automatische Entgeltumwandlung einführt, wenn der Arbeitnehmer nicht widerspricht.³⁰ Dieses Widerspruchsrecht wird in § 20 Abs. 2 S. 2 BetrAVG prozedural näher ausgestaltet.

§ 20 Abs. 2 S. 3 BetrAVG eröffnet auch nichttarifgebundenen Arbeitgebern zwei Möglichkeiten der für den Arbeitnehmer optionalen Direktumwandlung: Sie können nach Alt. 1 entweder ein einschlägiges tarifvertragliches Optionssystem anwenden (müssen dieses dann aber auch in toto übernehmen³¹) oder nach Alt. 2 auf Grund einer Öffnungsklausel in einem Tarifvertrag durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung die Einführung eines Optionssystems regeln.

§ 20 Abs. 2 BetrAVG enthält also eine Tariföffnungsklausel, auf die sowohl die Parteien einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung als auch der einzelne Arbeitgeber Bezug nehmen können.

³⁰ Zu den Hintergründen *Rolfs*, in: Blomeyer/Rolfs/Otto (Hrsg.), Betriebsrentengesetz, 7. Aufl. 2018, § 7 BetrAVG Rn. 7 f.

³¹ *Rolfs*, in: Blomeyer/Rolfs/Otto (Hrsg.), Betriebsrentengesetz, 7. Aufl. 2018, § 7 BetrAVG Rn. 27.

III. Zusammenfassung

Der normative Befund ist damit sehr vielfältig. Die überwiegende Mehrheit der Tariföffnungsklauseln ist nicht exklusiv, sondern kann auch von den Parteien der Betriebs-/Dienstvereinbarungen und/oder der Individualarbeitsverträge in Bezug genommen werden. Das ist für die verfassungsrechtliche Bewertung von exklusiven Tariföffnungsklauseln von erheblicher Bedeutung. Denn deren Verfassungsmäßigkeit hängt, wie der Abschnitt D. zeigen wird, maßgeblich davon ab, ob sie einen unverhältnismäßigen Druck ausüben, einem Arbeitgeberverband beizutreten. Das ist schon deshalb fragwürdig, weil Arbeitgeber die bisher existierenden exklusiven Tariföffnungsklauseln durch den Abschluss von Firmentarifverträgen auch anwenden können, ohne Mitglied eines Verbandes sein zu müssen. Vereinzelt exklusive Tariföffnungsklauseln, wie sie bislang nur in § 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 BetrVG und § 9a Abs. 6 TzBfG enthalten sind, sind daher schon aus diesem Grunde zulässig. Zudem wiegen sie in der Gesamtschau der vielfältigen Inhalte eines Tarifvertrages regelmäßig nicht so schwer, dass ihretwegen ein Beitritt zu einem Arbeitgeberverband faktisch zwingend ist.

C. Der Rechtsrahmen des höherrangigen Rechts

Tariföffnungsklauseln müssen mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Das maßgebliche Recht besteht mittlerweile aus einem Verbund unterschiedlicher Grundrechtsordnungen. Um die einschlägigen Maßstäbe für die in den Abschnitten D. und E. zu prüfenden Ausgangsfragen zu entwickeln, muss zunächst das Verhältnis dieser Grundrechtsordnungen untereinander bei besonderer Berücksichtigung der Tarifautonomie geklärt werden.

I. Europäisches Unionsrecht

1. Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV

Die Niederlassungsfreiheit umfasst nach Art. 49 Abs. 2 AEUV die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen. Der Wortlaut der Vorschrift spricht an sich dafür, dass es sich bei Art. 49 AEUV lediglich um ein Diskriminierungsverbot handelt, das einen Anspruch auf Gleichstellung von ausländischen und inländischen Arbeitgebern beinhaltet.³² Bei einem solchen Verständnis von Art. 49 AEUV wären Tariföffnungsklauseln von vornherein unproblematisch, weil das Gesetz für ausländische und inländische Arbeitgeber gleichermaßen gilt und ausländische Arbeitgeber unter den gleichen Voraussetzungen einem Arbeitgeberverband beitreten können wie inländische.

Aus dem Begriff „Beschränkungen“ in Art. 49 Abs. 1 AEUV soll aber ein über das Diskriminierungsverbot hinausgehendes Beschränkungsverbot folgen. „Beschränkungen“ sollen alle Maßnahmen sein, die die Ausübung der Nieder-

³² Dazu etwa *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 49 AEUV Rn. 44, 46-48. Zum gleichheitsrechtlichen Verständnis der Grundfreiheiten schon *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 118 ff.

lassungsfreiheit „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.“³³ Diese eher nichtssagende Formel konkretisiert der EuGH dahingehend, dass der Begriff der „Beschränkung“ insbesondere alle „von einem Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen“ umfasse, „die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, den Marktzugang von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten betreffen.“³⁴ Daraus folgert der EuGH, dass „eine Regelung eines Mitgliedstaats nicht allein deshalb eine Beschränkung im Sinne des EG-Vertrags [jetzt: AEUV, T. K.] darstellt, weil andere Mitgliedstaaten in ihrem Gebiet ansässige Erbringer gleichartiger Dienstleistungen weniger strengen oder wirtschaftlich interessanteren Vorschriften unterwerfen.“³⁵ Auch bei einer Interpretation als Beschränkungsverbot vermittelt Art. 49 AEUV also keinen Anspruch darauf, sich nach Maßgabe der rechtlichen Rahmenbedingungen des Herkunftsstaats unternehmerisch zu betätigen. Es ist m.a.W. aufgrund der mitgliedstaatlichen Regelungskompetenzen unionsrechtlich irrelevant, dass es Tariföffnungsklauseln in anderen Mitgliedstaaten nicht gibt. Auch für das Beschränkungsverbot kommt es nur darauf an, dass ausländischen Unternehmen nicht „die Möglichkeit genommen wird, unter Bedingungen eines normalen und wirksamen Wettbewerbs in den Markt des Aufnahmemitgliedstaats einzutreten.“³⁶ Dieser Wettbewerb wird aber durch gesetzliche Bestimmungen mit Tariföffnungsklauseln gewährleistet, die an alle Unternehmen gleichermaßen gerichtet sind.

Art. 49 AEUV kann damit als Prüfungsmaßstab außer Betracht bleiben.

2. Unionsgrundrechte

a) Rechtsprechung des EuGH zur negativen Koalitionsfreiheit

Als Prüfungsmaßstab könnten aber die in der Grundrechtecharta gewährleisteten Unionsgrundrechte in Betracht kommen. Diese gewährleistet in Art. 12 Abs. 1 GRCh die Vereinigungsfreiheit, die auch die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen umfasst.³⁷ Ferner gewährleistet Art. 16 GRCh die unternehmerische Freiheit, die auch die berufsbezogene Vertragsfreiheit einschließt,³⁸ und Art. 20 GRCh einen allgemeinen Gleichheitssatz,

³³ Vgl. etwa EuGH 15.2.2002, ECLI:EU:C:2002:14, Rn. 22 (Kommission/Italien).

³⁴ EuGH 15.2.2002, ECLI:EU:C:2011:188, Rn. 46 (Kommission/Italien).

³⁵ EuGH 15.2.2002, ECLI:EU:C:2011:188, Rn. 49 (Kommission/Italien).

³⁶ EuGH 15.2.2002, ECLI:EU:C:2011:188, Rn. 51 (Kommission/Italien).

³⁷ *Jarass/Kment*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019, § 17 Rn. 15, 20.

³⁸ EuGH 18.7.2013, ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 32 (Alemo-Herron).

der Maßstab für Ungleichbehandlungen zwischen organisierten und nichtorganisierten Arbeitgebern sein könnte.

Die tarifvertragsrechtliche Rechtsprechung des EuGH ist, soweit es um die grundrechtlichen Implikationen der Einbeziehung von Außenseitern in den Anwendungsbereich von Tarifverträgen geht, nicht sonderlich kohärent. In den beiden einschlägigen Fällen ging es um die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie RL 2001/23/EG. Danach gehen die Rechte und Pflichten des Veräußerers eines Unternehmens aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsvertrag auf Grund des Übergangs auf den Erwerber über. In der Entscheidung *Werhof* ging es um die Frage, ob ein nicht tarifgebundener Betriebserwerber an eine Vereinbarung zwischen dem tarifgebundenen Betriebsveräußerer und dem Arbeitnehmer, nach der die jeweiligen Lohn tarifverträge, an die der Betriebsveräußerer gebunden ist, Anwendung finden, in der Weise gebunden ist, dass der zur Zeit des Betriebsübergangs gültige Lohn tarifvertrag (allerdings nur dieser und nicht später in Kraft tretende Lohn tarifverträge) Anwendung findet. Der EuGH bejahte die Vereinbarkeit einer solchen statischen Bezugnahme klausel mit der Richtlinie, denn diese verfolge lediglich den Zweck, „die am Tag des Übergangs bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer zu wahren“, hindere den nichtorganisierten Erwerber aber nicht daran, die nach Erwerb erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.³⁹ Der EuGH legt die Richtlinie dabei auch im Lichte der Unionsgrundrechte aus. Die Vereinigungsfreiheit umfasst, so der EuGH unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR und eigene, allerdings nur sehr randständig einschlägige Judikate, „einer Gewerkschaft nicht beizutreten“⁴⁰. Der seinerzeit noch nicht anwendbare Art. 12 Abs. 1 GRCh wird zwar nicht erwähnt, aber aus der Entscheidung kann geschlossen werden, dass dieser die negative Koalitionsfreiheit jedenfalls im Sinne eines Fernbleiberechts schützt. Die nachfolgenden Ausführungen könnten dann sogar in dem weiteren Sinne verstanden werden, dass die negative Koalitionsfreiheit eine darüber hinausgehende negative Tarifvertragsfreiheit enthalte, also das Recht, nicht in den Anwendungsbereich eines Tarifvertrages einbezogen zu werden.⁴¹ Das wäre insoweit etwas überraschend

³⁹ EuGH 9.3.2006, ECLI:EU:C:2006:168, Rn. 29, 31 (*Werhof*).

⁴⁰ EuGH 9.3.2006, ECLI:EU:C:2006:168, Rn. 33 (*Werhof*).

⁴¹ EuGH 9.3.2006, ECLI:EU:C:2006:168, Rn. 34, 35 (*Werhof*): „Würde die vom Kläger vertretene ‚dynamische‘ Auslegung der [...] vertraglichen Verweisklausel vorgenommen, so bedeutete dies, dass künftige Kollektivverträge für den Erwerber gälten, der dem Kollektivvertrag nicht angehört, und dass sein Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigt werden könnte. Dagegen erlaubt es die von

gewesen, als die in Bezug genommene Rechtsprechung des EGMR ein solches Recht bislang nicht anerkannt hat, sondern lediglich ein Fernbleiberecht garantiert sieht.⁴²

In der 2013 entschiedenen Rechtssache *Alemo-Herron* hat daher bereits Generalanwalt Cruz Villalón darauf hingewiesen, dass das Problem der arbeitsvertraglichen Bezugnahmen auf Tarifverträge nicht in der Verpflichtung bestehe „sich an einer Organisation zu beteiligen, wenn sie die Arbeitsbedingungen ihrer Arbeitnehmer beeinflussen möchte“ (nur dann wäre die negative Koalitionsfreiheit i.S.v. Art. 12 GRCh einschlägig), sondern das in Art. 16 GRCh gewährleistete Grundrecht auf unternehmerische Freiheit einschlägig sei, die auch „die Handlungsfähigkeit auf einem Markt“ umfasse.⁴³ Der EuGH hat sich dem angeschlossen und ausgeführt, dass Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG im Einklang mit Art. 16 GRCh auszulegen sei, der auch ein Grundrecht der Vertragsfreiheit umfasse; damit war eine dynamische Bezugnahmeklausel unvereinbar.⁴⁴ Es ist zwar nicht ganz klar, ob er damit die negative Tarifvertragsfreiheit ausschließlich in Art. 16 GRCh oder zumindest auch in Art. 12 GRCh verortet.⁴⁵ Regelungsgegenstand einer Bezugnahmeklausel ist indes nicht das Vereinigungsrecht, sondern das Vertragsrecht; das spricht dafür, die negative Tarifvertragsfreiheit allein bei Art. 16 GRCh anzusiedeln. Für die Verfassungsmäßigkeit von exklusiven Tariföffnungsklauseln ist das aber ohnehin nicht relevant, denn sie beschränken nicht die Vertragsfreiheit, sondern allenfalls das Recht, einer Koalition fernzubleiben.⁴⁶

Aus der EuGH-Rechtsprechung kann man damit ableiten, dass die negative Koalitionsfreiheit nicht so weit reicht wie die positive: Art. 12 GRCh schützt zwar die positive, nicht aber die negative Tarifvertragsfreiheit. Das entzieht der

der Beklagten und der deutschen Regierung vertretene ‚statische‘ Auslegung dieser Klausel, zu vermeiden, dass der Erwerber des Betriebes, der dem Kollektivvertrag nicht angehört, durch die künftigen Entwicklungen dieses Vertrages gebunden wird. Sein Recht auf negative Vereinigungsfreiheit wird somit umfassend gewährleistet.“

⁴² Vgl. unten II.

⁴³ Schlussanträge des GA Cruz-Villalón 19.2.2013, ECLI:EU:C:2013:82, Rn. 45 f., 51 (*Alemo-Herron*).

⁴⁴ EuGH 18.7.2013, ECLI:EU:C:2013:521, Rn. 31 ff. (*Alemo-Herron*).

⁴⁵ Vgl. zur Diskussion *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 380 f.

⁴⁶ Näher zu dieser Differenzierung unten D. I.

Behauptung des sog. Spiegelbildlichkeitsarguments, dass die positive stets der negativen Freiheit entsprechen müsse, den Boden.⁴⁷

b) Der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte

Fraglich ist nun, welche Rolle die Unionsgrundrechte (hier also vor allem das durch Art. 12 GRCh geschützte Fernbleiberecht aus einer Koalition) für die Prüfung der Grundrechtskonformität namentlich von exklusiven Tariföffnungsklauseln spielen. Die Unionsgrundrechte binden die Mitgliedstaaten nämlich nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Daran knüpft die Unterscheidung zwischen nationalen Rechtsnormen an, die unionsrechtlich determiniert sind, und solchen, die nicht unionsrechtlich determiniert sind. Diese Differenzierung ist nach wie vor relevant, sie hat aber durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine wesentliche Neugewichtung erfahren.⁴⁸

aa) Unionsrechtlich determiniertes Recht

Aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh folgt, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls dann an die Unionsgrundrechte gebunden sind, wenn sie primäres und sekundäres Unionsrecht umsetzen und anwenden.⁴⁹ Es würde nämlich den Anwendungsvorrang und die einheitliche Geltung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten in Frage stellen, wenn mitgliedstaatliche Gerichte Rechtsnormen, die das Unionsrecht durchführen, wegen Verstoßes gegen die mitgliedstaatlichen Grundrechte für nicht anwendbar erklären könnten. Daraus folgt, dass in diesem Bereich die Grundrechte des Grundgesetzes nicht anwendbar sind. Prozessual bedeutete dies bislang, dass mitgliedstaatliche Rechtsakte, die zwingendes Unionsrecht durchführen, ebenso wenig wie das Unionsrecht selbst taugliche Gegenstände einer Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG)⁵⁰ oder eines Normenkontrollverfahrens (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, Art. 100 Abs. 1 GG)⁵¹ sein können, sieht man einmal von der nur höchst selten aktivierten, aus Art. 23 Abs. 1

⁴⁷ Dazu unten D. II. 1.

⁴⁸ Vgl. zum Folgenden *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 76 ff.

⁴⁹ BVerfG 19.12.2017, BVerfGE 147, 364 (382).

⁵⁰ BVerfG 13.3.2007, BVerfGE 118, 79 (95); BVerfG 2.3.2010, BVerfGE 125, 260 (306) (Vorratsdatenspeicherung).

⁵¹ Vgl. für die konkrete Normenkontrolle BVerfG 4.10.2011, BVerfGE 129, 186 (198).

S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG abgeleiteten Reservekompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherung der grundrechtlichen Identität ab.⁵²

In seinem Beschluss vom 6.11.2019 hält das Bundesverfassungsgericht zwar daran fest, dass „in vollvereinheitlichten Materien des Unionsrechts die deutschen Grundrechte nicht anwendbar sind“ und begründet dies auch nach wie vor mit dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts.⁵³ Entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung möchte das Bundesverfassungsgericht aber nunmehr die Anwendung von Unionsrecht durch deutsche Stellen selbst am Maßstab der Unionsgrundrechte prüfen. Es folgert dies aus der Integrationsverantwortung in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, die es bereits im Lissabon-Urteil allgemein den deutschen Staatsorganen zugewiesen hatte⁵⁴ und die es nunmehr explizit auch auf sich selbst bezieht, wenn es Verfassungsbeschwerden i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG prüft.⁵⁵ Das hat zur Konsequenz, dass „Grundrechte“ i.S.v. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG auch die Unionsgrundrechte sind: Diese „gehören heute zu dem gegenüber der deutschen Staatsgewalt durchzusetzenden Grundrechtsschutz. Sie sind nach Maßgabe des Art. 51 Abs. 1 GRCh innerstaatlich anwendbar und bilden zu den Grundrechten des Grundgesetzes ein Funktionsäquivalent.“⁵⁶ Das Bundesverfassungsgericht betont aber die Primärkompetenz des EuGH für die Auslegung des Unionsrechts. Eine Anwendung der Unionsgrundrechte komme deshalb „nur in Betracht, wenn der Europäische Gerichtshof deren Auslegung bereits geklärt hat oder die anzuwendenden Auslegungsgrundsätze aus sich heraus offenkundig sind – etwa auf der Grundlage einer Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die im Einzelfall auch den Inhalt der Charta bestimmt (vgl. Art. 52 Abs. 3, 4 GRCh)“. Andernfalls seien die Fragen dem EuGH nach Art. 267 Abs. 1 a) AEUV vorzulegen.⁵⁷

bb) Unionsrechtlich nicht determiniertes Recht

Soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten keine zwingenden Vorgaben für die Rechtsetzung und Rechtsanwendung macht, sind die mitgliedstaatlichen Grundrechte Prüfungsmaßstäbe. Insoweit wurde die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bislang i.S.d. sog. Trennungs- oder Alternativitätsthe

⁵² BVerfG 15.12.2015, NJW 2016, 1149 (1150).

⁵³ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 42, 47.

⁵⁴ BVerfG 30.6.2009, BVerfGE 123, 267 (356) (Lissabon).

⁵⁵ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 50, 53 ff.

⁵⁶ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 59.

⁵⁷ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 70.

verstanden, die von zwei getrennten Grundrechtssphären ausgeht, d.h. anwendbar wären entweder die Grundrechte des Grundgesetzes oder die Unionsgrundrechte, aber nicht beide zugleich.⁵⁸ Das Bundesverfassungsgericht wendet daher die Grundrechte des Grundgesetzes auch an, wenn zwar ein europäischer Rechtsakt allgemein thematisch einschlägig war, der deutsche Gesetzgeber aber dessen Vorgaben in eigener Regelungskompetenz konkretisiert hat oder über solche Vorgaben zulässigerweise hinausgegangen ist.⁵⁹ Der EuGH war hingegen schon immer der Ansicht, dass die Unionsgrundrechte auch anwendbar sind, soweit ein europäischer Rechtsakt oder die Grundfreiheiten den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume einräumen.⁶⁰ Er ist sogar so weit gegangen, dass er auch solches nationales Recht als „Durchführung des Unionsrechts“ i.S.v. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh ansieht, das von dem europäischen Rechtsakt noch nicht einmal thematisch erfasst wird, sondern nur das allgemeine nationale verfahrens-, vollstreckungs- und sanktionsrechtliche Umfeld des europäischen Rechtsakts bildet.⁶¹ Dem hat das Bundesverfassungsgericht 2013 mit dem Hinweis, dass nicht „jeder sachliche Bezug einer Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts“ ausreiche, um von einer „Durchführung“ i.S.v. Art. 51 Abs. 1 GRCh sprechen zu können, deutlich widersprochen.⁶²

In einem weiteren Beschluss vom 6.11.2019 erteilt das Bundesverfassungsgericht der Alternativitätsthese nunmehr eine Absage. Auch im gestaltungs-offenen Bereich ist es danach nicht ausgeschlossen, dass neben den Grundrechten des Grundgesetzes im Einzelfall auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union Geltung beanspruchen kann.⁶³ Prüfungsmaßstab für das Bundesverfassungsgericht sind in diesem Fall aber primär die Grundrechte des Grundgesetzes, die das Bundesverfassungsgericht allerdings im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu den Unionsgrundrechten auslegen möchte.⁶⁴ Zu einer eigenständigen Prüfung der Unionsgrundrechte sieht es sich aber nur veranlasst, „wenn

⁵⁸ Kingreen, JZ 2013, 801 (801 f.).

⁵⁹ BVerfG 13.3.2007, BVerfGE 118, 79 (95); BVerfG 11.3.2008, BVerfGE 121, 1 (15); BVerfG 2.3.2010, BVerfGE 125, 260 (306 f.).

⁶⁰ Zum bisherigen Meinungsstand Kahl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3 [2014] Rn. 39 ff; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 GRCh, Rn 8 ff.

⁶¹ EuGH 26.2.2013, ECLI:EU:C:2013:105, Rn. 24 ff (Fransson); vgl. bereits EuGH 10.4.2003, ECLI:EU:C:2003:228, Rn 76 (Steffensen).

⁶² BVerfG 24.4.2013, BVerfGE 133, 277 (316).

⁶³ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 43 f.

⁶⁴ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 45 ff.

konkrete und hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass hierdurch das grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts nicht gewahrt sein könnte.⁶⁵

cc) Konsequenzen für den Prüfungsmaßstab bei exklusiven Tariföffnungsklauseln

Die Abgrenzung zwischen einem determinierten und einem nicht determinierten Bereich wirft Probleme auf,⁶⁶ die das Bundesverfassungsgericht bereits 2013 nach der *Fransson*-Entscheidung des EuGH adressiert hatte.⁶⁷ Nunmehr erkennt es aber an, dass ohnehin in beiden Bereichen unter bestimmten Voraussetzungen Unionsgrundrechte zur Anwendung kommen können, und es geht sogar so weit, dass es den Fachgerichten zugesteht, „schwierige Abgrenzungsfragen nach der Reichweite der Vereinheitlichung dahinstehen zu lassen“, wenn „die Anwendung der verschiedenen Grundrechte im konkreten Kontext nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.“⁶⁸

Eine Prüfung der Unionsgrundrechte *anstelle* der Grundrechte des Grundgesetzes wäre dementsprechend nur angezeigt, wenn die Frage der Vereinbarkeit von Tariföffnungsklauseln nur für organisierte Arbeitgeber unionsrechtlich vollharmonisiert wäre. Das ist aber hier nicht der Fall, denn es gibt überhaupt kein einschlägiges Sekundärrecht.⁶⁹ Auch kann allein die tatbestandliche Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) nicht dazu führen, dass der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte *neben* den mangels Vollharmonisierung einschlägigen Grundrechten des Grundgesetzes eröffnet wird.⁷⁰

Auch wenn die Unionsgrundrechte hier damit grundsätzlich als eigenständige Prüfungsmaßstäbe ausscheiden, müssen sie im Einzelfall für die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes herangezogen werden, wenn sie das Schutzniveau der Charta, wie sie der EuGH auslegt, nicht erreichen.⁷¹

⁶⁵ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 67.

⁶⁶ So BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 77 ff.

⁶⁷ BVerfG 24.4.2013 – BVerfGE 133, 277 (316).

⁶⁸ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 81.

⁶⁹ Dazu bereits oben I.

⁷⁰ Der EuGH hat die Auffassung, dass die Unionsgrundrechte selbst für den Fall gelten sollen, dass eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten nach Maßgabe der Keck-Formel (s. oben I.) gar nicht vorliegt (EuGH 25.3.2004, ECLI:EU:C:2004:181, Rn. 43, 48 ff. [Kärner]) mittlerweile wieder aufgegeben (EuGH 8.3.2014, ECLI:EU:C:2014:304, Rn. 21 ff. [Pelckmans]).

⁷¹ BVerfG 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 47, 63 ff.

II. Art. 11 EMRK

Die in Art. 11 Abs. 1 EMRK gewährleistete Vereinigungsfreiheit umfasst nach ständiger Rechtsprechung des EGMR auch die positive und die negative Koalitionsfreiheit.⁷²

In einer Deutschland betreffenden Entscheidung ging es 2016 um die Vereinbarkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5 Abs. 1 TVG) eines Sozialtarifvertrages im Baugewerbe vornehmlich mit der negativen Koalitionsfreiheit. Bemerkenswerterweise prüft der EGMR in dieser Entscheidung Art. 11 Abs. 1 EMRK nicht unter dem Gesichtspunkt einer negativen Tarifvertragsfreiheit, also der Freiheit, keinen Tarifvertrag abschließen zu müssen. Vielmehr diskutiert er lediglich, ob durch die Allgemeinverbindlicherklärung das bereits zuvor anerkannte Recht, einer Koalition fernzubleiben,⁷³ berührt ist.⁷⁴ Das mag auf den ersten Blick überraschen, denn die Beschwerdeführer wandten sich dagegen, dass der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde und nicht gegen einen dadurch erzeugten Beitrittsdruck. Der EGMR prüft hingegen lediglich, ob die Allgemeinverbindlicherklärung ein faktischer Anreiz für die Beschwerdeführer gewesen sein könnte, einer Arbeitgebervereinigung im Baugewerbe beizutreten, um an den Entscheidungen dieser Vereinigung beteiligt zu werden und ihre Interessen im Wege der Kontrolle über die Tätigkeiten der Sozialkasse wahrzunehmen, was er nachvollziehbar verneint hat.⁷⁵

Diese Entscheidung ist deshalb interessant, weil man sie in dem Sinne deuten kann, dass aus Art. 11 Abs. 1 EMRK zwar ein Fernbleiberecht folgt, aber nicht eine gegen Allgemeinverbindlicherklärungen in Stellung zu bringende negative Tarifvertragsfreiheit, die vor einer gesetzlichen Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiter schützen würde. Anderenfalls hätte der EGMR nämlich diese hier in der Sache wesentlich nähere Freiheit zur Geltung gebracht. Da Art. 11 Abs. 1 EMRK aber auch die positive Tarifvertragsfreiheit schützt, lässt sich daraus wiederum folgern, dass die negative Koalitionsfreiheit nicht im gleichen Umfang geschützt wird wie die positive Koalitionsfreiheit.⁷⁶ In der Ablehnung einer Spiegelbildlichkeit von positiver und negativer Koalitionsfreiheit lässt sich

⁷² EGMR 2.6.2016 – 23646/09, Rn. 51 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland).

⁷³ S. etwa schon EGMR 30.6.1993 – 16130/90, Rn. 35 (Sigurjónsson/Island).

⁷⁴ Vgl. zu dieser Unterscheidung *Sagan/Morgenbrodt*, EuZA 2017, 77 (85).

⁷⁵ EGMR 2.6.2016 – 23646/09, Rn. 57 (Geotech Kancev GmbH/Deutschland).

⁷⁶ So *Walser*, NZA 2016, 1510 (1513).

damit Übereinstimmung zwischen der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH⁷⁷ herstellen.

Diese Auslegung von Art. 11 Abs. 1 EMRK wirkt sich auch auf die Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG aus. Die EMRK bindet die deutschen Verfassungsorgane zwar nicht unmittelbar, weil sie im deutschen Recht lediglich den Rang einfachen Rechts hat.⁷⁸ Das Bundesverfassungsgericht sieht aber alle deutschen Staatsorgane als Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes in der verfassungsrechtlichen Pflicht, bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die EMRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen und darüber hinaus das einfache Recht EMRK-konform auszulegen.⁷⁹ Es zieht daher die EMRK als Kontrollmaßstab unmittelbar gegenüber Judikative und Exekutive und mittelbar auch gegenüber der Gesetzgebung heran und stellt sie in der Normenhierarchie über das einfache Recht. Des Weiteren entnimmt es dem deutschen Transformationsgesetz die Pflicht, bei der Rechtsanwendung die Entscheidungen des EGMR auch über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus zu berücksichtigen, und misst ihnen daher eine „jedenfalls faktische Orientierungs- und Leitfunktion“ bei.⁸⁰ Das Bundesverfassungsgericht verlangt aber keine „schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention“⁸¹, sondern eine „ergebnisorientierte“ Auslegung, die der Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen diene.⁸²

III. Fazit: Die Grundrechte des Grundgesetzes als primärer Prüfungsmaßstab

Die vorstehenden Ausführungen können also in dem Sinne zusammengefasst werden, dass die Grundrechte des Grundgesetzes primärer Prüfungsmaßstab sind, der aber auch unter Berücksichtigung der EMRK und Unionsgrundrechte auszulegen ist.

⁷⁷ Zu dieser schon oben I. 2. a).

⁷⁸ BVerfG 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (315, 317); BVerfG 4.5.2011, BVerfGE 128, 326 (367).

⁷⁹ Grundlegend BVerfG 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 (315 ff.); das Folgende weitgehend aus *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 68.

⁸⁰ BVerfG 4.5.2011, BVerfGE 128, 326 (368).

⁸¹ BVerfG 20.6.2012, BVerfGE 131, 268 (295); BVerfG 17.12.2013, BVerfGE 134, 242 (330).

⁸² BVerfG 4.5.2011, BVerfGE 128, 326 (370).

D. Verfassungsmäßigkeit von exklusiven Tariföffnungsklauseln

Die verfassungsrechtliche Prüfung der exklusiven Tariföffnungsklauseln kann nach den Ausführungen unter C. grundsätzlich am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes erfolgen. Allerdings kann es im Einzelfall, insbesondere bei der verfassungsdogmatischen Aufarbeitung von Art. 9 Abs. 3 GG, hilfreich sein, das Recht der EMRK und die Unionsgrundrechte hinzuzuziehen:

I. Berufsbezogene Vertragsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Als grundrechtlicher Prüfungsmaßstab könnte zunächst Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht kommen. In einem Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft vertritt *Clemens Höpfner* die Ansicht, dass im Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme auf den vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG liege.⁸³ Diese Auffassung verkennt aber bereits den Gewährleistungsgehalt des Grundrechts.

In der jüngeren Rechtsprechung verortet das Bundesverfassungsgericht die berufsbezogene Vertragsfreiheit nicht mehr, wie es das früher vertreten hat, bei Art. 2 Abs. 1 GG⁸⁴, sondern bei Art. 12 Abs. 1 GG.⁸⁵ Das entspricht der generellen Tendenz in seiner Rechtsprechung, vertragsrechtliche Beschränkungen nach Maßgabe der speziellen Grundrechte (Ehevertragsfreiheit bei Art. 6 Abs. 1 GG, Testierfreiheit bei Art. 14 Abs. 1 GG) zu prüfen.⁸⁶ Dementsprechend sind „[g]esetzliche Vorschriften, die die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen betreffen und die sich deshalb für den Arbeitgeber als Berufsausübungsregelungen dar-

⁸³ *Höpfner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft, April 2019, S. 30 ff.

⁸⁴ So noch BVerfG 19.10.1983, BVerfGE 65, 196 (210); BVerfG 23.4.1986, BVerfGE 73, 261 (270); BVerfG 19.5.1992, BVerfGE 86, 122 (130).

⁸⁵ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 (221); 134, 204 (222 f.).

⁸⁶ *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 438.

stellen, [...] grundsätzlich an Art. 12 Abs. 1 GG zu messen.“⁸⁷ Auch in der Literatur wird die Arbeitsvertragsfreiheit mittlerweile überwiegend bei Art. 12 Abs. 1 GG verortet.⁸⁸

In seiner insoweit ersten einschlägigen Entscheidung war das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsmäßigkeit von sog. Tariftreueerklärungen im Berliner Vergabegesetz befasst. In dieser Entscheidung wurde erstmals der konkrete (und wie gleich zu zeigen sein wird sehr beschränkte) Gewährleistungsgehalt der berufsbezogenen Vertragsfreiheit vermessen:

„Art. 12 Abs. 1 GG schützt vor staatlichen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Das Grundrecht sichert die Teilnahme am Wettbewerb im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln (vgl. BVerfGE 105, 252 [265]). Es gewährleistet den Arbeitgebern das Recht, die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln.“⁸⁹

Das Bundesverfassungsgericht verweist mit der Wendung „im Rahmen der hierfür aufgestellten rechtlichen Regeln“ auf seine Rechtsprechung zur Wettbewerbsfreiheit. In der zitierten Glykol-Entscheidung hatte es erstmals ausgeführt:

„Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen. Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst dementsprechend nicht einen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren. Insbesondere umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 24, 236 [251]; 34, 252 [256]). Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen.“⁹⁰

⁸⁷ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 (221).

⁸⁸ Vgl. dazu mit umfangreichen Nachweisen *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 75.

⁸⁹ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 (221).

⁹⁰ BVerfG 26.6.2002, BVerfGE 105, 252 (265).

Das Bundesverfassungsgericht hat an dieser Rechtsprechung trotz der im Schrifttum geäußerten Kritik⁹¹ bis in jüngste Zeit festgehalten⁹² und sie mit der zitierten Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz auf die Vertragsfreiheit übertragen. Es hat diese Linie dann in seiner im November 2018 ergangenen Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der gerichtlichen Überprüfung von Vergütungsvereinbarungen in Werkverwertungsverträgen nochmals bestätigt.⁹³

Daraus folgt, dass schon das durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Verhalten auch durch die rechtlichen Regelungen bestimmt wird, die die Ausübung des Berufs ausmachen. Die Rechtsprechung erfasst diesen Aspekt allerdings von der Eingriffsseite her.⁹⁴ Sie möchte verhindern, dass nur irgendwie geartete, entfernte Folgen für die berufliche Betätigung als Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG gewertet werden. Daher

„richtet sich der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG nicht gegen jedwede auch nur mittelbar wirkende Beeinträchtigung des Berufs. Das Grundrecht würde sonst angesichts des Umstandes, daß nahezu jede Norm oder deren Anwendung unter bestimmten Voraussetzungen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit haben kann, konturlos werden. Art. 12 Abs. 1 GG entfaltet seine Schutzwirkung vielmehr nur gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben.“⁹⁵

Man muss daher zwischen Regelungen mit Berufsbezug und sonstigen Regelungen mit berufsregelnder Tendenz unterscheiden.⁹⁶ Einen Berufsbezug hat das Bundesverfassungsgericht beim vergaberechtlichen Erfordernis der Tariftreue bejaht, weil die Vorschrift darauf abziele, „die Arbeitgeber bei der Gestaltung ihrer arbeitsvertraglichen Beziehungen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen.“⁹⁷ Es unterliegt dementsprechend keinem Zweifel, dass beispielsweise die Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsrechts, die den zulässigen Zeitraum der Arbeitnehmerüberlassung beschränken, und tarifvertragsrechtliche Bestimmungen, die Arbeitgeber verpflichten, Arbeitszeitverkürzungswün-

⁹¹ Dazu etwa *Burgi*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12 Abs. 1 [2019] Rn. 149 f. und *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360 (364): „gewährleistungsstaatliche Umwertung“.

⁹² BVerfG 21.3.2018, NJW 2018, 2109 (2110).

⁹³ BVerfG 23.10.2013, BVerfGE 134, 204 (238).

⁹⁴ Dazu *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 951.

⁹⁵ BVerfG 17.2.1998, BVerfGE 97, 228 (253 f.).

⁹⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 12 Rn. 14 ff.

⁹⁷ BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 (221).

sche von Arbeitnehmern zu akzeptieren, sich unmittelbar auf ihre Berufstätigkeit auswirken und daher Eingriffe in die Berufsfreiheit darstellen.

Die Existenz dieser Regelungen ist hier aber gar nicht das Problem. Erstens lassen sich diese Bestimmungen als Berufsausübungsregelungen angesichts des weiten Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers bei der Herstellung eines Ausgleichs zwischen Vertragsparteien⁹⁸ ohne Weiteres rechtfertigen. Zweitens und hier entscheidend speisen sich die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen exklusive Tariföffnungsklauseln auch gar nicht aus der Unverhältnismäßigkeit der genannten Normen, sondern allein aus dem Umstand, dass den Parteien von Tarifverträgen und/oder Betriebs- und Dienstvereinbarungen Abweichungsmöglichkeiten von den gesetzlichen Regelungen eingeräumt werden, den Parteien eines Individualarbeitsvertrages hingegen nicht.⁹⁹ Gegen gesetzliche Bestimmungen, von denen auch die Kollektivvertragsparteien nicht abweichen können, wird m.a.W. nichts eingewendet. Dementsprechend ist die berufliche Betätigung von nichtorganisierten Arbeitgebern auch überhaupt nicht Regelungsgegenstand von Tariföffnungsklauseln. Damit fehlt es insoweit an einem Berufsbezug. Nichtorganisierte Arbeitgeber werden m.a.W. nur mittelbar-faktisch betroffen, weil sie ein arbeitsvertragliches Gestaltungsrecht nicht oder nicht so wie gewünscht wahrnehmen können, das andere aufgrund einer Tariföffnungsklausel genießen. Solche Regelungen sind aber selbst dann kein Eingriff in die Berufsfreiheit, wenn sie die Wettbewerbssituation derjenigen betreffen, die nicht Regelungsadressaten sind.¹⁰⁰ Das leuchtet auch deshalb ein, weil die mögliche Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation nicht aus der Intensität des Eingriffs in das berufsbezogene Vertragsrecht folgt, sondern aus

⁹⁸ Dazu nur BVerfG 17.2.1998, BVerfGE 97, 169 (176 f.): „Dem Gesetzgeber, der diese Interessen zu einem gerechten Ausgleich bringen will, ist ein weiter Gestaltungsfreiraum eingeräumt. Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, das heißt die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten kann daher in einer solchen Lage nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, daß in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.“

⁹⁹ Diesen Unterschied erkennt *Höpfner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft, April 2019, S. 32.

¹⁰⁰ So ausdrücklich BVerfG 23.10.2013, BVerfGE 134, 204 (238).

der Ungleichbehandlung mit tarifgebundenen Arbeitgebern. Bei der Frage der notwendigen Erstreckung von Öffnungsklauseln geht es m.a.W. nicht um die freiheitsrechtliche Berufsfreiheit, sondern um die Vereinbarkeit einer Ungleichbehandlung mit Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁰¹ Wer dennoch mit Art. 12 Abs. 1 GG argumentiert, müsste aus ihm einen Anspruch ableiten, in den personalen Anwendungsbereich einer Norm einbezogen zu werden, die bislang nur für andere gilt. Ein solches Leistungsrecht ergibt sich aber aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht.

Anders läge es nur, wenn man aus Art. 12 Abs. 1 GG auch ein individuelles Recht eines Arbeitgebers ableiten würde, keinem Arbeitgeberverband beizutreten. Dann könnten Tariföffnungsklauseln ohne Erstreckungsklauseln einen Eingriff in diese Freiheit darstellen, wenn sie den einzelnen Arbeitgeber faktisch zwingen würden, Mitglied des Verbands zu werden. Das Bundesverfassungsgericht verortet dieses Recht, einer Koalition bei- oder nicht beizutreten, aber nicht bei Art. 12 Abs. 1 GG, sondern bei Art. 9 Abs. 3 GG.¹⁰²

II. Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG

Art. 9 Abs. 3 GG schützt die individuelle Koalitionsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt dem Wortlaut und der geschichtlichen Entwicklung des Grundrechts, dass es sich bei der Koalitionsfreiheit in erster Linie um ein Freiheitsrecht handelt, das sowohl die positive als auch die negative Koalitionsfreiheit umfasst. Es gewährleistet, so das Bundesverfassungsgericht im grundlegenden Mitbestimmungsurteil 1979,

„die Freiheit des Zusammenschlusses zu Vereinigungen zur Förderung der Arbeitsbedingungen und Wirtschaftsbedingungen und die Freiheit der gemeinsamen Verfolgung dieses Zwecks (BVerfGE 4, 96 [106]; 38, 386 [393]); über beides sollen die Beteiligten selbst und eigenverantwortlich, grundsätzlich frei von staatlicher Einflußnahme, bestimmen. Elemente der Gewährleistung sind die Gründungsfreiheit und Beitrittsfreiheit, die Freiheit des Austritts und des Fernbleibens sowie der Schutz der Koalition als solcher (BVerfGE 4, 96 [101f]; 19, 303 [312, 319]; 28, 295 [304]) und ihr Recht, durch spezifisch koalitionsmäßige Betätigung die in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke zu verfolgen (BVerfGE 19, 303 [312] m.w.N.; 28, 295 [304]).“¹⁰³

¹⁰¹ Dazu, dass insoweit die gleichen Maßstäbe gelten wie bei Art. 9 Abs. 3 GG unten 3.

¹⁰² Dazu gleich 2.

¹⁰³ BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (367).

Man könnte Tariföffnungsklauseln ohne Erstreckungsklauseln als Eingriffe in die negative Koalitionsfreiheit werten, wenn man ihre Wirkungen in dem Sinne interpretierte, dass sie auf nichtorganisierte Arbeitgeber Druck ausüben, einem Arbeitgeberverband beizutreten.¹⁰⁴ Allerdings sind sowohl die grundrechtliche Verortung als auch die Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit sehr umstritten (dazu 1.). Die seit Jahrzehnten und nach wie vor mit erheblichem Aufwand geführte Debatte sollte man allerdings nicht zu hoch hängen, denn die notwendigen Differenzierungen zwischen positiver und negativer Freiheit lassen sich auch unabhängig von der grundrechtlichen Verortung in Eingriffs- und Rechtfertigungsprüfungen abbilden (s. 2.). Insbesondere erlauben es diese bereits in der Dogmatik zu Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Unterscheidungen, exklusive Tariföffnungsklauseln als verfassungsgemäß anzusehen (dazu 3.):

1. Bestandsaufnahme: Zur grundrechtlichen Verortung des Fernbleiberechts

Die Debatte über die negative Koalitionsfreiheit wird, unabhängig von ihrer konkreten grundrechtlichen Verortung, mit zwei durchaus gegenläufigen Zielrichtungen geführt.¹⁰⁵ Um die Bedeutung der Auseinandersetzung für die vorliegende Untersuchung würdigen zu können, muss zunächst klargestellt werden, dass vorliegend nur der zweite der folgenden beiden Aspekte relevant ist:

- Zum einen wird diskutiert, ob aus der negativen Koalitionsfreiheit das Recht von Außenseitern folgt, von der tarifvertraglichen Normsetzung verschont zu bleiben.¹⁰⁶ Es geht hier also um das Recht von Außenseitern, vom personalen Anwendungsbereich des Tarifvertrages verschont zu bleiben. Diese sog. negative Tarifvertragsfreiheit ist aber nach zutreffender herrschender Ansicht kein Problem der negativen Koalitionsfreiheit, sondern der demokratischen Legitimation der Koalition, deren Regelungskompetenz sich allein auf

¹⁰⁴ So namentlich *Höpfner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft, April 2019, S. 42.

¹⁰⁵ Vgl. dazu bereits die Analyse der EuGH-Rechtsprechung oben C. I. 2. a). Aufarbeitung der Debatte etwa bei *Deinert*, RdA 2014, 129 (132 ff.); *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 47 ff. und *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 341 ff.

¹⁰⁶ Dahin tendierend *Höfling/Rixen*, RdA 2007, 360 (362); zusammenfassend zur kontroversen Debatte *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465 (466).

den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt.¹⁰⁷ Das Bundesverfassungsgericht formuliert daher zutreffend, dass allein durch die Unterwerfung unter die Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien kein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt betroffen ist.¹⁰⁸ Auch der EGMR hat die negative Tarifvertragsfreiheit bislang nicht anerkannt, obwohl er dazu Gelegenheit gehabt hätte,¹⁰⁹ und der EuGH tendiert dazu, sie eher bei der aus Art. 16 GRCh abgeleiteten negativen Vertragsfreiheit zu verorten.¹¹⁰ Wie dem auch sei: Bei der Diskussion über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit exklusiver Tariföffnungsklauseln geht es ohnehin nicht um die Erstreckung von Tarifrecht auf Außenseiter, sondern ganz im Gegenteil darum, ob aus verfassungsrechtlichen Gründen auch die Parteien der Individualarbeitsverträge die Rechte der Koalitionen erhalten müssen. Allerdings zeigt die fehlende Anerkennung einer negativen Tarifvertragsfreiheit, dass das Argument der notwendigen Spiegelbildlichkeit von positiver und negativer Koalitionsfreiheit in die Irre führt, denn eine positive Tarifvertragsfreiheit folgt unbestrittenermaßen aus Art. 9 Abs. 3 GG.¹¹¹

- Zum anderen wird die negative Koalitionsfreiheit im Sinne eines „Fernbleiberechts“ diskutiert. Hier geht es gleichsam umgekehrt als bei der negativen Tarifvertragsfreiheit darum, das Gleiche regeln zu dürfen wie die Tarifvertragsparteien. Die Koalitionen sollen nicht in einem Maße gegenüber den Individualvertragsparteien und damit auch gegenüber den nichtorganisierten Arbeitgebern und Beschäftigten privilegiert werden, dass auch den Nichtorganisierten gar nichts anderes mehr übrig bleibt als einer Koalition beizutreten. Nur um diese Frage des Rechts auf Fernbleiben geht es im Folgenden. Das nimmt einigen Argumenten in der Debatte die Relevanz und der Debatte selbst die Brisanz. Dass es nämlich grundsätzlich ein auch verfassungsrechtlich geschütztes Fernbleiberecht gibt, wird, von wenigen Ausnahmen abgesehen,¹¹² heute nicht mehr in Frage gestellt. Fraglich sind allein seine grundrechtliche Verortung und die Reichweite der grundrechtlichen Gewährleistung.

¹⁰⁷ *Ossenbühl/Cornils*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, 2000, S. 35 ff., 125 ff. Ähnlich BAG 8.12.2010, BAGE 136, 237 (252): „Frage der rechtsstaatlichen Legitimationsgrundlage“.

¹⁰⁸ BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208 (213).

¹⁰⁹ Dazu oben C. II.

¹¹⁰ S. oben C. I. 2. a).

¹¹¹ S. vorstehend vor 1.

¹¹² Vgl. *Schuhmann*, Negative Freiheitsrechte, 1997, S. 223 ff.

In seinem Grundsatzbeschluss zur Rechtmäßigkeit von Differenzierungsklauseln hat sich der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts schon 1967 dazu bekannt, dass die negative Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG zu verorten sei.¹¹³ Er erkennt zwar an, dass die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG „im Interesse derjenigen geschaffen“ worden sei, „die koalitionswillig sind, sich koalitionsmäßig betätigen oder betätigen wollen,“¹¹⁴ möchte aber aus der Entstehungsgeschichte des Grundrechts Anhaltspunkte dafür ableiten, dass Art. 9 Abs. 3 GG auch ein Fernbleiberecht beinhaltet.¹¹⁵ Dem stellt es ein letztlich tragendes teleologisches Argument zur Seite: Der Begriff der Koalition umfasse nur freiwillige Zusammenschlüsse, weshalb es denkbare Kehrseite der positiven Freiheit auch eine negative Freiheit geben müsse, aus einer Koalition auszutreten oder ihr gar nicht erst beizutreten.¹¹⁶ Das Hauptargument lautet also, dass es „ohne die Chance zur negativen Freiheit [...] keine echte Chance zur positiven Freiheit“¹¹⁷ gäbe.

In seiner späteren Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht zwar an der Linie festgehalten, dass es ein Fernbleiberecht als Ausprägung der negativen Koalitionsfreiheit gebe. Während der 7. Senat auch an der Zuordnung zu Art. 9 Abs. 3 GG festhält,¹¹⁸ hat es der 4. Senat in einer Entscheidung aus dem Jahre 2009 offengelassen, ob dieses aus Art. 9 Abs. 3 GG oder aus Art. 2 Abs. 1 GG folge.¹¹⁹

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat sich zwar bereits 1967 zur Begründung seiner Rechtsprechung auf das Bundesverfassungsgericht berufen.¹²⁰ Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht das Fernbleiberecht als Bestandteil einer in Art. 9 Abs. 3 GG zu verortenden negativen Koalitionsfreiheit aber erst in seinem wegweisenden Mitbestimmungsurteil vom 1.3.1979 anerkannt, ohne dies aber in dieser Entscheidung und in der Folgerechtsprechung näher zu begründen.¹²¹ Auch die überwiegende Meinung im Schrifttum leitet aus Art. 9

¹¹³ BAG 29.11.1967, BAGE 20, 175 (213 ff.).

¹¹⁴ BAG 29.11.1967, BAGE 20, 175 (214).

¹¹⁵ BAG 29.11.1967, BAGE 20, 175 (215 f.).

¹¹⁶ BAG 29.11.1967, BAGE 20, 175 (215).

¹¹⁷ Scholz, in: Maunz/Dürig (Begr.), Art. 9 Abs. 3 [2016] Rn. 226.

¹¹⁸ BAG 29.7.2009, BAGE 131, 277 (282).

¹¹⁹ BAG 18.3.2009, BAGE 130, 43 (53 f.).

¹²⁰ Dazu und zum irreführenden Charakter der Verweise *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 123 f.

¹²¹ BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (367); ferner BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208 (213); BVerfG 23.4.1986, BVerfGE 73, 261 (270); BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 293

Abs. 3 GG die negative Koalitionsfreiheit mit dem Inhalt ab, aus Koalitionen auch fernbleiben zu dürfen. Zur Begründung beruft man sich allerdings meist auf die Eminenz einer mittlerweile einigermaßen gefestigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts;¹²² vereinzelt wird aber die Verortung bei Art. 9 Abs. 3 GG insbesondere unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Grundrechts auch ausführlicher begründet.¹²³

Schon immer gab es aber insbesondere im arbeitsrechtlichen Schrifttum eine beachtliche Zahl an Gegenstimmen, die das Fernbleiberecht bei Art. 2 Abs. 1 GG verorten möchten.¹²⁴ Sie weisen darauf hin, dass die Entstehungsgeschichte für die Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG wenig ergiebig sei, weil die Frage des Organisationszwangs („closed shop“) im Parlamentarischen Rat durchaus umstritten gewesen sei.¹²⁵ In systematischer Hinsicht wird zudem auf die uneinheitliche Rechtsprechung verwiesen, die durchaus nicht aus allen Grundrechten ein spiegelbildliches negatives Recht ableitet.

(304); BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 (217, 219) sowie BVerfG 14.11.2018, NZA 2019, 112 (112).

¹²² Vgl. aus der Kommentarliteratur zum Grundgesetz etwa *Bauer*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 81; *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 9 [2017] Rn. 54; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 68; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 36; *Kemper*, in: von Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 9 Abs. 3 Rn. 136 [nur terminologisch kritisch]; *Rixen*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 9 Rn. 38.

¹²³ *Bietmann*, Differenzierungsklauseln im System des deutschen Tarifrechts, 2010, S. 62 ff.; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 356 ff.

¹²⁴ Vgl. etwa *Deinert*, RdA 2014, 129 (132); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, 1997, S. 385; *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, Art. 9 GG Rn. 42; *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 126 ff.; *Walser*, Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, 2015, S. 39 ff.

¹²⁵ So *Gamillscheg*, Die Differenzierung nach Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 54 ff. und *ders.*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, 1997, S. 382 ff.; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 55 f. (allerdings ohne eine eindeutige Stellungnahme zur grundrechtlichen Verortung); *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder. Zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 2012, S. 134 ff.; ferner *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 157 ff. mit genereller entstehungsgeschichtlicher Kritik am Verständnis der Freiheitsrechte als negative Freiheitsgewährleistungen.

In der Tat hat das Bundesverfassungsgericht ausgerechnet in der *Elfes*-Entscheidung, der verfassungsgerichtlichen Geburtsurkunde der allgemeinen Handlungsfreiheit, die Ableitung einer negativen Freizügigkeit (also das Recht, sich nicht in Deutschland aufzuhalten, sondern auszureisen) aus Art. 11 Abs. 1 GG abgelehnt und Art. 2 Abs. 1 GG als grundrechtliche *sedes materiae* angesehen.¹²⁶ Entsprechendes gilt etwa bei Art. 6 Abs. 1 GG,¹²⁷ und aus Art. 12 Abs. 1 GG wird selbstverständlich kein Recht auf Nichtarbeit abgeleitet. Viele Freiheitsrechte werden in der Interpretation des Bundesverfassungsgerichts also allein um der positiven Freiheit willen gewährleistet. Weil aber auch das Unterlassen freiheitsrechtlichen Schutz benötigt, hat das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 GG zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit ausgebaut.¹²⁸ Man wird daher nicht sagen können, dass aus den besonderen Freiheitsrechten stets eine der positiven Gewährleistung entsprechende negative Garantie abzuleiten ist, zumal bei einigen Freiheitsrechten die negative Seite explizit erwähnt wird (s. etwa Art. 7 Abs. 3 S. 3 GG), bei Art. 9 Abs. 3 GG aber gerade nicht.¹²⁹

Das Spiegelbildlichkeitsargument, das positive und negative Freiheit stets gleichsetzt, mag zwar sehr eingängig sein,¹³⁰ es ist aber zu schlicht. Die Gleichsetzung ist vor allem dort problematisch, wo das Grundgesetz Institutionen wie Vereine, Koalitionen (Art. 9 GG) und Parteien (Art. 21 GG) als notwendige Zwischenschicht zwischen Individuum und Staat besonders hervorhebt und damit deutlich macht, dass ihre Nichtexistenz eben nicht gleichwertig ist mit ihrer Existenz.¹³¹ Eine parlamentarische Demokratie setzt politische Parteien und nicht Nichtparteien voraus, und die Ordnungsfunktion, die das Tarifvertragssystem für das Arbeitsleben hat, lässt sich eben nicht mehr gewährleisten, wenn niemand mehr Mitglied in Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden wird. Aus genau diesem Grund leiten Bundesverfassungsgericht und EGMR aus Art. 9 Abs. 3 GG bzw. Art. 11 Abs. 1 EMRK zwar die positive, aber nicht die

¹²⁶ BVerfG 16.1.1957, BVerfGE 6, 32 (35 f.).

¹²⁷ BVerfG 11.3.1981, BVerfGE 56, 363 (384 f.); Schutz der negativen Eheschließungsfreiheit durch Art. 6 Abs. 1 GG; dazu kritisch schon *Kingreen*, Jura 1997, 401 (402).

¹²⁸ So nachdrücklich insbes. *Hellermann*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 180 ff.

¹²⁹ Zum daher notwendigen Umkehrschluss *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, 1997, S. 383.

¹³⁰ Vgl. etwa *Thüsing*, NZA 2006, 473 (474): „In der negativen Koalitionsfreiheit spiegelt sich die positive; folglich müssen die Reichweiten beider Gewährleistungen übereinstimmen.“

¹³¹ Ähnlich war es historisch mit der Ehe i.S.v. Art. 6 Abs. 1 GG.

negative Tarifvertragsfreiheit ab,¹³² und auch die Rechtsprechung des EuGH spricht gegen die These von der notwendigen Spiegelbildlichkeit von positiver und negativer Freiheit.¹³³

Verfassungsrechtlich ist mithin die Mitgliedschaft in einer Koalition und der damit verbundene Abschluss von Tarifverträgen etwas qualitativ Anderes als das Fernbleiben aus dieser Koalition und die Nichtbeteiligung an einem Tarifvertrag: „Wer abseits steht, macht unbestritten von seiner Freiheit Gebrauch, doch gerade nicht zwecks gemeinschaftlicher Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.“¹³⁴

2. Fokussierung auf die Eingriffs- und Rechtfertigungs- dogmatik des Fernbleiberechts

Es gibt daher gute Gründe dafür, das Fernbleiberecht verfassungsrechtlich anders zu würdigen als das Recht, einer Koalition beizutreten. Allerdings muss das nicht zwingend durch die Zuordnung der beiden Verhaltensweisen zu unterschiedlichen Grundrechten, sondern kann auch durch Binnendifferenzierungen in der Eingriffs- und der Rechtfertigungsprüfung geschehen. Im arbeitsrechtlichen Schrifttum gehen allerdings bislang beide Seiten davon aus, dass der Gesetzgeber Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG leichter rechtfertigen könne als in Art. 9 Abs. 3 GG.¹³⁵ Der Streit um den grundrechtlichen Standort der negativen Koalitionsfreiheit verläuft hier frappierend eindeutig entlang der Konfliktlinien zwischen der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite: Während die dem Arbeitgeberlager zugeneigte Literatur das Fernbleiberecht tendenziell bei Art. 9 Abs. 3 GG verortet und es damit zu stärken hofft, wird auf Gewerkschaftsseite Art. 2 Abs. 1 GG in der Erwartung bemüht, Privilegierungen von Mitgliedern der Koalitionen leichter zu rechtfertigen. Diese Frontstellung hat allerdings dazu geführt, dass das Fernbleiberecht in den Prüfungen des Eingriffs und der Eingriffsrechtfertigung bislang wenig konturiert worden ist:

¹³² S. oben C. II und vorstehend a).

¹³³ Dazu oben I. 2. a).

¹³⁴ Hensche, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2017, Art. 9 GG Rn. 42.

¹³⁵ Etwa Deinert, RdA 2014, 129 (132).

a) Differenzierungen zwischen Grundrechten mit und ohne Gesetzesvorbehalt

Im dogmatischen Ausgangspunkt ist die Vorstellung, dass das schrankenlose Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG¹³⁶ weniger leicht beschränkbar ist als der unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung stehende Art. 2 Abs. 1 GG, durchaus nachvollziehbar. Während nämlich Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG durch alle Zwecke legitimiert werden, die nicht verboten sind, muss der Gesetzgeber die Eingriffszwecke bei schrankenlosen Grundrechten positiv aus dem Grundgesetz herleiten.¹³⁷

Diese im Text des Grundgesetzes angelegte Differenzierung ist allerdings durch die Rechtsprechungspraxis weitgehend eingeebnet worden. Auch bei schrankenlosen Grundrechten wie Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG lässt das Bundesverfassungsgericht den „Schutz von Gemeinwohlbelangen“¹³⁸ als Eingriffsziel ausreichen, ohne diese Belange normativ näher zu konkretisieren. Hinzu kommt, dass die für die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes maßgeblich heranzuziehende Europäische Menschenrechtskonvention gar keine allgemeine Handlungsfreiheit kennt (also positive wie negative Freiheit über ein einheitliches Grundrecht der Vereinigungsfreiheit schützt)¹³⁹ und dass die Europäische Grundrechtecharta in Art. 52 Abs. 1 GRCh einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt für alle (!) Grundrechte normiert. Beide Grundrechtsordnungen müssen daher gegebenenfalls notwendige Differenzierungen innerhalb der Rechtfertigungsprüfung ohnehin durch sektorale Verhältnismäßigkeitsdogmatiken bewältigen.

b) Die Koalitionsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht

Bei Art. 9 Abs. 3 GG kommt eine rechtsdogmatische Besonderheit hinzu, die prüfungstechnisch auf der Schnittstelle zwischen Eingriff und verfassungsrechtlicher Eingriffsrechtfertigung liegt. Das Grundgesetz schützt in seinen Art. 1–19 GG nicht nur natürliche Rechtsgüter wie das Leben, die Meinung und den Glauben, die unabhängig von Rechtsnormen existieren, sondern auch Gegenstände, die nicht nur für ihren Schutz, sondern für ihre Existenz auf rechtliche Regelungen angewiesen sind. Das Eigentum (Art. 14 GG) und die Ehe (Art. 6

¹³⁶ Die Schranke des Art. 9 Abs. 2 GG gilt aus systematischen Gründen nicht für Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, s. BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (118).

¹³⁷ Vgl. zur Typologie der Gesetzesvorbehalte und den daraus zu ziehenden Konsequenzen *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020, Rn. 304 ff.

¹³⁸ BVerfG 27.4.1999, BVerfGE 100, 271 (284).

¹³⁹ Dazu oben C. II.

GG) sind solche Produkte der Rechtsordnung, die nur existieren, weil das Recht sie regelt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist auch die Koalitionsfreiheit ein solches normgeprägtes Grundrecht, das den Gesetzgeber verpflichtet, ein Mindestmaß einfach-rechtlicher Ausgestaltung des Schutzbereichs zu gewährleisten.¹⁴⁰ Grundlegend ist auch insoweit das Mitbestimmungsurteil vom 1.3.1979:

„Mehr noch als die in Art. 9 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Vereinigungsfreiheit bedarf die Koalitionsfreiheit von vornherein der gesetzlichen Ausgestaltung. Diese besteht nicht nur in der Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können. Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten Belange namentlich im Bereich der Wirtschaftsordnung und Sozialordnung machen vielmehr vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies umso mehr, als der Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müssen.“¹⁴¹

Es sei daher

„Sache des Gesetzgebers, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er die Befugnisse der Koalitionen im Einzelnen gestaltet und näher regelt. Dabei kann er den besonderen Erfordernissen des jeweils zu regelnden Sachverhalts Rechnung tragen. Allerdings dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalt der Koalitionsbetätigung an.“¹⁴²

Als normgeprägtes Grundrecht ist Art. 9 Abs. 3 GG also auf rechtliche Regelungen angewiesen, die ein funktionsfähiges Tarifvertragsrecht gewährleisten. Solche Regelungen, die das grundrechtliche Schutzgut erst konstituieren und zu deren Erlass der Gesetzgeber daher sogar verpflichtet ist, können aber nicht zugleich als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in dieses Schutzgut angesehen werden. Denn das Eingriffsabwehrrecht setzt logisch ein schon vorhandenes

¹⁴⁰ Poscher, RdA 2017, 235 (237).

¹⁴¹ BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (368).

¹⁴² BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (368 f.).

Schutzgut voraus. Zugleich kann dies aber keinen Freibrief des Gesetzgebers bedeuten, das Recht der Koalitionen ohne grundrechtliche Bindungen nach Belieben zu gestalten. Die rechtsdogmatische Herausforderung besteht damit in der Abgrenzung zwischen den das Schutzgut konstituierenden Vorschriften auf der einen Seite und Normen, die in das Schutzgut eingreifen und daher der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen auf der anderen Seite.¹⁴³ Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet insoweit kategorial zwischen Eingriffen, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung durch den Schutz anderer Verfassungsgüter bedürfen, und der normkonstituierenden Ausgestaltung:

„Die Koalitionsfreiheit ist ein vorbehaltlos gewährleistetetes Grundrecht. Grundsätzlich können ihr daher nur zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter Schranken gesetzt werden. Das schließt allerdings eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht aus, soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für eine Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden.“¹⁴⁴

c) Unterscheidung zwischen externen und internen legitimen Zielen

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht die Abgrenzung zwischen einem dem Gesetzgeber offenstehenden Regelungsbereich und einem Kernbereich der Koalitionsfreiheit, der die Grenze der gesetzlichen Ausgestaltungsbefugnis markiert, inzwischen zu Recht wieder aufgegeben, weil sich diese Bereiche nicht strikt voneinander abgrenzen ließen.¹⁴⁵ Vielmehr unterwirft es auch ausgestaltende Regelungen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sich strukturell nicht von der Prüfung der Rechtfertigung von Eingriffen unterscheidet.¹⁴⁶

¹⁴³ *Pieroth*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd. 2, 2001, 293 (303, 306 f.).

¹⁴⁴ BVerfG 10.1.1995, BVerfGE 92, 26 (41).

¹⁴⁵ Vgl. zur Rechtsprechungsentwicklung etwa *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 9 Rn. 74 ff.

¹⁴⁶ Deutlich insbes. in BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (118): „Die vorbehaltlos gewährleistete Koalitionsfreiheit ist durch gesetzliche Bestimmungen beschränkbar, die das Verhältnis konkurrierender Tarifvertragsparteien derselben Seite regeln, um strukturelle Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich in der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ermöglichen.“ Zu dieser Konvergenz der Prüfungsstrukturen insbes. *Cornils*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, Art. 9 [2017] Rn. 35, 85.1 sowie *Rixen*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 9 Rn. 72.

Aber auch in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Tarifeinheitsgesetzes hält es an der grundsätzlichen Differenzierung zwischen eingreifenden und ausgestaltenden Regelungen fest.¹⁴⁷ Der Unterschied besteht gerade im Tarifvertragsrecht in den Anforderungen an den legitimen Zweck des Grundrechtseingriffs:

- „Gesetzliche Regelungen, die eine Beeinträchtigung des Art. 9 Abs. 3 GG bewirken, können zugunsten der Grundrechte Dritter sowie sonstiger mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte und Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden.“¹⁴⁸ Man kann insofern von externen Zielsetzungen sprechen, weil sie nicht das Ziel verfolgen, die Tarifautonomie selbst zu stärken, sondern anderen Verfassungsgütern dienen, wie etwa der Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit¹⁴⁹ und der finanziellen Stabilität der Sozialversicherung¹⁵⁰.
- Davon unterscheidet es Regelungen mit internen Zielsetzungen, also solchen, die dem grundrechtlichen Schutzgut der Tarifautonomie selbst dienen: „Gesetzliche Regelungen, die in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen, und die Funktionsfähigkeit des Systems der Tarifautonomie herstellen und sichern sollen, verfolgen einen legitimen Zweck [...]. Der Gesetzgeber hat eine entsprechende Ausgestaltungsbefugnis [...]. Insbesondere wenn das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird, die beide den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen, bedarf die Koalitionsfreiheit der gesetzlichen Ausgestaltung [...]. Der Gesetzgeber hat die Rechtsinstitute und Normenkomplexe zu setzen, die dem Handeln der Koalitionen und insbesondere der Tarifautonomie Geltung verschaffen.“¹⁵¹

Diese Unterscheidung zwischen externen und internen Zielsetzungen¹⁵² ist von erheblicher Bedeutung für den gesetzgeberischen Entscheidungsspielraum:

„Bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum [...]. Das Grundgesetz schreibt ihm nicht vor, wie Grundrechtspositionen im Einzelnen abzugrenzen sind. Es verlangt auch keine Optimierung der Kampfbedingungen. Grundsätzlich ist es den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihr Handeln den sich wandelnden Umständen

¹⁴⁷ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71.

¹⁴⁸ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (118 f.).

¹⁴⁹ BVerfG 27.4.1999, BVerfGE 100, 271 (284); BVerfG 3.4.2001, 103, 297 (303).

¹⁵⁰ BVerfG 3.4.2001, BVerfGE 103, 297 (303).

¹⁵¹ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (119).

¹⁵² Sie stammt ursprünglich aus der Gleichheitsdogmatik, s. grundlegend *Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 165 ff.

anzupassen, um ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. Doch ist der Gesetzgeber auch nicht gehindert, die Rahmenbedingungen der Tarifautonomie zu ändern, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wieder herzustellen [...], sei es zur Sicherung eines fairen Ausgleichs auf nur einer Seite der sich gegenüberstehenden Koalitionen.“¹⁵³

Der Gesetzgeber ist insoweit zur „Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie“¹⁵⁴ nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet. Das Bundesverfassungsgericht macht damit deutlich, dass die Unterscheidung zwischen der Ausgestaltung des Grundrechts und dem Eingriff in Dasselbe nach wie vor Bestand hat. Dabei stellt es auch einen Zusammenhang zwischen der unter einen Paritätsvorbehalt gestellten Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages und der Notwendigkeit gesetzlicher Ausgestaltung her:

„Im Zentrum der Richtigkeitsvermutung steht, dass mit dem kollektiven Vertragssystem die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überwunden werden kann. Das Tarifvertragssystem ist darauf angelegt, deren strukturelle Unterlegenheit beim Abschluss von individuellen Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Funktionsfähig ist die Tarifautonomie folglich nur, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht – Parität – besteht [...]. Die Vermutung der Richtigkeit des zwischen den Tarifvertragsparteien Ausgehandelten greift also nur unter diesen Voraussetzungen.“¹⁵⁵

Da Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG dem „sozialen Schutz der abhängig Beschäftigten im Wege der kollektivierten Privatautonomie“ diene, sei es Aufgabe des Gesetzgebers, „strukturelle Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen einen fairen Ausgleich auch tatsächlich ermöglichen.“ Das ermächtigt und verpflichtet ihn auch zu weitreichenden Neuregelungen wie etwa im Tarifeinheitsgesetz:

„Der Gesetzgeber ist insofern nicht gehindert, Rahmenbedingungen für das Handeln der Koalitionen zu ändern [...]; er ist sogar verpflichtet einzugreifen, wenn nachhaltige Störungen der Funktionsfähigkeit des Systems vorliegen.“¹⁵⁶

¹⁵³ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (121).

¹⁵⁴ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (120 f.).

¹⁵⁵ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (120).

¹⁵⁶ Dieses und die vorstehenden Zitate aus BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (120).

d) Fazit

Die Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG ist von entscheidender Bedeutung auch für die inhaltliche Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit. Da die Ausgestaltungsbefugnis nämlich nur die positive Koalitionsfreiheit erfasst, folgt aus ihr, dass das Bundesverfassungsgericht kategorial zwischen der Koalition und der Nicht-Koalition, zwischen der Mitgliedschaft und der Nicht-Mitgliedschaft und damit nicht zuletzt zwischen der positiven und der negativen Koalitionsfreiheit unterscheidet:

- Die negative Koalitionsfreiheit ist wenig voraussetzungsvoll und bedarf daher auch keiner näheren gesetzlichen Ausgestaltung. Dementsprechend spielt sie in der Rechtsprechung eine gänzlich untergeordnete Rolle. Sie existiert zwar, und für ihre Beeinträchtigungen gibt es bestimmte äußere Grenzen, die aber – wie die nachfolgende Behandlung der Verfassungsmäßigkeit von exklusiven Tariföffnungsklauseln zeigen wird – noch nicht ein einziges Mal überschritten wurden.
- Im Gegensatz dazu steht die positive Koalitionsfreiheit, die zwar ebenfalls unverhältnismäßige Eingriffe verbietet. Aber die Rechtsprechung betont vor allem die aus der positiven Koalitionsfreiheit ableitbare Gewährleistungsverpflichtung des Gesetzgebers, der „Rechtsinstitute und Normenkomplexe“ setzen muss, „die dem Handeln der Koalitionen und insbesondere der Tarifautonomie Geltung verschaffen.“¹⁵⁷ Diese Schutzpflicht wird namentlich aktiviert, wenn die Tarifvertragsfähigkeit einer der beiden Parteien gefährdet ist. Dann ist der Schutz des Tarifvertrages der legitime, gewissermaßen immanente, interne Regelungszweck, der auch zu weitreichenden Neugestaltungen des Tarifvertragsrechts berechtigt.

Die nähere Befassung mit der Eingriffs- und Rechtfertigungsdogmatik bei Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet damit eine neue Perspektive: Es kommt gar nicht wesentlich auf die Frage an, ob das Fernbleiberecht nun in Art. 9 Abs. 3 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG zu verorten ist. Denn das Bundesverfassungsgericht schützt die positive Koalitionsfreiheit mit einem qualifizierten Gewährleistungsprogramm, das bei der negativen Koalitionsfreiheit fehlt und auch nicht erforderlich ist.

¹⁵⁷ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (119).

3. Konsequenzen für die verfassungsrechtliche Beurteilung der exklusiven Tariföffnungsklauseln

Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von exklusiven Tariföffnungsklauseln wird nachfolgend die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde gelegt, die die negative Koalitionsfreiheit zwar in Art. 9 Abs. 3 GG verortet, diese aber nicht im Sinne einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung interpretiert. Anders als die positive bedarf die negative Koalitionsfreiheit daher keiner legislativen Ausgestaltung. Art. 9 Abs. 3 GG beschränkt sich insoweit auf ein Abwehrrecht von Außenseitern vor unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen ihres Fernbleiberechts. Die einschlägige Rechtsprechung zum Fernbleiberecht wird zunächst aufgearbeitet (dazu a)), bevor dann auf die Frage eingegangen wird, ob exklusive Tariföffnungsklauseln das grundrechtliche Fernbleiberecht verletzen (s. b)):

a) Ausgestaltung, nicht Eingriff: Exklusive Tariföffnungsklauseln in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Es gibt nur wenige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum aus der Koalitionsfreiheit ableitbaren Fernbleiberecht. Es hat eine Vorschrift des Arbeitsgerichtsgesetzes, das Rechtsanwälte von nicht organisierten Arbeitgebern nur unter bestimmten Voraussetzungen („wenn die Wahrung der Rechte der Parteien dies notwendig erscheinen lässt“) als Prozessbevollmächtigte vor den Arbeitsgerichten zuließ, 1971 für verfassungsgemäß erklärt. Der Beschwerdeführer hatte gerügt, er werde als nicht rechtskundiger und nicht organisierter Arbeitgeber mittelbar gezwungen, einer Arbeitgebervereinigung beizutreten, um angemessen rechtlich vertreten werden zu können; hierin liege eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Entscheidung erstmals zwischen zulässigen Anreizen für den Beitritt zum Arbeitgeberverband und einem unzulässigen Druck unterschieden, Letzteren aber als nicht gegeben erachtet:

„Denn allein die Tatsache, daß Organisierte anders behandelt werden als Nichtorganisierte, bedeutet noch keine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit. Voraussetzung für eine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit wäre es vielmehr, daß ein Zwang oder Druck auf die Nichtorganisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten. Die rechtliche Freiheit, sich einer Organisation anzuschließen oder nicht anzuschließen, wird durch die Regelung nicht berührt. Faktisch mag diese in Einzelfällen einen Anreiz zum Beitritt bieten. In der Regel ist aber nicht anzunehmen,

daß eine solche Motivation – nämlich der Wunsch, sich auch in kleinen und einfachen Arbeitsgerichtsprozessen vertreten zu lassen – die Entschließungsfreiheit fühlbar beeinträchtigt.“¹⁵⁸

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Differenzierung zwischen zulässigen Anreizen und unzulässigem erheblichem Druck¹⁵⁹ in mehreren Folgeentscheidungen bekräftigt, ohne allerdings Kriterien für die Abgrenzung zu entwickeln.¹⁶⁰ Zuletzt hat es in Differenzierungsklauseln bei Überbrückungs- und Abfindungsleistungen in einem Sozialtarifvertrag keinen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit gesehen und nochmals bekräftigt, dass nicht schon aus der Ungleichbehandlung von Organisierten und Nichtorganisierten ein Grundrechtsverstoß folge.¹⁶¹ Das Bundesverfassungsgericht hat bislang in keiner einzigen Entscheidung überhaupt einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit bejaht; stets konnte es eine Beeinträchtigung schon unter Hinweis auf die fehlende Erheblichkeit bzw. Fühlbarkeit des Beitrittsdrucks verneinen. Es bestand daher unter dem Aspekt des Fernbleiberechts bislang kein Anlass, die Rechtfertigung und insbesondere die Verhältnismäßigkeit des Drucks, sich zu organisieren, zu prüfen.

Auch der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts lässt sich keine Grenzziehung zwischen zulässigen Beitrittsanreizen und unzulässigem Beitrittsdruck entnehmen. Die Entscheidung des Großen Senats vom 29.11.1967, die Differenzierungsklauseln generell für unzulässig erklärt hatte, ist nicht nur in der Sache überholt. Auch die Begründung einer generell fehlenden „Sozialadäquanz“ von Differenzierungsklauseln¹⁶² lässt sich nicht mehr halten, nachdem das Bundesverfassungsgericht die Ungleichbehandlung von Nichtorganisierten nicht grundsätzlich im Widerspruch zur negativen Koalitionsfreiheit sieht.

Wesentlich ergiebiger ist die Folgerechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Mit Entscheidung vom 18.3.2009 hat es eine einfache Differenzierungsklausel in einem Tarifvertrag, die die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft zur Voraussetzung einer Sonderleistung gemacht hatte, nicht beanstandet. Die Argumenta-

¹⁵⁸ BVerfG 20.7.1971, BVerfGE 31, 297 (302).

¹⁵⁹ BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7 (22) unterscheidet nur terminologisch abweichend zwischen unerheblichem und erheblichem Druck; ähnlich BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208 (213 f.).

¹⁶⁰ Vgl. BVerfG 24.5.1977, BVerfGE 44, 322 (352); BVerfG 15.7.1980, BVerfGE 55, 7 (22); BVerfG 14.6.1983, BVerfGE 64, 208 (213 f.); BVerfG 11.7.2006, BVerfGE 116, 202 (218 f.); BAG 29.12.2004, NZA 2005, 153 (155).

¹⁶¹ BVerfG 14.11.2018, NZA 2019, 112 (112).

¹⁶² BAG 29.11.1967, BAGE 20, 175 (221, 228).

tion ist deshalb bemerkenswert, weil das Bundesarbeitsgericht dieses Ergebnis auch aus der fehlenden Kompetenz der Tarifvertragsparteien ableitet, Vereinbarungen zur Rechtsstellung von Außenseitern zu treffen. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Normsetzungsbefugnis der Koalitionen könne sich schon aus verfassungsrechtlichen (= legitimatorischen) Gründen grundsätzlich nur auf die Mitglieder der vertragsschließenden Parteien beschränken;¹⁶³ die Ungleichbehandlung der Nichtorganisierten sei daher in den §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG in verfassungsmäßiger Weise angelegt:

„Nach den allgemeinen, nirgends angegriffenen Grundsätzen des Arbeitsrechts der Bundesrepublik hat kein Außenseiter ohne eine gesonderte Rechtsgrundlage, die ihm die Anwendung von Tarifnormen auf sein Arbeitsverhältnis verschafft, einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit einem Tarifgebundenen.“¹⁶⁴

Dass von der Tarifnorm ein Anreiz ausgehe, der Gewerkschaft beizutreten, sei begünstigenden Tarifnormen eigen¹⁶⁵ und könne daher nicht verfassungswidrig sein.

Mit Urteil vom 23.3.2011 hat das Bundesarbeitsgericht dann zwar eine sog. Spannenklausel, die eine den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehaltene Leistung dadurch absichert, dass sie für den Fall einer Kompensationsleistung des Arbeitgebers an nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer das Entstehen eines entsprechend erhöhten Anspruchs für die Gewerkschaftsmitglieder vorsieht, für rechtswidrig erklärt. Es begründet dies aber nicht mit einem mit der negativen Koalitionsfreiheit nicht zu vereinbarenden Beitrittsdruck, sondern argumentiert mit der fehlenden Befugnis der Tarifvertragspartner, die Rechte von Außenseitern zu regeln. Spannenklauseln bewirkten zwar keine absolute, aber eine relative Begrenzung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter, indem sie es dem Arbeitgeber rechtlich-logisch unmöglich machten, die vertraglichen Arbeitsbedingungen der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den tariflich normierten Arbeitsbedingungen anzugleichen. Dem Arbeitgeber werde daher durch Tarifvertrag eine Ungleichbehandlung der Nichtorganisierten zwingend auferlegt; damit werde der den Tarifvertragsparteien zustehende Kompetenzbereich überschritten.¹⁶⁶

¹⁶³ Das BAG (BAG 18.3.2009, BAGE 130, 43 [58]) bezieht sich insoweit auf die grundlegende Entscheidung des BVerfG (24.5.1977, BVerfGE 44, 322 [347 f.]).

¹⁶⁴ BAG 18.3.2009, BAGE 130, 43 (59).

¹⁶⁵ BAG 18.3.2009, BAGE 130, 43 (62).

¹⁶⁶ BAG 23.3.2011, BAGE 137, 231 (242 f.).

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist für die Frage der Verfassungsmäßigkeit von exklusiven Tariföffnungsklauseln damit insgesamt nur begrenzt ergiebig. Beschwerdegegenstände sind stets Tarifverträge, und soweit diese verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen, geht es um die Grenzen der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien gegenüber Außenseitern. Dieses Problem besteht bei gesetzlichen Regelungen nicht, denn der parlamentarische Gesetzgeber ist demokratisch durch das Gesamtvolk (Art. 20 Abs. 2 GG) und nicht nur die „Teilvölker“ der Koalitionen legitimiert und hat daher Regelungsbefugnisse auch gegenüber nichtorganisierten Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Dementsprechend sind auch die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers wesentlich weiter als diejenigen der Tarifvertragsparteien.

Aus der Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch des Bundesarbeitsgerichts lässt sich aber ableiten, dass die Ungleichbehandlung von Organisierten und Nichtorganisierten nicht nur grundsätzlich zulässig ist, sondern immanent aus der Logik der Tarifautonomie folgt. Das ist für die verfassungsrechtliche Bewertung von Tariföffnungsklauseln von grundlegender Bedeutung. Indem der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien (und zwar nur diesen) gestattet, von gesetzlichen Vorgaben auch zu Lasten der Arbeitnehmer abzuweichen, vertraut er auf die Fähigkeit der Tarifvertragsparteien zur autonomen und fairen Vereinbarung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Mit exklusiven Öffnungsklauseln macht er von der Ausgestaltungsbefugnis bzw. -pflicht Gebrauch, die ihm durch die positive Koalitionsfreiheit auferlegt wird. Gerade durch die damit notwendigerweise verbundene Ungleichbehandlung sichert er die Funktionsfähigkeit eines Tarifvertragssystems, dessen politische wie rechtliche Legitimation auf den Tatbestand der Mitgliedschaft zurückzuführen ist. Der Gesetzgeber darf daher die Mitgliedschaft als legitimatorischen Tatbestand gesetzlich ausgestalten, um die „strukturellen Voraussetzungen von Tarifverhandlungen“¹⁶⁷ zu gewährleisten. Ohne Mitglieder gibt es keine Koalitionen und wird Art. 9 Abs. 3 GG zum leeren Versprechen.

Regelungen, die Anreize setzen, Mitglied in einer Koalition zu werden, sind m.a.W. nicht deshalb legitim, weil sie mehr oder weniger legitime Einzelinteressen von abhängig Beschäftigten oder Arbeitgebern schützen, sondern weil sie die Koalitionen als verfassungsrechtlich notwendige, durch Mitgliedschaft konstituierte Institutionen gewährleisten. Sie sind daher nicht nur kein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit, sondern vielmehr Ausdruck der durch Ausgestaltung des Grundrechts wahrzunehmenden Gewährleistungsverantwortung des Gesetz-

¹⁶⁷ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (122).

gebers für die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG). Wegen dieser immanenten Verknüpfung mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Tarifvertragssystems stehen exklusive Tariföffnungsklauseln daher als ausgestaltende Regelungen nicht unter dem Rechtfertigungszwang, kollidierende Verfassungsgüter zu schützen. Sie verfolgen nämlich im Sinne der oben skizzierten Typologie¹⁶⁸ den internen Zweck, das grundrechtliche Schutzgut normativ zu prägen.

b) Grenzen der Befugnis des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Tarifautonomie

Die Befugnis des Gesetzgebers, grundrechtliche Schutzbereiche im Interesse ihrer Effektuierung auszugestalten, ist freilich nicht grenzenlos. Namentlich für die legislative Ausgestaltung der Tarifautonomie gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,¹⁶⁹ der es untersagt, durch exklusive Tariföffnungsklauseln unangemessenen Druck zum Beitritt zu einem Arbeitgeberverband auszuüben.

Clemens Höpfner vertritt die Ansicht, dass § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG diese Grenze überschreite. Der Gesetzgeber habe diese Regelung nicht mit dem Schutz der Leiharbeitnehmer oder der Stammbesellschaft im Entleiherbetrieb begründet. Die Vorschrift habe ausweislich der Regierungsbegründung allein das Ziel, einen „Anreiz zur Tarifbindung“ zu setzen. Es gehe also in diesem Fall nicht um eine bloße Reflexwirkung einer gesetzlichen Regelung zum Schutz bestimmter Arbeitnehmergruppen, sondern um den verbandspolitisch motivierten Versuch des Gesetzgebers einer gezielten Verhaltenssteuerung von Arbeitgebern auf dem kollektiven Arbeitsmarkt und damit um einen finalen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Entleiher.¹⁷⁰ Das überzeugt aber aus mehreren Gründen nicht:

Zunächst ist zwar richtig, dass speziell § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG eine exklusive Tariföffnungsklausel darstellt.¹⁷¹ Allerdings bezieht sich die „Exklusivität“ auf die Handlungsform des Tarifvertrages, aber nicht auf die handelnde Partei auf Arbeitgeberseite. Von der gesetzlichen Regelung darf also zwar nur durch Tarifvertrag, aber nicht nur durch organisierte Arbeitgeber abgewichen werden. *Höpfner* bestreitet das auch nicht, sondern verweist lediglich auf die Gesetzesbegründung,

¹⁶⁸ S. vorstehend 2. c).

¹⁶⁹ BVerfG 11.7.2017, BVerfGE 146, 71 (122 ff.).

¹⁷⁰ *Höpfner*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, Rechtsgutachten für den Verband der Bayerischen Wirtschaft, April 2019, S. 42.

¹⁷¹ Dazu bereits oben B. II. 1. a).

wonach die Regelung einen „Anreiz zur Tarifbindung“¹⁷² setzen wolle. Das ist aber methodisch fragwürdig. Nicht seine Begründung, sondern nur das Gesetz selbst kann ja gegebenenfalls in das Grundrecht eingreifen. Die Begründung kann nach den allgemeinen Grundsätzen der Methodenlehre zwar zur Auslegung der Norm herangezogen werden, aber die Grenze bildet insoweit der Wortlaut der Norm. Auch *Höpfner* behauptet aber nicht, dass aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG ableitbar wäre, dass nur organisierte Arbeitgeber in seinen Genuss kommen können, denn die Norm stellt explizit auf den Tarifvertrag als Handlungsform und nicht auf die handelnden Akteure ab. Wenn aber – was auch *Höpfner* nicht bestreitet – von der Abweichungsmöglichkeit in § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG auch durch einen Haustarifvertrag Gebrauch gemacht werden kann, stellt sich die Frage, worin der Beitrittsdruck liegen soll, wenn doch ein Beitritt zum Arbeitgeberverband durch die Norm weder rechtlich noch faktisch veranlasst wird. Exklusive Tariföffnungsklauseln, die auch von den Parteien eines Haustarifvertrages genutzt werden können, greifen also nicht in die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber ein, sondern gestalten diese lediglich aus.

Da aber, wie gesehen, auch die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers Grenzen unterliegt, könnte man *Höpfner* in dem Sinne interpretieren, dass es sich um eine unverhältnismäßige Ausgestaltung handelt, weil die Leiharbeitnehmenden nicht hinreichend geschützt seien. Das unterstellt aber, dass ausgestaltende Regelungen einem externen Zweck, also dem Schutz anderer Verfassungsgüter, dienen müssen. Das ist aber, wie vorstehend unter a) ausgeführt, gerade nicht der Fall: Art. 9 Abs. 3 GG ausgestaltende Regelungen dürfen den Tarifvertrag als Handlungsform und die Tarifautonomie als verfassungsrechtliches Institut stärken; sie dürfen diesen internen Zweck nur nicht unverhältnismäßig verfolgen. Dafür ist aber nichts ersichtlich, denn die existierenden exklusiven Tariföffnungsklauseln schließen keinen Arbeitgeber aus.

Unverhältnismäßig könnten exklusive Tariföffnungsklauseln allenfalls sein, wenn sie nur von organisierten Arbeitgebern genutzt werden dürften. Solche Klauseln, man könnte sie als *exklusive Verbandsöffnungsklauseln* bezeichnen, existieren aber bislang nicht. Wenn es sie gäbe, müsste man zwischen zulässigen (und im Sinne der Ausgestaltungsfunktion auch notwendigen) Anreizen für die Mitgliedschaft und einer faktischen Zwangsmitgliedschaft unterscheiden. Man wird insoweit nur mit einzelnen Abwägungskriterien arbeiten können; eine vom Einzelfall abstrahierte, generalisierende Betrachtung verbietet sich:

¹⁷² BT-Drs. 18/9232, S. 21.

- In Anlehnung an die Diskussion über die Bestimmung der Eingriffsschwelle bei Gewerkschaftsmitglieder begünstigenden Differenzierungsklauseln¹⁷³ wird man zunächst in einer Art Gesamtsaldierung die Begünstigungen, die mit der Mitgliedschaft einhergehen, in Beziehung zu den daran anknüpfenden Pflichten und Lasten setzen müssen. Das bedeutet, dass man die einzelne exklusive Verbandsöffnungsklausel nicht isoliert rechtlich werten darf, sondern in den Kontext bereits vorhandener Privilegierungen von organisierten Arbeitgebern setzen muss. Solange sie eine absolute Ausnahme bilden, dürfen sie allenfalls sanfte Anreize zum Beitritt zu einem Verband auslösen, aber noch keinen rechtlich relevanten Druck.
- Im Rahmen der Gesamtrechnung ist zudem in Rechnung zu stellen, dass mit der grundrechtlich geschützten Entscheidung, nicht Mitglied einer Koalition zu werden, auch grundsätzlich der Wunsch verbunden ist, nicht in den Anwendungsbereich eines Tarifvertrages einbezogen zu werden. An einer solchen Entscheidung müssen sich Außenseiter auch grundsätzlich messen und sich fragen lassen, warum sie sich nicht organisieren möchten. Denn indem sie einen von einer exklusiven Verbandsöffnungsklausel ausgehenden unverhältnismäßigen Beitrittsdruck behaupten, gewichten sie den Inhalt dieser für sie nicht zugänglichen Klausel höher als die von ihnen so empfundenen Nachteile einer Verbandsmitgliedschaft. Anders formuliert: Entweder misst ein Arbeitgeber einer exklusiven Verbandsöffnungsklausel mehr Gewicht bei als den Vorteilen der Nichtmitgliedschaft – dann kann zwar ein unverhältnismäßiger Beitrittsdruck ausgelöst werden, aber es stellt sich die Frage einer nicht schützenswerten Trittbrettfahrerei – oder er gewichtet die Vorteile einer Nichtmitgliedschaft trotz der exklusiven Verbandsöffnungsklausel höher als der Mitgliedschaft – dann besteht nur ein Anreiz, Mitglied zu werden, aber kein unbotmäßiger Zwang.
- In die Abwägung einzubeziehen ist schließlich die Dringlichkeit, die Mitgliedschaft in Koalitionen zu stärken. Der Gesetzgeber darf und muss wegen seiner Schutzpflicht für die Koalitionsfreiheit Fliehkräften aus Koalitionen legislativ entgegenwirken. Ein Beitrittsdruck lässt sich daher umso mehr rechtfertigen, je schwächer die mitgliedschaftlichen Bindungen faktisch sind und je stärker dementsprechend die Koalitionen auf gesetzliche Ausgestaltung angewiesen sind.

¹⁷³ Dazu *Neumann*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 154 ff.: insbesondere Höhe des Gewerkschaftsbeitrags, der in Relation zu den monetären Begünstigungen der Mitgliedschaft gesetzt wird.

III. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Der allgemeine Gleichheitssatz spielt als Prüfungsmaßstab bislang keine eigenständige Rolle. Die Ungleichbehandlung zwischen Organisierten und Nichtorganisierten ist nämlich in verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässiger Weise in den §§ 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1 TVG angelegt.¹⁷⁴ Soweit eine exklusive Tariföffnungsklausel einen nach Art. 9 Abs. 3 GG unzulässigen Zwang auslöst, liegt allerdings zugleich eine unverhältnismäßige Ungleichbehandlung und damit ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor.

¹⁷⁴ BAG 18.3.2009, BAGE 130, 43 (58).

E. Arbeitnehmer schützende Regelungen in gesetzlichen Öffnungsklauseln

Tariföffnungsklauseln eröffnen tarifgebundenen Arbeitgebern die Möglichkeit, von gesetzlichen Bestimmungen nicht nur mit dem Ziel einer betrieblich passenden Lösung, sondern auch zu Lasten insbesondere der gewerkschaftlich Organisierten abzuweichen. Sie setzen damit auf der einen Seite einen Anreiz für Arbeitgeber, Mitglied in einem Arbeitgeberverband zu werden bzw. selbst entsprechende Tarifverträge gemäß § 3 Abs. 1 TVG auszuhandeln. Tarifverträge, die zur Gewährleistung von branchen-, unternehmens- oder betriebspezifischer Flexibilität auch zu Lasten der Beschäftigten von gesetzlichen Regeln abweichen, benachteiligen Mitglieder der Gewerkschaften im Vergleich mit Nichtorganisierten und können daher auf Gewerkschaftsseite Fliehkräfte auslösen. Auch wenn Arbeitgeber aufgrund des Einsatzes von Erstreckungsklauseln in Arbeitsverträgen in der Praxis Gleichbehandlung von Organisierten und Nichtorganisierten herstellen, indem arbeitsvertraglich geltende Tarifverträge auch für Nichtorganisierte in Bezug genommen werden, kann es nicht der Zweck der Tarifautonomie sein, dass gesetzliche Mindeststandards unterschritten werden. Ein solches Verständnis würde auch der Gewährleistungsverantwortung des Gesetzgebers aus Art. 9 Abs. 3 GG, die Tarifbindung zu stärken,¹⁷⁵ nicht gerecht. Tariföffnungsklauseln dienen vielmehr in erste Linie dem Ziel, branchen- bzw. betriebspezifische Anpassungen von notwendigerweise pauschalierenden gesetzlichen Regelungsmechanismen zu ermöglichen.

Diese Fehlsteuerung ließe sich zum einen dadurch vermeiden, dass für exklusive Tariföffnungsklauseln, die zu Ungunsten der Beschäftigten von gesetzlichen Regeln abweichen, festgelegt wird, dass diese Tarifnormen – unabhängig von der Anwendung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln – für alle Beschäftigten des tarifgebundenen Arbeitgebers gelten. Eine entsprechende Regelung ist bereits in § 3 Abs. 2 TVG für die Geltung betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Normen eines Tarifvertrages vorgesehen.¹⁷⁶ Zum anderen kann über-

¹⁷⁵ Vgl. oben D. II. 3.

¹⁷⁶ Zur Vereinbarkeit dieser Regelung mit Art. 9 Abs. 3 GG BAG, 26.04.1990, BAGE 64, 368.

legt werden, in Tariföffnungsklauseln ein Äquivalenzprinzip mit dem Inhalt vorzusehen, dass das gesetzliche Niveau des Arbeitnehmerschutzes insgesamt nicht unterschritten werden darf. Damit würde sich das Äquivalenzprinzip vom Günstigkeitsprinzip i.S.v. § 4 Abs. 3 TVG unterscheiden. Während es dieses gestattet, in Individualarbeitsverträgen vom Tarifvertrag abzuweichen, wenn das für Beschäftigte günstiger ist, geht es beim Äquivalenzprinzip um Anforderungen an den Tarifvertrag selbst. Dieser soll zwar Abweichungen zu Lasten der Arbeitnehmer vorsehen können, muss aber ein dem Gesetz entsprechendes Mindestniveau der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen wahren. Vorbild könnte etwa Art. 5 Abs. 3 der Leiharbeits-RL 2008/104/EG sein. Dieser ermächtigt die Mitgliedstaaten, es den Sozialpartnern zu ermöglichen, Tarifverträge aufrechtzuerhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern enthalten können, welche von denen in Art. 5 Abs. 1 RL 2008/104/EG abweichen können.

Beide Arbeitnehmer schützende Regelungsoptionen wären koalitionspolitisch eine Gratwanderung. Sie vermögen zwar Anreize zur Tariffucht auf Arbeitnehmerseite zu reduzieren, schwächen aber zugleich den Anreiz für Arbeitgeber, gerade wegen der Möglichkeiten, die ihnen Tariföffnungsklauseln eröffnen, einem Arbeitgeberverband beizutreten oder selbst einen Tarifvertrag zu verhandeln. Im Hinblick auf das Äquivalenzprinzip müsste jeweils geprüft werden, wie der Vergleich zwischen gesetzlichem und tarifvertraglichem Niveau praktisch ausgestaltet werden soll, d.h. welche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen jeweils das für das Äquivalenzprinzip maßgebliche Mindestniveau bestimmen. Praktikabel dürfte hier nur das Gegenrechnen vergleichbarer Bedingungen sein. So kann man zwar etwa gegenläufige arbeitszeitrechtliche Regelungen in einen Vergleich einbeziehen, diese aber beispielsweise schwerlich mit abweichenden tarifvertraglichen Regelungen beim Kündigungsschutz gegenrechnen. Eine entsprechende gesetzliche Bestimmung müsste hierzu Regelungen treffen.

Verfassungsrechtlich wären solche Regelungen nicht problematisch. Sie betreffen die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), weil sie die Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien einschränken. Allerdings gilt hier das zur Vertragsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Unternehmer Gesagte¹⁷⁷ entsprechend: Solange die Grenzen des Gewährleistungsgehalts der Tarifautonomie gewahrt werden, haben die Tarifvertragsparteien keinen aus Art. 9 Abs. 3 GG

¹⁷⁷ S. oben C. I.

folgenden verfassungsrechtlichen Anspruch darauf, von gesetzlichen Vorgaben abweichende Bestimmungen treffen zu können. Wenn der Gesetzgeber ihnen dieses Recht in Tariföffnungsklauseln gleichwohl einräumt, so ist es ihm nicht verwehrt, diese regulatorisch zu beschränken. Er macht damit von seiner Ausgestaltungskompetenz Gebrauch, die ihm Art. 9 Abs. 3 GG einräumt.

F. Zusammenfassung in Thesenform

1. Mitgliedschaft ist das konstituierende und legitimatorische Fundament der in Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen. Sie beruht allerdings anders als bei den öffentlich-rechtlichen Körperschaften auf privatautonomer Entscheidung und nicht auf gesetzlicher Anordnung. Der Gesetzgeber darf und muss die Koalitionen durch Instrumente schützen, die Anreize zur Mitgliedschaft und zur Stärkung der Tarifbindung setzen.
2. Gesetzliche Tariföffnungsklauseln können Anreize für Arbeitgeber setzen, einem Arbeitgeberverband beizutreten oder Tarifbindung durch Abschluss eines Haustarifvertrages gemäß § 3 Abs. 1 TVG herzustellen. Sie erlauben es nämlich, in Tarifverträgen flexible Regelungen zur Berücksichtigung betrieblicher Besonderheiten zu vereinbaren und unter Umständen auch zu Ungunsten der Arbeitnehmerseite von gesetzlichen Bestimmungen abzuweichen. Allerdings können auch nichttarifgebundene Arbeitgeber von Tariföffnungsklauseln profitieren, wenn diese sog. Erstreckungsklauseln enthalten, die es den Parteien einer Betriebs-/Dienstvereinbarung oder eines Individualarbeitsvertrages gestatten, auf die Tariföffnungsvereinbarung Bezug zu nehmen. Damit entfällt nicht nur der Anreiz, Tarifbindung herzustellen, weitgehend, sondern es besteht auch die Gefahr, dass nichttarifgebundene Arbeitgeber durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag die für sie günstigen Abweichungsmöglichkeiten selektiv herauspicken. Aus dem als Gesamtpaket vereinbarten Tarifvertrag werden damit „maßgeschneiderte“ Arbeitsbedingungen herausgelöst, die die Arbeitnehmerseite belasten, ohne dass berücksichtigt wird, dass diese Belastungen Bestandteile eines Kompromisses sind, die durch Begünstigungen der Arbeitnehmer an anderer Stelle kompensiert wurden.
3. Neuere gesetzliche Bestimmungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 BetrVG, § 9a Abs. 6 TzBfG) enthalten zur Vermeidung der unter 2. skizzierten Effekte exklusive Tariföffnungsklauseln, also solche, die keine Erstreckungsklauseln enthalten. Sie erlauben es folglich nur tarifgebundenen Arbeitgebern, von einzelnen gesetzlichen Schutzvorschriften auch zu Lasten der Arbeitnehmer abzuweichen. Allerdings müssen diese nicht zwingend in einem Arbeitgeberverband organisiert sein; von den bislang bestehenden

exklusiven Tariföffnungsklauseln kann auch durch Haustarifvertrag Gebrauch gemacht werden.

4. Exklusive Tariföffnungsklauseln werden wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG (berufsbezogene Vertragsfreiheit) und Art. 9 Abs. 3 GG (negative Koalitionsfreiheit) teilweise für verfassungswidrig gehalten. Das ist aus den unter 6. und 7. näher ausgeführten Gründen nicht überzeugend.
5. Prüfungsmaßstäbe für exklusive Tariföffnungsklauseln sind die Grundrechte des Grundgesetzes. Das Unionsrecht (a)) und die EMRK (b)) sind dabei allerdings zu berücksichtigen:
 - a) Tariföffnungsklauseln greifen nicht in die durch Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit ein. Die Europäische Grundrechtecharta gewährleistet zwar insbesondere auch die berufsbezogene Vertragsfreiheit (Art. 16 GRCh) und die negative Koalitionsfreiheit (Art. 12 GRCh). Diese sind aber auch unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht anwendbar, weil der durch Art. 51 GRCh bestimmte Anwendungsbereich des Unionsrechts insoweit nicht eröffnet ist. Gleichwohl muss die Auslegung der Unionsgrundrechte durch den EuGH auch bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes berücksichtigt werden. Bislang sind hier aber keine Divergenzen erkennbar.
 - b) Art. 11 Abs. 1 EMRK gewährleistet ein Grundrecht auch auf negative Koalitionsfreiheit. Die einschlägige Rechtsprechung des EGMR muss zur Konkretisierung von Art. 9 Abs. 3 GG maßgeblich herangezogen werden, enthält bislang aber keine über die bisherige Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG hinausgehenden Aspekte.
6. Exklusive Tariföffnungsklauseln verstoßen nicht gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte berufsbezogene Vertragsfreiheit der nichttarifgebundenen Arbeitgeber. Es fehlt schon an einem Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG, denn die berufliche Betätigung von nichtorganisierten Arbeitgebern ist nicht Regelungsgegenstand von Tariföffnungsklauseln, und das Grundrecht vermittelt keinen Leistungsanspruch darauf, durch Individualarbeitsvertrag von gesetzlichen Bestimmungen abweichen zu dürfen.
7. Exklusive Tariföffnungsklauseln sind grundsätzlich mit der negativen Koalitionsfreiheit vereinbar:
 - a) Die Rechtsprechung folgert aus Art. 9 Abs. 3 GG ein Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit. Diese beinhaltet aber nur das Recht, einer Koalition fernzubleiben, aber keine sog. negative Tarifvertragsfreiheit. Das entspricht auch den Rechtsprechungen des EGMR und des EuGH.

- b) Der insbesondere im arbeitsrechtlichen Schrifttum mit einigem Aufwand entlang der Koalitionslinien geführte Streit darüber, ob die negative Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG oder in Art. 2 Abs. 1 GG garantiert wird, wird überschätzt. Denn unabhängig von der grundrechtsdogmatischen Verortung ist die negative im Vergleich mit der positiven Koalitionsfreiheit ein aliud. Das folgt aus dem Umstand, dass die Koalitionsfreiheit nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein durch den Gesetzgeber auszugestaltendes, d.h. ein sog. normgeprägtes Grundrecht ist. Während aber das Recht, einer Koalition fernzubleiben, keiner näheren Ausgestaltung bedarf (der Gesetzgeber muss hier einfach nur unverhältnismäßige Eingriffe unterlassen), ist die positive Koalitionsfreiheit auf rechtliche Regelungen angewiesen, die ein funktionsfähiges Tarifvertragsrecht gewährleisten. Das Bundesverfassungsgericht schützt daher die positive Koalitionsfreiheit mit einem qualifizierten Gewährleistungsprogramm, das bei der negativen Koalitionsfreiheit fehlt und auch nicht erforderlich ist.
- c) Die Abstufung zwischen positiver und negativer Koalitionsfreiheit wirkt sich unmittelbar auf die Frage aus, ob eine gesetzliche Bestimmung in Art. 9 Abs. 3 GG eingreift. Regelungen, die das grundrechtliche Schutzgut erst konstituieren und zu deren Erlass der Gesetzgeber aufgrund seiner Ausgestaltungsaufgabe sogar verpflichtet ist, können nämlich nicht zugleich als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in dieses Schutzgut angesehen werden. Sie verfolgen mit dem Schutz des grundrechtlichen Rechtsguts einen immanenten und damit internen Zweck. Davon zu unterscheiden sind gesetzliche Bestimmungen, die externe Zielsetzungen verfolgen. Ihnen geht es nicht um das Ziel, die Tarifautonomie selbst zu stärken, sondern um den Schutz anderer Verfassungsgüter (etwa: Wettbewerbsfähigkeit, Senkung der Arbeitslosigkeit etc.). Sie sind stets als Eingriffe zu qualifizieren.
- d) Die Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG ist von entscheidender Bedeutung für die inhaltliche Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit:
- aa) Die negative Koalitionsfreiheit ist wenig voraussetzungsvoll und bedarf daher auch keiner näheren gesetzlichen Ausgestaltung. Sie spielt daher in der Rechtsprechung eine gänzlich untergeordnete Rolle. Sie existiert zwar, und für ihre Beeinträchtigungen gibt es bestimmte äußere Grenzen, die aber noch nicht ein einziges Mal überschritten wurden.

- bb) Im Gegensatz dazu steht die positive Koalitionsfreiheit, die es dem Gesetzgeber zwar auch verbietet, unverhältnismäßige Eingriffe vorzunehmen. Aber die Rechtsprechung betont vor allem die aus der positiven Koalitionsfreiheit ableitbare Gewährleistungsverpflichtung des Gesetzgebers, der den Tarifvertrag als Handlungsform und die Tarifautonomie als Institution aktiv schützen muss. Diese Schutzpflicht wird namentlich aktiviert, wenn die Tarifvertragsfähigkeit einer der beiden Parteien gefährdet ist. Dann ist der Schutz des Tarifvertrages der legitime interne Regelungszweck, der auch zu weitreichenden Neugestaltungen des Tarifvertragsrechts berechtigt.
 - e) Art. 9 Abs. 3 GG eröffnet dem parlamentarischen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der exklusiven Tariföffnungsklauseln einen weiten Gestaltungsspielraum.
 - aa) Diese Grenze ist bei den existierenden exklusiven Tariföffnungsklauseln schon deshalb nicht überschritten, weil sie auch von nichtorganisierten Arbeitgebern genutzt werden können. Die Exklusivität bezieht sich also bislang lediglich auf die Handlungsform des Tarifvertrages, nicht aber auf die handelnden Akteure. Von solchen Regelungen geht kein relevanter Beitrittsdruck aus.
 - bb) Ein Beitrittsdruck könnte allenfalls mit exklusiven Verbandsöffnungsklauseln einhergehen, die nur organisierten Arbeitgebern eine Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen erlauben würden. Diese existieren bislang noch nicht. Unverhältnismäßig und daher verfassungswidrig wären sie aber nur, wenn eine Gesamtsaldierung der Begünstigungen, die mit der Mitgliedschaft einhergehen, und den an sie anknüpfenden Pflichten und Lasten ergibt, dass nicht nur zulässige Anreize zur Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband gesetzt werden, sondern ein unverhältnismäßiger faktischer Zwang ausgelöst wird, Mitglied zu werden. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass sich der betroffene Arbeitgeber bewusst gegen eine Verbandsmitgliedschaft entschieden hat und daher zur Vermeidung von Trittbrettfahreffekten darlegen muss, warum er gleichwohl von tarifvertraglichen Regelungen profitieren möchte. In die Abwägung muss schließlich auch die konkrete Dringlichkeit, die Mitgliedschaft in Koalitionen zu stärken, einfließen.
8. Verfassungsrechtlich zulässig sind Regelungen, die dem Schutz tarifgebundener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor selektiver Unterschreitung der gesetzlichen Mindestbedingungen dienen. Zulässig wäre insbesondere eine Regelung, die vorsähe, dass die abweichenden Tarif-

normen – unabhängig von der Anwendung arbeitsvertraglicher Erstreckungsklauseln – für alle Beschäftigten des tarifgebundenen Arbeitgebers gelten. Entsprechendes würde für Tariföffnungsklauseln gelten, die zum Schutz der Arbeitnehmer ein das gesetzliche Mindestniveau wahrendes Äquivalenzprinzip enthalten.

Literaturverzeichnis

- Bayreuther, Frank*, Tarifaufonomie als kollektiv ausgeübte Privataufonomie, 2005.
- Bietmann, Andreas*, Differenzierungsklauseln im System des deutschen Tarifrechts, 2010, S. 62 ff.
- Boecken, Winfried/Joussen, Jacob*, Teilzeit- und Befristungsgesetz. Kommentar, 6. Aufl. 2019.
- Blomeyer, Wolfgang/Rolfs, Christian/Otto, Klaus* (Begr./Hrsg.), Betriebsrentengesetz, 7. Aufl. 2018.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*, EUV/AEUV. Kommentar, 5. Aufl. 2016.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2016.
- Däubler, Wolfgang*, Privataufonomie oder demokratische Tarifaufonomie?, KJ 2014, 372.
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens-Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 4. Aufl. 2017.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016.
- Deinert, Olaf*, Negative Koalitionsfreiheit, RdA 2014, 129.
- Deinert, Olaf/Walser, Manfred*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber. Bindungswille und -fähigkeit der Arbeitgeber und ihrer Verbände als juristisches und rechtspolitisches Problem, 2015.
- Dieterich, Thomas*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, in: Schlachter, Monika/Ascheid, Rainer/Friedrich, Hans-Wolf (Hrsg.), Tarifaufonomie für ein neues Jahrhundert – Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, 1998, S. 117.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2013.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand 15.5.2019.
- Gamillscheg, Franz*, Ihr naht Euch wieder, schwankende Gestalten. „Tarifbonus“ für Gewerkschaftsmitglieder, NZA 2005, 146.
- Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, 1997.
 - Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966.
- Hänlein, Andreas*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht. System und Legitimation untergesetzlicher Rechtsquellen des deutschen Sozialversicherungsrechts, 2001.
- Hartmann, Felix*, Negative Tarifvertragsgleichheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014.
- Hellermann, Johannes*, Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993.

- Höfling, Wolfram/Rixen, Stephan*, Tariftreue oder Verfassungstreue?. Von der „gewährleistungsstaatlichen“ Relativierung des Grundrechtsschutzes am Beispiel der Tariftreue-Entscheidung des BVerfG, RdA 2007, 360.
- Höpfner, Clemens*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber, Rechtsgutachten für die Verband der Bayerischen Wirtschaft, April 2019.
- Die Tarifiergeltung im Arbeitsverhältnis. Historische, ökonomische und legislatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts, 2015.
- Huster, Stefan*, Rechte und Ziele, 1993.
- Jarass, Hans D./Kment, Martin*, EU-Grundrechte, 2. Aufl. 2019.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz. Kommentar, 15. Aufl. 2018.
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian*, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattslg; Stand des Gesamtwerks: 202. Ergänzungslieferung Februar 2020.
- Kingreen, Thorsten*, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht. Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, JöR 65 (2017), 1.
- Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, 801.
 - Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999.
 - Das Grundrecht von Ehe und Familie, Jura 1997, 401.
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Grundrechte. Staatsrecht II, 36. Aufl. 2020.
- Kocher, Eva*, Private Macht im Arbeitsrecht, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 241.
- Mangoldt, Hans von/Klein, Friedrich/Starck, Christian/Huber, Peter M./Voßkuhle, Andreas* (Begr./Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 1, 7. Aufl. 2018.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020.
- Neumann, Sebastian*, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung. Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs. 3a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, 2000.
- Pieroth, Bodo*, Koalitionsfreiheit, Tarifautonomie und Mitbestimmung, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd. 2, 2001, 293.
- Poscher, Ralf*, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht, RdA 2017, 235.
- Preis, Ulrich/Ulber, Daniel*, Tariftreue als Verfassungsproblem, NJW 2007, 465.
- Richardi, Reinhard* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 16. Aufl. 2018.
- Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter* (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, Stand 1.12.2019.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018.

- Sagan, Adam/Morgenbrodt, Kai*, Die Sozialkassen der Bauwirtschaft und das Konventionsgrundrecht der negativen Koalitionsfreiheit, *EuZA* 2017, 77.
- Scholz, Rupert*, Kommentierung von Art. 9 Abs. 3 GG [2016], in: Theodor Maunz/Günther Dürig (Begr.), Grundgesetz. Kommentar.
- Schüren, Peter* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2018.
- Schuhmann, Michaela*, Negative Freiheitsrechte. Zugleich ein Beitrag zur negativen Koalitionsfreiheit, 1997.
- Seiwerth, Stephan*, Schwäche und Stärkung der Tarifautonomie aus rechtsökonomischem Blickwinkel: vitale Mitgliedschaft und Anreize oder Perspektive Staat vor Privat?, *RdA* 2014, 358.
- Sinzheimer, Hugo*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927.
- Stern, Klaus/Becker, Florian* (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar. Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 2. Aufl. 2016.
- Thüsing, Gregor*, Europarechtliche Bezüge der Bezugnahmeklausel, *NZA* 2006, 473.
- Walser, Manfred*, Grundrechtskonformität der Sozialkassenverfahren, *NZA* 2016, 1510.
- Einfluss der Rechtsordnung auf die Tarifbindung der Arbeitgeberseite, 2015.
- Waltermann, Raimund*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 2016.
- Zimmer, Lena-Maria*, Gewerkschaften und die Trittbrettfahrer-Problematik: Eine qualitative Analyse gewerkschaftlicher Mitgliedschaftsmotive, 2012.

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 34** Ninon Colneric/Simon Gerdemann
Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht
ISBN 978-3-7663-7058-7
- Band 33** Bernd Waas
**Mitbestimmung des Betriebsrats in Fragen der Ordnung des Betriebs und
des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb**
ISBN 978-3-7663-7044-0
- Band 32** Daniel Ulber
Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung
ISBN 978-3-7663-7041-9
- Band 31** Ulrich Preis/Katharina Schwarz
Dienstreisen als Rechtsproblem
ISBN 978-3-7663-7031-0
- Band 30** Olaf Deinert/Elena Maksimek/Amélie Sutterer-Kipping
Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts
ISBN 978-3-7663-6932-1
- Band 29** Daniel Klocke
Das BetrVG und der Arbeitskampf im Betrieb
ISBN 978-3-7663-6935-2
- Band 28** Marita Körner
**Die Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in der
betrieblichen Praxis**
ISBN 978-3-7663-6928-4
- Band 27** Martin Franzen
Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt
ISBN 978-3-7663-6855-3
- Band 26** Frank Bayreuther
**Sicherung der Leistungsbedingungen von (Solo-)Selbständigen,
Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten**
ISBN 978-3-7663-6850-8
- Band 25** Stefan Greiner
Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip
ISBN 978-3-7663-6829-4

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de

