

# KOMMENTARE

*Jonas Freese*

## Schlüsselposition mit Blockademacht

### – Analyse des Bundesverfassungsurteils zum Tarifeinheitsgesetz

„Nicht nur bekloppt, sondern auch einigermaßen feige“ nannte Heribert Prantl in der Süddeutschen Zeitung das Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Tarifeinheitsgesetz.<sup>1</sup> Die Entscheidung "nährt Zweifel an der Funktionsfähigkeit der Gewaltenteilung in Deutschland", konstatierte gar der Leipziger Arbeitsrechtler Hans Jochen Reinert in der Frankfurter Rundschau.<sup>2</sup> Auch in anderen Kommentaren überwog der kritische Unterton. Vor allem die fortdauernde „Rechtsunsicherheit“ biete „Stoff für Zoff“, hieß es bei Spiegel Online.<sup>3</sup> Der Arbeitsrechtler Friedrich-Wilhelm Lehmann sah in der Neuen Zeitschrift für Arbeitsrecht „mehr Steine als Brot aus Karlsruhe“.<sup>4</sup> Selten hat in jüngster Zeit ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts so zwiespältige und vielfach auch ablehnende Reaktionen in Tages- und Fachmedien hervorgerufen.

Es erscheint deshalb zweckmäßig, das Urteil genauer unter die Lupe zu nehmen. Zunächst sind die Auslegung des Gesetzes durch die Senatsmehrheit (das Urteil erging mit 6 zu 2 Stimmen bei einem Sondervotum von Richterin Baer und Richter Paulus) und die Rechtsfolgen des Urteils zu betrachten. Zu klären ist, inwieweit die Schwere des Eingriffs durch die von der Senatsmehrheit im Wege der verfassungskonformen Auslegung gefundenen Restriktionen des Gesetzes tatsächlich abgemildert wird (I.). Anschließend ist die Zulässigkeit dieser Auslegung zu überprüfen (II.). Weiterhin wird untersucht, inwiefern der weite Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers, den die Senatsmehrheit diesem zuerkannt hat, vertretbar ist (III.) und abschließend erläutert, welche rechtspolitische Folgen das Urteil haben könnte (IV.).

1 Heribert Prantl, Warum sich die Gewerkschaften erbitterte Kämpfe liefern werden, Süddeutsche Zeitung 16.7.2017 (letzter Abruf: 17.9.2017), <http://www.sueddeutsche.de/politik/prantls-blick-grundrechte-sind-kein-abstrakter-kokoloeres-1.3590477>.

2 Hans Jochen Reinert, Wenn der Lobbyismus die Demokratie bedroht, Frankfurter Rundschau 14.7.2017 (letzter Abruf: 17.9.2017), <http://www.fr.de/politik/meinung/gastbeitraege/gastbeitrag-wenn-der-lobbyismus-die-demokratie-bedroht-a-1313876>.

3 Dietmar Hipp, Stoff für Zoff, 11.7.2017 (letzter Abruf: 17.9.2017), <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/tarifeinheitsgesetz-das-urteil-des-bundesverfassungsgerichts-ist-stoff-fuer-zoff-a-1157252.html>.

4 Friedrich-Wilhelm Lehmann, Tarifeinheit und das Bundesverfassungsgericht – Mehr Fragen als Antworten!, NZA 14/2017 (Editorial), 3 (3).

DOI: 10.5771/0023-4834-2017-4-497

## I. Rechtsfolgen des Gesetzes (Eingriffsebene)

Das Tarifeinheitsgesetz regelt in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG, dass, soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden (kollidierende Tarifverträge), im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar sind, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat.

Das mag etwas sperrig klingen, bedeutet aber letztlich, dass eine Gewerkschaft, die in einem Betrieb weniger Mitglieder als eine andere Gewerkschaft hat, ihren ausgehandelten, mit dem Mehrheitstarifvertrag sich überschneidenden Tarifvertrag nicht mehr anwenden kann.. Diese Kollisionsregel trieb vor allem Berufsgewerkschaften auf die Barrikaden, die in der Regel jeweils nur eine Berufsgruppe tarifpolitisch vertreten und deshalb gegenüber den im Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) organisierten Branchengewerkschaften, die einen Gesamtvertretungsanspruch für alle Beschäftigten im Betrieb reklamieren, bei einer Mehrheitsfeststellung strukturell im Nachteil sind.

In der Urteilsbegründung des Ersten Senats unter Vorsitz des Bundesverfassungsgerichts-Vizepräsidenten Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof werden diese Nachteile teilweise deutlich artikuliert:

*„Die Möglichkeit, dass der eigene Tarifvertrag verdrängt werden könnte, und die gerichtliche Feststellung, in einem Betrieb in der Minderheit zu sein, können eine Gewerkschaft bei der Mitgliederwerbung und bei der Mobilisierung der Mitglieder auch für Arbeitskampfmaßnahmen schwächen und Entscheidungen zur tarifpolitischen Ausrichtung und Strategie beeinflussen.“ (Urteil, Rn. 136)*

Für die zahlenmäßig unterlegene Gewerkschaft stellt sich bei Anwendung der Kollisionsregel die Existenzfrage. Ohne eigene Tariftmacht verliert sie zwangsläufig an Attraktivität und Bedeutung, weil ihr damit auch die Möglichkeit verwehrt wird, eigene (berufsspezifische) Regelungen für ihre Mitglieder zu tarifieren, die bei einer Übertragung der Verhandlungsvollmacht auf eine Großgewerkschaft mit vielen verschiedenen Berufsangehörigen weniger Gewicht hätten oder gar ganz unter den Tisch fallen würden.

Die Schwere des Eingriffs gesteht die Senatsmehrheit auch zu:

*„Die mit den angegriffenen Regelungen einhergehenden Beeinträchtigungen der Kollisionsfreiheit wiegen schwer.“ (Urteil, Rn. 167)*

Das Gericht bemüht sich daher im Wege der verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes um Milderungen und fordert den Gesetzgeber zu Nachbesserungen am Gesetz auf, bei denen dieser Vorkehrungen zu treffen habe, die die Interessen der Berufsgewerkschaften hinreichend berücksichtigen. Die Milderungen durch eine weite Auslegung des Gesetzes sollen vor allem dadurch erfolgen, dass den Berufsgewerkschaften ihr Streikrecht garantiert wird und sie ein Nachzeichnungsrecht für den gesamten Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft und ein für die Anwendung der Tarifeinheit konstitutives Anhörungsrecht bekommen. Außerdem wird der § 4a TVG zur Disposition der vom Tarifvertrag Betroffenen gestellt.

## 1. Streikrecht nur pro forma

*„Auch das Streikrecht einer Gewerkschaft, die in allen Betrieben nur die kleinere Zahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern organisieren kann, bleibt unangetastet; das gilt selbst dann, wenn die Mehrheitsverhältnisse bereits bekannt sind.“ (Urteil, Rn. 140)*

Insbesondere diese Klarstellung sorgte für Erleichterung bei den Repräsentanten der kleineren, nicht im Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB) organisierten Gewerkschaften. Der Bundesvorsitzende der beschwerdeführenden Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GdL), Claus Weselsky, befand: „Es wird auch nicht durch die Hintertür mit diesem Gesetz das Streikrecht eingeschränkt.“<sup>5</sup> Und der Bundesvorsitzende der Ärzte-Gewerkschaft Marburger Bund, Rudolf Henke, gab zu Protokoll, es „erleichtere ihn sehr“, dass auch die Berufsgewerkschaften weiterhin ein Streikrecht hätten.<sup>6</sup> „Die Blüenträume mancher Arbeitgeber sind geplatzt.“<sup>7</sup>

Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts galt nämlich, dass ein Arbeitskampf unverhältnismäßig ist, soweit der angestrebte Tarifvertrag nach dem Grundsatz der Tarifeinheit offensichtlich nicht zur Anwendung gelangen kann. Entsprechend äußerte sich auch die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung zum Tarifeinheitsgesetz:

*"Über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden soll, wird allerdings im Einzelfall im Sinne des Prinzips der Tarifeinheit zu entscheiden sein. Der Arbeitskampf ist Mittel zur Sicherung der Tarifautonomie. Der Arbeitskampf dient nicht der Sicherung der Tarifautonomie, soweit dem Tarifvertrag, der mit ihm erwirkt werden soll, eine ordnende Funktion offensichtlich nicht mehr zukommen würde, weil die abschließende Gewerkschaft keine Mehrheit der organisierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb haben würde."<sup>8</sup>*

Diese Erwartung wollte der Erste Senat nicht erfüllen und beschied deshalb ziemlich eindeutig, dass das Streikrecht auch nach einer Mehrheitsfeststellung im Betrieb fortgelte. In der Nachbetrachtung des Urteils veranlasste diese Aussage des Gerichts nicht nur die Vertreter der Berufsgewerkschaften, sondern auch Arbeitsrechtler zu der Auffassung, das Streikrecht der Berufsgewerkschaften sei unbeschadet geblieben.<sup>9</sup> Einer eventuell ange-

5 Zacharias Zacharakis im Interview mit Claus Weselsky, „Das Gesetz kann einen Streik nicht verhindern“, Zeit Online 11. Juli 2017 (letzter Abruf 17.9.2017, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2017-07/claus-weselsky-gesetz-zur-tarifeinheit-gewerkschaften>).

6 Detlef Esslinger im Interview mit Rudolf Henke, „Die Blüenträume mancher Arbeitgeber sind geplatzt“, Süddeutsche Zeitung 11. Juli 2017 (letzter Abruf 17.9.2017), <http://www.sueddeutsche.de/politik/aerztegewerkschaft-bluetentraeume-mancher-arbeitgeber-sind-zerplatzt-1.3582714>.

7 Ebd.

8 BT-Drucksache 18/4062, 12.

9 BVAU-News-Interview mit Klaus Bepler: „Ich glaube, dass das Tarifeinheitsgesetz sehr viel Lärm verursacht hat, um dann nur sehr wenig zu erreichen.“, BVAU-Newsletter 4/2017, 2 (3); Wolfgang Däubler, Das Gesetz ohne Wirkung, junge Welt vom 18.7.2017 (letzter Abruf: 17.9.2017), <https://www.jungewelt.de/artikel/314661.das-gesetz-ohne-wirkung.html>; skeptisch Rolf Geffken, Das Kreuz mit der Tarifeinheit – das Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 13.7.2017 (letzter Abruf: 17.9.2017), [http://www.scharf-links.de/48.0.html?&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=61499&cHash=c32634b6e2](http://www.scharf-links.de/48.0.html?&tx_ttnews[tt_news]=61499&cHash=c32634b6e2).

streben, als Streikbremse wirkenden tatsächlichen Konsequenz sei jede Wirkung genommen worden.<sup>10</sup>

Tatsächlich aber ist die formale Beibehaltung des Streikrechts nur ein schwacher Trost für die Berufsgewerkschaften. Denn auch wenn das Streikrecht für den Tarifvertrag als solchen nicht eingeschränkt wird, so sind die indirekten Folgen doch evident. Die sich in der Minderheit befindende Gewerkschaft kann zwar ihre Mitglieder zum Arbeitskampf aufrufen. Jedoch muss sie hinnehmen, dass der sodann erkämpfte Tarifvertrag nicht angewendet wird. Dies hat erhebliche faktische Konsequenzen. Ein Streik muss sich immer auf eine Tarifforderung beziehen. Im Bewusstsein der voraussichtlich geringeren Mitgliederstärke der Berufsgewerkschaft kann der Arbeitgeber Tarifverhandlungen relativ gelassen entgegenblicken und es gar nicht auf einen Streik ankommen lassen. Die von der zahlenmäßig unterlegenen Gewerkschaft erhobenen Forderungen kann er am Verhandlungstisch pro forma weitgehend erfüllen. Bei einem Tarifabschluss würde dann die Friedenspflicht für die Minderheitsgewerkschaft gelten, ein Streik wäre somit unzulässig.

Diese Taktik kann der Arbeitgeber jedes Mal anwenden. Das vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobene Streikrecht der kleineren Gewerkschaft besteht faktisch nur auf dem Papier.

## 2. Nachzeichnung und Anhörung: Muster ohne Wert

Auch das Nachzeichnungsrecht ist de facto nur ein Trostpflaster für die kleinere Gewerkschaft. Das Bundesverfassungsgericht hat das in § 4a Abs. 4 Satz 2 TVG normierte Nachzeichnungsrecht zwar ausgedehnt. Der Gesetzgeber hatte der Minderheitsgewerkschaft das Recht zugestanden, den Mehrheitstarifvertrag nachzuzeichnen, „soweit sich die Geltungsbereiche und Rechtsnormen der Tarifverträge überschneiden“. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil das Nachzeichnungsrecht nunmehr auf den gesamten Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft ausgedehnt (Urteil, Rn. 192).

Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass demnach die Mehrheitsgewerkschaft mit dem Arbeitgeber die Ausgestaltung des Tarifvertrages festlegt. Dabei können spezifische Interessen kleinerer Gruppen im Betrieb bewusst außen vor bleiben. Es liegt im Ermessen der gewerkschaftlichen Mehrheit und des Arbeitgebers, welchen Spielraum sie der Minderheit zugestehen wollen.

Doch warum sollte man einer Gewerkschaft angehören, die lediglich „nachzeichnen“, aber keine eigenen spezifischen Belange mehr in Tarifverhandlungen durchsetzen kann? Selbst bei einem niedrigeren Mitgliedsbeitrag verliert die bisher aus eigener Kraft tarifmächtige kleinere Gewerkschaft massiv an Attraktivität, wenn sie nur noch ein Nachzeichnungsrecht anbieten kann und eben keine an den spezifischen Belangen einer Berufsgruppe ausgerichtete Tarifpolitik.

Auch das in § 4a Abs. 5 Satz 2 TVG geregelte Anhörungsrecht der Minderheitsgewerkschaft kann nicht annähernd kompensieren, was durch die Verdrängung des eigenen Tarifvertrages verloren geht: Freiheit und autonome Gestaltungsmacht. Allein die Wortwahl „Anhörung“ zeigt an, worum es tatsächlich geht: Der Arbeitgeber ist gehalten, die Forderungen der Minderheitsgewerkschaft zur Kenntnis zu nehmen – mehr aber auch nicht. Das betont auch der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung, die explizit aus-

<sup>10</sup> Beppler ebd.

schließt, dass das Anhörungsrecht Verhandlungen oder die Teilnahme an solchen garantiert.<sup>11</sup>

### 3. Die Dispositivität von § 4a TVG – Eine Illusion gleichlanger Spieße

Nicht überzeugend ist die Argumentation der Richtermehrheit auch an der Stelle, an der sie konstatiert, dass die Beeinträchtigung der kleineren Gewerkschaft dadurch relativiert wird, dass die Betroffenen durch die Dispositivität der Verdrängungswirkung es in gewissem Maße selbst in der Hand hätten, Schaden abzuwenden (Urteil, Rn. 174, 177).

Denn Tarifdispositivität bedeutet ja, dass alle in einem Betrieb tarifierenden Gewerkschaften sowie der Arbeitgeber sich über die Nichtanwendung der Verdrängungsregel im Tarifeinheitsgesetz verständigen müssen. Nun gibt es jedoch mit der Mehrheitsgewerkschaft und dem Arbeitgeber zwei Akteure in dem Verfahren, die gerade kein Interesse daran haben, dass eine zweite Gewerkschaft einen anderen, sich mit dem Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft überschneidenden Tarifvertrag abschließt und dieser Anwendung findet. Was sollte Arbeitgeber oder Mehrheitsgewerkschaft auf einmal dazu bewegen, ihre Monopolstellung auf den Abschluss eines Tarifvertrages aufzugeben?

Wolfgang Däubler sieht das der Minderheitsgewerkschaft zugesprochene Streikrecht als Schlüsselinstrument dafür, die Dispositivität der Verdrängungsnorm zu erwirken.<sup>12</sup> Notfalls könne man sich eine solche Abmachung erkämpfen.<sup>13</sup> Das mag für den Arbeitgeber noch stimmen, jedoch findet das Streikrecht das Ende seiner Wirkungsmacht in der Entfaltung gegenüber der Konkurrenzgewerkschaft. Diese kann nicht bestreikt werden, ihr würde ein Arbeitskampf, der als Existenzkampf der kleinen Gewerkschaft sicherlich nicht zurückhaltend geführt würde, wahrscheinlich sogar nutzen. Denn sie kann nun einfach auf den vermeintlichen Egoismus und Streikexzess der Berufsgewerkschaften zeigen und so die Verdrängung des Minderheitstarifvertrags, sofern überhaupt nötig, noch besser innergewerkschaftlich rechtfertigen.

Der kleineren Gewerkschaft steht also schlicht kein Druckmittel zur Verfügung, eine Disposition der Kollisionsnorm zu erwirken. Deshalb ist es nachgerade zynisch, wie das Bundesverfassungsgericht davon zu sprechen, die von der Verdrängung des Tarifvertrages betroffene Gewerkschaft habe es in Teilen selbst in der Hand, das Ungemach einer Mehrheitsfeststellung im Betrieb abzuwenden.

Das Gericht bewegt sich ohnehin auf sehr dünnem Eis, wenn es die Möglichkeit der Tarifdispositivität damit begründet, dass „der Gesetzgeber mit dem Tarifeinheitsgesetz in erster Linie auf eine Selbststeuerung der Gewerkschaften zielt, um über die Vorwirkung dieser Regelung eine Kollision mit der Folge des Tarifverlustes zu vermeiden“ (Urteil, Rn. 178). Selbststeuerung setzt gleichberechtigte Autonomie aller Akteure voraus, gleich lange Spieße sozusagen. Davon kann hier keine Rede sein.

11 BT-Drucksache 18/4062, 15.

12 Däubler (Fn. 9).

13 Ebd.

## II. Verfassungsgemäße Auslegung – was genau war das nochmal?

Dass die im Wege der verfassungsgemäßen Auslegung gefunden Restriktionen es nicht vermögen, den schweren Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Berufsgewerkschaften zu verhindern, wurde dargelegt. Fraglich ist zudem, ob diese Restriktionen überhaupt zulässig waren. Denn die verfassungskonforme Auslegung unterliegt Grenzen.

In dem Urteil „Beratungshilfe“<sup>14</sup> bestimmt das Gericht diese in einer Gesamtschau seiner ständigen Rechtsprechung wie folgt: „Aus der grundsätzlichen Vermutung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ergibt sich das Gebot, ein Gesetz im Zweifel verfassungskonform auszulegen [...] Das gilt jedoch nur, soweit unter Berücksichtigung von Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Gesamtzusammenhang und Zweck mehrere Deutungen der betreffenden Bestimmung möglich sind, von denen zumindest eine zu dem verfassungsgemäßen Ergebnis führt [...]. Durch den Wortlaut [...], die Entstehungsgeschichte [...] und den Gesetzeszweck [...] werden der verfassungskonformen Auslegung Grenzen gezogen. Ein Normverständnis, das in Widerspruch zu dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers steht, kann auch im Wege verfassungskonformer Auslegung nicht begründet werden [...]. Andernfalls würde das Bundesverfassungsgericht der rechtspolitischen Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorgreifen [...].“

Ob die formale Garantie des Streikrechts, die das Bundesverfassungsgericht vorgenommen hat, eine noch zulässige verfassungskonforme Auslegung darstellt, ist mehr als fragwürdig. Die Gesetzesbegründung zum Tarifeinheitsgesetz knüpft, wie bereits dargelegt, die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen an die Sicherung der Tarifautonomie. Der Gesetzgeber weist ausdrücklich darauf hin, dass ein Arbeitskampf, der sich wegen der Tarifeinheitsvorgabe auf einen nicht mehr anwendbaren Tarifvertrag richte, nicht mehr der Erfüllung der Tarifautonomie dienen könne. Diese Feststellung lässt doch erhebliche Zweifel daran aufkommen, ob hier nicht die Gesetzesbegründung eine verfassungskonforme Auslegung, die das Streikrecht trotz Verdrängungsregelung bejaht, unzulässig macht.

Eindeutig wird die Beurteilung dieser Frage bei dem Anhörungsrecht. Hier missachtet die Senatsmehrheit ausdrücklich und explizit die Gesetzesbegründung, die die Verdrängungsregelung nicht unter den Vorbehalt der Anhörung stellt, und erklärt diese zur Voraussetzung der Anwendung der Tarifeinheit.<sup>15</sup>

Auch beim Nachzeichnungsrecht begibt sich die Senatsmehrheit auf sehr unsicheres Terrain. Denn in § 4a Abs. 4 Satz 2 TVG heißt es: „Soweit sich die [...] Rechtsnormen der Tarifverträge überschneiden“, bestehe ein Anspruch auf Nachzeichnung des Mehrheitstarifvertrags durch die Minderheitsgewerkschaft.

Der Wortlaut beschränkt das Nachzeichnungsrecht auf den Überschneidungsbereich. Das Bundesverfassungsgericht tilgt aber die Voraussetzung „soweit sich die Rechtsnormen überschneiden“ und erstreckt das Nachzeichnungsrecht auf den gesamten Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft.<sup>16</sup> Gründe dafür, dass der Gesetzgeber das Nachzeichnungsrecht planwidrig begrenzt hat, liefert die Senatsmehrheit auch beim Nachzeich-

14 BVerfGE 122, 39 (60 f. [Rn. 57]).

15 Matthias Munder, Karlsruhe im methodischen Abseits, Juwiss 20. Juli 2017 (letzter Abruf 17.9.2017), <https://www.juwiss.de/86-2017/>.

16 Ebd.

nungsrecht nicht. Hierin liegt mithin eine unzulässige Rechtsfortbildung vor, die verfassungsgemäße Auslegung überschreitet darin ihre Grenze.<sup>17</sup>

Auch die konstruierte Dispositivität von § 4a TVG vermag nicht zu überzeugen. Das Gericht begründet mangels tatsächlichen Anhaltspunkts im Gesetzestext die Dispositivität mit der Überlegung, dass „der Gesetzgeber mit dem Tarifeinheitgesetz in erster Linie auf eine Selbststeuerung der Gewerkschaften zielt, um über die Vorwirkung dieser Regelung eine Kollision mit der Folge des Tarifverlustes zu vermeiden.“ Allerdings vermeidet die Dispositivität keine Kollisionen. Besteht keine Kollision, ist § 4a TVG schließlich gar nicht einschlägig, eine solche ist gerade Anwendungsvoraussetzung. Die Dispositivität führt lediglich zu der Möglichkeit, zwei kollidierende Tarifverträge nebeneinander anzuwenden. Die Auslegung, der Gesetzgeber habe stillschweigend die Kollisionsnorm zur Disposition der Betroffenen gestellt, findet also auch keinerlei Anhaltspunkt im Gesetz und verkehrt dessen Intention ins Gegenteil. Auch hier wird die Grenze verfassungskonformer Auslegung übertreten. Ausweislich der Urteilsbegründung war dem Bundesverfassungsgericht übrigens bewusst, dass es, jedenfalls in Teilen, keine verfassungsgemäße Auslegung vornahm (vgl. Urteil, Rn. 172).

### III. Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers (Rechtfertigungsebene)

Das Bundesverfassungsgericht hat also den beschwerdeführenden Gewerkschaften nur vermeintliche Milderungen durch Auslegung präsentiert. Man müsste annehmen, das Gericht habe nun, bei einem Grundrechtseingriff solchen Gewichts, eine besonders starke Gefährdung wichtiger Verfassungsgüter auf der Rechtfertigungsseite erkannt. Allerdings hat die Bundesregierung darauf verzichtet, die Vorwürfe, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und der Betriebsfrieden seien gefährdet, zu belegen. Die Senatsmehrheit sieht darin kein Problem. So heißt es in der Urteilsbegründung:

*„Die Sicherung der Bedingungen eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems auch nur auf Seite der Gewerkschaften ist von erheblicher Bedeutung dafür, die mit der Koalitionsfreiheit verbundenen Zwecke auch tatsächlich zu erreichen. Wie real und weitgehend diese Gefährdungen ohne entsprechende Reaktionen des Gesetzgebers sind, hat der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungs- und Prognosespielraums [...] zu bewerten. Dass der Gesetzgeber diesen Spielraum überschritten hätte, haben die Verfassungsbeschwerden nicht ergeben.“ (Urteil, Rn. 171)*

Grundlegend zum gesetzgeberischen Prognosespielraum hat Fritz Ossenbühl geschrieben, dass die bei politischen Entscheidungen nahezu immanente Unsicherheit und die Möglichkeit des Gesetzgebers, auf die durch die politische Maßnahme angeregte Entwicklung durch andere gezielte Maßnahmen einzuwirken, ihm das Richtigkeitsprivileg verleihe.<sup>18</sup> Das bedeute, dass künftige Entwicklungen vom Bundesverfassungsgericht nur daraufhin überprüft würden, ob sie eindeutig widerlegbar sind.<sup>19</sup> Werde allerdings eine

17 Ebd.

18 Fritz Ossenbühl, Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen und Prognoseentscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, in: Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, 1976 Tübingen, 458 (498).

19 Ebd.



Grundrechtsposition in erheblichem Maße existenziell bedroht, so vollziehe das Bundesverfassungsgericht die Prognose mit eigenen Mitteln nach.<sup>20</sup>

Vor allem sozialpolitische Gesetze, die keinem existenziellen Entscheidungszwang entspringen und überdies als „Jahrhundertentscheidung“ das „unüberschaubare Risiko einer Systemänderung“ in sich bärigen, verpflichteten das Bundesverfassungsgericht nicht, einer unsicheren Prognose zu folgen.<sup>21</sup> Denn die Begründung für das Richtigkeitsprivileg entfele, wo kein Entscheidungszwang sei und die Gefahr einer Systemänderung bestehe. Der Respekt vor dem Willen des demokratischen Gesetzgebers finde am Grundgesetz seine Grenze.<sup>22</sup>

Diese grundsätzlichen Erwägungen zeigen auf, wie fernliegend es ist, bei einem solchen schwerwiegenden Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Berufsgewerkschaften von einem weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers auszugehen.

Von Relevanz sind auch die empirischen Befunde, die von den Berufsgewerkschaften in ihren Verfassungsbeschwerden und Gegenrepliken vorgebracht wurden. Neben den in den Verfassungsbeschwerden aufgeführten Verweisen auf die Arbeitskampfbilanz des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) der DGB-nahen Hans-Böckler-Stiftung sowie die Streikstatistik der Bundesagentur für Arbeit und einer Analyse der Gehälterentwicklung<sup>23</sup> ist besonders die von Reinhard Bispinck vorgelegte Studie des WSI zur Rolle der Berufs- und Sparten-gewerkschaften in der Tarifpolitik hervorzuheben. Sie widerlegt in einer Analyse von Anzahl abgeschlossener Tarifverträge und Streikhäufigkeit und- durchführung eindrucksvoll die These, dass Berufsgewerkschaften die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems stören würden.<sup>24</sup>

Danach besteht zumindest kein Entscheidungszwang für den Gesetzgeber, der die Schwere der Systemänderung, die die Tarifeinheit darstellt, beiseiteschieben und das Bundesverfassungsgericht verpflichten könnte, einer unsicheren, in diesem Fall sogar unbelegten Prognose zu folgen.

### Spielraum bis zur völligen Fehleinschätzung

Die Senatsmehrheit hat solche Einwände nicht mit in das Urteil einbezogen, sondern schlicht auf das Urteil „Kurzarbeitergeld“ des Bundesverfassungsgerichts verwiesen. Ihrer Ansicht nach belege es, dass der Gesetzgeber „eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum“ in der „Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie“ habe (Urteil, Rn. 149, 171). Allerdings bezog sich das zitierte Urteil auf die Frage, ob die Regelung, dass durch einen Arbeitskampf arbeitslos gewordene Beschäftigte ihren Anspruch auf Lohnersatzleistungen unter bestimmten Umständen verlieren, einer Gewerkschaft die Möglichkeit nehme, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen. Die Kampfstärke einer Arbeitnehmerkoalition hinge von einer im Einzelnen „kaum überschaubaren Fülle von Faktoren ab“, die „in ihren Wirkungen schwer abschätzbar seien“. [...] „In einer solchen Lage trifft den Gesetzgeber die politische Verantwortung

20 Ebd., 499, 500.

21 Ebd., 513.

22 Ebd.

23 Verfassungsbeschwerde Marburger Bund, 26.

24 Reinhard Bispinck, Wirklich alles Gold was glänzt?, 11.5.2015 (letzter Abruf: 17.9.2017), <http://gegenblende.dgb.de/++co++ebcf60c-f7b6-11e4-bce0-52540066f352>.



für eine zutreffende Erfassung und Bewertung der maßgebenden Faktoren.“<sup>25</sup> Keine Rede also davon, dass der Gesetzgeber per se eine „Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie“ habe, sondern eben nur unter solch unübersichtlichen Umständen.

Die Bundesregierung hat, wie bereits erwähnt, erst gar nicht den Versuch unternommen, ihre Unterstellungen zu substantiieren und damit so etwas wie Unsicherheit über die Wahrscheinlichkeit der prognostizierten Gefahren für die Tarifautonomie zu kreieren. Durch den ihr zugestandenen Einschätzungs- und Prognosespielraum war dies offenkundig nach Ansicht der Senatsmehrheit auch nicht nötig. Die Grenze dieses Spielraums sieht das Bundesverfassungsgericht in einer „völligen Fehleinschätzung des Gesetzgebers“ (Urteil, Rn. 160).

Man kommt also nicht umhin zu konstatieren, dass auch der Einschätzungs- und Prognosespielraum in diesem Urteil weit gefasst ist, wenngleich das Bundesverfassungsgericht diese Qualifikation nicht vornehmen will, denn selbst der weiteste Einschätzungs- und Prognosespielraum findet seine Grenze in der (völligen) Fehleinschätzung. Entsprechend unbeachtet blieb auch die von den Berufsgewerkschaften vorgebrachte Empirie. Diese lässt das Bundesverfassungsgericht deshalb unwürdigt, weil „der Einwand, tatsächlich sei die Tarifautonomie durch Tarifikollisionen nicht gefährdet und eine Regelung daher nicht erforderlich [...] verfassungsrechtlich nicht durch[greift]. Der Gesetzgeber ist nicht darauf beschränkt, gegen bereits eingetretene Funktionsstörungen vorzugehen, sondern verfügt auch mit Blick auf drohende Funktionsstörungen über einen Einschätzungsspielraum“ (Urteil, Rn. 165).

Dies macht deutlich, wie gefährlich die Annahme eines weiten Einschätzungs- und Prognosespielraums bei derart schweren Eingriffen ist. Wenn der Gesetzgeber bestimmen darf, „wie real und wie weitgehend diese Gefahren“ sind und nicht mal der (belegte) Einwand der Nicht-Existenz einer Gefährdung diesen Spielraum erschüttern kann, fehlt den Eingriffsbetroffenen jegliches Mittel, um gegen bloße Behauptungen des Gesetzgebers vorzugehen. Wie sonst, außer mit dem Nachweis des Nichtbestehens einer Gefährdung oder einer dahingehenden Tendenz, soll man den Nichteintritt drohender Funktionsstörungen beweisen?

Eine drohende systemische Gefahr lässt sich zudem leicht behaupten, sie wiegt in der Verhältnismäßigkeitsprüfung schwer. Genau so kommt die Senatsmehrheit dann auch auf das Ergebnis, das Tarifeinheitsgesetz sei überwiegend mit dem Grundgesetz vereinbar.

Für den unvereinbaren Teil hat es dem Gesetzgeber die Anordnung erlassen, beim Schutz der Berufsgewerkschaften nachzubessern. Doch auch diese Anordnung ist nur ein schwacher Trost für die gewerkschaftliche Minderheit. Der mit einem weiten Gestaltungsspielraum ausgestattete Gesetzgeber wird hier wohl kaum zu einem effektiven Schutz der Gewerkschaften kommen, deren Koalitionsfreiheit er vorher in so erheblichem Maße verletzt hat.

#### IV. Bedeutung des Urteils

Im Gesetzgebungsverfahren zum Tarifeinheitsgesetz wurde von den Regierungsparteien wie auch von DGB und Arbeitgeberverbänden immer wieder beklagt, sogenannte Funk-

25 BVerfGE 92, 365-411 (396).

tionseliten in Berufsgewerkschaften würden ihre „Schlüsselpositionen“ ausnutzen und nicht das Gesamtwohl des Unternehmens und seiner Beschäftigten im Blick haben. Auch ins Urteil schaffte es diese Formulierung, sogar bis in dessen ersten Leitsatz: „Das Grundrecht vermittelt jedoch kein Recht auf unbeschränkte tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen.“

Allerorts wird der Begriff „Schlüsselposition“ also benutzt und dabei vergessen, dass es ein Arbeitgeberterminus ist, der sich mitnichten nur auf Berufsgewerkschaften richtet. Über die Ausnutzung von „Schlüsselpositionen“ beklagen sich die Arbeitgeber auch, wenn Branchengewerkschaften im Streik davon Gebrauch machen, zum Beispiel beim Bodenpersonal an Flughäfen, das von Verdi vertreten wird.<sup>26</sup> Nicht allzu fernliegend ist mithin, dass der oben genannte Leitsatz noch häufiger in Folgeurteilen zitiert werden wird, nur dass es dann um Streikrechtseinschränkungen auch für Mitglieder von Branchengewerkschaften, z.B. in der Daseinsvorsorge, gehen könnte.

Im Übrigen ist die Maßgabe, man müsse einen „gerechten sozialen Ausgleich“ vor allem unter Gewerkschaften und ihren Angehörigen organisieren, nicht zielführend. Das Auftreten sozialer Probleme sind beispielsweise hohe Mieten oder die ungerechte Steuerpolitik und nicht die Lokführer\*Innen, die für eine gerechte Entlohnung ihrer Arbeit kämpfen. Gewerkschaften sind nicht dafür da, Probleme zu lösen, die sich aus staatlichem Versagen bei der Herstellung sozialer Gerechtigkeit in der Gesellschaft ergeben. Gewerkschaften sind auch kein Reparaturbetrieb des Kapitals, sondern freie Koalitionen zur Durchsetzung spezifischer Interessen. Das ist nicht unmoralisch oder unsolidarisch, sondern schlicht der Zweck einer Gewerkschaft.

Doch selbst wenn man dies anders sehen mag: Auch die vermeintlich unsolidarischen Berufsgewerkschaften verdienen Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen in ihre Koalitionsfreiheit durch das Bundesverfassungsgericht. Da die Rechtfertigungsbelange unsubstantiiert und widerlegbar sind und der Eingriff in die Koalitionsfreiheit dieser Gewerkschaften nahezu maximal stark ist, hat das Bundesverfassungsgericht ihnen mit der Fortgeltung des Tarifeinheitsgesetzes diesen Schutz versagt.

Nicht nur die Berufsgewerkschaften werden mit diesem Urteil geschädigt. Verfährt das Bundesverfassungsgericht auch in Zukunft wie in diesem Urteil, legt Gesetze abweichend vom Wortlaut und dem erklärten Willen des Gesetzgebers aus und gesteht ihm auch bei schwersten Grundrechtseingriffen einen derart weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum zu, dass dieser nicht einmal versuchen muss, seine Behauptungen zu belegen, so wird es in Zukunft ungleich schwerer, durch Verfassungsbeschwerden oder Normenkontrollverfahren sich gegen unverhältnismäßige Eingriffe in Grundrechtspositionen zu Wehr zu setzen.

Vizepräsident Kirchhoff verteidigte das Urteil kürzlich, indem er der Arbeitsgerichtsbarkeit, an die das Gesetz nun zurückginge, großes Vertrauen bei der Umsetzung des Gesetzes bescheinigte.<sup>27</sup> Die Arbeitsgerichte könnten das.<sup>28</sup> Dort seien „die Profis“.<sup>29</sup>

26 Schriftliche Stellungnahme der Deutschen Luftverkehrswirtschaft, 24.4.2015 (letzter Abruf 17.9.2017), [https://www.bdl.aero/download/1793/bdl-stellungnahme-zum-tarifeinheitsgesetz\\_24-04-2015.pdf](https://www.bdl.aero/download/1793/bdl-stellungnahme-zum-tarifeinheitsgesetz_24-04-2015.pdf), 4.

27 Stuttgarter Nachrichten, 26.7.2017 (letzter Abruf 17.9.2017), <http://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.gesetz-zur-tarifeinheit-kirchhof-verteidigt-urteil.859d183d-6721-40c1-826f-0395395a44fd.html>.

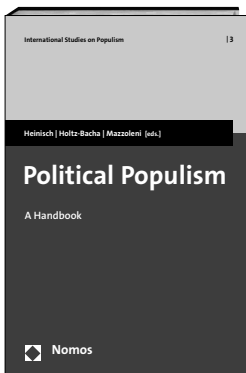
28 Ebd.

29 Ebd.

Diese Aussagen stehen auch in Kontinuität zu dem Urteil. So heißt es gegen Ende, sollten die Arbeitsgerichte in der Auslegung der Verdrängungsregelung und ihre verfahrensrechtliche Einbindung zu anderen Ergebnissen kommen, so sei „die Zumutbarkeit der Regelungen auch in ihrer Gesamtbelastung im Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG zu berücksichtigen“ (Urteil, Rn. 172).

Gerade diese Auslegungsergebnisse waren es jedoch, die das Gericht nach eigener Angabe dazu bewogen, die Belastungen als hinnehmbar zu bewerten (Urteil Rn. 166, 172). An dieser Stelle sei erinnert, dass „die Profis“ des Grundrechtsschutzes in Karlsruhe sitzen. Das Bundesverfassungsgericht hat als einziges Organ der rechtsprechenden Gewalt die Macht, den Gesetzgeber verfassungsrechtlich kontrollieren und verfassungswidrige Gesetze verhindern zu können, wenn man so will, eine verfassungsrechtliche Schlüsselposition mit Blockademacht. Es bleibt zu hoffen, dass es der dieser Position inhärenten Aufgabe in Zukunft wieder nachkommen wird.

## Aus der Reihe: International Studies on Populism



### Political Populism

#### A Handbook



Herausgegeben von Prof. Reinhard C. Heinisch,  
M.A., Prof. Dr. Christina Holtz-Bacha und  
Prof. Dr. Oscar Mazzoleni

2017, Bd. 3, 438 S., brosch., 58,— €

ISBN 978-3-8487-2534-2

eISBN 978-3-8452-7149-1

[nomos-shop.de/26601](https://nomos-shop.de/26601)

Das Handbuch bietet eine umfangreiche theoretische und empirische Einführung in die populistische Politik insbesondere in Europa, in Nord- und in Südamerika. Der Fokus liegt hierbei auf der Erklärung des Phänomens als Folge einer Legitimationskrise des repräsentativen Systems sowie den Kontroversen und Grenzen in der derzeitigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar unter:  
[www.nomos-elibrary.de](https://www.nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](https://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**