

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Perspektiven des Arbeitskampsrechts*

I. Rahmenbedingungen der Diskussion

1. Die Zulässigkeit der Aussperrung und andere Probleme

Die Entscheidungen des *Bundesarbeitsgerichts* zur Zulässigkeit der Aussperrung¹ und zum sog. Arbeitskampsfrisko² haben unbestrittenermaßen ein Stück mehr Klarheit

* Der vorliegende Beitrag gibt die überarbeitete Fassung eines Vortrages wieder, den der Verfasser am 26. 5. 1982 vor der Deutschen Richterkakademie in Trier gehalten hat. Die Vortragsform wurde überwiegend beibehalten. – Mit dieser Veröffentlichung wird die in *ArbuR* 1981 S. 289 ff. begonnene Abhandlungsreihe zu Fragen des Arbeitskampsrechts abgeschlossen.

1 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80, AP Nr. 64–66 zu Art. 9 GG Arbeitskamps.

2 Vgl. *BAG* v. 22. 12. 80, AP Nr. 70 und 71 zu Art. 9 GG Arbeitskamps = *ArbuR* 1981 S. 90.

3 Dazu etwa *Hanau*, „Die neue Arbeitskampsarithmetik, insbesondere im Pressebereich“, *APf* 1980 S. 126; *Seiter*, „Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts“, *RdA* 1981 S. 65 ff. einerseits, *Kitner*, „Aktuelle Fragen des Arbeitskampsrechts“, *ArbuR* 1981 S. 289, 293 f.; *Däubler/Wolter*, „Die rechtswidrige Aussperrung – Zur wettbewerbsorientierten Arbeitskampsarithmetik des BAG“, *ArbuR* 1982 S. 144 ff. andererseits.

4 Vgl. etwa *Buschmann/Heilmann*, „Aussperrungsexzesse“, *ArbuR* 1982 S. 105; *Kempfen*, „Das ökonomische Kalkül in der Aussperrungsrechtsprechung des BAG“, *ArbuR* 1982 S. 73; *Lieb*, „Gedanken zur Aussperrung“, *DB* 1980 S. 2188, 2192; *Mückenberger*, „Der Arbeitskamps als staatlich inszeniertes Ritual“, *BiStSozArbR* 1980 S. 241 ff.

5 Vgl. dazu etwa *Bieback/Mayer*, „Mitbestimmung des Betriebsrats während des Arbeitskamps“, *ArbuR* 1982 S. 169.

6 Vgl. *Wohlgemuth/Gerloff*, „Die Sozialversicherungsverhältnisse der mittelbar Betroffenen im Arbeitskamps“, *ArbuR* 1982 S. 297 ff.

7 Einen Überblick über die praktische Tragweite der sog. neuen Beweglichkeit in den Tarifverträgen 1981 und 1982 der Metallindustrie gibt aus Arbeitgebersicht *Glaubitz*, „Neue Form der Tarifaufeinandersetzung durch sog. Warnstreiks“, *DB* 1982 S. 1514.

8 Vgl. den Überblick bei *Wohlgemuth*, „Probleme des Warnstreiks“, *ArbuR* 1982 S. 201 f. sowie die aus dem Rahmen fallende Entsch. des *LAG Baden-Württemberg* v. 21. 4. 82, *DB* 1982 S. 1409. Zur Warnstreikproblematik vgl. weiter *Bobke*, „Rechtsfragen des Warnstreiks“, *BB* 1982 S. 865; *Hanau*, „Der Frühwarnstreik“, *DB* 1982 S. 377 ff.

9 Vgl. *BAG* v. 8. 6. 82, *DB* 1982 S. 1872 und v. 30. 3. 82, *ArbuR* 1982 S. 352 = *DB* 1982 S. 2139.

10 Vgl. *BVerfG* v. 17. 2. 81, *BVerfGE* 57, 220 = *ArbuR* 1982 S. 320.

und Rechtssicherheit gebracht. An die Stelle von Mutmaßungen über die Grenze des Zulässigen sind eine Reihe halbwegs sicherer Prognosen darüber getreten, wie die Arbeitsgerichte bei künftigen Konflikten entscheiden werden. Ebenso evident ist jedoch, daß die gewonnene Sicherheit nur eine relative ist: Die Auseinandersetzungen um die „Aussperrungsarithmetik“ und ihre konkrete Handhabung mögen dafür als Beispiel dienen³. Es verwundert daher nicht, daß die vom *Bundesarbeitsgericht* behandelten Fragen keineswegs „abgehakt“ wurden, sondern weiterhin einen Schwerpunkt arbeitsrechtlicher Diskussion bilden. Außer Zustimmung hat das *Bundesarbeitsgericht* dabei auch ein gerüttelt Maß an Kritik erfahren, die aus sehr unterschiedlichen Lagern kam⁴. Daneben wurden eine Reihe wichtiger Einzelfragen vertieft – von der Stellung des Betriebsrats im Arbeitskamps⁵ bis zu den Sozialversicherungsverhältnissen der mittelbar von Arbeitskamps Betroffenen⁶. Alle diese Arbeiten wurden gewissermaßen „auf Vorrat“ geschrieben; seit dem Vorliegen der Urteile des *Bundesarbeitsgerichts* kam es – soweit ersichtlich – zu keinen Arbeitskamps mehr, bei denen die dort entwickelten Grundsätze hätten praktische Anwendung finden können.

Die Praxis kannte in den vergangenen zwei Jahren neben der „kampflosen Einigung“ fast nur den Warnstreik, der als „neue Beweglichkeit“ im Metallbereich ein außerordentliches Maß an Aufmerksamkeit erfuhr⁷. Die gerichtlichen Auseinandersetzungen konzentrierten sich auf die Grenzen seiner Zulässigkeit⁸; eine höchstrichterliche Klärung steht noch aus. Die im Zusammenhang mit Warnstreiks problematisierte Frage der Notdienstarbeiten beschäftigte zwar mittlerweile das *Bundesarbeitsgericht*⁹, doch praktizierte dieses ein bemerkenswertes Maß an Zurückhaltung: Nur soweit unabdingbar, erfolgte eine inhaltliche Festlegung, alles andere blieb dahingestellt. Obiter dicta waren nicht gewollt. Zeichnet sich hier eine Zurücknahme des „Richterrechts“ ab, wie sie etwa auf der Linie der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* zum Zugangsrecht bei kirchlichen Einrichtungen¹⁰ liegen wür-

de? Diese Frage wird uns beschäftigen. Auch von daher ist das Feld für weitere Diskussionen offen.

2. Tarifrunden und andere Arbeitskonflikte

Der Meinungs austausch im Arbeitskampfrecht bezieht sich vom Gegenstand her nur auf diejenigen Druckmittel, die im Verlaufe von „Tarifrunden“ eingesetzt werden dürfen. Die Zulässigkeit von spontanen Arbeitsniederlegungen etwa, vor bald zehn Jahren von *Eugen Loderer* aufgegriffen und problematisiert¹¹, fristet bestenfalls noch eine Fußnotenexistenz. Die „Funktionalisierung“ des Streiks für die Tarifautonomie¹² fungiert als (in der Regel) unausgesprochenes Datum. Darüber hinaus zu denken, ist nicht verboten; darüber hinaus argumentieren und Praxis gestalten zu wollen, wird allgemein als – vorsichtig ausgedrückt – unzumutbar betrachtet. Die so beschaffene Situation kann uns jedoch nicht daran hindern, den Stellenwert der erörterten Fragen objektiv zu bestimmen, ohne deshalb gleich in einem voluntaristischen Akt neue Handlungsperspektiven zu entwickeln. Zwei Feststellungen drängen sich dabei auf:

– Zum einen decken Tarifrunden nur einen kleinen Teil der Auseinandersetzungen um die Arbeits- und Lebensbedingungen der Arbeitnehmer. Soweit nicht Löhne und Arbeitsbedingungen betroffen sind, können unternehmerische Entscheidungen nach herrschender Auffassung nicht zum Gegenstand von Arbeitskämpfen gemacht werden¹³. Die Einführung neuer Techniken entzieht sich als solche bisher der vielgepriesenen Tarifautonomie. Regelbar ist nur die Art und Weise ihrer Einführung und der Ausgleich sozialer Nachteile¹⁴. Erst recht ist die staatliche Politik rechtlich abgesicherter gewerkschaftlicher Einflußnahme entzogen; Beschäftigungspolitik und Technologieförderung können lediglich über öffentliche Appelle, nicht jedoch in irgendwelchen weitergehenden Mitentscheidungsverfahren beeinflußt werden¹⁵. Dies ist dann besonders fühlbar, wenn – wie im Bereich kerntechnischer Anlagen – die Arbeitsbedingungen umfassend staatlich reglementiert sind oder wenn die Fortexistenz von Arbeitsplätzen davon abhängt, daß staatliche Behörden bestimmte Zuschüsse gewähren. Wie legitim oder illegitim auch immer dieser Zustand sein mag, braucht uns hier nicht zu interessieren; entscheidend ist allein die Tatsache, daß der Streit nur um die Gewichtsverteilung in einem Handlungssystem geht, dessen „output“ gegebenenfalls dadurch relativiert oder zunichte gemacht werden kann, daß der Arbeitgeber in der Rolle des Unternehmers „gegenläufige“ Maßnahmen trifft. Die Konzeption der „Gesamtparität“¹⁶ hat zumindest den einen Vorteil, diese Problem dimension aufzuzeigen und – beispielsweise – deutlich zu machen, daß auch bei einem Aussperrungsverbot alles andere als ein Gewerkschaftsstaat drohen würde.

– Zum zweiten sind Streiks wie auch Aussperrungen nur bestimmte Formen der Auseinandersetzung zwischen den sozialen Gegenspielern. *Matthöfer*¹⁷ und *Rainer W. Hoffmann*¹⁸ haben unter Auswertung der sehr reichhaltigen amerikanischen Literatur andere Erscheinungsformen des „industriellen Konflikts“ beschrieben. Danach existieren im „Arbeitsalltag“ zahlreiche Auseinandersetzungsformen, die man als „verdeckte Kampfmittel“ bezeichnen kann. *Hoffmann* erwähnt einmal die sog. Leistungsregulation, d. h. das „Bremsen“ und andere Formen der Arbeits-

zurückhaltung sowie die Nichtentwicklung und Nichtweitergabe innovatorischer Ideen. Daneben steht der als „Sabotage“ bezeichnete Eingriff in den Betriebsablauf, der insbesondere darin zum Ausdruck kommt, daß die Beschäftigten die Dinge „treiben lassen“ und beispielsweise darauf verzichten, drohende Schäden rechtzeitig zu melden oder durch eigene Aktivitäten zu verhindern. Von diesen „Kampfmaßnahmen“, mit denen die eigenen Interessen gegen Widerstände durchgesetzt werden sollen, sind schlichte Ohnmachtshandlungen zu unterscheiden, die in aggressiven Akten wie der Sabotage im landläufigen Sinne, häufiger aber in Absentismus oder in Arbeitsplatzwechsel zum Ausdruck kommen¹⁹.

Auch auf Arbeitgeberseite existieren Erscheinungen, die sich als „verdeckte Kampfformen“ qualifizieren lassen. Dazu zählt etwa die Intensivierung der Arbeit, wie sie automatisch eintritt, wenn bei gleichbleibendem Arbeitsvolumen einige Zeit ein Einstellungsstopp praktiziert wird. Das Verhältnis von Lohn und Leistung wird weiter dadurch verändert, daß Sozialleistungen abgebaut oder Abgruppierungen vorgenommen werden. Erst recht kann die vom Tarifvertrag zu respektierende unternehmerische Autonomie in einer Weise genutzt werden, die der Verhandlungsposition der Arbeitnehmerseite die Grundlage entzieht. Der Hinweis, bei weiteren Kostensteigerungen werde nur noch in Billig-Lohn-Ländern investiert, wirkt mindestens ebenso stark wie eine vom selben Unternehmer verhängte Aussperrung.

3. Zum Gang der Darstellung

Über weitere Perspektiven des Arbeitskampfrechts reden zu wollen, ohne diese Rahmenbedingungen einzubeziehen, erscheint nicht sinnvoll. Eine Fixierung auf die 1980 ergangenen Entscheidungen könnte möglicherweise neuere Entwicklungen aus dem Blick verlieren. Eine isolierte Betrachtung von Streik und Aussperrung verspricht keine halbwegs plausiblen Resultate, wenn es um die Frage geht, welche praktischen Auswirkungen etwa die volle Ausschöpfung des den Arbeitgebern belassenen Aussperrungsrechts oder die Illegalisierung der „neuen Beweglichkeit“ hätte. Im folgenden soll daher zunächst Form und Ausmaß des Richterrechts diskutiert werden (unten II). Anschlie-

11 Vgl. *Loderer* in Streik und Aussperrung – Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13. bis 15. September 1973 in München (Hrsg. Kittner) (1974), S. 19 ff.

12 Vgl. *Mückenberger* (Fußnote 4) S. 242 ff.

13 Vgl. *BAG v. 10. 6. 80*, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

14 Vgl. *Beck*, „Rationalisierungsschutz und Grenzen der Tarifmacht“, *ArbuR* 1981 S. 333 ff., 367 ff. mit weit. Nachweisen. Zur Gegenposition vgl. zuletzt *Berg/Wendeling-Schröder/Wolter*, „Die Zulässigkeit tarifvertraglicher Besetzungsregelungen“, *RdA* 1980 S. 299 ff.

15 Näher dazu *Esser*, „Staatsfixierung oder ‚Stärkung der eigenen Kraft‘“, *GewerkMH* 1981 S. 366 ff.; *Däubler*, „Gewerkschaften und Staat. Eine rechtspolitische Skizze“, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1982 S. 716 ff.

16 Zur Auseinandersetzung mit der „Gesamtparität“ vgl. *BAG v. 10. 6. 80* (Fußnote 13) mit weit. Nachweisen.

17 Vgl. *Matthöfer*, *Humanisierung der Arbeit und Produktivität in der Industriegesellschaft*, 3. Aufl., S. 24–42.

18 Vgl. *Rainer-W. Hoffmann*, *Arbeitskampf im Arbeitsalltag – Formen, Perspektiven und gewerkschaftspolitische Probleme des verdeckten industriellen Konflikts* (1981).

19 Zur Abgrenzung vgl. *Rainer-W. Hoffmann* (Fußnote 18) S. 18.

End soll eine inhaltliche Kritik der 1980 und später ergangenen Entscheidungen erfolgen (unten III). Den Abschluß bilden eine Reihe von Erwägungen zur Interdependenz zwischen Tarifautonomie und anderen Konfliktregulierungsformen (unten IV).

II. Arbeitskampfrecht bleibt Richterrecht

1. „Richterrecht“ als Systemnotwendigkeit

a) Folgt man dem *Bundesarbeitsgericht*, so darf die Bezeichnung „Richterrecht“ nicht zu dem Trugschluß verführen, als könnten die Gerichte Normen setzen. „Grundsatzentscheidungen bilden zwar eine Rechtserkenntnisquelle, begründen aber keine Normen“ – das ist die eindeutige Aussage des *Bundesarbeitsgerichts* in seinen Entscheidungen zur Aussperrung²⁰. Bezieht man dies ausschließlich auf die normative Ebene, so wird man dem schwerlich widersprechen können: Von bestimmten Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* einmal abgesehen, haben Urteile und Beschlüsse in der Tat keine Gesetzeskraft. Fragt man jedoch danach, wie sich gerichtliche Entscheidungen in der sozialen Realität auswirken, so verschwimmt der Unterschied zum Gesetz; sie reglementieren in gleicher Weise menschliches Verhalten und haben handlungsleitende Funktion²¹. Dieser Effekt tritt bereits dann ein, wenn sich aus einer Entscheidung eine generelle Regel ableiten läßt, und zwar selbst dann, wenn die erkennenden Richter etwas Derartiges gar nicht gewollt haben. Kommt etwa – um ein „fachfremdes“ Beispiel aufzugreifen – das Kammergericht Berlin²² zu dem Ergebnis, ein „Verkehrsunfall“ i. S. des § 142 StGB liege erst ab einem Sachschaden von 30 DM vor, so wird dies aller Voraussicht nach zur Folge haben, daß sich Polizei und Staatsanwaltschaft in Berlin wie auch die Versicherungen darauf einstellen. Wird in Düsseldorf die Grenze bei 15 DM²³ oder in Nürnberg gar bei 50 DM gezogen²⁴, so hat dies dieselbe Wirkung. Im Ergebnis unterscheidet sich dies nicht vom Erlaß einer Vielzahl von Gesetzen, deren Geltungsbereich auf den einzelnen Gerichtssprengel beschränkt ist. Erst recht tritt eine solche „Normwirkung“ ein, wenn das Gericht bewußt

generelle Aussagen in seine Entscheidung aufnimmt, beispielsweise den Solidaritätsstreik für zulässig erklärt²⁵. Auch Obiter dicta besitzen normalerweise denselben „Rang“. Daß eine „gefestigte“ und gar noch „höchstrichterliche“ Rechtsprechung erst recht dem Verhalten der „Normunterworfenen“ zugrunde gelegt wird, bedarf unter diesen Umständen keiner besonderen Begründung mehr.

b) Die Tatsache, daß ein „Phänomen“ existiert, das zwar nicht die Qualität einer Rechtsnorm besitzt, in der Praxis jedoch genauso wirkt, wirft das Problem auf, inwieweit die für Gesetze geltenden Normen auch auf das „Richterrecht“ angewandt werden müssen. Einig ist man sich darin, daß der Richter eine geringere Freiheit bei der „Normbildung“ besitzt. Während der Gesetzgeber seine früheren Entscheidungen ändern kann²⁶, ist der Richter an alle vorhandenen gesetzlichen Regelungen einschließlich solcher gebunden, die nur mittelbar in den zur Entscheidung stehenden Bereich hineinwirken²⁷. Dennoch kann die Entscheidungsfreiheit im Einzelfall vergleichbar groß wie die des Gesetzgebers sein. In solchen Fällen liegt es nahe, das Verfahren der „Rechtsfindung“ an das der Gesetzgebung anzupassen und nicht nur den Einzelfall, sondern den gesamten gesellschaftlichen Problembereich zu analysieren. Im Arbeitskampfrecht ist dies im Rahmen der Verhandlungsmaxime und anderer Grundsätze des liberalen, auf zwei sich streitende Individuen zugeschnittenen Prozesses möglich: Die Betroffenheit organisierter Interessen und die extreme Gegensätzlichkeit der Positionen sorgen dafür, daß jede Seite auch über den Einzelfall hinausweisende Argumente in das Verfahren einbringt. In anderen Konstellationen wird das Gericht von sich aus aktiv werden müssen, was nur notdürftig über das Recht zur Anhörung von Sachverständigen und zur Einnahme eines Augenscheins bewerkstelligt werden kann²⁸.

Die gesetzessgleiche Wirkung vieler Richtersprüche führt weiter zu rechtsstaatlichen Problemen. Wie ist die nötige Publizität sicherzustellen, da doch Entscheidungen des *Bundesarbeitsgerichts* oder des *Bundesgerichtshofs* nicht im Bundesgesetzblatt erscheinen? Wer erläßt bei einer Änderung der Rechtsprechung die Übergangsvorschriften? Das *Bundesarbeitsgericht* hat offensichtlich keine Scheu empfunden, sich auch insoweit wie ein Gesetzgeber zu verhalten. Als es das unentgeltliche Wettbewerbsverbot mit sog. Hochbesoldeten für unwirksam erklärte, bewilligte es allen Arbeitsvertragsparteien eine Frist von „etwa einem halben Jahr“, um eine Anpassung der Verträge an das geänderte „Recht“ vorzunehmen²⁹. Fristbeginn war nicht das Datum der Urteilsverkündung, sondern die Veröffentlichung des Urteils in den verschiedensten Fachzeitschriften – eine Notlösung, die sicherlich die einzig sinnvolle war, da mit einem kurzfristigen Eingreifen des Gesetzgebers nicht gerechnet werden konnte.

Weniger leicht läßt sich das potentielle „Demokratiedefizit“ bewältigen, das beim „Richterrecht“ automatisch auftaucht, da es doch anders als beim Parlament an der Möglichkeit fehlt, inakzeptable Entscheidungen durch Nicht-Wiederwahl ihrer Urheber aus der Welt zu schaffen³⁰. Wie groß dieses Problem ist, richtet sich danach, wie hoch man die Effizienz des demokratischen Mechanismus in bezug auf den parlamentarischen Entscheidungsprozeß einschätzt. Als Kompensation kommt nur die verstärkte Einschaltung der Öffentlichkeit in Betracht³¹. Für die

20 Vgl. BAG v. 10. 6. 80 (Fußnote 13) und v. 10. 6. 80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

21 Vgl. Bobke, „Richterrechtliche Grenzen des Arbeitskampfes“, ArbuR 1982 S. 41, 47 unter Hinweis auf Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 424.

22 Vgl. KG v. 2. 4. 81, VRS, Bd. 61, S. 206.

23 Vgl. OLG Düsseldorf v. 27. 10. 65, VRS, Bd. 30, S. 446.

24 Vgl. AG Nürnberg v. 3. 8. 76, MDR 1977 S. 66.

25 Vgl. LAG Düsseldorf v. 11. 12. 78, ArbuR 1979 S. 60 = DB 1979 S. 167; LAG Hamm v. 24. 4. 80, ArbuR 1980 S. 344 = DB 1980 S. 2345.

26 Soweit er dadurch nicht „selbstgesetzten Sachgesetzlichkeiten“ zuwiderhandelt. Siehe die Nachweise aus der Rspr. des BVerfG bei Leibholz/Rinck, GG, 5. Aufl., Art. 3 Anm. 11.

27 Vgl. Bobke (Fußnote 21) S. 48; Zeuner, „Gedanken zum Verhältnis von Richterrecht und Betätigungsfreiheit der Beteiligten – dargelegt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts“ in 25 Jahre BAG (1979), S. 727, 730.

28 Weitergehende Regelungen enthält nur das BVerfGG.

29 Vgl. BAG v. 20. 4. 72, AP Nr. 12 zu § 75b HGB = ArbuR 1972 S. 383.

30 Vgl. schon Säcker, „Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts“, ZRP 1971 S. 145, 149 f.

31 Vgl. Bobke (Fußnote 21) S. 43; einschränkend auf „sachliche Kritik“ Niebler, „Die Stellung des Richters in der Bundesrepublik Deutschland“, DRiZ 1981 S. 281, 286.

Richter bedeutet dies, daß sie in verstärktem Umfang auch der Kritik bis hin zur Polemik ausgesetzt sind – eine notwendige Konsequenz der Tatsache, daß sie eben nicht mehr nur Recht anwenden, sondern dieses auch (faktisch) gestalten und damit zu politischen Akteuren werden.

c) Fragt man nach den Ursachen des Richterrechts, so erhält man häufig die Antwort, der Gesetzgeber könne nicht alle denkbaren Konflikte regeln. Die technologische Entwicklung schaffe offenkundig neue Probleme; ein verändertes Wertbewußtsein verlange nach anderen Lösungen³². Weiter kann man darauf hinweisen, daß sich schon die Sprache als solche bisweilen als mangelbehaftetes Instrument erweist: Eindeutigkeit ist schwer erreichbar; der Kontext einer Aussage und damit auch ihr Inhalt kann sich ändern, ohne daß der Wortlaut des Gesetzes die geringste Modifikation erfahren würde³³.

Dies alles sind jedoch Gesichtspunkte, die auch in der klassischen Zeit des Positivismus Geltung hatten. Sie können daher schwerlich erklären, weshalb heute ein ganz besonders ausgeprägtes Maß an „Richterrecht“ existiert – und zwar nicht nur im Arbeitsrecht, sondern beispielsweise auch im Recht der unerlaubten Handlung³⁴. Der Grund ist m. E. ein struktureller. Das überkommene liberale Rechtssystem baut auf dem Grundsatz der Allgemeinheit des Gesetzes auf; Normen sind generelle und abstrakte Regeln, die von der Lebenssituation des einzelnen abstrahieren. Zuordnungspunkt von Rechten und Pflichten ist nicht der konkrete Mensch mit seinen Handlungschancen und Abhängigkeiten, sondern das abstrakte Rechtssubjekt, hinter dem sich die Kategorie des Warenbesitzers verbirgt³⁵. Dieses normative Modell, das den Tausch aller Güter einschließlich der Arbeitskraft den Selbstregulierungskräften des Marktes überließ (Stichwort: Vertragsfreiheit), hat zu Mißständen geführt, die durch staatliche Intervention bekämpft wurden. Ein Beispiel stellt das Verbraucherrecht, ein anderes das vom Staat erlassene Arbeitsrecht dar. Die Besonderheit dieses „Schutzrechts“ besteht nun darin, daß es nicht mehr allein am abstrakten Rechtssubjekt, sondern am realen Menschen anknüpft; sonst müßte es von vornherein ineffektiv bleiben: Da sich Menschen durchaus in unterschiedlichen Situationen befinden, reicht das Interventionsmittel „allgemeines Gesetz“ nicht aus. Es bedarf vielmehr einer dezentralisierten Form der Rechtssetzung, die bis zur Einzelfallregelung reichen kann. Was etwa ein „wichtiger Grund“ für die Auflösung eines Mietverhältnisses ist, läßt sich nicht abschließend beschreiben; hier liegt die Konkretisierungskompetenz bei den Gerichten, die auf Grund einer Vielzahl von Fällen gewisse „judikative Normen“ entwickeln, die jedoch ihrerseits auch keine vollständige Durchnormierung erreichen können. Im Arbeitsrecht sind die Formen der dezentralen Rechtssetzung besonders weit entwickelt; zu denken ist dabei nicht nur an die „autonome Rechtssetzung“ durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, sondern auch an die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften und – was uns interessiert – das „Richterrecht“. Wann eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, ob und in welchem Umfang ein Arbeitnehmer haftet, wer als „leitender Angestellter“ aus der Betriebsverfassung ausgenommen ist – dies alles entscheidet auf Grund sehr allgemeiner Vorgaben der Richter unter maßgeblicher Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles. Die Rechtsprechung

betreibt insoweit ein Stück Sozialpolitik; sie „materialisiert“ das überkommene Privatrecht, indem sie – bezogen auf den realen Menschen in seiner konkreten Lebenssituation – bestimmte inhaltliche Schutzstandards entwickelt.

Gerade im Arbeitsrecht wäre es allerdings voreilig, nur die Schutzfunktion des „Richterrechts“ zu sehen. Die Bekämpfung von Mißständen bzw. die Beseitigung von groben Ungerechtigkeiten dient immer auch der Aufrechterhaltung der bestehenden Ordnung, deren Akzeptanz dadurch erhöht wird, daß bei der Kündigung eben immer auch eine Interessenabwägung erfolgen muß oder daß der Kraftfahrer nicht wegen jeder kleinen Fehlreaktion mit unübersehbaren Schadensersatzansprüchen konfrontiert wird. Dazu kommen zwei spezifische Vorteile des „Richterrechts“, die seine „Ordnungsfunktion“ besonders wirksam machen.

Zum einen ist die richterliche Rechtsbildung besonders gut geeignet, Erfahrungen wie auch theoretische Erkenntnisse aufzunehmen und in die Weiterentwicklung von Generalklauseln oder anderen „wachsweichen Normen“³⁶ einfließen zu lassen. Den Begriff Wettbewerb oder den Begriff Ehe im Sinne bestimmter Wertvorstellungen weiterzuentwickeln, ist – genau wie beim Arbeitsverhältnis – in erster Linie Sache der Rechtsprechung. Sie dabei zu unterstützen ist Ziel der sog. responsiven Dogmatik³⁷, die gerade diese „Offenheit“ von Normen voraussetzt. Wollte man vom Gesetzgeber dasselbe Maß an „Lernfähigkeit“ verlangen, so wäre dies ein wenig adäquates Vorgehen: An die Stelle legitimationssichernder Kontinuität träte eine hektische Betriebsamkeit, die mit den Vorstellungen der Bürger über ein geordnetes Verfahren der Rechtssetzung nur schwer vereinbar wäre. Die Rechtsprechung ist von daher ein sehr viel flexibleres Steuerungsinstrument.

Zum zweiten hat speziell im hier interessierenden Bereich des Arbeitskampfrechts die judikative Intervention den Vorteil, potentielle Konfrontationen mit den Interessen der abhängig Beschäftigten abzumildern. Gäbe es etwa ein gesetzliches Verbot der spontanen Arbeitsniederlegung, so wäre jeder tatsächlich durchgeführte „wilde“ Streik eine Herausforderung für die bestehende Ordnung, ein Stück evidenten Ungehorsams, das ähnlich wie ein Steuerstreik behandelt würde. Die Eskalation wäre einprogrammiert. Entweder würde das abweichende Verhalten mit Sanktionen belegt und unterdrückt oder es müßte hingenommen werden mit der Folge, daß die bestehende Ordnung als „wenig verlässlich“ erscheinen müßte. Ganz anders bei einem richterrechtlichen Verbot: Ob man von ihm Gebrauch macht, ob der bestreikte Arbeitgeber beispielsweise kündigt oder Schadensersatz verlangt, ist allein ihm überlassen. Angesichts des Satzes „wo kein Kläger da kein Richter“ erwartet niemand, daß Richterrecht ebenso

32 Vgl. Kissel, „Das Bundesarbeitsgericht – vom Gesetzgeber allein gelassen?“, *ArbuR* 1982 S. 137 f.

33 Vgl. Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (1982), S. 119 ff.

34 Vgl. dazu Brüggemeier, „Vertrag – Quasi-Vertrag – Sonder-Delikt – Delikt“, *Die AG* 1982 S. 268 ff.

35 Vgl. dazu Däubler, „Grundstrukturen der Betriebsverfassung – Eine kurze rechtsdogmatische Betrachtung“, *ArbuR* 1982 S. 7 ff. mit weit. Nachweisen.

36 Vgl. Kissel (Fußnote 32) S. 139.

37 Vgl. Teubner, „Folgenkontrolle und responsive Dogmatik“, *Rechtstheorie* 1975 S. 179 ff.

durchgesetzt wird wie beispielsweise Eigentümerbefugnisse gegenüber Hausbesetzern. Daß insoweit ein signifikanter Unterschied zwischen „Richterrecht“ und Gesetzesrecht besteht, zeigt unter anderem die Entwicklung des spanischen und des englischen Arbeitskampfrechts. Durch staatliches Gesetz angeordnete Streikschranken erwiesen sich in beiden Fällen als ineffektiv, ja führten zu einer Krise des politischen Systems³⁸. Richterrechtliche Eingrenzungen wurden demgegenüber ohne vergleichbar heftige Gegenreaktionen hingenommen³⁹. Daneben mögen sicherlich viele andere Faktoren eine Rolle gespielt haben – ein Moment der Entwicklung stellte die Form staatlicher Intervention sicherlich dar.

Richterrecht erweist sich so als systemnotwendige Form der Sozialgestaltung, als ein Stück Sozialpolitik, das den Schutz- mit dem Ordnungsgedanken verbindet und das spezifische Legitimationsprobleme der Gesetzgebung vermeidet.

d) Was folgt aus diesen Feststellungen für die gewerkschaftliche Rechtspolitik? Richterrecht abschaffen und durch umfassende gesetzliche Normierung ersetzen zu wollen, wäre eine illusionäre Position. Aber auch die Vorstellung, das Richterrecht auf jenes Ausmaß zurückzudrängen, das etwa im 19. Jahrhundert herrschte⁴⁰, verfehlt die Entwicklung der letzten 70 Jahre. Im Klartext liefe dies darauf hinaus, einen wesentlichen Teil der Sozialpolitik abzuschaffen und somit zu einem laissez-faire-Liberalismus zurückzukehren. Sollte dabei die Kalkulation zugrunde liegen, daß erst dann die Voraussetzungen für systemsprengende Aktivitäten gegeben seien, so wäre dies aus den

verschiedensten, hier nicht zu präzisierenden Gründen eine äußerst fragwürdige „Hoffnung“.

2. Umfang des „Richterrechts“ als politische Frage

a) Mit der Beschreibung der Funktion, die dem „Richterrecht“ in der bestehenden Gesellschaft zukommt, ist noch nichts darüber ausgesagt, wo die konkrete Grenze zwischen legislativer und judikativer Rechtssetzung verläuft. Wie das Beispiel der Unverfallbarkeit von Rentenanwartschaften zeigt, kann sie sich durchaus ändern; was zunächst über einen Akt richterlicher Rechtsfortbildung in die Wege geleitet wurde⁴¹, kann Gegenstand einer relativ präzisen gesetzlichen Regelung werden, so daß weiteres Richterrecht zu diesem konkreten Punkt überflüssig wird⁴². Umgekehrt kann auch – wie eine Reihe von Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetzes 1972 zeigen – der Gesetzgeber bewußt richterrechtliche Normen korrigieren⁴³. Dabei ist jedoch zu beachten, daß eine solche Auswechslung des „Gesetzgebers“ sehr schnell an Schranken stößt: Anders als Gerichte unterliegen Parlamente keinem formalen Entscheidungszwang; sie können also bestimmte kontroverse Fragen „auf die lange Bank schieben“. Die Versuchung, dies zu tun, ist um so größer, als der Parlamentarier anders als der Richter ein politisches Risiko eingeht, das spätestens bei der nächsten Wahl sich sehr unangenehm bemerkbar machen kann. Auch wenn daher im konkreten Fall die oben beschriebenen spezifischen Vorteile des Richterrechts keine ausschlaggebende Rolle spielen, kann es daher sehr leicht dazu kommen, daß der Gesetzgeber keine oder nur eine scheinbare, mit dilatorischen Formelkompromissen arbeitende Regelung trifft. Kommt dann noch eine parteipolitische Konstellation hinzu, die auf bestimmten Gebieten zur Blockierung aller innovatorischen Initiativen führt, bleibt die Problemlösung allemal Sache des Richters⁴⁴.

b) Für den hier interessierenden Bereich des Arbeitskampfrechts läßt sich zunächst die Feststellung treffen, daß es an sich keine „normlogischen“ Hindernisse gibt, die bestehenden richterrechtlichen Grundsätze oder ein anderes Arbeitskampfmodell in Gesetzesform zu gießen. Daß dabei in bestimmten Grenzgebieten – wie etwa beim Umfang der Notstands- und Erhaltungsarbeiten – nur eine Generalklausel möglich ist⁴⁵, ist keine Besonderheit dieses Gebiets. Gegen eine gesetzliche Regelung spricht jedoch die oben angeführte Legitimationsproblematik; dagegen spricht die Entscheidungssituation des Parlamentariers. Es bedarf keiner großen Fantasie, sich die Schwierigkeiten vor Augen zu führen, die sich durch eine gesetzliche Regelung der Aussperrung nach Art der Entscheidungen des *Bundesarbeitsgerichts* ergeben hätten: Die eine Partei hätte riskiert, durch die partielle Zulassung der Aussperrung Unterstützung aus dem Arbeitnehmerbereich zu verlieren. Die andere Partei hätte möglicherweise einen deutlichen Tadel aus dem Unternehmerlager erhalten, der sich in vielfältiger Weise bei den nächsten Wahlen bemerkbar machen kann. Dazu kommt die sozialpsychologische Schwierigkeit, daß ein gesetzliches Aussperrungsverbot angesichts des verbreiteten Paritätsverständnisses als höchst einseitige Angelegenheit erscheinen würde; eine Gesamtkodifikation des Arbeitskampfrechts kann jedoch auch nicht im gewerkschaftlichen Interesse liegen, da damit zumindest ein wesentlicher Teil eines Verbändegesetzes

38 Zum Fehlschlag der Streikreglementierung durch den Industrial Relations Act vgl. insbes. *Colneric*, Der Industrial Relations Act 1972 – Ein Beispiel ineffektiver Gesetzgebung aus dem Bereich des kollektiven Arbeitsrechts (1979); zur Nichtbeachtung der Streiknormen der Franco-Zeit in Spanien vgl. *Arbeitsbeziehungen in Spanien* (Hrsg. Däubler) (1982), S. 7 f. sowie die darin enthaltenen Beiträge von *González Ortega*, „Kollektivverhandlungen im spanischen System der Arbeitsbeziehungen (1939–1978)“ a.a.O. S. 86 ff. und *Durán López*, „Das Streikrecht im Prozeß der politischen Reform und unter der neuen demokratischen Ordnung“ a.a.O. S. 194 ff.

39 Dazu für Spanien *Durán López*, „El Regimen legal de la Huelga tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981“, *Revista de política social* Nr. 134 (1982) S. 49 ff.; für Großbritannien vgl. *Wedderburn*, „Industrial Relations and the Courts“, *The Industrial Law Journal* 1980 S. 65 ff.

40 Vgl. etwa *Wagner*, „Probleme der Rechts- insbesondere der Verfassungsauslegung“ in *Der Kampf um das Grundgesetz – Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation* (Hrsg. Abendroth/Blanke u. a.) (1977), S. 135, wonach das Gesetzesrecht die progressivere Rechtsform gegenüber dem Richterrecht sei; vgl. auch insbes. *Ridder*, *Die Soziale Ordnung des Grundgesetzes* (1975).

41 Vgl. *BAG v. 10. 12. 71*, *ArbuR* 1972 S. 222 = *BB* 1972 S. 317 = *DB* 1972 S. 491.

42 So z. B. §§ 1, 2 *BetrAVG*; das schließt nicht aus, daß sich zu „Randbereichen“ wie der Fristberechnung erneut „Richterrecht“ bildet.

43 Vgl. etwa § 87 Abs. 1 Ziff. 6 *BetrVG* 1972 als Korrektur zu der *Entsch. des BAG v. 27. 5. 60*, *AP* Nr. 1 zu § 56 *BetrVG* Ordnung des Betriebes = *ArbuR* 1961 S. 356. Derselbe Anlaß lag der Einbeziehung des Geldfaktors in § 87 Abs. 1 Ziff. 11 *BetrVG* 1972 zugrunde.

44 Vgl. den Überblick über die Arbeitsrechtsentwicklung zwischen 1978 und 1982 bei *Däubler*, „Fortschritte im Arbeitsrecht?“ *GewerKMh* 1982 S. 310 ff.

45 Vgl. *BAG v. 30. 3. 82* (Fußnote 9) *DB* 1982 S. 2141: „Die Frage, welche Erhaltungsarbeiten erforderlich sind, ist auf Grund der allgemeinen industriellen und speziell-betrieblichen Gegebenheiten für jeden einzelnen Betrieb zu beantworten.“

vorweggenommen wäre⁴⁶. Die Konsequenz ist eindeutig: Über den parlamentarischen Gesetzgeber ist in absehbarer Zeit kein besseres Arbeitskämpfrecht zu erreichen. Die Frage, wer die Mehrheit bildet, ist dafür nicht einmal von ausschlaggebender Bedeutung.

c) Die Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* zum gewerkschaftlichen Zugangsrecht bei kirchlichen Einrichtungen⁴⁷, aber auch die Urteile des *Bundesarbeitsgerichts* zu den Notstands- und Erhaltungsarbeiten⁴⁸ haben die wohl noch zu wenig zur Kenntnis genommene Gefahr heraufbeschworen, daß „Richterrecht“ abgebaut wird. Dies wäre unbedenklich, ja im Hinblick auf die demokratische Kontrolle gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber nur zu begrüßen, wenn dieser dann eben in die Bresche springen und – wie im Fall der betrieblichen Altersversorgung – eine vergleichbare (oder eine bessere) Lösung treffen würde. Gerade damit ist aber weder im Bereich des gewerkschaftlichen Zutrittsrechts noch im Arbeitskämpfrecht zu rechnen. Abbau oder auch Nichtentwicklung richterrechtlicher Normen bedeutet in einer solchen Konstellation, daß nicht etwa ein „rechtsleerer Raum“ entsteht, sondern daß eben wieder nach dem den wirtschaftlich Stärkeren begünstigenden liberalen Rechtssystem verfahren wird. Lehnt man es ab, aus Art. 9 Abs. 3 GG ein Zugangsrecht abzuleiten, so kommt das aus dem Eigentum fließende Hausrecht des Arbeitgebers zur Geltung; trifft man keine Aussage, wer die Einteilung der „Notdienstmannschaft“ vornimmt, setzt sich letztlich der Stärkere im Betrieb durch. Sollte sich die in den genannten Entscheidungen deutlich werdende Tendenz fortsetzen, wäre dies ein Stück neo-neoliberaler Sozialpolitik, eine Art juristischer Thatcherismus, der den Arbeitnehmern vergleichbare Belastungen wie die sichtbaren Erscheinungsformen dieser Politik bringt. Unter solchen Bedingungen die Form des Richterrechts zu kritisieren und nach dem Gesetzgeber zu rufen, grenzt an Selbstmordpolitik oder ist Ausdruck schlichter Bösartigkeit⁴⁹.

III. Die Rechtsprechung des BAG zur Aussperrung – ein Kompromiß?

1. Die Schlüssigkeit der Argumentation

Die Entscheidungen v. 10. 6. 1980⁵⁰, die den eigentlichen Argumentationsrahmen geschaffen haben, sind so häufig einer immanenten dogmatischen Kritik unterzogen worden, daß eine erneute Auseinandersetzung kaum über schlichte Wiederholungen hinausführen könnte. Das zentrale Argument für die Zulassung der Aussperrung, die Gefährdung der Arbeitgebersolidarität durch den Teilstreik, geht von einem unzutreffenden Marktmodell aus⁵¹, verkennt die Solidarisierungsprobleme, die auch auf Arbeitnehmerseite vorhanden sind und die dort ohne Bedenken hingenommen werden⁵², und blendet schließlich zahlreiche in- und ausländische Erfahrungen aus, wonach das Fehlen der Aussperrung eben gerade nicht zu dem befürchteten Auseinanderbrechen der Arbeitgeberseite geführt hat⁵³. Immerhin läßt das *Bundesarbeitsgericht* insoweit eine spätere Revision seiner Auffassung mit Rücksicht auf neue empirische Erkenntnisse zu⁵⁴ – ein selten klarer Fall von „responsiver Dogmatik“. Auch die Handhabung des Paritätsprinzips als zentraler Kategorie des Arbeitskämpfrechts verdient Kritik. Mit dem Bekenntnis zur materiellen Pari-

tät ist angesichts der in der sozialen Realität vorhandenen Machtverteilung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Grunde das Urteil über die Aussperrung gesprochen; die Beschränkung auf eine (tarifbezogene) Parität kann daran nichts ändern, weil sich eben etwa die Unternehmerkompetenz für Investitionen⁵⁵ auch in Tarifverhandlungen niederschlägt. Die Inkonsistenz der Begründung ist ein wichtiges Indiz für den Kompromißcharakter der Entscheidungen: Wer sich eindeutig auf die eine oder die andere Seite stellt, hat es leichter, ein einigermaßen widerspruchsfreies Gedankengebäude zu entwickeln⁵⁶.

2. Die Verteilung von Sieg und Niederlage

Nimmt man die in der juristischen Diskussion genannten Lösungen als Bezugspunkt, so ist das *Bundesarbeitsgericht* den Gewerkschaften in einer Reihe von Punkten entgegengekommen. Zum einen gilt dies für das Ergebnis der Urteile als solches. Durch die quantitative Beschränkung der Aussperrungsbefugnis und durch das Verbot der Selektivaussperrung wurden die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite reduziert. Dazu kommt, daß trotz der vorgenommenen Quantifizierung eine Reihe von Unklarheiten bleiben, was den Einsatz des Mittels „Aussperrung“ für die Unternehmer zu einer risikoreichen Angelegenheit machen kann⁵⁷. In diesem Zusammenhang kann gegebenenfalls auch das *Obiter dictum* besondere Bedeutung gewinnen, wonach gewerkschaftliche Forderungen weitgehend wirkungslos werden, wenn die Bereitschaft zum Arbeitskampf im Blick auf die Liquiditätsentwicklung nicht

46 Zur Diskussion um ein Verbändegesetz vgl. *Walter Schmidt*, „Die ‚innere Vereinsfreiheit‘ als Bedingung der Verwirklichung von Grundrechten durch Organisation“, ZRP 1977 S. 255.

47 Vgl. *BVerfG* v. 17. 2. 81 (Fußnote 10).

48 Vgl. *BAG* v. 8. 6. 82 (Fußnote 9) und v. 30. 3. 82 (Fußnote 9).

49 Die Form des Richterrechts zu akzeptieren bedeutet nicht, daß man deshalb auch alle Entscheidungsinhalte billigt. Meine Kritik an der Rspr. des *BAG* konzentrierte sich deshalb – anders als die von *Ramm* (JZ 1964 S. 494 ff.) formulierte – ausschließlich auf die Ergebnisse, die am Maßstab der im einzelnen näher spezifizierten Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer gemessen wurden (*Däubler*, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts [1975], S. 24 ff.). Das im Grunde nicht überraschende Resultat, daß durchweg wohlverstandenen Unternehmerinteressen entsprochen wurde (a.a.O. S. 126 ff.), war nicht – wie bisweilen erstaunlicherweise vermutet (vgl. *Gerhard Müller*, RdA 1978 S. 341 „Anwürfe“) – ein Stück Richterscheit, sondern hatte das Ziel, die objektive Funktion der Rspr. aufzuklären und so zu einer realistischeren Einschätzung dieses Teils des Staatsapparats in den Gewerkschaften beizutragen. Ähnlich wohl nunmehr *Mückenberger* (Fußnote 4), jedoch ohne jede Bezugnahme.

50 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 (Fußnote 1).

51 Vgl. *Kempfen* (Fußnote 4) S. 73 ff.; *Buschmann/Heilmann* (Fußnote 4) S. 107 ff.

52 Vgl. *Kempfen* (Fußnote 4) S. 77.

53 Vgl. *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 5. Aufl., S. 190 f.

54 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 (Fußnote 13), wonach sich der Senat wegen Fehlens rechtstatsächlicher Untersuchungen mit „grobem Erfahrungswerten“ begnügen mußte. Diese wären offensichtlich einer Korrektur zugänglich.

55 Vgl. *BAG* v. 10. 6. 80 (Fußnote 13).

56 Ein besonders bemerkenswertes Beispiel von „Kompromißjudikatur“ stellt etwa die Entsch. des *BVerfG* v. 31. 7. 73 (BVerfGE 36,1) zum Grundlagen-Vertrag mit der DDR dar. Dazu *Däubler*, „Außenpolitik durch das Bundesverfassungsgericht?“ in *Verfassungsgericht und Politik* (Hrsg. *Däubler/Küsel*) (1979), S. 119, 128 f.

57 Vgl. *Däubler/Wolter* (Fußnote 3) S. 144 ff.

mehr glaubhaft erscheint⁵⁸, also eine (doch wohl rechtswidrige) Verletzung des Paritätsprinzips vorliegt. Ein gewisses Entgegenkommen ist auch bei den Entscheidungen zum Arbeitskampfisiko zu verzeichnen. Wie immer man die „paritätsrelevante Rückwirkung“ auf die im Kampf befindlichen Arbeitgeber bestimmt: Fest steht, daß jedenfalls nicht jede arbeitskampfbedingte Betriebsstörung zu einem vorübergehenden Wegfall des Lohnanspruches führt. Weiter mag man auch die Art und Weise der Argumentation, insbesondere die Einbeziehung der sozialen Realität, als Fortschritt bezeichnen, der in künftigen Auseinandersetzungen von Bedeutung sein kann.

Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, daß die Arbeitgeber ihre wesentlichen Befugnisse behielten. Die Aussperrung ist nicht abgeschafft, sondern nur beschränkt. Auch in Zukunft kann in den meisten Fällen die Belegschaft ohne Lohnfortzahlung nach Hause geschickt werden; wenn wegen eines Arbeitskampfes in anderen Unternehmen nicht weitergearbeitet werden kann. Die Möglichkeit, eine Gewerkschaft durch Ausweitung des Kampfrahmens zahlungs- und (unter den gegebenen Umständen auch) kampfunfähig zu machen, ist schwer zu realisieren, aber keineswegs ausgeschlossen. Das Druckpotential der Arbeitgeber bleibt auch innerhalb des Handlungssystems „Tarifautonomie“ beträchtlich.

3. Ein weiser Kompromiß?

Man kann sich die Frage stellen, ob die gefundene Lösung wesentlich anders hätte ausfallen können. Dabei interessiert nicht die Möglichkeit stringenter juristischer Argumentation – sie hätte sicherlich für ein Aussperrungsverbot und für eine weitere Einschränkung der Arbeitskampfisiko-Fälle gesprochen. Wesentlich ist vielmehr die politische „Machbarkeit“ alternativer Positionen – wobei es auf der Hand liegt, daß in diesem Sektor keine absolut exakten Analysen, sondern nur mehr oder weniger plausible Einschätzungen möglich sind.

a) Unterstellt man einmal, das *Bundesarbeitsgericht* wäre seinem eigenen Ausgangspunkt treu geblieben und hätte die Aussperrung als Verstoß gegen das Paritätsprinzip für rechtswidrig erklärt und beispielsweise eine Berufung auf das Arbeitskampfisiko nur dann zugelassen, wenn andernfalls die Existenz des Unternehmens in Gefahr geraten wäre. Erste und unmittelbare Konsequenz einer solchen Entscheidung wäre eine Verfassungsbeschwerde der betroffenen Unternehmen oder ihrer Verbände gewesen. Die Chance, daß sie in Karlsruhe Erfolg gehabt hätte, wäre

58 Vgl. BAG v. 10. 6. 80 (Fußnote 13).

59 Zu den Stellungnahmen der politischen Parteien vgl. *Bobke*, Gewerkschaften und Aussperrung (1982), S. 41 ff., 111 ff.

60 Vgl. *Kittner*, Verbot der Aussperrung. Sieben Fragen – sieben Antworten – Schriftenreihe der IG Metall (1979), S. 50.

61 Dieselbe Funktion wird verschiedentlich bestimmten Vertretern der Arbeitsrechtswissenschaft zugewiesen, doch ist das für diese nicht ungefährlich. Wird ihre Position nicht von einer breiten Mehrheit in den Gewerkschaften getragen, riskieren sie, als verbrauchte Prestigeobjekte alsbald gegen andere ausgetauscht zu werden. Zurückhaltend zur Arbeitsgerichtsbarkeit auch *Kissel* (Fußnote 32), der die Auffassung vertritt, daß die Gerichte nicht sozialpolitische Prozesse vorantreiben können.

62 Wie schlecht Arbeitgeber bisweilen beraten sein können, zeigt die Verfassungsbeschwerde gegen das Mitbestimmungsgesetz; vgl. dazu *Kittner*, „Zur verfassungsrechtlichen Zukunft von Reformpolitik, Mitbestimmung und Gewerkschaftsfreiheit“, *GewerkMH* 1979 S. 321 ff.

durchaus beträchtlich gewesen. Es hätte auf der Linie der Entscheidung zum gewerkschaftlichen Zutrittsrecht gelegen, ein Aussperrungsverbot eben nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG herzuleiten; denn die dadurch betroffenen Arbeitnehmerinteressen sind nur in einem (sehr restriktiv bestimmten) „Kernbereich“ geschützt. Auch kann sich die Einschätzung, Arbeitnehmerinteressen hätten in Karlsruhe eher einen schwereren Stand, darauf stützen, daß die Akzeptanz der Entscheidungen durch die abhängig Beschäftigten und ihre Organisationen dort keine ganz so zentrale Rolle spielt wie in der Arbeitsgerichtsbarkeit, die auf eine grundsätzliche Kooperation mit den sozialen Gegenspielern angewiesen ist.

Auch wenn man davon absieht, daß das *Bundesarbeitsgericht* in Fällen der vorliegenden Art eben nur „vorletzte Instanz“ ist, wäre ein Aussperrungsverbot und eine drastische Beschränkung der Arbeitskampfisiko-Fälle schwer vorstellbar gewesen. Die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite nur im Bereich von Tarifeinensetzungen zurückzudrängen, könnte bedeuten, daß sich die Arbeitgeber in anderen Bereichen schadlos halten würden. In vielen Fällen können Rationalisierungen beschleunigt, Sozialleistungen abgebaut, Lohnerhöhungen den Preisen zugeschlagen und Investitionen auf Billig-Lohn-Länder konzentriert werden. Stehen – wie vermutlich bei einer wachsenden Zahl von Unternehmen – diese einzelwirtschaftlichen Ausweichstrategien nicht zur Verfügung, könnte eine staatliche Intervention drohen, etwa in Form eines Gesetzes, das das Aussperrungsverbot wieder aufhebt. Daß dies keine irrealen Spekulation ist, wird daran deutlich, daß lediglich eine der (bislang) im Bundestag vertretenen Parteien sich die gewerkschaftliche Forderung nach dem Aussperrungsverbot zu eigen gemacht hat⁵⁹ – die Mehrheit ist offensichtlich anderer Meinung. Wie wenig man angesichts der bestehenden Machtverhältnisse ernsthaft mit einem Aussperrungsverbot rechnen konnte, wird daran deutlich, daß nach eigener, durchaus zutreffender Einschätzung der Gewerkschaften ein tarifliches Aussperrungsverbot ausscheidet⁶⁰: Ist man aber nicht einmal in der am besten organisierten, kampfstärksten Branche in der Lage, ein solches Ziel durchzusetzen, wie will man dasselbe auf gesamtgesellschaftlicher Ebene erreichen? Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist überfordert, wenn sie stellvertretend für die Gewerkschaften die Kastanien aus dem Feuer holen und somit zu einer Art sozialpolitischer Avantgarde hochstilisiert werden soll⁶¹.

b) Neben dem Aussperrungsverbot kam auch die andere Extremlösung – die volle Bestätigung des Aussperrungsrechts der Arbeitgeber und der bisherigen Rechtsprechung zur Sphärentheorie – nicht in Betracht. Ein solches kategorisches „Nein“ zu allen gewerkschaftlichen Forderungen und Argumentationen hätte angesichts der breiten Basis, die das Verlangen nach dem Aussperrungsverbot in den Gewerkschaften besitzt, zu einer Konfrontation beträchtlichen Ausmaßes geführt. Die Auffassung, in Kassel werde Klassenjustiz praktiziert, hätte ein ungewöhnliches Maß an Resonanz bekommen. Die Legitimation arbeitsgerichtlicher Entscheidungen wäre sicherlich nicht zerstört, aber doch erschüttert worden.

Über diese politischen Rückwirkungen hinaus hätte die Gefahr bestanden, daß schlecht beratene Arbeitgeberverbände⁶² im Vollgefühl ihres Sieges ihre nunmehr erneut

bestätigten Befugnisse voll ausgeschöpft hätten. Die Drohung mit der unbeschränkten Aussperrung wäre geeignet gewesen, den Gewerkschaften einen „Diktatfrieden“ aufzuzwingen. Kurzfristig hätte dies möglicherweise zum Erfolg geführt, mittelfristig hätte es die Tarifautonomie völlig aus dem Lot gebracht. Die Gewerkschaften wären unmittelbar gezwungen gewesen, entweder ihren Zusammenbruch zu riskieren oder aber sich auf die veränderten Umstände in einer Weise einzustellen, die die Wahrung von Arbeitnehmerinteressen weiterhin ermöglicht hätte. Konkret bedeutet dies einen Übergang zu völlig anderen Kampfformen – eine Entwicklung, die im letzten Abschnitt skizziert werden soll. Die Gewerkschaften hätten – dies leuchtet als vorläufige Feststellung unmittelbar ein – die Bereitschaft der Arbeitnehmer zu Konfrontation und Kooperationsverweigerung stärken müssen, eine Entwicklung, an der auch der Arbeitgeberseite nicht gelegen sein kann.

c) Wo die Kompromißlinie unter diesen Umständen konkret verlaufen würde, war nicht abzusehen und im Grunde auch durch das gesellschaftliche Umfeld nicht determiniert. Unter dem Aspekt rechtsdogmatischer Folgerichtigkeit hätte es dabei eventuell näher gelegen, nicht auf die angeblich gefährdete Arbeitgebersolidarität abzustellen, sondern allein das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu quantifizieren. Hier nachträglich Korrekturen vornehmen zu wollen, erscheint freilich müßig. Viel wichtiger ist es, diese Kompromißlinie bei künftigen Auseinandersetzungen zu verbessern oder zumindest zu halten. So ist etwa die Frage der Zulässigkeit des Solidaritätsstreiks durch die Arbeitskämpfrisikourteile bereits vorentschieden, obwohl sie in den Aussperrungsentscheidungen v. 10. 6. 1980 dahingestellt blieb⁶³. Eine Verletzung des Paritätsprinzips wurde dort nur dann angenommen, wenn in einem Drittbetrieb bei voller Lohnfortzahlung nicht weitergearbeitet werden konnte. Dies läßt den Schluß zu, daß der Arbeitsausfall ohne Lohn nicht paritätsrelevant ist; trifft dies aber zu, so kann es keinen Unterschied machen, ob ein Arbeitgeber wegen fehlender Vorprodukte oder deshalb nicht weiter produzieren kann, weil in seinem Betrieb ein Solidaritätsstreik stattfindet. Auch die Tatsache, daß in den Aussperrungsentscheidungen keine quantitative Reglementierung des Streiks vorgenommen wurde, spricht für dasselbe Ergebnis⁶⁴. Ähnlich liegen die Dinge bei der rechtlichen Würdigung der sog. neuen Beweglichkeit: Die Befürworter haben eindeutig die bisherige Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* auf ihrer Seite⁶⁵.

IV. Alternativen zu Streik und Aussperrung?

Die „Kompromißlinie“ des *Bundesarbeitsgerichts* hat die Gefahr nicht aus der Welt geschafft, daß die Tarifautonomie zu den bisherigen Bedingungen nicht weiter funktionieren kann. Daß Streikkassen erschöpft sind und die Streikfront daher zusammenbricht, ist insbesondere dann keine nur theoretische Möglichkeit, wenn – wie in der Gegenwart angesichts anhaltender wirtschaftlicher Schwierigkeiten – der Kompromißspielraum der Arbeitgeber relativ gering ist. Die Gefahr würde noch um einiges größer, würden bestimmte Vorformen des Erzwingungsstreiks wie die sog. neue Beweglichkeit illegalisiert⁶⁶. Es ist daher alles andere als ein nutzloses Glasperlenspiel, wenn man einige Überlegungen zu den Folgen anstellt, die ein solcher „Kollaps“ haben könnte. Ohne hier mehr als eine

erste Skizze geben zu wollen, erscheint die folgende Entwicklung plausibel:

Zunächst könnte der Versuch gemacht werden, an Weimarer Institutionen anzuknüpfen und Löhne sowie Arbeitsbedingungen im Wege der Zwangsschlichtung festzusetzen. Von verfassungsrechtlichen Bedenken einmal ganz abgesehen⁶⁷ hätte dies zur Folge, daß der Lohnkonflikt „politisiert“, d. h., daß die im bisherigen System liegende Entlastung des Staatsapparats rückgängig gemacht würde. Für beide sozialen Gegenspieler und damit auch für die Unternehmer hätte dies den Nachteil, ein Stück Handlungsautonomie zu verlieren und eine Lohnentwicklung akzeptieren zu müssen, die inhaltlich nicht notwendigerweise mit den eigenen Vorstellungen und den eigenen Durchsetzungsmöglichkeiten übereinstimmt. Die Stabilität des politischen Systems könnte überdies langfristig gefährdet werden, würde doch die Vorstellung vom neutralen, nur das Gemeinwohl realisierenden Staat durch allzu häufige Parteinahme für die Arbeitgeberseite im Bewußtsein großer Teile der Bevölkerung unter Umständen Schaden erleiden⁶⁸. Verständlicherweise wird daher die Zwangsschlichtung auch nicht ernsthaft als Alternative erwogen⁶⁹.

Sehr viel mehr Realitätsgehalt hat demgegenüber die Vorstellung, daß sich die Tarifautonomie auf veränderter Grundlage neu etablieren würde. Konkret bedeutet dies, daß eine relevante Anzahl von Arbeitnehmern bereit sein müßte, auch längere Streiks ohne Streikunterstützung durchzustehen. Ein derartiges Maß an Opferbereitschaft ist allenfalls dann zu erreichen, wenn die Identifikation mit der eigenen Organisation und den im konkreten Fall verfolgten Zielen sehr hoch ist. Außerdem muß der soziale Gegenspieler als Gegner, um nicht zu sagen als Feind begriffen werden, den man „kompromißlos“ bekämpft – größere Opfer bringt man nicht, wenn sich schon ein „Mittelmaßresultat“ abzeichnet. Gegenüber dem Status quo würde dies auf eine beträchtliche Veränderung des Arbeitnehmerbewußtseins hinauslaufen. Die führenden Repräsentanten der Gewerkschaften wären gezwungen, durch eine weitreichende Politisierung der Mitglieder die Entstehung eines klassenkämpferischen Bewußtseins zu

63 Das bleibt in der Entsch. des BAG v. 10. 6. 80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf dahingestellt.

64 Zur Unanwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf den Streik vgl. *Pfarr/Brandt*, „Zur Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Streik und Aussperrung“, *ArbuR* 1981 S. 325 ff.

65 Vgl. *Bobke* (Fußnote 8) S. 865 ff.; *Wohlgemuth* (Fußnote 8) S. 202.

66 Die praktische Tragweite der neuen Beweglichkeit darf allerdings nicht überschätzt werden, da es die Arbeitgeberseite in der Hand hat, durch frühes Scheiternlassen der Tarifverhandlungen den Anwendungsbereich des Warnstreiks drastisch einzuschränken. Der Vergleich zwischen der Metall-Tarifrunde 1981 und der Metall-Tarifrunde 1982 bietet insoweit überzeugendes Anschauungsmaterial: 1981 fanden Warnstreiks von Anfang März bis zum 22. April statt; dadurch fielen 1,5 Mill. Arbeitsstunden aus. 1982 beschränkte sich die Aktion auf die Zeit vom 2. bis 5. März, was nur einen Ausfall von 47 000 Arbeitsstunden zur Folge hatte – Angaben nach *Glaubitz* (Fußnote 7) S. 1515 f.

67 Vgl. *Brox/Rüthers*, *Arbeitskampfrecht*, 2. Aufl., S. 432 mit weit. Nachweisen.

68 Zur „entpolitizierenden“ Wirkung der Tarifautonomie vgl. *Weitbrecht*, *Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie* (1969), S. 15 ff.; *ders.*, *Wirkung und Verfahren der Tarifautonomie* (1973), S. 8 ff.

69 Vgl. *Zachert*, „Die unbehagliche Nähe eines Streikverbots und einer staatlichen Zwangsschlichtung zum autoritären Staat“, *ZRP* 1976 S. 185 in der Auseinandersetzung mit *Rasch*, „Sind Streik und Streikandrohung noch zeitgemäß?“, *ZRP* 1976 S. 181.

fördern, da sie doch andernfalls ihre Funktion als ernstzunehmender Verhandlungspartner der Arbeitgeberseite auf Dauer verlieren würden. Für die Arbeitgeber hätte dies den durchaus nicht zu vernachlässigenden Nebeneffekt, mit häufigeren Störungen im Betrieb und geringerem Arbeitsinsatz rechnen zu müssen: Belegschaften, die im Arbeitgeber den „gnadenlosen Ausbeuter“ sehen, werden weniger leicht bereit sein, auf das Interesse des Betriebes Rücksicht zu nehmen und gegebenenfalls auch Zusatzleistungen zu erbringen.

Naheliegender als ein derart großer Sprung im Arbeitnehmerbewußtsein ist allerdings der verstärkte Einsatz verdeckter Kampfformen; denn diese sind unmittelbar mit den arbeitsplatzbezogenen Interessen der einzelnen Beschäftigten verknüpft. Leistungszurückhaltung, Desinteresse gegenüber den Betriebsabläufen⁷⁰, aber auch die systematische Ausschöpfung von Rechten wie bei Sick-out und beim Dienst nach Vorschrift haben als Kampfformen allerdings einige Besonderheiten.

Zum einen wird man wohl davon ausgehen können, daß zumindest dort, wo Derartiges bisher nicht praktiziert wurde, die Schwelle sehr viel höher ist als beim traditionellen Streik. Während man bei diesem in der Regel weiß, daß es aller Voraussicht nach „klappen“ wird, ist dasselbe bei einem informell abgesprochenen Dienst nach Vorschrift keineswegs so sicher. Von daher sind die Risiken auch unterschiedlich; wer in einer Metalltarifrunde streikt, kann sicher sein, außer der Lohneinbuße keinen Nachteil zu erleiden, während ein mißglückter Sick-out sehr leicht eine fristlose Kündigung zur Folge haben kann. Dazu kommt ein weiteres: Sich einem Streik anzuschließen, den eine Großorganisation beschlossen hat, bedarf in vielen Fällen keiner besonders großen Anstrengung. Wenn man nicht gerade zu den Initiatoren gehört, die Funktion eines Vertrauensmanns bekleidet u. ä., reicht es an sich aus, durch schlichtes Zuhausebleiben „mitzumachen“. Bei verdeckten Kampfformen wie etwa der verabredeten Verweigerung von Überstunden ist dagegen der Mut jedes einzelnen gefordert; auch als Individuum muß er gegebenenfalls

eine eindeutige Position beziehen und bei bestimmten Aktionen auch ein hohes Maß an Kreativität entwickeln⁷¹.

Ist diese Schwelle aber überschritten, so ergibt sich zum andern eine veränderte Haltung zum Arbeitgeber, aber auch zur eigenen Organisation. Während sich bei Tarifrunden herkömmlichen Zuschnitts die mit dem Ergebnis unzufriedene Minderheit in der Regel in ihr Schicksal fügt, wäre dies hier wahrscheinlich anders, da es die Betroffenen doch in der Hand haben, durch autonome Fortsetzung ihrer Aktion ein besseres Resultat zu erreichen. Damit ginge eine ganz wesentliche Funktion der Tarifautonomie verloren: Die gesamtwirtschaftliche Lohnentwicklung wäre nicht mehr steuerbar; die Lohnerhöhungen würden sich letztlich danach bestimmen, ob viel, wenig oder gar keine „Basismilitanz“ vorhanden ist. Ein solcher Zustand ist weder für die politische noch für die ökonomische Stabilität förderlich.

Man kann sich selbstredend die Frage stellen, ob die Gefahr, daß die Gewerkschaft als Verhandlungspartner nicht mehr ernst genommen wird, wirklich die beschriebenen Entwicklungen auslösen würde. Wäre es nicht denkbar, daß sie sich eben in den von den Arbeitgebern verhängten „Diktatfrieden“ schickt und nach Absolvierung eines Verhandlungsrituals ohne Arbeitskampf ein Ergebnis akzeptiert, das die Arbeitgeber von vornherein im Auge hatten? Kurzfristig mag man an eine solche Unterwerfung glauben; von Dauer wird sie nicht sein. Interessengegensätze im Betrieb wie in der Gesellschaft sind keine künstliche Konstruktion, sondern handfeste Realität; daß sich Menschen gegen die Senkung ihres Reallohns, die Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen und den drohenden Verlust ihres Arbeitsplatzes nicht nur individuell wehren, muß auch für die Zukunft vorausgesetzt werden. Im Grunde geht es nur darum, wie diese Gegenwehr organisiert ist. Autoritäre Arbeitsverfassungen ohne Streikrecht haben bislang immer zu Produktivitätseinbußen geführt⁷², was unschwer damit erklärt werden kann, daß an die Stelle des Streiks verdeckte Kampfformen, aber auch individueller Widerstand getreten waren. Ob man durch eine bestimmte Ausgestaltung arbeitskampfrechtlicher Normen die Ausübung des Streikrechts faktisch unmöglich macht oder ob man ein formelles Streikverbot verhängt, macht in diesem Zusammenhang keinen Unterschied. Auch die Unternehmer haben daher letztlich ein Interesse daran, das überkommene System der Arbeitsbeziehungen nicht grundsätzlich in Frage zu stellen. Es besteht einiger Anlaß zu der Annahme, daß auch das *Bundesarbeitsgericht* dies nicht tun wird.

70 Vgl. meine Ausführungen unter I 2.

71 Das wäre beispielsweise der Fall, wenn die gesamte Belegschaft die Sprechstunde des Betriebsrats in Anspruch nimmt, jeder einzelne jedoch sich ein „persönliches Anliegen“ zurechtlegt.

72 Vgl. die Nachweise bei *Rodriguez Piñero*, „Ein demokratisches Modell der Arbeitsbeziehungen“ in *Arbeitsbeziehungen in Spanien* (Hrsg. Däubler) (1982), S. 26.

Dr. Friedrich Becker, Richter am Bundesarbeitsgericht, Kassel

Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte beim drittbezogenen Personaleinsatz

I. Problemanalyse

Das kollektive Arbeitsrecht ist – ebenso wie das Individualarbeitsrecht – auf ein dualistisch konzipiertes Arbeitsverhältnis zugeschnitten. Die in der Praxis des Arbeitslebens in zunehmendem Maße auftretenden dreidimensionalen Arbeitstatbestände (insbesondere in Gestalt der ge-

werbsmäßigen und nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung sowie des Einsatzes von Arbeitnehmern in Drittbetrieben auf werk- oder dienstvertraglicher Basis) werfen mangels Vorhandenseins entsprechender Normregelungsstrukturen eine Reihe von Problemen auf. Mit der am 1. 1. 1982 in Kraft getretenen Vorschrift des Art. 1