

Professor Dr. Matthias Jacobs
Bucerius Law School

„DIE TARIFLICHE DIFFERENZIERUNG NACH DER GEWERKSCHAFTSZUGEHÖRIGKEIT“

Gliederung

- A. Einleitung
 - I. Differenzierungsklauseln: eine unendliche Geschichte
 - II. Richtungswechsel beim Bundesarbeitsgericht?
- B. Inhalte und Gestaltungsformen von Differenzierungsklauseln
 - I. Inhalte von Differenzierungsklauseln
 - II. Tarifliche Gestaltungsformen
 - 1. Einfache Differenzierungsklauseln
 - a) Deklaratorische und konstitutive Klauseln
 - b) Wirkung konstitutiver Klauseln bei arbeitsvertraglicher Bezugnahme und Allgemeinverbindlichkeit
 - c) Atypische Differenzierungsklauseln
 - 2. Qualifizierte Differenzierungsklauseln
 - a) Ausschlussklauseln
 - b) Abstandsklauseln
- C. Differenzierungsklauseln im Lichte der Koalitionsfreiheit
 - I. Ausgangspunkt: die Vorgaben des Großen Senats
 - 1. Fehlende Tarifmacht und Verletzung der individuellen Koalitionsfreiheit
 - 2. Pflicht zur Vorlage an den Großen Senat?
 - II. Überschreitung der Tarifmacht?
 - 1. Einfache Differenzierungsklauseln
 - 2. Qualifizierte Differenzierungsklauseln
 - III. Verletzung der individuellen Koalitionsfreiheit
 - 1. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab
 - 2. Negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer
 - a) Einfache Differenzierungsklauseln
 - aa) Eingriff in den Schutzbereich?
 - bb) Unzulässigkeit bei Anknüpfung an das Synallagma?
 - b) Qualifizierte Differenzierungsklauseln
 - aa) Abstandsklauseln
 - (1) Eingriff in den Schutzbereich
 - (2) Rechtfertigung durch kollidierende Grundrechte Dritter?
 - bb) Ausschlussklauseln
 - 3. Positive Koalitionsfreiheit der anders organisierten Arbeitnehmer
- D. Zusammenfassung

Thesen

1. Seit dem Beschluss des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 19. November 1967 gelten tarifliche Differenzierungsklauseln als unzulässig. Die Diskussion ist seither jedoch nie wirklich zum Stillstand gekommen. Seit einigen Jahren streitet man sogar wieder besonders engagiert, und Differenzierungsklauseln haben auch praktisch eine Renaissance erfahren. In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts deutet sich ein Richtungswechsel an. Der 4. Senat hält jedenfalls einfache Differenzierungsklauseln nunmehr für zulässig (Urteil vom 18. März 2009).
2. Differenzierungsklauseln können verschiedene Inhalte haben und rechtlich unterschiedlich ausgestaltet sein.
 - a) Sie können inhaltlich die Begründung oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses betreffen oder sich auf das bestehende Arbeitsverhältnis beziehen. Es handelt sich um eine beschränkte Klausel, wenn die Vergünstigung ausschließlich den Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft vorbehalten ist. Wirkt die Klausel zu Gunsten der Mitglieder aller Gewerkschaften, spricht man von einer allgemeinen Klausel.
 - b) Einfache Differenzierungsklauseln machen die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft zur Tatbestandsvoraussetzung eines Anspruchs. Sie haben in der Regel konstitutive Wirkung. Weder eine arbeitsvertraglich Bezugnahme noch eine Allgemeinverbindlicherklärung führen dann zu einem Anspruch für nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer. Atypische Differenzierungsklauseln knüpfen zusätzlich an den Beginn oder das Ende der Gewerkschaftsmitgliedschaft an. Sie sind bereits wegen Verstoßes gegen §§ 3 Abs. 1 und 3, 4 Abs. 1 TVG unwirksam.
 - c) Qualifizierte Differenzierungsklauseln sichern einfache Differenzierungsklauseln ab, indem sie dem Arbeitgeber zusätzlich eine Gleichstellung von Gewerkschaftsmitgliedern und nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern verwehren: Ausschlussklauseln verpflichten den Arbeitgeber, Leistungen an Gewerkschaftsmitglieder nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern vorzuenthalten, Abstandsklauseln gestatten dem Arbeitgeber diese Leistungen zwar, verpflichten ihn aber, sie auch den Gewerkschaftsmitgliedern – zusätzlich zur eigentlichen Leistung – zu gewähren.
3. Die Argumentation des Großen Senats zur Unzulässigkeit von Differenzierungsklauseln muss auch heute noch der Ausgangspunkt bei der koalitionsrechtlichen Überprüfung von Differenzierungsklauseln sein.
 - a) Sie ist zweispurig: Differenzierungsklauseln seien zum einen nicht mehr von der Tarifmacht der Tarifparteien gedeckt, zum anderen verletzen sie die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte positive Koalitionsfreiheit der anders und die negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer.
 - b) Ob eine Pflicht zur Vorlage an den Großen Senat besteht, wenn ein Senat des Bundesarbeitsgerichts Differenzierungsklauseln heute für zulässig erklären möchte, lässt sich pauschal nicht beantworten. Es kommt auf den konkreten Fall an. Im Verfahren, das zum Urteil vom 18. März 2009 geführt hat, hat der 4. Senat den Großen Senat zu Recht nicht angerufen.
4. Ob die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln die Tarifmacht der Tarifparteien überschreitet, kann nicht pauschal beantwortet werden.

- a) Die Vereinbarung einfacher Differenzierungsklauseln ist von der Tarifmacht der Tarifparteien umfasst. Das folgt bei den meisten Klauselinhalten schon aus § 1 Abs. 1 TVG. In jedem Fall sollen Differenzierungsklauseln den Gewerkschaften helfen, Mitglieder zu halten und neue Mitglieder zu gewinnen. Sie sind deshalb als Maßnahme der Werbung für die Koalition vom Schutz der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) erfasst und können demzufolge auch nicht deren Tarifmacht überschreiten.
 - b) Bei qualifizierten Differenzierungsklauseln fällt die Antwort schwerer. Zwar beschränken sie unmittelbar die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer. Damit scheint die Tarifmacht überschritten. Andererseits dienen auch sie – als Annex zur einfachen Klausel – der Werbung für die Koalition. Das spricht dafür, die Unzulässigkeit nicht mit der fehlenden Tarifmacht zu begründen, sondern auf den Eingriff in den Schutzbereich eines anderen Grundrechts – etwa die Vertragsfreiheit oder die individuelle Koalitionsfreiheit – abzustellen, der allerdings gerechtfertigt sein kann.
5. Ob Differenzierungsklauseln gegen die individuelle Koalitionsfreiheit verstoßen, ist ebenfalls nicht pauschal zu beantworten.
- a) Maßgeblich für die Prüfung ist nicht die vom Bundesverfassungsgericht aufgebene Kernbereichslehre, sondern die allgemeine Grundrechtsdogmatik. Danach ist zunächst ein Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit zu prüfen. Der Eingriff kann sodann durch kollidierende Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtsgüter gerechtfertigt sein. Auf einer dritten Stufe sind die kollidierenden Grundrechte im Wege praktischer Konkordanz gegeneinander abzuwägen.
 - b) Ein Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer ist zu bejahen, wenn der Beitrittsdruck die Intensität eines Zwangs erreicht, der über einen bloßen Anreiz hinausgeht; auf die „soziale Adäquanz“ des Drucks kommt es nicht an.
 - aa) Einfache Differenzierungsklauseln greifen nicht in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit ein. Sie drücken lediglich das aus, was nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG ohnehin geltendes Recht ist. Außerdem lassen sie die ausdrückliche arbeitsvertragliche Gleichstellung von Gewerkschaftsmitgliedern und nicht organisierten Arbeitnehmern zu. Damit bilden sie lediglich einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt, üben aber keinen Zwang aus. Der Inhalt von Differenzierungsklauseln – etwa die Höhe einer Geldzahlung – ist für die Beurteilung schon deshalb unerheblich. Es kommt, anders als der 4. Senat im Urteil vom 18. März 2009 andeutet, übrigens auch nicht darauf an, ob die Differenzierungsklausel an das „Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung“ anknüpft.
 - bb) Abstandsklauseln greifen demgegenüber in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit ein. Der auf die nicht organisierten Arbeitnehmer ausgeübte Druck ist mehr als ein Anreiz zum Beitritt, weil ihnen und dem Arbeitgeber rechtlich die Gleichstellung mit Gewerkschaftsmitgliedern verwehrt wird. Hält man diesen Gesichtspunkt für entscheidend, kommt es auf den Inhalt der Differenzierung auch an dieser Stelle nicht an. Der Eingriff in den Schutzbereich ist auch nicht durch Grundrechte Dritter gerechtfertigt. Zwar ist die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln – wie gesehen – ein Mittel der Koalitionswerbung. Die insoweit geschützte Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft hat aber im Wege

praktischer Konkordanz hinter die negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer zurückzutreten.

- cc) Ausschlussklauseln sind im Ergebnis wie Abstandsklauseln zu bewerten.
- c) Ein Eingriff in den Schutzbereich der positiven Koalitionsfreiheit der anders organisierten Arbeitnehmer ist ebenfalls zu bejahen, wenn der Druck zum Beitritt in eine andere Gewerkschaft als die selbst gewählte die Intensität eines Zwangs erreicht.
 - aa) Einfache Differenzierungsklauseln sind auch vor diesem Hintergrund zulässig.
 - bb) Qualifizierte Differenzierungsklauseln sind dagegen wiederum unzulässig. Zu Gunsten der anders organisierten Arbeitnehmer ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass sie anders als nicht organisierte Arbeitnehmer selbst gewerkschaftliche Mitgliedsbeiträge zahlen, so dass sich die Differenzierung zu ihren Lasten sogar als echte Benachteiligung auswirkt.