

Auslegung nahegelegt wird, bei der das Licht des Grundrechts allenfalls noch dämmert.

Viele Fragen der Berufsverbote sind durch die Karlsruher Entscheidung alles andere als geklärt worden. Es wird auch wesentlich von dem weiteren Kampf gegen die Berufsverbote abhängen, wie weit der Spielraum der staatlichen Disziplinierung gesteckt wird. Hoffnungen, die vielleicht in das BVerfG gesetzt wurden (und noch immer gesetzt werden<sup>48</sup>) sind enttäuscht worden, denn nach der Rechtsprechung dieses hohen Gerichts hat Art. 1 III GG nunmehr wohl so zu lauten: »Die Grundrechte gelten als unmittelbar bindendes Recht, soweit nicht die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums und der Grundsatz der streitbaren Demokratie etwas anderes gebieten«.

Veronika Arendt-Rojahn/Michael Tschersch

## Die Politisierung des Arbeitskampfrechts

### *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur lösenden Aussperrung von Betriebsräten*

Von der publizistischen Öffentlichkeit, die in den beiden vergangenen Jahren sich ausführlich mit dem Aussperrungsrecht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) beschäftigt hat, nur flüchtig beachtet, verkündete das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im April<sup>1</sup> den Beschluß zur Verfassungsbeschwerde der Spielbank Bad Neuenahr gegen den Beschluß des Großen Senats des BAG von 1971<sup>2</sup>. Bei der Spielbank kam es 1966 nach Beendigung des Tarifvertrags mit der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen (HBV) zu einem gewerkschaftlichen Streik, da die Spielbank sich weigerte, weiterhin einen Tarifvertrag mit der HBV abzuschließen, vielmehr sich nur mit der Deutschen Angestelltengewerkschaft vertraglich binden wollte. Im Verlauf des Streiks sperrte der Arbeitgeber sämtliche Streikenden mit lösender Wirkung aus. Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>3</sup> war die lösende Aussperrung hinsichtlich sämtlicher Beschäftigten, gleichviel ob sie unter bestimmte Schutznormen (wie das BetrVG, MuSchG oder SchwebG) fielen oder überhaupt nicht am Streik beteiligt waren, zulässig. Die Klage einzelner nach der Aussperrung von 1966 nicht wieder Eingestellter führte in der Revisionsinstanz zum Vorlagebeschluß des 1. Senats des BAG an den Großen Senat zur Überprüfung seiner bisherigen Rechtsprechung zur lösenden Aussperrung<sup>4</sup>. Der Große Senat blieb zwar hinter den Vorstellungen des 1. Senats, der die lösende Aussperrung generell für unzulässig

<sup>48</sup> So beauftragte der Hauptausschuß der GEW seine Bundes-Rechtsschutzstelle, einen Fall vor das BVerfG zu bringen, der geeignet scheint, »eine Fortentwicklung der Rechtsprechung im Sinne der GEW-Forderung nach Abbau des Entscheidungsspielraums der Exekutive zu erreichen« (»Erziehung und Wissenschaft« Nr. 10/75). Nicht nur diese Fehleinschätzung der Tendenz des Urteils ist unverständlich, sondern auch, daß der GEW-Hauptausschuß es als Bestätigung wesentlicher gewerkschaftlicher Forderungen ansieht, daß »die Entscheidung der Behörde der »Willkürkontrolle« durch die Verwaltungsgenichte« unterliegt. Daß diese Willkürkontrolle eine entscheidende Beschränkung des Rechtsschutzes darstellt, ist offenbar nicht gesehen worden.

<sup>1</sup> BvR 418/71 = BB 75,515 = JZ 75, 321 = AuR 75, 249.

<sup>2</sup> BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf sowie die beiden Folgeurteile des 1. Senats BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, BAG AZR 275/68.

<sup>3</sup> BAG AP Nr. 1, zu Art. 9 GG Arbeitskampf sowie die Urteile AP Nr. 6, 10, 11, 24, 31 und 36 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>4</sup> BAG AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

hielt, zurück, revidierte aber dennoch partiell seine bisherige Rechtsprechung: Die lösende Aussperrung sollte nunmehr nur noch in (weit gefaßten) Ausnahmefällen, gegenüber gesetzlich besonders geschützten Gruppen von Arbeitnehmern (z. B. Betriebsräten) hingegen überhaupt nicht mehr zulässig sein (während die suspendierende Aussperrung unverändert anerkannt wurde<sup>5</sup>). Mit der Verfassungsbeschwerde wandte sich die Spielbank gegen diesen Beschluß und begehrte, festzustellen, daß diese Beschränkung der lösenden Aussperrung verfassungswidrig ist, genauer: daß auch Betriebsräte lösend ausgesperrt werden können.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsbeschwerde verworfen, »denn Grundrechte der Beschwerdeführerin werden durch die Verurteilung zur Beschäftigung und Entlohnung der Betriebsratsmitglieder nicht verletzt«.<sup>6</sup> Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin verstößt die Unzulässigkeit der lösenden Aussperrung von Betriebsräten dem BVerfG zufolge nicht gegen Art. 9 III GG, da die »Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts . . . der nach der historischen Entwicklung sowie der nach geltendem Recht herausgehobenen Stellung der Betriebsratsmitglieder Rechnung (trägt) und . . . die Fähigkeit des Arbeitgebers, einen wirkungsvollen Arbeitskampf zu führen, nicht in einem für die verfassungsrechtliche Beurteilung entscheidenden Ausmaß« beeinträchtigt<sup>7</sup>. Die in der Aussperrungsdebatte verheißt umstrittenen Fragen, ob Art. 9 III GG den Arbeitskampf im allgemeinen und die Aussperrung im besonderen garantiert, ob dem Grundgesetz etwas darüber entnommen werden kann, welche rechtlichen Auswirkungen eine Aussperrung auf das Arbeitsverhältnis hat und ob Art. 9 III GG eine Kampfmittelparität impliziert, klammert das BVerfG aus, auf ihre Entscheidung komme es zur Lösung des anstehenden Problems nicht an.<sup>8</sup>

Hat das BVerfG mit der Verwerfung der Verfassungsbeschwerde die BAG-Rechtsprechung von 1971 bestätigt, so mag man auf den ersten Blick daran nichts besonderes finden, außer der Tatsache natürlich, daß die den Betriebsräten insoweit wohlgesonnene Rechtsprechung ihre verfassungsrechtliche Legitimation gefunden hat. Vergegenwärtigt man sich jedoch den gewerkschaftspolitischen Kontext, auf den die Entscheidung trifft, sowie die in dem Verfahren zu Tage getretenen unterschiedlichen Unternehmerstrategien bezüglich der Rolle der Betriebsräte im Streik- und Aussperrungsfall, dann erhält der Beschluß eine folgenreichere Dimension. Beide Probleme sollen kurz skizziert werden.

Das deutsche Arbeitskampfrechtssystem ist seit der Errichtung des BAG (1954) durch eine Vielzahl an Restriktionen für eine interessenorientierte Gewerkschaftspolitik charakterisiert<sup>9</sup>, die freilich nur deshalb Geltung erlangen konnten, weil von Gewerkschaftsseite die Kritik an der Rechtsprechung bis zum Beginn der 70er Jahre weitgehend den Bereich der Veröffentlichung kritischer Stellungnahmen in Fachzeitschriften nicht überstieg<sup>10</sup>. Diese Situation veränderte sich erst in den letzten Jahren, als die Konzessionsspielräume des Kapitals schmaler, der Druck auf die Gewerkschaften zur Akzeptierung staatlicher Einkommenpolitik stärker und zu-

<sup>5</sup> AP Nr. 43 a. a. O.

<sup>6</sup> 1 BvR 418/71, S. 9.

<sup>7</sup> BVerfG BB 75, 515.

<sup>8</sup> BVerfG a. a. O.

<sup>9</sup> Vgl. dazu zusammenfassend Mückenberger/Welteke, Krisenzyklen, Einkommenspolitik und Arbeitsrechtsentwicklung in der BRD, KJ 75, 1 ff. (12 ff.).

<sup>10</sup> Vgl. beispielhaft Wolfgang Abendroth, Die Grenzen der Legalität des Streiks, GewMH 54, 634; Olaf Radke, Zur rechtlichen Problematik der Aussperrung und des Streiks, AuR 64, 67; Thilo Ramm, Das Recht des Arbeitskampfes nach der Rechtsprechung des BAG, JZ 61, 273; Wilhelm Reuss, Rechtsfolgen der Aussperrung, AuR 63, 225; ders., Nochmals: Rechtsfolgen der Aussperrung, AuR 64, 97; ders., Rechtswirkungen der Aussperrung 69, 129; ders., Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 71, 353; Richard Schmid, Bemerkungen zum Thema Aussperrung, GewMH 64, 326; ders., Aussperrung – Recht oder Unrecht? Schriftenreihe der IG Metall, Nr. 47, Frankfurt/M. 1972.

gleich die Hoffnungen der Gewerkschaften (angesichts einer sozialdemokratischen Regierung) auf die Durchsetzungsmöglichkeiten sozialpolitischer Forderungen größer wurden. Die Zunahme innerorganisatorischer Konflikte (in Gestalt von spontanen Streiks und einer – wenn auch weiterhin relativ einflußlosen – wachsenden linken Opposition)<sup>11</sup> als Folge einer zentralisierten Tarifpolitik, sowie die Hoffnung auf gesetzgeberische Zugeständnisse zur Vermeidung dieser Konflikte führte seit 1972 zu Beschlüssen von Gewerkschaftstagen, in denen ein Verbot der Aussperrung gefordert wurde<sup>12</sup>, und zum rechtspolitischen Kongreß der IG Metall (»Streik und Aussperrung«) im Herbst 1973<sup>13</sup>.

Daß die Gewerkschaften ihre Rechtskritik hauptsächlich gegen die Aussperrungsrechtsprechung des BAG richteten, liegt darin begründet, daß die in den Jahren 1963 und 1971 vom Unternehmerverband der Metallindustrie (Gesamtmetall) gegen Schwerpunkstreiks der IG Metall gerichteten großflächigen Aussperrungen der gewerkschaftlichen Streikstrategie die Spitze nahmen und wesentlich dazu beitrugen, die Gewerkschaften auf zentralisierte Tarifverhandlungen festzulegen.<sup>14</sup> Der Schwerpunkstreik ist heute für große Gewerkschaften mit weitflächigen Tarifgebieten die einzig wirkungsvolle Form des Arbeitskampfes, da er finanziell relativ billig ist, eine hohe Streikbeteiligung gewährleistet und eine ungleich größere Zahl von Unternehmen als die unmittelbar bestreikten trifft. Reagieren die Unternehmer gegen einen Schwerpunkstreik mit der großflächigen Aussperrung, so verlieren alle diese für die Gewerkschaften strategisch günstigen Momente an Wirkungskraft: sie müssen einer wesentlich größeren Zahl von Mitgliedern Streikunterstützung zahlen und riskieren durch die Erweiterung der Kampffront einen vorzeitigen Zusammenbruch des Streiks. Um eine drohende Schwächung ihrer Kampfkraft zu verhindern, sind die Gewerkschaften gezwungen, Verhandlungen mit den Unternehmern aufzunehmen, für die von Unternehmerseite Mitglieder ihrer Spitzenverbände, nicht regionale Unternehmervertreter, bereitgehalten werden. Denn die Unternehmer ihrerseits sind an zentralen Tarifverhandlungen interessiert, die es ihnen erlauben, den branchenspezifischen Grenzwert der Profitrate zur Grundlage von Verhandlungen zu machen. Die in der Regel wesentlich höheren Profitraten der produktivitätsstarken Großbetriebe, die zudem die in einem Tarifgebiet größten Beschäftigungsquoten haben, fallen damit aus der Verhandlungsrunde heraus. So gesehen hat die Aussperrungsstrategie der Unternehmer das doppelte Ziel verfolgt, die Wirksamkeit von Schwerpunkstreiks zu verhindern und die Gewerkschaften auf zentrale Tarifverhandlungsrunden einzuschwören, um die Profitraten der mächtigen Großunternehmen hochzuhalten. Da diese Strategie sich bruchlos in das Konzept

<sup>11</sup> Vgl. Bergmann, Jacobi, Müller-Jentsch, Gewerkschaften in der Bundesrepublik, Frankfurt am Main-Köln 1975 passim.

<sup>12</sup> Z. B. der Beschluß des 9. ordentlichen Bundeskongresses des DGB 1972, abgedruckt in: Blanke, Erd, Mückenberger, Stascheit, Kollektives Arbeitsrecht, Reinbek bei Hamburg 1975, Band 2, S. 280.

<sup>13</sup> Vgl. Erd, Streik und Aussperrung, KJ 73, 435.

<sup>14</sup> Für die Aussperrung 1963 vgl. Dietrich Hoß, Die Krise des »Institutionalisierten Klassenkampfes«, Frankfurt am Main-Köln 1974; Claus Noé, Gebändigter Klassenkampf, Berlin 1970; Bergmann u. a. a. O., S. 230 ff.;

für die Aussperrung von 1971 vgl. Bergmann u. a., a. a. O., S. 252 ff.; Walther Müller-Jentsch, Der Arbeitskampf in der Metallindustrie – Analyse der Tarifbewegung, GewMH 1972, 324.

Zum Problembereich zentralisierter Tarifverhandlungen vgl. darüber hinaus Lutz Unterseher, Kollektives Arbeitsrecht und Tarifsysteem, Diss. Frankfurt/M. 1975, S. 97 ff.; ders., Konrad Schacht, Das Tarifverhandlungssystem der Bundesrepublik, in: Meißner/Unterseher (Hg.), Verteilungskampf und Stabilitätspolitik, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972, S. 79 ff.; dies., Streiks und gewerkschaftliche Strategie in der Bundesrepublik, in: Dieter Schneider (Hg.), Zur Theorie und Praxis des Streiks, Frankfurt/M. 1972, S. 289 ff.; dies., Spontane Arbeitsniederlegungen – Krise des Tarifverhandlungssystems, GewMH 74, 143; Otto Jacobi, Gewerkschaftliche Tarifpolitik in der Bundesrepublik, Kursbuch 38, 1974, S. 43; Jörg Münstermann/Konrad Schacht/Lutz Unterseher, Handlungsfelder der Gewerkschaften, GewMH 75, 329.

staatlicher Einkommenspolitik einpaßt, konnten die Unternehmer in Aussperrungsfällen auch stets mit Vermittlungsversuchen des Staatsapparats für ihre Vorstellungen rechnen.<sup>14</sup>

In dem Maße, in dem die Gewerkschaften nun die Zulässigkeit der Aussperrung zum Thema öffentlicher, politischer Diskussion machten, verschoben sich die Schwerpunkte der Auseinandersetzung um die Aussperrung von primär juristisch-normativen Argumentationen hin zu tarifpolitischen. Die BAG-Rechtsprechung wurde damit weniger juristisch-immanenter<sup>15</sup> oder ideologiekritischer<sup>16</sup>, sondern gewerkschaftspolitisch-funktionaler Kritik unterzogen.<sup>17</sup> Dieser Zusammenhang ist gemeint, wenn im folgenden von einer Politisierung des Arbeitskampfrechtssystems gesprochen wird.<sup>18</sup>

Daß der IG Metall mit dem rechtspolitischen Kongreß von 1973 diese Politisierung gelungen ist, zeigen die Reaktionen in der Folgezeit. Obwohl der Vorsitzende der IG Metall, Eugen Loderer, vor Beginn der Konferenz ausdrücklich betonte, daß mit der Forderung nach dem Verbot der Aussperrung weder die Systemfrage gestellt sei, noch die IG Metall demonstrieren wolle, daß sie in Zukunft die Rechtsprechung des BAG nicht mehr anerkennt, es ihr vielmehr darum gehe, daß der Streik als »ein systemgerechtes Mittel im Verteilungskampf« zur optimalen Durchsetzung von Arbeitnehmerinteressen ohne die ihm durch die Aussperrung gesetzten Schranken anerkannt wird<sup>19</sup>, reagierten die Unternehmer und die konservative Presse zum Teil derart, als stünde mit dem Kongreß die Zukunft des westdeutschen Kapitalismus auf dem Spiel. Die konservative Presse sah bereits die Tarifautonomie bedroht, die IG Metall auf dem Weg zu einer Gewerkschaft, die den Sozialismus auf ihre Fahnen geschrieben hat, auf diesem Weg das BAG massiv beschimpft und einzuschüchtern versucht – und das alles als Ergebnis von Intellektuellen im Gewerk-

<sup>14</sup> Vgl. Hoß, a. a. O., Noé, a. a. O., Bergmann u. a., a. a. O.

<sup>15</sup> So hauptsächlich die in Fußn. 10 zitierten Arbeiten von Ramm und Reuss.

<sup>16</sup> Wie etwa die in Fußn. 10 zitierten Arbeiten von Abendroth, Radke und Schmid; vgl. auch Xenia Rajewsky, Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik, Frankfurt/M. 1970.

<sup>17</sup> Am präzisesten geschieht dies bei Reinhard Hoffmann, Der Grundsatz der Parität und die Zulässigkeit der Aussperrung, in: Michael Kittner (Hg.), Streik und Aussperrung, Frankfurt am Main und Köln 1974, S. 47 ff.

<sup>18</sup> Die Politisierung des Arbeitskampfrechts birgt die Möglichkeit zu folgenschweren Veränderungen im legalistischen Selbstverständnis der Gewerkschaften und damit im Verhältnis zu den Unternehmern und dem Staat in sich. Denn in dem Maße, in dem die Verrechtlichung der Beziehungen von Arbeit, Kapital und Staat zum Problem wird, d. h. nicht mehr generell von den Gewerkschaften anerkannt oder als restriktive Bedingung ihres Handlungsspielraums erkannt wird, verliert die Arbeitsrechtsprechung ihre entpolitisierende und legitimatorische Bedeutung. Konnten sich Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit bisher in der Regel allein dadurch Geltung verschaffen, daß sie in rechtlicher Form ergingen, so müssen sie sich nun – unterstellt man eine kritisch-funktionale Rezeption durch die Gewerkschaften auch für die Zukunft – auch inhaltlich legitimieren können. Das aber führt dazu, daß die Gewerkschaften die jeweiligen Entscheidungen an der Elle der Vereinbarkeit mit ihrer strategischen Konzeption messen, und die Kritik an der Rechtsprechung ein Element der Entschleierung der »Klassenjustiz« enthält. Damit gerät auch das rechtsförmig ausgestaltete Verhältnis zu den Unternehmern und zum Staat tendenziell ins Wanken. Wenn die Klassenfronten nicht mehr durch diese oder jene immanente Rechtsinterpretation gekennzeichnet sind, sondern sich entlang spezifischer tarif- oder sozialpolitischer Strategien offenbaren, dann besteht die Möglichkeit der unmittelbaren Konfrontation zwischen den gesellschaftlich antagonistischen Klassen und Institutionen. Die hier skizzierte Tendenz sollte freilich nicht zu übereilten Schlußfolgerungen Anlaß geben: Weder muß mit der Politisierung arbeitsrechtlicher Bereiche eine Radikalisierung gewerkschaftlicher Interessenvertretung verbunden sein (man vergleiche etwa die zur gleichen Zeit stattfindende – hauptsächlich krisenbedingte – Ausschußpraxis gegenüber Gewerkschaftskritikern, gleichviel ob der Bezugspunkt ihrer Kritik im Rahmen der Gewerkschaften oder außerhalb von ihnen liegt), noch bedeutet eine Radikalisierung der Gewerkschaften, daß diese sich zu autonomen Klassenorganisationen wandeln (das Verhalten der englischen Gewerkschaften in der Krise ist hierfür ein Beispiel). Ob die angedeutete Tendenz zur Realität wird, hängt von einer Vielzahl kaum prognostizierbarer Variablen (ökonomische Situation, Verhältnis zur Sozialdemokratie, Interessenartikulation der Mitgliedschaft etc.) ab. Wichtig scheint mir nur zu sein, diese – wie auch immer rudimentär ausgebildeten – Veränderungen bei der Kritik an den Gewerkschaften nicht zu übersehen.

<sup>19</sup> Interview mit der FR v. 8. 9. 1973.

schaftsvorstand, »die der realen Arbeitswelt fernstehen und von ungestillter Sehnsucht nach marxistischer Systemveränderung getrieben werden.«<sup>19</sup> Hielten auch die Arbeitgeberverbände mit solchen Schreckgespensten nicht hinter dem Berg (»tödliche Bedrohung der Tarifautonomie«<sup>20</sup>, »Änderung unserer Ordnung«<sup>21</sup>), so wurden doch in den Stellungnahmen auch genau die Probleme, welche für die Unternehmer ein Verbot der Aussperrung indiskutabel machen, benannt: »Im Grund ist die Abwehraussperrung nicht ein Gegenmittel gegen den gewerkschaftlichen Streik«, so heißt es in einer Erklärung von Gesamtmetall, »sondern gegen die gewerkschaftliche Taktik des Schwerpunktstreiks. Würde die Gewerkschaft nicht zu Teilstreiks greifen, sondern alle Firmen, von denen sie wirtschaftliche Zugeständnisse haben will, auf breiter Front im Flächenstreik angreifen, so würde sich die Frage einer Abwehraussperrung gar nicht stellen.«<sup>22</sup> Nur durch die Aussperrung »ist es den Unternehmern möglich, das Streikrisiko der Gewerkschaft so zu erhöhen, daß echte Verhandlungen überhaupt möglich sind. Das Gleichgewicht ist Voraussetzung, wenn die Arbeitgeber die ihnen in der Tarifautonomie zugewiesene Funktion erfüllen sollen, nämlich Tarifabschlüsse zu verhindern, die die Leistungsfähigkeit der Unternehmen sowie der Gesamtwirtschaft überfordern.«<sup>23</sup>

Bezeichnete Gesamtmetall die Funktion der (suspendierenden) Aussperrung präzise als Kampfmittel der Unternehmer gegen den gewerkschaftlichen Schwerpunktstreik und für eine Tarifpolitik, die auf der Ebene der Spitzenverbände sich an den gesamtgesellschaftlich durchschnittlichen Profitraten orientiert, so ist demgegenüber die Kritik des BAG an der IG Metall von vorindustrieller Naivität. BAG-Präsident Gerhard Müller verteidigte sich gegenüber der gewerkschaftlichen Kritik damit, daß das BAG aufgrund des Schweigens des Gesetzgebers hätte tätig werden müssen und das Arbeitskämpfrecht als eine Ordnung ausgestaltet habe, »in der bei der interessenmäßigen, legitimen Auseinandersetzung bestimmte Voraussetzungen, bestimmte Schranken beachtet werden müssen, wenn das Austragen von Interessengegensätzen nicht zum *Durcheinander schlechthin* (Hervorhebung von mir, R. E.) führen soll.«<sup>24</sup> Um das Rampenlicht öffentlicher Kritik wieder vom BAG zu wenden, appellierte er an den Gesetzgeber, endlich tätig zu werden, denn »mit diesem Richterrecht sind wir an die Grenze des für Richter Erträglichen angelangt.«<sup>25</sup>

Die Bundesregierung schließlich, unmittelbarer Adressat der gesetzlichen Verbotsforderung der IG Metall und zu dieser Zeit von den Gewerkschaften und Unternehmerverbänden wegen ihres Mitbestimmungs- und Berufsbildungsgesetzentwurfs heftig kritisiert, enthielt sich einer Stellungnahme, vergab aber stattdessen einen Gutachtenauftrag zur verfassungsrechtlichen Prüfung der umstrittenen Forderung<sup>26</sup> – ein Verfahren, welches darauf angelegt ist, Zeit zu gewinnen und die weitere Entwicklung zwischen den Gewerkschaften und Unternehmerverbänden abzuwarten.

<sup>19</sup> Bernd Rühlers, Über den Arbeitskampf zur Revolution, FAZ v. 30. 3. 1974; ähnlich Ernst Günter Vetter, Marxismus reinsten Geblüts, FAZ v. 18. 9. 1973. Eher gewerkschaftsfreundlich dagegen die SüddZ v. 17. 9. 1973 und die NZZ v. 29. 9. 1973.

<sup>20</sup> So die BDA, Münchner Merkur v. 14. 9. 1973.

<sup>21</sup> BDA, Handelsblatt v. 17. 9. 1973.

<sup>22</sup> Gesamtverband der metallindustriellen Arbeitgeberverbände e. V., Die Aussperrung – ein zulässiges Kampfmittel, Köln o. J. (1973), S. 15.

<sup>23</sup> Ders., a. a. O., S. 8.

<sup>24</sup> FR v. 28. 12. 1973.

<sup>25</sup> Handelsblatt v. 5. 4. 1974.

<sup>26</sup> Welt der Arbeit v. 22. 3. 1974. Das Gutachten wurde an einen liberalen Wirtschafts- und Zivilrechtler aus Gießen vergeben, der für die Bundesregierung bereits in der Mitbestimmungsdiskussion gutachterlich tätig war.

Die ASJ unterstützte die gewerkschaftliche Verbotsforderung, SüddZ v. 27. 9. 1973.

Daß das Verfassungsbeschwerdeverfahren der Spielbank Bad Neuenahr unter den Umständen der geschilderten Politisierung des Arbeitskampfrechtssystems<sup>17</sup> eine eminent politische Bedeutung erlangte, wird daraus ersichtlich, daß ein für die Beschwerdeführerin positiver Beschluß des BVerfG nicht nur einen Sieg für diese und eine Niederlage für Gewerkschaften und Betriebsräte bedeutet hätte, sondern darüber hinaus die gewerkschaftliche Aussperrungsverbotsforderung mit dem Stempel der Verfassungswidrigkeit versehen worden wäre. Die Zulässigkeit der lösenden Aussperrung von Betriebsräten hätte nämlich nur unter der Voraussetzung begründet werden können, daß die Aussperrung insgesamt für verfassungskonform erklärt worden wäre; und das wiederum hätte die Gewerkschaften in die prekäre Situation gebracht, ihre Forderung gegen den Spruch des BVerfG weiterzuverfolgen, damit die Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit zu problematisieren und von Unternehmerseite verfassungswidriger Tendenzen bezichtigt zu werden, oder aber von der Forderung abzurücken und damit in zukünftigen Streiks noch ungeschützter der Aussperrungspraxis der Unternehmer ausgeliefert zu sein. Nicht nur vor dieser Situation hat das BVerfG die Gewerkschaften bewahrt, indem es die Verfassungsbeschwerde verworfen und alle strittigen Fragen ausgeklammert hat, sondern es hat zugleich die weitere politische Auseinandersetzung zwischen Gewerkschaften, Unternehmern und BAG über die Zulässigkeit der Aussperrung offengehalten. Dieser Respekt vor der autonomen Auseinandersetzung um die Schranken der Tarifautonomie überrascht besonders deshalb, weil der mehrheitlich konservative 1. Senat des BVerfG in gesellschaftspolitisch kaum weniger brisanten Fragen wie der Mitbestimmung an Hochschulen<sup>18</sup> und der Zulässigkeit bestimmter Formen der Abtreibung<sup>19</sup> diese Zurückhaltung nicht geübt hat. Die unterschiedliche Entscheidungspraxis des 1. Senats macht deutlich, daß konservative Verfassungsrichter dort ihre Grenzen sehen und haben, wo mächtige gesellschaftliche Organisationen (wie die Gewerkschaften) die Adressaten einer restriktiven Rechtsprechung wären. Dieser Zusammenhang von gesellschaftlichen Machtpositionen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit sollte bei aller berechtigten Kritik am BVerfG nicht aus den Augen verloren werden, gerade wenn man die von der Rechtsprechung offengehaltenen Bereiche für eine interessenorientierte Gewerkschaftspolitik ausmachen will und dem Argument von einer *totalen* Repression des bürgerlichen Staats gegenüber fortschrittlicher Politik mißtraut.

Freilich fiel dem BVerfG die Entscheidung – und damit möchte ich zum zweiten Problem überleiten – nicht besonders schwer, da es sich der Unterstützung der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) sicher sein konnte. Diese ließ für das Verfahren von dem konservativen Arbeitsrechtler Wolfgang Zöllner ein Gutachten erstellen<sup>20</sup>, in dem auf die mit der Verfassungsbeschwerde thematisierten Probleme überhaupt nicht eingegangen, stattdessen ausschließlich analysiert wird, ob »die Aussperrung jedenfalls grundsätzlich in unserem arbeits-

<sup>17</sup> Erneut aktualisiert wurde die Diskussion, als der Bundesausschuß des DGB in einer Sitzung am 5. 6. 1974 seine Arbeitskampfrichtlinien neu faßte und dabei u. a. folgenden – die Aussperrung betreffenden – Passus aufnahm: »Sie (die Satzungen oder Arbeitskampfrichtlinien der Gewerkschaften, R. E.) sollen Bestimmungen darüber enthalten, daß Notstandsarbeiten für den Fall von Aussperrungen nicht geleistet werden. Das gilt nicht, wenn schwerwiegende und nicht wiedergutzumachende Schäden für die Allgemeinheit verhindert werden müssen.« (§ 8 Abs. 3 der Arbeitskampfrichtlinien des DGB, abgedruckt in: Welt der Arbeit v. 9. 8. 1974)

Zur Diskussion darüber vgl. Diehl-Thiele, Gewerkschaften signalisieren größere Streikbereitschaft, SüddZ v. 2. 8. 1974; Didzoleit, In die falsche Richtung, FR v. 12. 8. 1974; Bernd Rühlers, Jenseits der Rechtsordnung, FAZ v. 21. 9. 1974.

<sup>18</sup> Vgl. Jürgen Seifert, Die Kompetenzüberschreitung des Bundesverfassungsgerichts, KJ 73, 293.

<sup>19</sup> Vgl. Wolfgang Abendroth, Das Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 75, 121.

<sup>20</sup> Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974.



kampfrechtlichen System garantiert ist.«<sup>31</sup> Die Beschränkung des Gutachtens auf die Zulässigkeit der Aussperrung generell liegt darin begründet, daß die BDA die von der Beschwerdeführerin angegriffene Rechtsprechung des BAG unterstützt, mit dem Gutachten nur gewährleistet wissen wollte, daß die suspendierende Aussperrung weiterhin zulässig bleibt.<sup>32</sup>

Das Auftreten der BDA *gegen* die Spielbank Bad Neuenahr signalisiert einen Konflikt innerhalb der Unternehmerschaft um die notwendige Form der Aussperrung. Man kommt dem Konflikt auf die Spur, wenn man die Folgen der von der Spielbank für notwendig erachteten lösenden Aussperrung mit der von der – weitgehend das Großkapital repräsentierenden – BDA favorisierten Konzeption der suspendierenden Aussperrung vergleicht. Die lösende Aussperrung nach der BAG-Rechtsprechung von 1955<sup>33</sup> kommt in ihrer Funktion (auch wenn sie so nicht bezeichnet wird) einer fristlosen Kündigung im Streikfall gleich, ohne daß über die schlichte Streikteilnahme hinaus ein weiteres Tatbestandsmerkmal vorliegen muß. Der Möglichkeit, unter Umgehung arbeitsrechtlicher Schutznormen (wie z. B. dem BetrVG) im Arbeitskampf fristlose Entlassungen vorzunehmen, hat der BAG-Beschluß von 1971 einen Riegel vorgeschoben. Daß die BDA nun gegen die Einengung des unternehmerischen Handlungsspielraums im Streik keinen Protest erhebt, diese vielmehr noch gegen einen einzelnen Unternehmer verteidigt, scheint mir daraus zu erklären zu sein, daß für Großunternehmer keine Notwendigkeit besteht, im Streikfall Betriebsräte fristlos zu entlassen, da sie im Unternehmerinteresse liegende Notstandsarbeiten organisieren können, häufig beschwichtigend auf die Streikenden einwirken, zudem gesetzlich zur Friedenspflicht angehalten sind und als »Kostenfaktor« kaum eine Bedeutung haben. In kleineren Unternehmen dagegen – wie bei der Beschwerdeführerin – ist der Betriebsrat häufig – zumal wenn er eine interessenorientierte Politik betreibt – eine lästige Institution, die Kosten verursacht, die unmittelbare Autorität des Unternehmers in Frage stellen kann und angesichts des direkten Kontakts zu den Arbeitskollegen eher die Basis betrieblicher Konflikte als im anonymen Großbetrieb.<sup>34</sup> Die lösende Aussperrung erhält für solche Unternehmen die Bedeutung, entweder unliebsame Betriebsräte endgültig aus dem Betrieb zu entfernen (was nach dem BetrVG nicht so einfach möglich wäre) oder – sofern der Einschüchterungsversuch gelingt – den Betriebsrat als Institution abzuschaffen. Pointiert formuliert läßt sich der Konflikt zwischen der Spielbank und der BDA so beschreiben: Während die Spielbank für eine Gruppe der Unternehmer steht,

<sup>31</sup> Zöllner, a. a. O., S. 5.

<sup>32</sup> Vgl. die im Beschluß des BVerfG wiedergegebene Argumentation, 1 BvR 418/71, S. 8. Vgl. auch den Jahresbericht der BDA 1973, S. 47 sowie den Bericht der Geschäftsführung von Gesamtmetall 1971–1972, S. 101: »Obwohl der Beschluß bei der lösenden Aussperrung gewisse Einschränkungen mit sich bringt, ist er insgesamt als eine sachlich ausgewogene Entscheidung anzusehen.«

Auch die Deutsche Angestelltengewerkschaft hielt die Verfassungsbeschwerde für unbegründet, da die BAG-Urteile einen tragbaren Kompromiß zwischen der Verbotsforderung einerseits und der Auffassung, welche die Aussperrung prinzipiell als Lösungstatbestand ansieht, gefunden habe, der auch im allgemeinen Interesse von Betrieb und Arbeitgeber liege.

Der DGB schließlich sieht durch Art. 9 III GG ein Aussperrungsrecht nicht gewährleistet; allenfalls komme im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit die Aussperrungsfreiheit in Betracht, die ihre generelle Grenze an den sozialstaatlichen Garantien des Grundgesetzes finde. Die BAG-Rechtsprechung überschreite in keinem Fall diese verfassungsmäßigen Grenzen. (S. 7 f. des Originals)

<sup>33</sup> BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>34</sup> Das dürfte auch einer der Gründe dafür sein, warum in der Industrie mehr als ein Drittel der Betriebe mit einer Belegschaftsstärke zwischen 100 und 200 Beschäftigten keinen Betriebsrat hat; vgl. Wolfgang Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Teilhabungsrechten, Frankfurt am Main 1973, S. 16 f. Die unterschiedlichen Produktions- und Herrschaftsbedingungen des »Wettbewerbssektors« und des »monopolistischen Sektors« analysiert James O'Connor, Die Finanzkrise des Staates, Frankfurt am Main 1974, S. 22 ff.; vgl. zu dem Problem bezüglich der Berufsbildungsreform Claus Offe, Berufsbildungsreform. Eine Fallstudie über Reformpolitik, Frankfurt am Main 1975, S. 105 ff.

welche das integrativ konzipierte Betriebsrätesystem außer Kraft setzen und dafür die lösende Aussperrung funktionalisieren will, repräsentiert die BDA eine Kapitalgruppe, die dieses System anerkennt, die suspendierende Aussperrung aber für die Veränderung der Form des Tarifverhandlungssystems (Zentralisierung) instrumentalisiert.<sup>15</sup>

Indem das BVerfG die Verfassungsbeschwerde verworfen hat unter Ausklammerung sämtlicher in der Aussperrungsdiskussion strittiger Probleme, hat es der politischen Diskussion über Zulässigkeit und Bedeutung der (suspendierenden) Aussperrung keine Schranken gesetzt und zugleich den Unternehmern eine Absage erteilt, die sich lästiger Betriebsräte unter Umgehung des BetrVG entledigen wollen.<sup>16</sup>

Rainer Erd

## Zur Diskriminierung alleinstehender Mütter und Väter im Steuerrecht

### Vorbemerkung

Dieser Beitrag thematisiert das Problem der Diskriminierung alleinstehender Mütter und Väter in der BRD exemplarisch für die Frage des sog. »Ehegatten«-Splitting im Steuerrecht. Das Splitting-Verfahren (§ 32a Einkommensteuergesetz) begünstigt in der herkömmlichen Auslegung die »Hausfrauen-Ehe« und ordnet sich so in das gesetzgeberische Leitbild der nichterwerbstätigen Ehefrau ein. Die Begünstigung besteht darin, das Einkommen des allein Erwerbstätigen rechnerisch auf beide Ehegatten aufzuteilen und mit einem geringeren Steuersatz zu belegen (Progressionsminderung).

<sup>15</sup> Das Gutachten von Zöllner für die BDA bestätigt die These. Historisch neu für die konservative juristische Aussperrungsdiskussion ist, daß Zöllner sich ausschließlich mit den von linken Arbeitsrechtlern (hauptsächlich mit Michael Kittner, dem Justitiar der IG Metall, vgl. GewMH 1973, 91) vorgetragenen Argumenten zur verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit der Aussperrung insgesamt auseinandersetzt, damit über weite Strecken den Boden dogmatischer Diskussion verlassen muß und bei der Begründung der Zulässigkeit der Aussperrung nur noch mühsam seine politischen Intentionen, das Streikrecht zum weitgehend untauglichen Mittel gewerkschaftlicher Politik zu degradieren, hinter normativen Figuren verbergen kann. »... eine Verfassungsgarantie der Aussperrung unter Paritätsgesichtspunkten (könnte) entfallen. ... wenn der Gesetzgeber durch entsprechende Regelungen des Streikrechts sicherstellt, daß die *Bestreikung einzelner Unternehmen*, und die *Durchführung von Schwerpunktstreiks* oder *Streiks mit relativ geringer Fläche* unterbleibt. Mit der *Beschränkung der Gewerkschaftsseite auf großflächige Angriffstreiks* würden unter Paritätsgesichtspunkten auch im Hinblick auf die inhaltliche Richtigkeit des ausgehandelten Vertrages wohl keine gewichtigen Bedenken bestehen.« (Zöllner, a. a. O., S. 58; Hervorhebungen von mir, R. E.).

Daß es den Großunternehmen um eine bestimmte *Form* des Tarifverhandlungssystems geht, wird auch daraus deutlich, daß Gesamtmetall gegen die »Neutralitätsanordnung« der Bundesanstalt für Arbeit vom 22. 3. 1974, wonach auch solche Arbeitnehmer Arbeitslosengeld erhalten, die wegen eines Streiks in einem benachbarten Tarifbezirk der gleichen Branche zeitweise arbeitslos werden, Verfassungsbeschwerde erhoben hat. Gesamtmetall will mit der Verfassungsbeschwerde erreichen, daß die IG Metall im Streikfall an die betreffenden Lohnabhängigen Streikgelder zahlen muß und damit in ihrer Streikfähigkeit eingeschränkt wird; vgl. FR v. 23. 7. 1974.

<sup>16</sup> Diese grundsätzliche Bedeutung der Entscheidung des BVerfG wird weder in der Besprechung von Wolfgang Schneider/Michael Schoden, Ein interessantes Urteil zur Aussperrung, Die Quelle, Nr. 5/1975, S. 217 f. noch in der Anmerkung von e. e., Bundesverfassungsgericht: Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern grundsätzlich nur suspendierend, Rote Robe, Nr. 4/1975, S. 164 f. gesehen. Die beiden Stellungnahmen gehen nur summarisch auf die Relevanz der Entscheidung für Betriebsräte ein, der politische Stellenwert für die gewerkschaftliche Aussperrungsdiskussion hingegen wird nicht untersucht.