

*Eva Kocher*

## Rechtsunsicherheit als Mittel für eine neue Ordnung der Arbeit

An Organisationen wie der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) oder dem Marburger Bund scheiden sich die Geister; sie werden u.a. für Entsolidarisierung verantwortlich gemacht. In den vergangenen 15 Jahren sind solche „Berufsgruppengewerkschaften“ nicht zufällig stärker geworden; dafür gibt es viele Gründe. Neben unternehmerischen Privatisierungs- und Dezentralisierungspolitiken<sup>1</sup> haben auch DGB-Gewerkschaften durch spezifische Tarif- und Kommunikationspolitiken dazu beigetragen, dass früher bestehende Tarifgemeinschaften zerbrochen sind. Ergebnis der Entwicklung ist jedenfalls, dass Berufsgruppengewerkschaften, deren Mitglieder sich in betrieblichen „Schlüsselpositionen“ befinden, ihre relative Verhandlungsmacht (ob es nun Lokomotivführer\*innen oder Krankenhausärzt\*innen sind) zuletzt überwiegend zur Durchsetzung der Interessen der jeweiligen Berufsgruppe eingesetzt haben. Sie scheren sich wenig um die in Deutschland übliche Praxis „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ (= Tarifeinheit), die gewährleisten kann, dass auch für verhandlungsschwächere Arbeitnehmer\*innen in Arbeitskämpfen annehmbare Ergebnisse erzielt werden können.

Die politische Debatte über eine gesetzliche Regelung nahm nach einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) von 2010<sup>2</sup> Schwung auf. Es erkannte an, dass auch Berufsgruppengewerkschaften von den Grundrechten des Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie) Gebrauch machen. Tarifeinheit kann danach ein tarifpolitisches Ziel von Gewerkschaften sein, wenn diese es möchten; sie stelle aber keine zwingende rechtliche Vorgabe dar. Im deutschen Recht (§ 4 Abs. 1 TVG) wirken Tarifverträge ohnehin nur zwischen beiderseits Tarifgebundenen normativ, d.h. wenn sowohl Arbeitgeber\*in als auch Arbeitnehmer\*in Mitglied in einem der tarifschließenden Verbände sind. Die so verstandene Tarifautonomie ermöglichte ein Nebeneinander von einander widersprechenden Tarifverträgen in einem Betrieb (= Tarifpluralität bzw. Tarifkollision).

Unter Rückgriff auf einen Vorschlag von BdA (Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände) und DGB (Deutscher Gewerkschaftsbund) wurde die Große Koalition hiergegen aktiv. Das Tarifeinheitsgesetz von 2015 sieht vor, dass bei kollidierenden Tarifverträgen in einem Betrieb allein die Rechtsnormen des Tarifvertrags der mitgliederstärksten Gewerkschaft anwendbar sind (§ 4a Abs. 2 Satz 2 TVG). Als Ersatz für ihren verdrängten Tarifvertrag hat die Minderheitengewerkschaft das Recht, sich dem Mehrheitstarifvertrag durch „Nachzeichnung“ anzuschließen (§ 4a Abs. 4 TVG).<sup>3</sup>

1 Zu den Hintergründen insbesondere Berg, KJ 2014, 72 (75).

2 BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08.

3 Zu diesen und den anderen Regelungen des Gesetzes im Einzelnen siehe Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 6. Aufl. 2017, § 4a TVG.

Über einen Teil der insgesamt elf Verfassungsbeschwerden gegen dieses Gesetz, erhoben durch fünf Berufsgruppengewerkschaften sowie das DGB-Mitglied ver.di, entschied das Bundesverfassungsgericht nun am 11.7.2017.<sup>4</sup> Richterin Baer (die Berichterstatterin in diesem Verfahren war) und Richter Paulus greifen das Urteil der Senatskolleg\*innen in ihrem Sondervotum mit scharfen Worten an – obwohl Urteil und Sondervotum in der grundrechtlichen Problemanalyse weitgehend übereinstimmen. In der Bewertung der Notwendigkeit eines gesetzlichen Eingriffs und der Möglichkeiten zur „Rettung“ des Gesetzes vor der Verfassungswidrigkeit liegen sie aber ungewöhnlich deutlich auseinander.

### 1. Ein Gesetz ohne Notwendigkeit

Das Tarifeinheitsgesetz wurde im Jahre 2010 in einer gemeinsamen Erklärung von DGB und BdA gefordert. Der DGB zog sich später aus dieser Initiative auf Druck insbesondere von ver.di zurück. In der Koalitionsvereinbarung 2013 wurde aber dennoch der Erlass eines entsprechenden Gesetzes vereinbart, das im Jahre 2015 in Kraft trat. Vorausgegangen war eine Phase, in der die GDL nach längerer Pause wieder für Unmut gesorgt hatte, weil an einigen ihrer Streiktage Züge ausgefallen waren. Auch wenn Arbeitsministerin Andrea Nahles bei der öffentlichen Vorstellung des Projektes „Tarifeinheitsgesetz“ betonte, das Streikrecht werde nicht angetastet,<sup>5</sup> konnte das Gesetz in der politischen Diskussion nur so verstanden werden, dass mit ihm die Streikmacht der auf ihre spezifischen Interessen fixierten Berufsgruppengewerkschaften im Transport- und Gesundheitswesen gebrochen werden sollte.<sup>6</sup>

Allerdings: Bereits 2015 war klar, dass das Gesetz das sozialpolitische Problem, auf das es zu reagieren schien, nicht würde lösen können. Sozialwissenschaftliche Analysen hatten gezeigt, dass das Phänomen einer Gewerkschaftskonkurrenz, die öffentliche Interessen bedrohen könnte, auf äußerst wenige Sektoren beschränkt ist und beschränkt bleiben wird.<sup>7</sup> Letztlich ist das Gesetz nur für die Gewerkschaften Cockpit, Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO), Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF), Marburger Bund (der Klinikärzt\*innen organisiert), GDL und vielleicht den Deutschen Journalistenverband von Bedeutung.<sup>8</sup> (Vom Gesetz allerdings ist z.B. auch ver.di betroffen, da in nicht ganz wenigen Betrieben des Organisationsbereichs in der Minderheit.)

Die meisten der miteinander konkurrierenden Gewerkschaften haben sich mittlerweile mit der wechselseitigen Konkurrenz abgefunden, ohne sich in Vernichtungskämpfen zu erschöpfen. Auch die betroffenen Arbeitgeber\*innen lernen langsam, mit der neuen Situation umzugehen. GDL und Deutsche Bahn, die sich die öffentlichkeitswirksamsten Auseinandersetzungen geliefert hatten, einigten sich kurz vor Inkrafttreten des Tarifeinheitsgesetzes schlicht darauf, dieses bis zum Jahr 2020 nicht anzuwenden. Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts erklärte die GDL: „Die nächsten 150 Jahre sind bei uns gesichert.“

4 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1588/15, 2883/15, 1043/16 und 1477/16.

5 Etwas anders allerdings die Regierungsbegründung des Gesetzes, BT-Drs. 18/4062, S. 12.

6 Genauer Berg, KJ 2014, 72 (73 ff.).

7 Für Nachweise siehe Baer/Paulus, Abweichende Meinung zum Urteil des Ersten Senats vom 11.7.2017 (im Folgenden: Sondervotum), Rn. 7 f., 16.

8 Vgl. Corinna Budras, FAZ online 20.1.2017.

2015 war also ein Gesetz beschlossen worden, das einigen wenigen kleinen Gewerkschaften das Wasser abgraben sollte, und neue Konflikte schafft – ohne dass es tatsächliche Anzeichen dafür gab, dass dies erforderlich wäre, um eine sinnvolle und demokratische Ordnung des Arbeitslebens zu gewährleisten.

## *2. Unstreitig: ein gravierender Grundrechtseingriff*

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Juli 2017 gesteht in erstaunlicher Deutlichkeit zu, dass das Gesetz gravierende Eingriffe in die Grundrechte der Beschwerdeführer\*innen, d.h. in die Koalitionsfreiheit und insbesondere in die Tarifautonomie mit sich bringt: Nicht nur, dass ein einmal erreichter Tarifabschluss seiner Wirkung beraubt werde; auch die Chancen der Mitgliederwerbung würden geschwächt (Verlust an Attraktivität), ebenso die Chancen einer Mobilisierung der Mitglieder für Arbeitskampfmaßnahmen. Zudem werde das gewerkschaftliche Verhalten schon vor Eintritt der Tarifkollision beeinflusst, sowohl im Hinblick auf tarifpolitische Ausrichtung und Strategie als auch grundsätzlich im Hinblick auf das eigene Profil und die satzungsmäßige Zuständigkeit.<sup>9</sup> Dazu bringe das Gesetz das Risiko mit sich, die Mitgliederzahlen und damit die eigene Kampfstärke gegenüber dem Arbeitgeber offen legen zu müssen.<sup>10</sup>

Und wozu das alles?

## *3. Gesetzesziel: „faire“ Tarifverträge statt Tarifautonomie*

Jedenfalls dient das Gesetz nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts nicht dem „Schutz von Unternehmen und Öffentlichkeit vor zunehmendem Streikgeschehen“ (ein Ziel, das ohnehin wohl kaum verfassungsgemäß und legitim wäre). Ein solches Motiv des Gesetzgebers<sup>11</sup> habe im Gesetz letztlich keinen Niederschlag gefunden. Die Kollisionsregel wirke sich deshalb nicht auf die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen aus, mehr noch: Die vom Gesetzgeber bewusst erzeugte Unsicherheit über das Risiko einer Verdrängung dürfe kein Haftungsrisiko einer Gewerkschaft für Arbeitskampfmaßnahmen begründen.<sup>12</sup> Den Mahnungen an die Arbeitsgerichte, § 4a TVG nicht zu einer Einschränkung des Streikrechts zu nutzen,<sup>13</sup> schließt sich das Gericht insofern hinreichend deutlich an.

Der Gesetzgeber selbst äußert sich in § 4a Abs. 1 TVG zu seinen Zielen, allerdings nicht sehr konkret: Das Gesetz diene der „Sicherung der Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedigungsfunktion sowie Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrags“.<sup>14</sup> Ebenfalls etwas wolfig, fasst das Bundesverfassungsgericht die von ihm als legitim angesehenen Ziele des Gesetzgebers als „Sicherung eines fairen Ausgleichs auf nur einer Seite der sich gegenüberstehenden Koalitionen“ bzw. Sicherung der „Vernünf-

9 BVerfG 11.7.2017, Rn. 135 ff; siehe auch Rn. 167 ff; Sondervotum, Rn. 4.

10 BVerfG 11.7.2017, Rn. 170, 168 f.

11 Vgl. Bepler, AuR 2017, 380, 381 (das BVerfG korrigiere auch hier den gesetzgeberischen Willen).

12 BVerfG 11.7.2017, Rn. 139 ff.

13 Kocher, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 167 ff; Berg (Fn. 3), Rn. 105 ff; Greiner, NZA 2015, 769 (776 f.); Fischinger/Monsch, NJW 2015, 2209 ff.

14 Vgl. Richardi, NZA 2015, 915: „Beschwörungsformel“.

tigkeit der Ausgangsbedingungen von Tarifverhandlungen“, wird dann aber deutlicher und formuliert eine spezifische Erwartung an Tarifverträge: Sie sollten die Interessen aller Arbeitnehmer\*innengruppen „fair“ ausgleichen. Der Gesetzgeber dürfe dafür sorgen, dass „der intergewerkschaftliche Wettbewerb nicht zur tarifpolitischen Schwächung und zum materiellen Nachteil solcher Arbeitnehmergruppen führt, die nicht über sogenannte Schlüsselpositionen und eine darauf beruhende Blockademacht im Betrieb verfügen“.<sup>15</sup> Das Urteil hält es also für legitim, wenn der Gesetzgeber die Tarifparteien dazu anhält, „Verhandlungssymmetrie“ auf Arbeitnehmerseite zu schaffen und (insbesondere in wirtschaftlichen Krisensituationen) „Gesamtkompromisse“ zu ermöglichen.

Das ist neu. Bisher war man davon ausgegangen, dass das Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG es den Arbeitnehmer\*innen und ihren Organisationen überlässt, selbst zu entscheiden, in welchem Rahmen und in welchen Konstellationen man sich organisieren möchte. Dies ist notwendiger Ausfluss des Freiheitsrechts und den „damit einhergehenden Mühen eines Koalitionspluralismus“.<sup>16</sup>

Spontan mag man sich auch fragen, was der in die Leitsätze aufgenommene Satz „Das Grundrecht vermittelt jedoch kein Recht auf absolute tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen“<sup>17</sup> bedeuten soll. Meint das Gericht wirklich, der Gesetzgeber dürfe Gewerkschaften dazu anhalten, auch unabhängig von möglichen Kollisionen und Konkurrenzen die Geltungsbereiche von Tarifverträgen so zuzuschneiden, dass eine etwaige „Blockademacht“ für möglichst viele Arbeitnehmer\*innen nutzbar wird? Es bleibt zu hoffen, dass es sich hier nur um einen verunglückten Versuch handelt, die Wertungen des Urteils griffig zusammenzufassen.

Das Sondervotum liest sich zwar auf den ersten Blick so, als halte es das Ziel, eine „fair“ Verteilung auf Arbeitnehmerseite anzustreben, ebenfalls grundsätzlich für legitim: Man sei sich im Senat darüber einig, dass der Gesetzgeber „strukturelle Bedingungen für faire Tarifvertragsverhandlungen“ bzw. „destruktiven Wettbewerb“ regeln dürfe.<sup>18</sup> Es behauptet sogar, man sei sich im Senat einig darüber gewesen, dass „die Vorstellung einer ‚widerspruchsfreien Ordnung der Arbeitsbeziehungen‘ (so die Begründung zum Gesetzentwurf BTDrucks 18/4062, S. 1, 8) [...] einer durchaus problematischen Vergangenheit [angehört].“

Bei genauer Analyse kommt man aber nicht umhin, dies als implizite Kritik an der im Urteil akzeptierten Vorstellung vom nötigen Ausgleich auf Arbeitnehmerseite zu lesen. Denn jedenfalls in Bezug auf das Nachzeichnungsrecht der Minderheitengewerkschaft hält das Sondervotum daran fest, dass der Verlust des eigenen Tarifvertrags nicht so leicht dadurch zu kompensieren sei, dass man an einem anderen Tarifvertrag partizipiere: „Dahinter steht eine gefährliche Tendenz zu einer vereinheitlichenden Vorstellung von Arbeitnehmerinteressen“. Die geäußerte Kritik an „Vorstellungen objektiver Richtigkeit“ zulasten eines grundlegenden Freiheitsrechts hätte sich auch schon dagegen richten können, dass die Senatsmehrheit eine Homogenisierung der Ausgangsbedingungen von Tarifverhandlungen als legitimes Gesetzesziel anerkennt.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> BVerfG 11.7.2017, Rn. 148; Rn. 153 ff, z.T. unter Bezug auf die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4062, 9 ff.

<sup>16</sup> Sondervotum, Rn. 5.

<sup>17</sup> BVerfG 11.7.2017, Rn. 131.

<sup>18</sup> Sondervotum, Rn. 2; Rn. 21.

<sup>19</sup> In diese Richtung auch Sondervotum, Rn. 8 ff, wo betont wird, dass Tarifpluralität meist kein Ausfluss destruktiver Konkurrenz sei.

Die Hauptkritik des Sondervotums richtet sich aber gegen etwas anderes, nämlich gegen die implizite Annahme, die Fairness von Tarifverträgen sei aktuell tatsächlich bedroht. Das Urteil äußert sich dazu nicht, sondern verweist schlicht auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers (und wiederholt insofern abstrakte Anforderungen aus der bisherigen Rechtsprechung).<sup>20</sup> Nun ist diese Einschätzungsprärogative tatsächlich ein wichtiges Instrument, um die politische Handlungsfähigkeit demokratisch gewählter Organe zu sichern. Das Sondervotum kritisiert aber nicht zu Unrecht, dass die Senatsmehrheit hier trotz vorliegender empirischer Erkenntnisse praktisch vollständig darauf verzichtet, vom Gesetzgeber zumindest die Darlegung einer gewissen Plausibilität seiner Befürchtungen zu verlangen.<sup>21</sup>

#### *4. Rechtsunsicherheit als Steuerungsinstrument*

Und damit wären wir bei der Frage, wie der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht sich eigentlich die Funktionsweise des Tarifeinheitsgesetzes vorstellen. Sie haben da durchaus unterschiedliche Vorstellungen – wobei der Gesetzgeber mit Billigung des Bundesverfassungsgerichts seine Einschätzungsprärogative so wahrnahm, dass er auf konkretere Erläuterungen verzichtete.

Man kann der Gesetzesbegründung aber zumindest entnehmen, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass das scharfe Schwert der Verdrängung eines Tarifvertrags in der Praxis gar nicht zur Anwendung kommen werde. Man wolle vielmehr „Anreize für ein koordiniertes und kooperatives Vorgehen der Arbeitnehmerseite in Tarifverhandlungen“ setzen. Als Anreiz bietet man eine „vom Gesetzgeber bewusst erzeugte Unsicherheit über das Risiko einer Verdrängung“.<sup>22</sup>

Wie das funktionieren soll, bleibt offen. Das Sondervotum führt zahlreiche Gründe an, die dagegen sprechen, dass dieser Mechanismus funktionieren könne. Da die Mehrheitsgewerkschaft „alle Trümpfe in [die] Hand“ bekommt,<sup>23</sup> gibt es für sie keinen Grund, der Minderheitengewerkschaft Zugeständnisse zu machen – zumal die Mehrheitsgewerkschaften auch in der Vergangenheit für das Scheitern tarifpolitischer Kooperationen zumindest mitverantwortlich waren, der Gesetzgeber also wenig tatsächliche Anhaltspunkte für seine Hoffnung auf Integrationsbereitschaft hatte. Der Schatten des Gesetzes kann in einer solchen Konstellation schwerlich faire Kooperationen befördern. Umgekehrt könnte die Regelung Statuskämpfe um die Mehrheit im Betrieb geradezu provozieren.<sup>24</sup> Das Urteil hätte an Überzeugungskraft sicher gewonnen, wenn es zumindest versucht hätte nachzuvollziehen, mit welchen Erwägungen der Gesetzgeber seiner Verantwortung bei Ausübung der Einschätzungsprärogative nachgekommen sein soll.

Im Übrigen gefällt es aber dem gesamten Senat nicht, dass der Gesetzgeber die Schärfe des eingesetzten Schwerts verarmlost, indem er den Fokus auf erwünschte mittelbare Vorwirkungen legt. Hier ist man sich einig: Man müsse den unmittelbaren Regelungsgegenstand (Verdrängung des Tarifvertrags), auch wenn er „nur“ auf mittelbare Vorwir-

20 BVerfG 11.7.2017, Rn. 165.

21 Sondervotum, Rn. 7 ff.

22 BVerfG 11.7.2017, Rn. 139 ff.

23 Sondervotum, Rn. 9 unter Verweis auf Greiner, RdA 2015, 36 (37).

24 Sondervotum, Rn. 11 ff.

kungen zielt, als gravierenden Grundrechtseingriff ernster nehmen. Das Gesetz habe die Grundrechte der Minderheitengewerkschaften insofern nicht ausreichend gewahrt.<sup>25</sup>

Ab hier geht das Sondervotum den konventionellen verfassungsrechtlichen Weg: Ein milderer Grundrechtseingriff sei denkbar. So könnte man z.B. die Verdrängung eines Tarifvertrags davon abhängig machen, dass ein Arbeitsgericht diese zuvor (mit ex tunc-Wirkung) festgestellt habe. Mangels solcher Sicherungen sei das Gesetz verfassungswidrig.<sup>26</sup>

Die Senatsmehrheit hingegen wird hier nun innovativ und weist den Arbeitsgerichten eine weit reichende Verantwortung für die verfassungskonforme „Auslegung und Handhabung“ des Gesetzes zu, und verpflichtet außerdem den Gesetzgeber dazu, die „Fairness“ der Tarifverträge, die dieser mittelbar erreichen wollte, über eine Inhaltskontrolle unmittelbar zu gewährleisten, um Minderheitengewerkschaften für einen verdrängten Tarifvertrag zu kompensieren.

### 5. Die Verantwortung der Arbeitsgerichte in „Auslegung und Handhabung“ des Gesetzes

„Auslegung und Handhabung“ ist schon eine ungewöhnliche Begriffswahl: Was hat man sich unter „Handhabung“ eines Gesetzes durch die Gerichte vorzustellen, wenn nicht „Auslegung“? Vermutlich bezieht sich dieser Begriff auf einen Mangel des Gesetzes, den das Gericht andeutet, ohne ihn verfassungsrechtlich deutlich genug zu bewerten: Für eine Gewerkschaft stellt es einen erheblichen Grundrechtseingriff dar, wenn sie der Arbeitgeberseite ihre Mitgliederstärke offenbaren muss. Diese Gefahr bringt das Gesetz aber mit sich, denn die Verdrängungswirkung hängt von der relativen Mitgliederstärke ab. Das Bundesverfassungsgericht erhofft sich insofern von den Arbeitsgerichten, dass diese das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren so führen, dass die Mitgliederstärke „nach Möglichkeit“ nicht offen gelegt wird – wenn dies nicht in allen Fällen gelinge, sei das insgesamt zumutbar.<sup>27</sup> Die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht den Arbeitsgerichten dennoch hier Praxishinweise für die „Handhabung“ des Gesetzes gibt, deutet darauf hin, dass es sich mit diesem Ergebnis selbst nicht ganz wohl fühlte.

In anderen Fragen werden die Arbeitsgerichte auf eine verfassungskonforme Auslegung verpflichtet: Das Bundesverfassungsgericht fordert eine weite Auslegung des Nachzeichnungsrechts sowie eine Auslegung der Verfahrenspflichten als echte Rechtspflichten.<sup>28</sup> Vor allem aber sollen die Arbeitsgerichte dafür sorgen, dass die Verdrängungswirkung sachlich so gering wie möglich gehalten wird. Sie solle z.B. nur für den kollidierenden Regelungskomplex und nur für die Dauer des verdrängenden Tarifvertrags gelten.<sup>29</sup>

Außerdem dürften „langfristig angelegte, die Lebensplanung der Beschäftigten berührende Ansprüche“ nicht verdrängt werden. Das Gericht nennt hier Anwartschaften und Ansprüche aus betrieblicher Altersversorgung, Kündigungsschutz, „Regelungen zur Lebensarbeitszeit“ (womit wohl Lebensarbeitszeitkonten gemeint sind) oder Bildungsmaßnahmen. Die hier verwendete Formel wird in der Praxis nicht ganz leicht auszulegen und anzuwenden sein; denn Beschäftigte verlassen sich im Zweifel langfristig auch auf andere

25 BVerfG 11.7.2017, Rn. 172 ff; Rn. 200 ff; Sondervotum, Rn. 13 ff.

26 Sondervotum, Rn. 15, 17.

27 BVerfG 11.7.2017, Rn. 199.

28 BVerfG 11.7.2017, Rn. 190 ff, 196.

29 BVerfG 11.7.2017, Rn. 186, 189.

Regelungen und Ansprüche, weil sie z.B. für die Vereinbarkeit von Erwerbs- und Familienerarbeit relevant sind (wie z.B. eine bestimmte Wochenarbeitszeit), oder als Grundlage der finanziellen Planung des privaten Haushalts dienen (wie Entgeltregelungen). Hier scheint die Senatsmehrheit der Delegationsmut wieder verlassen zu haben. Es weist die Arbeitsgerichte darauf hin, dass sie schließlich – falls sie es dann doch nicht schaffen sollten, die ihnen hier übertragene Aufgabe zu lösen – nach Art. 100 Abs. 1 GG vorlegen könnten.<sup>30</sup> Man wird hoffen müssen, dass die Arbeitsgerichte dann noch das nötige Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht aufbringen, um eine solche Rückverweisung vorzunehmen.

## *6. Die Geister, die sie riefen...*

In einem Punkt allerdings sieht auch die Senatsmehrheit den Gesetzgeber in der Pflicht: Für den Fall, dass der Tarifvertrag einer Minderheitengewerkschaft verdrängt werde, reiche das Nachzeichnungsrecht allein nicht aus, um den Verlust des eigenen Tarifvertrags zu kompensieren. Nachzeichnungsrecht heißt ja, dass im Fall des Verdrängens der verdrängende Tarifvertrag nachgezeichnet werden kann und dann auch auf die Mitglieder der Minderheitengewerkschaft Anwendung findet. Deshalb müsse „im Rahmen des Nachzeichnungsrechts“ gesichert sein, dass der verdrängende Tarifvertrag die Interessen der „Berufsgruppen“, deren Tarifvertrag verdrängt wird, „ernsthaft und wirksam berücksichtigt“.<sup>31</sup>

Während der Gesetzgeber noch hoffte, durch Verfahrensregelungen und Rechtsunsicherheit indirekt geeignete „Ausgangsbedingungen“ dafür zu schaffen, dass in sich ausgewogene und „faire“ Tarifverträge zustande kommen, schlägt die Senatsmehrheit damit nun eine direkte (materielle oder prozedurale) Angemessenheitskontrolle von Tarifverträgen vor – also einen Grundrechtseingriff, den sie selbst in keiner Weise reflektiert.

Die „Angemessenheitsvermutung“ von Tarifverträgen hat das BAG in der Vergangenheit ausschließlich dazu verwendet, um den im Tarifvertrag gefundenen Interessenausgleich im Verhältnis zwischen Arbeitgeberseite und Arbeitnehmerseite zu bewerten, bzw. um auszudrücken, dass die Bewertung dieses (vertikalen) Interessenausgleichs allein Sache der Tarifvertragsparteien sei.<sup>32</sup> Für die Frage der (horizontalen) Fairness unter den Arbeitnehmer\*innen gibt es zwar rechtliche Grenzen; für diese bestehen aber klare Rechtsmaßstäbe, insbesondere aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsschutz. Und sogar diese Rechtskontrolle will die aktuelle Bundesregierung noch aushebeln, wenn es um die Frage der Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts geht; § 5 Abs. 5 EntTranspG erklärt im Widerspruch zum Recht der Europäischen Union Tarifverträge sogar in horizontaler Hinsicht für „angemessen“. Tarifeinheitsgesetz und Bundesverfassungsgerichtsentscheidung hingegen halten in diametralem Gegensatz dazu die gesetzliche Sicherung einer „Richtigkeitsvermutung“<sup>33</sup> durch die Kontrolle des horizontalen Interessenausgleichs für verfassungsgemäß.

Bisher war man jedenfalls davon ausgegangen, dass solche Fragen – welche Interessen werden wie vertreten und wie kommt man zu einer fairen Verteilung zwischen den Be-

30 BVerfG 11.7.2017, Rn. 187f.

31 BVerfG 11.7.2017, Rn. 200 ff.

32 BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13. Siehe auch BAG 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 (Burda).

33 BVerfG 11.7.2017, Rn. 145 ff.

beschäftigen – in Eigenverantwortung der Gewerkschaften zu klären sind. Ob man z.B. prozentuale Erhöhungen oder Festbeträge (die zugunsten niedriger Einkommen wirken) fordert, das ist herkömmlich Gegenstand der tarifpolitischer Debatten und der innergewerkschaftlichen Willensbildung entsprechend der Satzung. Dabei geht es nicht immer um „Berufsgruppen“, aber manchmal. Ein Beispiel ist die Frage, ob man für Krankenschwestern und Pfleger\*innen eine höhere Tarifsteigerung fordern sollte als für Ärzt\*innen. Diese Frage wird innerhalb der Gewerkschaft ver.di diskutiert; diese Debatte unterliegt bisher keiner Rechtskontrolle. Ähnliche tarifpolitische Fragen liegen nun auch am Grunde der Gewerkschaftskonkurrenz zwischen ver.di und dem Marburger Bund, in dem sich Ärzt\*innen organisieren, die sich bei ver.di tarifpolitisch nicht ausreichend gehört und berücksichtigt fühlen. Und diese Organisationsform allein soll nun ein Grund sein, die „Fairness“ des durch ver.di gefundenen Ausgleichs zu bezweifeln, und einen gesetzlichen Eingriff rechtfertigen? Weil bestimmte Gruppen sich unabhängig organisieren, soll eine Willensbildung entlang von Satzung und Mehrheiten in der Mitgliedschaft nicht mehr ausreichend sein?

Es ist verräterisch, dass die Senatsmehrheit gerade an dieser Stelle den Begriff der „Berufsgruppe“ statt den der „Minderheitengewerkschaft“ verwendet und ihn wie einen Rechtsbegriff einsetzt.<sup>34</sup> Die Motivation leuchtet ein: Berufsgruppengewerkschaften vertreten spezifische Interessen, bei denen man sich zumindest theoretisch vorstellen kann, dass ihre Berücksichtigung im Tarifvertrag gerichtlich überprüft werden könnte (z.B. materiell und dann ähnlich wie bei der Prüfung eines Bauleitplans, § 1 Abs. 6 BauGB? Oder prozedural, indem die Zusammensetzung der Mitgliedschaft, die Besetzung der tarifpolitischen Beschlussgremien und/oder die Willensbildung in einer Mitgliedsorganisation überprüft werden?<sup>35</sup>) Nicht auszudenken, wie das gehandhabt werden soll, wenn einmal nicht eine Berufsgruppengewerkschaft, sondern eine plurale und diverse Gewerkschaft Minderheitengewerkschaft sein sollte. Auch das Bundesverfassungsgericht wollte sich diese Situation offensichtlich ungern vorstellen. Aber man orientiere sich nur versuchsweise einmal statt am Begriff der „Berufsgruppe“ am Begriff der „Minderheitengewerkschaft“, um eine ungefähre Vorstellung von der Aufgabe zu bekommen, die dem Gesetzgeber (und übergangsweise den Arbeitsgerichten) hier übertragen wurde. Sollen diese etwa einen eigenen Ersatztarifvertrag entwickeln, oder eine neue Entscheidungsstruktur für die Mehrheitsgewerkschaft? Und wie verträgt sich dies mit der Tarifautonomie?

Das Bundesverfassungsgericht übergibt die Angelegenheit jedenfalls mit dem schlichten Satz an den Gesetzgeber, dieser habe „einen weiten Gestaltungsspielraum für unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten“<sup>36</sup> – allerdings auch eine Übergangsfrist von anderthalb Jahren; in dieser Zeit dürfen die Arbeitsgerichte sich an dieser Aufgabe die Zähne ausbeißen. Da das Bundesverfassungsgericht selbst keine Andeutungen macht, an welche Lösungsmöglichkeiten es gedacht hat, scheint es also auch hier sein Vertrauen in die Erfindungskraft der Arbeitsgerichte zu setzen. Die Wahrnehmung weiter Gestaltungsspiel-

<sup>34</sup> Zweifel im Hinblick auf die inhaltliche Bestimmbarkeit des Begriffs äußert Berg (Fn. 3), Rn. 5e.

<sup>35</sup> Dies deutet das BVerfG an (Rn. 215: ob „diese Berufsgruppen in einem bestimmten Mindestmaß in der Gewerkschaft organisiert sind, deren Tarifvertrag dann Anwendung findet“ bzw. ob „diesen Berufsgruppen in der Satzung der Gewerkschaft ein hinreichender Einfluss auf die für sie relevanten tarifpolitischen Verbandsentscheidungen eingeräumt ist“); vgl. auch Berg (Fn. 3), Rn. 105f.

<sup>36</sup> BVerfG 11.7.2017, Rn. 205.

räume für unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten ist allerdings nicht gerade die Kernkompetenz von Rechtsprechung im Sinne des Grundgesetzes.

Möglicherweise drückt die Senatsmehrheit aber nicht nur den Arbeitsgerichten die Daumen,<sup>37</sup> sondern hegte schon im Juli die heimliche Hoffnung, dass der Gesetzgeber auf halber Strecke aufgibt und eine neue Regierung § 4a TVG wieder aufhebt? Dafür gäbe es viele Argumente, zu denen auch die Erkenntnis gehört, dass es ohnehin keine Hinweise gibt, dass das Gesetz irgendein tatsächliches Problem lösen könnte. Allerdings: Auch ein Gesetz, das keine drängenden Probleme löst, sondern nur neue Regularien mit sich bringt, bietet oft unerwartet Handlungsspielräume. Es werden sich schon Arbeitgeberanwält\*innen finden, die die geschaffene Rechtsunsicherheit in Verhandlungspositionen umwandeln können und so noch viel Spaß mit dem (durch das BVerfG neu gefassten<sup>38</sup>) Gesetz haben. Auch könnte die eingeforderte weite Auslegung des Nachzeichnungsrechts<sup>39</sup> durchaus nicht nur für starke „Berufsgruppengewerkschaften“ interessant werden, sondern auch für schwache Scheingewerkschaften. Für die Gewerkschaft ver.di, eine der Antragstellerinnen im Verfahren, kritisierte Andrea Kocsis: „Das Trittbrettfahrtum wird zum Nachzeichnungsrecht veredelt.“

Einigen der Protagonist\*innen des Gesetzesprojektes scheint langsam immerhin klar zu werden, worauf sie sich eingelassen haben. Der DGB-Vorsitzende Reiner Hofmann behilft sich vorerst noch mit frommen Wünschen: „Wenn der Gesetzgeber weitere Regelungen treffen sollte, darf dadurch auf keinen Fall Tarifzensur ermöglicht werden.“<sup>40</sup> Nichts anderes als entweder tarifliche Inhaltskontrolle oder Kontrolle mitgliedsgewerkschaftlicher Entscheidungsstrukturen jenseits klarer rechtlicher Maßstäbe, ist es aber, worauf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts hinausläuft. Es stimmt dabei mit dem Gesetzgeber in dem Bemühen überein, eine irgendwie geartete „objektive Richtigkeit“ von Tarifverträgen zu fördern, will dabei aber noch weniger als dieser irgendetwas dem Zufall oder dem tarifpolitischen Prozess überlassen. Mit dem Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG hat dies nicht mehr viel zu tun.

37 Bepler, AuR 2017, 380ff bezeichnet das Urteil deshalb auch als „Zwischenurteil“, mit dem ein neues, verfassungsrechtlich ebenfalls fragwürdiges, Gesetz fabriziert worden sei.

38 Bepler, AuR 2017, 380, 386f.

39 BVerfG 11.7.2017, Rn. 190 ff.

40 Reiner Hofmann, DGB-Vorsitzender, in der Presseerklärung des DGB vom 11.7.2017.