

Strategische Prozessführung – Erfolge, Misserfolge und mögliche Determinanten

Wolfgang Däubler

1. Eine kleine Geschichte

Ende März 1970 erschien im „STERN“ ein Bericht mit dem Titel „Sterben ist Ländersache“.¹ Er war sorgfältig recherchiert: Menschen, deren Nieren versagten, konnten mit Hilfe einer „künstlichen Niere“ gerettet werden. Diese war ein Apparat, der anstelle des natürlichen Organs das Blut des Patienten reinigte. Der einzelne Kranke musste zwei bis drei Mal pro Woche etwa sechs bis acht Stunden an die Maschine angeschlossen werden.

Die „künstliche Niere“ gab es nur in Krankenhäusern. In der ganzen Bundesrepublik existierten – so der Bericht des „STERN“ - insgesamt 290 solcher Geräte, mit denen 583 Patienten versorgt wurden. Gleichzeitig starben jedes Jahr etwa 1500 Menschen an chronischem Nierenversagen; für sie war kein Platz frei. Die behandelnden Ärzte hatten (nirgends veröffentlichte) Kriterien entwickelt, nach denen entschieden wurde, wer einen frei gewordenen Platz bekam: Wer über 60 war oder an einer zweiten Krankheit litt, hatte beispielsweise von vorne herein keine Chance. Theoretisch bestand die Möglichkeit, auf eigene Kosten eine künstliche Niere zu erwerben und Angehörige oder andere hilfsbereite Menschen mit deren Bedienung vertraut zu machen. Der Kaufpreis lag allerdings bei ca. 25.000,- DM; dazu kamen laufende Kosten von etwa 3.500,- DM im Monat. Der Stern-Reporter hatte sich erkundigt, weshalb man in Krankenhäusern nicht mehr Geräte angeschafft hatte. Das Bundesgesundheitsministerium hatte erklärt, der Bund sei für die Krankenhausfinanzierung nicht zuständig. In den Ländern hatte man gesagt, es würden die nötigen Haushaltsmittel fehlen.

Der Zufall wollte es, dass eine Freundin meiner Frau Sekretärin bei einem Chefarzt in Berlin war. Er war für die Versorgung der Nierenkranken zuständig. Zu entscheiden, wen er retten und wen er seinem Schicksal

1 Der STERN, Heft 14/1970 vom 29.3.1970, S. 60.

überlassen wollte, war für ihn eine schwere Belastung. Nun gab es einen Patienten, Vorarbeiter auf dem Bau, der ohne künstliche Niere noch eine Lebenserwartung von sechs bis acht Wochen hatte. Nirgendwo in Berlin war jedoch ein Behandlungsplatz frei. Seine Arbeitskollegen hatten Geld gesammelt; es waren beachtliche 10.000,- DM, aber eben nicht die notwendigen 25.000,- DM zusammen gekommen. Wie wäre es, die Krankenkasse vor dem Sozialgericht auf Anschaffung eines Geräts zu verklagen? In der Not greift man nach jedem Strohalm. Ich war zwar kein Sozialrechtler, aber es gab ja Kommentare, aus denen man vermutlich Honig saugen konnte. Also erklärte ich mich bereit, auf die Schnelle eine Klage aufzusetzen, in der viel über das Grundrecht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG stand; die Kommentare waren der Problematik fast vollständig ausgewichen.

Meine Frau und ich fuhren zum Sozialgericht in der Berliner Invalidenstraße. Wir hätten da eine sehr eilige Klage, sagten wir an der Pforte. Ich solle sie mal hergeben, war die Antwort. Wie lange es denn brauche, bis man einen Termin habe. „So ungefähr acht Monate, wenn es gut geht“ war die Antwort. Wir gaben die Klageschrift nicht her; welche Kammer denn für die Krankenversicherung zuständig und in welchem Raum deren Geschäftsstelle sei. Es gehe um Leben und Tod. Na gut, meinte der Pförtner, da sollten wir mal in Zimmer 240 gehen. Dort empfing uns eine Geschäftsstellenbeamtin. Kurze Darstellung des Falles von unserer Seite. Wann man denn mit einer Entscheidung rechnen könne. „Frühestens in einem Jahr“, war die Antwort, meistens dauere es länger. Entsprechendes hatte ich auch von anderer Seite gehört. „Dann ist aber unser Mandant längst tot“, war die naheliegende Antwort. Das sei schlimm, sagte sie, aber sie habe keinen Einfluss auf die Termine des Gerichts. Die Prozessordnung sehe in solchen Fällen auch keinen einstweiligen Rechtsschutz vor (was korrekt war). Wir verwiesen auf den Bericht im „STERN“. Dieser sei weiter an der Sache interessiert und würde über jeden unserer Schritte berichten. Ich hatte in der Tat mit dem Verfasser der „Reportage“ Kontakt aufgenommen, und er hatte nachhaltiges Interesse signalisiert. Der Hinweis auf den „STERN“ machte Eindruck. Der Richter sei nicht da, aber sie wolle ihm die Klage gleich auf den Schreibtisch legen und groß „Eilig“ drauf schreiben.

Wie es denn mit einem Aktenzeichen sei, war meine Frage. Denn ohne Aktenzeichen kann man später nicht nachfragen und riskiert, dass die Klage irgendwo im Bermuda-Dreieck verschwunden ist. Das war ein schwieriges Problem. Die Aktenzeichen, die in der Reihenfolge des Eingangs vergeben wurden, waren in ein Buch einzutragen, das sich verschlossen in

einem Schrank befand. Der Beamte, der den Schlüssel hatte, würde aber erst am Nachmittag anwesend sein. Wir notierten uns den Namen unserer Gesprächspartnerin und kündigten an, uns am Nachmittag telefonisch zu melden. Das taten wir dann auch; mittlerweile war tatsächlich ein Aktenzeichen entstanden.

Der Richter war sich ersichtlich der Tragweite der Problematik bewusst. Schon für die folgende Woche setzte er einen Termin zur mündlichen Verhandlung an. Die Krankenkasse plädierte auf Klageabweisung; man sei dabei, das Problem durch gemeinsame Aktion aller gesetzlichen Krankenkassen anzugehen. Der Richter ließ sich dadurch nicht beeindrucken und gab der Klage statt. Das Urteil wurde rechtskräftig, da die sog. Sprungrevision zum Bundessozialgericht wegen eines Formfehlers als unzulässig zurückgewiesen wurde. Die Entscheidung des Sozialgerichts Berlin wurde in der Fachliteratur veröffentlicht.² Die Kammer stützte sich nicht so sehr auf das Grundrecht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG. Das Gesetzesrecht – im konkreten Fall der § 182 RVO – müsse so ausgelegt werden, wie dies der derzeitige Stand der Medizin verlange. Die Dialyse („Blutwäsche“) sei der Sache nach nichts anderes als ein Surrogat der ärztlichen Tätigkeit. Gäbe es keine künstlichen Nieren, so müsste theoretisch der Arzt im Operationssaal einen Blutaustausch vornehmen. Dies rechtfertige es, sie der Krankenpflege zuzurechnen, die eben nicht nur ärztliche Behandlung im klassischen Sinne und Versorgung mit Arznei und kleineren Heilmitteln umfasse, sondern über die Aufzählung des § 182 RVO hinaus auch neue, durch die Fortschritte der Medizin ermöglichte Behandlungsmethoden. Nicht nur der Arzt, auch der Jurist dürfe nicht auf dem Erkenntnisstand der RVO aus dem Jahre 1911 stehen bleiben. Der Versicherte habe daher einen Anspruch auf Bereitstellung und Unterhaltung eines Dialysegeräts.

Nicht allein der Kläger erhielt sein Gerät; die Krankenkassen richteten sich generell nach der Entscheidung des SG Berlin. Die tatsächliche Umsetzung geschah allerdings nicht von heute auf morgen. Noch im Jahre 1974 war die Versorgung mit Dialyseplätzen je nach Bundesland höchst unterschiedlich, obwohl keine Anhaltspunkte bestanden, dass die Erkrankungshäufigkeit regional unterschiedlich war.³ In der Gegenwart erhalten

2 SG Berlin, Urteil v. 30.9.1970 – S 74 Kr 446/70 – JZ 1971, 422.

3 Näher Däubler, Recht auf Leben und adquate medizinische Versorgung, in: Heidland/Kult (Hrsg.), Langzeittherapie des Nierenversagens, Würzburg 1975, S. 25.

an die 80.000 Menschen regelmäßig eine Dialyse.⁴ Das Problem aus den 1970er Jahren ist gelöst. Einen wesentlichen Anstoß dazu hatte das SG Berlin gegeben. Ohne seine Entscheidung wären mit Sicherheit sehr viele Menschen gestorben, bevor sich der Gesetzgeber zu einer Reform aufge-
rafft hätte.

2. Ein Glücksfall?

Mit so wenig Aufwand so viel zu erreichen, macht Freude, bringt aber auch die Gefahr, dass man in anderen Fällen mit allzu viel Optimismus ans Werk geht. Überdies besteht kein besonderer Anlass, sich um Theorien zu erfolgreicher Prozessführung zu kümmern. Hätte es schon damals die heutige Diskussion über „Strategic Litigation“ gegeben, ich hätte vermutlich nicht viel Zeit auf die Lektüre der einzelnen Beiträge verwendet. Fast 50 Jahre später sieht man die Dinge differenzierter.

Auch heute bin ich nicht davon überzeugt, dass es immer einer sozialen Bewegung oder einer aktiven NGO bedarf, um mit Hilfe von gerichtlichen Entscheidungen Missstände in der Gesellschaft zu beseitigen oder die bestehende Gesellschaft ein wenig gerechter zu machen. Etwas öffentliche Aufmerksamkeit für ein Problem kann genügen. Hier sind die Medien von ganz wesentlicher Bedeutung. Ohne den Beitrag im „STERN“ wäre die Entscheidung des SG Berlin vermutlich nicht zustande gekommen.⁵ Auch die Fachöffentlichkeit – speziell die Diskussion in juristischen Zeitschriften – spielt hier eine nicht zu unterschätzende Rolle. Es kann genügen, zum richtigen Zeitpunkt den richtigen Impuls zu setzen. In denselben Rahmen passt die Preisgabe der Kernbereichslehre durch das Bundesverfassungsgericht,⁶ die ohne jede „Basisaktion“ die gewerkschaftlichen

4 Süddeutsche Zeitung v. 4. April 2018, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/news/gesundheits/gesundheits-die-kuenstliche-niere-wird-75>.

5 Es verwundert deshalb nicht, dass autoritäre Regierungen wie in Polen und der Türkei gerade auch gegen missliebige Journalisten vorgehen. Die „Lernfähigkeit“ einer Gesellschaft geht so verloren – was die Machthaber selbstredend nicht erkennen.

6 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352 ff.

Handlungsmöglichkeiten deutlich erweiterte.⁷ Vergleichbar war die Initiierung des Verfahrens gegen die Dumping-Tarifverträge der „Christlichen Gewerkschaft für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen“ (kurz: CGZP), die vom BAG für unwirksam erklärt wurden,⁸ sowie die Diskussion um die Hartz IV-Sätze, deren ursprüngliche Fassung vom BVerfG als verfassungswidrig beanstandet wurde.⁹

3. Die Frage des Gegenstands

Nicht jeder „Misstand“ (oder das, was man als solchen empfindet) kann mit Aussicht auf Erfolg vor Gericht gebracht werden. Stellt man wichtige politische Entscheidungen in Frage oder will man gar politische Strukturen ändern, begibt man sich als Prozessvertreter oder Berater auf eine „mission impossible“. Das gilt auch dann, wenn man wie in den folgenden Beispielen eine soziale Bewegung im Rücken hat.

Am deutlichsten wurden diese immanenten Grenzen an den Verfassungsbeschwerden gegen die Lagerung chemischer Kampfstoffe und gegen die Stationierung von Atomraketen in der Bundesrepublik. In den Verfahren ging es nicht nur um das Grundrecht auf Leben, sondern auch um die nationale Souveränität: Die physische Existenz des deutschen Volkes wurde in die Hand des US-Präsidenten gelegt, der durch den Druck auf den roten Knopf den sicheren Gegenschlag durch den Warschauer Pakt und damit die Unbewohnbarkeit unseres Landes auslösen konnte. Das Bundesverfassungsgericht setzte sich damit nicht auseinander, sondern begnügte sich im Kern mit der Feststellung, durch die Ratifizierung des NATO-Vertrages seien grundsätzlich auch alle weiteren Entscheidungen gedeckt, die im Bündnis getroffen werden.¹⁰ Der militärischen West-

7 Der Verfasser vertrat das durch eine Abmahnung betroffene Betriebsratsmitglied vor dem BVerfG, das wie andere Gewerkschaftsmitglieder von seiner Organisation Rechtsschutz erhalten hatte. Einzelheiten zum Sachproblem bei Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 12. Aufl., Baden-Baden 2017, §§ 10 ff.

8 BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289 ff.

9 BVerfG 9.2.1010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175 ff.; vgl. auch BVerfG 23.7.2014 -1 BvL 10/12 – BVerfGE 137, 34 ff. In beiden Fällen war der Verf. zumindest mittelbar beteiligt.

10 BVerfG 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83 – BVerfGE 77, 170 ff. (C-Waffen); BVerfG 18.12.1984 – 2 BvE 13/83 – BVerfGE 68, 1 ff (Pershing II und Cruise Missiles).

integration der Bundesrepublik eine wesentliche Schranke zu ziehen, sah sich das Bundesverfassungsgericht ersichtlich nicht als „befugt“ an; die US-Doktrin von der „political question“ wurde zwar nicht explizit übernommen, aber es wurde in gleichem Sinne verfahren. Die Tatsache, dass Hunderttausende gegen die C-Waffen und gegen die Raketen demonstriert hatten und die Bevölkerungsmehrheit (wohl) auf der Seite der Demonstranten stand, blieb ohne Wirkung. Man kann auch nicht davon ausgehen, dass die Gerichtsentscheidungen die öffentliche Empörung verstärkt hätten;¹¹ eher trugen sie zu der sich abzeichnenden Resignation bei.

Ohne grundsätzliche Bedeutung schien zunächst ein Streit um das Arbeitnehmererfinderrecht zu sein. Ein Beamter der Deutschen Bundespost hatte in den sechziger Jahren einen neuen Transformator entwickelt, der die Telefonleitungen gegenüber den in der Nähe befindlichen Starkstromleitungen abschirmte. Dafür hatte er dem Arbeitnehmererfindergesetz entsprechend einen Betrag von 20.000,- DM bekommen. Im Zusammenhang mit der Elektrifizierung der Münchener S-Bahn aus Anlass der Olympischen Spiele hatte die Bundespost durch diese Erfindung unbestrittenermaßen etwa 60 bis 80 Mio. DM eingespart. Der Beamte wollte nun verständlicherweise einen „Nachschlag“, wie es ihn etwa im Urheberrecht in Form des „Bestsellerparagrafen“ gibt. Die Bundespost lehnte ab, Verfahren in der Ordentlichen Gerichtsbarkeit blieben ohne Erfolg. Die Verfassungsbeschwerde stützte sich darauf, dass eine Erfindung unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG falle und dass für ihren Entzug deshalb eine angemessene Entschädigung zu bezahlen sei. An der „Angemessenheit“ habe es ersichtlich gefehlt. Der im Ersten Senat des BVerfG für Art. 14 Abs. 1 GG zuständige Richter zögerte, dem Vorschlag seines wissenschaftlichen Mitarbeiters entsprechend die Verfassungsbeschwerde als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen – so jedenfalls eine informell erhaltene Information. Die Verfassungsbeschwerde blieb gut acht Jahre liegen, ehe sie dann vom Nachfolger des Richters negativ beschieden wurde.¹² Die dagegen eingelegte Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hatte insoweit Erfolg, als für das lange Warten wegen Verstoßes gegen ein angemessenes Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK eine Entschädigung gewährt wurde, die sich auf 1.500,- DM pro Jahr belief. In der Sache selbst war nichts mehr zu machen. Wäre es nicht

11 So das zentrale Argument von Depoorter, *The Upside of Losing*, *Columbia Law Review* 113 (2013) p. 817 ff.

12 BVerfG 24.4.1998 – 1 BvR 587/88 – NJW 1998, 3704.

„gefährlich“, allen angestellten Erfindern und Urhebern (die man gleich behandeln müsste, da auch sie Eigentümer ihrer „Schöpfung“ sind) eine „angemessene“ Abfindung wie einem enteigneten Grundeigentümer zuzusprechen? Dies könnte eine schwer einschätzbare Verschiebung zugunsten der Partizipation abhängig Beschäftigter an den Ergebnissen ihrer Arbeit zur Folge haben. Könnte das nicht im Extremfall bedeuten, den „Mehrwert“ insgesamt abzuschöpfen?

Wenig Erfolgsaussichten bestehen weiter dann, wenn es zwar Rücken- deckung durch eine soziale Bewegung gibt, diese aber nach allgemeiner Einschätzung nur eine kleine Minderheit repräsentiert. Ein Münchener Bankangestellter hatte in seiner Freizeit ein DKP-Flugblatt verteilt, in dem Kritik an den Banken geübt worden war. Diese war weder beleidigend noch enthielt sie falsche Tatsachenbehauptungen; sie hätte mit gleichem Inhalt auch in der Süddeutschen Zeitung stehen können. Dennoch wurde er gekündigt. Seine Kündigungsschutzklage wurde vom BAG mit der Begründung abgewiesen, er habe den „Stand seines Arbeitgebers“ angegriffen, dieser brauche sich das nicht gefallen zu lassen.¹³ Die auf die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG gestützte Verfassungsbeschwerde wurde mit wenigen Sätzen im sog. Dreier-Ausschuss (der mit drei Richtern besetzt ist und einstimmig entscheiden muss) für offensichtlich un- begründet erklärt.¹⁴ Im Senat herrschte dem Vernehmen nach die Meinung vor, „in einem günstigeren Fall“ solle man der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers einen höheren Stellenwert einräumen. Dies geschah dann auch ein knappes Jahr später.¹⁵ „Ungünstig“ lagen demgegenüber bis zum Ende der 1980-er Jahre alle Fälle, in denen Kommunisten und bisweilen auch anderen fundamentalen Kritikern der bestehenden Ordnung der Zugang zum öffentlichen Dienst verweigert wurde.¹⁶

Nach der Einheit schwächte sich die „Feinderklärung“ deutlich ab, was u. a. in der Entscheidung zur sog. Warteschleife zum Ausdruck kam.¹⁷ Zwar wurde die Beendigung der Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst der DDR durch den Einigungsvertrag gebilligt, doch finden sich in der Entscheidung einige wichtige Aussagen zur Berufsfreiheit des Arbeit-

-
- 13 BAG 28.9.1972 – 2 AZR 469/71 - AP Nr. 2 zu § 134 BGB = JZ 1973, 375 mit krit. Anm. Schwerdtmer.
 - 14 Etwas wütende Kritik bei Däubler, Die Quelle 1975, 219 ff.
 - 15 BVerfG 28.4.1976 – 1 BvR 71/73 – BVerfGE 42, 133 ff. = NJW 1976, 1627.
 - 16 S. etwa den Fall Hans Meister: BVerwG 10.5.1984 – 1 D 7/83 – NJW 1985, 503. Der Verfasser war einer der Verteidiger.
 - 17 BVerfG 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90 – BVerfGE 84, 133 ff.

nehmers und zur staatlichen Pflicht, der besonderen Schutzbedürftigkeit einzelner Beschäftigtengruppen bei der Wiedereinstellung Rechnung zu tragen.¹⁸

4. „Verkappte“ Erfolge

Soweit kein „vermintes Gelände“ betreten wird, hat man bei deutschen Gerichten eine faire Chance, mit neuen Argumenten Gehör zu finden. Dabei ist „Chance“ selbstredend nicht mit „Erfolg“ gleich zu setzen. Bisweilen wird nach dem Motto „so haben wir’s immer gemacht“ entschieden, bisweilen kommt es zu Lösungen, die einen Ausgleich schaffen, mit dem alle Beteiligten einigermaßen leben können. Zwei Erfahrungen sollen hervorgehoben werden.

Die Behandlung bestimmter Krankheiten durch Psychologen war ursprünglich nur auf Anordnung und unter Aufsicht eines Arztes als Kassenleistung möglich. Dies war wenig zielführend, da bei der Diagnose allein die ärztliche Sicht maßgebend war und die Psychologen es als unzumutbar empfanden, trotz ihrer akademischen Ausbildung in der Rolle eines Gehilfen tätig zu sein. Bei bestimmten Therapien bestand außerdem eine deutliche Unterversorgung, da sich Ärzte nicht in der Lage sahen, in genügendem Umfang z. B. Verhaltenstherapie anzubieten. Da die gesetzlichen Krankenkassen eine ausreichende Versorgung sicherstellen müssen, konnte sich der Versicherte in solchen Fällen die Leistung anderweitig beschaffen und die dafür aufgewandten Kosten von der Krankenkasse ersetzt verlangen. Dies war aber nur für gut informierte und auch konfliktbereite Menschen ein gangbarer Weg. In einem Verfahren vor der Bremer Sozialgerichtsbarkeit wurde ein solcher Ersatz verlangt.¹⁹ Dabei geschah etwas Ungewöhnliches: Das Gericht ordnete unter dem Vorsitz des LSG-Präsidenten Rupert Großmann an, dass mithilfe einer empirischen Untersuchung das Bestehen oder Nichtbestehen einer Unterversorgung bei bestimmten Krankheiten geklärt werden solle. Diese Aufgabe wurde nicht auf irgendeinen Experten delegiert, sondern vom Gericht selbst in Angriff

18 Aufarbeitung des Verfahrens bei Wulf-Mathies (Hrsg.), „Warteschleife“ und Einigungsvertrag, Köln 1992. Der Verf. war als Vertreter des DGB an dem Verfahren beteiligt.

19 Der Verfasser vertrat mit Unterstützung eines Psychologenverbands die Klägerin.

genommen, dem dafür geeignete Arbeitskräfte durch die Arbeitsverwaltung zur Verfügung gestellt wurden. Als das Ergebnis vorlag, war klar, dass die Unterversorgung nur durch die Einschaltung von Psychologen behoben werden konnte. Das Gericht setzte daraufhin das Verfahren aus und legte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob die durch § 182 RVO erfolgte Ausklammerung der Psychologen als selbständige Heilbehandler mit der Verfassung vereinbar sei.²⁰ Die in der Klage stekende strategische Dimension wurde so für viele deutlich.

Durch die Einschaltung des Verfassungsgerichts war ein Zustand der Unsicherheit erreicht. Viele Krankenkassen erklärten sich freiwillig bereit, die Kosten für den Einsatz von Psychologen als selbständige Heilbehandler zu übernehmen. Das Bundesverfassungsgericht konnte zwar sieben Jahre später im Ergebnis keinen Verfassungsverstoß feststellen,²¹ doch war im politischen Raum mittlerweile die Überzeugung herrschend geworden, die Psychologen müssten per Gesetz als selbständige Heilbehandler anerkannt werden.²² Hierin mag man einen Anwendungsfall für die These sehen, auch verlorene Prozesse hätten eine positive Wirkung auf politische Entscheidungen.²³ Einzelheiten können hier nicht dargestellt werden.

Der zweite Fall eines „verkappten“ Sieges stammt aus dem Arbeitsrecht und setzt einige Vorinformationen voraus. Die Rechtsprechung des BAG hatte seit Jahrzehnten den Grundsatz der sog. Tarifeinheit praktiziert, wonach zu einer Sachmaterie in einem Betrieb immer nur *ein* Tarifvertrag gelten kann, auch wenn im Betrieb zwei Gewerkschaften existieren, von denen jede einen den Arbeitgeber bindenden Tarifvertrag abgeschlossen hat.²⁴ Im Jahre 2010 gab das BAG diesen Grundsatz wegen fehlender Rechtsgrundlage auf.²⁵ Nunmehr sollten die von der Gewerkschaft A geschlossenen Tarife allein für ihre Mitglieder, die von der Gewerkschaft B

20 LSG Bremen 10.9.1981 – L 1 Kr 2/80 – juris.

21 BVerfG 10.5.1988 – 1 BvL 8/82, 1 BvL 9/82 – BVerfGE 78, 165 ff.

22 Gesetz über die Berufe des Psychologischen Psychotherapeuten und des Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Psychotherapeutengesetz – PsychThG) v. 16.6.1998, BGBl I S. 1311 mit großzügigen Übergangsvorschriften in § 12.

23 Dazu Depoorter, a.a.O.

24 Zur historischen Entwicklung des Prinzips der Tarifeinheit s. Bepler, in: Däubler/Bepler, Das neue Tarifeinheitsrecht. Hintergründe und Anwendungsprobleme, Baden-Baden 2016, Rn. 1 ff.

25 BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068.

geschlossenen Tarife allein für deren Mitglieder gelten. Bei Unorganisierten kam es darauf an, auf welchen Tarifvertrag in ihren Arbeitsverträgen verwiesen wurde. DGB und BDA ergriffen daraufhin eine gemeinsame Initiative, wonach die Tarifeinheit wiederhergestellt werden sollte. Anlass hierfür war die Tarifpolitik unabhängiger Spartengewerkschaften, die bessere Erfolge als die DGB-Gewerkschaften erreicht hatten und die sich nicht in gleicher Weise „einbinden“ ließen. Dieses neue Phänomen war auch der Arbeitgeberseite höchst unwillkommen. Nach dem DGB/BDA-Entwurf sollte in Zukunft allein der Tarifvertrag der Gewerkschaft gelten, die im Betrieb die größere Mitgliederzahl hatte; das wären – so die Annahme – im Regelfall die DGB-Gewerkschaften gewesen.²⁶

Diese Initiative stieß auf zahlreiche Widerstände. Sie kamen einmal von „links“, d. h. von jenen Kräften, die eine Unterwerfung unter ein „Kartell“ von Gewerkschaftsführungen, Arbeitgeberverbänden und Regierung befürchteten. Auf der anderen Seite konnten aber auch liberale Kräfte diesem Vorschlag nichts abgewinnen, weil er die Freiheit zur Gründung neuer Organisationen drastisch beschränkte. Unter der christlich-liberalen Regierung artikulierten sich zahlreiche Kritiker, auch aus Ministerien und Gerichten, was im Einzelnen noch nicht aufgearbeitet ist. Letztlich war dies aber maßgebend dafür, dass die Regierung das Vorhaben nicht weiter verfolgte. Anders die seit Herbst 2013 regierende Große Koalition: Am 10. Juli 2015 trat das „Tarifeinheitsgesetz“ in Kraft,²⁷ das dem Tarifvertrag der Gewerkschaft den Vorrang einräumte, die die größere Mitgliederzahl im jeweiligen Betrieb hatte.

Dagegen wandten sich mit einer Verfassungsbeschwerde nicht nur die Spartengewerkschaften, sondern auch der Beamtenbund und – trotz Mitgliedschaft im DGB – die Gewerkschaft ver.di. Inhaltlich stützten sich die Beschwerdeführer im Kern darauf, die Koalitionsfreiheit der „Minderheitsorganisationen“ werde entwertet, ja gegenstandslos gemacht, weil sie keine wirksamen Tarifverträge mehr abschließen könnten.²⁸ Das BVerfG traf relativ schnell eine Entscheidung.²⁹ Das Gesetz wurde als solches im Grundsatz bestätigt, jedoch einer verfassungskonformen Auslegung unter-

26 Einzelheiten bei Bepler, a.a.O., Rn 29 ff.

27 BGBl I S. 1130.

28 Der Verf. vertrat den Beamtenbund (dbb/tarifunion), wobei offene Gespräche mit den Vertretern der anderen Beschwerdeführer jederzeit möglich waren (und auch stattfanden).

29 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u. a. – BVerfGE 146, 71 ff.

zogen, die seinen Inhalt wesentlich veränderte:³⁰ Das Streikrecht der Minderheitsgewerkschaft bleibt unangetastet, ebenso deren Tarifverträge, auf die die Beschäftigten in ihrer Lebensplanung vertrauen konnten (betriebliche Altersversorgung, Unkündbarkeit). Beim Abschluss neuer Tarife muss die Mehrheit weitgehend auf die Minderheit Rücksicht nehmen. Diese durch das Urteil geschaffenen Vorgaben gehen so weit, dass bislang kein einziger Fall bekannt geworden ist, in dem von dem neuen Gesetz Gebrauch gemacht worden wäre. Die Existenz der Spartengewerkschaften bleibt auch in Zukunft ungefährdet, zumal sie notfalls für einen Tarifvertrag streiken können, wonach mehrere Tarifverträge nebeneinander in einem Betrieb zugelassen werden. Damit ist dem eigentlichen Anliegen der Beschwerdeführer Rechnung getragen. Sie sind keine „Sieger“ gegen Bundesregierung, BDA und DGB, aber sie können mit dem Urteil zufrieden sein.

5. Rezepte für die Zukunft?

Die hier skizzierten Erfahrungen decken einen Zeitraum von fast 50 Jahren ab. Betrachter werden daraus unterschiedliche Schlüsse ziehen. Wer selbst „drin steckt“, hat auf der einen Seite mehr Informationen, sieht sich aber auch der Gefahr ausgesetzt, sich emotional sehr stark zu engagieren und so bestimmte Aspekte überzubewerten. Deshalb seien abschließend nur einige Thesen für die weitere Diskussion formuliert.

- Kein Richter will verantwortlich sein, dass Menschen sterben, weil die Rechtsordnung möglicherweise Defizite aufweist und er dagegen nichts unternommen hat. Das war letztlich der maßgebende Punkt bei der Entscheidung zur künstlichen Niere. Die Versorgung psychisch Kranker durch Psychologen bot keine in gleicher Weise zugespitzte Situation; es fehlte ähnlich wie beim Pflegenotstand der konkrete Mensch, dessen Schicksal in der Hand des Richters lag.
- Es gibt Fragen, bei denen jede noch so wohl überlegte juristische Argumentation vergebliche Liebesmüh ist. Dies war die Situation bei den Prozessen gegen die Stationierung von Raketen und chemischen

30 Zum Urteil im Einzelnen s. Beppler, Ein Zwischenurteil? – Bemerkungen zum Tarifeinheitsurteil des Bundesverfassungsgerichts, AuR 2017, 380 ff.

Kampfstoffen, aber auch, wenn es darum ging, die Berufsfreiheit „Radikaler“ oder die Meinungsfreiheit von Kommunisten in den siebziger und achtziger Jahren zu schützen.

- Zwischen diesen beiden Extremfällen liegt ein weites Feld der Auseinandersetzungen. Hier spielen viele Faktoren eine Rolle: Die Qualität der juristischen Argumentation, die Einbeziehung der Richter in wissenschaftliche Diskussionen und ihre Bereitschaft, Argumente zur Kenntnis zu nehmen, die öffentliche Meinung und ihr Gerechtigkeitsempfinden, die Überschaubarkeit oder Nichtüberschaubarkeit der Folgen, die ein bestimmtes Urteil nach sich ziehen kann. Dies alles sollte ein guter Prozessvertreter beachten. Auch darf man keine innovativen Gerichtsentscheidungen erwarten, wenn es um einen Alltagsfall geht, mit dem sich die meisten Betrachter abgefunden haben – man muss Konstellationen wählen, die auch für den Durchschnittsjuristen Protestpotential in sich bergen. Fälle, in denen das BVerfG durch Kammerentscheidung einer Verfassungsbeschwerde stattgab,³¹ können hier Anschauungsmaterial bieten.

- Erfahrungen anderer Länder lassen sich nur heranziehen, wenn die Denkweise von Richtern sowie ihre soziale Sensibilität mit den hier bestehenden Verhältnissen übereinstimmt. Natürlich sollte man den Blick über den Atlantik wagen und Erfahrungen zur Kenntnis nehmen und auswerten. Doch vielleicht bietet die deutsche Situation bessere Chancen als die in den USA; ich neige dazu, die Frage zu bejahen.

31 S. als Beispiel BVerfG 18.11.2004 – 1 BvR 2315/04 – NJW 2005, 1103: Schwerhörige Frau, 88 Jahre alt, wird vom Augenarzt nicht schriftlich über den Befund informiert, obwohl sie die mündliche Erklärung ersichtlich nicht verstanden hatte. Kurze und neben der Sache liegende Erwägungen bei AG und LG, die ihr Begehren abgewiesen hatten.