

**Mitteilung der Gewerkschaftszugehörigkeit
als arbeitsvertragliche Pflicht?**

Gutachtliche Stellungnahme

von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

A. Der Sachverhalt

I. Der Vorschlag zur Änderung der bisherigen Praxis

Das Unternehmen „Die Länderbahn“ hat Tarifverträge mit zwei Gewerkschaften – der EVG und der GDL – abgeschlossen. In Bezug auf die GDL wird bislang so verfahren, dass die Mitglieder ein von der GDL entwickeltes Formular ausfüllen, das die Mitgliedschaft bestätigt und das sie an die Arbeitgeberseite schicken. Diese fragt in Einzelfällen zurück, ob tatsächlich eine Bindung an die GDL-Tarifverträge bestehe. Anschließend werden in Bezug auf diesen Personenkreis die GDL-Tarifverträge zugrunde gelegt.

Das Unternehmen möchte diese Praxis ändern und einen § 7 in den Standardarbeitsvertrag aufnehmen, wonach jeder Arbeitnehmer verpflichtet werden soll, seine Gewerkschaftsmitgliedschaft sowie jede Änderung (z. B. durch Austritt) offen zu legen. Im Einzelnen soll § 7 wie folgt lauten:

„§ 7 Kollektivrechtliche Regelungen

1.

Ist der Arbeitnehmer an bei dem Arbeitgeber geltende Tarifverträge normativ gebunden (§ 3 Abs. 1 TVG), finden auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich diese Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung.

Der Arbeitnehmer ist insoweit verpflichtet, seine Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft wahrheitsgemäß gegenüber dem Arbeitgeber bei Aufnahme seines Arbeitsverhältnisses offenzulegen.

2.

Ist keine Tarifbindung des Arbeitnehmers an bei dem Arbeitgeber geltende Tarifverträge gegeben, finden auf das Arbeitsverhältnis ausschließlich die mit der Gewerkschaft EVG abgeschlossenen Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung.

3.

Wird der Arbeitnehmer im Laufe des Arbeitsverhältnisses Mitglied in einer Gewerkschaft, findet ab dem ersten Tag des auf den Beitritt folgenden Kalendermonats § 7 Absatz 1 Anwendung. Dem Arbeitnehmer steht daher ab demselben Zeitpunkt kein ggf. bisher bestehender individualrechtlicher Anspruch mehr aus einem Tarifvertrag mit einer anderen Gewerkschaft zu.

Der Arbeitnehmer ist insoweit verpflichtet, seine Gewerkschaftsmitgliedschaft unverzüglich dem Arbeitgeber gegenüber schriftlich nachzuweisen.

4.

Endet die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in einer Gewerkschaft, finden auf das Arbeitsverhältnis weiterhin die Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung ausschließlich Anwendung, die auch im Falle des Fortbestehens seiner Mitgliedschaft in dieser Gewerkschaft Anwendung gefunden hätten.

5.

Entfällt jegliche Tarifbindung des Arbeitgebers, gelten die zu diesem Zeitpunkt anwendbaren Tarifverträge statisch in der zuletzt gültigen Fassung fort, soweit sie nicht durch andere Abmachungen ersetzt werden.“

Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, bei „Aufnahme des Arbeitsverhältnisses“, d. h. bei Beginn der Arbeit seine Gewerkschaftsmitgliedschaft offen zu legen. Unterlässt er dies, finden nach Ziffer 2 automatisch die EVG-Tarifverträge Anwendung. Wer seine Mitgliedschaft in der EVG verschweigt, hat daher keine Nachteile zu gewärtigen. Wer dagegen die GDL-Mitgliedschaft nicht aufdeckt, wird nach Tarifverträgen behandelt, die eine ihm fremde Gewerkschaft geschlossen hat.

Tritt ein Arbeitnehmer während seines Arbeitsverhältnisses einer Gewerkschaft bei, so hat er dies nach Ziffer 3 ebenfalls mitzuteilen. Er wird dann mit Wirkung für die Zukunft ausschließlich nach den Tarifverträgen dieser Gewerkschaft behandelt. Individualrechtliche Ansprüche aus Tarifverträgen mit einer anderen Gewerkschaft stehen ihm nicht mehr zu.

Auf den ersten Blick scheint Ziffer 4 im Widerspruch damit zu stehen: Endet die Mitgliedschaft des Arbeitnehmers in einer Gewerkschaft (was typischerweise auf einem Austritt beruht), so sollen die Tarifverträge dieser Gewerkschaft „in ihrer jeweils gültigen Fassung“ weiter ausschließlich angewandt werden, wie wenn die Mitgliedschaft fortbestanden

hätte. Dies geht über § 3 Abs. 3 TVG hinaus, der eine verbindliche Weitergeltung nur so lange vorsieht, bis der fragliche Tarif geändert wird. Ziffer 3 dürfte unter diesen Umständen nur den Fall erfassen, dass die Tarifverträge einer anderen Gewerkschaft nur kraft arbeitsvertraglicher Verweisung galten, was auch die Formulierung „individualrechtlicher Anspruch“ nahe legt. War der fragliche Arbeitnehmer dagegen Mitglied der anderen Gewerkschaft, greift Ziffer 4 ein, der die Tarifwirkung verewigt. Dies macht einen Übertritt relativ uninteressant, da „ausschließlich“ die bisherigen Tarife weiter gelten sollen. Inhaltlich geht dies im Normalfall zu Lasten der GDL, die in den vergangenen sieben bis zehn Jahren eine positive Mitgliederentwicklung aufzuweisen hatte, während die EVG zu den Gewerkschaften im DGB gehörte, die am meisten Mitglieder verloren haben.

Zur positiven Mitgliederentwicklung der GDL s. die Übersicht des Statistischen Bundesamts bei

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/330192/umfrage/gdl-mitgliederzahl/>
(29.4.2018).

Die EVG verfügte 2010 nach der Fusion mit der GDBA über 232 485 Mitglieder, doch sank diese Zahl bis 2017 auf 189.975, was einem Verlust von 18,28 % entspricht. Die Gesamtheit der DGB-Gewerkschaften hatte im selben Zeitraum ebenfalls einen Rückgang (von 6.193.252 auf 5.995.437) zu verzeichnen, doch fiel dieser mit 3,19 % ungleich bescheidener aus. Nachweise bei <http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen/2010> (29.4.2018)

Nach dem Wortlaut der Bestimmung nach Ziff. 4 könnte die GDL ihre Tarifverträge nicht auf die von der EVG kommenden Mitglieder erstrecken, da die bisherigen Tarifverträge „ausschließlich“ weiter gelten sollen. Ob dieses Ziel erreicht werden kann, wird uns noch beschäftigen.

II. Die zu untersuchenden Rechtsfragen

Im Einzelnen wirft der geplante § 7 des Standard-Arbeitsvertrags eine Reihe von Rechtsfragen auf.

1. Ist es zulässig, vom Arbeitnehmer zu verlangen, bei Aufnahme der Arbeit seine Gewerkschaftsmitgliedschaft zu offenbaren, wie es Ziffer 1 vorsieht?
2. Ist es zulässig, dies für einen späteren Zeitpunkt (z. B. nach Erwerb des Kündigungsschutzes) vorzusehen?
3. Stellt es eine Verletzung der kollektiven Koalitionsfreiheit dar, wenn mit Rücksicht auf die sonstigen Rahmenbedingungen nur von GDL-Mitgliedern die Offenlegung der Mitgliedschaft verlangt wird, sofern sie den Schutz der von ihrer Gewerkschaft erreichten Tarifverträge in Anspruch nehmen wollen? Spielt es eine Rolle, wenn die vorgesehene zeitlich unbeschränkte ausschließliche Weitergeltung der Tarife der bisherigen Gewerkschaft nicht wirksam sein sollte?
4. Welche Rechtsfolgen hätte ein unerlaubter Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit? Welche prozessualen Abhilfemöglichkeiten bestehen?

B. Rechtliche Würdigung

I. Verpflichtung zur Offenlegung der Gewerkschaftszugehörigkeit bei Aufnahme der Arbeit?

Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, einen Bewerber nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen.

BAG, Beschluss v. 28.3.2000 – 1 ABR 16/99 – NZA 2000, 1294; BAG, Urteil v. 19.3.2003 – 4 AZR 271/02 – BB 2003, 2355, 2356.

Aus der Literatur: Fitting (Begr.), Handkommentar zum BetrVG, 29. Aufl., München 2018, § 94 Rn. 17; Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 16. Aufl., Frankfurt/Main 2018, § 94 Rn. 22 (im Folgenden zitiert: DKKW-Bearbeiter); Linck, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 26 Rn. 24 (im Folgenden zitiert: Schaub-Bearbeiter); Ingrid Schmidt, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2018, Art. 2 GG Rn. 92 (im Folgenden zitiert: ErfK-Bearbeiter)

Dies rechtfertigt sich damit, dass andernfalls die Gefahr besteht, ein Bewerber könne entgegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG wegen seiner Gewerkschaftszugehörigkeit benachteiligt werden. Insoweit gibt es kein überwiegendes Arbeitgeberinteresse, Kenntnis von der Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft zu bekommen. Dies gilt auch im sog. tarifpluralen Betrieb, da auch hier das Risiko besteht, dass das gewerkschaftliche Engagement als solches oder speziell die Mitgliedschaft in einer der konkurrierenden Gewerkschaft zu einer Benachteiligung führt.

Ebenso Schaub-Linck, § 26 Rn. 24

Das BAG hat gerade für einen solchen Fall betont, die Zulassung der Frage würde dem Arbeitgeber Kenntnis von der Verteilung der Mitglieder auf einzelne Betriebe und Unternehmen verschaffen und so seine Position in Tarifauseinandersetzungen und einem eventuellen Arbeitskampf stärken; dies verstoße aber gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit.

BAG, Urteil v. 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – NZA 2015, 306, insbesondere Orientierungssatz 4: „Die Ungewissheit des sozialen Gegenspielers über die tatsächliche Durchsetzungskraft der Arbeitnehmerkoalition in einer konkreten Verhandlungssituation ist grundlegend dafür, dessen Verhandlungsbereitschaft zu fördern und ihn zu einem angemessenen Interessenausgleich zu bewegen. Daher schützt Art. 9 Abs. 3 GG eine Gewerkschaft auch darin, diese Angaben der Arbeitgeberseite in einer konkreten Verhandlungssituation vorzuenthalten.“

Ist es somit unzulässig, einen Bewerber nach der Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen, so kann auch für den Augenblick der Arbeitsaufnahme nichts anderes gelten. Auch wenn – wie in der Regel – der Arbeitsvertrag in diesem Moment schon abgeschlossen ist, besitzt der Arbeitnehmer doch noch keinen Kündigungsschutz und ist deshalb in einer ähnlich prekären Situation wie ein Bewerber. Er darf deshalb auch in dieser Situation nicht nach seiner Gewerkschaftszugehörigkeit gefragt werden. Davon ganz abgesehen, stellt die Frage einen Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit dar, weil sie dem Arbeitgeber Informationen vermittelt, die seine Verhandlungssituation in künftigen Auseinandersetzungen verbessert. Insoweit gilt das vom BAG Ausgeführte gerade auch hier.

Ist es unzulässig, den Arbeitnehmer nach seiner Gewerkschaftszugehörigkeit zu fragen, so verstößt es erst recht gegen die Grundsätze über das Fragerecht und Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, wenn nicht nur eine Frage gestellt, sondern kraft einheitsvertraglicher Regelung eine generelle Pflicht vorgesehen wird, die Gewerkschaftszugehörigkeit von sich aus offenzulegen. Dies ist der weitergehende Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Einzelnen, da es ihm die Möglichkeit nimmt, seine Mitgliedschaft zu verschweigen und damit auf den Genuss von Tarifverträgen zu verzichten. Die Mitteilungspflicht nach Ziff. 1 des Vertragsentwurfs verstößt daher gegen die Grundsätze über das Fragerecht sowie gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG und ist deshalb unwirksam.

II. Verpflichtung zur Offenlegung der Gewerkschaftszugehörigkeit zu einem späteren Zeitpunkt?

1. Mögliche Konstellationen

Denkbar ist, dass ein Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses einer Gewerkschaft beitrifft oder aber von einer Gewerkschaft zu einer anderen übertritt. Weiter kann man unterstellen, dass die Arbeitgeberseite einen späteren Zeitpunkt für eine Auskunftspflicht des Arbeitnehmers wählen würde, wenn sie erkennt, dass eine entsprechende Pflicht zur Offenlegung der Mitgliedschaft bei Beginn des Arbeitsverhältnisses mit dem geltenden Recht nicht in Einklang steht. Sie könnte sich beispielsweise an der Rechtsprechung zur Frage nach der Schwerbehinderung orientieren, die nach sechs Monaten zulässig ist, weil der Arbeitnehmer dann den Kündigungsschutz nach dem SGB IX genießt.

BAG, Urteil v. 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555; zustimmend Fitting, § 94 Rn. 23; DKKW-Klebe, § 94 Rn. 13

Sind in einem Betrieb mehrere Tarifverträge anwendbar, so wird sich die Arbeitgeberseite im bestehenden Arbeitsverhältnis darauf berufen, sie müsse die jeweilige Gewerkschaftszugehörigkeit kennen, um den Einzelnen nach dem „richtigen“ Tarifvertrag zu behandeln. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob zumindest in solchen Fällen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit gefragt werden kann.

2. Interessenabwägung im Verhältnis zum einzelnen Arbeitnehmer

Im Verhältnis zwischen dem einzelnen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber gilt auch im bestehenden Arbeitsverhältnis der Grundsatz, dass der Arbeitgeber ein „berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse“ am Gewinnen der fraglichen Information haben muss; darüber hinaus gehende Fragen muss der Arbeitnehmer nicht beantworten.

BAG, Urteil v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93 – NZA 1996, 637

Das Interesse des Arbeitgebers, die Gewerkschaftszugehörigkeit und damit auch den anwendbaren Tarifvertrag zu kennen, ist als solches sicherlich als berechtigt, billigenwert und schutzwürdig einzustufen.

Auf der anderen Seite steht das Interesse des Arbeitnehmers, seine Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht offen legen zu müssen, um so Benachteiligungen zu vermeiden, die sonst trotz des Verbots des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nicht ausgeschlossen sind. Dies ist zwar vom BAG nur für die kollektive Koalitionsfreiheit herausgearbeitet werden,

BAG , Urteil v. 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – NZA 2015, 306 Leitsatz 2

doch darf für das einzelne Individuum nichts anderes gelten. Dieses kann – je nach betrieblichen Gegebenheiten – ein Interesse daran haben, einen Vorgesetzten etwa wegen dessen großer Skepsis gegenüber Gewerkschaften nichts von der Mitgliedschaft wissen zu lassen. Auch gibt es insbesondere kleinere Betriebe, in denen ein Gewerkschaftsbeitritt als „Distanzierung“ vom Unternehmen und seinen („guten“) Üblichkeiten aufgefasst würde.

Identische Einschätzung bei Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, S. 195

Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass sich Benachteiligungen wegen einer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft oder wegen der Betätigung für eine Gewerkschaft schwer beweisen lassen, da die bei anderen Diskriminierungsverboten bestehende Beweislastleichterung des § 22 AGG nach herrschender Auffassung hier nicht eingreift.

Zwischen diesen beiderseitigen Interessen hat eine Abwägung stattzufinden.

Dazu kommt folgende Erwägung, die bisher im vorliegenden Zusammenhang noch kaum eine Rolle gespielt hat: Die Gewerkschaftszugehörigkeit stellt ein sog. sensibles Datum im Sinne des Art. 9 Abs. 1 EU-Datenschutz-Grundverordnung dar, das als solches einen besonderen Schutz genießt. Dasselbe galt schon bisher nach § 3 Abs. 9 BDSG-alt. Nach dem ab 25. Mai 2018 geltenden § 26 Abs. 3 BDSG-neu dürfen im Beschäftigungsverhältnis solche Daten nur erhoben oder in sonstiger Weise verarbeitet werden, wenn dies für die Ausübung von Rechten oder die Erfüllung von Pflichten erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass

das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Auch datenschutzrechtlich ist daher eine Abwägung geboten.

Dem Interesse des Einzelnen kann dadurch einigermaßen Rechnung getragen werden, dass man es im Prinzip ihm überlässt, ob er seine Gewerkschaftsmitgliedschaft aufdecken und tarifliche Ansprüche geltend machen oder ob er darauf verzichten will. Dies entspricht der bisherigen Praxis beim Unternehmen „Die Länderbahn“.

Das Interesse des Arbeitgebers könnte nur dann überwiegen, wenn ihm ohne die Aufdeckung der Mitgliedschaft Nachteile drohen würden. Dies ist nicht ersichtlich. Durch die arbeitsvertragliche Klausel, wonach bei allen Nichtorganisierten die EVG-Tarifverträge zugrunde gelegt werden, ist ein bestimmtes betriebliches Minimum definiert. Wenn ein GDL-Mitglied seine Gewerkschaftszugehörigkeit für sich behält und damit auf die Anwendung seiner Tarifverträge verzichtet, entsteht dem Arbeitgeber kein Nachteil. Stattdessen wird er eher dadurch begünstigt, dass er von den Anwendung eines über diesen Normalstandard hinausgehenden Tarifvertrags im Einzelfall verschont wird. Auch drohen keine hohen Nachzahlungsansprüche bei später Aufdeckung der Gewerkschaftsmitgliedschaft, da dem die üblichen Ausschlussklauseln entgegen stehen.

Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2015, § 4 TVG Rn. 105

Der Arbeitgeber sieht sich auch keinen Sanktionen ausgesetzt, da die Arbeitsaufsicht im Gegensatz zu vielen ausländischen Rechtsordnungen die Beachtung von Tarifverträgen in Deutschland nicht kontrolliert. Davon ganz abgesehen, würde es bei ihm auch am Verschulden fehlen, das Voraussetzung für die Verhängung von Geldbußen und für ähnliche Maßnahmen ist. Aus § 3 Abs. 1 oder § 4 Abs. 1 TVG lässt sich keine Verpflichtung ableiten, Tarifverträge umzusetzen, da beide Bestimmungen lediglich die normative Wirkung des Tarifvertrags (nach Art eines Gesetzes) anordnen, aber keinerlei darüber hinaus gehende wechselseitige Rechte und Pflichten begründen.

In diesem Sinne auch das Obiter Dictum in BAG, Urteil v. 18.11.2014 – 1 AZR 257/11 – NZA 2015, 306, 309 – Tz. 33

In Betracht käme allenfalls die Durchführungspflicht aus dem Tarifvertrag, die aber ausschließlich die Tarifparteien trifft, im Falle eines Verbandstarifs den Arbeitgeber daher nicht unmittelbar erfasst. Unterstellt man, mit dem Unternehmen „Die Länderbahn“ sei ein Firmentarif abgeschlossen worden, so würde dies am Ergebnis gleichwohl nichts ändern: Die Arbeitgeberseite wäre lediglich verpflichtet, sich um eine Beachtung des Tarifvertrags zu bemühen. Soweit die durch den Tarif Begünstigten von ihren Möglichkeiten keinen Gebrauch machen wollen, ist die Arbeitgeberseite nicht gehalten, Ermittlungen in Form einer Befragung anzustellen oder gar in die Standardarbeitsverträge eine Klausel aufzunehmen, wonach die Gewerkschaftsmitgliedschaft unaufgefordert mitzuteilen ist. Dem entspricht es, dass sich die Durchführungspflicht beim Verbandstarif nicht auf den Einsatz eines bestimmten Mittels richtet, sondern dem Arbeitgeberverband die Wahl lässt, auf welche Weise er tariftreues Verhalten bei seinen Mitgliedsunternehmen erreichen will.

So Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 1158 mit weiteren Nachweisen

Die Geltendmachung tariflicher Ansprüche ist somit der freien Entscheidung der einzelnen Arbeitnehmer überlassen; eine Pflicht, über die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft Auskunft zu geben, besteht nicht..

Ebenso Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, a.a.O., § 4 TVG Rn. 105; Brecht-Heitzmann, Das Kombinationsprinzip als Lösung bei Tarifpluralität, in: Dieterich u. a. (Hrsg.), Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht. Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, Baden-Baden 2010, S. 502, 507; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, a.a.O., S. 195; Michel/Möller/Peter, Tarifpluralität und die Frage nach der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, AuR 2008, 36 ff.; Wendeling-Schröder, in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl., Frankfurt/Main 2014, § 4 Rn. 217; in der Tendenz wie hier Jacobs, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 7 Rn. 246; a. A. Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017 § 3 Rn. 339 ff.

Auch das BAG dürfte zu der hier vertretenen Position neigen, wenn es in seiner Entscheidung vom 7.7. 2010 (4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068) unter Tz. 46 ausführt:

„Selbst wenn man ...eine Offenbarungspflicht im laufenden Arbeitsverhältnis nicht anerkennt, bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, zunächst nur diejenigen Leistungen zu erbringen, die den Nicht- oder Andersorganisierten zustehen... Im Streitfall ist der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Grundsätzen gehalten, seine Tarifgebundenheit darzulegen und ggf. zu beweisen, wenn er tarifvertragliche Rechte geltend macht (s. nur jüngst *Nebeling/Gründel* [NZA 2009, 1003, 1004](#)).“

In einer früheren Entscheidung hatte das Gericht sogar ausdrücklich von „einer rechtlich nicht begründbaren und tatsächlich nicht durchsetzbaren Pflicht zur Offenbarung der Gewerkschaftsmitgliedschaft“ gesprochen.

BAG, Urteil v. 5.9.1990 – 4 AZR 59/90 – NZA 1991, 202 Tz. 21

Die Tatsache, dass die Entscheidung das Prinzip der Tarifeinheit verteidigte und dieses mittlerweile in der Rechtsprechung überholt ist, hat im hier diskutierten Zusammenhang keine Bedeutung. Unter diesen Umständen bedarf es auch keiner Entscheidung der Frage, ob die geplanten vertraglichen Bestimmungen nicht wegen unangemessener Bevorzugung des Arbeitgeberinteresses gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoßen.

Zur AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen s. Däubler/Bonin/Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB, 4. Aufl., München 2014

Die Möglichkeit, bestimmte Informationen geheim zu halten und damit gleichzeitig auf bestimmte Rechte zu verzichten, ist auch in anderen Zusammenhängen anerkannt. So sind etwa Arbeitnehmer nicht verpflichtet, ihre Anerkennung als Schwerbehinderte dem Arbeitgeber mitzuteilen. Sie können sich für einen „normalen“ Arbeitnehmerstatus ohne den Sonderschutz des Schwerbehinderten entscheiden, wenn sie dies aus bestimmten Gründen für sinnvoller erachten. Werden sie dann allerdings gekündigt, können sie sich innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung auf ihre Anerkennung als Schwerbehinderte berufen und den damit verbundenen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen.

BAG, Urteil v. 9.6.2011 – 2 AZR 703/09 – NZA-RR 2011, 516

Dies ist umso bemerkenswerter, als der Arbeitnehmer ggf. eine höhere Ausgleichsabgabe bezahlen muss, weil der fragliche Arbeitnehmer nicht als schwerbehinderter Beschäftigter mitgezählt werden kann. Es bleibt dem Arbeitgeber überlassen, durch eine entsprechende Frage das Problem der Schwerbehinderung zu klären, doch ist diese erst nach sechsmonatiger Beschäftigung zulässig. In den ersten sechs Monaten entsteht also anders als im vorliegenden Fall dem Arbeitgeber ein definitiver wirtschaftlicher Nachteil.

Bei der Schwerbehinderung handelt es sich im Übrigen wie bei der Gewerkschaftszugehörigkeit um ein sensibles Datum im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DSGVO, das nach § 26 Abs. 3 BDSG-neu gleichfalls einen besonderen Schutz genießt.

Die Parallele zur Nicht-Offenlegung der Schwerbehinderteneigenschaft zieht auch BAG, Urteil v. 7.7. 2010 - 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068 unter Tz. 46, wo es heißt: „Nichts anderes gilt im Übrigen im Recht der schwerbehinderten Menschen. Soweit dort einschlägige Rechte oder Ansprüche geltend gemacht werden, sind auch in diesem Rechtsbereich keine Unzuträglichkeiten angemahnt worden (*Jacobs Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz 1999 S. 407*).“

3. Interessenabwägung im Verhältnis zur Gewerkschaft

Wie das BAG eingehend dargelegt hat, stellt die an die Arbeitnehmer gestellte Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit „eine gegen die koalitionspezifische Betätigungsfreiheit gerichtete Maßnahme“ dar.

BAG, Urteil v. 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – NZA 2015, 306 Tz. 31

Für eine arbeitsvertragliche Klausel, die den Arbeitnehmer dazu verpflichtet, von sich aus eine entsprechende Mitteilung zu machen, kann ersichtlich nichts anderes gelten, da eine solche Abmachung eine weitergehende Wirkung als eine bloße Frage entfaltet. Nach Auffassung des BAG ist die Frage insbesondere dann unzulässig, wenn sie während laufender Tarifverhandlungen gestellt wird, da der Arbeitgeber auf diese Weise erfährt, wo die Gewerkschaft eine starke und wo sie eine schwache Verankerung besitzt, und er sich so bei Auseinandersetzungen bis hin zum Arbeitskampf darauf einstellen kann.

Dieser Eingriff lässt sich ebenso wenig wie gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer rechtfertigen. Auch im Verhältnis zur Gewerkschaft besteht kein Anlass, ausschließlich das Informationsinteresse des Arbeitgebers zu berücksichtigen und das Gegeninteresse der Gewerkschaft auf ein nachrangige Position zu verweisen. Den Interessen des Arbeitgebers ist vielmehr ausreichend Rechnung getragen, wenn er die tariflichen Leistungen nur an diejenigen erbringen muss, die sie – notwendigerweise unter Berufung auf ihre Gewerkschaftszugehörigkeit – auch effektiv geltend machen. Auch ist zu beachten, dass die Mitteilung der Mitgliedschaft nicht auf eine bestimmte „Phase“ wie etwa den Zeitraum der Tarifverhandlungen beschränkt werden kann. Da die Gewerkschaftszugehörigkeit in der Regel eine konstante Größe ist, behält sie auch dann noch Aussagekraft, wenn sie zu einer Zeit mitgeteilt wurde, in der es keine Auseinandersetzungen gab: In späteren Tarifverhandlungen könnte sie gleichwohl die Gewichte erheblich verschieben. Insoweit muss die BAG-Rechtsprechung verallgemeinert werden.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sowohl das Fragerecht des Arbeitgebers nach traditionellem Verständnis wie auch die Erhebung eines sensitiven Datums nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO nur dann zulässig sind, wenn die erfragten Informationen für den verfolgten legitimen Zweck „erforderlich“ sind. Daran fehlt es im vorliegenden Fall mit Rücksicht darauf, dass es ja bereits eine Praxis gibt, wonach derjenige, der tarifliche Rechte ausüben will, dies über ein von der GDL entworfenes und verteiltes Formular tut. Diese Praxis hat bislang zu keinerlei Unzuträglichkeiten geführt; insoweit fehlt es an der Notwendigkeit für die von Arbeitgeberseite geplante erweiterte Datenerhebung.

III. Benachteiligung der GDL durch den Inhalt der geplanten Vertragsbestimmungen

Wie sich aus dem unter A dargestellten Sachverhalt ergibt, besteht faktisch nur für Mitglieder der GDL die Notwendigkeit, ihre Gewerkschaftsmitgliedschaft aufzudecken. Verzichteten Mitglieder der EVG auf eine Aussage dazu, erleiden sie keinerlei Nachteile, da sie weiterhin entsprechend den von der EVG abgeschlossenen Tarifverträgen behandelt werden. Dazu kommt die ebenfalls im Sachverhalt wiedergegebene Regelung, wonach bei Übertritten

insbesondere von der EVG zur GDL auch in Zukunft weiterhin nur die EVG-Tarifverträge zur Anwendung kommen sollen.

Ob das Eingreifen der Tarifverträge einer Gewerkschaft für den Fall, dass sich ein Arbeitnehmer nicht erklärt, einen unzulässiger Eingriff in die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit einer anderen Gewerkschaft darstellt, ist vom BAG als Problem gesehen, aber nicht entschieden worden. Da eine entsprechende Überlegung erst in der Revisionsinstanz in das Verfahren eingebracht wurde, nahm das BAG eine Klageänderung an, die in diesem Stadium des Verfahrens nicht mehr zulässig ist, und konnte daher nicht zur Sache entscheiden.

BAG, Urteil v. 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – NZA 2015, 306 Tz. 45 – 47

Eine eigene Stellungnahme ist daher geboten.

Bestehen im Betrieb mindestens zwei konkurrierende Gewerkschaften, so ist der Arbeitgeber zur Neutralität verpflichtet.

Einzelheiten bei Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 12. Aufl., Baden-Baden 2017, Rn. 548x ff.

Während die Rechtsprechung sich zu diesem Problem insgesamt bisher noch nicht geäußert hat, gibt es zu Einzelfragen zahlreiche Aussagen, die in dieselbe Richtung weisen. So ist es etwa dem Arbeitgeber untersagt, zum Austritt aus einer Gewerkschaft aufzurufen.

Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, a.a.O., S. 202

Weiter darf er bei Betriebsratswahlen nicht eine bestimmte Liste unterstützen, sondern muss sich „neutral“ verhalten.

So ausdrücklich LAG Baden-Württemberg, Beschluss v. 31.5.1972 – 4 TaBV 1/72 – DB 1972, 1392; LAG Hamburg, Beschluss v. 12.3.1998 – 2 TaBV 2/98 – AiB 1998, 701; DKKW-Homburg § 20 Rn. 19; ErfK-Koch, § 20 BetrVG Rn. 7; Fitting, § 20 Rn.

So wurde es beispielsweise als Wahlanfechtungsgrund gewertet, dass leitende Angestellte für einen bestimmten Wahlvorschlag Stützunterschriften gesammelt hatten.

LAG Hessen, Beschluss v. 23.8.2001 – 12 TaBV 31/01 – DB 2001, 2559

Bei der Plakatierung, bei der Überlassung von Räumen und bei der Benutzung des Intranet durch verschiedene im Betrieb vertretene Gewerkschaften muss der Arbeitgeber den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten. Was er der einen Gewerkschaft gewährt, muss er deshalb auch der anderen einräumen.

Ebenso Botterweck, Gewerkschaftspluralismus im Betrieb, Frankfurt/Main 2007, S. 160, 171; DKKW-Berg, § 2 Rn. 104 a. E.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, S. 282; Klein, Die Stellung der Minderheitsgewerkschaften in der Betriebsverfassung, Berlin 2007, S. 202

Dies alles spricht dafür, dass er generell Neutralität wahren und keine Gewerkschaft bevorzugen oder benachteiligen darf.

Die benachteiligende Wirkung gegenüber der GDL ist bei den hier erörterten geplanten Vertragsbestimmungen evident. Sie wird gegenüber der EVG schlechter gestellt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Klausel, wonach im Falle eines Übertritts eines Arbeitnehmers von der EVG zur GDL die EVG-Tarifverträge unbefristet weiter gelten sollen, unwirksam ist. Es ist den Arbeitsvertragsparteien zwar unbenommen, eine Verweisung auf die Tarifverträge einer bestimmten Gewerkschaft für alle Zeiten vorzusehen, doch kann dadurch die unmittelbare und zwingende Wirkung der Tarifverträge der zweiten Gewerkschaft nicht verdrängt werden. Sie gelten automatisch kraft Gesetzes (§§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG) unmittelbar und zwingend. Andere Tarifregelungen können kraft arbeitsvertraglicher Abmachung nur insoweit anwendbar sein, als sie günstigere Regelungen enthalten (§ 4 Abs. 3 TVG). Dies ist aber ersichtlich nicht gewollt, so dass die geplante Bestimmung der Ziffer 4 unwirksam ist.

Die Unwirksamkeit ändert nichts daran, dass die geplanten vertraglichen Regelungen insgesamt das Neutralitätsprinzip verletzen und deshalb einen durch Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG

verbotenen Eingriff in die kollektive Koalitionsfreiheit der GDL darstellen. Ob sie daneben auch gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoßen, bedarf keiner Entscheidung.

IV. Rechtsbehelfe

Droht eine Beeinträchtigung der kollektiven Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, so kann sich die betroffene Gewerkschaft dagegen mit einer Unterlassungsklage zur Wehr setzen.

BAG, Urteil v. 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – NZA 2015, 306, 308

Die GDL kann also vom Unternehmen „Die Länderbahn“ verlangen, auf die geplante Verwendung der hier beanstandeten Vertragsbestimmungen zu verzichten. Da es sich ausschließlich um bestimmte vertragliche Formulierungen handelt, sind anders als bei einem sog. Globalantrag keine Fälle erfasst, in denen die angenommene Rechtswidrigkeit nicht Platz greifen kann.

Über die Klage entscheiden die Arbeitsgerichte im Urteilsverfahren (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG).

Eine Klage durch einzelne Arbeitnehmer ist denkbar, wird aber ohne praktische Bedeutung bleiben.

V. Zusammenfassung

Eine arbeitsvertragliche Pflicht, den Arbeitgeber über die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft und eventuelle Veränderungen unaufgefordert zu informieren, ist wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG unwirksam. Zum selben Ergebnis führt eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über das Fragerecht des Arbeitgebers.

Die geplante Regelung verstößt auch insoweit gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, als sie die GDL gegenüber der EVG benachteiligt. Würde die Regelung realisiert, läge darin ein Verstoß

gegen das Neutralitätsprinzip, das der Arbeitgeber gegenüber konkurrierenden Gewerkschaften zu beachten hat.

Die GDL kann sich gegenüber der geplanten Regelung mit Hilfe einer Unterlassungsklage zur Wehr setzen, die gegen das Unternehmen „Die Länderbahn“ zu erheben wäre.