

1 ONE

1.1 TWO

Trotz mittlerweile rund 50-jähriger Diskussion in Literatur und Rechtsprechung hat sich bislang keine einheitliche Terminologie im Bereich der Erörterung von „Differenzierungsklauseln“ herausgebildet. Die vorliegende Erörterung fasst den Begriff weit und versteht darunter all jene tarifvertraglichen Absprachen, die (bestimmte) Tarifleistungen nur für Gewerkschaftsmitglieder vorsehen.¹ Im Folgenden soll daher ein kurzer Überblick über die relevanten Begrifflichkeiten gegeben und eine Systematisierung derselben versucht werden. Eine erste grobe Unterteilung kann dahingehend getroffen werden, ob Differenzierungsklauseln auf den Bestand von Arbeitsverhältnissen abzielen oder deren Inhalt regeln sollen.

1.1.1 THREE

1.1.1.1 FOUR

Zu nennen sind zunächst sog. *Organisations- oder Absperrklauseln*. Diese Absprachen werden im Schrifttum meist vorab erörtert und somit nicht unter den Begriff „Differenzierungsklausel“ subsumiert.² Unter Organisationsklauseln sind Regelungen zu verstehen, die den Arbeitgeber verpflichten sollen, generell nur Organisierte oder nur Mitglieder einer bestimmten Gewerkschaft zu beschäftigen (sog. *closed shop*). Im erstgenannten Fall spricht man von allgemeinen, in letzterem von beschränkten Organisationsklauseln.³ Gemäß dem oben zugrunde gelegten weiten Verständnis spricht im Grunde nichts dagegen, auch Organisationsklauseln als Differenzierungsklauseln aufzufassen. Bei diesem Verständnis wäre eine Organisationsklausel

¹ Ähnlich auch XXXXXXXXXX, , 1 (9). Siehe ebenfalls *Leydecker*, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, S. 31, der „Differenzierungsklauseln“ als Oberbegriff für solche Bestimmungen verwendet, die eine unterschiedliche Behandlung von Organisierten und Außenseitern bewirken (sollen).

² Siehe *Dütz*, Arbeitsrecht, Rn. 556 ff.; *Kovács*, Spannungsverhältnis, S. 302; *Krause* in: *Jacobs::Krause::Oetker*, Tarifvertragsrecht, § 1 Rn. 50 f.; *Söllner::Waltermann*, Arbeitsrecht, Rn. 515; *Wiedemann* in: XXXXXXXXXX, , Einleitung Rn. 274; *Zöllner*, Differenzierungsklauseln, S. 11.

³ Siehe *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 388. Begrifflich ist diese Art der Unterscheidung freilich missglückt: Die allgemeine Klausel schließt regelmäßig einen kleineren Personenkreis aus als die beschränkte Klausel, vgl. schon *Hueck*, Tarifausschlußklausel, S. 12 f., und *Hölters*, Harmonie, S. 22. Die Bezeichnung soll aber dennoch, weil so gebräuchlich, im Folgenden beibehalten werden. *Borchard*, Differenzierungsklauseln, S. 25 f., hingegen möchte die beschränkte Differenzierungsklausel in „offensive“ Differenzierungsklausel, die allgemeine in „defensive“ Differenzierungsklausel umbenennen, weil letztere im Gegensatz zur ersteren von einer gewissen Solidarität unter den Gewerkschaften zeuge.

diejenige Differenzierungsklausel mit den gravierendsten Auswirkungen für Nicht- oder Andersorganisierte: Ihnen wird das Arbeitsverhältnis mit dem tarifgebundenen Arbeitgeber unmöglich gemacht.

Die Tendenz dahingehend, Organisationsklauseln nicht zu den Differenzierungsklauseln (i. w. S.) zu zählen, dürfte zum einen historisch begründet sein: In Deutschland waren Organisationsklauseln seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert in der Rechtswirklichkeit anzutreffen und hinsichtlich ihrer Zulässigkeit umstritten.⁴ Nach 1945 hat es jedoch keine gewerkschaftlichen Bestrebungen mehr gegeben, solche Klauseln zu vereinbaren,⁵ so dass sie mehr oder weniger zwangsläufig aus dem Fokus des öffentlichen Interesses rückten. Als die Diskussion um die Rechtmäßigkeit von Differenzierungsklauseln in den Sechzigerjahren des 20. Jahrhunderts ihren ersten Höhepunkt erreichte, hatte sich die gewerkschaftliche Ausrichtung verändert. Ein nicht unerheblicher Umstand hierfür dürfte die Tatsache sein, dass in Deutschland bis 1966 ein beachtlicher Überschuss von Arbeitsplätzen vorhanden war; die anschließende Wirtschaftskrise der Jahre 1966:67 hatte die rechtswissenschaftliche Diskussion noch nicht erreicht. Zu Zeiten von – heute kaum mehr vorstellbarer – Vollbeschäftigung bestand kaum die Gefahr, dass Gewerkschaftsmitglieder durch Außenseiter von ihren Arbeitsplätzen verdrängt würden. Diese geänderten Rahmenbedingungen hatten freilich auch eine andere Zielsetzung und Politik der Gewerkschaften zur Folge.⁶

Zum anderen ist festzustellen, dass Organisationsklauseln seit Geltung des GG von der h. M. – recht pauschal – als verfassungswidrig eingestuft werden.⁷ An den entsprechenden Stellen dieser Untersuchung ist auch auf derartige Differenzierungsklauseln (i. w. S.) zurückzukommen.

1.1.1.2 FIVE

Vorstellbar ist auch ein tarifvertraglich vereinbarter besonderer Kündigungsschutz für Gewerkschaftsmitglieder. Derartige Klauseln finden sich neuerdings anscheinend in Tarifverträgen der IG-Metall. Mehrere Ausgestaltungsmöglichkeiten sind denkbar: So könnte eine Tarifbestimmung vorsehen, dass eine betriebsbedingte Kündigung

⁴ Vgl. etwa *Gamillscheg*, Differenzierung, S. 9 f.; *Kurlbaum*, Koalitionen und Koalitionskampfmittel – Arbeitsrechtliche Seminarvorträge, S. 78 f.; *Nipperdey* in: Hueck::Nipperdey, Arbeitsrecht II 1, S. 162 f., jeweils m. w. Nachw.

⁵ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 388; *Georgi*, Zulässigkeit, S. 3.

⁶ Vgl. zum Ganzen auch [S. 14 f.]Hueck1966

⁷ Vgl. [S. 95]Biedenkopf1964; *Kemper* in: von Mangoldt::Klein::Starck, GG, Art. 9 Rn. 182. A. A. aber *Kemper* in: *Kemper::Zachert*, TVG, § 3 Rn. 126 f., nach dem derartige Klauseln wirksam sein sollen, sofern die Betroffenen in zumutbarer Entfernung von ihrem Wohnsitz eine gleichwertige Arbeit finden können, ohne zuvor einer Gewerkschaft beigetreten zu sein.

gegenüber Organisierten nicht ausgesprochen werden darf oder zumindest der vorherigen Zustimmung der Gewerkschaft bedarf.⁸

1.1.2 SIX

1.1.2.1 SEVEN

Regelmäßig wird zwischen *einfachen* und *qualifizierten* Differenzierungsklauseln unterschieden.⁹ Eine *einfache Differenzierungsklausel* liegt vor, wenn die Gewerkschaftsmitgliedschaft zur Tatbestandsvoraussetzung für eine bestimmte tarifvertragliche Leistung gemacht wird, ohne dass es dem Arbeitgeber verwehrt wird, entsprechende Vereinbarungen mit Außenseitern abzuschließen. Diese Differenzierungsklauseln sind in der momentanen Tarifpraxis primär anzutreffen.¹⁰ Das Abstellen auf die Gewerkschaftsmitgliedschaft kann einerseits deklaratorisch gemeint sein, also in dem Sinn, dass der Norminhalt der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 S. 1 TVG nur wiederholt wird, ohne eine eigenständige Regelung treffen zu wollen. Derartige Klauseln werfen keine rechtlichen Probleme auf; bei genauerer Betrachtung handelt es sich bei ihnen nicht um Differenzierungs-, sondern um (überflüssige) „Gesetzestextwiederholungsklauseln“. Hat eine Klausel andererseits aber konstitutiven Charakter, so können Außenseiter bei individualvertraglicher Bezugnahme auf den Tarifvertrag oder bei dessen Allgemeinverbindlicherklärung die entsprechenden Leistungen nicht erlangen. Ob diese Wirkung gewollt ist, ist durch Auslegung der tariflichen Regelung zu ermitteln. Die Rechtsprechung hat den Tarifvertragsparteien bisher im Allgemeinen einen Regelungswillen, der auf eine konstitutive Klausel abzielt, abgesprochen.¹¹

⁸ Siehe zum Ganzen *Gamillscheg*, NZA 2005, 146 (150).

⁹ Siehe nur *Däubler*, BB 2002, 1643 f.; *Mengel/Burg* in: Thüsing::Braun, Tarifrecht, 5. Kap. Differenzierungsklauseln Rn. 2 ff.; *Zöllner*, Differenzierungsklauseln, S. 14 ff. *Bietmann*, Differenzierungsklauseln, S. 211.

¹⁰ Siehe zuletzt etwa *BAG* 23. 3. 2005 – 4 AZR 203:04, BAGE 114, 186 (191); *BAG* 9. 5. 2007 – 4 AZR 275:06, NZA 2007, 1439 (1440 f.). Ebenso *Greiner*, Rechtsfragen, S. 371; *Seitenzahl::Zachert::Pütz*, Vorteilsregelungen, S. 38; *Xxxxxxxxxxx*, , 322.