

Professor *Dr. Matthias Jacobs* – Bucerius Law School

## „Die tarifliche Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit“

Vortrag vom 5. November 2009

Professor *Dr. Matthias Jacobs* sprach über die tarifliche Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit. Er erläuterte den aktuellen Diskussionsstand zur Zulässigkeit der tariflichen Differenzierung, gab einen Überblick über Inhalte und Gestaltungsformen von Differenzierungsklauseln und erörterte deren Zulässigkeit im Lichte der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG.

Einleitend ging der Referent auf den Beschluss des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 29.11.1967 (Az.: GS 1/67) über die Unzulässigkeit tariflicher Differenzierungsklauseln ein. Dem sei der vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts gefolgt, indem er *atypische Differenzierungsklauseln* (= solche, die die Mitgliedschaft einer Gewerkschaft zur Tatbestandsvoraussetzung eines Anspruchs machen und zusätzlich an den Beginn oder das Ende der Gewerkschaftsmitgliedschaft anknüpfen) mit Urteil vom 9.5.2007 (Az.: 4 AZR 275/96) für unzulässig gehalten habe. Mit Urteil vom 18.3.2009 (Az.: 4 AZR 64/08) sei nunmehr erstmalig eine einfache Differenzierungsklausel für zulässig erklärt worden.

Inhaltlich könnten tarifliche Differenzierungsklauseln die Begründung oder die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses betreffen oder sich auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis beziehen. Es handele sich um eine *beschränkte* Differenzierungsklausel, wenn die Vergünstigung ausschließlich den Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft vorbehalten sei, und um eine *allgemeine* Klausel, sofern sie zugunsten der Mitglieder aller Gewerkschaften wirke. Gestaltungstechnisch unterscheide man zwischen *einfachen* (= solche, die die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft zur Anspruchsvoraussetzung machen) und *qualifizierten Differenzierungsklauseln* (= solche, die einfache Differenzierungsklauseln absichern, indem sie dem Arbeitgeber zusätzlich eine Gleichstellung von Gewerkschaftsmitgliedern und nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern verwehren). Ob es sich innerhalb der einfachen Differenzierungsklauseln um *deklaratorische* (= solche, die eine Tarifgebundenheit des Arbeitnehmers voraussetzen) oder *konstitutive* (= solche, die seine Gewerkschaftsmitgliedschaft voraussetzen) Klauseln handele, sei durch Auslegung zu ermitteln. Für eine – den Regelfall bildende – konstitutive Klausel spreche die ausdrückliche Nennung der Gewerkschaftsmitgliedschaft als Anspruchsvoraussetzung. Indes führe weder eine arbeitsvertragliche Bezugnahme noch eine Allgemeinverbindlicherklärung zu einem Anspruch für nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer, da diesen allein durch die Bezugnahme noch kein entsprechender (Mitgliedschafts-)Status verschafft werde. Innerhalb der einfachen Differenzierungsklauseln ging der Referent weiter auf *atypische Klauseln* (siehe oben) ein. Diese seien zwar sowohl für die Gewerkschaften, als auch für die Arbeitnehmerseite von Vorteil, indem sie auf der einen Seite einen Anreiz gegen Gewerkschaftsaustritte und auf der anderen Seite

keinen Anreiz für Neueintritte setzten. Da deren normative Wirkung allerdings während des gesamten Mitgliedschaftszeitraumes zwingendes Recht sei, habe man sie zu Recht wegen eines Verstoßes gegen §§ 3 Abs. 1 und 3, 4 Abs. 1 TVG für unwirksam erklärt. Unter den qualifizierten Differenzierungsklauseln gebe es *Ausschlussklauseln* (= solche, die den Arbeitgeber verpflichten, Leistungen an Gewerkschaftsmitglieder nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern vorzuenthalten) und *Abstandsklauseln bzw. Spannenklauseln* (= solche, die dem Arbeitgeber zwar diese Leistungen gestatten, ihn aber verpflichten, sie auch den Gewerkschaftsmitgliedern – zusätzlich zur eigentlichen Leistung – zu gewähren).

Anschließend erörterte Professor *Dr. Matthias Jacobs* die Rechtmäßigkeit tariflicher Differenzierungsklauseln im Lichte der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG. Zunächst wies er darauf hin, dass die Argumentation des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts, wonach Differenzierungsklauseln zum einen nicht mehr von der Tarifmacht der Parteien gedeckt seien und zum anderen die positive Koalitionsfreiheit der anders und die negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer verletzen, noch heute der Ausgangspunkt bei der koalitionsrechtlichen Überprüfung von Differenzierungsklauseln sein müsse. Bei dieser Gelegenheit sprach er den Inhalt der Vorlagepflicht an den Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts aus § 45 ArbGG an. Teilweise werde die Nichtvorlage in dem Verfahren, das zum Urteil vom 18.3.2009 geführt habe, als Verletzung des Prinzips des gesetzlichen Richters angesehen. Indes habe der vierte Senat den Großen Senat zu Recht nicht angerufen, da der Beschluss vom 29.11.1967 seinem Inhalt nach nur in Bezug auf Differenzierungsklauseln in Gestalt von Abstandsklauseln bindend sei.

Weiter behandelte Professor *Dr. Matthias Jacobs* die – seiner Auffassung nach nicht pauschal zu beantwortende – Frage, ob die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln die Tarifmacht der Tarifparteien überschreite: Im Bezug auf einfache Differenzierungsklauseln seien die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 9 Abs. 3 GG, die in § 1 Abs. 1 des TVG verfassungsrechtlich konkretisiert würden, entscheidend. Da jene den Gewerkschaften helfen sollen, Mitglieder zu halten und neue Mitglieder zu gewinnen, seien sie als Maßnahme der Werbung für die Koalition vom Schutz der Koalitionsfreiheit erfasst und könnten demzufolge auch nicht deren Tarifmacht überschreiten. Auch qualifizierte Differenzierungsklauseln dienten – als Absicherung einfacher Differenzierungsklauseln – der Werbung für die Koalition. Dies spreche dafür, auch die Unzulässigkeit von qualifizierten Differenzierungsklauseln nicht mit der fehlenden Tarifmacht zu begründen.

Richtigerweise sei vielmehr danach zu fragen, ob die Differenzierungsklausel Grundrechten Dritter entgegenstehe. Dabei seien weder die soziale Adäquanz des Beitrittdrucks noch das Gerechtigkeitsempfinden, sondern allein die allgemeine Grundrechtsdogmatik entscheidend. In diesem Kontext kam der Referent zunächst auf Eingriffe in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit nicht organisierter (= wenn der Beitrittsdruck die Intensität eines Zwangs erreicht, der über einen bloßen Anreiz hinausgeht) und anschließend auf solche in den entsprechenden Schutzbereich anders organisierter Arbeitnehmer (= wenn der Druck zum Beitritt

in eine andere Gewerkschaft als die selbst gewählte die Intensität eines Zwanges erreicht) zu sprechen. Einfache Differenzierungsklauseln greifen nicht in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit nicht organisierter Arbeitnehmer ein. Entscheidend sei insoweit, dass eine Angleichung der Leistungen auf arbeitsvertraglicher Ebene möglich bleibe. Die Klausel setze somit lediglich einen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt. Dementsprechend komme es für die grundrechtliche Beurteilung auf ihren konkreten Inhalt auch nicht mehr an. Qualifizierte Differenzierungsklauseln in Gestalt von Abstandsklauseln begründeten indes einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nicht organisierter Arbeitnehmer. Entscheidend sei, dass sie rechtlich und faktisch eine Gleichstellung mit Gewerkschaftsmitgliedern verwehrten. Der auf die Nichtmitglieder ausgeübte Druck stelle insoweit mehr als ein bloßer Anreiz zum Beitritt dar. Auch hier sei der konkrete Inhalt der Klausel bedeutungslos. Eine Rechtfertigung durch die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft scheidet aus, da jene im Wege der praktischen Konkordanz hinter die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter zurücktreten müsse. Ausschlussklauseln seien im Ergebnis wie Abstandsklauseln zu bewerten. Einfache Differenzierungsklauseln seien im Bezug auf anders organisierte Arbeitnehmer vor demselben Hintergrund wie im Bezug auf Außenseiter zulässig. Gleichmaßen seien auch qualifizierte Differenzierungsklauseln im Bezug auf anders organisierte Arbeitnehmer unzulässig. Insoweit liege eine echte Benachteiligung vor, da diese – im Gegensatz zu den Außenseitern – bereits gewerkschaftliche Mitgliedsbeiträge bezahlten. Der Druck zum Übertritt sei demnach noch größer als der Beitrittsdruck nicht organisierter Arbeitnehmer.

Frederike Gärtner  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin