

Der Tarifvertrag als exklusives Gut

Die rechtliche Zulässigkeit und Erstreikbarkeit
von Differenzierungsklauseln

Von

Philipp Leydecker



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Die Problematik der Differenzierungsklauseln	21
A. Der Tarifvertrag als Mittel der Mitgliederwerbung	21
I. Rechtspolitische Erwägungen	25
II. Die organisationspolitische Bedeutung der Differenzierungsklauseln	27
III. Der Tarifvertrag als kollektives Gut	28
B. Begriffliche Klärungen	31
C. Rechtliche Konstruktion	33
I. Normativer und schuldrechtlicher Teil des Tarifvertrages	33
1. Dogmatische Einordnung	33
2. Durchsetzbarkeit	36
II. Gemeinsame Einrichtungen	41

Kapitel 2

Differenzierungsklauseln in der Praxis	44
A. Differenzierungsklauseln vor und während der Weimarer Zeit	44
B. Die Tarifpraxis in der Bundesrepublik	46
I. Praktische Versuche zur Einführung von Differenzierungsklauseln	47
II. Die Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 29.11.1967	48
C. Auswirkungen der Entscheidung des Großen Senats des BAG	50
D. Differenzierungsklauseln im internationalen Vergleich	52

Kapitel 3

Grundrechtliche Argumentation	57
A. Negative Koalitionsfreiheit der Nichtkoalitierten	57
I. Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit	59
1. Wortlaut	61
2. Systematik	62
3. Historische Entwicklung des Koalitionswesens	63

4. Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG	69
a) Diskussion im Hauptausschuss	69
b) Differenzierungsklauseln im Hauptausschuss	74
c) Schlussfolgerung	76
5. Logischer Schluss von der positiven auf die negative Koalitionsfreiheit	76
a) Spiegelbildtheorie	76
aa) Herleitung der negativen Koalitionsfreiheit	76
bb) Bedeutung der Spiegelbildtheorie für den Schutzbereich	78
b) Kritik	79
aa) Kritik an den Voraussetzungen eines logischen Schlusses selbst	79
bb) Folgen einer Anerkennung der negativen Koalitionsfreiheit ..	81
(1) Ausufernder Schutzbereich und schrankenlose Gewährleistung	82
(2) Entwertung der positiven Freiheit	86
(a) Gleichrangigkeit von positiver und negativer Freiheit	86
(b) Widerspruch zur objektivrechtlichen Funktion der Grundrechte	89
(c) Entwertung der Drittwirkungsklausel des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG	90
cc) Inkonsequenz bei der Bestimmung der Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit	92
(1) Kein Schutz vor der Normwirkung	92
(2) Inkonsequenz beim Schutz vor öffentlich-rechtlichen Vereinigungen	93
(a) Schutzbereichsbestimmung der negativen Seite	93
(b) Schrankenproblematik	96
(c) Schlussfolgerung	97
c) Ergebnis	97
6. Freiwilligkeit des Koalitionszusammenschlusses	99
a) Subjektiv-öffentliches Recht	100
b) Problematik der Bestimmung der „Freiwilligkeit“	102
c) Ergebnis	103
7. Koalitionspluralismus	103
8. Vergleich mit den Landesverfassungen von Bremen und Hessen	107
9. Schutz der negativen Koalitionsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG	108
10. Ergebnis	110
II. Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit	111
1. Verletzung des Art. 9 Abs. 3 GG	111
a) Ansicht des BAG GrS	111
aa) Inhalt des Beschlusses vom 29.11.1967	111
bb) Verallgemeinerung	114

b)	Die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit in der weiteren Rechtsprechung des BAG	115
c)	Ansicht des BVerfG	118
aa)	Dogmatik	118
bb)	Differenzierungsklauseln	120
d)	Kritische Würdigung des Beschlusses des Großen Senats des BAG	123
aa)	Kritik an der Rechtsprechung des BAG GrS	123
(1)	Unbestimmtheit der „Sozialadäquanz“ und des „Gerechtigkeitsempfindens“	124
(a)	Inhalt der Sozialadäquanz	125
(b)	Materialer Gehalt des Gerechtigkeitsempfindens	130
(c)	Beurteilung des Gerechtigkeitsempfindens ohne Tatsachengrundlage	132
(d)	Willkürliche Heranziehung des Gerechtigkeitsempfindens	135
(2)	Fehlende Quantifizierung (Divergenz zwischen BVerfG und BAG)	140
(3)	„Sozialadäquanz“ als grundrechtsdogmatischer Sonderweg	144
(a)	Schutz der Differenzierungsklauseln durch Art. 9 Abs. 3 GG	144
(b)	Lösung einer Grundrechtskollision	153
(4)	Ergebnis	154
bb)	Vereinbarkeit der Differenzierungsklauseln mit der negativen Koalitionsfreiheit der Nichtorganisierten	155
(1)	Einfache Differenzierungsklauseln	156
(a)	Allgemeines	156
(b)	Allgemeinverbindlicherklärung	158
(c)	Die Rechtsprechung zu den Vorruhestandsregelungen und die Verantwortung der Gewerkschaften für die Situation der Außenseiter	159
(aa)	Gemeinwohlbindung	165
(bb)	Gesamtrepräsentation	167
(d)	Ergebnis	169
(2)	Allgemeine Abstandsklauseln	170
(a)	Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit ...	170
(b)	Höhe der Besserstellung	175
(c)	Ergebnis	175
(3)	Allgemeine Tarifausschlussklauseln	176
(a)	Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit ...	176
(b)	Höhe der Besserstellung	179
2.	Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG	185
a)	Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zu Art. 9 Abs. 3 GG	186
b)	Vereinbarkeit der Differenzierungsklauseln mit Art. 2 Abs. 1 GG ..	189

3. Ergebnis	192
B. Verletzung der positiven Koalitionsfreiheit der Andersorganisierten	193
I. Einfache Differenzierungsklauseln und Abstandsklauseln	195
1. Unmittelbarer Druck auf die Andersorganisierten	195
2. Schutz der Andersorganisierten durch ihre Koalition	195
II. Tarifausschlussklauseln	197
1. Grundrechtskollision	197
2. Höhe der Besserstellung	199
a) „Belastung“ der Andersorganisierten	199
b) Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit als Indiz für zulässigen Druck	201
III. Ergebnis	203
C. Beschränkung der Vertragsfreiheit	204
I. Vertragsfreiheit als Abwehrrecht	205
II. Objektivrechtliche Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 GG	206
III. Ergebnis	209
D. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG	210
I. Gleichbehandlungspflicht der Tarifvertragsparteien	211
II. Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers	213

Kapitel 4

Überschreitung der Tarifmacht 216

A. Innere Schranken der Tarifmacht	216
I. Tarifmacht für schuldrechtliche Vereinbarungen	216
1. TVG und außenseiterbetreffende Tarifklauseln	219
a) Begrenzung der schuldrechtlichen Tarifmacht durch die normative	220
b) Kritik	223
c) Konsumtion des Merkmals „Gewerkschaftszugehörigkeit“	228
2. Ergebnis	229
II. Günstigkeitsprinzip	229
1. Differenzierungsklauseln als Höchstarbeitsbedingungen	231
2. Schutz der Außenseiter durch das Günstigkeitsprinzip	232
III. Fehlende Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung	236
1. Allgemeinverbindlicherklärung von Differenzierungsklauseln	239
a) Vereinbarkeit der Differenzierungsklauseln mit § 5 TVG	239
aa) Auswirkungen der AVE auf die Tarifklauseln	239
(1) Ausschluss der Differenzierungsklauseln von der AVE ...	240
(2) Ausdehnung des persönlichen Anwendungsbereichs durch die AVE	240
bb) Zulässigkeit der AVE differenzierender Tarifverträge	241

b) Verstoß gegen Grundrechte	244
aa) Negative Koalitionsfreiheit	244
bb) Pflicht zur Gleichbehandlung	247
(1) Verletzung durch die Tarifvertragsparteien	247
(2) Verletzung durch den Staat	248
cc) Koalitionspluralismus	248
2. Möglichkeit zur AVE als Schranke der Tarifautonomie	249
3. Ergebnis	251
IV. Unzulässige Beitragserhebung	252
V. Gegnerunabhängigkeit	255
VI. Schriftform	261
VII. Ergebnis	263
B. Äußere Schranken der Tarifmacht	264
I. Verstoß gegen Treu und Glauben (Unzumutbarkeit)	265
1. Förderung der gegnerischen Koalition	267
a) Unzumutbarkeitskriterium	267
b) Vergleichbare Fälle	268
c) Kritik an der Anwendung der Zumutbarkeit auf Tarifverträge	269
aa) Unzumutbarkeit im direkten Vertragsverhältnis	269
bb) Unzumutbarkeit beim Verbandstarifvertrag	270
d) Kritik an der inhaltlichen Ausfüllung der Zumutbarkeit	273
2. Zwang zur Änderungskündigung	275
3. Arbeitskampf	275
4. Ergebnis	277
II. Unzulässige Vertragsstrafe	278
1. Verpflichtung zur Differenzierung als (un-)zulässige Hauptverbindlichkeit	279
2. Abstandsklausel als Vertragsstrafe i. S. des § 344 BGB (analog)	281
a) Charakterisierung der Abstandsklausel als Vertragsstrafe	281
b) Abstand als Strafe für die Gleichstellung aller Arbeitnehmer	282
3. Ergebnis	285
III. Verstoß gegen § 75 Abs. 1 S. 1 BetrVG	285
1. Vorgängernormen	286
2. Bindung des Arbeitgebers durch § 75 Abs. 1 BetrVG	287
3. Bindung der Tarifvertragsparteien durch § 75 Abs. 1 BetrVG	288
4. Ergebnis	290
IV. Vertragsfreiheit	290
1. Sittenwidrige Beschränkung der Chance zum Vertragsschluss	291
2. Differenzierungsklauseln als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ..	294
V. Sittenwidrigkeit der Arbeitsbedingungen der Außenseiter	295

Kapitel 5

Differenzierungsklauseln und Arbeitskampf 299

A. Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers gegen einen Arbeitskampf	301
I. Aussperrung der Außenseiter	301
1. Tarifvertrag enthält <i>auch</i> Differenzierungsklauseln	301
2. Tarifvertrag differenziert <i>ausschließlich</i>	304
II. Betriebs- und Wirtschaftsrisiko	305
III. Differenzierungsklauseln als Ersatz für die Aussperrung von Außenseitern	308
B. Erstreikbarkeit von Differenzierungsklauseln	310
I. Tarifvertrag enthält <i>auch</i> Differenzierungsklauseln	310
1. Einfache Differenzierungsklauseln und Abstandsklauseln	311
2. Tarifausschlussklauseln	312
II. Tarifvertrag differenziert <i>ausschließlich</i>	314
III. Streikrecht der Außenseiter	317
C. Ergebnis	319

Kapitel 6

Internationales Recht 320

A. Europäische Menschenrechtskonvention	321
I. Vereinbarkeit von Differenzierungsklauseln mit Art. 11 EMRK	321
1. Allgemeine Differenzierungsklauseln	321
2. Beschränkte Differenzierungsklauseln	324
II. Erstreikbarkeit	325
1. Gewährleistung des Streiks	325
2. Ausgestaltung	327
3. Einschränkungen	330
a) Der Gesetzesbegriff des Art. 11 Abs. 2 EMRK	331
b) Arbeitskampfrechtsprechung als Gesetz i.S. des Art. 11 Abs. 2 EMRK	335
aa) Geschriebenes Recht	336
(1) § 823 Abs. 1 BGB	336
(2) Art. 9 Abs. 3 GG	337
bb) Richterrecht	340
(1) Arbeitskampfrechtsprechung als Gewohnheitsrecht	340
(2) Exkurs: Weitere Anforderungen der EMRK	342
III. Ergebnis	343
B. Europäische Sozialcharta	344

I. Vereinbarkeit von Differenzierungsklauseln mit der ESC	345
II. Erstreikbarkeit	346
C. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	348
D. ILO-Übereinkommen	349
I. Vereinbarkeit von Differenzierungsklauseln mit den Übereinkommen der ILO	350
II. Erstreikbarkeit	351
E. IPBPR/IPWSKR	354
I. Vereinbarkeit von Differenzierungsklauseln mit den UN-Pakten	354
II. Erstreikbarkeit	356
1. Gewährleistung des Streikrechts	356
2. Einschränkungen	358
F. Ergebnis	362

Kapitel 7

Gesamtergebnis 364

A. Zusammenfassung der Ergebnisse	364
I. Verletzung von Grundrechten	364
II. Tarifmacht	365
III. Arbeitskampf	368
B. Konsequenzen für die Praxis	368
I. Formulierungsvorschlag für eine Differenzierungsklausel	368
II. Gesetzliches Verbot von Differenzierungsklauseln	369

Kapitel 8

Ausblick 370

Abstract	372
Literaturverzeichnis	376
Sachwortverzeichnis	410