

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 2 Sa 247/11
1 Ca 257/10 ArbG Flensburg
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 11.10.2011



als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 11.10.2011 durch die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzende und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Flensburg vom 30.03.2011 – 1 Ca 257/10 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: 0361 2636-2000 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Höhe der tariflichen Sonderzahlungen.

Die Beklagte wurde am 08.01.1985 gegründet. Sie hat als juristische Person ihre Identität beibehalten. Im Jahr 2006 erfolgte eine Änderung des Namens. Die weiteren Änderungen betrafen die Gesellschafter und Gesellschaftsanteile.

Die Klägerin ist bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängern seit dem 01.08.2001 beschäftigt. Sie ist erst seit dem Jahr 2009 Mitglied einer Gewerkschaft. Ihr Arbeitsvertrag enthält u. a. folgende Klausel:

„Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach dem Bundes-Angestellentarifvertrag (BAT) vom 23. Februar 1961 in der jeweils geltenden Fassung und den sich diesem Tarifvertrag anschließenden Tarifverträgen.“

Die nachfolgenden Änderungen des Arbeitsvertrages vom 02.04.2003 (Bl. 10 d.A.) und 10.06.2005 (Bl. 11 d.A.) bezogen sich nicht auf diese Klausel. Die Vergütungsgruppe der Klägerin wurde mit Datum vom 21.09.2005 mit KR V a BAT Fallgruppe 7 festgestellt (Bl. 12 d.A.).

Bis zum Jahr 2006 richtete sich die Vergütung im Betrieb nach dem BAT bzw. TVöD (Mitteilung vom 14.02.2007, Bl. 37 d.A.). Mit Datum vom 25.03.2007 schlossen die Gewerkschaften Ver.di und NGG mit der D. H. AG einen " Tarifvertrag über die Gewährung einer jährlichen Sonderzahlung" (TV Sonderzahlung, Bl. 106 ff. d.A.). Die Arbeitnehmer erhielten für jedes Wirtschaftsjahr eine vom Konzernergebnis (EBITDA) abhängige Sonderzahlung. Das in § 5 des Tarifvertrages vorgesehene Konzernergebnis wurde unstreitig in den streitbefangenen Jahren nicht erreicht.

§ 5 Ziff. 12 des Tarifvertrages sieht für Mitglieder der Gewerkschaften ver.di sowie NGG in den Jahren 2007 bis 2009 eine garantierte Jahressonderzahlung vor. In § 5 Ziff. 13 TV Sonderzahlung ist Folgendes vorgesehen:

„Als Gewerkschaftsmitglied gilt, wer spätestens am 06.03.2007 in die Gewerkschaft eingetreten ist und dessen Mitgliedschaft am 30.11. des jeweiligen Wirtschaftsjahres noch besteht und im Anspruchsjahr die Gewerkschaftsmitgliedschaft

nicht gekündigt wurde. Für die Jahre 2008 und folgende gilt jeweils der 01.01. des Jahres als spätestes Eintrittsdatum.“

Nachdem mit Urteil des BAG vom 18.11.2009 (4 AZR 491/08) der Tarifvertrag wegen eines Formmangels für unwirksam erachtet worden war, schlossen die tarifschließenden Parteien mit Datum vom 02.03.2010 u. a. den hier streitigen TV Sonderzahlung, den sie rückwirkend zum 01.01.2007 in Kraft setzten. Die Tarifvertragsparteien waren sich darüber einig, dass durch die rückwirkende Inkraftsetzung das Vertrauen in die Geltung der Tarifverträge wiederhergestellt worden sei.

Die Klägerin hat die ihr nach dem TV Sonderzahlung zustehende Leistung in den streitigen Jahren für die Mitarbeiter, die nicht Gewerkschaftsmitglieder sind, erhalten. Mit ihrer am 06.12.2007 erhobenen Klage hat die Klägerin Leistung der Sonderzahlung wie im vorhergehenden Jahr, hilfsweise in derselben Höhe wie bei einem Gewerkschaftsmitglied, gefordert.

Die Klägerin hat vorgetragen, aufgrund der arbeitsvertraglichen Vereinbarung sei der TVöD auf das Arbeitsverhältnis anwendbar. Die Sonderzahlung sei nach dieser Vorschrift zu leisten. Ein Rückgriff auf den ursprünglichen Tarifvertrag, der im Arbeitsvertrag vereinbart wurde, sei möglich.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist,
der Klägerin eine Jahressonderzahlung für die Jahre 2007 und 2008 gemäß
TVöD zu zahlen,

hilfsweise,

die Klägerin hinsichtlich der Jahressonderzahlung für die Jahre 2007 und 2008
einem Verdi-/NGG-Mitglied gleichzustellen,
und zwar bei beiden Anträgen unter Berücksichtigung/Abzug der bisher in den
Jahren 2007 und 2008 bereits ausgekehrten Teil-Jahressonderzahlungen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, der Klägerin stehe über den bereits gezahlten Betrag hinaus eine Sonderzahlung nicht zu. Bei der Klausel im Arbeitsvertrag handele es sich um eine Gleichstellungsabrede, die alle Arbeitnehmer den Gewerkschaftsmitgliedern gleichstellen wollte. Nunmehr sei der TV Sonderzahlung auf das Arbeitsverhältnis anwendbar. Die dort enthaltene Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtmitgliedern sei rechtswirksam.

Das Arbeitsgericht hat mit dem angefochtenen Urteil vom 30.03.2011, auf das hinsichtlich der Einzelheiten verwiesen wird, die Klage abgewiesen. Gegen dieses am 01.06.2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 17.06.2011 mit Fax und 20.06.2011 im Original Berufung zugleich mit Begründung eingelegt.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Weiter trägt sie vor, der Anspruch richte sich nach dem TVöD, der kraft einzelvertraglicher Vereinbarung einschlägig sei. Die Rechtsprechung des BAG zur Gleichstellungsabrede bei Altverträgen stehe in Widerspruch zur jüngeren Rechtsprechung des Gerichts zu Bezugnahmeklauseln. Der Stichtag 01.01.2002 sei willkürlich gewählt. Zudem seien nach diesem Zeitpunkt Änderungsverträge geschlossen worden. Die unzureichende und unklare Klauselgestaltung wirke sich zu Lasten des Außenseiter-Arbeitnehmers aus. Aus der Klausel sei nicht zu erkennen, dass nur eine Gleichstellung mit den Gewerkschaftsmitgliedern beabsichtigt sei. Es sei auch nicht deutlich geworden, dass die Arbeitgeberin sich nur im Wege einer auflösenden Bedingung hinsichtlich der eigenen Tarifbindung binden wollte. Daher sei von einer unbedingten zeitdynamischen Verweisung auszugehen. Damit sei der TVöD, der den BAT abgelöst habe, anzuwenden.

Hilfsweise richte sich ihr Anspruch nach dem TV Sonderzahlung 2007/2010. Die Rückwirkung des Tarifvertrags sei zwar unzulässig, weil kein Vertrauen in die Wirksamkeit des Tarifvertrages vom 25.03.2007 bestanden habe. Die Stichtagsregelung in § 5 Ziff. 13 TV für die Gewerkschaftsmitgliedschaft sei unzulässig. Hilfsweise begehre sie die Sonderzahlung wie ein Gewerkschaftsmitglied. Hierzu hat sie in der

Berufungsverhandlung klarstellend erklärt, dass Behandlung wie ein ver.di-Mitglied verlangt werde.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Beklagte nach den aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ersichtlichen erstinstanzlichen Anträgen der Klägerin zu verurteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, die Klägerin sei bis einschließlich 2006 nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft gewesen. Daher finde der TVöD nicht nach § 4 Abs. 1 TVG Anwendung. Auch die Bezugnahme Klausel gebe dies nicht her, da der Arbeitsvertrag vor dem 01.01.2002 geschlossen worden sei. Auch die Änderungsverträge aus den Jahren 2003 und 2005 führten nicht zu einer anderen Bewertung. Denn die Klausel sei ersichtlich nicht zum Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung bei der Vertragsänderung gemacht worden.

Die Bezugnahme Klausel sei als Verweis auf die jeweils im Bereich des Arbeitgebers abgeschlossenen Tarifverträge zu verstehen. Dafür spreche der Wortlaut der vertraglichen Abrede.

Nach dem TV Sonderzahlung habe die Kläger nicht Anspruch auf eine Sonderzahlung. Der TV Sonderzahlung vom 02.03.2010 sei rückwirkend in Kraft gesetzt worden. Dies sei zulässig. Dabei sei insbesondere der Umstand zu beachten, dass mit der Inkraftsetzung dieses Tarifvertrags nicht inhaltliche Änderungen der Tarifnormen erfolgen sollten, sondern nur der vom BAG aufgezeigte Formfehler geheilt worden sei. Einer Rückwirkung könnten allenfalls Vertrauensgesichtspunkte entgegenstehen.

Vorliegend sei aber kein Vertrauen durch die Rückwirkung enttäuscht worden. Ein schützenswertes Vertrauen in die Nichtgeltung eines Tarifvertrages gebe es nicht.

Die Differenzierungs- und Stichtagsregelung stehe der Wirksamkeit des Tarifvertrages nicht entgegen. Das Merkmal der Gewerkschaftsmitgliedschaft werde in § 5 Ziffer 13 lediglich konkretisiert. Niemand wäre es verwehrt, durch einen späteren Eintritt in die Gewerkschaft die tariflichen Vorteile zu beanspruchen. Selbst wenn die Stichtagsre-

gelung unwirksam wäre, führte dies nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Tarifvertrages. Stichtagsklausel und Differenzierungsklausel stünden nicht in unmittelbarem Zusammenhang. Auch rechtlich sei die Differenzierung nicht zu beanstanden. Dies entspreche der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach eine Differenzierungsklausel, durch die in einem Tarifvertrag die Mitgliedschaft in einer tarifschließenden Gewerkschaft zum Tatbestandsmerkmal eines Anspruchs auf eine jährliche Sonderzahlung gemacht wird, keinen grundsätzlichen tarifrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. Vorliegend handele es sich um eine einfache Differenzierungsklausel, nicht um eine besondere Ausgrenzung von Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern. Ein Zwang oder Druck zum Gewerkschaftsbeitritt sei nicht gegeben.

Aufgrund der arbeitsvertraglichen Gleichstellungsabrede ergibt sich ebenfalls kein Anspruch. Durch die arbeitsvertragliche Einbeziehung eines Tarifvertrages werde lediglich dessen Geltung als Teil des Arbeitsvertrages, nicht aber eine umfassende Gleichbehandlung als Gewerkschaftsmitglied begründet.

Soweit die Klägerin in den Jahren 2007 und 2008 Sonderzahlungen erhalten habe sei dies auf Grundlage des TV Sonderzahlung vom 27.03.2007/02.03.2010 erfolgt.

Ergänzend wird auf den Inhalt der Akten, insbesondere die wechselseitigen Schriftsätze mit Anlagen und Erklärungen zu Protokoll, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung hat nicht Erfolg. Die Klage ist zwar, nach Klarstellung auch mit dem Hilfsantrag, zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Ein Anspruch auf Leistung einer Jahressonderzahlung für die Jahre 2007 und 2008 nach den Regelungen des TVöD besteht nicht. Zutreffend hat das Arbeitsgericht festgestellt, dass sich die arbeitsvertraglichen Beziehungen der Parteien nicht nach dem TVöD, sondern nach den für das Unternehmen abgeschlossen Haustarifverträgen, für die vorliegende Streitigkeit speziell dem TV Sonderzahlung, richten.

Die Vereinbarung in § 2 des Arbeitsvertrages, dass sich das Arbeitsverhältnis „nach dem BAT in der jeweils geltenden Fassung und den sich diesem Tarifvertrag anschließenden Tarifverträgen“ richtet, bedeutet nicht, dass die vertraglichen Beziehungen der Parteien dauerhaft nur an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes gebunden wären.

Dem Arbeitsgericht ist zuzustimmen, dass es sich bei dieser Klausel um eine Gleichstellungsabrede handelt. Zweck des Verweises auf die einschlägigen Tarifverträge war, die Arbeitnehmer arbeitsvertraglich so zu stellen, wie sie tarifrechtlich stünden, wenn sie tarifgebunden wären. Nimmt ein Arbeitgeber in einem von ihm vorformulierten Arbeitsvertrag dynamisch auf einen einschlägigen Tarifvertrag Bezug, an den er selbst gebunden ist, liegt typischerweise eine Gleichstellungsabrede vor (BAG vom 14.12.2005 – 10 AZR 296/05 – NZA 2006,744).

Die Verweisungsklausel ist auch nicht inhaltlich unklar. Nach ihrem Wortlaut ist sie als Gleichstellungsabrede zu verstehen, auch wenn nicht ausdrücklich angegeben ist, dass die Arbeitgeberin tarifgebunden ist.

Die Beklagte hat in einem von ihr gestellten Arbeitsvertrag auf die einschlägigen Tarifverträge - hier BAT - in ihrer jeweiligen Fassung verwiesen. Diese Klausel ist im Zweifel als bloße Gleichstellungsabrede zu verstehen, wenn der Arbeitgeber zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses an die in Bezug genommenen Tarifverträge kraft Mitgliedschaft gebunden war (BAG vom 14.12.2005 - 4 AZR 536/04 - NZA 2006,607). Maßgeblich für das Verständnis dieser Klausel war das Ziel einer einheitlichen Anwendung des genannten Tarifrechts, d.h. eine Gleichstellung nicht organisierter mit organisierten Arbeitnehmern (BAG vom 17.11.2010 - 4 AZR 127/09 - NZA 2011,457).

Für die Auslegung einer vertraglichen Vereinbarung ist ggfs. auch die vertragliche Praxis heranzuziehen, weil diese Rückschlüsse auf den Willen der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulässt (BAG vom 14.12.2005 - 10 AZR 296/05 - EzA TVG § 3 Nr. 30 Bezugnahme auf Tarifvertrag; vom 25.10.2000 - 4 AZR 506/98 - EzA TVG § 3 Nr. 15 Bezugnahme auf Tarifvertrag). Tatsächlich haben die Parteien in

der Vergangenheit für die Abwicklung ihres Arbeitsverhältnisses stets die Tarifverträge zugrunde gelegt, die die D. H. AG geschlossen hatte und an die die Beklagte sich gebunden fühlte.

Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Auslegungsregel für bis zum 31.12.2001 abgeschlossene Arbeitsverträgen („Altverträge“) auch hier anzuwenden. Für diese Auslegung besteht Vertrauensschutz (BAG vom 14.12.2005 - 4 AZR 536/04 - NZA 2006,607; BAG vom 26.08.2009 - 4 AZR 285/08 - NZA 2010, 230). Die späteren Vertragsänderungen haben die Klausel nicht berührt. Die Klausel war in diesem Zusammenhang nicht Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Willensbildung der Vertragsparteien (BAG vom 18.11.2009 - 4 AZR 514/08 - NZA 2010,170).

Solange die Beklagte in ihrem Bereich noch nicht Haustarifverträge abgeschlossen hatte, galten nach Übertragung der Gesellschaftsanteile auf die D.-Gruppe, wie das Arbeitsgericht ausgeführt hat, die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst weiter. Erst durch die Regelungen der Haustarifverträge, vorliegend des TV Sonderzahlung, erfolgte eine Ablösung. Der Ablösung durch die für die D.-Gruppe abgeschlossenen Tarifverträge steht nicht entgegen, dass im Arbeitsvertrag ausdrücklich der BAT genannt ist. Eine Einschränkung der in Betracht kommenden Tarifverträge ergibt sich hieraus nicht. Vielmehr war Zweck der Klausel, dass alle diejenigen Tarifverträge anwendbar sein sollten, die für den Arbeitgeber gelten. Das waren bis zur Ablösung durch die Haustarifverträge der BAT bzw. nachfolgend der TVöD.

Die rückwirkende Inkraftsetzung des TV Sonderzahlung ist auch für die Beklagte bindend. Der TV Sonderzahlung ist ausdrücklich auch in Vertretung für die Beklagte geschlossen worden, wie sich im Rubrum auf Seite 1 des Tarifvertrags (Bl. 221 d. A.) feststellen lässt.

Der Anwendbarkeit des TV Sonderzahlung für die streitbefangenen Jahre steht nicht entgegen, dass er - im zweiten Anlauf - rückwirkend im Jahr 2010 abgeschlossen worden ist. Die hier streitigen Sonderzahlungen liegen zwar nach Entstehungsgrund und Fälligkeit, bezogen auf das Datum des Tarifabschlusses, in der Vergangenheit, so dass ein Fall echter Rückwirkung vorliegt. § 37 des Manteltarifvertrages (Bl. 195 -

220 d.A.) regelt ausdrücklich, dass der Tarifvertrag rückwirkend mit Wirkung vom 01.01.2007 in Kraft tritt und erläutert in einer Protokollnotiz, warum dies der Fall ist. Eine entsprechende Regelung findet sich in § 7 des TV Sonderzahlung (Bl. 221 – 229 d.A.).

Nach der Rechtsprechung tragen Tarifverträge den immanenten Vorbehalt ihrer rückwirkenden Abänderung durch TV in sich (BAG vom 02.02.2006 - 2 AZR 58/05 - NZA 2006,868). Jedoch ist zwischen der echten und unechten Rückwirkung zu unterscheiden. Eine echte Rückwirkung liegt, wie hier, vor, wenn die nachträglich abweichende Regelung einen bereits in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt betrifft.

Die Zulässigkeit rückwirkender Rechtsnormen, die durch Tarifvertragsparteien gesetzt sind, richtet sich nach denselben Grundsätzen wie bei Gesetzen. Im Grundsatz ist eine echte Rückwirkung von Tarifvertragsnormen wegen des Vertrauensschutzes der Normunterworfenen unzulässig. Ausnahmen bestehen, wenn das Vertrauen in den Bestand der Rechtslage erschüttert ist, die Rechtslage unklar und verworren ist, nicht auf den Rechtsschein einer ungültigen Norm vertraut werden darf oder zwingende Gründe des Gemeinwohls eine Änderung der Rechtslage verlangen. Dies kann u. a. der Fall sein, wenn eine unwirksame Tarifnorm ersetzt werden muss (ErfK/Franzen, § 4 TVG, Rn. 19). Für die Frage der Zulässigkeit der Rückwirkung ist es ohne Bedeutung, ob der Tarifvertrag für das Arbeitsverhältnis kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit der Parteien des Arbeitsverhältnisses gilt oder ob dessen Anwendung in seiner jeweils geltenden Fassung von ihnen arbeitsvertraglich vereinbart ist. In beiden Fällen haben die Parteien des Arbeitsvertrages selbst die Grundlage für die Geltung bzw. Anwendung des Tarifvertrags in der jeweils geltenden Fassung geschaffen. Das Vertrauen in die Fortgeltung der bislang angewandten Tarifnorm, hier: BAT bzw. TVöD, ist dann nicht mehr schutzwürdig, wenn und sobald der Normunterworfene mit deren Änderung rechnen muss (BAG vom 17.05.2000 - 4 AZR 216/99 - EzA TVG § 1 Nr. 5 Rückwirkung).

Die Vereinbarung der Rückwirkung war für die Klägerin nicht überraschend. Sie diente im Gegenteil dem Vertrauensschutz. Durch die Entscheidung des Bundesarbeits-

gerichts vom 18.11.2009 (4 AZR 491/08 - DB 2010, 566) war der gleich lautende Tarifvertrag aus dem Jahr 2007 lediglich aus formellen Gründen für unwirksam erachtet worden. Die rückwirkende erneute Vereinbarung des Tarifvertrages diente lediglich der Herstellung des von beiden Tarifvertragsparteien Gewollten, d.h. der Reparatur. Damit war die rückwirkende Inkraftsetzung des Tarifvertrags durch die Tarifvertragsparteien wirksam.

Der Hauptantrag ist damit unbegründet.

2. Der Hilfsantrag ist ebenfalls unbegründet. Ein Anspruch auf Sonderzahlung wie an ein ver.di-Mitglied ergibt sich für die Jahre 2007 und 2008 nicht aus dem TV Sonderzahlung.

2.1 Unstreitig ist das in § 5 festgelegte Konzernergebnis (EBITDA) in beiden Jahren nicht erreicht worden. Mithin kommt allenfalls ein Anspruch auf die Mindestleistung nach § 5 Ziff. 12, nicht hingegen § 5 Ziff. 5 und 8 in Betracht.

2.2 Ein Anspruch auf die Mindestleistung nach § 5 Ziff. 12 des Tarifvertrages besteht nicht, da es sich hier um eine Übergangsvorschrift zu Gunsten der gewerkschaftsgebundenen Arbeitnehmer handelt. Die Klägerin war in den beiden streitbefangenen Jahren noch nicht Gewerkschaftsmitglied.

Die Anspruchsvoraussetzungen für diese Norm erfüllt die Klägerin nicht, da sie nicht die in Ziff. 12 vorausgesetzte Gewerkschaftszugehörigkeit aufweist. Wie sich aus dem Zusammenhang der einzelnen Ziffern in § 5 TV ergibt, erfolgte die Besserstellung der Gewerkschaftsmitglieder ab 2007 zur Gewährleistung eines gleitenden Übergangs von der bisherigen tariflichen Regelung zur neuen. Mit Wirkung ab 2007 wurde der Anspruch auf eine Jahressonderzahlung an das Konzernergebnis geknüpft. Dieser Wechsel in der Bemessungsgrundlage konnte für bereits im Konzern beschäftigte Gewerkschaftsmitglieder dazu führen, dass sie, anders als in den vergangenen Jahren und abweichend von den ursprünglich für sie geltenden Tarifverträgen, bei schlechtem Konzernergebnis eine Jahressonderzahlung nicht mehr erhielten. Um einen gleitenden Übergang zu gewährleisten, war die Vereinbarung einer

Mindestleistung für die „alten“ Arbeitnehmer angezeigt. Den Arbeitnehmern sollte eine Besitzstandswahrung garantiert werden, die ihnen den Übergang in das neue System erleichtert.

Dass diese Übergangsregelung auch für die bereits beschäftigten Mitarbeiter gelten sollte, die nicht Gewerkschaftsmitglieder waren, ergibt sich nicht aus der arbeitsvertraglichen Regelung. Die Gewerkschaftszugehörigkeit begründet sich nicht durch die Verweisklausel im Arbeitsvertrag. Der Verweisklausel kann ohne besondere Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, dass die Arbeitsvertragsparteien den Status des Arbeitnehmers bestimmen wollten. Gewollte Rechtsfolge einer solchen Vereinbarung ist es, die Anwendbarkeit der Tarifnormen im Arbeitsverhältnis herbeizuführen. Hingegen ist nicht Ziel, dem Arbeitnehmer einen bestimmten Status zu verschaffen oder ihn zu fingieren (BAG vom 18.03.2009 - 4 AZR 64/08 - EzA GG Art. 9 Nr. 98 = NZA 2009,1028). Dass hier durch die Arbeitsvertragsklausel die fehlende Tarifbindung der Klägerin ersetzt werden sollte, finden sich keine Anhaltspunkte. Vielmehr fordert § 5 Ziff. 12 des Tarifvertrages ausdrücklich die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft, wie sich bereits der differenzierenden Regelung gegenüber den Nichtgewerkschaftsmitgliedern entnehmen lässt.

Die Klägerin kann sich nicht auf Unwirksamkeit der tarifvertraglichen Differenzierungsklausel in § 5 Ziff. 12 TV Sonderzahlung berufen. Diese Differenzierungsklausel ist wirksam. Es handelt sich um eine sog. „einfache Differenzierungsklausel“, d. h. sie macht in einer anspruchsbegründenden einzelnen Tarifregelung – „im Inneren des Tarifvertrags“ – die Mitgliedschaft in der tarifschließenden Gewerkschaft ausdrücklich zu einer anspruchsbegründenden Voraussetzung (vgl. im Einzelnen BAG vom 18.03.2009 – 4 AZR 64/08 – a.a.O.). Einfluss auf etwaige Vereinbarungen des Arbeitgebers mit den nicht organisierten Gewerkschaftsmitgliedern unter den Arbeitnehmern wird nicht genommen.

Grundsätzlich sind einfache Differenzierungsklauseln zulässig. Sie können bereits strukturell nicht unzulässigen unmittelbaren Druck auf Außenseiter ausüben (BAG vom 18.03.2009, a.a.O.). Unwirksamkeit einer tariflichen Differenzierungsklausel könnte nur angenommen werden, wenn die Regelung rechtswidrig ist. Das kommt

insbesondere dann in Betracht, wenn durch die Regelung ein unverhältnismäßig hoher, einem Zwang ähnlicher, Druck ausgeübt wird, der bewirkt, dass das Recht darauf, einer Koalition fernzubleiben, aufgegeben wird (BAG vom 18.03.2009, a.a.O.). Das Recht, einer Koalition fern zu bleiben, darf nicht berührt werden. Allerdings bleibt auch die Mitgliedschaft in einer Koalition nicht folgenlos. Daher kann von dem rechtlichen Folgen der koalitionsmäßigen Organisation auch für Außenseiter ein gewisser Anreiz ausgehen, selbst Mitglied dieser Koalition zu werden (BAG vom 18.03.2009, a.a.O.).

Eine allgemein akzeptierte abstrakte Grenze zwischen dem, was noch zulässiger Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt ist, und dem, was als unzulässiger Druck oder gar Zwang zu solchem Verhalten anzusehen ist besteht nicht. In aller Regel dürfen Differenzierungsklauseln nicht an den Regelungen des Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung anknüpfen, die Grundlage des laufenden Lebensunterhalts sind, und die im Arbeitsleben jedenfalls regelmäßig als Maßstab für die Bemessung der angemessenen und üblichen Arbeitsbedingungen dienen. Diese Grenze wirkt sich auch bei der Bestimmung einer Höchstgrenze für Leistungen aus, die nur für Gewerkschaftsmitglieder in Aussicht gestellt werden kann. Auch Sonderleistungen, die außerhalb des Austauschverhältnisses liegen, dürfen, ausgehend von diesem Maßstab, nicht eine Höhe erreichen, die dieses Verhältnis im wirtschaftlichen Ergebnis maßgeblich beeinflusst und sich bei wertender Betrachtung nur als eine Art Umschichtung des insgesamt versprochenen Entgelts von der laufenden Vergütung hin zu einer Einmalzahlung darstellt (BAG vom 18.03.2009, a.a.O.).

Danach ergibt sich nicht, dass auf die Klägerin ein unangemessener sozial inadäquater Druck ausgeübt und rechtswidrig in ihr Recht auf negative Koalitionsfreiheit eingegriffen wird. Bei der vereinbarten Sonderzahlung handelt es sich um eine Leistung, die nicht im Austauschverhältnis steht, sondern um eine Einmalleistung. Die Höhe der für Gewerkschaftsmitglieder vorgesehenen Leistung ist nicht so hoch, dass hierdurch ein unzulässiger Druck ausgeübt wird, auf die negative Koalitionsfreiheit zu verzichten.

Die Klägerin hatte in den Jahren vor 2007 regelmäßig eine Sonderzahlung in Höhe eines Monatsentgelts erhalten, das war im Jahr 2006 ein Betrag von 2.641,20 EUR (Bl. 61). Im Jahr 2007 erhielt sie eine Leistung in Höhe von 685,92 EUR (Bl. 63 d.A.), was einen Unterschied von - gerundet - 2.000 EUR bedeutet. Umgelegt auf die einzelnen Monate entspricht dies - gerundet - 167 EUR monatlich, entspr. 6,3 % eines Monatsentgelts. Dieser Betrag kann aber bei der Prüfung nicht zugrunde gelegt werden, sondern die Differenz zwischen der geleisteten Zahlung und dem nach § 5 Ziff. 12 garantierten Faktor, d.i. bei Geltung des TVöD am 31.12.2006 ein Betrag von 0,60 bis 0,90 des jeweils durchschnittlichen Monatsentgelts (§ 3 TV Sonderzahlung). Ausgehend von einem Monatsentgelt von 2.641,20 EUR hätte die Sonderzahlung also maximal 2.377,08 EUR betragen. Die Differenz zur tatsächlich erfolgten Leistung beträgt 1.691,16 EUR, verteilt auf 12 Monate 140,93 EUR. Das entspricht 5,34 % der Bruttovergütung. Demgegenüber beträgt der Gewerkschaftsbeitrag 1 % des Bruttoeinkommens, d.h. monatlich ca. 27 EUR, liegt also unter der von der Klägerin geforderten Differenz.

Nicht abschließend geklärt ist bislang, ab welcher Höhe der Druck auf den Arbeitnehmer unzulässig hoch wird. Zum Teil wird die Höhe des Jahresgewerkschaftsbeitrags als Grenze angesehen, zum Teil das Doppelte des Gewerkschaftsbeitrags oder aber auch die Grenze des § 138 BGB. Vorliegend liegt Mehrleistung an Gewerkschaftsmitgliedern unter 7 % des Jahreseinkommens, was nach der Entscheidung des LAG Rheinland-Pfalz (vom 17.06.2010 - 10 Sa 35/10 - juris) nicht zu beanstanden ist. Dieser Bewertung ist zuzustimmen. Der Druck auf den Arbeitnehmer, von seinem Recht auf negative Koalitionsfreiheit Gebrauch zu machen, ist noch nicht so groß, dass er diesen unzumutbar beeinflusst. Wie der im Jahr 2009 erfolgte Gewerkschaftsbeitritt zeigt, gab es für die Klägerin einen Anreiz, der Gewerkschaft beizutreten. Dass der Druck sozial inadäquat war, ist jedoch nicht zu erkennen. Der TV Sonderzuwendung regelt nur einen kleinen Ausschnitt der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis.

2.3 Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass das Anknüpfen an die Gewerkschaftsmitgliedschaft zu einem bestimmten Stichtag rechtswidrig sei. Eine etwaige Unwirksamkeit der Stichtagsregelung in § 5 Nr. 13 TV Sonderzahlung führt

nicht nach § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, die in § 5 Nr. 12 TV Sonderzahlung geregelt ist. In der Regel führt die Unwirksamkeit einer Tarifbestimmung, entgegen der Auslegungsregel des § 139 BGB, nicht zur Unwirksamkeit der übrigen tariflichen Vorschriften. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Tarifvertrag ohne die unwirksame Regelung noch eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung darstellt (BAG vom 09.05.2007 - 4 AZR 275/06 - NZA 2007,1439). Die verbleibenden Regelungen können als eigenständige Regelung sinnvoll aufrechterhalten bleiben, nämlich als sogenannte einfache tarifliche Differenzierungsklausel.

Die Berufung ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Die Revision ist wegen der grundsätzlichen Bedeutung des Verfahrens zuzulassen.