

Arbeitnehmer vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht

von Wolfgang Däubler

I. Der normative Ausgangspunkt

Der Text des deutschen Grundgesetzes hat der abhängigen Arbeit nur geringe Aufmerksamkeit gewidmet. Anders als etwa in den Artikeln 22 ff. der griechischen Verfassung haben Tarifautonomie und Streik keine ausdrückliche Erwähnung erfahren. Dies hängt damit zusammen, dass bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes in den Jahren 1948 und 1949 eine Einigung über den Inhalt der „sozialen Ordnungen“ nicht erreichbar war und man deshalb diesen Bereich insgesamt ausklammerte.¹ Möglicherweise relevant für die abhängige Arbeit sind folgende Bestimmungen:

- Art. 1 Abs.1 GG bestimmt, die Würde des Menschen sei unantastbar; jede staatliche Gewalt sei verpflichtet, sie zu achten und zu schützen.
- Art. 2 Abs.1 GG gibt „Jedem“ das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstößt.
- Art. 2 Abs.2 GG garantiert das Recht auf Leben und Gesundheit, stellt es jedoch gleichzeitig unter Gesetzesvorbehalt.
- Die einzige unmittelbar „einschlägige“ Vorschrift ist die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs.3 GG. Nach Satz 1 steht das Recht, „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden“, jedermann und allen Berufen zu. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nach Satz 2 nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig. Satz 3 legt fest, dass sich

¹ Die Verhandlungen sind dokumentiert in JbÖffR Bd. 1 S. 30 ff.

bestimmte Notstandsmaßnahmen nicht gegen „Arbeitskämpfe“ richten dürfen, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen nach Satz 1 geführt werden.

- Art. 12 Abs.1 GG gibt allen Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

- Art. 14 Abs.1 GG gewährleistet das Eigentum und das Erbrecht, doch werden Inhalt und Schranken durch den Gesetzgeber bestimmt. Art. 14 Abs.2 GG betont kurz und knapp „Eigentum verpflichtet“. Sein Gebrauch solle zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

- Nach Art. 20 Abs.1 GG ist die Bundesrepublik ein demokratischer und sozialer Bundesstaat; Art. 28 Abs.1 Satz 1 GG schreibt vor, die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern müsse den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaates entsprechen. Das darin zum Ausdruck kommende „Sozialstaatsprinzip“ gewährt zwar grundsätzlich keine einklagbaren Rechte, gewinnt jedoch erhebliche Bedeutung bei der Handhabung anderer Verfassungsbestimmungen und des einfachen Rechts.

Die Grundrechte binden nach Art. 1 Abs.3 GG Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG gibt jedermann das Recht, Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung zu erheben, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein. Allerdings muss zunächst der Rechtsweg vor den sog. Fachgerichten erschöpft sein, bevor das Bundesverfassungsgericht angerufen werden kann. Nur soweit dieser nicht eröffnet ist – durch Gesetz wird beispielsweise unmittelbar in ein Grundrecht eingegriffen – kann sich der Einzelne unmittelbar an das Bundesverfassungsgericht wenden. Daneben haben alle Gerichte nach Art. 100 Abs.1 GG das Recht und die Pflicht, das Bundesverfassungsgericht einzuschalten, wenn sie der Überzeugung sind, eine gesetzliche Norm sei mit Vorschriften des Grundgesetzes nicht vereinbar.

Im Laufe von knapp 60 Jahren hat das Bundesverfassungsgericht aus diesem sehr bescheidenen „Ausgangsmaterial“ zahlreiche Grundsätze entwickelt, die das heutige deutsche Arbeitsrecht entscheidend prägen.² Dies soll im Folgenden anhand einzelner besonders wichtiger Entscheidungen dargestellt werden. Dabei soll das methodische Vorgehen des Gerichts im Mittelpunkt stehen. Vergleichbare Fragen können auch in anderen Rechtsordnungen auftreten, so dass ein Bedarf nach möglichen Problemlösungen besteht. Die Bereicherung des jeweiligen nationalen Argumentationshaushalts scheint dem Verfasser das sehr viel sinnvollere und lohnendere Ziel als die verbreitete Vorstellung, ganze Rechtsinstitute zu exportieren oder zu importieren. Gerade im Arbeitsrecht gibt es bisher kaum überzeugende Beispiele für einen erfolgreichen „legal transplant“.³ Der Verfasser weiß sich in dieser Herangehensweise mit dem Jubilar einig, dessen neueste Arbeit über griechisches und deutsches Zivilrecht eine vergleichbare Zurückhaltung widerspiegelt.⁴

II. Die sog. Drittwirkung der Grundrechte

Die eben genannten Grundrechte sind nur dann für das Arbeitsleben relevant, wenn sie sich nicht auf das Bürger-Staat-Verhältnis beschränken, sondern auch im Verhältnis zwischen Bürgern von Bedeutung sind, also – in deutscher Terminologie gesprochen – Drittwirkung besitzen. Diese ist heute anerkannt; über ihren genauen Inhalt und ihre Tragweite bestehen allerdings noch immer Zweifel.

In den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts dominierte in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.⁵ Danach sollten (zumindest besonders bedeutsame) Grundrechte anderen Privatrechtssubjekten gegenüber in gleicher Weise wirken wie gegenüber dem Staat. Dies wird heute allgemein abgelehnt, da der jeweilige Adressat gleichfalls Grundrechtsträger ist und so eine Lösung konkreter Konflikte nur über eine Abwägung der beiderseitigen Rechte möglich wäre, deren Ausgang so gut wie gar nicht zu prognostizieren ist. Das Bundesverfassungsgericht vertritt deshalb die

² Überblick bei Däubler, in: Iliopoulos-Strangas (éd.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union Européenne. Etude de droit comparé*, Athènes-Bruxelles-Baden-Baden 2000, p. 47 ff.

³ Negativbeispiele bei Däubler, *Das Arbeitsrecht* 1, 16. Aufl. Reinbek 2006, Rn 73e ff.

⁴ Stathopoulos *KritV* 2008, 284 ff.

⁵ S. etwa BAG AP Nr. 16 zu Art. 3 GG; BAG AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs.1 GG Ehe und Familie; BAG AP Nr. 25 zu Art. 12 GG

Theorie von der sog. mittelbaren Drittwirkung: Die Grundrechte stellen ein „universelles Wertsystem“ dar, das in die Beziehungen zwischen Privatpersonen „hineinstrahlt“ und insbesondere bei der Auslegung und Handhabung von Generalklauseln wie dem Verbot sittenwidriger Geschäfte und der Beachtung von Treu und Glauben bei der Vertragserfüllung zu beachten ist.⁶

Das Konzept der „universellen Wertordnung“ besitzt einen erheblichen Allgemeinheitsgrad und lässt nur in bestimmten Situationen eindeutige Schlussfolgerungen zu. Das BVerfG hat deshalb einen weiteren Schritt gemacht: Grundrechte enthalten nach seiner Auffassung zugleich eine Schutzpflicht des Staates in dem Sinn, dass er der möglichen Verletzung durch andere Grundrechtsträger entgegenwirken muss. Dies wurde zunächst im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit entwickelt,⁷ ist heute jedoch auch bei anderen Grundrechten anerkannt. Konkret bedeutet dies, dass der Gesetzgeber bzw. der an seiner Stelle handelnde Richter die Freiheitssphären unterschiedlicher Grundrechtsträger „austarieren“ muss, Besteht z. B. zwischen den Beteiligten einer vertraglichen Beziehung ein deutliches Machtgefälle, ist ggf. zugunsten der schwächeren Seite zu intervenieren. Insoweit gibt es – wie als erster Canaris⁸ herausgearbeitet hat – ein sogenanntes Untermaßverbot, das verletzt wäre, würde der Gesetzgeber den Schutz einer Grundrechtsposition gegen Eingriffe durch Dritte allzu bescheiden ausgestalten oder ganz entfallen lassen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat dies insbesondere an Beispielen aus dem Zivilrecht und dem Arbeitsrecht konkretisiert, wobei dem Gesetzgeber allerdings durchweg ein weiter Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum eingeräumt wurde.

III. Die Entscheidungen zur Privatautonomie

In der sogenannten Handelsvertreterentscheidung vom 7. Februar 1990⁹ hat das BVerfG betont, bei wirtschaftlicher Abhängigkeit eines Beteiligten könne es Art. 12 Abs.1 GG gebieten, dass der Gesetzgeber Vorkehrungen zum Schutz der Berufsfreiheit gegen vertragliche Einschränkungen schaffe. Dies gelte namentlich

⁶ BVerfGE 7, 198, 205 ff.; BVerfGE 42, 143, 148

⁷ BVerfGE 39, 1 ff.: Der Staat hat auch gegenüber dem Nasciturus eine Schutzpflicht, die bei der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs zu beachten ist

⁸ AcP 184 (1984) 201, 228

⁹ AP Nr. 65 zu Art. 12 GG

dann, wenn es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehle. Die Privatautonomie beruhe auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, setze also voraus, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben seien.

Weiter heißt es dazu:¹⁰

„Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern... Gesetzliche Vorschriften, die sozialem und wirtschaftlichem Ungleichgewicht entgegenwirken, verwirklichen hier die objektiven Grundentscheidungen des Grundrechtsabschnitts (scil. der Verfassung) und damit zugleich das grundgesetzliche Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs.1, Art. 28 Abs.1 GG).“

Die Berufsfreiheit des einen darf also nicht zugunsten der Berufsfreiheit des andern aufgeopfert werden. Der Staat hat insoweit für einen Ausgleich zu sorgen, der bestimmte Gerechtigkeitsstandards sichert. Das Bundesverfassungsgericht widersteht aber der Versuchung, die „immanenten Grenzen“ der Privatautonomie durch präzise Vorgaben zu konkretisieren. Dem Gesetzgeber bzw. dem an seiner Stelle handelnden Richter soll ausreichender Spielraum bleiben, da andernfalls die Balance zwischen den Gewalten gestört wäre. Das Bundesverfassungsgericht betont daher, der Verfassung lasse sich nicht unmittelbar entnehmen, wann Ungleichgewichtslagen so gravierend seien, dass der Gesetzgeber bzw. der Richter intervenieren müsse. Dieser dürfe „offensichtlichen Fehlentwicklungen“ nicht tatenlos zusehen. Bei Regelungen sei zu berücksichtigen, dass jede Begrenzung der Vertragsfreiheit zum Schutz des eines Teils gleichzeitig in die Freiheit des andern Teils eingreife. Soweit keine speziellen Vorschriften existierten, müssten Generalklauseln wie in §§ 138, 242, 315 BGB in einer Weise gehandhabt werden, dass der Schutzauftrag der Verfassung in angemessener Weise verwirklicht werde. Der nach früherem Recht vorgesehene Ausschluss einer Karenzentschädigung bei fristloser Kündigung des Vertragsverhältnisses durch den Auftraggeber¹¹ wirke unter diesen Umständen unverhältnismäßig zu Lasten der schwächeren Seite, verstoße also gegen das Untermaßverbot.

¹⁰ aaO Blatt 4 Rückseite

¹¹ Der Handelsvertreter durfte zwei Jahre nach Ausscheiden dem Unternehmer („Auftraggeber“) keinen Wettbewerb machen, wenn dies vereinbart war. Eine solche Vereinbarung war im Regelfall nur wirksam, wenn er als Gegenleistung eine sog. Karenzentschädigung in Höhe der Hälfte seiner Durchschnittsvergütung erhielt. Diese Gegenleistung sollte wegfallen, wenn der Auftraggeber das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund fristlos kündigte.

In der auf einen Bürgschaftsvertrag bezogenen Entscheidung vom 19. Januar 1993¹² führte das BVerfG diese Rechtsprechung fort. Zunächst stellte das Gericht fest, die Privatautonomie sei als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“ durch Art. 2 Abs.1 GG gewährleistet. In Anknüpfung an die Handelsvertreterentscheidung wird hervorgehoben, dass dann, wenn einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht habe, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne, für den anderen Vertragsteil „Fremdbestimmung“ bewirkt werde. Allerdings könne die Rechtsordnung nicht gegen alle derartigen Situationen Vorsorge treffen. Handle es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine „strukturelle Unterlegenheit“ des einen Vertragsteils erkennen lasse, und seien die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil „ungewöhnlich belastend“, so müsse die Zivilrechtsordnung Korrekturen ermöglichen.¹³ Dies sei insbesondere bei der Handhabung von Generalklauseln zu beachten.

Im konkreten Fall hatte sich eine 21 Jahre alte Frau in Höhe von DM 100.000,- gegenüber einer Bank für Verbindlichkeiten ihres Vaters verbürgt. Sie verfügte über keine qualifizierte Berufsausbildung und verdiente im Zeitpunkt der Bürgschaftserklärung 1.150,- DM netto monatlich in einer Fischfabrik. Später wurde sie arbeitslos und musste von Sozialhilfe leben. Der Bankangestellte hatte ihr erklärt: „Hier bitte, unterschreiben Sie mal, Sie gehen dabei keine große Verpflichtung ein, ich brauche das für meine Akten“. Das mit der Bürgschaft übernommene Risiko hätten selbst geschäftlich erfahrene Personen kaum einschätzen können. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs nahm das BVerfG einen Verfassungsverstoß an; die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie sei verletzt.

Nicht weiterverfolgt wurde der Gedanke, ob es eigentlich mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht vereinbar sei, wenn der Einzelne in eine wirtschaftlich ausweglose Situation gebracht werde, da die Betroffene ja niemals in der Lage sein würde, ihre Schulden aus eigener Kraft zurückzuzahlen. In einem ähnlich gelagerten Fall hatte das OLG Stuttgart § 310 BGB a. F. entsprechend angewandt, der die Übertragung des künftigen Vermögens (oder eines Teiles davon) für unwirksam erklärt: Die Vorschrift wolle ganz generell das Individuum gegen den Verlust des „unveräußerlichen Menschenrechts auf Hoffnung und auf Streben nach Glück“ schützen.¹⁴ Das BVerfG beschritt diesen Weg nicht, sondern ließ eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausdrücklich dahinstehen.

¹² AP Nr. 35 zu Art. 2 GG

¹³ aaO Blatt 4

¹⁴ OLG Stuttgart NJW 1988, 833, wobei im Zusammenhang mit dem „Streben nach Glück“ ausdrücklich die US-Verfassung („pursuit of happiness“) zitiert wurde.

Das BVerfG hat diesen Ansatz auch auf das Arbeitsverhältnis übertragen. In einer Entscheidung vom 28. Januar 1992¹⁵ hatte es darüber zu entscheiden, ob das Nachtarbeitsverbot für Frauen in § 19 AZO a. F. mit dem Gleichheitsgrundsatz der Verfassung vereinbar war. Es verneinte zu Recht diese Frage, hatte sich dann aber mit dem Problem auseinander zu setzen, wie nunmehr zu verfahren sei. Es betonte die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Rechts auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs.2 GG, die eine neue gesetzliche Regelung gebiete. Diese dürfe nicht darin bestehen, die Zulässigkeit der Nachtarbeit ausschließlich von einer Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien abhängig zu machen. Im Einzelnen heißt es dazu:

„Ein besonderer gesetzlicher Schutz ist nicht deswegen entbehrlich, weil Nachtarbeit durchweg aufgrund freiwillig getroffener Vereinbarungen verrichtet wird. Das dem Vertragsrecht zugrunde liegende Prinzip der Privatautonomie kann hinreichenden Schutz nur gewährleisten, soweit die Bedingungen freier Selbstbestimmung gegeben sind. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Das ist bei Abschluss des Arbeitsvertrags typischerweise der Fall.“

Eine unbeschränkte „Freigabe“ der Nachtarbeit wäre deshalb ein Verstoß gegen Art. 2 Abs.2 GG gewesen.

Die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers war schon zuvor vom Bundesarbeitsgericht anerkannt worden. So hatte es in seiner Entscheidung vom 31. März 1966 betont:¹⁶

„Bei dem Einzelarbeitsverhältnis steht der Arbeitnehmer, der in der Regel nur über seine Arbeitskraft verfügt, dem Arbeitgeber gegenüber, der als Inhaber der Produktionsmittel dem Arbeitnehmer gemeinhin wirtschaftlich überlegen ist. Dort besteht also ein besonderes Schutzbedürfnis für den Arbeitnehmer.“

Auch an anderer Stelle sprach es von „gestörter Vertragsparität“ im Arbeitsverhältnis.¹⁷

Methodisch ist an diesem Vorgehen insbesondere von Interesse, dass das Grundrechtssystem, insbesondere die Schutzpflicht, nicht als abstrakte normative Größe gesehen, sondern auf eine im Einzelnen analysierte soziale Realität bezogen

¹⁵ BVerfG NZA 1992, 270, 273

¹⁶ BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation Blatt 2 Rückseite

¹⁷ BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegeld – Unterstützungskassen, Blatt 3

wird. Die sich daraus ergebenden Interventionspflichten für den Staat, d. h. den Gesetzgeber oder den mangels geschriebener Rechtsnormen an dessen Stelle tretenden Richter stellen im Ergebnis ein Äquivalent für bestimmte sozialpolitische Garantien in anderen Verfassungen dar: Wenn dort etwa die Nachtarbeit auf Ausnahmefälle beschränkt wird, so ergibt sich in Deutschland Vergleichbares aufgrund der Schutzpflicht, die aus dem Grundrecht auf Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs.2 GG abgeleitet wird.

IV. Der verfassungsrechtlich gebotene Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses

Zu der in Art. 12 Abs.1 GG garantierten „freien Wahl des Arbeitsplatzes“ gehört auch das Recht, den einmal gewählten Arbeitsplatz beibehalten zu können – so das BVerfG in verschiedenen Entscheidungen.¹⁸ Das bedeutet einmal, dass der Staat nur unter bestimmten Voraussetzungen durch Gesetz Arbeitsplätze entziehen kann, wie er dies durch den Einigungsvertrag in Bezug auf Beschäftigte des öffentlichen Dienstes der früheren DDR tat.¹⁹ Soweit es um eine Kündigung in der Privatwirtschaft geht, kommt Art. 12 Abs.1 GG nur insoweit ins Spiel, als zu fragen ist, ob der Gesetzgeber bzw. die an seiner Stelle handelnde Rechtsprechung ihre Schutzpflicht zugunsten eines Grundrechtsträgers verletzt hat. Greift das Kündigungsschutzgesetz ein, geht man im allgemeinen davon aus, dass dieses dem Arbeitnehmer einen ausreichenden Schutz gewährt. In Kleinbetrieben bis zu zehn ständig Beschäftigten und in den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses findet es jedoch keine Anwendung. Hier stellt sich die Frage, ob die Verfassung bestimmte Mindestanforderungen an eine Kündigung stellt.

In seiner Entscheidung vom 27. Januar 1998 hat das BVerfG²⁰ betont, den Gesetzgeber bzw. den Richter treffe eine doppelte Schutzpflicht: Zum einen müsse er das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes berücksichtigen, zum andern erfasse Art.12 Abs.1 GG in gleicher Weise das Interesse des Arbeitgebers, „in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen,

¹⁸ BVerfG AP Nr. 70 zu Art. 12 GG Blatt 5; BVerfG AP Nr. 67 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX Blatt 3

¹⁹ BVerfG AP Nr. 67 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX Blatt 3: Erforderlich waren für den Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs.1 GG „zwingende Gründe des Gemeinwohls“; auch war im Einzelfall der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.

²⁰ BVerfG NZA 1998, 470

die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken.“²¹ Für den Gesetzgeber stelle sich damit ein Problem der sog. praktischen Konkordanz. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien so zu bestimmen und zu begrenzen, „dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.“ Diese Optimierungsaufgabe findet sich in der Rechtsprechung des BVerfG an vielen Stellen, doch vermittelt sie wenig Erkenntnisgewinn, wenn der Schutz des einen Rechtsguts automatisch zu Lasten des anderen Rechtsguts geht.²² Außerdem steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Erfüllung dieser Aufgabe zu. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten liegt erst vor, „wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.“²³ Dies bedeutet konkret, dass die Verfassung ein „Minimum“ an Kündigungsschutz verlangt, würde doch sonst vom Recht des Arbeitnehmers nichts mehr übrig bleiben und damit der „angemessene“ Ausgleich verfehlt.

Wie dieses Minimum im Einzelnen beschaffen ist, wurde vom BVerfG nicht abschließend definiert, doch nannte es drei wesentliche Gesichtspunkte. Die Kündigung darf erstens nicht „willkürlich“ sein oder auf sachfremden Motiven beruhen. Ist zwischen mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen, so sei zum zweiten „ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme“ geboten. Bei der Bestimmung des Mindestbestandsschutzes muss drittens auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt werden.

In einer neueren Entscheidung hat das BVerfG daraus eine Art „Offenkundigkeitskontrolle“ entwickelt. Kündigungsgründe dürften nicht einfach unterstellt werden; gehe es bei einer Kündigung innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses um fehlende Eignung, so müsse eine „plausible Beurteilung“ vorliegen.²⁴ Die Arbeitsgerichte haben diese Vorgaben weiter konkretisiert und dabei auf die Generalklausel des § 242 BGB zurückgegriffen: Eine

²¹ BVerfG aaO unter B I 3 a der Gründe

²² Eingehender Fischer-Lescano KJ 2008, 166 ff.

²³ BVerfG (oben Fn 20)

²⁴ BVerfG NZA 2006, 913

Kündigung, die den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen nicht entspricht, ist wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben unwirksam.²⁵ Dabei werden durchaus unterschiedliche Nuancen deutlich. So verlangt etwa das LAG Schleswig-Holstein²⁶ „sachbezogene und aner kennenswerte Gründe“, während das BAG vorsichtiger formuliert und ausführt, eine vom BVerfG verbotene willkürliche Kündigung liege dann nicht vor, wenn „ein irgendwie einleuchtender Grund“ gegeben sei.²⁷ Geht es um eine Auswahl zwischen mehreren Arbeitnehmern, ist eine Kündigung dann treuwidrig, wenn man „auf den ersten Blick“ erkennen kann, dass der Gekündigte sozial erheblich schutzwürdiger ist als vergleichbare andere Arbeitnehmer.²⁸ Dies ist etwa der Fall, wenn der Gekündigte älter ist, länger im Betrieb gearbeitet und mehr Unterhaltungspflichten zu erfüllen hat.²⁹ Auch die Vergleichbarkeit der anderen Arbeitnehmer (die Voraussetzung für eine Auswahl ist) muss offen zu Tage liegen.³⁰ Die langjährige Betriebszugehörigkeit kann außerdem dazu führen, dass der Kündigungsgrund gewichtiger sein muss als bei den Personen, die erst kurz beim Arbeitgeber beschäftigt sind.³¹

Auch hier lässt sich die Feststellung treffen, dass auf der Grundlage der durch die staatliche Schutzpflicht ergänzten Garantie des Art. 12 Abs.1 GG ein ähnliches Ergebnis erreicht wird, wie wenn die Verfassung bestimmen würde, jeder Arbeitnehmer habe grundsätzlich Kündigungsschutz, dessen Umfang der Gesetzgeber bestimme.³²

V. Informationelles Selbstbestimmungsrecht am Arbeitsplatz?

Ein anderer Bereich betrifft den Persönlichkeitsschutz am Arbeitsplatz. Auch hier gibt es verfassungsrechtliche „Direktiven“ für die Rechtsanwendung, die vom BVerfG entwickelt wurden, deren Übertragung auf das Arbeitsrecht aber im Wesentlichen Sache der Arbeitsgerichte blieb.

²⁵ Zusammenfassend Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2008, § 242 BGB Rn 27 ff.

²⁶ AuR 1998, 376

²⁷ BAG NZA 2002, 87, 89; ebenso BAG NZA 2005, 218, 221

²⁸ BAG DB 2001, 1677

²⁹ BAG aaO.

³⁰ BAG DB 2003, 1393

³¹ ArbG Reutlingen AuR 1999, 326; LAG Schleswig-Holstein AuR 2006, 171

³² Vgl. etwa Art. 30 EU-Grundrechtecharta, wonach jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Schutz vor „ungerechtfertigter Entlassung“ hat.

Gegen das Volkszählungsgesetz 1983 hatten viele Bürger Verfassungsbeschwerden erhoben, die zu einer Grundsatzentscheidung des BVerfG führte, die primär nur das Verhältnis Bürger – Staat betraf, in einzelnen Aussagen aber auch für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung war.

Prüfungsmaßstab für das Gericht war „das durch Art. 2 Abs.1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs.1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht.“³³ Dieses könne gerade auch im Blick auf moderne Entwicklungen und die mit ihnen verbundenen neuen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit Bedeutung gewinnen.“³⁴ Die bisherigen Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Rechtsprechung hätten keinen abschließenden Charakter. Dieses umfasse „auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.“³⁵ Unter den heutigen und künftigen Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung bedürfte diese Befugnis in besonderem Maße des Schutzes. Dazu wird ausgeführt:

„Sie ist vor allem deshalb gefährdet, weil bei Entscheidungsprozessen nicht mehr wie früher auf manuell zusammengetragene Karteien und Akten zurückgegriffen werden muss, vielmehr heute mit Hilfe der automatischen Datenverarbeitung Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person (personenbezogene Daten) technisch gesehen unbegrenzt speicherbar und jederzeit ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar sind. Sie können darüber hinaus – vor allem beim Aufbau integrierter Informationssysteme – mit anderen Datensammlungen zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild zusammengefügt werden, ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zureichend kontrollieren kann. Damit haben sich in einer bisher unbekanntem Weise die Möglichkeiten einer Einsicht- und Einflussnahme erweitert, welche auf das Verhalten des Einzelnen schon durch den psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme einzuwirken vermögen.“

Diese Risikoanalyse wird im Folgenden im Hinblick darauf konkretisiert, was es für die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen bedeutet, wenn den Möglichkeiten der Technik entsprechend über ihn Informationen gespeichert werden. Dazu heißt es in der Entscheidung:³⁶

„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich

³³ BVerfGE 65, 1, 41

³⁴ S. Fn 33

³⁵ BVerfGE 65, 1, 42

³⁶ BVerfGE 65, 1, 43

gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer, was, wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, dass etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und dass ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten.“

Die Einschüchterung durch informationelle Überlegenheit würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, „sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.“ Es geht also nicht nur um den Freiheitsschutz des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern letztlich darum, dass die vom Grundgesetz verfasste Hoheitsgewalt nicht ihre eigenen Grundlagen untergeben darf.

Um dem entgegen zu wirken, gibt es verschiedene Mittel. Am wichtigsten ist aus der Sicht des BVerfG das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Das Grundrecht des Art. 2 Abs.1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs.1 GG gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“³⁷ Aus diesem Recht folgt, dass jede Erhebung und Verwendung eines Datums einer besonderen Grundlage bedarf, die entweder im Willen des Einzelnen (Vertrag) oder in einer gesetzlichen Anordnung liegen kann.

Der Gesetzgeber kann in das informationelle Selbstbestimmungsrecht nur im „überwiegenden Allgemeininteresse“ eingreifen.³⁸ Außerdem muss der Verwendungszweck der Daten „bereichsspezifisch und präzise“ bestimmt sein; auch dürfen die Daten nur für den festgelegten Zweck verwendet werden. Die Einhaltung der Verarbeitungsgrenzen sei durch die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter abzusichern. Diese erfüllten damit unter anderem die Funktion eines vorgezogenen Rechtsschutzes.

³⁷ BVerfGE 65, 1, 43, bestätigt in BVerfGE 67, 100, 143 und in BVerfGE 78, 77, 84.

³⁸ BVerfGE 65, 1, 44

Das methodische Vorgehen des BVerfG hat in der Literatur Zustimmung erfahren.³⁹ Ein am Volkszählungsurteil maßgebend beteiligter Richter sprach davon, man habe den Persönlichkeitsschutz im Hinblick auf eine spezifische neue Situation konkretisiert.⁴⁰ Dies geschah auf der Grundlage einer fundierten Analyse der sozialen und technischen Realität. Die Informationen dafür erlangt das Gericht von den Prozessbeteiligten (zu denen in der Regel einzelne Staatsorgane wie die Bundesregierung gehören), notfalls durch Anhörung von Verbänden der betroffenen Personengruppen, von Sachverständigen oder durch eigene Recherchen.⁴¹ Grundgedanke dieses Vorgehens ist, dass nur unter dieser Voraussetzung die in den Grundrechten zum Ausdruck gekommenen fundamentalen Wertungen volle praktische Relevanz gewinnen können.

Die Übertragung insArbeitsrecht lag im Wesentlichen in der Hand des Bundesarbeitsgerichts. So betonte es etwa kurz nach dem Volkszählungsurteil, das informationelle Selbstbestimmungsrecht eines Bewerbers werde beeinträchtigt, wenn der Arbeitgeber die ihm überlassenen Daten auf Dauer in seinem Einflussbereich belassen wolle.⁴² In späteren Entscheidungen wurde betont, das berechtigte Informationsinteresse des Arbeitgebers müsse mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers in einen „verhältnismäßigen Ausgleich“ gebracht werden.⁴³ Dies führt beispielsweise dazu, dass Kontrollen der Arbeitnehmer durch eine Videokamera nur bei einem deutlich überwiegendem Interesse des Arbeitgebers möglich sind, das beispielsweise beim Verdacht einer strafbaren Handlung angenommen wird.⁴⁴ Auch hat der Betriebsrat in allen solchen Fällen ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs.1 Nr. 6 BetrVG, das zu einem „Vorfeldschutz“ des Arbeitnehmers führt, der von der Rechtsprechung seinerseits als Mittel zur Realisierung der informationellen Selbstbestimmung qualifiziert wurde.⁴⁵

³⁹ Busch DVBI 1984, 386; Hufen JZ 1984, 1074; Meydam DuD 1985, 16

⁴⁰ Heußner RDV 1988, 8; zustimmend auch Hufen JZ 1984, 1074 und Zöllner RDV 1985, 4

⁴¹ Dazu Bryde, Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, Tübingen 2001, S. 534 ff.

⁴² BAG NZA 1984, 321 = DB 1984, 2626

⁴³ BAG DB 1987, 1048 = AP Nr. 2 zu § 23 BDSG mit Anm. Däubler

⁴⁴ BAG NZA 2008, 1187

⁴⁵ BAG NZA 1985, 28 = AuR 1985, 261

VI. Art. 9 Abs.3 GG und kollektives Arbeitsrecht

Seinem Wortlaut nach schützt Art. 9 Abs.3 GG ausschließlich das Recht des Einzelnen, sich mit anderen zu Vereinigungen zusammenzuschließen, die der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen, kurz: Er scheint sich auf die individuelle Koalitionsfreiheit zu beschränken.⁴⁶ Spezifische Rechte von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden sind nicht angesprochen; im Gegensatz zu vielen anderen Verfassungen enthält das GG keine ausdrückliche Garantie der Tarifautonomie oder anderer Betätigungsrechte wie des Streiks. Das BVerfG hat jedoch bereits durch seine Entscheidung vom 18. November 1954 die Weichen anders gestellt;⁴⁷ seine Argumente verdienen deshalb besondere Aufmerksamkeit.

Ausgangspunkt war ein vergleichsweise harmloser Streit um die Frage, ob branchenübergreifende Verbände als Koalitionen zu betrachten sind, die die Befugnis haben, wie Rechtsanwälte als Prozessvertreter vor Gericht aufzutreten. Das LAG Bayern hatte dies auf der Grundlage des damaligen Gesetzesrechts verneint; der betroffene Verband sah darin einen Verstoß gegen Art. 9 Abs.3 GG und erhob Verfassungsbeschwerde. Das BVerfG hatte also zu prüfen, ob Art. 9 Abs.3 auch den Bestand und die Betätigung der Koalition als solcher umfasst. Es bejahte die Frage und argumentierte dabei vorwiegend historisch. Anders als in der Weimarer Zeit, als Art. 165 der Reichsverfassung ausdrücklich die Organisationen beider Seiten und auch die von ihnen geschlossenen Tarifverträge anerkannte, fehle zwar eine entsprechende Garantie im Grundgesetz. Sie sei aber „entbehrlich“ gewesen, „weil das Grundgesetz unter Berücksichtigung des bestehenden verfassungs- und arbeitsrechtlichen Zustandes in den Ländern von der rechtlichen Anerkennung der Sozialpartner als selbstverständlich ausgehen konnte.“ Weiter wird betont:

„Entscheidend für die hier gefundene Auslegung des Art. 9 Abs.3 GG ist das ausdrückliche Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat (Art. 20 Abs.1, 28 Abs.1 Satz 1 GG). Diese Entscheidung des Verfassungsgebers schließt es aus, ein Grundrecht, dessen Ausdehnung auf soziale Gemeinschaften sich bereits in der Weimarer Zeit angebahnt hatte, nunmehr ohne zwingenden Grund in seiner Wirksamkeit auf Einzelpersonen zu beschränken.“

⁴⁶ S. die Wiedergabe oben unter I

⁴⁷ BVerfGE 4, 96 ff.

Im Ergebnis fand diese Auslegung des Art. 9 Abs.3 GG allgemeine Zustimmung, obwohl man auch anders hätte argumentieren können: Hätte nicht aller Anlass bestanden, eine ausdrückliche Garantie der Rechte der Vereinigungen aufzunehmen, wenn sich diese in der Weimarer Zeit erst „angebahrt“ hatte? War der Schluss wirklich zwingend, dass angesichts der Garantien in den Landesverfassungen (die es in der Tat gab) die Anerkennung der kollektiven Koalitionsfreiheit eine Selbstverständlichkeit war? Hätte man nicht gerade umgekehrt aus der Abweichung vom Landesrecht den Schluss ziehen müssen, so weit hätte man nicht gehen wollen? Enthält das Bekenntnis zum sozialen Rechtsstaat wirklich die zwingende Vorgabe, dass das Weimarer Niveau eine Art Minimum darstellt, hinter das zurückzugehen von der Verfassung verboten war? Die Fragen sind heute rein rhetorischer Natur, legen jedoch die Überlegung nahe, dass es andere, nicht ausdrücklich erwähnte Gesichtspunkte gab, die für eine solche extensive Interpretation des Art. 9 Abs.3 GG sprachen. In der sozialen Realität waren Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände bereits in den fünfziger Jahren als wichtige Akteure anerkannt, ihnen eine dem entsprechende Rechtsstellung zu verweigern, wäre vermutlich auf allgemeines Unverständnis gestoßen. Das Gericht hatte immer ein Gespür dafür, welche Ergebnisse letztlich politische Akzeptanz finden würden und wo es sich selbst ins Abseits manövrieren würde. Dies gilt auch für so innovatorische Fortbildungen des Verfassungsrechts wie die Anerkennung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Knapp vierzig Jahre später hat das Gericht im Übrigen seine Begründung ein wenig umakzentuiert, indem es auf den in Art. 9 Abs.3 GG ausdrücklich genannten Vereinigungszweck („Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“) abstellte. So heißt es in der Entscheidung vom 26. Juni 1991:⁴⁸

„Das Grundrecht beschränkt sich nicht auf die Freiheit des Einzelnen, eine derartige Vereinigung zu gründen, ihr beizutreten oder fernzubleiben oder sie zu verlassen. Es schützt vielmehr ebenso die Koalition selber in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihrer Betätigung, soweit diese gerade in der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen besteht. Dies ist zwar im Gegensatz zur Weimarer Verfassung nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der Aufnahme des Vereinigungszwecks in den Schutzbereich des Grundrechts.“

Wie sich nun die Rechte der Koalitionen beschaffen? In der Entscheidung vom 18. November 1954 wird in Bezug auf die Tarifautonomie wiederum geschichtlich argumentiert. Die Anerkennung der Koalitionen führe dazu, dass diese auf die

⁴⁸ BVerfGE 84, 212 = AuR 1992, 29 ff. mit Anm. Däubler

Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen Einfluss nehmen, insbesondere „Gesamtvereinbarungen“ abschließen könnten. Die historische Entwicklung habe dazu geführt, dass solche Vereinbarungen in Gestalt geschützter Tarifverträge mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit abgeschlossen werden. Weiter heißt es:

„Wenn also die in Art. 9 Abs.3 GG garantierte Koalitionsfreiheit nicht ihres historisch gewordenen Sinnes beraubt werden soll, so muss im Grundrecht des Art. 9 Abs.3 GG ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich auch in der Richtung liegen, dass ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist und dass Partner dieser Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind.“

Die Verwendung des Begriffs „Kernbereich“ hat eine sich über Jahrzehnte erstreckende Diskussion ausgelöst. Sie bezog sich allerdings weniger auf die Tarifautonomie, da Abschluss und Wirkung von Tarifverträgen im Grundsatz im Tarifvertragsgesetz geregelt sind. Relevant war sie jedoch für alle jene gewerkschaftlichen Betätigungsformen, die keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren haben, bei denen also ein unmittelbarer Rückgriff auf Art. 9 Abs.3 GG nicht zu vermeiden ist. Dies gilt etwa für das gewerkschaftliche Zugangsrecht zum Betrieb, ebenso aber auch für das Recht, dort Flugblätter und Gewerkschaftszeitungen zu verteilen oder gewerkschaftliche Vertrauensleute zu wählen. In einer Grundsatzentscheidung vom 17. Februar 1981 vertrat der 2. Senat des BVerfG den Standpunkt, dies alles sei nur im „Kernbereich“ durch Art. 9 Abs.3 GG gewährleistet.⁴⁹ Dies bedeute, dass nur „unerlässliche“ Betätigungsformen den Schutz der Verfassung genießen würden. Habe die Gewerkschaft Mitglieder im Betrieb, könne sie auch mit deren Hilfe über ihre Tätigkeit informieren und für einen Beitritt werben; eines Zugangsrechts bedürfe es nicht.⁵⁰ Dasselbe wurde dann von der Arbeitsgerichtsbarkeit für das Verteilen von Publikationen und für die Wahl von Vertrauensleuten im Betrieb angenommen: Man könne auch den Postweg benutzen bzw. die Wahl in einem angemieteten Bus durchführen, der vor dem Werksgelände parke. Im Betrieb aus diesen Anlässen aktiv zu werden, sei nicht „unerlässlich“.⁵¹ Mit derselben Begründung wurde das Tragen eines Gewerkschaftsblems auf dem Schutzhelm abgelehnt, soweit dieser dem Arbeitgeber gehörte.⁵² Auch die Benutzung

⁴⁹ BVerfGE 57, 220 ff.

⁵⁰ Die Gewerkschaft behält aber ihr durch § 2 Abs.2 BetrVG und § 2 Abs.2 BPersVG gewährtes Zugangsrecht im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat bzw. dem Personalrat.

⁵¹ BAG DB 1979, 1185 (Verteilen von Gewerkschaftszeitungen); BAG AuR 1979, 254 = DB 1979, 1043 (Wahl der Vertrauensleute)

⁵² BAG AuR 1979, 381 = DB 1979, 1089

des hauseigenen Postverteilungssystems für gewerkschaftliche Zwecke⁵³ und das Ansprechen eines noch weiter arbeitenden Kollegen in der Pause⁵⁴ seien nicht „unerlässlich“.

Mit Entscheidung vom 14. November 1995 schuf der 1. Senat des BVerfG einen Wandel.⁵⁵ Art. 9 Abs.3 GG decke alle Formen koalitionspezifischer Betätigung, nicht nur solche ab, die vom „Kernbereich“ erfasst seien. Dieser bezeichne nicht den Schutzbereich, sondern allenfalls die Grenze für gesetzgeberische Eingriffe in die Koalitionsfreiheit. Soweit die gewerkschaftliche Betätigung mit grundrechtlich geschützten Gütern des Arbeitgebers kollidiere, müsse eine Abwägung erfolgen, die im Rahmen des Möglichen beide zu ihrem Recht kommen lasse – ein weiterer Anwendungsfall der praktischen Konkordanz, die bereits im Zusammenhang mit Art. 12 Abs.1 GG und dem Mindestkündigungsschutz erörtert wurde.⁵⁶ Die Entscheidung des 2. Senats vom 17. Februar 1981⁵⁷ sei „missverstanden“ worden, sie hätte keine Begrenzung auf den Kernbereich festlegen wollen. Dies leuchtet nicht unmittelbar ein – um eine diplomatische Form der Kritik zu wählen. Vermutlich hängt die These damit zusammen, dass nur so eine Entscheidung durch das Plenum des BVerfG zu vermeiden war, eine Alternative, an der die Richter im Hinblick auf den ungewissen Ausgang und die Gefahr des Überstimmt-Werdens nicht interessiert sind. In Wirklichkeit handelte es sich um ein „Umsteuern“, was nicht zuletzt darin zum Ausdruck kommt, dass das BAG in einer neueren Entscheidung das gewerkschaftliche Zugangsrecht in Abweichung von der früheren Rechtsprechung bejahte.⁵⁸

Angesichts einer fehlenden ausdrücklichen Streikgarantie in der Verfassung konnte es aus Sicht des BVerfG von vorne herein nur darum gehen, ob Art. 9 Abs.3 GG ein Streikrecht der Gewerkschaften und ggf. ein Aussperrungsrecht der Arbeitgeberseite garantiert. Die Kernbereichslehre spielte hier so gut wie keine Rolle. Vielmehr qualifizierte das BVerfG den Streik als Mittel, das erforderlich ist, um das Funktionieren der Tarifautonomie sicherzustellen; dafür spreche auch Art. 9 Abs.3

⁵³ So der Fall BAG DB 1987, 440 = NZA 1987, 164

⁵⁴ BAG DB 1982, 1327

⁵⁵ BVerfGE 93, 352 ff.

⁵⁶ Oben IV

⁵⁷ Oben Fn 48

⁵⁸ BAG AP Nr. 127 zu Art. 9 GG = RdA 2007, 110 mit Anm. Dieterich

Satz 3 GG.⁵⁹ Koalitionsfreiheit und Streikrecht könnten – so das Gericht - zum Schutz von Grundrechten Dritter und anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte eingeschränkt werden. Es ist daher zulässig, der Arbeitgeberseite ein Aussperrungsrecht einzuräumen, wenn dies zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts bei Tarifverhandlungen erforderlich ist. Die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts, dies bei sog. begrenzten Teil- oder Schwerpunktstreiks zu tun,⁶⁰ sei verfassungsrechtlich unbedenklich.⁶¹ Die eingehende Tatsachenanalyse des BAG bleibt so unbeanstandet, obwohl gegen sie erhebliche Einwände vortragen worden waren.⁶²

VII. Einschätzung

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeichnet sich dadurch aus, dass sie mehr als in gerichtlichen Verfahren sonst üblich die soziale Realität erforscht, auf die sich ihre Aussagen beziehen.⁶³ Das Gesetz über das Bundesverfassungsgesetz eröffnet dafür zahlreiche Möglichkeiten, die bis zur Anhörung von Gutachtern über allgemeine Fragen reichen.⁶⁴ Insoweit bestehen Parallelen zum parlamentarischen Verfahren, was völlig berechtigt ist, da Urteile des BVerfG de facto (und in einigen Fällen wie bei der Aufhebung von Gesetzen auch de jure) normative Wirkung haben. Auf einer solchen Grundlage lässt sich eine höhere Richtigkeitsgewähr beanspruchen. Entscheidungen gewinnen unter diesen Umständen eine erhöhte Überzeugungskraft und der Tendenz nach eine bessere Akzeptanz..

Zweites Charakteristikum ist die verfassungsrechtliche Durchdringung der Arbeitsbeziehungen, die vorwiegend über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte und über die Schutzpflichtlehre erfolgt. Dies schafft ein hohes Maß an Stabilität. Eine „Deregulierung“ wäre insoweit nur über eine Änderung der

⁵⁹ BVerfGE 84, 212 = AuR 1992, 30

⁶⁰ BAG DB 1980, 1266 ff.

⁶¹ BVerfG, aaO, Leitsatz 4

⁶² Dazu näher Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn 611 ff. Bryde (aaO, oben Fn 41, S. 539) stellt fest, dass bei Einigkeit im Ergebnis häufig die Realbedingungen eher schemenhaft angesprochen werden.

⁶³ Dazu insbesondere Bryde, aaO (oben Fn 41)

⁶⁴ Zu den Möglichkeiten anderer Gerichte s. Däubler, Folgenabschätzung im Arbeitsrecht – zwischen Schutzprinzip und Effizienzdenken, in: Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, ZAAR Schriftenreihe Band 8, München 2007, S. 37 ff.

Rechtsprechung des Gerichts oder eine förmliche Verfassungsänderung möglich, die sehr hohe Hürden zu überwinden hat.

Dritte Besonderheit ist die Schaffung eines differenzierten Systems von richterrechtlichen Normen, die sich bei unbefangener Lektüre nur schwer aus dem Wortlaut ableiten lassen. Angesichts einer sich über bald 60 Jahre erstreckenden Entwicklung stößt dies auf keine relevanten Widerstände. Dies hängt damit zusammen, dass die „Normen“ in aller Regel einen gewissen Abstraktionsgrad wahren, so dass dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Spielraum verbleibt.

Inhaltlich ist das BVerfG um Ausgleich bemüht. Arbeitnehmerinteressen sind ein Faktor im Rahmen der von ihm vorgenommenen oder als geboten bezeichneten Abwägungsprozesse, denen insbesondere die Arbeitgeberinteressen gegenüber stehen. Dies wird bei der Handhabung des Art. 12 Abs.1 GG, aber auch im Rahmen des Art. 9 Abs.3 GG nachhaltig deutlich. Ob es sich bei den Arbeitnehmern und ihren Gewerkschaften um einen „Juniorpartner“ oder eine „gleichberechtigte Größe“ handelt, ist das eigentliche Feld der Auseinandersetzungen. Das BVerfG hat einige Schritte zugunsten der zweiten Alternative unternommen.