

Recht

# Verfassungsrechtliche Grenzen der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber

Studie

Stand: April 2019

Eine vbw Studie, erstellt von Prof. Dr. Clemens Höpfner, Münster

Die bayerische Wirtschaft

vbw



## Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

## Vorwort

### Tarifautonomie ohne staatliche Eingriffe

Einer der Grundpfeiler unseres deutschen Tarifvertragssystems war von Anfang an das Recht, sich an diesem System nicht zu beteiligen. Dieses Recht wird jedoch zunehmend infrage gestellt. In der Öffentlichkeit werden mittlerweile verschiedene Wege diskutiert, um Arbeitgeber von staatlicher Seite unter Druck zu setzen, sich der Tarifbindung anzuschließen. Mit gesetzlichen Öffnungsklauseln, die nur für originär tarifgebundene Unternehmen ohne Bezugnahmemöglichkeit für Ungebundene gelten sollen, wird einer dieser Wege auch schon beschritten.

Wir lehnen solche Maßnahmen ab. Staatliche Eingriffe in die bewährte Tarifautonomie müssen unterbleiben. Die Tarifvertragsparteien sind selbst für die Attraktivität und Akzeptanz ihrer Tarifverträge verantwortlich. Die Neutralität des Staates ist nicht nur logische Voraussetzung einer funktionierenden Tarifautonomie, sondern auch durch das Grundgesetz geboten.

Unsere vorliegende Studie beleuchtet die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Tarifautonomie und zeigt die vom Grundgesetz gesetzten Grenzen staatlicher Eingriffe auf.

Bertram Brossardt  
24. April 2019



# Inhalt

<b>1</b>	<b>Gegenstand des Rechtsgutachtens</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>Gutachten</b>	<b>4</b>
2.1	1. Teil – Steuerliche Privilegierung der normativen Tarifgebundenheit	4
2.1.1	Anknüpfungspunkte für eine steuerliche Privilegierung des Arbeitgebers	4
2.1.2	Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit	6
2.1.3	Verstoß gegen das staatliche Neutralitätsgebot gemäß Art. 9 Abs. 3 GG	17
2.1.4	Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	23
2.1.5	Gesamtergebnis	28
2.2	2. Teil – Beschränkung der Tarifdispositivität auf die normative Tarifgeltung	28
2.2.1	Vereinbarkeit mit der Arbeitsvertragsfreiheit	30
2.2.2	Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber gemäß Art. 9 Abs. 3 GG	41
2.2.3	Vereinbarkeit mit der positiven Koalitionsfreiheit der organisierten Arbeitnehmer gemäß Art. 9 Abs. 3 GG	45
2.2.4	Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	46
<b>3</b>	<b>Zusammenfassung der Ergebnisse des Rechtsgutachtens</b>	<b>48</b>
3.1	1. Teil – Steuerliche Privilegierung der normativen Tarifgebundenheit	48
3.2	2. Teil – Beschränkung der Tarifdispositivität auf die normative Tarifgeltung	49
	Ansprechpartner / Impressum	51

# 1 Gegenstand des Rechtsgutachtens

Die Arbeitsbedingungen der großen Mehrheit der Beschäftigten werden auch heute noch durch Tarifverträge gestaltet. 78,5 Prozent der Arbeitsverhältnisse in Westdeutschland und 69,2 Prozent der Arbeitsverhältnisse in Ostdeutschland sind tarifgebunden oder orientieren sich an einem Tarifvertrag.<sup>1</sup> Gleichwohl bewegt sich die Organisationsrate auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite im Durchschnitt auf einem niedrigeren Niveau. Im Jahr 2016 waren 18,5 Prozent der aktiven, d. h. nicht im Ruhestand befindlichen, Arbeitnehmer Mitglied einer Gewerkschaft.<sup>2</sup> Betrachtet man die normative Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite, so ergibt sich ein positiveres Bild: Im Jahr 2017 waren immerhin 57 Prozent der Arbeitnehmer in Westdeutschland und 44 Prozent der Arbeitnehmer in Ostdeutschland normativ, d. h. aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Gewerkschaft, einer Allgemeinverbindlicherklärung oder einer Tarifnormerstreckung, an einen Branchen- oder Firmentarifvertrag gebunden.<sup>3</sup> Allerdings ist der Grad der normativen Tarifbindung rückläufig. 2012 waren noch 60 Prozent der Arbeitnehmer in Westdeutschland und 49 Prozent der Arbeitnehmer in Ostdeutschland tarifgebunden.<sup>4</sup>

Für die Arbeitgeberseite existieren keine validen Daten über den Organisationsgrad in den Verbänden.<sup>5</sup> Er lässt sich aber – mit Ausnahme der OT-Mitgliedschaft – über statistische Erhebungen der normativen Tarifgebundenheit zumindest annäherungsweise ermitteln. 2017 waren 29 Prozent der Betriebe in Westdeutschland und 18 Prozent der Betriebe in Ostdeutschland normativ an einen Branchen- oder Firmentarifvertrag gebunden.<sup>6</sup> 2012 waren es 34 Prozent bzw. 21 Prozent.<sup>7</sup> 40 Prozent der westdeutschen und 35 Prozent der ostdeutschen nicht tarifgebundenen Betriebe für das Jahr 2017 gaben an, sich trotz der fehlenden normativen Tarifbindung am einschlägigen Branchentarifvertrag zu orientieren.<sup>8</sup>

Neben dem Unterschied zwischen west- und ostdeutschen Unternehmen erweist sich traditionell die Betriebsgröße als wesentlicher Faktor für die Tarifbindung. Während von den Großbetrieben mit mindestens 500 Beschäftigten im Jahr 2017 85 Prozent in Westdeutschland und 81 Prozent in Ostdeutschland normativ tarifgebunden waren, galt bei den Kleinbetrieben mit zwischen ein und neun Beschäftigten lediglich in 22 Prozent der westdeutschen und 13 Prozent der ostdeutschen Betriebe ein Branchen- oder Firmentarifvertrag.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2018, 299 (300).

<sup>2</sup> Schneider, IW-Kurzbericht 80/2018, S. 2 auf Grundlage der Datenerhebung des Sozio-oekonomischen Panels 2016; vgl. auch FAZ v. 28.8.2017, S. 17.

<sup>3</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2018, 299 (300).

<sup>4</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2013, 281 (282).

<sup>5</sup> Vgl. Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage 2017, Grundl. Rn. 2, 8 ff.

<sup>6</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2018, 299 (300).

<sup>7</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2013, 281 (283).

<sup>8</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2018, 299 (300 f.).

<sup>9</sup> Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2018, 299 (301).

Auf diesen Rückgang der Tarifgebundenheit reagierte der Gesetzgeber zunächst durch eine Stärkung der Breitenwirkung von Tarifverträgen, u.a. durch eine deutliche Absenkung der Voraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung durch das sogenannte Tarifautonomiestärkungsgesetz vom August 2014.<sup>10</sup> In jüngster Zeit scheint die Politik jedoch einen anderen Weg zu präferieren und versucht, die Attraktivität der Verbandsmitgliedschaft durch Privilegierung normativ tarifgebundener Arbeitsverhältnisse zu stärken. Dabei setzt die Bundesregierung auf zwei verschiedene Modelle:

Erstens geht man verstärkt dazu über, die Tarifdispositivität arbeitsrechtlicher Gesetze einzuschränken. Bisher hat der Gesetzgeber in sämtlichen Fällen tarifdispositiven Rechts – etwa hinsichtlich Kündigungsfristen (§ 622 Abs. 4 BGB), Höhe der Entgeltfortzahlung (§ 4 Abs. 4 EFZG), Arbeitszeit (§ 7 Abs. 3 ArbZG, ggf. in Verbindung mit § 12 S. 2 ArbZG, § 8 Abs. 4 TzBfG, § 21a Abs. 2 JArbSchG, §§ 49 Abs. 2, 54 Abs. 2 SeeArbG), Urlaub (§ 13 Abs. 1 BUrlG), Dauer und Zahl der Verlängerung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge (§ 14 Abs. 2 TzBfG), Arbeit auf Abruf (§ 12 Abs. 6 TzBfG), Arbeitsplatzteilung (§ 13 Abs. 4 BUrlG), Gleichstellungsgrundsatz bei Arbeitnehmerüberlassung (§ 8 Abs. 2 und 4 AÜG), betrieblicher Altersversorgung (§§ 19 f. BetrAVG) – eine Abweichung nicht nur durch Tarifvertrag, sondern im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags auch durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf diesen Tarifvertrag zugelassen.<sup>11</sup>

Im Gegensatz zu diesen „klassischen“ gesetzlichen Fällen der Tarifdispositivität soll eine Abweichung von zwingendem Gesetzesrecht zulasten des Arbeitnehmers nunmehr allein durch Tarifvertrag und nicht mehr mittels individualvertraglicher Bezugnahme auf diesen Tarifvertrag zulässig sein. Ein Ausschluss der individualvertraglich vereinbarten Abweichung durch Bezugnahmeklausel wurde erstmals im Rahmen der AÜG-Reform 2017 für die Höchstüberlassungsdauer eingeführt (§ 1 Abs. 1b S. 3 ff. AÜG). Damit sind individualvertragliche Abmachungen, die auf den abweichenden Tarifvertrag verweisen, in diesem Bereich ausgeschlossen. Auch der jüngst kodifizierte Anspruch auf zeitliche begrenzte Verringerung der Arbeitszeit folgt dem Modell einer eingeschränkten Tarifdispositivität. Der zum 1. Januar 2019 in Kraft getretene § 9a TzBfG erlaubt in Abs. 6 eine abweichende Vereinbarung des Rahmens für den Zeitraum der Arbeitszeitverringerung zuungunsten des Arbeitnehmers allein durch Tarifvertrag und nicht – wie etwa § 8 Abs. 4 S. 4 TzBfG für die dauerhafte Verringerung der Arbeitszeit – durch arbeitsvertragliche Verweisung auf einen solchen Tarifvertrag.

Zweitens plant die Bundesregierung, tarifgebundene Arbeitsverhältnisse steuerlich zu privilegieren. In einem Interview mit der Stuttgarter Zeitung am 13. Dezember 2018 hat sich Bundesarbeitsminister *Hubertus Heil* dafür ausgesprochen, dass der Staat tarifgebundene Unternehmen steuerlich besser behandeln solle als nicht tarifgebundene.<sup>12</sup> Weil die

---

<sup>10</sup> Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) vom 11.8.2014, BGBl. I, S. 1348.

<sup>11</sup> Vgl. dazu nur *Schaub/Linck*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 31 Rn. 12.

<sup>12</sup> Stuttgarter Zeitung vom 14.12.2018, S. 4; vgl. auch FAZ vom 15.12.2018, S. 22.

## Gegenstand des Rechtsgutachtens

Tarifbindung „eine Art öffentliches Gut“ sei, könne der Gesetzgeber sie steuerlich belohnen und auf diese Weise Anreize für eine höhere Tarifbindung setzen. Der Vorschlag knüpft ersichtlich an ein wenige Wochen zuvor vorgestelltes Konzept des DGB an, das eine steuerliche Privilegierung von Tariflöhnen vorsieht.<sup>13</sup> Arbeitnehmer, die in tarifgebundenen Betrieben arbeiten, sollen danach einkommensteuerrechtlich in der Größenordnung von 1300 bis 1700 Euro pro Jahr entlastet werden.<sup>14</sup> Der Vorschlag des Bundesarbeitsministers unterscheidet sich von dem gewerkschaftlichen Konzept allerdings dadurch, dass die steuerliche Privilegierung nicht beim Arbeitnehmer, sondern auf Arbeitgeberseite ansetzt.

Dem Ansatz, eine höhere Tarifbindung durch eine Steigerung des Organisationsgrads von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu erreichen, ist im Grundsatz zuzustimmen, weil hierdurch die Tarifautonomie als privatautonome und staatsfreie Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gestärkt wird. Die Förderung eines marktwirtschaftlich-liberalen Tarifsystems verdient den Vorzug gegenüber dem verfassungsrechtlich problematischen und rechtspolitisch fragwürdigen Weg einer zwangsweisen Erstreckung der Tarifgeltung über den Mitgliederkreis hinaus als Mittel gegen die (tatsächliche oder vermeintliche) „Erosion des Tarifvertrags“.<sup>15</sup>

Allerdings muss jede Privilegierung normativ tarifgebundener Arbeitsverhältnisse durch den Gesetzgeber den Anforderungen der Verfassung gerecht werden. Im Mittelpunkt stehen dabei die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, die Berufs- und Arbeitsvertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sowie der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

Gegenstand dieses Rechtsgutachtens ist ausschließlich die Prüfung der Vereinbarkeit der beiden genannten Wege einer staatlichen Förderung normativ tarifgebundener Arbeitsverhältnisse – durch steuerliche Privilegierung sowie durch Begrenzung der Tarifdispositivität auf die normative Tarifbindung – mit dem Grundgesetz.

---

<sup>13</sup> Vgl. das vom Hugo-Sinzheimer-Institut in Auftrag gegebene Gutachten von *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, HSI-Schriftenreihe, Band 27, Frankfurt a. M. 2018.

<sup>14</sup> FAZ vom 17.10.2018, S. 17; FAZ vom 27.10.2018, S. 24.

<sup>15</sup> Vgl. auch *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 13; *Höpfner*, RdA 2015, 94 (98); *Lobinger*, JZ 2014, 810 (811 ff.); *Seiwerth*, RdA 2014, 358 (359 f.); *Waltermann*, RdA 2014, 86 (90 ff.).



## 2 Gutachten

### 2.1 1. Teil – Steuerliche Privilegierung der normativen Tarifgebundenheit

Eine der beiden tragenden Säulen für das ausgegebene Ziel, den Organisationsgrad in den Verbänden zu erhöhen, bilden steuerliche Vergünstigungen für tarifgebundene Arbeitgeber bzw. für tarifgebundene Arbeitsverhältnisse. Die Details des von Bundesarbeitsminister *Hubertus Heil*<sup>16</sup> und Bundesfinanzminister *Olaf Scholz*<sup>17</sup> angekündigten Regelungskonzepts sind bisher nicht an die Öffentlichkeit gedrungen. Allerdings hat *Martin Franzen* kürzlich ein recht detailliertes Modell der steuerlichen Privilegierung von tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen vorgestellt, das einkommensteuerrechtlich beim tarifgebundenen Arbeitnehmer ansetzt.<sup>18</sup> Diese Konzeption kann jedoch nicht ohne Weiteres dem zu erwartenden Regelungsentwurf von Seiten der Bundesregierung zugrunde gelegt werden, da sich Bundesarbeitsminister *Heil* sehr eindeutig dafür ausgesprochen hat, dass die steuerliche Privilegierung beim tarifgebundenen Arbeitgeber ansetzen soll.<sup>19</sup>

#### 2.1.1 Anknüpfungspunkte für eine steuerliche Privilegierung des Arbeitgebers

Einzelheiten zu der konkreten Ausgestaltung einer derartigen Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitgebers sind bisher nicht bekannt. Offen ist insbesondere, woran eine steuerliche Privilegierung auf Arbeitgeberseite sinnvollerweise anknüpfen kann. Anders als der Arbeitnehmer, der regelmäßig nur einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, gehen Arbeitgeber typischerweise eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen ein. In den allerseltensten Fällen werden sämtliche Arbeitnehmer eines Unternehmens Mitglied der tarifzuständigen Gewerkschaft sein.

Denkbar wäre daher, an einen bestimmten Anteil tarifgebundener Arbeitsverhältnisse im Unternehmen anzuknüpfen. Allerdings müsste der Arbeitgeber dann den Anteil tarifgebundener Arbeitsverhältnisse nachweisen, wenn er die steuerliche Privilegierung in Anspruch nehmen will. Häufig wird er jedoch keine Kenntnis von der Gewerkschaftszugehörigkeit der Arbeitnehmer haben. Das gilt erst recht, wenn die Arbeitsverträge im Unternehmen einheitlich den einschlägigen Tarifvertrag dynamisch in Bezug nehmen, weil dann jeder Arbeitnehmer in den Genuss der tariflichen Arbeitsbedingungen kommt, ohne die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft offenlegen zu müssen. Problematisch ist darüber hinaus, dass es der Arbeitgeber bei einer Anknüpfung an einen bestimmten Anteil normativ tarifgebundener Arbeitsverhältnisse im Unternehmen nicht in der eigenen Hand hat, ob er steuerlich privilegiert wird.<sup>20</sup> Selbst bei einer ausnahmslosen Tarifgeltung in sämt-

---

<sup>16</sup> Stuttgarter Zeitung vom 14.12.2018, S. 4.

<sup>17</sup> In der ZDF-Sendung *Maybrit Illner* vom 21.2.2019.

<sup>18</sup> *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, passim.

<sup>19</sup> Stuttgarter Zeitung vom 14.12.2018, S. 4; FAZ vom 15.12.2018, S. 22.

<sup>20</sup> Vgl. zur entsprechenden Kritik an einer steuerlichen Privilegierung des Arbeitnehmers aus umgekehrtem Blickwinkel *Thüsing*, DB 50/2018, S. M22 (M23).

lichen Arbeitsverhältnissen über individualvertragliche Bezugnahmeklauseln wäre er letztlich immer auf die Kooperation der Arbeitnehmer angewiesen, die frei über die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft entscheiden können und auf diese Weise ein Druckmittel gegen den Arbeitgeber erhalten.

Diese Abhängigkeit von der Arbeitnehmerseite kann vermieden werden, wenn die steuerliche Privilegierung unmittelbar an der Verbandsmitgliedschaft des Arbeitgebers ansetzt. Gleichstellen müsste man in diesem Fall den Arbeitgeber, der Partei eines Firmentarifvertrags ist. Gegen diese Anknüpfung sprechen jedoch ebenfalls gewichtige Gründe. So ist die Unabhängigkeit der Arbeitgeberkoalition und damit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gefährdet, wenn der Staat den verbandsangehörigen Arbeitgebern über eine steuerliche Privilegierung hoheitliche Mittel zukommen lässt, die über die Beitragszahlung letztlich ganz oder teilweise dem Verband zugutekommen.<sup>21</sup>

Darüber hinaus würde eine Anknüpfung der steuerlichen Privilegierung an die Verbandsmitgliedschaft über das bezweckte Ziel einer Stärkung der Tarifautonomie hinausreichen. Verbandsmitglieder im vereinsrechtlichen Sinne sind auch OT-Mitglieder. Diese tragen zwar zu einer möglichst breiten Verankerung der Arbeitgeberverbände in den Unternehmen bei, nehmen am Tarifgeschehen des Verbands aber gerade nicht teil. Das legt es auf der einen Seite nahe, eine steuerliche Privilegierung auf Vollmitglieder zu beschränken. Auf der anderen Seite nehmen OT-Mitglieder als Koalitionsmitglieder nicht etwa ihre negative, sondern die positive Koalitionsfreiheit wahr,<sup>22</sup> was einen Ausschluss der steuerlichen Privilegierung für OT-Mitglieder vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich jedenfalls nicht unproblematisch erscheinen lässt.

Schließlich erscheint es verfassungsrechtlich zweifelhaft, ob ein Arbeitgeber als Verbandsmitglied privilegiert werden darf, wenn in seinem Unternehmen kein Arbeitnehmer beschäftigt ist, der zugleich Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft ist, während umgekehrt der Außenseiter-Arbeitgeber, der in seinen Arbeitsverträgen ausnahmslos auf den einschlägigen Verbandstarifvertrag verweist, an der steuerlichen Privilegierung nicht partizipiert. Die eigenartige Konsequenz einer formalen Anknüpfung an die Verbandsmitgliedschaft wäre, dass der erstgenannte Arbeitgeber privilegiert würde, obwohl er den Tarifvertrag nicht anwendet, während der Arbeitgeber, für den der Tarifvertrag ausnahmslos in sämtlichen Arbeitsverhältnissen gilt, nicht privilegiert wäre.

Da aktuell noch kein Referentenentwurf vorliegt, ist unklar, ob die Privilegierung des Arbeitgebers tatsächlich an dessen (Voll-)Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder an die beiderseitige normative Tarifgebundenheit im Arbeitsverhältnis anknüpfen wird. Im Rahmen dieses Rechtsgutachtens wird der Fokus daher mangels detaillierter Regelungs-

---

<sup>21</sup> Vgl. unten 2.1.3.4 (S. 20 ff.).

<sup>22</sup> Höpfner, ZfA 2009, 541 (570); vgl. auch Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 50; unzutreffend BAG v. 4.6.2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366 Rn. 59; v. 4.6.2008 – 4 AZR 316/07, AP TVG § 3 Nr. 37 Rn. 57.

vorgaben auf die übergeordnete Fragestellung gerichtet, ob der Staat die Koalitionsmitgliedschaft bzw. die beiderseitige normative Tarifgebundenheit<sup>23</sup> überhaupt aktiv durch entsprechende Ausgestaltung des Steuerrechts fördern darf oder ob er in dieser Hinsicht zur Neutralität verpflichtet ist.<sup>24</sup> Da die Tarifautonomie auf der Legitimation durch die Mitgliedschaft in den tarifschließenden Verbänden beruht,<sup>25</sup> werden hierdurch Fragen aufgeworfen, welche die konzeptionellen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Tarifvertrags- und Koalitionsrechts im Kern berühren.

## 2.1.2 Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit

### 2.1.2.1 Verortung der negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG

Knüpfen steuerliche Privilegien an die Verbandsmitgliedschaft an, bedeutet dies notwendig eine finanzielle Schlechterbehandlung von Außenseitern, die ihre Ursache unmittelbar in der fehlenden Koalitionszugehörigkeit hat. Gleiches gilt für die Privilegierung der normativen Tarifgebundenheit, da diese nach § 3 Abs. 1 TVG die Mitgliedschaft im Verband voraussetzt. Damit drängt sich die Frage nach der Vereinbarkeit solcher Regelungen mit der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter geradezu auf.

Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst neben der positiven auch die negative Koalitionsfreiheit in Form eines sogenannten Fernbleiberechts.<sup>26</sup> Das Fernbleiberecht schützt Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum einen vor einer hoheitlich angeordneten Zwangsmitgliedschaft in einer Koalition und zum anderen vor der Ausübung eines nicht unerheblichen, sozialinadäquaten Drucks zum Beitritt bzw. zum Verbleib in einer Koalition. Davon abzugrenzen ist nach der ständigen Rechtsprechung von BVerfG<sup>27</sup> und BAG<sup>28</sup> ein bloßer Anreiz zum Beitritt, ein Bedürfnis hiernach oder nur indirekter Druck. Diese stellen lediglich „faktische Auswirkungen“ dar, die das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit „nicht unmittelbar rechtlich treffen“ und deshalb nicht in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG eingreifen.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Vgl. zu dieser Differenzierung *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 46 ff., 56 ff.

<sup>24</sup> Vgl. zur Kritik aus steuerrechtssystematischem Blickwinkel *Thüsing*, DB 50/2018, S. M22.

<sup>25</sup> Vgl. dazu ausführlich *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 308 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Erstmals BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., E 50, 290 (367); fortgeführt durch BVerfG v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, E 55, 7 (22); v. 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, E 57, 220 (245); v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, E 64, 208 (213 f.); v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, E 73, 261 (270); v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, E 93, 352 (357); v. 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, AP AEEntG § 1 Nr. 4; v. 19.12.2004 – 1 BvR 2283/03 u.a., AP AEEntG § 3 Nr. 2; v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202 (218 f.); v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 23; v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 4.

<sup>27</sup> Vgl. jüngst BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 4; ferner BVerfG v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, E 55, 7 (22); v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, E 64, 208 (213 f.); v. 20.7.1991 – 1 BvR 13/69, NJW 1971, 2301; v. 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 36; 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 u.a., AP AEEntG § 3 Nr. 2; v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202 (218 f.).

<sup>28</sup> BAG v. 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 Rn. 45; v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 Rn. 18; v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241 Rn. 31; v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, AP AEEntG § 1 Nr. 12; v. 21.1.1987 – 4 AZR 486/86, AP GG Art. 9 Nr. 46, 47.

<sup>29</sup> Vgl. bereits BVerfG v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322 (352).

Materiell folgt das Fernbleiberecht aus dem im Koalitionsbegriff wurzelnden Erfordernis eines freiwilligen Zusammenschlusses.<sup>30</sup> Zwar hat sich der Parlamentarische Rat nach intensiven Diskussionen im Ausschuss für Grundsatzfragen und im Hauptausschuss dafür entschieden, das Verbot eines Koalitionszwangs nicht in Art. 9 Abs. 3 GG niederzuschreiben. Damit war jedoch keine Ablehnung der negativen Koalitionsfreiheit verbunden. Vielmehr waren die Gründe für die Nichtaufnahme des Zwangsverbots heterogen. Sie reichten von der Vermeidung einer zu umfangreichen Kasuistik im Grundgesetz über die Befürchtung einer ausufernden Rechtsprechungspraxis nach dem Vorbild der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 153 der Reichsgewerbeordnung 1869<sup>31</sup> bis hin zu dem Argument, dass man die selbstverständliche Tatsache, dass Gewerkschaften frei gebildet werden und ihre Koalitionsfreiheit nicht als Grundlage für die Ausübung von Zwang gegenüber Außenseitern auszunutzen werden, nicht in den Text des Grundgesetzes aufnehmen müsse.<sup>32</sup> Einigkeit bestand jedoch im Parlamentarischen Rat darüber, dass nur solche Zusammenschlüsse den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen sollen, die durch freiwilligen Willensentschluss ihrer Mitglieder zustande gekommen sind.<sup>33</sup> Sowohl die Gewerkschaften als auch die Arbeitgeberverbände beruhen seit jeher auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit, und die Mitglieder des Parlamentarischen Rates hatten keinen Anlass, „zu bezweifeln, dass das weiter so sein wird.“<sup>34</sup> Die Freiwilligkeit der Koalition ist damit als zwingende Tatbestandsvoraussetzung des Art. 9 Abs. 3 GG bereits der positiven Koalitionsfreiheit immanent, eine Verneinung der negativen Koalitionsfreiheit würde deshalb notwendig den freiheitlichen Charakter der individualen Rechtsverbürgung aufheben.<sup>35</sup>

Bestätigt wird diese Sichtweise durch die Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit im Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion.<sup>36</sup> Das nationale Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit als von Art. 9 Abs. 3 GG geschütztes Fernbleiberecht wird zusätzlich geschützt durch die parallele Rechtsprechung des EGMR, nach der das Recht des Arbeitgebers, nicht Mitglied in einer Koalition sein zu müssen,

---

<sup>30</sup> Vgl. nur BAG v. 14.8.2013 – 7 ABR 56/11, ZTR 2014, 58 (59); ferner BAG v. 21.1.1987 – 4 AZR 486/86, AP GG Art. 9 Nr. 46, 47; v. 21.1.1987 – 4 AZR 547/86, AP GG Art. 9 Nr. 47; v. 26.4.1990 – 1 ABR 84/87, AP GG Art. 9 Nr. 57; v. 19.9.2006 – 1 ABR 2/06, NZA 2007, 277 Rn. 12 ff.; v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241 Rn. 31 f.; v. 1.7.2009 – 4 AZR 261/09, NZA 2010, 53 Rn. 39 ff.; v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 Rn. 17 f., 37; v. 26.8.2009 – 4 AZR 285/08, NZA 2010, 230 Rn. 29; v. 21.4.2010 – 4 AZR 768/08, AP BGB § 613a Nr. 387 Rn. 51; v. 22.9.2010 – 4 AZR 117/09, AP GG Art. 9 Nr. 144 Rn. 27; v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 Rn. 21; v. 6.7.2011 – 4 AZR 494/09, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 90 Rn. 64; v. 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392 Rn. 25; v. 13.3.2012 – 1 AZR 659/10, NZA 2012, 990 Rn. 26.

<sup>31</sup> Vgl. die zum Nötigungsverbot des § 153 GewO 1869 ergangenen Entscheidungen RG v. 1.7.1883 – 2135/95, RGSt 27, 307; v. 5.7.1897 – 2119/97, RGSt 30, 236; v. 23.11.1897 – 3426/97, RGSt 30, 359; v. 9.3.1900 – 584/00, GA 47, 167; v. 25.4.1902 – 1004/02, RGSt 35, 205; v. 30.4.1903 – 895/03, RGSt 36, 236; v. 12.4.1904 – 4644/03, RGSt 37, 102; v. 6.10.1905 – 577/05, RGSt 38, 161; v. 11.1.1907 – II 787/06, RGSt 39, 380; v. 18.6.1907 – IV 26/07, RGSt 40, 226; v. 26.6.1908 – IV 309/08, RGSt 41, 365; v. 14.4.1910 – III 138/10, RGSt 44, 1; v. 2.2.1911 – III 1156/10, JW 1911, 510; v. 1.10.1912 – V 838/12, RGSt 46, 213; v. 19.12.1912 – I 390/12, RGSt 47, 1.

<sup>32</sup> Vgl. dazu ausführlich m.w.N. Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 342 ff.

<sup>33</sup> Vgl. Feldkamp, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 14/2, 2009, S. 1384.

<sup>34</sup> So der Abg. Eberhard (SPD), in: Feldkamp, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 14/2, 2009, S. 1381; ähnlich die Abg. Seebohm (DP), Heuss, (FDP) und Kaufmann (CDU), a.a.O., S. 1383 ff.; vgl. auch Eberhard, RdA 1949, 125(127).

<sup>35</sup> Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 64.

<sup>36</sup> Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.5.1990, BGBl. II, S. 537; Zustimmung in der Bundesrepublik durch Gesetz vom 25.6.1990, BGBl. II, S. 518, in der DDR durch Gesetz vom 21.6.1990, GBl. I, S. 331.

durch Art. 11 EMRK garantiert wird.<sup>37</sup> Inhaltlich gewährleistet die negative Koalitionsfreiheit das Recht des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, keiner Koalition beitreten oder Mitglied in ihr bleiben zu müssen.

### 2.1.2.2 Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit

Wie bereits dargelegt, schützt Art. 9 Abs. 3 GG in seiner Ausprägung als „Fernbleiberecht“ nach der Rechtsprechung des BVerfG Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum einen vor einer hoheitlich angeordneten Zwangsmitgliedschaft in einer Koalition und zum anderen vor der Ausübung eines nicht unerheblichen, sozialinadäquaten Drucks zum Beitritt bzw. zum Verbleib in einer Koalition.<sup>38</sup> Voraussetzung für einen Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit ist danach, dass die hoheitliche Maßnahme bzw. die gesetzliche Regelung einen so erheblichen Beitrittsdruck auf den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ausübt, dass dieser faktisch nicht mehr frei über seine Mitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft in der Koalition entscheiden kann.<sup>39</sup>

Die Rechtsprechung ist dabei ausgesprochen zurückhaltend und legt die Hürden für die Annahme eines Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit sehr hoch. Das BVerfG hat einen erheblichen Beitrittsdruck bisher in keinem Fall bejaht. Weder die Bindung von Außenseitern an für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge noch die Nachwirkung von Tarifnormen nach Ablauf des Tarifvertrags noch landesrechtliche Tariftreuerregelungen wurden als Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit qualifiziert.<sup>40</sup> Auch in seinem jüngsten Beschluss vom 14. November 2018 lehnte das BVerfG einen von sogenannten Binnendifferenzierungsklauseln in Tarifverträgen ausgehenden erheblichen Beitrittsdruck für nicht organisierte Arbeitnehmer ab.<sup>41</sup>

Insgesamt ist also eine sehr restriktive Linie des BVerfG zu konstatieren. Eine Analyse der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur negativen Koalitionsfreiheit legt es nahe, dass ein erheblicher Beitrittsdruck wohl erst dann anzunehmen ist, wenn der Koalitionsbeitritt bei wirtschaftlicher Betrachtung die einzig vernünftige Handlungsoption für den Außenseiter darstellt.

---

<sup>37</sup> EGMR v. 13.8.1981 – Nr. 7601/76 und 7806/77 (Young, James and Webster v. UK), Rn. 51 ff.; v. 20.4.1993 – Nr. 14327/88 (Sibson v. UK), Rn. 29; v. 30.6.1993 – Nr. 16130/90 (Sigurjónsson v. Iceland), Rn. 35; v. 25.4.1996, Nr. 15573/89 (Gustafsson v. Sweden), Rn. 45; v. 11.1.2006 – Nr. 52562/99 und 52620/99 (Sørensen and Rasmussen v. Denmark), Rn. 54 ff.; ebenso BAG v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241 Rn. 33.

<sup>38</sup> Vgl. oben 2.1.2.1 (S. 6 f.).

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322 (352); v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, E 55, 7 (21 f.); v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, E 64, 208 (213 f.); v. 10.9.1991 – 1 BvR 561/89, AP TVG § 5 Nr. 27; v. 18.7.2000 – 1 BvR 948/00, AP AEntG § 1 Nr. 4; v. 19.12.2004 – 1 BvR 2283/03 u.a., AP AEntG § 3 Nr. 2; v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202 (218 f.); BAG v. 28.3.1990 – 4 AZR 536/89, AP TVG § 5 Nr. 25; v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, AP AEntG § 1 Nr. 12; v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241 Rn. 31; v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 Rn. 18; ebenso zur negativen Vereinigungsfreiheit bereits BVerfG v. 30.4.1952 – 1 BvR 14/52 u.a., E 1, 264 (274).

<sup>40</sup> Siehe zur Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG a.F. BVerfG v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, E 55, 7; v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322; zur Nachwirkung von Tarifnormen BVerfG v. 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 36; zu Tariftreuerregelungen BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202.

<sup>41</sup> BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 4.

#### 2.1.2.2.1 Fortentwicklung der Rechtsprechung zur negativen Koalitionsfreiheit: Finaler Eingriff als eigenständige Kategorie

##### Unterscheidung zwischen unmittelbar-finalen Eingriffen und mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen

Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG spiegelt die Dimension der negativen Koalitionsfreiheit allerdings nicht vollständig wider. Sie betrifft lediglich einen Teilausschnitt der Problematik und ergibt daher ein unvollkommenes Bild. Bisher hatte das BVerfG im Zusammenhang mit der negativen Koalitionsfreiheit ausnahmslos über Fälle zu entscheiden, in denen der Staat mit dem Gesetz bzw. der hoheitlichen Maßnahme primär sachlich-inhaltliche Regelungsziele verfolgt hatte. So war das primäre Ziel sowohl der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen nach § 5 TVG als auch von Tariftreueverlangen nach § 1 Abs. 1 S. 2 des Berliner Vergabegesetzes von 1999, den Außenseiter-Arbeitnehmern angemessene Arbeitsbedingungen zu gewähren. Die angegriffenen Vorschriften zielten gerade nicht auf eine effektive Erhöhung des Organisationsgrads auf Arbeitgeberseite und damit final auf die Entscheidungsfreiheit des Außenseiters über den Beitritt oder Verbleib in der Koalition ab. Bezweckt war allein der Schutz von Außenseitern vor einer Beschäftigung zu Arbeitsbedingungen unterhalb eines tarifvertraglich vereinbarten Mindestniveaus. Auch bei der Verfassungsmäßigkeit von § 4 Abs. 5 TVG ging es nicht um einen gezielten Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers, Mitglied eines Arbeitgeberverbands zu werden oder diesem fernzubleiben. Mit der Nachwirkung des Tarifvertrags will der Gesetzgeber vielmehr verhindern, dass für die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse nach Ende des Tarifvertrags das unpassende und unvollständige dispositive Gesetzesrecht gilt und dass Verhandlungen der Tarifvertragsparteien über einen Anschlussarbeitsvertrag aus diesem Grunde unter erheblichem Zeitdruck stehen.<sup>42</sup>

Die steuerliche Privilegierung der durch Mitgliedschaft in einer Koalition vermittelten Tarifgebundenheit unterscheidet sich hiervon ganz wesentlich. Im Gegensatz zu sämtlichen bisher vom BVerfG entschiedenen Fällen besteht der mit dem angekündigten Gesetzesentwurf verfolgte Zweck einer steuerlichen Privilegierung unmittelbar in der Erhöhung der Organisationsrate der Arbeitgeber. Der Gesetzgeber will also durch die steuerliche Privilegierung ausschließlich und gezielt Beitrittsdruck auf die bisher nicht organisierten Arbeitgeber ausüben.

Die vorliegende Problematik betrifft damit eine neue Fallgruppe, über die das BVerfG bislang noch nicht zu entscheiden hatte: den finalen Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Außenseiters über die Mitgliedschaft in einer Koalition. Diese Konstellation unterscheidet sich grundlegend von den bisher entschiedenen Fällen, in denen die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers lediglich reflexhaft betroffen war. Im vorliegenden Fall geht es um einen gezielten hoheitlichen Eingriff in den Grundsatz der Freiwilligkeit des Zusammenschlusses zu einer Koalition.

---

<sup>42</sup> Vgl. nur HMB/Höpfner, Der Tarifvertrag, 2. Auflage 2016, Teil 9 Rn. 22 f. m.w.N.

Der Freiwilligkeitsgrundsatz ist die zentrale, konstitutive Voraussetzung für ein funktionsfähiges System der Tarifautonomie auf dem Arbeitsmarkt schlechthin. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände haben sich im 19. Jahrhundert als freiwillige Zusammenschlüsse gegen massive Unterdrückungsakte des Staates gebildet. Sowohl die Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 als auch das TVG folgten dem auf freiwillige Partizipation der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgerichteten Tarifvertragssystem und sprachen sich eindeutig gegen jede Form einer genossenschaftlichen Zwangskoalierung aus.<sup>43</sup> Nach den Erfahrungen des Nationalsozialismus, im vorliegenden Kontext insbesondere vor dem Hintergrund der Zerschlagung der frei gebildeten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände und ihrer Überführung in die Deutsche Arbeitsfront<sup>44</sup> sowie der Ablösung des freiheitlich-autonomen Tarifvertrags durch staatliche Lohnfestsetzung mithilfe von Tarifordnungen durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934,<sup>45</sup> setzte der Parlamentarische Rat die Freiwilligkeit des Zusammenschlusses als konstitutive Bedingung für die Anerkennung einer Vereinigung als Koalition voraus. Der freie Zusammenschluss von Arbeitnehmern zu einer Gewerkschaft und von Arbeitgebern zu einem Arbeitgeberverband ist die unabdingbare, verfassungsrechtlich vorausgesetzte Funktionsbedingung des freiheitlich-marktwirtschaftlichen Tarifsystems in Deutschland. Ein finaler Eingriff in die Freiwilligkeit der Koalierung stellt daher unabhängig von der Quantifizierung des davon ausgehenden wirtschaftlichen Drucks stets einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Außenseiter dar. Die Frage nach der Erheblichkeit des Beitrittsdrucks betrifft richtigerweise nur die bisher vom BVerfG behandelten Fälle einer reflexhaften Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit über die Koalitionsmitgliedschaft.

Eine solche Unterscheidung zwischen finalen Grundrechtseingriffen und lediglich reflexhaften Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Verhaltensweisen ist der Rechtsordnung nicht fremd, sondern entspricht der traditionellen Grundrechtsdogmatik. So unterscheidet das BVerfG in ständiger Rechtsprechung im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG zwischen unmittelbar-finalen und mittelbar-faktischen Eingriffen.<sup>46</sup> Die Differenzierung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Berufsfreiheit nicht nur durch gezielte staatliche Maßnahmen, sondern auch im Umfeld von anderweitiger hoheitlicher Tätigkeit gleichsam reflexartig beeinträchtigt werden kann. Der Unterschied zwischen beiden Spielarten wird dadurch deutlich, dass das BVerfG bei mittelbar-faktischen Eingriffen regelmäßig eine berufsregelnde Tendenz fordert, um die Reichweite des mittelbar-faktischen Eingriffs nicht uferlos werden zu lassen.<sup>47</sup> Das lässt sich grundrechtsdogmatisch ohne Weiteres auf die negative Koalitionsfreiheit übertragen und entspricht exakt der hier entwickelten Differenzierung zwischen finalen Eingriffen und lediglich mittelbar-reflexhaften Beeinträchtigun-

---

<sup>43</sup> Vgl. dazu *Höpfner*, 100 Jahre Tarifvertragsverordnung, ZfA 2019, Heft 2 (erscheint im Mai 2019).

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Dreschers*, Die Entwicklung des Rechts des Tarifvertrags in Deutschland, 1994, S. 91 f.; *Ramm*, ZfA 1988, 157 (161).

<sup>45</sup> RGBl. I, S. 45.

<sup>46</sup> Vgl. nur BVerfG 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, NJW 1961, 2299; v. 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73, NJW 1976, 1309; v. 12.10.1977 – 1 BvR 217, 216/75, NJW 1978, 313; v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, NJW 1998, 1627; ebenso *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 12 GG Rn. 300 (84. EL August 2018); *ErfK/Schmidt*, 19. Auflage 2019, Art. 12 GG Rn. 17 f.; *NK-GA/H. Hanau*, 2016, Art. 12 GG Rn. 41 f.

<sup>47</sup> Vgl. nur BVerfG v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u.a., NVwZ 2005, 1171 (1172); v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, NVwZ 2015, 288 (294).

gen der Entscheidungsfreiheit der Außenseiter über die Mitgliedschaft in einer Koalition.

Auch das europäische Primärrecht kennt die Unterscheidung zwischen einer finalen und einer rein reflexhaften Maßnahme: So differenziert Art. 101 Abs. 1 AEUV zwischen „bezweckten“ und „bewirkten“ Wettbewerbsbeschränkungen. Bezweckt ist eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie ihrem Wesen nach geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.<sup>48</sup> Darunter fallen unter anderem alle „hardcore-Beschränkungen“ des Wettbewerbs, also die klassischen Fälle von Preis-, Mengen- und Gebietskartellen.<sup>49</sup> Neben der objektiv wettbewerbsbeschränkenden Zielrichtung kann auch die Absicht der beteiligten Unternehmen für die Annahme einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung berücksichtigt werden.<sup>50</sup> Aufgrund ihrer beabsichtigten wettbewerbsbeschränkenden Wirkung unterfallen derartige bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig von ihren konkreten Auswirkungen ausnahmslos dem Kartellverbot nach Art. 101 AEUV.<sup>51</sup>

Davon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, die keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, d. h. weder ihrem Wesen nach geeignet sind noch beabsichtigen, den Wettbewerb zu beschränken. Diese fallen nur dann in den Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung „bewirken“. Das ist der Fall, wenn sie den Wettbewerb spürbar beeinträchtigen.<sup>52</sup> Das Kartellrecht differenziert also zwischen finalen Eingriffen in den Wettbewerb, die stets der Kartellkontrolle unterliegen, und Vereinbarungen ohne Beschränkungsabsicht, die nur dann kartellrechtlich zu kontrollieren sind, wenn sie mit der Spürbarkeit eine zusätzliche quantitative Hürde übersteigen.

Auch die Differenzierung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen lässt sich bruchlos auf die negative Koalitionsfreiheit übertragen. Während Schutzgut von Art. 101 AEUV der freie Wettbewerb ist, schützt Art. 9 Abs. 3 GG die freie Entscheidung jedes einzelnen Arbeitsmarktakteurs, sich einer Koalition anzuschließen oder ihr fernzubleiben. Dabei ist die negative Koalitionsfreiheit nicht nur als Ausprägung der individuellen Freiheit des Einzelnen geschützt. Sie ist darüber hinaus systemisch für das Funktionieren der Tarifautonomie in einer freiheitlichen Arbeitsmarktordnung unverzichtbar, weil nur die Außenseiterkonkurrenz die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags garantiert.<sup>53</sup> Die Möglichkeit des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, sich der Tarifbindung durch Austritt aus der Koalition zu entziehen bzw. sich ihr durch Fernbleiben schon gar nicht zu unterwerfen, ist ein notwendiges Regulativ für das dem Tarifvertragssystem zugrunde liegende Gegenmachtprinzip, das zwar der strukturellen Imparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitneh-

<sup>48</sup> *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 65. EL (August 2018), Art. 101 AEUV Rn. 142.

<sup>49</sup> *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 114, 147.

<sup>50</sup> EuGH v. 11.9.2014 – C-67/13 P, EuZW 2014, 901 Rn. 54 (Groupement des cartes bancaires); *Berg/Mudrony*, in: Berg/Mäsch, Deutsches und Europäisches Kartellrecht, 3. Auflage 2018, Art. 101 AEUV Rn. 84.

<sup>51</sup> Vgl. EuGH v. 13.12.2012 – C-226/11, EuZW 2013, 113 Rn. 37 (Miller International); *Wessely*, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten, 2012, S. 85 (101).

<sup>52</sup> *Wessely*, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf Unternehmensautonomie und Marktverhalten, 2012, S. 85 (101).

<sup>53</sup> *Lesch/Vogel/Busshoff/Giza*, Stärkung der Tarifautonomie, 2017, S. 8; *Reuter*, RdA 1991, 193 (195).



mer entgegenwirken kann, jedoch stets eine Tendenz zur Einigung zulasten Dritter und der Allgemeinheit in sich trägt.<sup>54</sup>

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Für die verfassungsrechtliche Beurteilung von hoheitlichen Maßnahmen, die die negative Koalitionsfreiheit beeinträchtigen, ist es von entscheidender Bedeutung, ob mit dieser Maßnahme gezielt Druck auf Arbeitgeber oder Arbeitnehmer zum Eintritt in die Koalition ausgeübt werden soll oder ob der Gesetzgeber ein sonstiges legitimes Ziel verfolgt – wie etwa die mit § 4 Abs. 5 TVG bezweckte Überbrückung eines tariflosen Zustands – und von der Maßnahme lediglich reflexhaft ein gewisser Beitrittsdruck oder -anreiz ausgeht. In letzterem Fall ist es – ebenso wie in der parallelen Problematik bei Art. 12 Abs. 1 GG – nachvollziehbar und zutreffend, dass das BVerfG eine zusätzliche Hürde für die Bejahung eines Eingriffs in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit aufstellt, weil potenziell jede staatliche Maßnahme im Arbeitsrecht Auswirkungen auf die Frage des Koalitionsbeitritts haben kann und der Spielraum des Gesetzgebers anderenfalls stark beeinträchtigt würde.

Für die finale hoheitliche Ausübung von Beitrittsdruck gilt dieses Argument hingegen nicht. Der Staat darf Anreize zum Beitritt setzen, er darf jedoch in die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers nicht gezielt eingreifen, weil ansonsten die Freiwilligkeit des Zusammenschlusses zu einer Koalition und damit die Grundlage des freiheitlich-marktwirtschaftlichen Tarifvertragssystems schlechthin in Frage gestellt wird.

### Steuerliche Privilegierung als unmittelbar-finaler Eingriff

Vor dem Hintergrund der Differenzierung zwischen unmittelbar-finalen Eingriffen und mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen ergibt sich für eine steuerliche Privilegierung der Tarifgebundenheit oder Verbandsmitgliedschaft folgendes Bild: Art. 9 Abs. 3 GG geht vom Vorrang der tarifautonomen Verhandlungsmechanismen vor einer staatlichen Regulierung im Arbeits- und Wirtschaftsleben aus.<sup>55</sup> Die Tarifvertragsparteien sollen grundsätzlich in eigener Verantwortung die wesentlichen Bedingungen, unter den abhängige Arbeit geleistet wird, im Rahmen eines kontradiktorischen Verhandlungsprozesses aushandeln.<sup>56</sup> Demgegenüber hat sich der Staat in diesem Bereich mit Regelungen zurückzuhalten und sich darauf zu beschränken, einen gesetzlichen Rahmen zur Verfügung zu stellen, innerhalb dessen die Tarifvertragsparteien ihre verfassungsrechtlich zugesicherte Freiheit ausüben können.

Im Fall der staatlichen Förderung des Organisationsgrads von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern erschöpfen sich die Maßnahmen jedoch nicht in der bloßen Bereitstellung eines gesetzlichen Rahmens zur Ausübung verfassungsrechtlich garantierter Freiheiten. Der Gesetzgeber geht hier einen Schritt weiter und übernimmt Aufgaben, die nach der verfassungsrechtlichen Ordnung den Verbänden selbst obliegen. Es ist zuvorderst deren

---

<sup>54</sup> Reuter, RdA 1994, 152 (161); Ackermann, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Kartellrecht und Arbeitsrecht, 2010, S. 17 (19 f.); Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 538.

<sup>55</sup> Vgl. nur BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915 Rn. 146; v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202 Rn. 71; v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, E 88, 103.

<sup>56</sup> Vgl. nur BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915 Rn. 146.

Aufgabe, innerhalb der zulässigen Rahmenbedingungen durch positive Öffentlichkeitsarbeit, vorteilhafte Tarifabschlüsse und sonstiges verbandliches Handeln möglichst viele Mitglieder für ihre Zwecke zu gewinnen. Bei nachhaltigem verbandspolitischen Misserfolg ist es Sache der Verbände, ihre Strategien zur Mitgliedergewinnung zu überdenken. Ganz in diesem Sinne hat das BVerfG bereits 1995 ausgeführt, dass es nicht die Aufgabe des Gesetzgebers ist, „Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers.“<sup>57</sup>

Übt der Staat über eine steuerliche Privilegierung final Druck auf einen Verbandsbeitritt aus, zieht er eine Aufgabe an sich, die originär den (privaten) Verbänden zugeordnet ist. Durch diese Parteinahme verlässt er den Bereich der Ausgestaltung der tarifrechtlichen Rahmenbedingungen und dringt aktiv in den Tarifwettbewerb um die Mitgliedergewinnung vor. Indem der Staat sich eine Aufgabe der Verbände zu eigen macht und Verbandsmitgliedschaften durch hoheitliche Mittel subventioniert, setzt er sich über die aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Neutralitätspflicht hinweg<sup>58</sup> und greift durch die gezielte Ausübung von Beitrittsdruck final in die negative Koalitionsfreiheit des Außenseiters ein.

#### 2.1.2.2.2 Hilfsweise: Beurteilung auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung

Nur hilfsweise ist auf dem Boden der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu prüfen, ob eine steuerliche Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitsentgelts einen erheblichen Beitrittsdruck oder lediglich einen bloßen Anreiz zum Koalitionsbeitritt verursachen würde. Die Frage kann nicht abstrakt beantwortet werden, da es maßgebend auf die konkrete Ausgestaltung der steuerlichen Privilegierung ankommt. Ein Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit liegt nach den vom BVerfG bisher zugrunde gelegten Maßstäben dann vor, wenn der Koalitionsbeitritt bei wirtschaftlicher Betrachtung aufgrund der steuerlichen Privilegierung die einzig vernünftige Handlungsoption für den Außenseiter darstellt. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist danach zu differenzieren, ob der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber steuerlich privilegiert werden soll.

### Privilegierung des Arbeitnehmers

Bei einer einkommensteuerrechtlichen Privilegierung des Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers erscheint es auf den ersten Blick naheliegend, für die Bemessung des Beitrittsdrucks auf die Rechtsprechung des BAG zur Rechtmäßigkeit einfacher Differenzierungsklauseln abzustellen.<sup>59</sup> Nach diesem Modell wären Beträge in der Größenordnung von etwa 6 bis 8 Prozent des Bruttojahreseinkommens bzw. des 6- bis 8-fachen des Gewerkschafts-

---

<sup>57</sup> BVerfG v. 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u.a., NZA 1995, 754 (756).

<sup>58</sup> Vgl. zu dieser ausführlich unten 2.1.3 (S. 17 ff.).

<sup>59</sup> So *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 50.

jahresbeitrags zulässig.<sup>60</sup> Vor diesem Hintergrund plädiert *Franzen* für eine Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitnehmers in Höhe von ca. 1.300 bis 1.700 Euro pro Jahr.<sup>61</sup>

Die Übertragung der Grenzen aus der Debatte um einfache Differenzierungsklauseln vernachlässigt allerdings, dass mit den tariflichen Differenzierungsklauseln ohnehin nur die Grundentscheidung der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG nachgezeichnet wird. Der Außenseiter-Arbeitnehmer wird vom tarifgebundenen Arbeitgeber regelmäßig auf individualvertraglichem Wege die Gewährung der tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen erreichen können, weil der Arbeitgeber häufig eine Zweiteilung der Belegschaft vermeiden will und kein Interesse daran hat, dass der Arbeitnehmer der Gewerkschaft beitrifft. Für den Arbeitgeber ist es aus wirtschaftlicher Sicht grundsätzlich ohne Bedeutung, ob der Arbeitnehmer die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen auf Grundlage einer individualvertraglichen Bezugnahmeklausel oder aufgrund normativer Tarifgebundenheit nach Eintritt in die Gewerkschaft verlangen kann.

Bei einer steuerlichen Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitnehmers stellt sich die Interessenlage anders dar. In diesem Fall setzt der Staat durch entsprechende Gestaltung des Einkommensteuerrechts einen Anreiz zum Eintritt in die Gewerkschaft, der über die Erlangung der tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen hinausreicht. Der Arbeitgeber kann dem durch Vereinbarung einer individualvertraglichen Bezugnahmeklausel nicht effektiv entgegenwirken, da diese nur die tarifliche, nicht aber die steuerrechtliche Gleichstellung des Außenseiters mit dem organisierten Arbeitnehmer zur Folge hat. Hierdurch unterscheidet sich eine steuerliche Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitnehmers wesentlich von Differenzierungsklauseln, die der Arbeitgeber durch eine entsprechenden Erweiterung der individualvertraglichen Bezugnahmeklausel ohne Weiteres „entschärfen“ kann.<sup>62</sup> Aufgrund dieser im Vergleich zu den Differenzierungsklauseln unterschiedlichen Interessenlage wird man daher für die steuerliche Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitnehmers deutlich strengere Vorgaben machen müssen als für einfache Differenzierungsklauseln. Die quantitative Grenze wäre dann weit unterhalb der vorgeschlagenen 1.300 Euro pro Jahr zu ziehen und dürfte sich eher im dreistelligen Bereich bewegen.

### Privilegierung des Arbeitgebers

Setzt die steuerliche Privilegierung beim Arbeitgeber an, scheidet die Rechtsprechung zu Differenzierungsklauseln als Anknüpfungspunkt ohnehin aus. Da die Details des angekündigten Gesetzesentwurfs noch nicht bekannt sind, kann lediglich ganz pauschal festgehalten werden, dass ein Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 9 Abs. 3 GG dann vorliegt, wenn die steuerliche Privilegierung ein derart großes wirtschaftliches Gewicht hat, dass ein wirtschaftlich vernünftig handelnder Arbeitgeber dem tarifzuständigen

---

<sup>60</sup> *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 26.

<sup>61</sup> *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 49 f., 78.

<sup>62</sup> Vgl. zur Auslegung von Bezugnahmeklauseln auf einen differenzierenden Tarifvertrag BAG v. 18.3.2009 – 4 AZR 64/08, NZA 2009, 1028 Rn. 26 ff.

Arbeitgeberverband als tarifgebundenes (Voll-)Mitglied beitreten wird, um in den Genuss der steuerlichen Privilegierung zu kommen.

In Unternehmen, die ohnehin die einschlägigen Verbandstarifverträge über arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln anwenden, mag ein solcher Beitrittsdruck eher anzunehmen sein als bei Arbeitgebern, deren Arbeitsverhältnisse sich bisher nicht am Tarifvertrag ausrichten und die ggf. deutlich unterhalb des Tarifniveaus vergüten. Aber selbst bei bereits tarifynwendenden Arbeitgebern müssen die Hürden für einen späteren Ausstieg aus dem Verbandstarifsystem, die durch die innerverbandliche Austrittsfrist, die nach der Rechtsprechung des BAG zeitlich unbegrenzte Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG sowie die sich daran anschließende Nachwirkung der Tarifnormen gemäß § 4 Abs. 5 TVG aufgestellt werden, im Rahmen der Entscheidung über einen Verbandsbeitritt gegen die wirtschaftlichen Vorteile der steuerlichen Privilegierung abgewogen werden. Eine steuerliche Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitgebers wird daher nach den vom BVerfG bisher zu Art. 9 Abs. 3 GG aufgestellten Maßstäben eine nicht unerhebliche finanzielle Besserstellung darstellen müssen, um einen wesentlichen Beitrittsdruck zu erzeugen und damit in die negative Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers einzugreifen.

Für eine abschließende rechtliche Bewertung ist es notwendig, den von einer steuerlichen Privilegierung ausgehenden Beitrittsdruck zu quantifizieren. Ohne Kenntnis der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung der Privilegierung ist dies nicht möglich. Insbesondere ist offen, ob der zu erwartende Entwurf aus dem BMAS einen relativen Ansatz wählt, d. h. auf einen bestimmten prozentualen Anteil der Steuerlast, des Ertrags, des Umsatzes oder einer sonstigen Kenngröße abstellt, oder ob es sich um einen absoluten Pauschbetrag, ggf. in der Höhe gestaffelt nach Unternehmensgröße, Zahl der Arbeitsverhältnisse oder ähnliches, handeln wird.

### 2.1.2.3 Rechtfertigung des Eingriffs

Nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis von Art. 9 Abs. 3 GG bedarf jeder finale Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Auch auf dem Boden der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG ist eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erforderlich, sofern die steuerliche Privilegierung erheblichen Beitrittsdruck auf den Arbeitgeber ausübt. Da die Koalitionsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet ist, kommt eine Rechtfertigung nur durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht. Berücksichtigt man erneut die hohen Hürden für den Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit, die nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG gelten und die auch nach der hier vorgeschlagenen Ergänzung um die Kategorie des finalen Eingriffs fortbestehen, sind an die Rechtfertigung eines Eingriffs sehr hohe Anforderungen zu stellen, weil die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit über die Koalitionsmitgliedschaft selbst ein erhebliches Gewicht aufweisen muss, um überhaupt als Eingriff in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG qualifiziert werden zu können.

Die Stärkung der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie ist im Grundsatz ein legitimes Ziel staatlicher Gesetzgebung. Allerdings darf der Staat diesen Zweck nur durch legitime Mittel verfolgen und muss dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.

Wie noch zu zeigen sein wird,<sup>63</sup> verstößt der Staat, der die Koalitionszugehörigkeit durch eine steuerliche Privilegierung der Mitgliedschaft bzw. der Tarifgebundenheit mit hoheitlichen Mitteln subventioniert, gegen das aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Neutralitätsgebot. Eine steuerliche Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitsverhältnisses ist damit bereits kein legitimes Mittel zur Stärkung der Tarifautonomie.

Darüber hinaus bestehen auch an der Angemessenheit der steuerlichen Privilegierung erhebliche Zweifel. So bleiben durch die Anknüpfung an die Verbandsmitgliedschaft oder die normative Tarifgebundenheit auch diejenigen nicht organisierten Arbeitgeber bei der steuerlichen Privilegierung außen vor, die ihre Arbeitnehmer dauerhaft über dem Niveau des einschlägigen Verbandstarifvertrags beschäftigen. Vor dem Hintergrund, dass die Verfassung die Tarifautonomie als kollektivrechtlichen Mechanismus gewährleistet, der durch die Herstellung von Verhandlungsparität den Schutz des gegenüber dem Arbeitgeber strukturell unterlegenen Arbeitnehmers bezweckt, ist nicht einsichtig, weshalb die „tarifanwendenden“ Arbeitgeber allein aufgrund der fehlenden Verbandsmitgliedschaft von der Privilegierung ausgenommen werden sollen. Auch das in § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG einfachgesetzlich kodifizierte Günstigkeitsprinzip belegt, dass der Gesetzgeber den Schutz durch das Kollektiv für nicht erforderlich hält, wenn der Arbeitnehmer bereits auf individualvertraglichem Wege günstigere Arbeitsbedingungen durchsetzen kann. Der Schutz durch die kollektivrechtlichen Tarifnormen wird nach dem gesetzlichen Leitbild niemandem aufgezwungen, der Tarifvertrag tritt gegenüber günstigeren Individualvereinbarungen stets zurück. Dieses zugunsten der Arbeitnehmer abgestimmte Verhältnis von Individualvertrag und normativem Schutz durch kollektive Verhandlungsmechanismen würde geradezu pervertiert werden, wenn diejenigen Arbeitgeber bei der Privilegierung außen vor blieben, die zwar keine Verbandsmitglieder sind, jedoch individuell besser Arbeitsbedingungen gewähren, als sie im einschlägigen Verbandstarifvertrag vereinbart sind.

#### 2.1.2.4 Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine steuerliche Privilegierung tarifgebundener Arbeitsverhältnisse nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis von Art. 9 Abs. 3 GG einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit des Außenseiters darstellt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Privilegierung an der Verbandsmitgliedschaft oder an der normativen Tarifgebundenheit ansetzt. In beiden Fällen handelt es sich um einen unmittelbar-finalen Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG, für den keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ersichtlich ist.

---

<sup>63</sup> Vgl. dazu ausführlich unten 2.1.3 (S. 17 ff.).

### 2.1.3 Verstoß gegen das staatliche Neutralitätsgebot gemäß Art. 9 Abs. 3 GG

Die Vereinbarkeit einer steuerlichen Privilegierung des Arbeitgebers mit Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht nur vor dem Hintergrund der negativen Koalitionsfreiheit, sondern auch mit Blick auf das staatliche Neutralitätsgebot zweifelhaft.

#### 2.1.3.1 Neutralitätsgebot im Arbeitskampf- und Koalitionsbinnenrecht

Im Arbeitskampfrecht ist ein solches Neutralitätsgebot seit langem anerkannt.<sup>64</sup> Der Staat hat sich in diesem Bereich darauf zu beschränken, einen Regelungsrahmen für das autonome Handeln der Koalitionen zur Verfügung zu stellen. Er hat dabei die bestehenden Kräfteverhältnisse der sozialen Gegenspieler zu respektieren. Dieser Gedanke liegt auch der Regelung des § 160 SGB III zugrunde. Das Neutralitätsgebot ist allerdings nicht nur einfach gesetzlich anerkannt, sondern auch verfassungsrechtlich verwurzelt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>65</sup> schützt Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen vor staatlicher Einflussnahme, selbst wenn beide Konfliktparteien zum Austragen ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit unter Umständen massiven negativen wirtschaftlichen Auswirkungen für den Gegner und die Allgemeinheit einsetzen. Auch bezüglich der Koalitionsorganisation ist ein Neutralitätsgebot des Staates anerkannt.<sup>66</sup> So darf der Staat etwa Industriegewerkschaften nicht gegenüber Gewerkschaften, die nach dem Berufsverbandsprinzip organisiert sind, bevorzugen oder benachteiligen.<sup>67</sup>

Während das Neutralitätsgebot im Arbeitskampfrecht die staatliche Parteinahme zwischen den Sozialpartnern auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite verbietet, betrifft die staatliche Neutralität im Koalitionsrecht primär den Wettbewerb konkurrierender Verbände innerhalb der Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite.

#### 2.1.3.2 Neutralitätsgebot im Verhältnis von positiver und negativer Koalitionsfreiheit

Mit diesen beiden Fallgruppen ist der umfassende Grundsatz der staatlichen Neutralität im Koalitionsrecht einschließlich des Tarifvertrags- und Arbeitskampfrechts jedoch noch nicht vollständig gekennzeichnet. Da nicht nur die Koalitionen und ihre Mitglieder auf

---

<sup>64</sup> Vgl. BSG v. 5.6.1991 – 7 RAR 26/89, NZA 1991, 982 (985 f.); v. 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, NZA 1995, 320 (337 ff.); *Seiter*, Staatsneutralität im Arbeitskampf, 1987, insb. S. 109; *Kreßel*, NZA 1995, 1121 (1125); *Erfk/Linsenmaier*, 19. Auflage 2019, Art. 9 GG Rn. 148; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, Grundl. Rn. 552 f.; *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 9 GG Rn. 283 ff. (84. EL August 2018).

<sup>65</sup> BVerfG v. 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, E 88, 103 (114 f.); v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 24; ferner *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 9 GG Rn. 299 (84. EL August 2018).

<sup>66</sup> Vgl. nur BAG v. 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225 Rn. 55; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1854 ff.; *Eitel*, Die Ungleichbehandlung der repräsentativen und nicht repräsentativen Gewerkschaften durch den Staat, 1991; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 243 ff.

<sup>67</sup> *Greiner*, NZA 2012, 529 (531 f.); *HMB/Höpfner*, Der Tarifvertrag, 2. Auflage 2016, Teil 2 Rn. 13; *ders.*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 243 ff.

Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite den Schutz der Koalitionsfreiheit genießen, sondern auch die Außenseiter in ihrer Freiheit, einer Koalition fernzubleiben, von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt werden, ist es nur folgerichtig, dass der Staat jedenfalls im Grundsatz auch zur Neutralität im Verhältnis der organisierten und der nicht organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer verpflichtet ist.<sup>68</sup> Auf dieser Linie hat kürzlich das OLG Düsseldorf ausdrücklich entschieden, dass der Staat der positiven Koalitionsfreiheit keine größere Bedeutung beimessen dürfe als der negativen Koalitionsfreiheit, weil beide „gleichermaßen und unterschiedslos“ gewährleistet seien.<sup>69</sup>

Auch wenn das BVerfG hierzu bislang nicht Stellung genommen hat, ergibt sich das staatliche Neutralitätsgebot bereits aus der Freiwilligkeit des koalitionsären Zusammenschlusses und der damit verbundenen Absage an Zwangsmitgliedschaften. Anders als etwa beim Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG lässt sich eine besondere Bevorzugung einer Spielart der Koalitionsfreiheit im Sinne eines Abstandsgebots oder eines Vorrang-/Nachrangverhältnisses gegenüber der komplementären Variante nicht begründen. Vielmehr stehen die positive und die negative Koalitionsfreiheit gleichermaßen unter dem Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG, ihre Gewährleistungen sind daher auf derselben Stufe anzusiedeln. Insbesondere gilt für beide Arten der vorbehaltlos gewährleisteten Koalitionsfreiheit, dass Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, dieses Recht einzuschränken oder zu behindern, nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG rechtswidrig sind.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man die negative Koalitionsfreiheit aus dem Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ausnehmen und der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zuordnen wollte, wie es im Schrifttum früher vertreten wurde.<sup>70</sup> Das entspricht jedoch nicht der zutreffenden Rechtsprechung von BVerfG71 und BAG72 und der heute ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. auch ErfK/Linsenmaier, 19. Auflage 2019, Art. 9 GG Rn. 35: „Problematisch wäre allerdings, wenn der Gesetzgeber über §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG hinaus gezielt Nichtorganisierte anders behandelt als Organisierte.“

<sup>69</sup> OLG Düsseldorf v. 12.7.2016 – VI – Kart 3/16 (V), NZKart 2016, 380 (385).

<sup>70</sup> Vgl. Galperin, AuR 1965, 1 (6); Gamillscheg, Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966, S. 53 ff.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, 7. Auflage 1966, S. 159 ff.; aus jüngerer Zeit Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 110 f.; Neumann, Tarifboni für Gewerkschaftsmitglieder, 2012, S. 128 ff.

<sup>71</sup> Jüngst BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 4; ferner BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., E 50, 290 (367); v. 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 und 439/79, E 55, 7 (22); v. 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, E 57, 220 (245); v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, E 64, 208 (213 f.); v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 23.

<sup>72</sup> BAG v. 14.8.2013 – 7 ABR 56/11, ZTR 2014, 58 (59); ferner BAG v. 21.1.1987 – 4 AZR 486/86, AP GG Art. 9 Nr. 46; v. 21.1.1987 – 4 AZR 547/86, AP GG Art. 9 Nr. 47; v. 26.4.1990 – 1 ABR 84/87, AP GG Art. 9 Nr. 57; v. 19.9.2006 – 1 ABR 2/06, NZA 2007, 277 Rn. 12 ff.; v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241 Rn. 31 f.; v. 1.7.2009 – 4 AZR 261/09, NZA 2010, 53 Rn. 39 ff.; v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 Rn. 17 f., 37; v. 26.8.2009 – 4 AZR 285/08, NZA 2010, 230 Rn. 29; v. 21.4.2010 – 4 AZR 768/08, AP BGB § 613a Nr. 387 Rn. 51; v. 22.9.2010 – 4 AZR 117/09, AP GG Art. 9 Nr. 144 Rn. 27; v. 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 Rn. 21; v. 6.7.2011 – 4 AZR 494/09, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 90 Rn. 64; v. 18.10.2011 – 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392 Rn. 25; v. 13.3.2012 – 1 AZR 659/10, NZA 2012, 990 Rn. 26; offen gelassen von BAG v. 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, NZA 2015, 1388 Rn. 45.

<sup>73</sup> Badura, RdA 1974, 129 (137); Büdenbender, RdA 2000, 193 (201 f.); ErfK/Linsenmaier, 19. Auflage 2019, Art. 9 GG Rn. 32 ff.; P. Hanau, JuS 1969, 213 (216); Henssler, ZfA 1994, 487 (498 f.); Höfling/Burkiczak, RdA 2004, 263 (265 ff.); Höfling/Rixen, RdA 2007, 360 (361); Konzen, NZA 1995, 913 (915); Picker, ZfA 1998, 573 (603); Reuter, RdA 1994, 152 (163 f.); ders., RdA 2006, 117

Aus dieser verfassungsrechtlich vorgegebenen Gleichrangigkeit im Verhältnis beider Koalitionsfreiheiten zueinander ergibt sich ein Gebot der staatlichen Neutralität gegenüber beiden Spielarten der Koalitionsfreiheit,<sup>74</sup> das nicht nur die bereits skizzierte Zurückhaltung im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen umfasst, sondern das darüber hinaus auf die Einflussnahme im Tarifwettbewerb ausstrahlt.<sup>75</sup>

Eine vergleichbare Wertung hat der Verfassungsgeber für Art. 4 GG getroffen. Dort ist als objektive Dimension der Religions- und Weltanschauungsfreiheit ein staatliches Neutralitätsgebot allgemein anerkannt, welches dem Staat verbietet, sich mit bestimmten religiös-weltanschaulichen Positionen zu identifizieren oder sie sich für sein Handeln zu eigen zu machen.<sup>76</sup> Anderenfalls entfalte der Staat desintegrierende Wirkung gegenüber den Bürgern, die die entsprechende Auffassung nicht teilen.<sup>77</sup> Diese für Art. 4 GG zentrale Aussage lässt sich auf Art. 9 Abs. 3 GG übertragen. Wenn der Staat sowohl die Mitgliedschaft in einer Koalition als auch das Fernbleiben von ihr gleichermaßen schützt, hat jede Maßnahme, die zugunsten einer der beiden Freiheiten ausfällt, spiegelbildlich negative Auswirkungen auf die komplementär gelagerte Freiheit. Jedes staatliche Tätigwerden zulasten des Fernbleiberechts hätte demnach auch im Bereich der Koalitionsfreiheit desintegrierende Wirkung bei den Personen zur Folge, die sich auf negative Koalitionsfreiheit berufen können.

### 2.1.3.3 Neutralitätsgebot als objektives Verfassungsprinzip

Der Gesetzgeber hat seine Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Arbeits- und Wirtschaftsrechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 12 GG vor dem Hintergrund und in den Grenzen des Art. 9 Abs. 3 GG auszuüben. Allein auf Grundlage der Gesetzgebungskompetenz kann sich der einfache Gesetzgeber deshalb nicht über die verfassungsrechtliche Gleichrangigkeit von positiver und negativer Koalitionsfreiheit hinwegsetzen. Er ist gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Wertungen des Grundgesetzes und damit an die verfassungsrechtliche Gleichrangigkeit der gleichermaßen vorbehaltlos gewährleisteten positiven und negativen Koalitionsfreiheit gebunden.

---

(118 f.); *Richardi*, ZfA 1970, 85 (90 f.); *ders.*, JZ 2011, 282 (288); Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9 GG Rn. 169, 221, 226 ff. (84. EL August 2018); *ders.*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 42, 64, 267 ff.; *Seiter*, AöR 109 (1984), 88 (101 f).

<sup>74</sup> Ähnlich zur Religionsfreiheit BVerfG v. 19.12.2000 – 2 BvR 1500/97, NJW 2001, 429; BeckOK GG/*Germann*, 39. Edition (Stand: 15.11.2018), Art. 4 GG Rn. 79.

<sup>75</sup> In diese Richtung auch Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9 GG Rn. 284, Fn. 1 (84. EL August 2018): „Mit der koalitionsrechtlichen Neutralitätspflicht des Staates sind „Tariftreue-Erklärungen“ von Unternehmen nicht vereinbar, die im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge vom staatlichen Auftraggeber zur Voraussetzung der Auftragsvergabe gemacht werden. Denn die (gegenseitige) Tariftreue ist ausschließlich ein Thema bzw. eine Zuständigkeit der Koalitionen selbst, nicht aber eine Zuständigkeit des Staates und seiner (allgemeinen) Wirtschaftspolitik.“

<sup>76</sup> Vgl. nur BVerfG v. 19.12.2000 – 2 BvR 1500/97, NJW 2001, 429; v. 26.6.2002 – 1 BvR 670/91, NJW 2002, 2626; v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, NJW 2003, 3111; jüngst wieder BVerfG v. 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, NJW 2015, 1359; v. 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17, NJW 2017, 2333; BeckOK GG/*Germann*, 39. Edition (Stand: 15.11.2018), Art. 4 GG Rn. 79; Maunz/Dürig/*Herzog*, Art. 4 GG Rn. 19 (84. EL August 2018).

<sup>77</sup> So zutreffend BeckOK GG/*Germann*, 39. Edition (Stand: 15.11.2018), Art. 4 GG Rn. 79.



Aus dem staatlichen Neutralitätsgebot folgt allerdings kein absolutes Regelungsverbot.<sup>78</sup> Der Staat ist berechtigt und verpflichtet, gesetzliche Rahmenbedingungen zur Verfügung zu stellen, welche die Voraussetzungen für den Gebrauch der Koalitionsfreiheit schaffen und damit deren Ausübung erst ermöglichen.<sup>79</sup> Die Sicherung der Tarifautonomie ist anerkanntermaßen ein legitimer Zweck staatlicher Maßnahmen.<sup>80</sup> Wer mit der zutreffenden herrschenden Auffassung davon ausgeht, dass die tarifvertragliche Normsetzungsmacht der Koalitionen durch den Beitrittsakt ihrer Mitglieder privatautonom legitimiert ist,<sup>81</sup> der muss jedenfalls auch im Grundsatz staatliche Anreize für eine hohe Organisationsquote akzeptieren, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu gewährleisten.<sup>82</sup>

Bei dem staatlichen Neutralitätsgebot handelt es sich daher nicht um ein subjektives Recht, dessen Verletzung der Einzelne im Wege der Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG rügen kann. Die Pflicht zur neutralen Zurückhaltung im Tarifwettbewerb ist vielmehr Teil des objektiven Gewährleistungsgehalts von Art. 9 Abs. 3 GG und damit ein objektives Verfassungsprinzip.<sup>83</sup> Damit richtet es sich allein an die drei staatlichen Gewalten und vermittelt dem Einzelnen keine genuin eigenen Rechte. Ein subjektives Beanstandungsverfahren, mit dem die Einhaltung der staatlichen Neutralität gegenüber den einzelnen Grundrechtsträgern überprüft werden kann, kennt die Verfassung nicht. Verstößt ein Gesetz gegen das staatliche Neutralitätsgebot, kann der Beschwerdeführer diesen Verstoß deshalb nicht unmittelbar angreifen, sondern muss einen Eingriff in ein eigenes subjektives (Grund-)Recht durch den Rechtsakt rügen. Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde ist dann auch zu prüfen, ob das eingreifende Gesetz das staatliche Neutralitätsgebot wahrt und damit seinerseits verfassungsgemäß ist. Die Einhaltung der staatlichen Neutralitätspflicht kann deshalb nur indirekt und im Zusammenspiel mit der Verletzung von Grundrechten angemahnt werden.

#### 2.1.3.4 Steuerliche Privilegierung als Verstoß gegen das Neutralitätsgebot

Als objektives Verfassungsprinzip hindert das in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte Neutralitätsgebot den Staat daran, die Koalitionsmitgliedschaft durch hoheitliche Mittel zu subventionieren. Aus dem Neutralitätsgebot folgt damit ein „Beihilfeverbot“ des Staates zugunsten der Koalitionen.<sup>84</sup>

---

<sup>78</sup> Zutreffend *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 53.

<sup>79</sup> *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 9 Rn. 167 (84. EL August 2018).

<sup>80</sup> Vgl. nur BVerfG v. 17.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915 Rn. 144; v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117 [C. I. 1. a) der Gründe].

<sup>81</sup> Vgl. nur *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 316 ff. m.w.N.

<sup>82</sup> *P. Hanau*, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, 2014, Band II/2, S. K162.

<sup>83</sup> Vgl. zur parallelen Problematik bei Art. 4 GG BeckOK GG/*Germann*, 39. Edition (Stand: 15.11.2018), Art. 4 GG Rn. 79: staatliche Neutralität in religiösen Fragen als „objektive Dimension der Religions- und Weltanschauungsfreiheit“.

<sup>84</sup> *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1881, 1883; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, § 2 Rn. 104.

Dagegen verstößt eine steuerliche Privilegierung von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern, die unmittelbar an deren Koalitionszugehörigkeit ansetzt. Dem gleichzusetzen ist eine steuerliche Privilegierung von normativ tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen. Eine Privilegierung der nach § 3 Abs. 1 TVG tarifgebundenen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer kommt den Koalitionen zwar nicht unmittelbar zugute. Sie begründet gleichwohl eine finanzielle Abhängigkeit der Koalition vom Staat, da die steuerliche Privilegierung einen Beitrittsdruck auf die Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ausübt und auf diese Weise zu einer Erhöhung der Mitgliederzahl und damit auch der finanziellen Ausstattung der Koalition führt.<sup>85</sup> Entscheidend ist letztlich auch hier die Verbandsmitgliedschaft, da diese nach § 3 Abs. 1 TVG zwingende Tatbestandsvoraussetzung der normativen Tarifwirkung des § 4 Abs. 1 TVG ist.

Das Neutralitätsgebot verbietet jede unmittelbare oder – über die Verbandsmitglieder – indirekte Finanzierung von Koalitionen aus dem öffentlichen Haushalt. Hierdurch unterscheidet sich die steuerliche Privilegierung der Tarifbindung in ganz zentraler Weise etwa von einer gesetzlichen Regelung von Solidaritätsbeiträgen, die Außenseiter, die dynamisch auf einen Tarifvertrag verweisen, für die Nutzung des fremden Verhandlungsergebnisses aufzubringen haben.<sup>86</sup>

Für das Verständnis des Neutralitätsgebots als staatliches Beihilfeverbot spricht darüber hinaus ein Gleichlauf mit den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Anerkennung einer Vereinigung als Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG. Es ist unbestritten, dass nur solche Verbände als Koalition qualifiziert werden können, die sowohl von ihrem sozialen Gegenspieler als auch von Staat, Kirche und politischen Parteien unabhängig sind.<sup>87</sup> Koalitionen haben die Aufgabe, die Interessen der Mitglieder gegenüber ihrem sozialen Gegenspieler und dem Staat wahrzunehmen und durchzusetzen. Wird eine Koalition vom Staat finanziell unterstützt, besteht die Gefahr, dass sie ihre Betätigung nicht an den Interessen ihrer Mitglieder, sondern an den politischen Vorgaben der Regierung, des Ministeriums oder der Parteien ausrichtet.<sup>88</sup> Das ist etwa der Fall, wenn eine Gewerkschaft auf einen aus Sicht der Mitglieder zur Durchsetzung einer Tarifforderung notwendigen Streik verzichtet, weil die Breitenwirkung des Arbeitskampfs ihrem Ansehen in der Politik abträglich sein könnte, oder wenn ein Arbeitgeberverband einer gewerkschaftlichen Forderung vorschnell nachgibt, weil er befürchtet, dass die Regierung ihm die Verantwortung für die folgenden Arbeitskämpfe zuschieben könnte.

Aber auch jenseits von arbeitskampfstrategischen Überlegungen sind Staatsferne und Unabhängigkeit der Tarifvertragsparteien unverzichtbare Voraussetzungen für ein funktionierendes Tarifvertragssystem. Wie das BVerfG erst jüngst bekräftigt hat, kommt Tarifver-

---

<sup>85</sup> Zutreffend *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 52; *Thüsing*, DB 50/2018, S. M22.

<sup>86</sup> Vgl. zur Diskussion um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Solidaritätsbeiträgen BAG v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP GG Art. 9 Nr. 13; *Heußner*, RdA 1960, 295; *Hueck*, RdA 1961, 141; *Merker*, RdA 1960, 1127.

<sup>87</sup> BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 u.a., E 50, 290 (367, 370); *ErfK/Franzen*, 19. Auflage 2019, § 2 TVG Rn. 6; *HWK/Hergenröder*, 8. Auflage 2018, Art. 9 GG Rn. 46; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, § 2 Rn. 53, 65 ff., 102 ff.

<sup>88</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, § 2 Rn. 104.

trägen nur deshalb eine „Richtigkeitsvermutung“ zu, weil davon ausgegangen werden kann, dass das von den Tarifvertragsparteien erzielte Verhandlungsergebnis die Interessen beider Seiten sachgerecht zum Ausgleich bringt.<sup>89</sup> Nur unter dieser Prämisse ist es geboten, Tarifverträge von einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle auszunehmen und eine Abweichung von lediglich tarifdispositivem Gesetzesrecht anzuerkennen.

Zur Gewährleistung einer effektiven Vertretung der Interessen der Koalitionsmitglieder und zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie garantiert die Verfassung die Koalitionsfreiheit nur für solche Vereinigungen, die vom Staat unabhängig sind. Eine Koalition, die eine nicht nur unerhebliche finanzielle Zuwendung von Seiten des Staates erhält, verliert hierdurch ihren Koalitionsstatus und damit zugleich die Tariffähigkeit.<sup>90</sup> Die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge werden ex nunc unwirksam, neue Tarifverträge kann sie nicht mehr abschließen.<sup>91</sup> Eine steuerliche Privilegierung der Verbandszugehörigkeit in einem Umfang, der die Unabhängigkeit der Koalitionen beeinträchtigt, würde daher keinesfalls die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie fördern, sondern im Gegenteil die massive Gefahr des Verlusts der Koalitionseigenschaft und damit der Tariffähigkeit der subventionierten Verbände zur Folge haben und auf diese Weise zu einer ganz erheblichen Destabilisierung des Tarifsystems führen.<sup>92</sup>

Die Bedenken können auch nicht dadurch zerstreut werden, dass man für die steuerliche Privilegierung anstelle der Verbandszugehörigkeit am „tarifgebundenen Arbeitsentgelt“ ansetzt.<sup>93</sup> Zwar ist Franzen der Auffassung, dass eine Anknüpfung am Verhalten sowohl des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers die Gefahr einer mittelbaren Staatsfinanzierung der Gewerkschaft ganz erheblich verringere.<sup>94</sup> Das ist jedoch nicht der Fall. Denn auch eine Anknüpfung an die beiderseitige Verbandsmitgliedschaft ändert nichts an der Tatsache, dass die steuerliche Privilegierung – sei es auf Seiten des Arbeitnehmers, sei es auf Seiten des Arbeitgebers – eine finanzielle Unterstützung der Koalitionszugehörigkeit unmittelbar zulasten des Staatshaushalts darstellt. Entscheidend ist auch hier die Gefahr, dass die Gewerkschaft (bei Privilegierung des Arbeitnehmers) bzw. der Arbeitgeberverband (bei Privilegierung des Arbeitgebers) die koalitionsmäßige Betätigung nicht mehr an den Interessen der Verbandsmitglieder, sondern am Wohlwollen der Politik ausrichtet, um das Steuerprivileg nicht zu gefährden. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Privilegierung die Tarifgebundenheit der anderen Arbeitsvertragspartei voraussetzt.

Ob ein Verstoß gegen das staatliche Neutralitätsgebot verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann, ist schon dem Grunde nach äußerst zweifelhaft, ist das Neutralitätsgebot doch

---

<sup>89</sup> BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 8; vgl. auch BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915 Rn. 203.

<sup>90</sup> Vgl. nur Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Auflage 2019, § 2 Rn. 41; ErfK/Franzen, 19. Auflage 2019, § 2 TVG Rn. 17.

<sup>91</sup> ErfK/Franzen, 19. Auflage 2019, § 2 TVG Rn. 17; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage 2017, § 2 Rn. 241.

<sup>92</sup> Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 52 konzediert ebenfalls „rechtliche Risiken“ einer steuerlichen Privilegierung der Gewerkschaftszugehörigkeit.

<sup>93</sup> So aber Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 60 f.

<sup>94</sup> Franzen, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 60.

bereits das Ergebnis einer Abwägung der jeweils aus Art. 9 Abs. 3 GG beruhenden Grundrechtspositionen der beteiligten Personen und Verbände. Diese Grundsatzfrage mag jedoch an dieser Stelle dahinstehen, da jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang, wie oben bereits dargelegt wurde,<sup>95</sup> eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht ausscheidet.

#### 2.1.3.5 Ergebnis

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt ein umfassendes staatliches Neutralitätsgebot sowohl im Arbeitskampf- und im Koalitionsrecht als auch im Verhältnis von positiver und negativer Koalitionsfreiheit. Als objektives Verfassungsprinzip enthält es ein „Beihilfeverbot“: Der Staat darf die Koalitionszugehörigkeit nicht direkt oder indirekt mit Mitteln der öffentlichen Hand subventionieren und so die Unabhängigkeit der Koalition gegenüber dem Staat gefährden. Eine steuerliche Privilegierung der Verbandsmitgliedschaft oder der normativen Tarifgebundenheit ist mit dem Neutralitätsgebot unvereinbar.

### 2.1.4 Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

#### 2.1.4.1 Ungleichbehandlung

Schließlich ist eine unterschiedliche steuerliche Behandlung von Arbeitsverhältnissen, bei denen sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 1 TVG tarifgebunden sind, und solchen, die keiner normativen Tarifwirkung unterworfen sind, vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigungsbedürftig. Art. 3 Abs. 1 GG enthält als Grundbestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung<sup>96</sup> nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG das Gebot, „Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln“.<sup>97</sup>

Wenn in zwei Arbeitsverhältnissen die jeweils gleiche Leistung geschuldet und erbracht wird, das Einkommen bzw. der Gewinn jedoch steuerrechtlich unterschiedlich behandelt wird, liegt eine Ungleichbehandlung tarifgebundener und nicht tarifgebundener Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer vor. Tertium comparationis ist – je nach Anknüpfung der steuerlichen Privilegierung auf Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite – die Referenzgruppe aller Arbeitgeber bzw. aller Arbeitnehmer, ungeachtet ihrer Verbandszugehörigkeit und Tarifgebundenheit. Dass sowohl nicht tarifgebundene als auch tarifgebundene Arbeitsverhält-

---

<sup>95</sup> 2.1.2.3 (S. 15 f.); vgl. auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG unten 2.2.4.2 (S. 47 ff.).

<sup>96</sup> BVerfG v. 5.4.1952 – 2 BvH 1/52, E 1, 208 (233).

<sup>97</sup> Grundlegend BVerfG v. 17.12.1953 – 1 BvR 147/52, E 3, 58 (135).

nisse derselben Vergleichsgruppe angehören und deshalb grundsätzlich steuerrechtlich gleichbehandelt werden müssen, hat das BVerfG bereits wiederholt ausdrücklich entschieden.<sup>98</sup> Die steuerrechtliche Schlechterbehandlung von Außenseitern bedarf daher vor dem Hintergrund des Art. 3 Abs. 1 GG einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

## 2.1.4.2 Rechtfertigung

### 2.1.4.2.1 Prüfmaßstab

In seiner früheren Rechtsprechung hat das BVerfG einen sehr zurückhaltenden Prüfmaßstab für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen angelegt. Danach wurden nur willkürliche Ungleichbehandlungen beanstandet. Willkür ist anzunehmen, wenn sich „ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“.<sup>99</sup>

In der Folgezeit hat das BVerfG die Maßstäbe für die Rechtfertigungsprüfung kontinuierlich fortentwickelt. Mit seiner Entscheidung vom 7. Oktober 1980 begründete der Erste Senat des BVerfG die sogenannte neue Formel.<sup>100</sup> Danach liegt der Rechtfertigungsprüfung ein differenzierender Prüfungsmaßstab zugrunde: Bei personengruppen- und personenbezogenen Ungleichbehandlungen orientiert sich die Prüfung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Eine personen(gruppen)bezogene Ungleichbehandlung ist nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn der Normgeber einen zulässigen Differenzierungszweck verfolgt, zulässige Differenzierungskriterien verwendet und die Differenzierung verhältnismäßig ist.<sup>101</sup> Handelt es sich hingegen um eine rein sachverhaltsbezogene oder um eine verhaltensbezogene Differenzierung, so kommt eine Reduzierung der verfassungsgerichtlichen Prüfungsintensität auf eine bloße Willkürkontrolle in Betracht.<sup>102</sup> Danach ist Art. 3 Abs. 1 GG nur dann verletzt, wenn ein einleuchtender Grund für die Differenzierung fehlt.

Allerdings ist auch bei sachverhaltsbezogenen Differenzierungen die „neue Formel“ anzuwenden, wenn der Normgeber durch die Ungleichbehandlung zugleich in den Schutzbereich eines Freiheitsgrundrechts eingreift.<sup>103</sup> Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.<sup>104</sup>

<sup>98</sup> BVerfG v. 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, 122; v. 15.1.1969 – 1 BvR 723/65, NJW 1969, 651.

<sup>99</sup> BVerfG v. 23.10.1951 – 2 BvG 1/51, E 1, 14 (52).

<sup>100</sup> BVerfG v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79 u.a., E 55, 72 (88).

<sup>101</sup> Vgl. BVerfG v. 7.10.1980 – 1 BvL 50/79 u.a., E 55, 72 (88); v. 14.10.2008 – 1 BvR 2310/06, NJW 2009, 211.

<sup>102</sup> Exemplarisch BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 14/09, E 127, 263 (280); v. 19.6.2012 – 2 BvR 1397/09, E 131, 239 (256); hierzu *Britz*, NJW 2014, 346 (346 f.).

<sup>103</sup> Vgl. BVerfG v. 18.7.2006 – 1 BvL 1/04 u.a., E 116, 243 (260); ErfK/*Schmidt*, Art. 3 GG Rn. 40.

<sup>104</sup> BVerfG v. 14.4.2010 – 1 BvL 8/08, E 126, 29 Rn. 52; v. 30.7.2008 – 1 BvR 402/08 u.a., E 121, 317 Rn. 150; v. 12.12.2012 – 1 BvR 69/09, NJW 2013, 1220 Rn. 11; v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, DStR 2015, 31 Rn. 122.

Ob eine Differenzierung personen- oder sachverhaltsbezogen ist, lässt sich häufig nicht trennscharf abgrenzen, da jeder Sachverhalt auch einen Bezug zu den betroffenen Personen aufweist. Personenbezogen ist eine Differenzierung, wenn die gesetzliche Regelung an eine Eigenschaft der Person anknüpft, auf die der betroffene Grundrechtsträger durch sein Verhalten keinen Einfluss nehmen kann. Sachbezogen ist die Ungleichbehandlung, wenn die Regelung lediglich an einen bestimmten Sachverhalt anknüpft, ohne dass es auf persönliche Merkmale der Betroffenen ankommt.

In seiner Entscheidung vom 21. Juni 2011 ist der Erste Senat des BVerfG von diesem bipolaren Prüfungsmaßstab abgerückt und hat beide Fallgruppen zu einer einheitlichen, stufenlosen Rechtfertigungsprüfung vereinigt.<sup>105</sup> Der Zweite Senat hat sich dieser Rechtsprechungsänderung mit Beschluss vom 29. März 2017 ausdrücklich angeschlossen.<sup>106</sup> Die zentrale Aussage der neuen Rechtsprechung hat der Zweite Senat wie folgt zusammengefasst:

„Dabei ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen aus dem allgemeinen Gleichheitssatz im Sinne eines stufenlosen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Prüfungsmaßstabs unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.“<sup>107</sup>

Nach diesen Grundsätzen nimmt die Prüfungsintensität zu, je mehr sich die Merkmale, die Anknüpfungspunkt für die Differenzierung sind, denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern oder – bei verhaltensbezogener Ungleichbehandlung – je weniger die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Differenzierungsmerkmale zu beeinflussen.<sup>108</sup> Ein strengerer Prüfungsmaßstab kann sich darüber hinaus ergeben, wenn sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirkt.<sup>109</sup>

Die hiernach ermittelte Kontrolldichte schlägt sich nicht nur in den Anforderungen an den legitimen Zweck der Differenzierung nieder, sondern kommt vor allem im Rahmen der nachfolgenden Rechtfertigungsprüfung zum Tragen. Während bei weniger strenger Prüfung genügt, dass die Ungleichbehandlung nicht offensichtlich sachfremd ist, wird der Differenzierungsgrund bei strengerer Prüfung hinsichtlich seiner Plausibilität, Geeignetheit und Erforderlichkeit intensiver untersucht.<sup>110</sup> Letztlich bleibt es auch nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG dabei, dass personenbezogene Differenzierungen grundsätzlich zu einer intensiveren Kontrolldichte führen, da sich diese regelmäßig den Merkmalen

---

<sup>105</sup> BVerfG v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, E 129, 49 (68); ebenso BVerfG v. 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a., DVBl 2017, 697 Rn. 171.

<sup>106</sup> BVerfG v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, NZG 2017, 828 Rn. 98.

<sup>107</sup> BVerfG v. 29.3.2017 – 2 BvL 6/11, NZG 2017, 828 Rn. 98; illustrativ dazu *Britz NJW* 2014, 346.

<sup>108</sup> Vgl. *Britz NJW* 2014, 346 (348) m.w.N.

<sup>109</sup> BVerfG v. 21.6.2011 – 1 BvR 2035/07, E 129, 49 (69); v. 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a., DVBl 2017, 697 Rn. 171.

<sup>110</sup> *Britz NJW* 2014, 346 (350 f.).

des Art. 3 Abs. 3 GG zumindest annähern.<sup>111</sup> Die Differenzierung zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Differenzierungen ist damit weiterhin relevant.<sup>112</sup>

Wie bereits dargelegt, ist bislang noch unklar, ob der angekündigte Gesetzesentwurf an die beiderseitige Tarifgebundenheit oder an die Verbandsmitgliedschaft des Arbeitgebers anknüpfen wird.<sup>113</sup> Für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung kommt es darauf indes nicht an. Denn das maßgebliche Differenzierungskriterium ist in beiden Fällen ein Merkmal, das unmittelbar an die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG anknüpft und damit einen starken Grundrechtsbezug aufweist. Für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung gilt daher eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sich an der Kontrolldichte bei Eingriffen in verfassungsrechtliche Freiheitsrechte orientiert.

#### 2.1.4.2.2 Legitimer Zweck und legitimes Mittel

Die Stärkung der Tarifautonomie ist an sich ein legitimer Zweck staatlicher Gesetzgebung. Wie die voranstehenden Überlegungen jedoch gezeigt haben, darf er dabei nicht unmittelbar-final den Organisationsgrad der Verbände durch finanzielle Anreize regulieren. Diese Vorgehensweise ist aufgrund des Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit und das staatliche Neutralitätsgebot gemäß Art. 9 Abs. 3 GG kein legitimes Mittel, um das angestrebte Ziel zu erreichen.<sup>114</sup> Bereits aus diesem Grunde scheidet eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zwischen tarifgebundenem und nicht tarifgebundenen Entgelt aus.

#### 2.1.4.2.3 Erforderlichkeit und Angemessenheit

Darüber hinaus bestehen durchgreifende Bedenken an der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG. Maßgebend hierfür ist die Frage, ob die Förderung der Tarifautonomie einen hinreichend gewichten Grund darstellt, um eine Schlechterbehandlung nicht tarifgebundener Arbeitsverhältnisse im Steuerrecht zu rechtfertigen. Über den ganz ähnlich gelagerten Fall der Steuerfreiheit von Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschlägen hatte das BVerfG im Jahr 1993 zu entscheiden.<sup>115</sup> Mit § 3b Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 EStG 1975<sup>116</sup> differenzierte der Gesetzgeber zwischen Arbeitnehmern, für die ein Anspruch auf Zahlung von Zuschlägen in einem Gesetz oder Tarifvertrag festgelegt oder deren Arbeitsverhältnis einem solchen Tarifvertrag „unterstellt“ war, also deren Arbeitsvertrag den betreffenden Tarifvertrag in seiner Gesamtheit in Bezug ge-

---

<sup>111</sup> Personengruppenbezogene Differenzierungen verstärken die Kontrolldichte, wenn das zur Gruppenbildung führende Unterscheidungsmerkmal in die Nähe der der Person anhaftenden Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG rückt, vgl. BVerfG v. 26.1.1993 – 1 BvL 38/92 u.a., E 88, 87 (96); v. 19.6.2012 – 2 BvR 1397/09, E 131, 239 (256).

<sup>112</sup> Vgl. Maunz/Dürig/Kirchhof, 79. EL, Stand Dezember 2016, Art. 3 GG Rn. 268.

<sup>113</sup> Vgl. oben 2.1.1 (S. 4 ff.).

<sup>114</sup> Vgl. oben 2.1.2.3 (S. 15 f.) und 2.1.3.4 (S. 20 ff.).

<sup>115</sup> BVerfG v. 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, 122.

<sup>116</sup> BGBl. 1974 I, S. 2165 (2172).

nommen hat,<sup>117</sup> und solchen Arbeitnehmern, denen Zuschläge lediglich aufgrund anderer Regelungen – wie Betriebsvereinbarungen, individuell ausgehandelter Vereinbarungen oder lediglich partieller Verweisungen auf den Tarifvertrag – zustanden.

Das BVerfG hielt die unterschiedliche Besteuerung von tarif- und arbeitsvertraglichen Lohnzuschlägen zu Recht für verfassungswidrig. Zwar bestünden keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass der Gesetzgeber „der nicht von der Hand zu weisenden Gefahr missbräuchlicher Ausgestaltung von Arbeitsverträgen und Betriebsvereinbarungen durch die Einführung von Höchstbeträgen für steuerfreie Nachtarbeiterzuschläge zu begegnen“ suche.<sup>118</sup> Von einer vergleichbaren Missbrauchsgefahr müsse er bei tarifvertraglichen Regelungen nicht ausgehen.<sup>119</sup> Jedoch bestehe zwischen dem Zweck der Steuerbefreiung und der Differenzierung nach der Rechtsgrundlage der jeweiligen Zuschläge kein hinreichender Sachzusammenhang.<sup>120</sup>

Diese Argumentation lässt sich auch im vorliegenden Fall der steuerlichen Privilegierung des tarifgebundenen Entgelts fruchtbar machen. Unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls hält das BVerfG eine steuerlich unterschiedliche Behandlung der normativen Tarifgebundenheit und der vollständigen arbeitsvertraglichen Inbezugnahme des Tarifvertrags einerseits und der individuell ausgehandelten Vereinbarung bzw. der partiellen Verweisung auf den Tarifvertrag andererseits nur deshalb für gerechtfertigt, weil in letzterem Fall die Richtigkeitsvermutung des Tarifvertrags nicht gilt und deshalb die Gefahr einer einseitigen Bevorzugung der Arbeitgeberinteressen besteht. Dieses Argument ist mit der Einführung der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>121</sup> zum 1. Januar 2002 entfallen. Weil der Arbeitnehmer in der Rechtsprechung des BAG als Verbraucher qualifiziert wird,<sup>122</sup> unterliegen individuell ausgehandelte Arbeitsverträge ebenso einer vollständigen AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle wie punktuelle oder partielle Verweisungen auf einen Tarifvertrag.<sup>123</sup> Die „Gefahr missbräuchlicher Ausgestaltung von Arbeitsverträgen“ und einer unangemessenen Benachteiligung des Arbeitnehmers besteht daher nicht mehr. Damit ist das einzige vom BVerfG anerkannte Argument für die Rechtfertigung einer steuerlichen Ungleichbehandlung von tarifvertraglich und individualvertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen entfallen.

Darüber hinaus wäre es, wie oben bereits dargelegt wurde,<sup>124</sup> mit Blick auf die den Arbeitnehmer schützende Funktion der Tarifautonomie und nach den Wertungen des Günstigkeitsprinzips nicht zu rechtfertigen, dass ein Außenseiter-Arbeitgeber, der seine Arbeitnehmer über dem Niveau des einschlägigen Verbandstarifvertrags entlohnt, von der steuer-

---

<sup>117</sup> Vgl. BVerfG v. 15.1.1969 – 1 BvR 723/65, NJW 1969, 651; BFH v. 27.10.1967 – VI R 162/66, E 90, 481.

<sup>118</sup> BVerfG v. 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, 122 [II. 1. der Gründe].

<sup>119</sup> BVerfG v. 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, 122 [II. 1. der Gründe]; anders noch BVerfG v. 17.1.1969 – 1 BvR 723/65, NJW 1969, 651

<sup>120</sup> BVerfG v. 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, 122 [II. 2. der Gründe]; ähnlich auch *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, 2018, S. 59.

<sup>121</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138.

<sup>122</sup> Vgl. nur BAG v. 25.9.2018 – 8 AZR 26/18, NZA 2019, 121 Rn. 19; v. 13.2.2013 – 5 AZR 2/12, NZA 2013, 1024 Rn. 14. v. 27.6.2012 – 5 AZR 530/11, NZA 2012, 1147 Rn. 14.

<sup>123</sup> Vgl. *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, § 3 Rn. 561 ff.; *ErfK/Preis*, 19. Auflage 2019, § 310 BGB Rn. 16 ff.; zu § 310 Abs. 4 S. 1 BGB auch BAG v. 6.5.2009 – 10 AZR 390/08, NZA-RR 2009, 593 Rn. 29.

<sup>124</sup> Vgl. oben 2.1.2.3 (S. 15 f.).



lichen Privilegierung ausgenommen wird, obwohl seine Arbeitnehmer zu besseren Arbeitsbedingungen beschäftigt werden, als sie im Tarifvertrag für die organisierten Arbeitnehmer vorgesehen sind. Weil die Tarifautonomie ein Instrument zum Schutz des typischerweise in der individuellen Verhandlungssituation unterlegenen Arbeitnehmers darstellt, ist die Ausübung von Beitrittsdruck durch eine steuerliche Privilegierung der Verbandsmitgliedschaft bzw. der normativen Tarifbindung jedenfalls auf solche Außenseiter-Arbeitgeber, in deren Unternehmen das tarifvertragliche Schutzniveau erreicht oder sogar überschritten wird, nicht angemessen und damit verfassungsrechtlich unzulässig.

#### 2.1.4.3 Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine steuerliche Privilegierung des tarifgebundenen Entgelts auf Arbeitgeber- oder auf Arbeitnehmerseite weder ein geeignetes noch ein angemessenes Mittel darstellt, um das Ziel einer Stärkung der Tarifautonomie zu erreichen. Die steuerrechtliche Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen kann nicht gerechtfertigt werden und verstößt somit gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

#### 2.1.5 Gesamtergebnis

Eine steuerliche Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber oder Arbeitnehmer verstößt gegen die negative Koalitionsfreiheit des Außenseiters sowie gegen die ebenfalls aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Neutralitätspflicht des Staates. Zugleich liegt darin eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung der Außenseiter nach Art. 3 Abs. 1 GG. Der Staat darf zur Stärkung der Tarifautonomie nicht den Organisationsgrad der Verbände mit staatlichen Mitteln regulieren. Ein entsprechendes Gesetz wäre verfassungswidrig.

## 2.2 2. Teil – Beschränkung der Tarifdispositivität auf die normative Tarifgeltung

Der zweite derzeit von der Politik präferierte Weg einer Steigerung der Organisationsrate von Arbeitgebern besteht in der Beschränkung der Tarifdispositivität von Gesetzen auf die Fälle der normativen Tarifgeltung. Dem Außenseiter-Arbeitgeber ist es dann verwehrt, durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag zuungunsten des Arbeitnehmers vom gesetzlichen Schutzniveau abzuweichen. Will der Arbeitgeber an der Tarifdispositivität partizipieren, bleibt ihm nur der Weg über den Beitritt in den Arbeitgeberverband. Im Weißbuch Arbeiten 4.0 spricht das BMAS explizit von „Anreizen“ und „Instrumenten“ für mehr Tarifbindung, die „als wichtige Voraussetzung für

neue Flexibilitätskompromisse“ einem „Erosionsprozess“ entgegenwirken sollen.<sup>125</sup> Auch der Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 nennt die „Stärkung der Tarifbindung“ als Ziel der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung in der 19. Legislaturperiode.<sup>126</sup>

Die erste gesetzliche Regelung, die dem Modell der beschränkten Tarifdispositivität folgt, betraf die Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1b S. 3 bis 6 AÜG. Mit dem jüngst in Kraft getretenen § 9a TzBfG, dessen Abs. 6 eine abweichende Vereinbarung des Rahmens für den Zeitraum der Arbeitszeitverringerung zuungunsten des Arbeitnehmers nur durch Tarifvertrag und nicht durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel erlaubt, setzt der Gesetzgeber diese neue Strategie fort.

Im Koalitionsvertrag haben die Regierungsparteien darüber hinaus vereinbart, im Arbeitszeitrecht „Experimentierräume“ für tarifgebundene Unternehmen zu schaffen, um eine Öffnung für mehr selbstbestimmte Arbeitszeit der Arbeitnehmer und mehr betriebliche Flexibilität in der zunehmenden digitalen Arbeitswelt zu erproben.<sup>127</sup> Voraussetzung hierfür soll der Abschluss einer Betriebsvereinbarung auf Grundlage eines vom – noch zu ändernden – ArbZG abweichenden Tarifvertrags sein.<sup>128</sup> Eine Einbeziehung von Außenseitern über individualvertragliche Bezugnahmeklauseln ist hierbei gerade nicht vorgesehen.

Während die steuerliche Privilegierung tarifgebundener Arbeitsverhältnisse im Wesentlichen eine Frage der negativen Koalitionsfreiheit einschließlich des staatlichen Neutralitätsgebots sowie des allgemeinen Gleichheitssatzes ist, erweitert sich der verfassungsrechtliche Fokus in den Fällen der eingeschränkten Tarifdispositivität um die Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG). In Außenseiter-Arbeitsverhältnissen gelten dann zwingend die gesetzlich vorgegebenen Arbeitsbedingungen, ohne dass die Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit haben, die Geltung der mit Richtigkeitsgewähr ausgestatteten und daher ggf. gegenüber dem Gesetz sachnäheren, angemesseneren und flexibleren tariflichen Arbeitsbedingungen zu vereinbaren.

Da der Staat auch mit dem Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme auf einen vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag eine Stärkung des Organisationsgrads in den Verbänden bezweckt, kann insoweit an die im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens entwickelten Ergebnisse angeknüpft werden. Je nach Ausgestaltung der konkreten gesetzlichen Regelung kann eine auf die normative Tarifgeltung begrenzte Tarifdispositivität die Grundrechte der Betroffenen sogar noch intensiver beeinträchtigen als bei einer Förderung des tarifgebundenen Entgelts durch Steuerprivilegien. Denn auch wenn das Steuerrecht wirtschaftlichen Druck auf die Vertragsparteien ausübt, lässt es doch die Arbeitsvertragsfreiheit als solche unberührt. Anders verhält es sich beim Ausschluss der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag. Hier wird die Tarifge-

---

<sup>125</sup> Vgl. BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 2017, S. 13, 192.

<sup>126</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018, S. 51.

<sup>127</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018, S. 52.

<sup>128</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018, S. 52.

bundenheit der Arbeitsvertragsparteien nicht nur finanziell gefördert, sondern für die Wirksamkeit der individualvertraglichen Verweisung auf den Tarifvertrag zwingend vorausgesetzt und die Arbeitsvertragsfreiheit insoweit eingeschränkt. Im Folgenden wird daher zunächst untersucht, ob der mit einer beschränkten Tarifdispositivität verbundene Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit gerechtfertigt ist, bevor dann im Anschluss mit der Koalitionsfreiheit und mit Art. 3 Abs. 1 GG an den 1. Teil dieses Rechtsgutachtens angeknüpft wird.

## 2.2.1 Vereinbarkeit mit der Arbeitsvertragsfreiheit

### 2.2.1.1 Normative Verankerung in Art. 12 Abs. 1 GG

Die Arbeitsvertragsfreiheit ist als Ausprägung der Privatautonomie auf dem Arbeitsmarkt nicht nur einfachgesetzlich durch den mit Wirkung zum 1. April 2017 neu in das BGB eingefügten § 611a BGB, sondern auch verfassungsrechtlich gewährleistet. Dabei ist zunächst zu klären, ob die Arbeitsvertragsfreiheit von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG oder von der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG umfasst ist. Die Abgrenzung kann aufgrund der unterschiedlichen Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG einerseits und Art. 12 Abs. 1 GG andererseits unter Umständen im Ergebnis relevant sein. Während für Einschränkungen der Berufsfreiheit der Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gilt und Beschränkungen sich an der vom BVerfG entwickelten Drei-Stufen-Theorie messen lassen müssen,<sup>129</sup> kann das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG nach der Schrankentrias „verfassungsmäßige Ordnung, Rechte anderer Personen und Sittengesetz“ ggf. unter großzügigeren Voraussetzungen eingeschränkt werden.

In seiner älteren Rechtsprechung hat das BVerfG die Arbeitsvertragsfreiheit zunächst als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG qualifiziert.<sup>130</sup> So maß der Zweite Senat des BVerfG in seinem Beschluss vom 23. April 1986 die Vereinbarkeit der Tarifgeltung aufgrund einer in einem Sozialplan enthaltenen Bezugnahmeklausel mit der Arbeitsvertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien an Art. 2 Abs. 1 GG, ohne die Berufsfreiheit auch nur zu erwähnen.<sup>131</sup>

In seiner jüngeren Rechtsprechung stellt das BVerfG dagegen zu Recht auf Art. 12 Abs. 1 GG ab, der als *lex specialis* einen Rückgriff auf die allgemeine Handlungsfreiheit ausschließt.<sup>132</sup> Sehr deutlich kommt dies im Beschluss des Ersten Senats vom 11. Juli 2006<sup>133</sup> zur Verfassungsmäßigkeit der Berliner Tariftreuregelung zum Ausdruck: Nachdem das Gericht die Vereinbarkeit von § 1 des Berliner Vergabegesetzes mit Art. 9 Abs. 3 GG bejaht

<sup>129</sup> Grundlegend BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, 377 (397 ff.).

<sup>130</sup> BVerfG v. 19.10.1983 – 2 BvR 298/81, E 65, 196 (210); v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, E 73, 261 (270); v. 19.5.1992 – 1 BvR 126/85, E 86, 122 (130).

<sup>131</sup> BVerfG v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, E 73, 261 (270).

<sup>132</sup> Vgl. BVerfG v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 u.a., E 77, 84; v. 15.12.1987 – 1 BvR 563/85, E 77, 308; v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202.

<sup>133</sup> BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202.

hat, prüft es die Verfassungsmäßigkeit unter dem Blickwinkel der Berufsfreiheit. Ausdrücklich heißt es dort: „Gegen eine [...] unverhältnismäßige Auferlegung der Ergebnisse fremder Koalitionsvereinbarungen ist der Unternehmer gegebenenfalls durch [...] Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.“<sup>134</sup>

In seinem Beschluss vom 1. Dezember 2010 zur Verfassungsmäßigkeit der vom BAG entwickelten Anforderungen an die OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden hat das BVerfG diese Rechtsprechung bestätigt und erneut ausschließlich auf die Berufsfreiheit des Beschwerdeführers abgestellt: „Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet den Arbeitgebern das Recht, die Arbeitsbedingungen mit ihren Arbeitnehmern im Rahmen der Gesetze frei auszuhandeln.“<sup>135</sup>

Auch in seinem jüngsten arbeitsrechtlichen Beschluss vom 14. November 2018 zur Verfassungsmäßigkeit tarifvertraglicher „Binnendifferenzierungsklauseln“ hat das BVerfG die Arbeitsvertragsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG verortet.<sup>136</sup> Die Verankerung der Arbeitsvertragsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG entspricht schließlich auch der Rechtsprechung des BAG<sup>137</sup> und der überwiegenden Auffassung in der Literatur.<sup>138</sup>

### 2.2.1.2 Eingriff in den Schutzbereich

Als Abwehrrecht schützt die Arbeitsvertragsfreiheit grundsätzlich gegen jede inhaltliche Fremdbestimmung des Arbeitsverhältnisses. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, frei zu entscheiden, ob und mit wem sie ein Arbeitsverhältnis begründen (Abschlussfreiheit) und wie das Arbeitsverhältnis inhaltlich ausgestaltet werden soll (Inhaltsfreiheit).<sup>139</sup> Dabei garantiert die Inhaltsfreiheit kein bestimmtes Verhandlungsergebnis<sup>140</sup>, sondern lediglich die Zurverfügungstellung und Aufrechterhaltung von rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer ein möglichst vorteilhaftes Ergebnis für beide Parteien erzielt werden kann.

Mit dem Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme auf den vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag wird die Berufsfreiheit in Form der Berufsausübungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien beeinträchtigt. Allerdings stellt noch nicht jede gesetzliche

<sup>134</sup> BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202 Rn. 68.

<sup>135</sup> BVerfG v. 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, AP GG Art. 9 Nr. 146.

<sup>136</sup> BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 6.

<sup>137</sup> Vgl. BAG v. 16.3.1994 – 5 AZR 339/92, AP BGB § 611 Ausbildungsbeihilfe Nr. 18.

<sup>138</sup> *Badura*, in: FS Herschel, 1982, S. 21 (33); *Dieterich*, RdA 1995, 129 (134); *Papier*, RdA 1989, 137 (138); *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 38; *Scholz*, ZfA 1981, 265 (275); *ders.*, Koalitionsfreiheit, 1971, S. 10, 118; *Söllner*, RdA 1989, 144 (146, 148); *Wendt*, DÖV 1984, 601 (610); *Schubert*, RdA 2001, 199 (206); *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 73.

<sup>139</sup> Vgl. nur BVerfG v. 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09, AP GG Art. 9 Nr. 146 Rn. 19; v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202 [C. II. 2. a) aa) der Gründe]; *Maunz/Dürig/Scholz*, Art. 12 GG Rn. 91 (84. EL August 2018); *Boemke*, NZA 1993, 532 (534 ff.).

<sup>140</sup> *Bietmann*, Differenzierungsklauseln im System des deutschen Tarifrechts, 2010, S. 136; *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, 2005, S. 207.

Regelung, die die Berufsausübungsfreiheit in einer wie auch immer gearteten Weise beeinflusst, einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG dar. Nach der Rechtsprechung des BVerfG entfaltet Art. 12 Abs. 1 GG seine Schutzwirkung grundsätzlich nur gegenüber solchen Normen oder Handlungen, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen.<sup>141</sup>

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit im klassischen Sinne liegt vor, wenn der Staat durch Hoheitsakt, d. h. Gesetz, Verwaltungsakt oder sonstiges hoheitliches Handeln, final und unmittelbar regelnd auf die erwerbswirtschaftliche Betätigung einwirkt.<sup>142</sup> Darüber hinaus gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich auch einen Schutz gegenüber faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit.<sup>143</sup> Insoweit besteht also eine Parallele zu der im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens entwickelten Differenzierung im Rahmen der negativen Koalitionsfreiheit.<sup>144</sup> Weil fast jede staatliche Maßnahme auf den Gebieten der Wirtschafts- und Sozialpolitik Auswirkungen auf die Berufsausübung zeitigt, droht bei lediglich faktischen oder mittelbaren Beeinträchtigungen eine Uferlosigkeit des Grundrechtsschutzes, was eine unangemessene Einschränkung des Handelns des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zur Folge hätte. Das BVerfG verlangt daher für solche nicht final auf die Berufsausübung abzielenden Hoheitsakte zu Recht, dass sie in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs stehen und objektiv eine sogenannte berufsregelnde Tendenz erkennen lassen.<sup>145</sup> Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG vor.

Bei der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts kann die Abgrenzung zwischen einem Eingriff bzw. einer eingriffsgleichen Beeinträchtigung und lediglich mittelbaren Beeinträchtigungen ohne berufsregelnde Tendenz jedoch regelmäßig dahingestellt bleiben. In der Rechtsprechung des BVerfG ist anerkannt, dass jedenfalls diejenigen arbeitsrechtlichen Normen, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses betreffen, einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG darstellen, ohne dass hierfür der positive Nachweis einer besonderen berufsregelnden Tendenz erforderlich ist.<sup>146</sup> Für die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird daher unwiderleglich vermutet, dass jede gesetzliche Regelung, die das Arbeitsverhältnis berührt, eine objektiv-berufsregelnde Tendenz aufweist.<sup>147</sup> Auf einen positiven Nachweis kann deshalb in den

---

<sup>141</sup> Vgl. nur BVerfG v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u.a., NVwZ 2005, 1171 (1172); v. 17.2.1998 – 1 BvF 1-91, E 97, 228 (254); v. 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97, E 98, 218 (258).

<sup>142</sup> BVerfG v. 30.10.1961 – 1 BvR 833/59, NJW 1961, 2299; v. 13.7.2004 – 1 BvR 1298/94 u.a., NJW 2005, 45 (46); v. 16.7.2012 – 1 BvR 2983/10, NVwZ 2012, 1535 (1536); NK-GA/H. Hanau, 2016, Art. 12 GG Rn. 41.

<sup>143</sup> Vgl. nur BVerfG v. 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, E 116, 202 Rn. 82; v. 24.5.2005 – 1 BvR 1072/01, NJW 2005, 2912 (2914).

<sup>144</sup> Vgl. 2.1.2.2.1 (S. 19 ff.).

<sup>145</sup> Vgl. nur BVerfG v. 6.7.2005 – 2 BvR 2335/95 u.a., NVwZ 2005, 1171 (1172); v. 5.11.2014 – 1 BvF 3/11, NVwZ 2015, 288 (294).

<sup>146</sup> BVerfG v. 18.11.2003 – 1 BvR 302/96, NJW 2004, 146 (147): „Der Nachweis einer besonderen berufsregelnden Tendenz ist nicht erforderlich“; ebenso NK-GA/H. Hanau, 2016, Art. 12 GG Rn. 43; ErfK/Schmidt, 19. Auflage 2019, Art. 12 GG Rn. 20.

<sup>147</sup> BVerfG v. 18.11.2003 – 1 BvR 302/96, NJW 2004, 146 (147).

hier relevanten Fällen einer auf die normative Tarifgeltung beschränkten Tarifdispositivität arbeitnehmerschützender Gesetze verzichtet werden.

### 2.2.1.3 Rechtfertigung des Eingriffs

Die Arbeitsvertragsfreiheit als Teil der Berufsausübungsfreiheit wird nicht schrankenlos gewährleistet, sondern kann nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ eingeschränkt werden. Ein Eingriff kann demnach gerechtfertigt werden, wenn das einschränkende Gesetz den Gesetzesvorbehalt wahrt und seinerseits verfassungsgemäß, insbesondere verhältnismäßig ist (Schranken-Schranke). Für die Prüfung der Eingriffsrechtfertigung im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG hat sich im Anschluss an das sogenannte Apotheken-Urteil des BVerfG<sup>148</sup> von 1958 ein dreistufiger Aufbau herausgebildet, der je nach Schwere des Eingriffs eine bestimmte Art der Rechtfertigung einfordert (sogenannte Drei-Stufen-Theorie).<sup>149</sup> Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit, die im vorliegenden Fall bei einer beschränkten Tarifdispositivität betroffen ist, können danach auf Grund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen gerechtfertigt sein.<sup>150</sup>

In seiner jüngeren Rechtsprechung ist das BVerfG von einer strengen Unterscheidung der drei Stufen wieder ein Stück abgerückt und prüft die Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit allgemein nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>151</sup> Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind die bisherigen Stufen allerdings weiterhin von Bedeutung.<sup>152</sup>

#### 2.2.1.3.1 Legitimer Zweck

Eine gesetzliche Anordnung der zwingenden Wirkung gegenüber individualvertraglichen Vereinbarungen, wie sie in § 1 Abs. 1b S. 3 bis 6 AÜG und § 9a TzBfG vorgesehen ist, wahrt den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Fraglich ist aber, ob die Gesetze ihrerseits verfassungsgemäß bzw. verhältnismäßig sind. Mit dem Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme auf einen gesetzesabweichenden Tarifvertrag lassen sich bei näherer Betrachtung zwei unterschiedliche Zwecke verfolgen:

Der Gesetzgeber kann zum einen beabsichtigen, die Außenseiter-Arbeitnehmer vor einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindestschutzniveaus zu bewahren. Dieser erste Zweck besteht also, schlagwortartig formuliert, im Arbeitnehmerschutz. Zum anderen kann der Gesetzgeber mit dem Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme das Ziel verfolgen, Druck auf den Außenseiter-Arbeitgeber dahingehend auszuüben, dass dieser dem

<sup>148</sup> BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, 377.

<sup>149</sup> Vgl. dazu nur BeckOK GG/Ruffert, Art. 12 GG Rn. 93 ff.

<sup>150</sup> Vgl. BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, E 7, 377 (405 f.); v. 23.3.1971 – 1 BvL 25/61 u.a., E 30, 336 (351); v. 4.10.1983 – 1 BvR 1633/82 u.a., E 65, 116 (125); v. 15.12.1987 – 1 BvR 563/85, E 77, 308 (332); v. 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90, E 85, 248 (259); v. 5.12.1995 – 1 BvR 2011/94, E 93, 362 (369).

<sup>151</sup> Vgl. BVerfG v. 8.6.2010 – 1 BvR 2011/07 u.a., NVwZ 2010, 1212 Rn. 92 ff.; v. 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11 u.a., NJW 2014, 613 Rn. 62 ff.; dazu auch ErfK/Schmidt, 19. Auflage 2019 Art. 12 GG Rn. 26 ff.; NK-GA/H. Hanau, 2016, Art. 12 GG Rn. 55; Hartmann, Negative Koalitionsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 77.

<sup>152</sup> Vgl. nur NK-GA/H. Hanau, 2016, Art. 12 GG Rn. 55; ErfK/Schmidt, 19. Auflage 2019 Art. 12 GG Rn. 28.

tarifschließenden Arbeitgeberverband beitrifft, um die Flexibilität des vom Gesetz abweichenden Tarifvertrags zu nutzen. Es geht also bei diesem zweiten Zweck um die Förderung der Organisationsquote von Arbeitgeberverbänden und damit letztlich um die Stärkung der Tarifautonomie.

Beide Regelungsziele sind im Grundsatz legitime Zwecke staatlicher Gesetzgebung. Fraglich ist allerdings, ob der Ausschluss der Bezugnahmemöglichkeit auf einen vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag zur Verwirklichung dieser Zwecke verhältnismäßig, d. h. geeignet, erforderlich und angemessen, ist. Dies wird im Folgenden für beide Zwecke getrennt erörtert.

#### 2.2.1.3.2 Zweck 1: Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsbedingungen

##### Geeignetheit

Das Gesetz ist geeignet, den intendierten Schutz der Arbeitnehmer herbeizuführen, wenn es dafür nicht von vornherein objektiv untauglich ist.<sup>153</sup> Aus Respekt vor seiner Einschätzungsprärogative ist dem Gesetzgeber hierbei ein umfassender Gestaltungsspielraum zuzugestehen. Zwar mag es auf den ersten Blick nicht in sich konsistent erscheinen, weshalb ausschließlich die Tarifvertragsparteien vom gesetzlichen Schutzstandard abweichen dürfen und den Arbeitsvertragsparteien nicht die Möglichkeit eröffnet wird, auf diesen Tarifvertrag Bezug zu nehmen. Doch ist eine solche Regelung zumindest nicht ungeeignet, die Arbeitnehmer vor einer kompensationslosen Übervorteilung durch den Arbeitgeber zu schützen. Der Regelung kann daher vor dem Hintergrund der weitreichenden legislativen Einschätzungsprärogative die grundsätzliche Tauglichkeit zur Erreichung des Zwecks nicht abgesprochen werden.

##### Erforderlichkeit und Angemessenheit

Auch im Rahmen der Erforderlichkeit wird dem Gesetzgeber ein weiter Einschätzungsspielraum zugebilligt.<sup>154</sup> Die Erforderlichkeit der gesetzlichen Regelung kann deshalb nur mit dem Nachweis einer ebenso effektiven, aber weniger belastenden Maßnahme verneint werden. Gerade an dieser Stelle bestehen allerdings erhebliche Bedenken an der Erforderlichkeit einer undifferenzierten Einschränkung der Tarifdispositivität für jegliche individualvertraglichen Abreden.

##### Tarifgebundene Arbeitgeber

Ein zum Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer ebenso effektives Mittel, das die Arbeitsvertragsfreiheit jedoch weit weniger stark einschränkt, bestünde darin, die Möglichkeit der Inbezugnahme des Tarifvertrags nur für Außenseiter-Arbeitgeber einzuschränken.<sup>155</sup> Beim Arbeitgeber, der ohnehin normativ an den vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag

---

<sup>153</sup> Vgl. nur BVerfG v. 22.5.1963 – 1 BvR 78/56, E 16, 147 (181).

<sup>154</sup> BVerfG v. 29.12.2004 – 1 BvR 2283/03 u.a., AP AEntG § 3 Nr. 2 [C. II. 3. b) bb) (2) (3) der Gründe]; *Ulber*, NZA 2016, 619 (621).

<sup>155</sup> Vgl. dazu schon *Bepler*, in: FS Kempen, 2013, S. 109 (122).

gebunden ist und bei dem es für die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis daher allein auf die kongruente Mitgliedschaft des Arbeitnehmers ankommt, besteht schlicht kein Bedürfnis für einen Schutz des Arbeitnehmers vor unangemessenen Arbeitsbedingungen. Der Arbeitnehmer hat es in diesen Fällen in der eigenen Hand, von dem ihm durch § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Abs. 1 TVG eingeräumten „Optionsrecht“ Gebrauch zu machen und durch Eintritt in die Gewerkschaft die Tarifgeltung zu begründen.<sup>156</sup> Mit Blick auf Möglichkeit der einseitigen Begründung der Tarifgeltung durch den Arbeitnehmer erscheint die Gefahr unangemessener Arbeitsbedingungen für Außenseiter-Arbeitnehmer in tarifgebundenen Unternehmen faktisch ausgeschlossen. Die Unzulässigkeit der individualvertraglichen Bezugnahme auf einen von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichenden Tarifvertrag ist daher beim tarifgebundenen Arbeitgeber zum Schutz des Außenseiter-Arbeitnehmers schon nicht erforderlich.

### Globalverweisung auf einen Tarifvertrag

Aber auch in Bezug auf nicht organisierte Arbeitgeber bestehen erhebliche Zweifel an der Erforderlichkeit eines umfassenden Ausschlusses von Individualvereinbarungen. Evident ist dies für Fälle, in denen der Arbeitgeber zwar nicht normativ tarifgebunden ist, aber seinen Arbeitnehmern ausnahmslos günstigere Arbeitsbedingungen gewährt, als sie im einschlägigen Verbandstarifvertrag vereinbart sind. In diesem Fall kommt eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit beider Arbeitsvertragsparteien mit dem Schutz des Arbeitnehmers offenkundig nicht in Betracht.

Gleiches muss aber auch für nicht organisierte Arbeitgeber gelten, deren Arbeitsverträge ausnahmslos einen räumlich und fachlich einschlägigen Verbandstarifvertrag in seiner Gesamtheit im Wege einer Globalverweisung dynamisch in Bezug nehmen. Mit tarifdispositivem Gesetzesrecht erlaubt der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien die punktuelle Unterschreitung desjenigen Mindeststandards, den er zum Schutz der Arbeitnehmer als erforderlich erachtet. Dahinter steht der Gedanke, dass die Koalitionen die Interessen ihrer Mitglieder selbst am besten kennen und daher effektiver und sachnäher als der Gesetzgeber wahrnehmen können,<sup>157</sup> dass die von den Tarifvertragsparteien erzielten Verhandlungsergebnisse die Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer sachgerecht zum Ausgleich bringen und dass dem Tarifvertrag aus diesem Grund eine „Richtigkeitsvermutung“ – oder präziser formuliert: eine Angemessenheitsvermutung – zukommt.<sup>158</sup> Zugleich verwirklicht sich hierdurch die von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Normsetzungs-

---

<sup>156</sup> Vgl. dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, § 3 Rn. 23 ff., 242; *HMB/Höpfner*, Der Tarifvertrag, 2. Auflage 2016, Teil 6 Rn. 9, 75.

<sup>157</sup> Vgl. *Bepler*, in: FS Kempen, 2013, S. 109 (115); *Franzen*, ZfA 2016, 25 (29 f.).

<sup>158</sup> Vgl. jüngst BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 8; BAG v. 20.2.2008 – 4 AZR 64/07, NZA 2008, 946 Rn. 40 ff.; monographisch *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, 2015.



prärogative der Koalitionen gegenüber dem Staat hinsichtlich der Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.<sup>159</sup>

Die „Richtigkeitsvermutung“ des Tarifvertrags beruht auf dem Umstand, dass bei Tarifverhandlungen im Wesentlichen gleich starke Akteure einander gegenüberstehen, die im Rahmen eines kontradiktorischen Prozesses jeweils die Interessen ihrer Mitglieder durchzusetzen versuchen, und dass das Verhandlungsergebnis daher die Interessen beider Seiten in optimaler Weise in einen Ausgleich bringt.<sup>160</sup> Rechtlich abgesichert wird die Verhandlungsparität auf kollektivrechtlicher Ebene durch die Voraussetzung der Tariffähigkeit, die auf Gewerkschaftsseite eine hinreichende soziale Mächtigkeit sowie eine organisatorische Leistungsfähigkeit notwendig voraussetzt.<sup>161</sup> Gegenüber dem Gesetzgeber, der alle denkbaren Fallgestaltungen im Blick haben muss, können die Tarifvertragsparteien die branchenmäßigen Besonderheiten innerhalb des Geltungsbereichs des Tarifvertrags berücksichtigen und Interessenkonflikte durch detaillierte Regelungen sachnäher lösen, als es durch ein abstrakt-allgemeines Gesetz möglich ist. Da sich die Richtigkeits- oder Angemessenheitsvermutung auf den gesamten Tarifvertrag als Regelungseinheit bezieht, darf der Gesetzgeber davon ausgehen, dass eine punktuelle Unterschreitung des tarifdispositiv ausgestalteten gesetzlichen Schutzniveaus durch Bevorzugung von Arbeitnehmerinteressen an anderer Stelle hinreichend kompensiert wird. Das gilt auch dann, wenn der Tarifvertrag, auf den die Globalverweisung Bezug nimmt, Teil eines aus mehreren Tarifverträgen bestehenden Tarifwerks ist. Durch die Aufteilung in mehrere Tarifverträge mit ggf. unterschiedlichen Beendigungsmodalitäten geben die Tarifvertragsparteien deutlich zu erkennen, dass die einzelnen Verträge nicht in einem untrennbaren Zusammenhang zueinander stehen.<sup>162</sup> Jedem einzelnen Tarifvertrag kommt daher für sich genommen eine Richtigkeitsvermutung zu.

Die dargelegten Gründe für eine tarifdispositive Ausgestaltung des Gesetzes gelten jedoch nicht nur in Bezug auf normativ tarifgebundene Arbeitsverhältnisse. Sie gelten in gleicher Weise für Arbeitsverhältnisse nicht tarifgebundener Arbeitsvertragsparteien, die aufgrund einer individualvertraglichen Bezugnahme Klausel den gesamten fachlich und räumlich einschlägigen Tarifvertrag inkorporieren. Die Richtigkeitsvermutung gilt auch im Fall einer arbeitsvertraglichen Globalverweisung auf einen Tarifvertrag in seiner Gesamtheit.<sup>163</sup> Das ist Ausfluss des verfassungsrechtlich gewährleisteten, in der Tarifautonomie der Koalitionen wurzelnden Verbots der Tarifzensur, das nicht nur eine gerichtliche Angemessenheits-

---

<sup>159</sup> Vgl. grundlegend BVerfG v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322 (342); im Sinne eines Übermaßverbots BVerfG v. 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, E 94, 268 (284).

<sup>160</sup> Vgl. nur BVerfG v. 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915 Rn. 146; v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 8; BAG v. 20.2.2008 – 4 AZR 64/07, NZA 2008, 946 Rn. 40 ff.; Däubler/Nebe, TVG, 4. Auflage 2016, § 1 Rn. 150 ff.; Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage 2017, Grundl. Rn. 231 ff.; Wiedemann, NZA 2018, 1587.

<sup>161</sup> Vgl. dazu jüngst BAG v. 26.6.2018 – 1 ABR 37/16, NZA 2019, 188; vgl. auch BAG v. 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112; v. 5.10.2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300.

<sup>162</sup> Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage 2017, § 3 Rn. 563; Wiedemann/Oetker, TVG, 8. Auflage 2019, § 3 Rn. 404.

<sup>163</sup> ErfK/Preis, 19. Auflage 2019, § 310 BGB Rn. 13; das gilt auch, wenn dieser Tarifvertrag Teil eines Tarifwerks ist, vgl. nur Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage 2017, § 3 Rn. 563; Wiedemann/Oetker, TVG, 8. Auflage 2019, § 3 Rn. 404.

kontrolle des Tarifvertrags selbst, sondern – durch § 310 Abs. 4 S. 3 BGB einfachgesetzlich bestätigt – auch eine mittelbare Bewertung der Angemessenheit von Tarifnormen über eine Inhaltskontrolle der arbeitsvertraglichen Globalverweisung verbietet.<sup>164</sup>

Wenn der Gesetzgeber also den Tarifvertragsparteien mit Rücksicht auf die Tarifautonomie und die Richtigkeitsvermutung des Tarifvertrags erlaubt, von einer an sich zwingenden arbeitsgesetzlichen Regelung zum Schutz des Arbeitnehmers zu dessen Ungunsten abzuweichen, dann kann er die Unzulässigkeit arbeitsvertraglicher Verweisungen auf den gesamten vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag schlechterdings nicht mit dem Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsbedingungen begründen, da das tarifvertragliche Schutzniveau dem gesetzlichen Arbeitnehmerschutz mit Blick auf die Angemessenheitsvermutung des Tarifvertrags mindestens gleichwertig ist. Der Gesetzgeber verhielte sich inkohärent, wenn er nun eine ausnahmslose Geltung des Gesetzes gegenüber schuldrechtlich tarifynwendenden Arbeitsvertragsparteien anordnen würde.<sup>165</sup>

### Punktuelle Verweisung auf Tarifvertrag

Ein Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag ist daher allenfalls für punktuelle Verweisungen gerade auf diejenige Tarifregelung, die von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweicht, denkbar. In der Tat erscheint es nicht unproblematisch, dem nicht tarifgebundenen Arbeitgeber, der den Tarifvertrag auch nicht über eine individualvertragliche Bezugnahme anwendet, zu gestatten, punktuell auf einen Tarifvertrag zu verweisen, um von zwingenden gesetzlichen Arbeitsbedingungen zuungunsten des Arbeitnehmers abzuweichen.<sup>166</sup> Eine solche „Rosinenpickerei“ ist bereits nach geltendem Recht in einigen Fällen unzulässig, wobei eine einheitliche Linie für alle Fälle des tarifdispositiven Rechts nicht auszumachen ist. So verlangt etwa die ganz überwiegende Auffassung zu § 622 Abs. 4 S. 2 BGB, dass die arbeitsvertragliche Bezugnahme den gesamten von § 622 Abs. 1 bis 3 BGB abweichenden Tarifvertrag oder doch zumindest die gesamten Kündigungsregelungen dieses Tarifvertrags erfasst.<sup>167</sup> Eine punktuelle Bezugnahme auf die vom Gesetz abweichende tarifliche Regelung erlaubt das BAG dagegen im Rahmen von § 14 Abs. 2 S. 4 TzBfG.<sup>168</sup>

Für die Unzulässigkeit einer solchen punktuellen Verweisung auf die vom Gesetz abweichende Tarifregelung lässt sich auf der einen Seite anführen, dass dem Tarifvertrag nur in seiner Gesamtheit die Vermutung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zukommt.<sup>169</sup> Die oben dargestellten Gründe für eine tarifdispositive Ausgestaltung des Gesetzes gelten nicht für den Fall, dass die Arbeitsvertrags-

<sup>164</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6857, S. 54; ErfK/Preis, 19. Auflage 2019, § 310 BGB Rn. 13; ders., in: FS Wiedemann, 2002, S. 425 (441).

<sup>165</sup> Vgl. zum Kohärenzgrundsatz und den daraus folgenden Anforderungen an den Gesetzgeber EuGH v. 5.7.2017 – C-190/16, NZA 2017, 897 – Fries; v. 21.07.2011 – C-159/10, C-160/1, BeckRS 2011, 81148 – Fuchs und Köhler.

<sup>166</sup> Vgl. Bepler, in: FS Kempen, 2013, S. 109 (115 f.); Ulber, SR 2018, 85 (95).

<sup>167</sup> Vgl. ErfK/Müller-Glöge, 19. Auflage 2019, § 622 BGB Rn. 35; APS/Linck, 5. Auflage 2017, § 622 BGB Rn. 98; MünchKomm-BGB/Hesse, 7. Auflage 2016, § 622 Rn. 67; Wank, NZA 1993, 961 (965); Richardi, ZfA 1971, 73 (87).

<sup>168</sup> BAG v. 21.3.2018 – 7 AZR 428/16, NZA 2018, 999 Rn. 26 m.w.N.; noch offen gelassen von BAG v. 15.8.2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, 45 Rn. 38.

<sup>169</sup> Vgl. nur Richardi, ZfA 1971, 73 (87).

parteien lediglich punktuell eine tarifvertragliche Regelung herausgreifen, die zuungunsten des Arbeitnehmers vom gesetzlichen Mindestschutzniveau abweicht.

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber, der eine gesetzliche Regelung tarifdispositiv ausgestaltet, schon dem Grunde nach nicht davon ausgehen kann, dass exakt diese Regelung zum Schutz des Arbeitnehmers unverzichtbar ist, da anderenfalls auch eine Abweichung durch Tarifvertrag ausgeschlossen sein muss. Die Regelung ist also nicht „inkommensurabel“, sondern bei einer Kompensation zugunsten des Arbeitnehmers an anderer Stelle durchaus abdingbar.

Entscheidend kommt hinzu, dass bei einer nur punktuellen Verweisung auf den Tarifvertrag das AGB-rechtliche Tarifprivileg des § 310 Abs. 4 S. 3 BGB entfällt.<sup>170</sup> Dies gilt auch dann, wenn eine gesetzliche Regelung die partielle Verweisung auf eine von tarifdispositivem Gesetz abweichende Tarifregelung erlaubt.<sup>171</sup> Die Folge ist eine Inhaltskontrolle der partiell in Bezug genommenen tariflichen Regelung(en). In diesem Fall schützt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung) die Arbeitnehmer vor einer einseitigen Übervorteilung durch den Arbeitgeber. Gemäß § 306 Abs. 2 BGB werden die unwirksamen Regelungen durch die gesetzlichen Vorschriften ersetzt. Damit ist die Gefahr, dass durch eine individualvertragliche Bezugnahme des abweichenden Tarifvertrags eine einseitige und kompensationslose Verschlechterung zulasten der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer eintritt, zumindest erheblich eingeschränkt.

Ob der mit der Inhaltskontrolle der punktuell in Bezug genommenen Tarifregelung verbundene Schutz des Arbeitnehmers ebenso effektiv ist wie ein Ausschluss der Möglichkeit einer punktuellen Bezugnahme in der jeweiligen tarifdispositiven gesetzlichen Regelung, lässt sich nicht pauschal, sondern nur bezogen auf die jeweilige konkrete Regelung und unter Berücksichtigung des weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers beantworten. An dieser Stelle genügt die Feststellung, dass einer Einschränkung punktueller Verweisungen auf die vom Gesetz abweichende tarifvertragliche Regelung jedenfalls nicht von vornherein für sämtliche Fälle tarifdispositiven Rechts die Erforderlichkeit abgesprochen werden kann.

### Zwischenergebnis

Es kann daher als Zwischenergebnis festgehalten werden: Nicht erforderlich zum Schutz der Arbeitnehmer und unangemessen sind der Ausschluss von Globalverweisungen auf einen von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichenden Tarifvertrag sowie die Unzulässigkeit von Bezugnahme Klauseln in Arbeitsverhältnissen mit normativ tarifgebundenen Arbeitgebern.

---

<sup>170</sup> Vgl. Löwisch/Rieble, TVG, 4. Auflage 2017, § 3 Rn. 561 ff.; ErfK/Preis, 19. Auflage 2019, § 310 BGB Rn. 16 ff.; zu § 310 Abs. 4 S. 1 BGB auch BAG v. 6.5.2009 – 10 AZR 390/08, NZA-RR 2009, 593 Rn. 29.

<sup>171</sup> ErfK/Preis, 19. Auflage 2019, § 310 BGB Rn. 18.

Eine Regelung, die den Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme auf einen gesetzesabweichenden Tarifvertrag mit dem Schutz der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer vor einer einseitigen, kompensationslosen Vertragsgestaltung durch den Arbeitgeber begründet, ist unverhältnismäßig und verstößt damit gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

#### 2.2.1.3.3 Zweck 2: Stärkung der Tarifautonomie durch Ausübung von Beitrittsdruck auf Außenseiter-Arbeitgeber

##### Legitimes und geeignetes Mittel

Begründet man den Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit mit der Stärkung der Tarifautonomie durch Ausübung von Beitrittsdruck auf den Außenseiter-Arbeitgeber, kann für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Ausgangspunkt auf die Ausführungen im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens verwiesen werden. Allerdings greift der Staat durch einen Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme – im Gegensatz zu einer finanziellen Förderung der Organisationsrate von Arbeitgebern durch eine steuerliche Privilegierung – nicht in die Unabhängigkeit der Koalitionen ein und verstößt damit nicht gegen das aus Art. 9 Abs. 3 GG folgende Beihilfeverbot. Das Mittel ist also nicht von vornherein unzulässig. Auch erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass Außenseiter-Arbeitgeber gerade deshalb dem tarifschließenden Arbeitgeberverband beitreten werden, weil sie vom tarifdispositiven Gesetzesrecht abweichen und die flexibleren und sachnäheren Regelungen des Tarifvertrags anwenden wollen.

##### Erforderlichkeit

Erneut ist allerdings zweifelhaft, ob der Ausschluss der individualvertraglichen Bezugnahme auf einen vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag erforderlich ist, um das damit verfolgte Ziel – hier: die Stärkung der Tarifautonomie – zu erreichen. Ausgangspunkt ist wiederum die Einschätzung des Gesetzgebers, dass die Tarifautonomie durch eine Verbreiterung des Organisationsgrads gestärkt werden kann und dass der Ausschluss der Möglichkeit einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme des Tarifvertrags den Arbeitgeber zum Eintritt in den Verband bewegt. Ein Anreiz für den Arbeitnehmer zum Gewerkschaftsbeitritt ist damit hingegen nicht verbunden.

Legt man diese Zielsetzung des Gesetzgebers zugrunde, so ist offensichtlich, dass die ausnahmslose Unwirksamkeit arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln über das erforderliche Maß hinauszielt. Ein vollständiger Ausschluss von Bezugnahmeklauseln erfasst auch den Arbeitgeber, der bereits Verbandmitglied ist und dennoch in seinen Arbeitsverträgen durchweg auf den Tarifvertrag verweist, weil er einheitliche Arbeitsbedingungen in seinem Unternehmen anstrebt und nicht weiß, welcher Arbeitnehmer Mitglied in der Gewerkschaft ist. Da dieser Arbeitgeber schon Verbandsmitglied ist und auf diese Weise an der Tarifautonomie teilnimmt, kann ein Eingriff in seine Arbeitsvertragsfreiheit nicht mit der Stärkung der Tarifautonomie begründet werden. Damit bestätigt sich das schon beim Ziel

des Arbeitnehmerschutzes herausgearbeitete Ergebnis:<sup>172</sup> Für den mit dem Modell der begrenzten Tarifdispositivität verbundenen Eingriff in die Vertragsfreiheit des tarifgebundenen Arbeitgebers gibt es keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung.

### Angemessenheit

Schließlich bestehen erhebliche Zweifel an der Angemessenheit eines umfassenden Ausschlusses von Bezugnahmeklauseln im Bereich des tarifdispositiven Rechts. Auf der einen Seite ist der damit verbundene Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit von ganz erheblichem Gewicht, weil eine individualvertragliche Vereinbarung insoweit vollständig ausgeschlossen ist und der dadurch ausgeübte Beitrittsdruck die Entscheidungsfreiheit über die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband beeinträchtigt.<sup>173</sup> Die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG ist also im Wege einer sogenannten Schutzbereichsverstärkung<sup>174</sup> bei der Angemessenheitsprüfung zugunsten des Außenseiter-Arbeitgebers mit zu berücksichtigen.

Auf der anderen Seite ist das Ziel der Stärkung der Tarifautonomie zwar ebenfalls ein besonders wichtiges. Allerdings ist die Tarifautonomie kein Selbstzweck, sondern verfassungsrechtlich als Instrument zur Herstellung von Verhandlungsparität auf dem Arbeitsmarkt und damit letztlich zum Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsbedingungen gewährleistet.<sup>175</sup> Die Tarifautonomie wird nicht gestärkt, wenn Druck auf den bisher mittels Bezugnahmeklauseln „tarifanwendenden“ Außenseiter-Arbeitgeber ausübt wird, damit er dem Verband beitrifft. In diesem Fall ändert sich lediglich die vertragliche und legitimatorische Grundlage der Tarifgeltung: Der „tarifanwendende“ Arbeitgeber wird zu einem „tarifgebundenen“ Arbeitgeber. Die Ordnungs- und Verteilungswirkung des Tarifvertrags, die der Gesetzgeber durch § 4a Abs. 1 TVG anerkannt hat, wird hierdurch nicht gestärkt. Ziel einer Stärkung der Tarifautonomie kann demgegenüber nur sein, die Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass die bisher nicht tarifanwendenden Arbeitgeber einen Anreiz haben, freiwillig am Tarifvertragssystem teilzunehmen, indem sie dem Verband beitreten oder Firmentarifverträge abschließen.

Auch insoweit gilt also, was oben zum Zweck des Arbeitnehmerschutzes herausgearbeitet wurde: Schafft der Gesetzgeber tarifdispositives Recht, so muss er eine Abweichung nicht nur im Fall normativer Tarifgeltung, sondern zumindest auch bei einer individualvertraglichen Bezugnahme des gesamten Tarifvertrags zulassen. Die Unzulässigkeit der Globalverweisung verstößt gegen die Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Lediglich die punktuelle Inbezugnahme gerade der vom Gesetz abweichenden Tarifregelungen kann verfassungsrechtlich im Einzelfall ggf. gerechtfertigt werden.

---

<sup>172</sup> Vgl. oben 2.2.1.3.2 Erforderlichkeit und Angemessenheit (S. 34).

<sup>173</sup> Vgl. dazu unten 2.2.2.1.2 (S. 43 f.).

<sup>174</sup> Vgl. dazu BVerfG v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99, NJW 2002, 663; v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021; angedeutet auch in BVerfG v. 28.3.2000 – 1 BvR 1460/99, NJW 2000, 2658; siehe zu dieser Figur allgemein *Spranger*, NJW 2002, 2074.

<sup>175</sup> Vgl. nur *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000, S. 51; *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 46 ff. m.w.N.

Hilfsweise sei schließlich auf zwei praktische Folgeprobleme hingewiesen, welche die Unangemessenheit des Eingriffs in die Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers weiter verstärken: Bei einem Ausschluss der Bezugnahmemöglichkeit hätte es der Arbeitgeber nicht in der Hand, durch Verbandsbeitritt an der von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichenden Tarifregelung zu partizipieren. Wenn eine Abweichung nur bei normativer Tarifgeltung zulässig ist, muss darüber hinaus auch der Arbeitnehmer tarifgebunden sein. Der Arbeitgeber wird aber regelmäßig nicht wissen, ob der Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied ist,<sup>176</sup> und er darf darauf selbstverständlich auch keinen Einfluss nehmen. Bei einem generellen Ausschluss von Bezugnahmeklauseln im Bereich von tarifdispositivem Gesetzesrecht wäre es für den Arbeitgeber daher selbst nach einem Eintritt in den Arbeitgeberverband unmöglich, einheitliche Arbeitsbedingungen in seinem Unternehmen auf Grundlage des einschlägigen Tarifvertrags zu schaffen. Selbst wenn der Arbeitgeber also all das, was das Gesetz von ihm fordert, unternimmt, hängt die Möglichkeit der Abweichung von tarifdispositiven Regelungen von Umständen ab, die er nicht beeinflussen kann. Er ist stets auf die Bereitschaft des Arbeitnehmers zum Eintritt in die Gewerkschaft angewiesen.

#### 2.2.1.4 Ergebnis

Die Unzulässigkeit arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln auf einen Tarifvertrag, der von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweicht, stellt einen Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer dar. Dieser Eingriff kann weder mit dem Schutz des Arbeitnehmers vor unangemessenen Arbeitsbedingungen noch mit Ziel der Stärkung der Tarifautonomie gerechtfertigt werden.

#### 2.2.2 Vereinbarkeit mit der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter-Arbeitgeber gemäß Art. 9 Abs. 3 GG

Wie oben dargelegt, versteht der Gesetzgeber die Begrenzung der Tarifdispositivität auf die Fälle der normativen Tarifgeltung als ein Instrument zur Stärkung der Tarifbindung. Er scheint also nicht nur davon auszugehen, sondern auch gerade zu bezwecken, dass Arbeitgeber, denen die Möglichkeit einer Bezugnahme auf den Tarifvertrag insoweit nicht mehr offensteht, sich vermehrt für einen Eintritt in den Arbeitgeberverband entschließen. Damit stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit dieses Regelungsmodells mit der negativen Koalitionsfreiheit des Außenseiters-Arbeitgebers gemäß Art. 9 Abs. 3 GG.

---

<sup>176</sup> Gegen eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Offenbarung der Gewerkschaftsmitgliedschaft gegenüber dem Arbeitgeber BAG v. 5.9.1990 – 4 AZR 59/90, NZA 1991, 202 (204); kritisch dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage 2017, § 3 Rn. 341.

### 2.2.2.1 Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit

#### 2.2.2.1.1 Finaler Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Außenseiter-Arbeitgebers

Legt man die im 1. Teil dieses Rechtsgutachtens entwickelte Differenzierung zwischen finalen Eingriffen und lediglich mittelbar bewirkten Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit über den Koalitionsbeitritt zugrunde, ist zunächst zu klären, ob eine Beschränkung der Tarifdispositivität auf die Fälle normativer Tarifgeltung einen finalen Eingriffscharakter aufweist. Ob der Gesetzgeber mit diesem Konzept der beschränkten Tarifdispositivität gezielt Beitrittsdruck erzeugen will oder ob er damit vorrangig andere Ziele wie etwa den Schutz von Arbeitnehmern in nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen bezweckt, lässt sich nicht einheitlich für sämtliche Fälle tarifdispositiven Gesetzesrechts, sondern immer nur hinsichtlich der jeweiligen gesetzlichen Regelung feststellen.

Eindeutig zu beantworten ist die Frage für die Begrenzung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers. Der Gesetzgeber hat diese Regelung nicht etwa mit dem Schutz der Leiharbeiter oder der Stammbesellschaft im Entleiherbetrieb begründet. Die Vorschrift hat ausweislich der Regierungsbegründung allein das Ziel, einen „Anreiz zur Tarifbindung“ zu setzen.<sup>177</sup> Es geht 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.

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für diesen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann der Schutz der Leiharbeiter nicht als Rechtfertigungsgrund angeführt werden. Eine Begrenzung des Einsatzzeitraums auf 24 Monaten ist aus Sicht des Leiharbeitnehmers geradezu kontraproduktiv. Im Zusammenspiel mit dem zeitlich gestuften Gleichstellungsgrundsatz des § 8 AÜG, der den Tarifvertragsparteien ermöglicht, durch einen Branchenzuschlagstarifvertrag gemäß § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG für einen Zeitraum von bis zu 15 Monaten vom Equal-Pay-Grundsatz abzuweichen, wirkt sich jede zeitliche Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer nach Erreichen der 15-Monats-Grenze für den Leiharbeiter besonders nachteilig aus, weil die für den Gleichstellungsgrundsatz nach § 8 Abs. 3 AÜG maßgebende Frist mit jedem neuen Einsatz wieder „bei null“ beginnt. Insofern bewirkt die starre zeitliche 24-Monats-Grenze des § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG nicht den Schutz, sondern eine klare Benachteiligung von Leiharbeitnehmern. Die Regelung ist daher evident verfassungswidrig.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> BT-Drs. 18/9232, S. 21.

<sup>178</sup> Vgl. bereits HWK/Höpfner, 8. Auflage 2018, § 1 AÜG Rn. 74; Henssler, RdA 2016, 18 (23); Bissels/Falter, ArbR 2017, 4 (8); Hamann, AuR 2016, 136 (138); a.A. Deinert, RdA 2017, 65 (76 f.).

Nicht ganz so offenkundig ist die Zielrichtung der neu eingeführten beschränkten Tarifdispositivität des § 9a TzBfG. Die Gesetzesmaterialien schweigen sich zu der Frage aus, weshalb § 9a Abs. 6 TzBfG eine Abweichung vom Zeitraum der Arbeitszeitverringerung nach § 9a Abs. 1 S. 2 TzBfG nur durch Tarifvertrag und nicht durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf diesen Tarifvertrag zulässt.<sup>179</sup> Aufschluss über die Intention des Gesetzgebers gibt allerdings das Weißbuch Arbeiten 4.0 des BMAS. Darin heißt es, dass der Prozess der Erosion der Tarifbindung nicht nur aufgehalten werden soll, sondern dass der Staat im Gegenteil aktiv zu einer Umkehrung dieses Negativtrends beitragen soll.<sup>180</sup> Insbesondere sollen neue arbeitsrechtliche Gesetze als „wichtige Voraussetzung für neue Flexibilitätskompromisse“ etwa im Bereich der Arbeitszeit so gestaltet werden, dass „wir Tarifpartnerschaft und Tarifbindung [...] unterstützen können“.<sup>181</sup> Da der Koalitionsvertrag der Regierungsparteien für die 19. Legislaturperiode dieses Konzept ausdrücklich aufgreift,<sup>182</sup> kann ohne Weiteres unterstellt werden, dass auch das Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts und zur Einführung einer Brückenteilzeit<sup>183</sup> dieser Agenda folgt und mit der Beschränkung der Tarifdispositivität auf die Fälle normativer Tarifgeltung gezielt Druck auf die Außenseiter-Arbeitgeber zum Beitritt in den tarifzuständigen Arbeitgeberverband ausgeübt werden soll.<sup>184</sup> Legt man dies zugrunde, so handelt es sich auch bei § 9a Abs. 6 TzBfG um einen finalen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.

#### 2.2.2.1.2 Eingriff auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung

Sofern man der im 1. Teil des Rechtsgutachtens entwickelten Differenzierung zwischen finalen Eingriffen und bloß mittelbar bewirkten Beeinträchtigungen der negativen Koalitionsfreiheit nicht folgt, müsste auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 9 Abs. 3 GG geprüft werden, ob die beschränkte Tarifdispositivität einen erheblichen Beitrittsdruck auf den Außenseiter-Arbeitgeber ausübt oder von ihr lediglich ein bloßer Anreiz zum Beitritt ausgeht, der das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nicht unmittelbar rechtlich beeinträchtigt.<sup>185</sup>

Auch in diesem Zusammenhang verbieten sich pauschale Aussagen. Vielmehr ist jeder Fall der begrenzten Tarifdispositivität darauf zu untersuchen, ob von ihm ein erheblicher Beitrittsdruck ausgeht oder nicht. Im Fall des § 9a Abs. 6 TzBfG wird man bezweifeln müssen, dass die Regelung einen so erheblichen Druck auf den Außenseiter-Arbeitgeber ausübt, dass dieser gerade wegen des vom Gesetz abweichenden zeitlichen Rahmens für die vorübergehende Arbeitszeitverringerung in den Arbeitgeberverband eintreten wird. Das Recht auf zeitlich begrenzte Verringerung der Arbeitszeit mag zwar gerade in Zeiten des

---

<sup>179</sup> Vgl. BT-Drs. 19/3452, S. 19.

<sup>180</sup> Vgl. BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 2017, S. 13, 192.

<sup>181</sup> BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 2017, S. 192.

<sup>182</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.3.2018, S. 51.

<sup>183</sup> Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts – Einführung einer Brückenteilzeit vom 11.12.2018, BGBl. I S. 2384.

<sup>184</sup> Vgl. zur Zurechnung von Erklärungen der Regierung an das Organ „Gesetzgebung“ BVerfG v. 6.6.2018 - 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14, NZA 2018, 774 Rn. 74; *Wischmeyer*, JZ 2015, 957 (965); *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 152 f., 211 f.; *Höpfner*, RdA 2018, 321 (327).

<sup>185</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 27 und Fn. 28.



Fachkräftemangels den Arbeitgeber in seiner unternehmerischen Entscheidungsfreiheit empfindlich berühren. Nach den strengen Maßstäben in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG wird man aber jedenfalls im Regelfall wohl nicht davon ausgehen können, dass der Arbeitgeber bei wirtschaftlicher Betrachtung keine andere Wahl hat, als dem Arbeitgeberverband aus diesem Grund beizutreten. Lehnt man das hier entwickelte Finalitätsmodell ab, wird man einen Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit daher wohl nicht annehmen können.

Anders würde sich die Situation darstellen, wenn der Gesetzgeber die „klassischen“ Fälle des tarifdispositiven Gesetzesrechts dahingehend abändern würde, dass eine individualvertragliche Bezugnahme auf den vom Gesetz abweichenden Tarifvertrag ausscheidet. Wenn der Gesetzgeber etwa § 8 Abs. 4 S. 3 AÜG streichen und eine Abweichung vom gesetzlichen Equal-Pay-Grundsatz des § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG nurmehr dem normativ tarifgebundenen Verleiher ermöglichen würde, wären die nicht tarifgebundenen Verleiher gegenüber der organisierten Konkurrenz nicht mehr wettbewerbsfähig. Der Eintritt in die tarifschließende Arbeitgebervereinigung wäre aus wirtschaftlicher Sicht alternativlos, sodass auch nach den strengen Maßstäben des BVerfG ohne jeden Zweifel die Erheblichkeitsschwelle überschritten wäre.

Einen Grenzfall stellt hingegen die Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG dar. Hier kommt es sehr stark auf die individuelle Situation des Entleihers an. Gering qualifizierte Leiharbeiter können regelmäßig ohne großen Aufwand ausgetauscht werden. In diesem Fall geht von der Begrenzung der Überlassungsdauer auf 24 Monate nach § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG typischerweise kein Beitrittsdruck auf den nicht tarifgebundenen Entleiher aus. Geht es hingegen um den Einsatz hochqualifizierter Fachkräfte, die dem Entleiher angesichts des Fachkräftemangels ausschließlich auf dem Wege der Arbeitnehmerüberlassung zur Verfügung stehen und die beim Entleiher in längerfristigen Projekten eingesetzt werden, kann die auf 24 Monate begrenzte Überlassungsdauer unter Umständen derart einschneidende wirtschaftliche Auswirkungen zeitigen, dass der Entleiher gerade aus diesem Grunde dem tarifschließenden Arbeitgeberverband der Entleiherbranche beitreten wird. In diesem Fall ist von einem erheblichen Beitrittsdruck auszugehen.<sup>186</sup>

#### 2.2.2.2 Rechtfertigung des Eingriffs

Dieser Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit kann nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden. Als legitimes Ziel kommt hier wiederum der Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer vor einer kompensationslosen Bezugnahme auf den verschlechternden Tarifvertrag in Betracht. Darüber hinaus kann erneut auf die Stärkung der Tarifautonomie durch einen gesteigerten Organisationsgrad in den Verbänden verwiesen werden. Damit lassen sich zur Rechtfertigung des Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit

---

<sup>186</sup> So auch *Franzen*, ZfA 2016, 25 (40).

dieselben Verfassungsgüter ins Feld führen wie im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit.

Aus denselben Gründen, die oben dargelegt wurden,<sup>187</sup> ist weder der Arbeitnehmerschutz noch die Stärkung der Tarifautonomie geeignet, den Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers zu rechtfertigen. Keines dieser Ziele rechtfertigt einen Ausschluss von Bezugnahme Klauseln bei tarifgebundenen Arbeitgebern sowie von Globalverweisungen auf einen von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichenden Tarifvertrag und des damit auf den Außenseiter-Arbeitgeber ausgeübten Beitrittsdrucks. Die Ausführungen im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG gelten unverändert auch im vorliegenden Kontext. Da die Schwelle zum Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit bereits so hoch angesetzt ist, dass nur besonders schwerwiegende, einschneidende Regelungen als Eingriff qualifiziert werden können, scheidet eine Rechtfertigung durch die beiden Verfassungsgüter Arbeitnehmerschutz und Stärkung der Tarifautonomie hier erst recht aus.

#### 2.2.2.3 Ergebnis

Es ist daher festzuhalten, dass der Ausschluss der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag, der von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweicht, mit dem Ziel, den Außenseiter-Arbeitgeber zum Verbandsbeitritt zu bewegen, in dessen negative Koalitionsfreiheit eingreift. Weder der Arbeitnehmerschutz noch die Stärkung der Tarifautonomie sind geeignet, um diesen Eingriff zu rechtfertigen.

### 2.2.3 Vereinbarkeit mit der positiven Koalitionsfreiheit der organisierten Arbeitnehmer gemäß Art. 9 Abs. 3 GG

Ein weiterer Eingriff in Art. 9 Abs. 3 GG kommt in Gestalt der positiven Koalitionsfreiheit der tarifgebundenen Arbeitnehmer in Betracht, weil für diese eine Abweichung vom gesetzlichen Mindestschutz durch Tarifvertrag möglich ist, während für die nicht organisierten Arbeitnehmer zwingend das insoweit höhere gesetzliche Schutzniveau gilt.

Der Gesetzgeber stattet arbeitnehmerschützende Gesetze typischerweise mit sogenannter halbzwingender Wirkung aus: Eine Abweichung ist nur zugunsten des Arbeitnehmers „nach oben“, nicht aber zu dessen Ungunsten „nach unten“ zulässig. Tarifdispositives Gesetzesrecht ermöglicht darüber hinaus mit Rücksicht auf die Tarifautonomie und die „Richtigkeitsvermutung“ des Tarifvertrags<sup>188</sup> eine punktuelle Abweichung von bestimmten gesetzlich vorgegebenen Arbeitsbedingungen zuungunsten des Arbeitnehmers durch Tarifvertrag. Schließt der Gesetzgeber die Möglichkeit einer individualvertraglichen Bezugnahme auf einen von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichenden Tarifvertrag aus, bedeutet dies, dass eine punktuelle Abweichung vom gesetzlichen Mindestschutzniveau nur mit Wirkung für die Gewerkschaftsmitglieder möglich ist, während für die Außen-

---

<sup>187</sup> Vgl. oben 2.2.1.3 (S. 33 ff.).

<sup>188</sup> BVerfG v. 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16, NZA 2019, 112 Rn. 8.

seiter-Arbeitnehmer zwingend die günstigere gesetzliche Regelung gilt. Im Ergebnis würde eine derartige gesetzgeberische Gestaltung jedenfalls in tarifgebundenen Betrieben einen – ggf. sogar ganz erheblichen – Druck auf die nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG tarifgebundenen Arbeitnehmer ausüben, die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft zu beenden, um in den Genuss der günstigeren gesetzlichen Arbeitsbedingungen zu kommen.

Nach einer weit verbreiteten Auffassung im Schrifttum verstößt eine auf die normative Tarifgeltung beschränkte Tarifdispositivität arbeitnehmerschützender Gesetze, die eine Einbeziehung von Außenseiter-Arbeitsverhältnissen durch Bezugnahme Klausel ausschließt, daher auch gegen die positive Koalitionsfreiheit der organisierten Arbeitnehmer, weil der Staat für Außenseiter kein höheres Arbeitnehmerschutzniveau vorsehen darf als für die Gewerkschaftsmitglieder.<sup>189</sup> Auf die Erheblichkeit des Austrittsdrucks in Bezug auf die konkrete tarifdispositive Regelung kommt es dabei grundsätzlich nicht an, da die Rechtsprechung für Eingriffe in die positive Koalitionsfreiheit – im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung zur negativen Koalitionsfreiheit<sup>190</sup> – eine Erheblichkeit der Entscheidungsfreiheit für oder gegen die Mitgliedschaft in der Koalition nicht voraussetzt.

#### 2.2.4 Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Schließlich ist der Ausschluss der individualvertraglichen Inbezugnahme eines von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichenden Tarifvertrags auf seine Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu untersuchen.

##### 2.2.4.1 Ungleichbehandlungen von wesentlich Gleichem

Dabei können gleich zwei Ungleichbehandlungen festgestellt werden: Zum einen werden organisierte Arbeitnehmer, die bei einer Unterschreitung des tarifdispositiven Gesetzesrechts durch den Tarifvertrag an die tariflichen Rechtsnormen gebunden sind, schlechter behandelt als ihre nicht oder anders organisierten Kollegen, für die das gesetzliche Mindestniveau als zwingendes Recht gilt. Zum anderen erlaubt der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien, auch zulasten der Arbeitnehmer vom zwingenden Recht abzuweichen, während es den Arbeitsvertragsparteien nicht gestattet ist, das gesetzliche Schutzniveau durch Inbezugnahme des Tarifvertrags zu unterschreiten. Somit werden Private, die vom Gesetz abweichen und für die dieselben tariflichen Regelungen gelten, nur auf einer unterschiedlichen vertraglichen Grundlage, ungleich behandelt.

---

<sup>189</sup> *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, 1997, S. 705; *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Auflage 1993, Rn. 373; *Franzen*, ZfA 2016, 25 (31, 41); in diese Richtung auch *ErfK/Müller-Gläge*, 19. Auflage 2019, § 622 BGB Rn. 35; *Wiedemann/Oetker*, TVG, 8. Auflage 2019, § 3 Rn. 448: „sozialpolitisch notwendig“.

<sup>190</sup> Vgl. oben 2.1.2.2 (S. 8 ff.).

## 2.2.4.2 Rechtfertigung der Ungleichbehandlungen

### 2.2.4.2.1 Ungleichbehandlung von organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern

Unterschiedliche Arbeitsbedingungen, die auf der Basis eines Tarifvertrags zwischen der organisierten und der nicht oder anders organisierten Belegschaft bestehen, sind als systemimmanente Fortsetzung des nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG auf Mitgliedschaft basierenden Tarifvertragsrechts hinzunehmen. Dies gilt auch, wenn das Niveau der tarifgebundenen Arbeitnehmer hinter dem der nicht tarifgebundenen Belegschaft zurückbleibt. Zudem ist anzunehmen, dass der Tarifvertrag zugunsten der tarifgebundenen Verbandsmitglieder regelmäßig Kompensationsleistungen vorsieht, um die Unterschreitung des gesetzlichen Mindestniveaus auszugleichen. Die Ungleichbehandlung der Belegschaft anhand der Tarifgebundenheit ist deshalb vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden.

### 2.2.4.2.2 Ungleichbehandlung von normativ tarifgebundenen und lediglich tarifanwendenden Arbeitsvertragsparteien

Für die Ungleichbehandlung der Arbeitsvertragsparteien, für die die Tarifnormen einerseits kraft normativer Tarifbindung, andererseits aufgrund einer schuldrechtlichen Individualvereinbarung gelten, kann schließlich wieder auf die Prüfung der Rechtfertigung der Eingriffe in die Arbeitsvertragsfreiheit<sup>191</sup> und in die negative Koalitionsfreiheit<sup>192</sup> verwiesen werden. Auch für Art. 3 Abs. 1 GG gilt, dass weder der Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Arbeitsbedingungen noch die Stärkung der Tarifautonomie eine Ungleichbehandlung von normativ tarifgebundenen und kraft individualvertraglicher Globalverweisung tarifanwendenden Arbeitsvertragsparteien rechtfertigt. Wie das BVerfG bereits 1993 entschieden hat, kann eine Ungleichbehandlung von normativer Tarifbindung und schuldrechtlicher Tarifgeltung allenfalls mit der „Gefahr missbräuchlicher Ausgestaltung von Arbeitsverträgen“ gerechtfertigt werden.<sup>193</sup> Eine solche Missbrauchsfahr besteht allerdings im Fall der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf den gesamten einschlägigen Verbandstarifvertrag gerade nicht. Ein Ausschluss von Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge, die von dispositivem Gesetzesrecht abweichen, verstößt damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

---

<sup>191</sup> Vgl. oben 2.2.1.3 (S. 33 ff.).

<sup>192</sup> Vgl. oben 2.2.2.2 (S. 44 f.).

<sup>193</sup> BVerfG v. 8.6.1993 – 1 BvL 20/85, NJW 1994, 122 [II. 1. der Gründe]; dazu oben 1. Teil IV. 2. c) (S. 38 ff.).

## 3 Zusammenfassung der Ergebnisse des Rechtsgutachtens

Die Ergebnisse des Rechtsgutachtens lassen sich thesenartig wie folgt zusammenfassen:

### 3.1 1. Teil – Steuerliche Privilegierung der normativen Tarifgebundenheit

(1) Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die negative Koalitionsfreiheit in ihrer Ausprägung als Fernbleiberecht. Sie verbietet nach der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG die Ausübung von Zwang oder nicht unerheblichem, sozialinadäquatem Druck zum Beitritt bzw. zum Verbleib in einer Koalition. Das BVerfG geht hier äußerst zurückhaltend vor und hat bisher in keinem Fall einen erheblichen Beitrittsdruck bejaht.

(2) In Anlehnung an Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 101 AEUV und in Fortentwicklung der Rechtsprechung des BVerfG zur negativen Koalitionsfreiheit ist der unmittelbar-finale Eingriff als eigenständige Kategorie anzuerkennen. Während es bei mittelbar-faktischen Beeinträchtigungen weiterhin auf die Erheblichkeit des Beitrittsdrucks ankommt, stellt die gezielte Ausübung von Beitrittsdruck auf den Außenseiter von Seiten des Staates stets einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit dar.

(3) Die steuerliche Privilegierung der Verbandsmitgliedschaft oder der normativen Tarifgebundenheit greift in die negative Koalitionsfreiheit des Außenseiters ein. Der Eingriff kann nicht mit der Förderung der Tarifautonomie gerechtfertigt werden. Die steuerliche Privilegierung ist kein legitimes Mittel und greift unangemessen in die Koalitionsfreiheit des kraft Bezugnahmeklausel tarifanwendenden Arbeitgebers ein.

(4) Art. 9 Abs. 3 GG enthält als objektives Verfassungsprinzip ein an den Staat gerichtetes Neutralitätsgebot. Aus dem Neutralitätsgebot folgt zwar kein absolutes Regelungsverbot, aber ein „Beihilfeverbot“ des Staates zugunsten der Koalitionen. Der Staat darf die Koalition zugehörigkeit nicht direkt oder indirekt mit Mitteln der öffentlichen Hand subventionieren und so die Unabhängigkeit der Koalition gegenüber dem Staat gefährden. Eine steuerliche Privilegierung der Verbandsmitgliedschaft oder der normativen Tarifgebundenheit ist mit dem Neutralitätsgebot unvereinbar.

(5) Die steuerliche Besserstellung des tarifgebundenen Arbeitgebers gegenüber dem lediglich tarifanwendenden Arbeitgeber bedeutet eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG. Eine Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung scheidet aus, weil zum einen die Privilegierung des tarifgebundenen Arbeitgebers gegen das staatliche Neutralitätsgebot verstößt und zum anderen eine Missbrauchsfahr im Fall einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel ausgeschlossen ist.

### 3.2 2. Teil – Beschränkung der Tarifdispositivität auf die normative Tarifgeltung

(6) Die Beschränkung der Tarifdispositivität auf die normative Tarifgeltung und die damit verbundene Unzulässigkeit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme des Tarifvertrags stellt einen Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer dar.

(7) Der Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit kann nicht mit dem Schutz des Arbeitnehmers vor unangemessenen Arbeitsbedingungen gerechtfertigt werden. Der Ausschluss der Bezugnahmemöglichkeit ist zum Schutz des Arbeitnehmers nicht erforderlich. Ein Schutzbedürfnis, das eine Einschränkung der Vertragsfreiheit rechtfertigt, besteht weder in tarifgebundenen Unternehmen noch im Fall der Verweisung auf einen Tarifvertrag in seiner Gesamtheit und erst recht nicht bei Arbeitgebern, die ihren Arbeitnehmern ausnahmslos günstigere Arbeitsbedingungen gewähren, als sie im einschlägigen Verbandstarifvertrag enthalten sind. Lediglich der Ausschluss einer punktuellen Verweisung auf die vom tarifdispositiven Gesetz abweichenden Tarifregelungen kann in Außenseiter-Arbeitsverhältnissen unter Umständen gerechtfertigt sein.

(8) Auch die Stärkung der Tarifautonomie durch Ausübung von Beitrittsdruck kann den Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit nicht rechtfertigen. In jedem Fall unzulässig ist der Eingriff in die Vertragsfreiheit des normativ tarifgebundenen Arbeitgebers, weil dieser bereits Mitglied des Arbeitgeberverbands ist. Darüber hinaus greift der Ausschluss der Bezugnahmemöglichkeit unangemessen in die Vertragsfreiheit des Außenseiter-Arbeitgebers ein, für den der Tarifvertrag aufgrund einer Globalverweisung bisher schon gilt.

(9) Der Ausschluss der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichenden Tarifvertrag mit dem Ziel, den Außenseiter-Arbeitgeber zum Verbandsbeitritt zu bewegen, greift in die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG ein. Weder der Arbeitnehmerschutz noch die Stärkung der Tarifautonomie können diesen Eingriff rechtfertigen.

(10) Nach wohl überwiegender Auffassung verstößt eine auf die normative Tarifgeltung beschränkte Tarifdispositivität arbeitnehmerschützender Gesetze, die eine Einbeziehung von Außenseiter-Arbeitsverhältnissen durch Bezugnahme Klausel ausschließt, auch gegen die positive Koalitionsfreiheit der organisierten Arbeitnehmer, weil damit ein Austrittsdruck verbunden ist und der Staat für Außenseiter kein höheres Arbeitnehmerschutz-niveau vorsehen darf als für die Gewerkschaftsmitglieder.

(11) Die Ungleichbehandlung des normativ tarifgebundenen Arbeitgebers und des kraft Globalverweisung tarifanwendenden Arbeitgebers mit Blick auf das tarifdispositive Gesetzesrecht verstößt schließlich gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Gefahr einer missbräuchlichen Ausgestaltung der Arbeitsverträge in nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen besteht bei einer Verweisung auf den gesamten fachlich und räumlich einschlägigen Verbands-

tarifvertrag nicht. Es existiert daher kein Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und tarifanwendenden Arbeitgebern.

## Ansprechpartner / Impressum

---

### Julius Jacoby

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-237

Telefax 089-551 78-233

julius.jacoby@vbw-bayern.de

### Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich grundsätzlich auf alle Geschlechter. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und ohne jede Diskriminierungsabsicht wurde an einigen Stellen auf eine Bezeichnung mit dem Genderstern\* verzichtet.

#### Herausgeber

**vbw**  
Vereinigung der Bayerischen  
Wirtschaft e. V.  
Max-Joseph-Straße 5  
80333 München

[www.vbw-bayern.de](http://www.vbw-bayern.de)

© vbw April 2019

#### Verfasser

Prof. Dr. Clemens Höpfner  
Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirt-  
schaftsrecht, Abt. II  
Westfälische Wilhelms-Universität  
Münster