

BürgerInnen-Beteiligung komme ein Mißtrauen gegen das Volk zum Ausdruck. Die gleichen Argumente, die gegen plebiszitäre Elemente vorgetragen würden, seien auch auf das allgemeine Wahlrecht anwendbar.

Es fand nur ein einmaliges Treffen der BerichterstatterInnen zu diesem Thema statt: Man vertagte sich auf unbestimmte Zeit. In der am 11. 2. 1993 hierzu stattfindenden Abstimmung in der Gemeinsamen Verfassungskommission fand dann kein Vorschlag zur Einführung plebiszitärer Elemente die erforderliche Mehrheit. Selbst die einfache Volksinitiative, eine Erweiterung des Petitionsrechtes, scheiterte.

Damit scheiterte auch der Leitgedanke der BürgerInnen-Bewegung für eine »Verfassung von unten«, welche die Verfassungsdebatte – mit ihren übrigens durchaus spannenden und gesellschaftlich wichtigen Diskussionen – überhaupt erst ermöglicht hatte.

In der Erwartung, daß es eines Tages doch gelingen werde, plebiszitäre Elemente in der Verfassung zu verankern, schloß der ostdeutsche SPD-Abgeordnete Konrad Elmer seinen Debattenbeitrag mit dem – vielleicht auch für die gesamte Verfassungsdebatte – tröstlichen Liedvers:

»Am Grund der Moldau  
wandern die Steine.  
Es liegen drei Kaiser  
begraben in Prag.  
Das Große bleibt groß nicht  
und klein nicht das Kleine.  
Die Nacht hat zwölf Stunden,  
und dann kommt schon der Tag.«<sup>18</sup>

## Karl-Jürgen Bieback

### Die verfassungsrechtliche Kontroverse um § 116 AFG<sup>1</sup>

#### 1. Anlaß der verfassungsrechtlichen Kontroverse

Die Auseinandersetzung um § 116 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), d. h. das Problem von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an von Arbeitskämpfen Betroffene, ist alt.<sup>2</sup> Betrifft ein Arbeitskampf einen nicht umkämpften Betrieb nur

<sup>18</sup> Protokoll der 17. Sitzung der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 11. 2. 93, S. 40.

<sup>1</sup> Zugleich Besprechung von: Horst Baumann, Arbeitskampf, Staatsneutralität und Arbeitslosenversicherung. Rechtspolitische Überlegungen zu einer Grundlagen-Reform des § 116 AFG. Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 78, 1986.

Ernst Benda, Sozialrechtliche Eigentumspositionen im Arbeitskampf, ein Beitrag zur Diskussion um die Änderung des § 116 AFG, Baden-Baden, 1986.

Volker Beuthien, Der Arbeitskampf als Wirtschaftsstörung, Kampftrisiken teilen, aber wie? DER BETRIEB Praxis aktuell, 1. Auflage Juni 1990.

Ulrich Mückenberger, Produktionsverflechtung und Risikoverantwortung, Verfassungsfragen zur Neufassung von § 116 AFG 1992.

Fritz Ossenbühl/Reinhard Richardi, Neutralität im Arbeitskampf – zur Neufassung des § 116 AFG, Köln/Berlin/Bonn/München 1987 (C. Heymanns Verlag), 292 S. DM

Gunther Schwerdtfeger, Rechtsfragen zu § 116 AFG n. F., Zweck, Auslegung, Verfassungsprobleme, Prozessuales, Berlin 1990.

Hugo Seiter, Staatsneutralität im Arbeitskampf, systematische Darstellung der mit § 116 AFG zusammenhängenden Rechtsfragen auf der Grundlage des Neutralitätsgesetzes von 1986, Tübingen 1987.

Autorennamen ohne sonstige Bezeichnung beziehen sich immer auf diese Publikationen.

<sup>2</sup> Ein Überblick über die Geschichte bei F. J. Sacker, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungs-

mittelbar, indem Zulieferungen ausbleiben (sog. Betriebsrisiko) oder Produkte im stillgelegten, umkämpften Bereich nicht mehr abgesetzt werden können (sog. Wirtschaftsrisiko), so ist einmal umstritten, ob der Arbeitgeber des so mittelbar betroffenen Betriebes mit der Einstellung der Produktion auch der Pflicht enthoben ist, Lohn (weiter-) zu zahlen (sog. Arbeitskampsrisiko). Dies ist eine arbeits- und arbeitskampfrechtliche Frage, die das BAG<sup>3</sup> dahin entschieden hat, daß der Arbeitgeber die Lohnzahlung verweigern kann, wenn die Fernwirkungen des Arbeitskampfes das Kräfteverhältnis, die »Kampfparität«, zwischen den Arbeitsmarktparteien zuungunsten der Arbeitgeber beeinflussen können. Umstritten ist weiterhin, ob die nicht mehr entlohnten Arbeitnehmer Anspruch auf die Lohnersatzleistungen Arbeitslosengeld und Kurzarbeitergeld der Arbeitslosenversicherung haben.

Das Problem von Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit (BA) an mittelbar betroffene Arbeitnehmer entsteht vor allem dann, wenn eine Gewerkschaft nicht für das gesamte Bundesgebiet, sondern jeweils für getrennte Tarifbezirke Forderungen erhebt und in getrennten Verhandlungen und eventuell auch Arbeitskämpfen durchzusetzen versucht. Dies ist fast ausschließlich in der metallverarbeitenden Industrie der Fall, während die anderen großen Branchen (z. B. Chemie, öffentlicher Dienst) bundesweite Tarife aushandeln. Bei der IGM übernimmt für eine Tarifrunde oft ein Tarifbezirk die Vorreiterrolle, meist war es der von Nordwürttemberg-Nordbaden. Wird in ihm, z. B. in der Zulieferindustrie für die Automobilindustrie gestreikt oder ausgesperrt, kann es zu Produktionsstörungen und der Verweigerung der Lohnzahlung in anderen Tarifbezirken des Bundesgebiets kommen. Dabei läßt sich oft schwer nachprüfen, ob und welche mittelbaren Auswirkungen es überhaupt gibt und welche alternativen Überbrückungsmöglichkeiten die Arbeitgeber haben. Wenn aber Hunderttausende von Arbeitnehmern in anderen Regionen keinen Lohn und eventuell auch keine Lohnersatzleistungen erhalten, hat das Einfluß auf die Kampfbereitschaft und Kampffähigkeit der Gewerkschaft. Da die IGM bisher häufig Vorreiter in der Tarifpolitik war, stehen damit nicht nur Zentralfragen des Arbeitskampfes und der Koalitionsfreiheit, sondern auch der Tarifpolitik und der Sozialpolitik zur Debatte.

Das AVAVG von 1927 und 1956 versagte grundsätzlich die Lohnersatzleistungen, sah sie aber in Härtefällen vor (§ 94). Ausführungsregelungen der BA konkretisierten dies dahin, daß in der Regel Härtefalleistungen (nur) an mittelbar betroffene Arbeitnehmer zu gewähren sind, wenn u. a. das Kampfergebnis sie nicht unmittelbar betreffen und sie von ihm nicht profitieren werden und die Leistungsgewährung den Arbeitskampf voraussichtlich nicht beeinflussen wird.<sup>4</sup> Das AFG von 1969 kehrte das Regel-Ausnahmeverhältnis in § 116 um, indem es grundsätzlich Lohnersatzleistungen für mittelbar kampfbetroffene Arbeitnehmer vorsah, wenn der Betrieb außerhalb des räumlichen und fachlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags lag. Ausgeschlossen waren Leistungen allerdings, wenn dadurch der Arbeitskampf beeinflusst wurde (»Beeinflussungstatbestand«, § 116 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2), wie die Leistungen auch nicht an diejenigen gehen durften, auf deren Arbeitsbedingungen der Arbeitskampf abzielte (»Abziel-« bzw. »Partizipationstatbestand«, § 116 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1). Das BSG hatte 1975 in bezug auf den Arbeitskampf 1971

rechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampsrechts, 1974; zur politischen und parlamentarischen Auseinandersetzung 1986: H. Seiter, Staatsneutralität im Arbeitskamps, 1987, S. 55 ff.; U. Mückenberger, Die Reprivatisierung der Arbeitskampsfolgen, KJ 1986, S. 294 ff.; Der § 116 AFG: Stadien eines Gesetzgebungsprozesses, KJ 1986, S. 166 ff.

<sup>3</sup> BAG vom 22. 12. 1980 AP Nr. 70 und 71 zu Art. 9 GG Arbeitskamps. Hierzu Mückenberger, S. 51 ff. und Ossenbuhl/Richardi, S. 78 ff.

<sup>4</sup> Richtlinien vom 27. 3. 1928, abgedruckt bei Ossenbuhl/Richardi, S. 242.

in Nord-Württemberg § 116 AFG dahin interpretiert, daß diese beiden Ausnahmetatbestände sehr restriktiv anzuwenden seien, um der BA keinen eigenen Entscheidungsspielraum und damit Interventionsmöglichkeiten in den Arbeitskampf zu geben<sup>5</sup>. Schon vor Erlaß dieses Urteils konkretisierte die BA in der Neutralitätsanordnung von 1973 § 116 AFG dahin, daß Leistungen nur dann ausgeschlossen sind, wenn die Arbeitnehmer im fachlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages, also derselben Branche, beschäftigt sind und für sie gleiche Forderungen erhoben und gleiche Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden sollen; sie griff also nur den »Partizipationstatbestand« auf (§ 4 NeutrAO).

Auf der Basis dieser Normen und ihrer Interpretationen gewährte die BA, die dies noch 1971 verweigert hatte, 1973, 1977/78, 78/79 und 1984 in wachsendem Maße Leistungen an mittelbar betroffene Arbeitnehmer.<sup>6</sup> Vor allem während und nach dem harten Arbeitskampf um die Durchsetzung der 35-Stunden-Woche in der Metallindustrie 1984 wurde die Auseinandersetzung um die Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit heftig geführt. Ein Erlaß des Präsidenten der BA, der Leistungen untersagte, wurde von den Sozialgerichten Bremen und Frankfurt aufgehoben mit der Begründung, daß im Verhältnis zum umkämpften Gebiet Nord-Württemberg/Nord-Baden die Forderungsgleichheit und Übernahmewahrscheinlichkeit in den anderen Tarifbezirken nicht vorliege. Das BSG hat diese Entscheidungen in der Begründung wie im Ergebnis bestätigt.<sup>7</sup> In der folgenden juristischen Auseinandersetzung wurde mit einem für findige Juristen erstaunlichen time-lag von zehn Jahren nunmehr die Verfassungs- und Gesetzeswidrigkeit der Neutralitätsanordnung von 1973 und des BSG-Urteils von 1975 vorgetragen und eine engere Fassung der Leistungsvoraussetzungen gefordert.

Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen von 1986 löste dies mit einer Neufassung des § 116 AFG ein. Die Befürworter der Neufassung hatten gerade dem BSG und der Neutralitätsanordnung vorgeworfen, sie würden den »Beeinflussungstatbestand« des § 116 Abs. 3 Nr. 2 AFG vernachlässigen, obwohl dieser Tatbestand zum Schutz der Parität der Tarifverhandlung erforderlich sei, um ein Übergewicht der Gewerkschaften bei einem Schwerpunktstreik zu vermeiden. Die Neuregelung des § 116 AFG gab jedoch den »Beeinflussungstatbestand« ganz auf und stellte allein auf den »Partizipationstatbestand« ab, den sie gegenüber der Neutralitätsanordnung konkretisierte und erweiterte. Nur die »Hauptforderungen« müssen nunmehr gleich sein, »ohne übereinstimmen zu müssen« und das Ergebnis muß (nur) »aller Wahrscheinlichkeit nach« übernommen werden. Beide Kriterien stellt ein Neutralitätsausschuß zentral fest, gegen dessen Entscheidung nur Klage vor dem BSG möglich ist.

Anhand der zahlreichen Publikationen der letzten Jahre<sup>8</sup> soll die vor allem verfassungsrechtliche, aber auch sozial- und arbeitsrechtliche Auseinandersetzung um diese zweite Frage im folgenden analysiert werden.

## 2. Der wesentliche Inhalt der verfassungsrechtlichen Kontroverse

Die parlamentarische Auseinandersetzung um das »Neutralitätsgesetz« wurde sehr heftig geführt, da die Gegner des Gesetzes hierin eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitskampfsituation für die Gewerkschaften sahen. Über einen Normenkon-

<sup>5</sup> BSG vom 9. 9. 1975 SozR 4100 § 116 AFG Nr. 1.

<sup>6</sup> Hierzu Seiter, (Fn. 1), 1985, S. 7.

<sup>7</sup> BSG vom 5. 6. 1991 SozR 3-4100 § 116 Nr. 1 m.w.N. zu den Vorinstanzen.

<sup>8</sup> S. Fn. 1 und auch Fn. 9.

trollantrag der Landesregierung NRW<sup>9</sup> ist der Verfassungsrechtsstreit seit 1986 vor dem Bundesverfassungsgericht anhängig, ohne bisher entschieden worden zu sein.

Damit reiht sich dieser verfassungsrechtliche Streit in eine lange Reihe von verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen ein, die um fast alle grundlegenden Gesetzesvorhaben und Gerichtsurteile im kollektiven Arbeitsrecht der letzten zwanzig Jahre geführt wurden: um das Betriebsverfassungsgesetz 1972, das Mitbestimmungsgesetz 1976, die Zulässigkeit eines Aussperrungsverbots und der restriktiven Aussperrungsrechtsprechung des BAG von 1980 und die Urteile des BAG und Bundesverwaltungsgerichts zur Streikarbeit von Beamten. Und schon bei der Umsetzung des § 116 AFG 1969 in die Neutralitätsanordnung zu Beginn der 70er Jahre wurde heftig um jenes Problem gestritten, das später im Zentrum des Urteils des BSG von 1975 stand: Welchen Spielraum hat die BA bei der Umsetzung des § 116 AFG, ist sie aus rechtsstaatlichen Gründen auf eine restriktive Handhabung der Leistungsausschlüsse festgelegt. Eine restriktive Interpretation sollte auch von Art. 69i des Übereinkommens Nr. 102 der ILO geboten sein.<sup>10</sup>

In allen diesen Auseinandersetzungen ging und geht es im wesentlichen um die Frage nach dem verfassungsrechtlich zulässigen Spielraum von Rechtsprechung und Gesetzgebung bei der Entwicklung der Grundsätze des kollektiven Arbeitsrechts.

(1) *Ossenbühl/Richardi* und *Seiter* bejahen die Verfassungsmäßigkeit des Neutralitätsgesetzes. Sie sehen keinen Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften, da das Gesetz auf der Basis plausibler Wertungen und Prognosen die verfassungsrechtlich gem. Art. 9 Abs. 3 GG gebotene Neutralität des Staates im Arbeitskampf zu wahren suche und auch der Gesetzgeber bei der Gewährung von Leistungen eher an eine »passive Neutralität« gebunden sei, d. h. Leistungen an Streikende bzw. von einem Arbeitskampf Betroffene nicht erbringen dürfe. Einen Verstoß gegen Art. 14 GG, den Entzug der eigentumsrechtlich geschützten Ansprüche auf Arbeitslosengeld und Kurzarbeitergeld, verneinen sie. Denn einmal sei es schon zweifelhaft, ob das Kurzarbeitergeld durch Art. 14 GG geschützt sei. Zudem bringe das Neutralitätsgesetz keine gravierende Verschlechterung, da die Rechtslage 1984 alles andere als klar gewesen sei in der Bejahung von Leistungsansprüchen an mittelbar betroffene Arbeitnehmer. Ihrer Auffassung nach waren die Rechtsprechung des BSG wie auch die Neutralitätsanordnung gesetzes- und verfassungswidrig, da beide den Rahmen des § 116 Abs. 3 AFG 1969, insbesondere den »Beeinflussungstatbestand« nicht genügend berücksichtigt hätten. Das Neutralitätsgesetz nehme schließlich eine sozialversicherungskonforme Eingrenzung der Risikotragung der Arbeitslosenversicherung vor, die auch den Anforderungen des Neutralitätsprinzips gerecht werde. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Gleichstellung von mittelbar betroffenen Arbeitnehmern mit solchen, die direkt im Arbeitskampf bzw. im räumlichen und fachlichen Bereich des umkämpften Tarifvertrags stehen, sei dadurch gerechtfertigt, daß nur jene mittelbar betroffenen Arbeitnehmer gleichgestellt würden, die auch am Ergebnis des Arbeitskampfes partizipieren könnten.

(2) Die Arbeit von *Benda* argumentiert genau entgegengesetzt. Die Änderung wird für gravierend gehalten, da in allen Fällen, in denen die BA bis 1986 Leistungen an mittelbar kampfbetroffene Arbeitnehmer erbracht hätte, nach dem neuen Recht Lei-

<sup>9</sup> Hierzu liegt auch eine umfangreiche Antragsschrift von Sacker und Schuppert vor, die die Verfassungswidrigkeit des neuen § 116 AFG begründet.

<sup>10</sup> Dazu F. J. Sacker (Fn. 2); Schwerdtfeger, Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf, 1974; K. Kreuzer, Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, 1975, alle m.w.N. zur zahlreichen Aufsatzliteratur.

stungen zu versagen waren. Da die frühere Rechtslage klar und präzise war, würden den Arbeitnehmern eigentumsrechtlich geschützte Sozialversicherungsansprüche genommen. Die an sich gem. Art. 14 Abs. 1 GG mögliche Aus- und Neugestaltung des Eigentums scheiterte daran, daß der Gesetzgeber keine wesentlichen, plausiblen Gründe für die Gesetzesänderung vorweisen könne, denn die Verhandlungspartität der Arbeitskämpfparteien sei nicht gefährdet gewesen, vielmehr werde sie jetzt in einer Art. 9 Abs. 3 GG verletzenden Weise zu Lasten der Gewerkschaften und des sozialen Schutzes bedürftigen einzelnen Arbeitnehmer geändert. Zudem dürften sozialrechtliche Positionen nicht aus arbeitskampfrechtlichen Gründen zweckfremd entzogen werden. Schließlich sei die Neuregelung, da sie gar nicht mehr auf den »Beeinflussungstatbestand« abstelle, weder geeignet noch erforderlich, um arbeitskampfrechtliche Ziele und Paritätsgesichtspunkte zu erreichen.

(3) *Schwerdtfeger* beschränkt sich darauf, den Verstoß der Neuregelung gegen das Rechtsstaatsprinzip zu untersuchen. Den Anforderungen an die Bestimmtheit eines Gesetzes sei nicht Genüge getan, weil dort, wo – wie bei der Definition der Gleichheit der Forderung – eine genauere gesetzliche Bestimmung möglich gewesen wäre, sie nicht erfolgte. Nunmehr habe ein Streik für die Gewerkschaften und ihre Mitglieder nicht mehr vorhersehbare Folgen, da die engen Produktionsverflechtungen von ihnen nicht kontrollierbar seien und die Arbeitgeber weitgehend beliebig die Produktion stilllegen oder gar selbst zu Schwerpunkt-Aussperrungen übergehen könnten. Dies verletze die Streikfreiheit der Gewerkschaften erheblich. Zudem sei der Neutralitätsausschuß mit Mitgliedern besetzt, die befangen seien und fehle es an einem rechtsstaatlich gebotenen Klagerecht der kämpfenden Arbeitgeberverbände gegen die Entscheidungen des Ausschusses.

(4) *Mückenberger* konzentriert sich darauf zu begründen, daß bei aller Freiheit des Gesetzgebers zur Ausgestaltung des Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeldes wie auch des Arbeitskampfrechts die Änderungen verfassungsrechtlich unzulässig seien. Er stellt dabei nicht so sehr auf eine Verletzung der Art. 14 und Art. 9 Abs. 3 GG ab, sondern sieht in der Rechtslage, durch die das Arbeitskampfrisiko arbeits- und sozialrechtlich vor 1986 verteilt worden war, eine grundrechtlich gebotene Ausgestaltung und Abstimmung der miteinander kollidierenden Grundrechte der Arbeitnehmer auf Berufsfreiheit und existentielle Absicherung einerseits und der Berufsfreiheit der Arbeitgeber andererseits (»Reproduktionsarrangement«). Ähnlich wie *Benda* sieht er keinen hinreichend triftigen Grund, der die Änderung dieses verfassungsrechtlich gebotenen »Reproduktionsarrangements« legitimieren könnte.

(5) *Beuthin und Baumann* nehmen die Kontroverse zum Anlaß, alternative Regelungsmöglichkeiten zu entwickeln. *Beuthin* will mittelbar betroffenen Arbeitnehmern noch über die Arbeitskampfrisikorechtsprechung des BAG hinaus bei Arbeitsausfall aufgrund eines Arbeitskampfes grundsätzlich keinen Lohnanspruch geben, was aus dem hier allein einschlägigen § 323 BGB folge (Seite 5–42). Bei einer Zivil-, Arbeits-, Arbeitskampf- und Sozialrecht integrierenden Betrachtungsweise folge dies auch aus den hier anwendbaren arbeitslosenversicherungsrechtlichen Normen (§ 63, 100ff. AFG), da sie voraussetzten, daß ein Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber entfalle. Arbeitslosenversicherungsrechtliche Ansprüche zu gewähren, sei im »Tarifnutznießerbereich« nicht, wohl aber im »tariffernen« Bereich gerechtfertigt. *Baumann* nimmt die vielen Widersprüche und Unklarheiten der Neuregelung zum Anlaß, ein völlig neues Konzept der sozialversicherungsrechtlichen Absicherung mittelbarer Kampffolgen vorzuschlagen. Das Risiko, Leistungen an mittelbar arbeitskampfbetroffene Arbeitnehmer zu erbringen, sollte bei der Bundesanstalt für Arbeit getrennt von den anderen Aufgaben finanziert und organisatorisch abgewickelt werden, wobei die Leistungen auch nach der Nähe zum Arbeitskampf

und seinem Ergebnis abgestuft werden könnten. Damit wird das »Alles-oder-Nichts« Prinzip des Ruhenstatbestandes in § 116 AFG in flexibler Weise umgeformt.

### 3. Zum Stil (verfassungs-)rechtlicher Auseinandersetzungen im Arbeitsrecht

Jeder größere »Juristenstreit« kennt seine juristisch-rhetorischen Kniffe und Eitelkeiten und leider oft auch den schludrigen Umgang mit der Empirie und ihrer sozialwissenschaftlichen Interpretation. Man könnte dies vernachlässigen, würde es nicht zentrale Wertungen verdecken.

(1) Einmal werden die sozio-ökonomischen Hintergründe der Arbeitskämpfentwicklung in den hier zu besprechenden Arbeiten kaum oder nur sehr oberflächlich analysiert. Allein *Mückenberger* (S. 71 ff.) macht sich die Mühe, die ökonomischen, vor allem produktionstechnischen Veränderungen einer zunehmenden Produktionsverflechtung zwischen den Unternehmungen und Betrieben (z. B. »lean production«) intensiver herauszuarbeiten und auch ihre sozialwissenschaftliche und rechtliche Bewertung offenzulegen. Nach seiner Ansicht sind die mittelbaren Beeinträchtigungen nicht-streikender Betriebe und Arbeitnehmer externe Folgen dieser Rationalisierungsstrategien der Unternehmer, weshalb es ökonomisch wie auch rechtlich gerechtfertigt sei, die daraus erwachsenden Vorteile und Risiken auch den Verursachern, den »Herren« der Rationalisierungsentscheidungen, anzulasten. *Mückenberger* (S. 186 ff.) ist auch der einzige, der einmal genauer ausrechnet, daß die »Lohnersatzleistungen« Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld der BA den Lohnausfall der Arbeitnehmer nur ca. zur Hälfte ausgleichen, so daß auch unter dem Aspekt des Kampfgleichgewichts bei den Arbeitnehmern noch erhebliche Belastungen verbleiben.

(2) Es gehört wohl immer noch zum schlechten juristischen »Handwerkszeug«, jede schlichte Meinung oder Gesetzesinterpretation zu einer »Theorie« hochzustilisieren. So erhebt *Seiter* (S. 15–27) eine Mischung von tatsächlichen und rechtlichen Aussagen darüber, daß die mittelbare Auswirkung eines Arbeitskampfes auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber dazu führe, daß die Betroffenen Druck auf ihre jeweilige Koalition ausüben würden und dieser »Binnendruck« die Parität der Verhandlungssituation verändern könne, in den gelehrten Adelsstand einer »Binnendrucktheorie« bzw. »Theorie vom Binnendruck«, der natürlich auch in der Wirklichkeit ein »Binnendruck-System« entsprechen muß.<sup>11</sup> Man könnte das alles unter der Rubrik »schlechter wissenschaftlicher Sprachgebrauch« abbuchen, würde mit der Vokabel »Theorie« nicht vorgetäuscht, bei den Argumenten handele es sich um eine konsistente Ableitung von Aussagen aus Prinzipien oder aus Gemeinsamkeiten einzelner Rechtssätze in Verbindung mit einer empirisch verifizierten allgemeinen Aussage über die (Rechts-)Wirklichkeit. An beidem aber fehlt es gerade.

(3) Und *Seiter* gibt auch ein trauriges Beispiel für die im Arbeitsrecht zum Teil übliche Unsachlichkeit und Voreingenommenheit in wissenschaftlichen Auseinandersetzungen. Er steht aber insoweit in dieser Kontroverse allein. Dabei ist das Opfer kein »linker Arbeitsrechtler«, sondern gar das BSG. Der Rechtsprechung des BSG von 1975 wirft *Seiter* vor, »das BSG hat vom Ergebnis her gesehen« (also nicht in seiner Begründung, die doch allein für einen Wissenschaftler zählen dürfte) »Rechtspolitik betrieben und das durchgesetzt, was im Gesetzgebungsverfahren nicht erreichbar war« (S. 64), es sei »ex cathedra« mit »Unfehlbarkeitsanspruch« judiziert

<sup>11</sup> Zu diesen Konstruktionen ausführlich und kritisch *Mückenberger*, S. 181 ff.

worden (S. 65). Daß das Urteil zu seiner Zeit weitgehend auf (z. T.) kritische Zustimmung von sehr unterschiedlichen Autoren stieß<sup>12</sup>, wird damit abgetan, daß das »Ausmaß der Entfernung des Bundessozialgerichts vom Gesetz« erst bei »längerem Studium der Entscheidung« nachvollziehbar gewesen sei, »zumal das Gericht auf die übliche Hilfestellung durch eine äußere Gliederung verzichtete«. Außerdem sei »das Auslegungsergebnis des Gerichts vielen Autoren« (welchen wohl?) »sozialpolitisch entgegengekommen«. – Die Betroffenen werden sich für diese Nachhilfestunden bedanken.

(4) Während die Auseinandersetzung der 70er Jahre um § 116 AFG noch weitgehend von der Relevanz des ILO-Abkommens 102 geprägt war, spielt dies nunmehr, ganz im Gegensatz zur Auseinandersetzung in der Anhörung zum Gesetzesentwurf, keine Rolle mehr.<sup>13</sup> Mit beachtlichen Argumenten läßt sich vertreten, aus Art. 69i des ILO-Abkommens Nr. 102 folge, daß der Kreis der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer, die von Lohnersatzleistungen ausgeschlossen werden, eng zu ziehen sei.<sup>14</sup> Allerdings mag die geringe Relevanz des internationalen Arbeitsrechts in dieser Auseinandersetzung auch eine Resignation widerspiegeln, nach dem z. B. die Kritik internationaler Institutionen, die Bundesrepublik verletze in der Praxis des Radikalerlasses oder des Beamtenstreiks internationale Abkommen<sup>15</sup>, weitgehend ohne rechtliche Auswirkungen geblieben ist.

#### 4. Verfassungsrechtliche Hauptprobleme der Kontroverse

Im Zentrum der Auseinandersetzung stehen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine gesetzgeberische Regelung, die, das dürfte insoweit wohl nicht umstritten sein,

- von der Berechtigung zu Lohnersatzleistungen eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern ausschließt, die »an sich« anspruchsberechtigt wären;
- in einem Einzelfeld gesetzliche Regelungen zum Arbeitskampfrecht und damit zum Kernbereich gewerkschaftlicher Betätigungen trifft, während dies Gebiet ansonsten nur vom Richterrecht geregelt worden ist.

##### 4.1. Schutz bestehender Arbeitslosenversicherungsansprüche gem. Art. 14 GG

Gilt es gegenüber einer gesetzlichen Neuregelung Bestehendes zu verteidigen, so bietet sich vor allem der »Bestandsschutz« erworbener gesetzlicher Rechte durch Art. 14 GG an. Zu Recht hat *Benda* hier an die mittlerweile etablierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angeknüpft, daß durch Beiträge finanzierte Leistungen der Sozialversicherung den Schutz der Eigentumsgarantie genießen, wenn sie auf eigenen Leistungen beruhen, der »privaten Verfügung« der Berechtigten

<sup>12</sup> M. Löwisch, Besprechung in SAE 1976, S. 246 ff.; H. Bogs, Sozialstaatliche Sicherheit bei Fernwirkungen eines Arbeitskampfes, Sozialgerichtsbarkeit 1976, S. 349 ff.; F. Jülicher, Fragen zur Gewährung von Kurzarbeitergeld an mittelbar von Arbeitskämpfen betroffene Arbeitnehmer, RdA 1979, S. 340 ff.

<sup>13</sup> Ausnahme: Seiter, (Fn. 2), S. 122 ff. und die dort zitierten Meinungen aus der Anhörung; ansonsten: M. Heintzen/S. Eilers, Die Volkerrechtskonformität der geplanten Änderung des Neutralitätsparagrafen des Arbeitsförderungsgesetzes – Art. 69 lit. i. des ILO-Übereinkommens Nr. 102 und die spätere Praxis, DB 1986, S. 271 ff.; M. Heintzen, Die Neuregelung des § 116 AFG und das internationale Recht, DB 1987, S. 482 ff.

<sup>14</sup> Vgl. zur Kontroverse Seiter ebd.; Säcker (Fn. 2), s. 43 ff.; N. Möller-Lücking, Arbeitskampf und Arbeitslosengeld, AuR 1973, S. 295 ff.

<sup>15</sup> K. Lörcher, Die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarates – Ihre Bedeutung für das Arbeitsrecht der Bundesrepublik, AuR 1991, S. 97 ff.; Ders., IAO-Entscheidungen zum Beamtenstreikrecht, Der Personalrat 1991, S. 155; Ders., Beamtenrecht auf dem Prüfstand des Internationalen Arbeitsrechts, Der Personalrat 1988, S. 5 ff.

unterliegen und der Existenzsicherung dienen. Damit gelten die allgemeinen Schranken für gesetzgeberische Eingriffe in den Grundrechtsbereich, vor allem in das Eigentum, d. h. die Eingriffe müssen durch Gründe des Gemeinwohls legitimiert und verhältnismäßig (geeignet und erforderlich) sein. An beidem habe es bei der Neuregelung gefehlt.

Eine solche Argumentation stößt auf mehrere Probleme. Auch wenn die Leistungen der Arbeitslosenversicherung nur wenig »Vorleistungen« an Beiträgen erfordern, hat das Bundesverfassungsgericht das Arbeitslosengeld in den Schutzbereich des Art. 14 GG einbezogen.<sup>16</sup> Problematischer ist es dagegen, daß über Eigentum nur das »Erworbene«, d. h. schon begründete Ansprüche Schutz genießen. Zumindest für neu in das System eintretende Arbeitnehmer können deshalb mit der Neuregelung des § 116 AFG Ansprüche nicht mehr bzw. nur noch eingeschränkt begründet werden. *Benda* (S. 117) will dies über eine Gleichbehandlung der Neueintretenden gegenüber den Alteingesessenen vermeiden, obwohl die zeitlich unterschiedliche Zugehörigkeit zu einem System als Differenzierungskriterium für Änderungen von Sozialleistungen ausreichen dürfte und ja der Hintergrund für ein hyperkomplexes »Übergangsrecht« ist.<sup>17</sup> Vor allem aber ist die gesetzgeberische Ausgestaltung des sozialversicherungsrechtlichen Eigentums vom Bundesverfassungsgericht in sehr weitgehendem Maße zugelassen worden – keine der radikalen Kürzungen und Umstrukturierungen der letzten zwanzig Jahre sind inhaltlich an Art. 14 GG gescheitert. Selbst die Verdoppelung der Anwartschaftzeiten für den Arbeitslosengeldanspruch wurde mit der prekären finanziellen Situation der Arbeitslosenversicherung gerechtfertigt; nur bereits entstandene Anwartschaften durften nicht rückwirkend genommen werden.<sup>18</sup>

Seinen Grund hat dies in der besonderen Struktur des sozialversicherungsrechtlichen Eigentums, auf die schon sehr früh in der Kontroverse hingewiesen worden ist.<sup>19</sup> Erwerb und Bestand dieses Eigentums ist gesellschaftlich-staatlich vermittelt und organisiert, beruht auf einem Pflichtversicherungssystem und muß ständig veränderten gesellschaftlichen Risikolagen und der gesamtgesellschaftlichen Leistungsfähigkeit angepaßt werden. Der Regelungsbedarf zur Ausgestaltung dieses Eigentums ist deshalb hoch, dem Gesetzgeber sind zwangsläufig erhebliche Spielräume zuzuerkennen. Nicht von ungefähr fürchten deshalb Vertreter eines strikt »liberalen« Eigentumsverständnisses, daß über die Einbeziehung der Sozialversicherungsansprüche in den Grundrechtsschutz nach Art. 14 GG der Eigentumsschutz des Grundgesetzes »verwässert« wird, das »nun über weiter sich verschärfende Sozialbindungsformeln das meiste wieder genommen werden muß, was gegeben wurde – und werden sich solche Relativierungen auf den Sozialversicherungsbereich beschränken?«<sup>20</sup>

#### 4.2. *Das frühere Recht als verfassungsrechtlich geschützte Konkretisierung des Art. 12 GG*

Der Bestandsschutz von Sozialversicherungsleistungen über Art. 14 GG gewährleistet nur das durch eigene Leistung Erworbene und zwar nach Ansicht vieler Autoren zwingend auch unterschiedlich je nach der vorherigen Beitragsleistung und Lohn-

<sup>16</sup> BVerfGE 2, 9; 74, 9; 74, 203; 76, 220.

<sup>17</sup> Als Anschauungsmaterial: §§ 241a–249g AFG – ein Musterfall rechtsstaatlich transparenter Gesetzgebung.

<sup>18</sup> BVerfG 72, 9 ff.

<sup>19</sup> S. Leibfried, *Das neue Eigentum*, Zeitschrift für Sozialreform 1975, S. 257 ff.

<sup>20</sup> W. Leisner, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts VI*, § 149 Rz. 123.

höhe<sup>21</sup>. Geht man dagegen wie *Mückenberger* von Art. 12 GG aus, so steht im Mittelpunkt die allen abhängig Beschäftigten zustehende (»egalitäre«) berufliche Entfaltungsfreiheit und die existentielle Angewiesenheit der Beschäftigten auf Arbeit und Arbeitsentgelt.

*Mückenberger* kann auch dadurch das frühere Recht vor Eingriffen des Gesetzgebers schützen, daß er es insgesamt, als ein Zusammenspiel (»Reproduktionsarrangement«) arbeits-, arbeitskampf- und sozialrechtlicher Normen und Gerichtsentscheidungen, für eine verfassungsrechtlich gebotene und geschützte Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtspositionen ansieht. Damit geht er methodisch und grundrechtsdogmatisch auf drei Probleme ein.

Einmal ist Arbeits- und Arbeitskampfrecht nicht nur schlicht Eingriff vor allem in Grundrechte der Arbeitgeber, sondern hat zur Aufgabe, zwischen Grundrechten der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber zu vermitteln und sie einander zuzuordnen. Dabei muß es die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer zum Ausgangspunkt nehmen. Im Sozialstaat sind staatlicher »Eingriff« (in die Freiheit des Unternehmers) und die Gewährleistung individueller Freiheit (für die Arbeitnehmer) keine Gegensätze, sondern ergänzen und bedingen sich. Dies stimmt auch mit der neueren, vom Bundesverfassungsgericht schon im Mitbestimmungsurteil<sup>22</sup>, dann in den arbeitsrechtlichen Entscheidungen zur Karenzentschädigung und zur Aussperrung<sup>23</sup> entwickelten Ansicht überein, wonach das Arbeits- und Arbeitskampfrecht zwischen Grundrechten der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber vermitteln und dabei die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer zum Ausgangspunkt nehmen muß.

Zum anderen kann aus Art. 12 GG auch begründet werden, daß im Konflikt zwischen Grundrechtspositionen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Arbeitnehmerseite Vorrang gebührt, da es um ihre personelle Freiheit geht. Ihnen werden mit Lohnersatzleistungen Existenzmittel genommen, während es bei den Arbeitgebern meist um die Gewinnaussichten einer anonymen Großorganisation geht.

Drittens kann jeder Eingriff in das bestehende Schutzrecht auf diese Weise als ein Eingriff in das Grundrecht selbst angesehen werden, da das Schutzrecht grundrechtliche Verfassungsaufträge erfüllt und grundrechtlichen Schutz verwirklicht. Ein solcher Ansatz läßt sich auch mit dem traditionellen Verständnis von Grundrechten als »Abwehrrechte« gegen staatliche Eingriffe vereinbaren, wenn man die vor Eingriffen geschützte Freiheit des Bürgers nicht als »vorstaatlich«-gesellschaftlich, sondern als durch den Staat mitkonstituiert und ausgestaltet sieht. Damit läßt sich über einen »Normbestandsschutz« und »Normanwendungsschutz«<sup>24</sup> einfaches Recht in den Schutzbereich von Grundrechten einbeziehen.

Dieser Ansatz stößt auf Bedenken aus der Grundrechtssystematik und dem Demokratieprinzip. *Mückenberger* kennzeichnet den Wandel im Konzept des § 116 AFG zu Recht mehrfach als »Reprivatisierung« der vorher sozialversicherungsrechtlich gesicherten mittelbaren Auswirkungen von Arbeitskämpfen. Im Zentrum seines Ansatzes stehen aber ebenfalls individuelle Grundrechtspositionen der betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus Art. 12. Der Ausgleich dieser kollidierenden in-

21 F. Ruland, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 16. Juli 1985 zum Eigentumsschutz von Anrechten aus der gesetzlichen Rentenversicherung, Deutsche Rentenversicherung 1986, S. 13 ff., 18; M. Stolleis, Referat auf dem 55. Deutschen Juristentag 1984, S. N 41/2.

22 BVerfGE 50, 290, insbes. 349.

23 BVerfGE 81, 242, 244 und 84, 212, 226.

24 Intensiv begründet ist dieser Ansatz vor allem bei G. Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, 1988, S. 75–203. Vgl. auch den vorsichtigeren Ansatz bei B. Schlink, Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457 ff.

dividuellen Berufsfreiheiten durch Gesetzgebung und Rechtsprechung mag dann zwar ein »Arrangement« schaffen, das auch kollektivrechtliche Elemente enthält, seine Logik ist aber die des Ausgleichs je individueller Freiheiten. Hier wäre anders oder ergänzend zu gewichten: Grundrechtlicher Gegenpart zur Eigentums- und Berufsfreiheit der Unternehmer und mit ihr abzuwägen und einander zuzuordnen ist nicht nur die individuelle, sozialstaatlich interpretierte Berufsfreiheit der Arbeitnehmer, sondern vor allem auch die kollektive Koalitionsfreiheit und das kollektive Gestaltungsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG.

Zudem kann der grundrechtliche »Normbestandsschutz« oder Schutz rechtlicher »Arrangements« nicht zu einer völligen Verfestigung des Bestandes früherer rechtlicher Schutznormen führen, da dies die Regelungskompetenz des demokratischen Gesetzgebers für die Zukunft völlig beseitigen würde. Die Mehrheit eines neu gewählten Parlaments mag Schutzbedürftigkeit und Schutzinstrumentarium ganz anders einschätzen als die Vorgänger und angesichts geänderter Rahmenbedingungen ganz andere Prioritäten für notwendig halten. Aus dem grundrechtlichen Schutz unterverfassungsrechtlicher Rechtslagen folgt deshalb nur eine Argumentations- und Rechtfertigungslast des (neuen) Gesetzgebers<sup>25</sup>, will er altes Schutzrecht ändern. Zu Recht kann man mit *Mückenberger* dann, wenn es um die personale Freiheit der Arbeitnehmer und existentiell wichtige Leistungen an sie geht, hieran hohe Anforderungen stellen. Andererseits hängen Bedarf und Kompetenz zur (Neu-)Regelung auch vom Objekt der Neugestaltung ab.

Das »Reproduktionsarrangement« ist ein hoch komplexes Gefüge unterschiedlicher Regelungen des Arbeits-, Arbeitskampf- und Sozialrechts, dessen einzelne Elemente in vielen Aspekten äußerst umstritten geblieben sind. So hatte das Urteil des BSG von 1975, eines der wichtigsten Elemente des Reproduktionsarrangements, zahlreiche Mängel. Da die Klage gegen den angefochtenen Beschluß des Verwaltungsrats der BA schon aus formalen Gründen mangelnder Zuständigkeit des Verwaltungsrats aufgehoben werden mußte, waren die inhaltlichen Ausführungen zu § 116 AFG »obiter dicta«, die zudem auf die noch nicht anwendbare Neutralitätsanordnung keinen Bezug nahmen, allerdings deutlich im Widerspruch zu ihr standen. Zum »Reproduktionsarrangement« gehört weiterhin auch die Rechtsprechung des BAG zum Verlust des Lohnanspruchs mittelbar kampfbetroffener Arbeitnehmer unter dem Aspekt einer Nichtgefährdung der Arbeitskampfpfarrität (S. 173, 192), die zu Recht in der Literatur erheblich kritisiert worden ist<sup>26</sup>, nun aber – allerdings nur in Verbindung mit der Übernahme des Lohnrisikos durch die BA nach dem alten § 116 AFG – als Ergebnis einer gelungenen Abwägung verfassungsrechtlicher Positionen erscheint (S. 110 ff.). Schließlich ist die sozialrechtliche Lösung des »Reproduktionsarrangements« auch lückenhaft, werden Lohnersatzleistungen der BA doch nicht an Teilzeitbeschäftigte unter 18 Stunden/Woche gezahlt (§§ 169a, 102, 65 Abs. 1 Nr. 1 AFG). Daß ein in Teilaspekten sehr umstrittenes und zudem lückenhaftes »Reproduktionsarrangement« nicht auch in einem seiner – zugegebenermaßen sehr wichtigen – Einzelbausteine geändert werden kann, ist schwer zu begründen.

#### 4.3. Arbeitskampffreiheit und Neutralität des Staates

Klassischerweise wird das Problem der Gestaltungsbefugnis des Staates im Zusammenhang mit Leistungen der Arbeitslosenversicherung während eines Arbeits-

<sup>25</sup> Dazu Schlink, ebd.

<sup>26</sup> Mückenberger, (Fn. 1), S. 55 m.w.N. und N. Colneric, in: Däubler (Hg.), *Arbeitskampfrecht*, 2. Aufl. 1984, Rz. 600 ff.

kampfes wie auch bei der Regelung des Arbeitskampfrechts unter dem Stichwort »Neutralität des Staates im Arbeitskampf« abgehandelt. Als Freiheits- und Abwehrrecht gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG auch gesellschaftliche Autonomie gegenüber dem Staat. Unbestritten ist jedoch dabei nur, daß dies vor allem Schutz vor direkten Eingriffen des Staates in konkrete Arbeitskämpfe und die Korrektur konkreter Verhandlungsergebnisse bedeutet.<sup>27</sup> Darüber hinaus kann noch so aufwendige Rhetorik nicht verdecken, daß staatliche Regelungen traditionell durch prozedurale Rahmenregelungen (wie z. B. Mitbestimmungsrecht, Tarifvertragsrecht) wie auch substantielle einzelne Schutzgesetze, die von Tarifverträgen nicht unterschritten werden dürfen, weit in die Auseinandersetzung zwischen Kapital und Arbeit eingreifen. Zwischen einer »passiven« und »fördernden« Neutralität zu unterscheiden und »der passiven« Neutralität im Sozialleistungsbereich absoluten Vorrang zu geben, wird weder von *Ossenbühl/Richardi* noch von *Seiter* plausibel begründet.

Die notwendige Schrankenziehung bei Regelungen im Bereich der Tarifautonomie muß an jenem Sachverhalt ansetzen, den das Bundesverfassungsgericht zum Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Begründung des Arbeitskampfrechts gemacht hat<sup>28</sup> und der mit dem des BAG weitgehend übereinstimmt: Ohne großen Rekurs auf eine Parität der Tarifvertragsparteien und Neutralität des Staates geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, daß vor allem die Arbeitnehmer auf das kollektive Instrument des Streiks angewiesen sind, um ihren Interessen in den Arbeitsbeziehungen Geltung zu verschaffen. Da die zunehmende Produktionsverflechtung die Folgewirkungen von Streiks für nicht direkt betroffene Arbeitnehmer immer unübersehbarer machen und die Arbeitgeber über »Schwerpunktaussperrungen« zumindest potentiell diese Wirkungen als Arbeitskampfstrategie ebenfalls instrumentalisieren können, ist die Waffe des Streiks erheblich geschwächt, da seine Auswirkungen für die Gewerkschaften nicht mehr kalkulierbar sind.<sup>29</sup> Dies ist nicht nur unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten (so *Schwerdtfeger* S. 76 f.), sondern auch unter dem Aspekt der Gewährleistung der Koalitionsfreiheit sehr problematisch. Sollte § 116 Abs. 3 n. F. AFG irgendeinen Sinn haben, so war es der, die restriktive, auf Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit ausgehende Rechtsprechung des BSG zu revidieren.

Erhebt man dagegen das Prinzip der »Verhandlungsparität« zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften zum Verfassungsprinzip, wie es *Ossenbühl/Richardi* (S. 116 ff.) und *Seiter* (S. 31 ff.) tun, so gerät man in das Feld von juristischen Modellvorstellungen über Wirklichkeit und von unübersichtlichen, mit vielen (verdeckten) Wertungen behafteten Überlegungen zum Gleichgewicht und den Ursachen seiner Störung etc., auf deren Unhaltbarkeit einerseits *Mückenberger* (S. 181 f.) und andererseits *Beuthin* (S. 31 ff.) hinweisen, letzterer, um den vermeintlich »klarerer« Wertungsprinzipien des allgemeinen Vertragsrechts wieder Anerkennung zu verschaffen.

#### 4.4. Gleichheitswidrige Versagung allgemeiner Sozialversicherungsleistungen

Zumindest seit dem AFG von 1969 ist der Ausgangspunkt deutlich, auf dem *Benda*, *Mückenberger* und *Schwerdtfeger* beharren und der – zum Ärger der Gegenmeinung – auch vom BSG immer betont worden ist: Der Lohnverlust bei mittelbar vom

<sup>27</sup> Vgl. dazu sowie zur grundsätzlichen Kritik des »Paritätsmodells« Bieback, Paritätsprinzip und Aussperrung im Arbeitskampfrecht, WSI-Mitteilungen 1987, S. 197 ff.

<sup>28</sup> BVerfGE 84, 212, 229, 231; BAG 10. 6. 1980.

<sup>29</sup> Zu weiteren Aspekten dieses Problems vgl. Bieback/Zechlin (Hrsg.), Ende des Arbeitskampfes? Technikentwicklung und Streik, 1989.

Arbeitskampf betroffenen Arbeitnehmern fällt sowohl in das Risiko der Arbeitslosigkeit wie der Kurzarbeit. Nimmt man aber die Universalität und Gleichheit des sozialen Schutzes zum Ausgangspunkt, dann sind die Ausnahmen, die § 116 Abs. 3 AFG normiert, im Hinblick auf Art. 3 GG wie auch der sozialstaatlichen Schutzpflicht zu legitimieren. Dabei dürfte wesentlich sein, daß das Kurzarbeitergeld im großen Maße das Wirtschafts- und Betriebsrisiko des Arbeitgebers auffängt und seine nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen begründete Lohnzahlungspflicht über sozialversicherungsrechtliche Lösungen – mit erheblichen Lohneinbußen für die Arbeitnehmer – ablöst.<sup>30</sup> Es widerspricht aber dem Gebot der Gleichbehandlung, wenn ein spezielles Betriebs- und Wirtschaftsrisiko, das Arbeitskampfrisiko, hiervon ausgenommen wird, ohne daß dies nachweisbar von anderen sachlichen Gesichtspunkten oder gar Konstruktionen wie der Parität im Arbeitskampf zwingend gefordert ist.

#### 5. Zusammenfassung

Ohne hier eine eigene »Lösung« der verfassungsrechtlichen Kontroverse entwickeln zu können, bleibt als ein Fazit festzuhalten, daß plausible Ansätze wohl eher in den kollektiv strukturierten Rechtsgebieten der Koalitionsfreiheit und der Gleichheit im Sozialrecht zu suchen sein werden. Eine »Lösung« ganz anderer Art bringt aber das Verfahren selbst. Je länger die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf sich warten läßt, um so nachhaltiger müssen die Gewerkschaften auf Gedeih und Verderb die Praxis ihrer Tarifaueinandersetzungen unter dem neuen § 116 AFG einrichten. Und das mag dann das richterliche Vorverständnis beeinflussen, wonach alles so schlimm doch gar nicht gewesen sei, wenn man schon fast ein Jahrzehnt damit habe leben und zahlreiche Tarifaueinandersetzungen habe bestehen können. Auch an diesem Punkt zeigt sich wieder ein Strukturproblem des Arbeitsrechts, das wir vor allem vom Kündigungsschutzrecht her kennen. Da die Arbeitnehmer auf kollektive Gegenmacht und deren Anerkennung wie auch allgemein auf den Schutz durch das Recht angewiesen sind, hängen sie auch von der zügigen Durchsetzung dieses Rechts ab, müssen sie sich doch sonst der Macht der Verhältnisse beugen.

## Rainer Wolf Hermann Heller<sup>31</sup>

Am 5. November 1933 starb in Madrid ein Emigrant. Nach heute geltendem Recht wäre ihm das Asyl zu versagen gewesen, denn er kam aus Österreich und hatte sich vorher in England aufgehalten – zwei »sicheren Drittstaaten«. Ob entschieden worden wäre, er sei aufgrund des Verlusts seiner Frankfurter Professur politische Verfolgung bedroht gewesen, erscheint nach der Meßlatte des aktuellen Asylrechts so eindeutig nicht – immerhin hatte sich für seinen akademischen Mentor Karl Rad-

<sup>30</sup> Vgl. E. Eichenhofer, Die rechtliche Behandlung von Kurzarbeit – vom privat- zum sozialrechtlichen Lösungsansatz, RdA 1981, S. 208 ff.; K.-J. Bieback, in A. Gagel (Hg.), AFG, vor § 63, Rz. 131, 171.

<sup>31</sup> Zugleich eine Besprechung von Hermann Heller, Gesammelte Schriften, 3 Bände, 2. Aufl., hrsg. von Christoph Müller, Tübingen 1992 (J. C. B. Mohr), 298,- DM. Im folgenden wird aus den Arbeiten Hellers unter Verweis auf Band und Seitenzahl dieser Ausgabe zitiert.