



Gewerkschaftliche Bonusleistungen

Differenzierungsklauseln im System des deutschen Tarifrechts

A. Ausgangslage

Kollektivrechtliche Regelungen beruhen in ihrem historischen Verständnis auf dem Gedanken, durch eine Gruppenrepräsentation und daraus resultierender Mächtigkeit der Gruppen das Arbeitsleben ausgewogen und sozial gestalten zu können. Das Recht zum kollektiven Zusammenschluss in Koalitionen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber wird in Art. 9 III GG verfassungsrechtlich abgesichert.

Gestützt auf die verfassungsrechtlich statuierte Koalitionsfreiheit stiegen die Mitgliedszahlen der westdeutschen Gewerkschaften nach Ende des Zweiten Weltkrieges bis 1980 auf ca. 9,5 Millionen¹.

¹ Vgl. die tabellarische Darstellung der Mitgliederentwicklung der deutschen Gewerkschaften von 1950-2002 in Schroeder/Weßels/Ebbinghaus, S. 180.

Dies entsprach einem Organisationsgrad von etwa 32,5 % aller beschäftigten Arbeitnehmer². Nach einem kurzen wiedervereinigungsbedingten Aufschwung - die Zahl der Organisierten erreichte 1991 ca. 13,8 Millionen - verloren die Gewerkschaften seit Mitte der neunziger Jahre des 20. Jahrhunderts über 4,6 Millionen Mitglieder und vereinigten zu Beginn des 21. Jahrhunderts nur noch ca. 9,2 Millionen Mitglieder auf sich. Dies macht einen gewerkschaftlichen Organisationsgrad von ca. 20 % der abhängig Beschäftigten aus³.

Im DGB, mit seinen acht Einzelgewerkschaften⁴, vereinigen sich aktuell ca. 6,37 Millionen Mitglieder⁵. Neben dem DGB haben sich im Bereich des öffentlichen Dienstes der Deutsche Beamtenbund mit über 1,25 Millionen Mitgliedern⁶, der Christliche Gewerkschaftsbund mit ca. 280.000 Mitgliedern⁷ und weitere kleinere Gewerkschaften⁸ gebildet. Von Letzteren erreicht die Ärztegewerkschaft Marburger Bund inzwischen ca. 108.000 Mitglieder⁹. Ein hoher gewerkschaftlicher Organisationsgrad ist Voraussetzung für erfolgreiche Arbeitskämpfe und den Abschluss von sozialverträglichen Tarifverträgen, mithin für den Einfluss auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

Die Gründe für die Mitgliederentwicklung sind vielfältig. Natürlich spielen externe Faktoren wie Arbeitslosigkeit und demographische Aspekte eine Rolle. Weit bedeutender erscheint jedoch der Übergang von der die Gewerkschaftsbewegung prägenden Industriegesellschaft zur Dienstleistungs- und Wissensgesellschaft verbunden mit allgemeinen gesellschaftlichen Tendenzen zu stärkerer Individualisierung¹⁰. Durch sinkende Mitgliederzahlen verlieren die Gewerkschaften nicht nur Beitragszahler, sie fürchten auch um Mächtigkeit und Einfluss. Hinzu kommt, dass die durchaus „machtbewussten“ Gewerkschaften in neueren Tarifabschlüssen ihren tarifrechtlichen „Alleinvertretungsanspruch“ von Arbeitnehmerinteressen im Wege der Vereinbarung von Öffnungsklauseln teilweise an Betriebsparteien abgeben müssen¹¹. Den Betriebsparteien, Arbeitgebern und Betriebsräten, werden zunehmend mehr Gestaltungsspielräume auf betrieblicher Ebene zugestanden. Arbeitgeber wie Gewerkschaften anerkennen damit, dass der unterschiedlichen wirtschaftlichen Situation einzelner Betriebe durch betriebsspezifische Regelungen Rechnung zu tragen ist.

Die Vielzahl tariflicher Öffnungsklauseln führen zu einer neuen Bewertung des kollektiven Interessenausgleichs. Sie dokumentieren zugleich, dass das Tarifvertragssystem in der Bundesrepublik Deutschland vor neuen Herausforderungen steht. Die weltweite Konkurrenz auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten zwingt die Betriebe, Kosten zu senken und dabei Personal optimiert einzusetzen. Insbesondere durch „betriebliche Bündnisse für Arbeit“ werden in wirtschaftlich problematischen Situationen Abweichungen vom Flächentarifvertrag gesucht. In unzähligen „Bündnissen für Arbeit“ weichen Belegschaften unter Assistenz ihrer Betriebsräte bei Stillschweigen der Gewerkschaften von festen tariflichen Lohnbestandteilen zugunsten von Arbeitsplatzgarantien ab. Der Flächentarifvertrag verliert so an Gestaltungskompetenz. Er wird jedenfalls durch flexible be-

² S. die tabellarische Darstellung bei Biebeler/Lesch, IW-Trends 2006, S. 4.

³ Vgl. hierzu WSI-Tarifhandbuch 2007, S. 250; ferner die Angaben bei Niedenhoff/Larmann.

⁴ IG Bau, IG BCE, GEW, IG Metall, NGG, GdP, Transnet - GdED u. ver.di.

⁵ S. <http://www.dgb.de/dgb/mitgliederzahlen> [Stand: 31.12.2008].

⁶ <http://www.dbb.de/dbb.php> [Stand: 30.06.2009].

⁷ <http://www.cgb.info/aktuell/imblickpunkt.php> [Stand: 30.06.2009].

⁸ S. WSI-Tarifhandbuch 2006/Bispinck, S. 62.

⁹ <http://www.marburger-bund.de/marburgerbund/bundesverband/verband/index.php> [Stand: 30.06.2009].

¹⁰ Vgl. hierzu auch Löwisch, Rn. 182.

¹¹ Vgl. Bispinck, WSI 2006, S. 361 ff.

triebliche Regelungen ergänzt¹². Es verwundert nicht, dass die Frage nach der Aktualität des Flächen-tarifvertrages diskutiert wird¹³.

Als Folge dieser Entwicklung fürchten die Gewerkschaften um ihre gewerkschafts- und tarifpolitische Mächtigkeit. Die Zahl der nicht organisierten deutschen Arbeitnehmer, die schlicht als „Nichtorganisierte“ bzw. „Außenseiter“¹⁴ bezeichnet werden, nähert sich einer Größe von nahezu 80 %. Die Mächtigkeit und damit die Kampfstärke der Gewerkschaften wird zum Gegenstand gesellschaftlicher und arbeitsrechtlicher Betrachtungen¹⁵. Dass die Aktivierung neuer Mitglieder in den Blickpunkt gewerkschaftlicher Strategien rückt, ist verständlich. Es geht um die Neubelebung der Motivation zum Gewerkschaftsbeitritt. Die Gewerkschaften beklagen, dass die Ergebnisse und Erfolge ihrer tarifrechtlichen Arbeit vielfach Organisierten wie Nichtorganisierten unterschiedslos zugute kommen. Der Tarifvertrag verliere dadurch jeglichen Werbeeffect und die Motivation zum gewerkschaftlichen Engagement, verbunden mit finanziellen Lasten in Form von Beitragszahlungen, schwinde¹⁶.

Bei der Suche nach Strategien zur Mitgliedergewinnung haben die Gewerkschaften ein bereits in den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts diskutiertes Thema neu entdeckt, mit dem sie die aktuelle arbeitsrechtliche Diskussion beleben. Es geht um die Frage nach der Zulässigkeit tariflicher Differenzierungsklauseln. In einer Grundsatzentscheidung vom 29.11.1967 hat der Große Senat des BAG Differenzierungsklauseln für unzulässig erklärt¹⁷. Das Gericht sieht in Differenzierungsklauseln vor allem eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG. Seither werden auf Grundlage der gerichtlichen Entscheidung¹⁸ Versuche der Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit und deren Absicherung durch Differenzierungsklauseln grundsätzlich als rechtlich unzulässig eingestuft¹⁹. Die Rechtsprechung des Großen Senats wird aktuell zunehmend hinterfragt. Allen voran *Gamillscheg* wirft der arbeitsrechtlichen Wissenschaft vor, eine kritische Auseinandersetzung mit der BAG-Rechtsprechung zur Zulässigkeit von tariflichen Differenzierungsklauseln und der Herleitung der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG zu scheuen²⁰. Die kritischen Stimmen werden auch von der Rechtsprechung nicht überhört. Unter dem 18.03.2009 äußert sich der 4. Senat des BAG zu Differenzierungsklauseln²¹. Er hält eine einfache Differenzierungsklausel im zu entscheidendem Fall für zulässig! Eine Anrufung des Großen Senats i.S.d. § 45 ArbGG erfolgte allerdings nicht. Die Grundsatzentscheidung aus 1967 bleibt aktuell. Gleichwohl fordert die neu belebte Diskussion um das

¹² So auch Wetzels, S. 1.

¹³ Vgl. zur Diskussion u.a. Henssler, ZfA 1994, S. 487 ff.; Franzen, RdA 2001, S. 1 ff.; Lessner, RdA 2005, S. 285 ff.; Zachert, NZA 2006, S. 10 ff.

¹⁴ Der Begriff „Außenseiter“ umfasst in den meisten Fällen auch die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer, die nicht der tarifschließenden Gewerkschaft angehören; vgl. zum Begriff „Außenseiter“ auch Zanetti, RdA 1973, S. 77 ff.; Kissel, § 38 Rn. 4, 7 f.

¹⁵ S. hierzu u.a. Rieble, ZfA 2005, S. 245 ff.

¹⁶ Vgl. hierzu etwa Däubler, BB 2002, S. 1643; Leydecker, AuR 2006, S. 11;

¹⁷ BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175 ff.

¹⁸ S. insoweit auch BAG v. 21.01.1987 – 4 AZR 486/86 u. 547/86, AP Nr. 46, 47 zu Art. 9 GG = NZA 1987, 357 u. 233 ff.; BAG v. 09.05.2007 – 4 AZR 275/06 = NZA 2007, 1439 ff.

¹⁹ So Hueck, Tarifausschlussklausel, S. 35 ff. u. S. 55; Maunz/Dürig/Scholz, Art. 9 GG Rn. 231; MünchArbR/Löwisch/Rieble, Bd. 3, § 245 Rn. 73; Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 399; Schmidt, NZA 1986, S. 627; Schüren, RdA 1988, S. 145 ff.; Neumann, RdA 1989, S. 243 ff.; Franzen, RdA 2001, S. 9 f.; Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 819 f.; Giesen, NZA 2004, S. 1318 ff.; Bauer/Arnold, NZA 2005, S. 1210 ff.; HWK/Hergenröder, Art. 9 GG Rn. 68; MünchKommBGB/Reuter, Vor § 21 Rn. 101; Wiedemann/Wiedemann, Einl. Rn. 285 ff.; ders./Thüsing, § 1 TVG Rn. 966; ders., RdA 2007, S. 67; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, S. 107 f.

²⁰ So Gamillscheg, NZA 2005, S. 147; ders., KA, S. 355; s. auch ders., Differenzierung, S. 47 ff. jeweils m.w.Nachw.

²¹ BAG v. 18.03.2009 – 4 AZR 64/08 n.v.

„Recht zur Differenzierung“ zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern zu eingehender wissenschaftlicher Betrachtung heraus.

B. Problemstellung

Differenzierungsklauseln sind im Tarifvertrag enthaltene Regelungen, mit denen die Arbeitgeber verpflichtet werden, bei tariflichen Leistungen zwischen tarifgebundenen Arbeitnehmern und sonstigen Arbeitnehmern zu differenzieren und den Gewerkschaftsmitgliedern über die Wirkung der §§ 3 I, 4 TVG hinaus vorteilhafte Ansprüche zu sichern²². Die Gewerkschaften versuchen, gewisse tarifliche Leistungen ausschließlich auf tarifgebundene Arbeitnehmer zu beschränken, um so einen höheren Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt zu schaffen und Vorteile für Mitglieder zu dokumentieren. In der Praxis gewähren die Arbeitgeber allerdings, regelmäßig durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme von Tarifverträgen, auch Nichtorganisierten dieselben Arbeitsbedingungen wie Gewerkschaftsmitgliedern. Dahinter steckt das Interesse der Arbeitgeber an einer vereinfachten Vertragsdurchführung und an einem spannungsfreien Betriebsklima²³. Gleichzeitig wird bei finanzieller und arbeitsrechtlicher Gleichstellung der Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt minimiert²⁴ und dadurch der soziale Gegenspieler geschwächt²⁵. Die Nichtorganisierten partizipieren an Erfolgen gewerkschaftlichen Engagements, ohne insoweit Mitgliedschaftsrechte erwerben zu müssen²⁶. Nicht nur Gewerkschaften stellen daher die Frage, ob durch Vereinbarung tariflicher Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen die Erstreckung tariflicher Vorteile auf Nichtorganisierte untersagt werden kann.

In jüngerer Zeit mehren sich Stimmen, die eine neue von der Rechtsprechung des Großen Senats abweichende differenzierte Betrachtungsweise zu Differenzierungsklauseln vorschlagen, welche mit Art. 9 III GG vereinbar sei²⁷. Vielfach in Bezug genommen wird eine Entscheidung des LAG Hamm aus 1994, in welcher das Gericht die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln in bestimmtem Umfang bejaht²⁸. Mit Urteil vom 18.03.2009²⁹ votierte auch das BAG für die im Einzelfall mögliche Zulässigkeit von einfachen Differenzierungsklauseln.

Die wissenschaftliche Diskussion wird von den Gewerkschaften zugleich koalitionspolitisch begleitet. Hinterfragt wird die verfassungsrechtliche Herleitung und Wirkung der negativen Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG. Dass Gewerkschaften ihr koalitionspezifisches Interesse, tarifliche Arbeitsbedingungen nur gewerkschaftlich Organisierten zukommen zu lassen, betonen, ist nachvollziehbar. Es

²² Zum Begriff s. u.a. Schaub/Schaub, ArbR-Hdb., § 188 Rn. 10; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 62; Preis, KA, S. 49 f.

²³ Vgl. Gamillscheg, KA, S. 730 ff.; Nikisch, RdA 1967, S. 89.

²⁴ S. Gamillscheg, KA, S. 375; Zachert, DB 1995, S. 322; Leydecker, AuR 2006, S. 11 ff.

²⁵ Zur organisationspolitischen Bedeutung der Klauseln u.a. Leydecker, S. 27 f.

²⁶ Vgl. zu dieser Problematik Hanau, JuS 1969, S. 213; Däubler, BB 2002, S. 1643.

²⁷ S. vor allem Gamillscheg, KA, S. 355 ff.; ders., NZA 2005, S. 147 ff.; Kempen/Zachert/Kempen, Grdl. Rn. 162 ff.; ders./Zachert/Wendeling-Schröder, § 3 TVG Rn. 238 ff.; ders., FA 2005, S. 14 ff.; Ulber/Strauß, DB 2008, S. 1970 ff.; Kocher, NZA 2009, S. 119 ff.; Zachert, DB 1995, S. 322 ff.; Däubler, BB 2002, S. 1643 ff.; Leydecker, AuR 2006, S. 11 ff.; ders., S. 57 ff. (S. 192 f. u. S. 203 f.) u. S. 364 ff.; zurückhaltend: Franzen, RdA 2008, S. 304 ff.; ders., RdA 2006, S. 1 ff.; ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 34; ErfK/Franzen, § 1 TVG Rn. 62.

²⁸ LAG Hamm v. 11.01.1994 – 11 Sa 979/93, LAGE Nr. 4 zu § 4 TVG.

²⁹ BAG v. 18.03.2009 - 4 AZR 64/08 n.v.

könne nicht sein, so die IG Metall³⁰, dass Nichtmitglieder von den erkämpften Tarifbedingungen profitieren, ohne einen Mitgliedsbeitrag zu zahlen bzw. sich in der Gewerkschaft zu engagieren. Dieser Vorteil der Nichtorganisierten müsse durch exklusive Leistungen für Gewerkschaftsmitglieder ausgeglichen werden.

Folge der neu entfachten arbeitsrechtlichen Diskussion um tarifliche Differenzierungsklauseln ist u.a. eine offensive Öffentlichkeitsarbeit der Gewerkschaften. In mehreren Pressemitteilungen aus jüngerer Zeit fordern die Gewerkschaften exklusive Vorteile für ihre Mitglieder³¹. Eine erste Offensive startete die ÖTV bereits 1995 mit der Forderung nach der Einführung von Bonusregelungen für Gewerkschaftsmitglieder³². Eine Umsetzung der Pläne scheiterte seinerzeit an einer überwiegend negativen öffentlichen Reaktion. Auf Grundlage der Rechtsprechung des BAG sah eine breite Öffentlichkeit in den gewerkschaftlichen Forderungen einen Verfassungsverstoß³³.

Zu weitergehenden Initiativen entschloss sich die IG Metall im November 2004. Betrieblichen Abweichungen vom Flächentarifvertrag will sie nur noch zustimmen, wenn im Gegenzug Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder im Tarifvertrag festgeschrieben werden³⁴. Derartige „Bonusleistungen“ betreffen die Bereiche Urlaub, Altersvorsorge und Weiterbildung sowie sonstige vermögenswirksame Leistungen. Sogar der Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen zugunsten von Gewerkschaftsmitgliedern wird gefordert und vereinbart. Die Vereinbarungen der IG Metall dienen vielfach als Vorbild für andere Einzelgewerkschaften. So streben auch die IG BCE und die Gewerkschaft ver.di exklusive Vorteile für ihre Mitglieder an³⁵. Betroffen sind hauptsächlich wirtschaftlich angeschlagene Betriebe oder Unternehmen, die Abweichungen vom Flächentarifvertrag in Form eines betrieblichen Sanierungstarifvertrags begehren. So kommt es in der arbeitsrechtlichen Praxis - zumeist ohne Abstimmung, aber mit Kenntnis der Arbeitgeberverbände - zu firmentariflichen Vereinbarungen von Einzelarbeitgebern und Gewerkschaften über die Gewährung von Bonusleistungen für Gewerkschaftsmitglieder.

Bei den Arbeitgeberverbänden sorgen derartige betrieblich ausgehandelte „Deals“ für wachsendes Unbehagen. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände und namhafte Wissenschaftler lehnen Bonusregelungen zu Gunsten von Gewerkschaftsmitgliedern weiterhin als verfassungswidrig ab. Gestützt auf die Rechtsprechung des BAG aus 1967 wird gewerkschaftlichen Bestrebungen nach einer Neubelebung der Diskussion und damit zur Anwendung von Differenzierungs-

³⁰ S. Metallnachrichten, Metallindustrie NRW, Nr. 8 - 26.11.2004.

³¹ S. FAZ v. 01.11.2004, S. 11; FAZ v. 02.11.2004, S. 1 u. S. 11; FAZ v. 15.12.2004, S. 14; FAZ v. 30.12.2004, S. 19; SZ v. 02.11.2004, S. 25; SZ v. 03.11.2004, S. 17; Handelsblatt v. 02.11.2004, S. 4 u. 9; Bauer, Handelsblatt v. 24.11.2004, S. 41; Die WELT v. 05.12.2004; v. 24.05.2005; FR v. 22.10.2004, S. 1 u. 9; FR v. 23.10.2004, S. 11; Wirtschaftswoche v. 04.11.2004, S. 25.

³² So Leydecker, S. 11 u. S. 51.

³³ Ablehnend äußerten sich beispielsweise: Deckstein, „Gewerkschaften müssen ‚Trittbrettfahrer‘ weiter befördern, SZ v. 03.01.1995, S. 1; Mundorf, „Trittbrettfahrer“, Handelsblatt v. 04.01.1995, S. 2; „Auf dem Trittbrett“, FAZ v. 03.01.1995, S. 9; zustimmend hingegen: Liebert, „Trittbrettfahrer, absteigen!“, FAZ v. 03.01.1995, S. 10; Wörner, „Interessante Perspektive“, FR v. 14.01.1995, S. 12; zusammenfassend Bispinck/Zachert, S. 194 ff.

³⁴ S. Metallnachrichten, Metallindustrie NRW, Nr. 8 - 26.11.2004; ferner FAZ v. 01.11.2004, S. 11; Bauer, Handelsblatt v. 24.11.2004, S. 41; sowie Wetzels, S. 1 ff.

³⁵ S. insoweit http://schwabo.verdi.de/aktuell/gewerkschaftsbonus_-_es_lebe_der_unterschied [Stand: 31.12.2007]; DIE WELT v. 24.05.2005; des Weiteren Leydecker, S. 11 f.; Däubler/Hensche, TVG, § 1 Rn. 868; Gamillscheg, NZA 2005, S. 150; Giesen, NZA 2004, S. 1317; Kempen, FA 2005, S. 14 f.; Franzen, RdA 2006, S. 2; s. auch die beigelegte Dokumentation mit Anlagen 1-10.

klauseln eine deutliche Absage erteilt³⁶. Die alte gewerkschaftliche Forderung, tarifgebundene Arbeitgeber dürften nur Mitglieder der vertragsschließenden Gewerkschaft beschäftigen (closed shop Modelle), wird auf Grund geschichtlicher Erfahrungen als „Schreckgespenst“ arbeitgeberseitiger Personalpolitik bemüht. Überraschend war insoweit der Vorstoß der CDU-Landtagsfraktion NRW, die im September 2008 in einem Eckpunktepapier mit dem Titel „Tarifautonomie sichern und stärken“ von einer möglichen „Anwendung moderater tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln“ sprach³⁷. Diese politische Unterstützung der gewerkschaftlichen Forderung nach Differenzierungsklauseln fand auch in der wissenschaftlichen Diskussion Beachtung. Insbesondere Preis betonte unter Hinweis auf das Papier, dass Sonderleistungen in Höhe des doppelten Gewerkschaftsbeitrages als Obergrenze „keinen unzulässigen Druck“ zum Gewerkschaftsbeitritt ausüben³⁸. Andere wiederum kritisierten den Vorschlag als „fatale Idee“ und attestierten eine „Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit“³⁹.

C. Einzelne Differenzierungsformen

Die Tarifparteien haben seit Anerkennung des Tarifgedankens sehr unterschiedliche Formen tariflicher Differenzierung entwickelt. Nachfolgend werden daher Differenzierungsformen erläutert, die mit unterschiedlichem Inhalt und differenzierter Tragweite existieren⁴⁰.

I. Einfache Differenzierungsklauseln

Einfache Differenzierungsklauseln stellen zunächst eine rechtlich weitgehend unproblematische Variante der Differenzierung dar. In solchen Klauseln wiederholt der Tarifvertrag lediglich die in §§ 3 I, 4 I TVG geregelte Rechtslage und stellt klar, dass nur Gewerkschaftsmitgliedern ein rechtlicher Anspruch auf tarifvertraglich vereinbarte Leistungen zusteht⁴¹. Sie wirken grundsätzlich rein deklaratorisch. Eine Gleichstellung der Außenseiter mit den Arbeitnehmern der tarifschließenden Gewerkschaft bleibt dem Arbeitgeber einzelvertraglich möglich⁴².

Einfachen Differenzierungsklauseln kann aber auch eine konstitutive Wirkung zukommen. Das Kriterium „Gewerkschaftsmitgliedschaft“ wird dann zum erforderlichen Tatbestandsmerkmal der jeweiligen Regelung. Die Wissenschaft prägte diesbezüglich den Begriff der „mitgliedschaftsan-

³⁶ Vgl. u.a. Giesen, NZA 2004, S. 1318 ff.; Bauer/Arnold, NZA 2005, S. 1210 ff.; Wiedemann, RdA 2007, S. 67; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, S. 107 f.

³⁷ S. <http://www.jura.uni-koeln.de/uploads/media/Eckpunktepapier.pdf>.

³⁸ So Preis zitiert in KStA v. 11.09.2008 „Gewerkschafter sollen Vorteile genießen“; Rheinische Post v. 11.09.2008 „CDU: Vergünstigungen für Gewerkschafter“; ausführlich hierzu Preis, KA, S. 49 ff.

³⁹ Vgl. Rheinischer Merkur v. 18.09.2008 „Bunter Bonusbasar“, S.3; s. zu dem Thema auch FAZ v. 10.09.2008 „Schmoldt lobt die CDU“, S. 2; NRZ - Das politische Magazin v. 11.09.2008 „NRW-CDU will Bonus für Gewerkschafter“; FAZ v. 17.09.2008 „Gleichbehandlung bleibt möglich“, S. 11; Westfälische Rundschau v. 19.09.2008 „Sollen Gewerkschaftler Boni erhalten?“, S. 3; Die Zeit v. 18.09.2008 „Gewerkschaften obenauf“, S. 4.

⁴⁰ Vgl. zu den unterschiedlichen Arten: Wiedemann/Wiedemann, Einl. Rn. 274 f.; Zöllner, S. 11 ff.; Hueck, Tarifausschlußklausel, S. 13 ff.; Franzen, RdA 2006, S. 4; Gamillscheg, Differenzierung, S. 10 ff.; Hueck/Nipperdey, 7. Auflage - 1967, II/1, S. 162.

⁴¹ Insoweit werden sie auch als neutrale Klauseln u. sogar als überflüssig bezeichnet - vgl. Franzen RdA 2006, S. 2; Blom, S. 3; Zöllner, S. 15; Seitenzahl/Zachert/Pütz, S. 38 f.

⁴² Vgl. Zöllner, S. 14 ff. u. S. 46 ff.; Däubler, BB 2002, S. 1643; Leydecker, AuR 2006, S. 11; Franzen, RdA 2006, S. 2.

knüpfenden Klausel“⁴³. Insbesondere in Verbindung mit einer Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 I TVG kann eine solche Klausel Nichtorganisierte benachteiligen. Auf Grund des fehlenden anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmals „Gewerkschaftsmitglied“ partizipieren Nichtorganisierte entgegen der eigentlichen Intention der Allgemeinverbindlicherklärung nicht an der konkreten tariflichen Leistung. Eine Ausdehnung des Tarifanspruchs gem. § 5 IV TVG erfolgt lediglich auf gewerkschaftsangehörige Arbeitnehmer, die bisher bei einem Außenseiterarbeitgeber beschäftigt waren oder je nach Ausgestaltung auf anders organisierte Arbeitnehmer⁴⁴. Ähnliches gilt bei einzelvertraglicher Bezugnahme auf Tarifverträge. Nach Sinn und Zweck typischer Gleichstellungsabreden soll die auf Grund der §§ 3 I, 4 I TVG fehlende Tarifbindung der Nichtorganisierten kompensiert und die tarifliche Lage in deren Arbeitsbedingungen widergespiegelt werden. Eine umfassende Behandlung als Gewerkschaftsmitglied bewirkt aber auch eine arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines Tarifvertrages nicht⁴⁵. Sieht der Tarifvertrag die Gewerkschaftsmitgliedschaft als konstitutives Tatbestandsmerkmal zum Erhalt einer tariflichen Leistung vor, partizipieren Nichtorganisierte mangels Tatbestandserfüllung gerade nicht an der konkreten Sonderleistung. Die Möglichkeit der einzelvertraglichen Erstreckung der jeweiligen Tarifleistung seitens des Arbeitgebers auf Nichtorganisierte bleibt aber auch bei konstitutiver Wirkung von einfachen Differenzierungsklauseln unberührt⁴⁶.

Zur Abgrenzung zwischen deklaratorischer und konstitutiver Wirkungsweise einfacher Differenzierungsklauseln ist auf den Regelungswillen der Tarifparteien bei Abschluss der jeweiligen Regelung abzustellen. Bezwecken die Tarifpartner allein die Klarstellung des Gesetzeswortlauts der §§ 3 I, 4 I TVG wirkt die Klausel rein deklaratorisch. Eine Allgemeinverbindlicherklärung entfacht die Wirkung des § 5 IV TVG. Die Gleichstellungsabrede begründet die Geltung des Tarifvertrages als Teil des Arbeitsvertrages. Immer öfter geht der Wille der Tarifvertragsparteien aber dahin, die Gewerkschaftsmitgliedschaft als Tatbestandsmerkmal in dem Sinne festzuschreiben, dass eine Leistung nur dem abgrenzbaren Mitgliederkreis zustehen soll. Die konstitutive Wirkung einfacher Klauseln muss allerdings aus den Umständen des Vertragsschlusses oder aus Aufbau und Inhalt des Tarifvertrages gesondert hervorgehen⁴⁷.

II. Organisations- bzw. Absperrklauseln

Die einschneidendste Form der Differenzierung in Gestalt von Organisations- bzw. Absperrklauseln, durch die Arbeitgeber verpflichtet werden sollen, nur Organisierte oder nur Mitglieder bestimmter Organisationen einzustellen⁴⁸, taucht nach 1945 in Deutschland nicht wieder auf⁴⁹. Organisations- bzw. Absperrklauseln verstoßen gegen die freie Auswahl des Arbeitsplatzes gem. Art. 12 I GG, weil das Arbeitsverhältnis als Grundlage der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers nicht von einem Beitritt oder Austritt aus einer Gewerkschaft abhängig sein darf. Aus gleichem Grund verletzen derart weitreichende Klauseln die individuelle positive und negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG⁵⁰.

⁴³ Dazu BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 188 f. = SAE 1969, 246, 250; s. auch Franzen, RdA 2006, S. 2; Zöllner, S. 14 ff.; Hueck, Tarifausschlussklausel, S. 61 ff.

⁴⁴ Vgl. BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 188 f.; ferner Zöllner, S. 15 u. S. 46 ff.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 89.

⁴⁵ S. BAG v. 09.05.2007 - 4 AZR 275/06 = NZA 2007, 1439 ff.

⁴⁶ Vgl. Franzen, RdA 2006, S. 2.

⁴⁷ Vgl. hierzu BAG v. 09.05.2007 - 4 AZR 275/06 = NZA 2007, 1439 ff.

⁴⁸ S. hierzu S. 12 ff.

⁴⁹ S. Leydecker, S. 46; Hanau, JuS 1969, S. 213 f.; Gamillscheg, KA, S. 388 f.

⁵⁰ So auch ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 33; Schaub/Schaub, ArbR-Hdb., § 188 Rn. 10; Däubler/Schieck, TVG, Einl. Rn. 282; ders., Tarifvertragsrecht, Rn. 1210 f.; Hueck/Nipperdey, 7. Auflage - 1967, II/1, S. 162 ff.;

Zudem sind sie nicht vereinbar mit der positiven und negativen Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit des Art. 11 I EMRK⁵¹.

III. Solidaritätsbeiträge

In der Erkenntnis breiter gesellschaftlicher und rechtlicher Ablehnung von Organisations- bzw. Aussperrklauseln entwickelten die deutschen Gewerkschaften in den fünfziger Jahren des 20. Jahrhunderts den Weg tariflicher Differenzierung weiter. Nach Schweizer Vorbild versuchte um 1960 u.a. die IG Bau-Steine-Erden, sog. Solidaritätsbeiträge⁵² bei nicht organisierten Arbeitnehmern zu erheben⁵³. Nach Schweizer Recht können Nichtorganisierte in Tarifverträgen verpflichtet werden, auf Grund ihrer Partizipation an tariflichen Vorteilen, anstelle des ersparten Gewerkschaftsbeitrages einen Solidaritätsbeitrag zugunsten der Gewerkschaften zu zahlen⁵⁴. Entsprechende Beiträge verstoßen nach Schweizer Recht bis zu einer Höhe von 2/3 des Gewerkschaftsbeitrages nicht gegen die Koalitionsfreiheit⁵⁵.

Die Erhebung von Solidaritätsbeiträgen ohne gesetzliche Grundlage scheiterte in Deutschland - ungeachtet der verfassungsrechtlichen Problematik - bereits an der fehlenden tarifrechtlichen Umsetzungsmöglichkeit. Im normativen Teil des Tarifvertrages verhindert die mangelnde Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien eine Beitragserhebung gegenüber Nichtorganisierten⁵⁶. Gleiches gilt für die Beitragszahlung unmittelbar an eine Gemeinsame Einrichtung des vertragsschließenden Verbandes gem. § 4 II TVG. Auch eine Allgemeinverbindlicherklärung einer solchen Klausel muss als unzulässig eingestuft werden, da sie gem. § 5 I TVG nur eine durch Mitgliedschaft geltende Norm auf Außen-seiter erstrecken kann⁵⁷. Im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrages wurde die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Vereinbarung von Solidaritätsbeiträgen mit Nichtorganisierten allerdings vereinzelt für zulässig erachtet⁵⁸, bot aber auf Grund des Widerstandes der Arbeitgeber keine Aussicht auf praktische Durchführung⁵⁹. Solidaritätsbeiträge von Nichtorganisierten zugunsten der Gewerkschaften setzten sich in Deutschland nicht durch, weshalb sich die deutschen Gewerkschaften primär auf tarifliche Zusatzleistungen für ihre Mitglieder und deren Absicherung gegenüber Nichtorganisierten konzentrierten.

Nikisch, ArbR II, S. 37 f.; Dütz, Rn. 557; Gamillscheg, KA, S. 388 f. m.w.Nachw.; ders. Differenzierung, S. 10 (Fn. 7).

⁵¹ Vgl. hierzu die Ausführungen des EGMR v. 13.08.1981 = NJW 1982, 2717 ff.

⁵² Im angloamerikanischen Bereich ist der Solidaritätsbeitrag unter dem Namen „agency shop“ verbreitet.

⁵³ So der Vorstoß des Vorsitzenden der Gewerkschaft Bau-Steine-Erden Georg Leber - s. Gamillscheg, NZA 2005, S. 146; vgl. des weiteren Heußner, RdA 1960, S. 297 ff.; Hueck, RdA 1961, S. 141 ff.; Biedenkopf, JZ 1961, S. 349 ff.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 11 f. m.w.Nachw.; Gamillscheg, KA, S. 353 f.; Kempen/Zachert/Kempen, § 3 TVG Rn. 241; Wiedemann/Wiedemann, Einl. Rn 279 ff.; Seitzzahl/Zachert/Pütz, S. 3 ff. u. S. 62 f.; Dreschers, S. 375; Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1190 ff.

⁵⁴ Zur Rechtslage in der Schweiz vgl. Zanetti, RdA 1973, S. 77 ff.; Schweingruber, S. 36 ff.; Gysin, RdA 1950, S. 4 ff.

⁵⁵ Schweizer BGE 74 II, 168 f.; 75 II, 305 ff.

⁵⁶ Eingehend zur Möglichkeit Solidaritätsbeiträge zu vereinbaren Hueck, RdA 1961, S. 143 ff.; s. auch Schaub/Schaub, ArbR-Hdb., § 188 Rn. 10; Gamillscheg, KA, S. 354 m.w.Nachw.; zur Tarifbindung im Allgemeinen s. Wiedemann/Oetker, § 3 Rn. 6 ff.; Schnorr, FS Molitor, S. 251 f.; Diekhoff, DB 1961, S. 167 f.

⁵⁷ Hueck/Nipperdey, 7. Auflage - 1967, II/1, S. 169 f.; Hueck, RdA 1961, S. 144 f.

⁵⁸ S. Heußner, RdA 1960, S. 298; Gamillscheg, KA, S. 354.

⁵⁹ Vgl. Leber, RdA 1962, S. 18, 20; Hueck, RdA 1961, S. 148 (Fn. 40) unter Hinweis auf Müller; Seitzzahl/Zachert/Pütz, S. 3 ff.

IV. Qualifizierte Differenzierungsklauseln in Form von Tarifausschluss- und Spannensicherungsklauseln

In Erweiterung zur einfachen Differenzierungsklausel treten bei sog. „qualifizierten Differenzierungsklauseln“ neben die Anknüpfung an die Gewerkschaftsmitgliedschaft besondere Vereinbarungen, die den Arbeitgeber rechtlich verbindlich davon abhalten sollen, Tarifbedingungen auf Außenseiter zu erstrecken. Auch bei qualifizierten Klauseln wird zwischen allgemeinen und beschränkten Klauseln unterschieden⁶⁰. Während allgemeine Klauseln an die Gewerkschaftsmitgliedschaft als solche anknüpfen, gelten beschränkte Klauseln nur für solche Arbeitnehmer, die in der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert sind.

Qualifizierte Differenzierungsklauseln existieren in Form von „Tarifausschluss- und Spannensicherungsklauseln“. Tarifausschlussklauseln bezwecken, Nichtorganisierte von bestimmten tariflichen Leistungen gänzlich auszuschließen und materielle Vorteile nur auf organisierte Arbeitnehmer zu erstrecken⁶¹. Spannensicherungsklauseln⁶² wiederum schließen tarifliche Leistungen gegenüber Nichtorganisierten nicht aus, sondern schreiben einen Vorsprung der Arbeitsbedingungen Organisierter fest⁶³. Bei zusätzlichen Tarifleistungen an Nichtorganisierte erhalten Organisierte einen tarifvertraglichen Anspruch gegen den Arbeitgeber, die vereinbarte Spanne in den Arbeitsbedingungen zwischen organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmern wieder herzustellen. Ein Anspruch auf die Zusatzleistung entsteht aber nur, wenn der Arbeitgeber den Außenseitern einheitlich bestimmte Vorteile gewährt - z.B. durch vertragliche Einheitsregelung, Gesamtzusage oder betriebliche Übung. Eine individuelle Vorteilsgewährung zugunsten einzelner Nichtorganisierter, löst den Anspruch aus der Spannensicherungsklausel nicht aus⁶⁴.

V. Kündigungsschutzklauseln

In Kündigungsschutzklauseln verzichtet der Arbeitgeber zugunsten gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer auf betriebsbedingte Kündigungen. Neben solchen Kündigungsausschlüssen für Organisierte, existieren auch Regelungen, die betriebsbedingte Kündigungen von der ausdrücklichen Zustimmung der Gewerkschaft oder von der schriftlichen Zustimmung des Betriebsrates abhängig machen⁶⁵. Dieser zusätzliche Arbeitsplatzschutz für Gewerkschaftsmitglieder findet sich in Beschäftigungssicherungsverträgen.

⁶⁰ S. Wiedemann/Wiedemann, Einl. Rn. 275; Blom, S. 2 f.; Schaub/Schaub, ArbR-Hdb., § 207 Rn. 4.

⁶¹ Vgl. HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 107; Franzen, RdA 2006, S. 2; Däubler, BB 2002, S. 1644.

⁶² In der Literatur auch als Abstandsklauseln oder Spannensklauseln bezeichnet; Gewerkschaften gebrauchten bevorzugt den Begriff „Benachteiligungsverbote“.

⁶³ Vgl. HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 107; Schaub/Schaub, ArbR-Hdb., § 207 Rn. 4; Dütz, Rn. 559; Bauer/Arnold, NZA 2005, S. 1209 f.; Leydecker, AuR 2006, S. 11.

⁶⁴ Vgl. ausführlich Leventis, S. 22 ff.; weiter Gamillscheg, Differenzierung, S. 74 f.; Hueck, Tarifausschlussklausel, S. 16; Zöllner, S. 17; Leydecker, AuR 2006, S. 14.

⁶⁵ Vgl. hierzu auch Wiedemann/Wiedemann, Einl. Rn. 275; Gamillscheg, NZA 2005, S. 150.

VI. Sonderzahlungen an die Gewerkschaft

Sonderzahlungen an die Gewerkschaft stellen eine aktuell zunehmend praktizierte Differenzierungsmethode dar⁶⁶. In diesen Fällen einigen sich Arbeitgeber und Gewerkschaft im Rahmen von Tarifverhandlungen einvernehmlich auf eine arbeitgeberseitige Sonderzahlung unmittelbar an die Gewerkschaft als Gegenleistung für tarifvertragliches Entgegenkommen⁶⁷. Die Gewerkschaft verpflichtet sich zugleich, den erhaltenen Betrag an ihre Mitglieder zur Minderung der aus dem Tarifvertragsschluss mit dem Arbeitgeber erwachsenden Nachteile weiterzuleiten. Anstelle von Zahlungen an die Gewerkschaft wird auch gerne der Umweg über vom Arbeitgeber finanzierte oder mitfinanzierte gewerkschaftsnahe Vereine, Stiftungen oder Sozialeinrichtungen gewählt.

Die enge Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Gewerkschaft dient als Basis für diesen modernen Weg der Differenzierung zwischen Organisierten und Außenseitern. Derartige Abreden finden sich demzufolge auch vorrangig zwischen Arbeitgebern und größeren Verbänden wie der IG Metall, welche auch im Wege der Unternehmensmitbestimmung einen engen Kontakt zum Arbeitgeber pflegen.

VII. Differenzierende Leistungen aus Gemeinsamen Einrichtungen gem. § 4 II TVG

Die Tarifvertragsparteien gewähren tarifliche Leistungen oftmals auch über Gemeinsame Einrichtungen gem. § 4 II TVG. Gemeinsame Einrichtungen werden von den Tarifvertragsparteien in Form einer juristischen Person oder Personengesamtheit errichtet und getragen⁶⁸. In Betracht kommt eine Gründung als Verein, Kapitalgesellschaft, Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder als Stiftung⁶⁹. Die Einrichtung verfügt in der Regel über ein eigenes (Sonder-) Vermögen, welches im Regelfall durch den tarifgebundenen Arbeitgeber erbracht wird⁷⁰. Möglich sind aber auch Beiträge der tarifschließenden Gewerkschaft. In den meisten Fällen sind Gemeinsame Einrichtungen paritätisch verwaltet, wobei nach dem Grundsatz der Privatautonomie die Organisation auch allein durch die Gewerkschaft erfolgen kann.

Als Gegenstände der Einrichtung dienen alle Regelungen, die auch Gegenstand einer Individualnorm sein könnten. Zu den klassischen Regelungen gehören vor allem zusätzliches Urlaubsgeld, Lohnausgleich oder überbetriebliche Altersversorgung. Die Aufgaben können aber auch im Bereich der Ausbildung und Qualifizierung von Arbeitnehmern liegen⁷¹. Der Zweck und die Organisationsstruktur solcher Einrichtungen lassen sich durch Verbands- sowie Firmentarifvertrag regeln⁷².

⁶⁶ Vgl. Franzen, RdA 2006, S. 7 mit dem Hinweis auf zwei Firmentarifverträge der IG Metall NRW (Fn. 78 u. 79); Gamillscheg, NZA 2005, S. 150; für möglich halten solche freiwilligen Leistungen auch Wiedemann, RdA 2007, S. 67 u. HWK/Henssler, § 1 TVG Rn. 107.

⁶⁷ Vgl. Wiedemann/Wiedemann, Einl. Rn. 430; Gamillscheg, NZA 2005, S. 150; Franzen, RdA 2006, S. 7 f.

⁶⁸ Zu Gemeinsamen Einrichtungen vgl. ErfK/Franzen, § 4 TVG Rn. 22 ff.; Wiedemann/Oetker, § 1 Rn. 781 ff.; Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 9 ff.; Däubler/Hensche, TVG, § 1 Rn. 935.

⁶⁹ Gebunden sind die Tarifvertragsparteien bei der Wahl der Rechtsform lediglich an den „*numerus clausus*“ der Gesellschaftsformen vgl. Wiedemann/Oetker, § 1 Rn. 818 ff.; Däubler/Hensche, TVG, § 1 Rn. 936; ausführlich zu den Rechtsformen Assenmacher, S. 158 ff.

⁷⁰ Zur Vermögensbildung der Gemeinsamen Einrichtung vgl. Assenmacher, S. 191.

⁷¹ S. Assenmacher, S. 115 ff.; Wiedemann/Oetker, § 1 Rn. 785 f.

⁷² Vgl. Gamillscheg, KA, S. 618 m.w.Nachw.; MünchArbR/Löwisch/Rieble, Bd. 3, § 263 Rn. 13.

Obwohl die Zwischenschaltung einer Gemeinsamen Einrichtung die Wirkungsweise von Differenzierungsklauseln weitestgehend unverändert lässt⁷³, werden tarifliche Differenzierungen in der Praxis häufig mittels Gemeinsamer Einrichtungen angestrebt⁷⁴. Gerade die Arbeitgeber versprechen sich durch den Einsatz „außerbetrieblicher Kassen“ eine diskretere Handhabung der Differenzierung und damit die Vermeidung von Konflikten auf Betriebsebene⁷⁵. Eigentlicher Grund der Zwischenschaltung einer Gemeinsamen Einrichtung ist jedoch die nicht ganz unproblematische einzelvertragliche Inbezugnahme der von Einrichtungsseite gewährten Leistungen. § 4 II TVG erstreckt die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrages über die Gemeinsame Einrichtung auf die Rechtsbeziehungen zwischen Einrichtung und tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern sowie auf die Satzung der Einrichtung. Danach können grundsätzlich nur organisierte Arbeitnehmer unter bestimmten festgeschriebenen Voraussetzungen Leistungen von der Einrichtung beanspruchen⁷⁶. Außenseiter partizipieren an den Vorteilen regelmäßig nicht⁷⁷. Insbesondere kann die Einrichtung nicht durch arbeitsvertragliche Bezugnahme zur Leistung an Nichtorganisierte verpflichtet werden. Dies würde einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen⁷⁸. Eine Bezugnahmeklausel wird in der Praxis allerdings dahingehend auszulegen sein, dass sich der Arbeitgeber selbst verpflichtet, die zusätzlichen Leistungen Außenseitern zu gewähren⁷⁹. Möglich ist dies regelmäßig bei Geldleistungen und Altersversorgungskassen. Eine Gleichstellung scheidet hingegen, sofern eine Einrichtung Dienstleistungen erbringt, wie z.B. die Qualifizierung von Mitarbeitern. Aber auch die einzelvertragliche Gewährung von Leistungen, die den Organisierten über das Satzungsrecht einer Gemeinsamen Einrichtung vorenthalten werden, wird seitens der Arbeitgeber nur sehr zurückhaltend praktiziert⁸⁰. Organisatorische, psychologische und finanzielle Gründe machen eine Gleichstellung der Nichtorganisierten oftmals faktisch unmöglich⁸¹. Nicht zu unterschätzen ist diesbezüglich auch die fehlende Information des Arbeitgebers über den gewerkschaftlichen Mitgliedschaftsstatus seiner Angestellten⁸². Hingewiesen sei insofern bereits auf die beschränkenden Wirkungen des Bundesdatenschutzgesetzes gem. § 28 VI BDSG. Aus diesem Grund bedarf es der umstrittenen Absicherung von Vorteilen für Gewerkschaftsmitglieder mittels qualifizierter Differenzierungsklauseln je nach Regelungsgegenstand bei Gemeinsamen Einrichtungen nicht - ein rechtlich unbestritten bedeutender Umstand bei der Diskussion um die Zulässigkeit von Differenzierungen mittels Gemeinsamer Einrichtungen.

⁷³ Vgl. dazu Bötticher, Gemeinsame Einrichtungen, S. 107 f.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 101; Hueck, Tarifausschlussklausel, S. 56 f.; ders./Nipperdey, 7. Auflage - 1967, II/1, S. 165 f.

⁷⁴ S. z.B. die Errichtung eines Treuhandkonto zur Verwaltung von Urlaubsgeld in BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 177 f.; vgl. auch Seitenzahl/Zachert/Pütz, S. 44 ff.

⁷⁵ Vgl. Leydecker, AuR 2006, S. 12.

⁷⁶ Zur Problematik, ob zur Leistungsgewährung die beidseitige Tarifgebundenheit notwendig ist vgl.

Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, S. 81 ff. m.w.Nachw.; ferner Kempen/Zachert/Kempen, § 4 TVG Rn. 244.

⁷⁷ S. BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 191 f.; ferner u.a. Assenmacher, S. 193; Stein, Rn. 578; zu möglichen Ausnahmen vgl. Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, S. 80 u. S. 87 ff.

m.w.Nachw.

⁷⁸ Vgl. Annuß, BB 1999, S. 2558; Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, S. 91 m.w.Nachw.; Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 159 f., § 3 Rn. 254 u. § 4 Rn. 201; ErfK/Franzen, § 4 TVG Rn. 25; Seitz/Werner, NZA 2000, S. 1257.

⁷⁹ S. Löwisch/Rieble, § 3 Rn. 254 u. § 4 Rn. 201; Jacobs/Krause/Oetker/Krause, § 4 Rn. 109; ErfK/Franzen, § 4 TVG Rn. 25.

⁸⁰ S. Gamillscheg, Differenzierung, S. 101.

⁸¹ S. Thüsing/von Hoff, ZfA 2008, S. 98; Seitenzahl/Zachert/Pütz, S. 46 f.

⁸² Vgl. Fn. 323.

VIII. Gentlemen Agreements

Schließlich findet über „Gentlemen Agreements“ eine weitere Form der Differenzierung Eingang in die Tarifpraxis⁸³. Gewerkschaften treffen beim Abschluss von Firmentarifverträgen vereinzelt informelle Vereinbarungen mit der Arbeitgeberseite, bestimmte tarifliche Leistungen nur organisierten Arbeitnehmern vorzubehalten. Gentlemen Agreements sind im Prinzip mit Tarifausschlussklauseln vergleichbar. Mangels Einhaltung des Schriftformerfordernisses gem. § 1 II TVG sind derartige Vereinbarungen jedoch nicht verbindlich. Ihre praktische Effizienz dürfte dies gleichwohl kaum mindern.

D. Ansatz der rechtlichen Überprüfung von Differenzierungsklauseln

Die Überprüfung von Differenzierungsklauseln muss auf verfassungs- und tarifrechtlicher Ebene unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Großen Senats vom 29.11.1967, welcher sich mit der Problematik von Differenzierungsklauseln in seinem Grundsatzurteil ausführlich beschäftigt hat, erfolgen. Dabei ist insbesondere die grundrechtliche Problematik der Zuordnung der negativen Koalitionsfreiheit zu klären. Die negative Koalitionsfreiheit gewährleistet die Freiheit, einer Koalition fernzubleiben oder aus ihr auszutreten⁸⁴. Damit schützt sie laut BAG die Nichtorganisierten vor unmittelbarem und mittelbarem Druck bzw. Zwang, einer Koalition beizutreten. Argumentiert wird, dass Differenzierungsklauseln einen „sozialinadäquaten Druck“ auf Nichtorganisierte ausüben und diese im Ergebnis zum Gewerkschaftsbeitritt zwingen.

Das BVerfG und der Große Senat des BAG leiten die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG ab⁸⁵. Teile der Literatur wenden sich gegen dieses Ergebnis und verweisen auf Art. 2 I GG mit der daraus entwickelten Möglichkeit, Differenzierungsklauseln zugunsten von Gewerkschaftsmitgliedern nutzen zu können⁸⁶. Die Herleitung der negativen Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG oder aus dem Auffanggrundrecht des Art. 2 I GG bewirkt eine unterschiedliche Intensität des Fernbleiberechts der Nichtorganisierten.

Richtigerweise ist die negative Koalitionsfreiheit quasi als Spiegelbild der positiven Koalitionsfreiheit aus Art. 9 III GG herzuleiten. Art. 9 III GG schützt nach seinem historischen und dogmatischen Verständnis die Gründungs-, Beitritts- und Betätigungsfreiheit, aber eben auch das Recht des Einzelnen, sich nicht zu Koalitionen zusammenzuschließen, bestehenden Koalitionen fernzubleiben und bei bereits erfolgtem Eintritt wieder austreten zu dürfen. Das Zusammenspiel der positiven und negativen Koalitionsfreiheit in Art. 9 III GG lässt sich dogmatisch sauber im Rahmen einer Abwägung bei der Verhältnismäßigkeit beurteilen. Allein die unterschiedliche Behandlung von Organisierten und Nichtorganisierten, wie sie auch §§ 3, 4 TVG vorsehen, rechtfertigt einen Vorrang der negativen Koalitionsfreiheit nicht. Der Einzelne muss sich bei sozialadäquatem Druck dem Kollektiv unterordnen.

⁸³ Vgl. Leydecker, AuR 2006, S. 11; zum Begriff auch Kempen/Zachert/Zachert, § 1 TVG Rn. 727.

⁸⁴ Vgl. u.a. ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 32; Sachs/Höfling, Art. 9 Rn. 65; Dreier/Bauer, Art. 9 GG Rn. 81.

⁸⁵ So BVerfGE 50, 290, 367; 55, 7, 22; 57, 220, 245; 64, 208, 213; 73, 261, 270; 103, 293, 304; BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 215.

⁸⁶ S. u.a. Hueck/Nipperdey, 7. Auflage - 1967, II/1, S. 156 ff.; Gamillscheg, KA, S. 381; Söllner/Waltermann, § 9 Rn. 191; Hellermann, S. 20 ff.; Leventis, S. 33 ff. m.w.Nachw.

Art. 9 III GG schützt vor Zwang oder Druck zum Gewerkschaftsbeitritt, bloße Anreize sind hingegen zulässig.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene kommt neben der negativen auch der positiven Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG, der Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG, der Arbeitsvertragsfreiheit gem. Art. 2 I, 12 I GG und dem allgemeinen Gleichheitssatz gem. Art. 3 I GG wesentliche Bedeutung bei der Beurteilung der Zulässigkeit von tariflichen Differenzierungsklauseln zu.

Einer umfänglichen Erörterung bedürfen weiterhin tarifrechtliche Aspekte. Losgelöst von der verfassungsrechtlichen Fragestellung beanstandet das BAG die quasi „Beitragserhebung“ von Nichtorganisierten unter Mithilfe der Arbeitgeber, wodurch deren sozialer Gegenspieler materiell gestärkt werde. Dies verletze das „Gerechtigkeitsempfinden“ nachhaltig und überschreite die Grenzen der den Tarifvertragsparteien gem. § 1 TVG gesetzten Tarifmacht⁸⁷.

Das BAG ist der Ansicht, eine Differenzierungsabrede im normativen Teil des Tarifvertrages sei bereits auf Grund der Unzuständigkeit der Tarifpartner nicht möglich. Arbeitgeberverbände sowie Gewerkschaften seien schließlich in ihrer Normsetzungsbefugnis gem. §§ 3 I, 4 I TVG auf ihre Mitglieder beschränkt. Schuldrechtliche und einseitig normative Regelungen könnten einen mittelbaren Übergriff auf die Arbeitsverträge der Nichtorganisierten bewirken. Ein mittels tariflicher Differenzierungsklauseln erzeugter Übergriff ist daher nach Ansicht des BAG verfassungs- und tarifrechtlich verboten⁸⁸. Schließlich merkt das BAG an, dass eine tarifliche Differenzierung für den Arbeitgeber gem. § 242 BGB unzumutbar sei, weil er sich dadurch „in die Dienste des Koalitionsgegners“ stelle⁸⁹. Diese reichlich unbestimmten Rechtsbegriffe verschärften die Diskussion um tarifliche Differenzierungsklauseln in der Literatur.

Auf Grund der verwandten unbestimmten Rechtsbegriffe in der Entscheidung des Großen Senats von 1967 bleibt bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln ein gewisser Interpretationsspielraum. Diesen hat der 4. Senat des BAG in seinen Entscheidungen vom **09.05.2007** und zuletzt vom **18.03.2009** aufgegriffen. In seinem Urteil vom 09.05.2007 musste der Senat nicht abschließend über die Zulässigkeit der Differenzierungsklausel urteilen, da er die streitgegenständliche Klausel auf Grund einer Stichtagsregelung als unzulässig einstufte. Die Frage nach der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln hat der 4. Senat aber bewusst im Grundsatz offen gelassen und angemerkt, dass die Einstufung der Klauseln als unzulässig durch den Großen Senat noch unter Beachtung der Kernbereichsrechtsprechung ergangen ist. Dies deutet darauf hin, dass der 4. Senat einer erneuten Überprüfung der bislang geltenden Grundsatzrechtsprechung von 1967 nicht ablehnend gegenübersteht, sondern Tendenzen in Wissenschaft und betrieblicher Praxis zugunsten der Vereinbarungsbefugnis bestimmter Differenzierungsarten durchaus Beachtung schenkt.

Nach „Klarstellung“ der Kernbereichslehre durch das BVerfG im Jahr 1995 und der Anerkennung eines Schutzes jeder koalitionspezifischen Betätigung hat sich die Ausgangslage gewiss verändert.

⁸⁷ BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 187 ff. u. 218 ff.

⁸⁸ BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 228 f.

⁸⁹ BAG (GS) v. 29.11.1967 – GS 1/67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG = E 20, 175, 222.

Die Betätigungsfreiheit der Koalitionen als solcher hat einen größeren Stellenwert eingenommen. Sinkende gewerkschaftliche Mitgliedszahlen und größerer Wettbewerb von Arbeitnehmerkoalitionen untereinander (Stichwort: Spezialistengewerkschaften) sind weitere Faktoren, die unser Tarifsysteem verändert haben und bereits politische Forderungen nach Stärkung der Tarifautonomie aufkommen ließen. Diese arbeits- und gesellschaftspolitischen Entwicklungen müssen richtigerweise bei der Abwägung im Rahmen des Art. 9 III GG neu beachtet werden. Ob dies auch eine im Ergebnis Neubewertung der Differenzierungsproblematik nach sich zieht hat der 4. Senat jedoch auch in seiner Entscheidung vom 18.03.2009 noch nicht endgültig geklärt.

Ohne Vorlage an den Großen Senat entschied er 4. Senat, dass die streitgegenständliche einfache Differenzierungsklausel vereinbar mit Verfassungsrecht ist. Die fehlende Vorlage an den Großen Senat verwundert. Der Große Senat hatte sich 1967 ausdrücklich nicht nur mit der vorliegenden Spannungsicherungsklausel beschäftigt, sondern Differenzierungsklauseln als Modell der Mitgliederprivilegierung zu Lasten von Nichtorganisierten „per se“ abgelehnt. Zugestehen muss man dem 4. Senat allerdings, dass der Große Senat gewisse Interpretationsspielräume offen gelassen hat. Eine Abweichung von der Rechtsprechung des Großen Senats sieht der 4. Senat des BAG durch sein Urteil vom 18.03.2009 nicht und führt aus, dass die streitgegenständliche einfache Differenzierungsklausel weder eine „unzulässige Beiträgerhebung“ beinhaltet, noch „sozialinadäquat“ ist.

Die wirkliche Überraschung in der Entscheidung war vielmehr, dass der 4. Senat trotz arbeitsvertraglicher Bezugnahme, dem Außenseiter keinen Anspruch auf die tarifliche Leistung zuerkannte. Dies ist erstaunlich, da trotz der Rechtsprechungsänderung bezüglich der Auslegung von Bezugnahmeklauseln am 14.12.2005 eine dynamische Bezugnahme auf einen Tarifvertrag grundsätzlich weiterhin als sog. Gleichstellungsabrede verstanden wird, die dem Außenseiter in allen Belangen dem Organisierten gleichstellen sollte. Nach Ansicht des Senats müssen aber auch bei einer Gleichstellungsklausel die Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Tarifmerkmale erfüllt sein. Dies erscheint fraglich. Zweck der Gleichstellungsklausel war es eigentlich, eine unterschiedliche Behandlung zwischen den organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern zu verhindern.

Weiter argumentiert das BAG, die Klausel sei nicht unzulässig, da sie die Ausübung der Vertragsfreiheit nicht einschränke. Der Arbeitgeber sei nicht daran gehindert, den Außenseiter in seinem Arbeitsverhältnis schuldrechtlich so zu stellen, als sei er Gewerkschaftsmitglied. Insoweit könne nicht von einem unzumutbaren Druck gesprochen werden.

Interessant ist zudem die Frage des 4. Senats, ob ein Tarifvertrag geeignet sein muss, alle Arbeitsverhältnisse in seinem Geltungsbereich zu regeln!? Zu einer solchen umfassenden Regelungsaufgabe der Tarifvertragsparteien stünde eine Differenzierungsklausel unter Umständen je nach Ausmaß im Widerspruch. Zweifel bestünden hier aber wegen der geringen Höhe der Sonderleistung nicht. Was den Verfassungsauftrag der Gewerkschaften betrifft, so sind diese gewiss primär Mitgliederorganisationen und haben sich damit für die Interessen ihrer Mitglieder einzusetzen. Tarifautonomie ist nichts anderes als kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Die Gewerkschaften schließen zu diesem Zweck Tarifverträge ab, die zu einer gewissen Ordnung in den Betrieben für alle Arbeitnehmer führen. Eine umfassende Gestaltungsaufgabe zu besitzen, behaupten die Gewerkschaften auch gerne

von sich. Der Senat benutzt dieses Argument aber wohl, um gewisse Beeinträchtigungen der Außen-seiter zu rechtfertigen. Im Ergebnis dürfte es jedoch freie Entscheidung der Arbeitnehmer sein, ob diese gewerkschaftliche Unterstützung in Anspruch nehmen wollen oder nicht. Gewerkschaften dürfen nach unserer Verfassung grundsätzlich keine Regelungen zu Lasten von Außenseitern treffen.

E. Stellungnahme

Im Ergebnis ist die Entscheidung des BAG vom 18.03.2009 in Sachen Differenzierungsklauseln zu-treffend. Sofern eine einzelvertragliche Erstreckung der Bonusleistung auf Nichtorganisierte möglich bleibt und die Klauseln als Nachteilsausgleich für Gewerkschaftsmitglieder transparent sind sowie Leistungen beinhalten, die unterhalb des durchschnittlichen Gewerkschaftsbeitrages liegen, beein-trächtigen einfache Differenzierungsklauseln weder die negative noch die positive Koalitionsfreiheit in unzulässiger Weise. Ebenso wird die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der Nichtorganisierten nicht unzulässig eingeschränkt. Eine Korrektur der Rechtsprechung des Großen Senats hat der 4. Se-nat mit seiner Entscheidung damit nicht bewirkt. Vielmehr eine Klarstellung, dass einfache Differen-zierungsklausel im Einzelfall zulässig sein können.

Zur Höhe der entsprechenden Differenzierung muss angemerkt werden, dass der Arbeitgeber Sonderleistungen bei Ausschöpfung seiner finanziellen Belastbarkeit grundsätzlich nicht an Außen-seiter weitergeben wird. Insoweit können auch einfache Differenzierungsklauseln eine einzelver-tragliche Gleichstellung faktisch ausschließen. Eine Begrenzung der Höhe nach wurde bisher nicht gezogen. Fest steht nur, dass durch Tarifregelungen wie z.B. Vorruhestandsregelungen die negative Koalitionsfreiheit der Nichtorganisierten in ihrem Kernbereich verletzt wird. Bei einer quantitativen Beurteilung müssen gewerkschaftliche Unterstützungsleistungen mitberücksichtigt werden. Diese haben an Attraktivität gewonnen und dienen den Gewerkschaft seit jeher als effiziente Werbung.

Organisations- bzw. Absperrklauseln erzeugen hingegen einen immensen Beitrittsdruck und ver-stoßen gegen die positive bzw. negative Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG. Auf Grund der weit-reichenden Beschränkung der freien Auswahl des Arbeitsplatzes verletzen sie auch das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG, weil das Arbeitsverhältnis als Grundlage der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers nicht von einem Beitritt zu oder Austritt aus einer Gewerkschaft ab-hängen darf. Europarechtlich sind sie nicht vereinbar mit der positiven und negativen Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit des Art. 11 I EMRK.

Qualifizierte Differenzierungsklauseln in Form von Tarifausschluss- bzw. Spannensicherungsklauseln üben einen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Druck auf nicht und anders organisierte Arbeitnehmer zum Gewerkschaftsbeitritt aus. Sie verstoßen mithin gegen deren negative und po-sitive Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 III GG. Auch engen die Klauseln die von Art. 2 I, 12 I GG gewährte Arbeitsvertragsfreiheit nicht organisierter Arbeitnehmer derart ein, dass ein freies Aushandeln von Arbeitsbedingungen zwischen ihnen und Arbeitgebern nicht stattfindet. Tarifausschluss- und Spannensicherungsklauseln sind von daher mit der Arbeitsvertragsfreiheit nicht organisierter Arbeit-nehmer gem. Art. 2 I, 12 I GG unvereinbar.

Tarifrechtlich überschreiten Tarifausschluss- und Spannensicherungsklauseln die den Tarifvertragsparteien gem. § 1 TVG gewährte Vereinbarungskompetenz. Sie schließen über den Wortlaut der §§ 3 I, 4 I TVG hinaus die arbeitsvertragliche Erstreckung tariflicher Vorteile zugunsten Nichtorganisierter verbindlich aus und bewegen sich insofern außerhalb der Grenzen der Tarifmacht. Zudem sind qualifizierte Differenzierungsabreden nicht mit der Allgemeinverbindlicherklärung des § 5 I TVG verträglich und setzen das Prinzip des § 4 III TVG außer Kraft, indem sie unzulässige Höchsttarifbedingungen gegenüber Außenseitern festsetzen. Schließlich verstoßen Tarifausschluss- und Spannensicherungsklauseln gegen das betriebsverfassungsrechtliche Differenzierungsverbot des § 75 I BetrVG.

Kündigungsschutzklauseln beeinflussen die Auswahlentscheidung der Arbeitnehmer zum Gewerkschaftsbeitritt und verletzen damit die von Art. 9 III GG geschützte negative Koalitionsfreiheit der Nichtorganisierten und die positive Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten. Zudem verstoßen sie gegen Art. 12 I GG, indem sie die freie Berufswahl der Arbeitnehmer im Ergebnis ähnlich stark einschränken wie Organisations- bzw. Absperrklauseln. Tarifrechtlich sind sie mit der Allgemeinverbindlicherklärung des § 5 I TVG unvereinbar.

Arbeitgeberseitige Sonderzahlungen an die Gewerkschaft tangieren deren Gegnerunabhängigkeit gem. Art. 9 III GG und können die Koalitionseigenschaft entfallen lassen. Entscheidend ist, ob die finanziellen Zuwendungen die Gewerkschaften in ein Abhängigkeitsverhältnis setzen und freie Willensbildungsprozesse einschränken. Zur Beurteilung muss im Einzelfall auf den Umfang der Geldzahlung in Relation zur Größe der Gewerkschaft abgestellt werden. Geringfügige Zahlungen begegnen verfassungsrechtlichen Bedenken nicht.

Die Gewährung tariflicher Sonderleistungen für Gewerkschaftsangehörige mittels Gemeinsamer Einrichtungen gem. § 4 II TVG lässt die Bewertung von Differenzierungsrechten unverändert. Tarifausschluss- und Spannensicherungsklauseln bleiben aus verfassungs- und tarifrechtlichen Gründen auch bei Leistungserbringung durch eine Gemeinsame Einrichtung unzulässig. Etwas anderes gilt für einfache werbeähnliche Differenzierungsklauseln mit konstitutiver Wirkung. Eine einzelvertragliche Erstreckung der den Organisierten vorbehaltenen Leistung ist dem Arbeitgeber oftmals nicht möglich. Die Kombination von einfacher konstitutiver Differenzierungsklausel mit der Leistungsgewährung durch eine Gemeinsame Einrichtung verletzt insoweit auch bei Unterschreitung des Gewerkschaftsbeitrages vereinzelt verfassungsrechtlich zulässige Grenzen.

Soweit die Differenzierung nach ihrer Gestaltung eine individualvertragliche Gewährung der Leistung zugunsten von Nichtorganisierten nicht verbietet, transparent ist und zudem als Nachteilsausgleich dient, steht dem jeweiligen AN unabhängig von jeder Druckwirkung die Entscheidung frei, Mitglied einer Gewerkschaft zu werden. Die Klausel setzt dann lediglich einen sozialadäquaten Anreiz und hat werbeähnliche Wirkung. Je weiter eine solche Klausel nach ihrem Umfang über den Gewerkschafts-

beitrag überschreitet, desto mehr nimmt die Druckwirkung und damit die Sozialinadäquanz der Klausel zu.

F. Ausblick

Am 30. Mai 2008 haben sich ver.di und der Zentralverband der deutschen Seehafenbetriebe (ZDS) auf einen Tarifabschluss geeinigt, in welchem eine gewerkschaftliche Vorteilsregelung verankert ist. Nur ver.di Mitglieder der Hamburger Hafenarbeiter erhalten die tarifvertragliche steuerbegünstigte Erholungsbeihilfe i.H.v. 260,- € jährlich. Abgesichert ist dies, durch eine Spannungsicherungsklausel – eine nach der Rechtsprechung des Großen Senats unzulässige qualifizierte Differenzierungsklausel. Vor diesem Hintergrund klagte die städtische Hamburger Hafen und Logistik AG (HHLA) vor dem Arbeitsgericht Hamburg auf Feststellung der Unwirksamkeit dieser Klausel. Das Arbeitsgericht Hamburg wies die Klage mit Urteil vom 26.02.2009 ab. In dem Leitsatz des Arbeitsgerichts heißt es: „Tarifvertragliche Differenzierungsklauseln können als legitime Maßnahme der Mitgliederwerbung und –erhaltung zulässig sein.“

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer einfachen Differenzierungsklausel wurde dieses Urteil bereits indirekt durch die Entscheidung des BAG vom 18.03.2009 bestätigt. Die Zulässigkeit der Spannungsicherungsklausel überrascht jedoch. Die Sprungrevision zum BAG wurde zugelassen, so dass sich der 4. Senat des BAG in naher Zukunft mit der Zulässigkeit einer qualifizierten Differenzierungsklausel beschäftigen muss und damit mit Spannung erartet werden kann, ob er von der Rechtsprechung des Großen Senats aus 1967 abrückt. Die Urteile des 4. Senats vom 09.05.2007 und 18.03.2009 deuten jedoch bereits darauf hin, dass der Senat diese Möglichkeit nutzt, um die Frage nach der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen und arbeitsrechtlichen Entwicklungen – wiederum ohne Vorlage an den Großen Senat - neu zu bewerten. Der 4. Senat spricht z.B. in seiner Entscheidung vom 18.03.2009 von einem „Wandel der Zeiten“ und davon dass der Begriff der Sozialadäquanz heute anders auszufüllen ist, als noch 1967. Insbesondere sei die Einbeziehung eines quantitativen Moments in die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 9 III GG geboten. Gewerkschaften müsse in Zeiten sinkender Organisationsgrade, ihrer gestiegenen sozialpolitischen Funktion und unter Berücksichtigung der zunehmenden Konkurrenz und Pluralität gewisse Werbeformen zugestanden werden.

Nach den obigen Ausführungen dürfte der Große Senat 1967 qualifizierte Differenzierungsklauseln zu Recht für verfassungs- und tarifwidrig eingestuft haben. Sie verstoßen gegen die negative und positive Koalitionsfreiheit sowie die Arbeitsvertragsfreiheit. Zudem überschreiten sie die Grenzen der Tarifmacht des § 1 TVG. Einzig die Begründung des Großen Senats vermochte auf Grund einer Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen nicht restlos zu überzeugen. Insoweit ist zu wünschen, dass der 4. Senat diese Angelegenheit wider erwarten nutzt, dem Großen Senat die Frage nach der Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln vorzulegen, damit dieser seine Rechtsprechung von 1967 klarstellen kann. Vor dem Hintergrund der zu erwartenden höchstrichterlichen Entscheidung bleibt das Thema tarifliche Differenzierungsklauseln der arbeitsrechtlichen Wissenschaft jedenfalls noch ein wenig erhalten.

Februar 2010

Dr. Andreas Bietmann
Rechtsanwalt



BIETMANN

RECHTSANWÄLTE • FACHANWÄLTE • STEUERBERATER

www.bietmann.eu

Martinstraße 22-24 ▪ 50667 Köln ▪ 0221 925700-0