

# Ulrich Mückenberger

## § 116 AFG: Stadien eines Gesetzgebungsprozesses<sup>1</sup>

### *1. Das Unbehagen am Arbeitskampfrecht*

Die Schärfe, mit der der Konflikt um die Neuregelung des § 116 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) auf Seiten ihrer Befürworter wie ihrer Gegner ausgetragen wurde, signalisiert, daß ein tiefliegender gesellschaftlicher Dissens über Geltungsgrund und Ausgestaltung des bestehenden Arbeitskampfrechts aufgebrochen ist. Aktualisiert und beschleunigt wurde die Entwicklung durch den Arbeitskampf in der Metall- und Druckindustrie 1984 um die 35-Stunden-Woche. Die Änderung des § 116 AFG ist das legislatorische Nachspiel zu diesem bedeutenden Arbeitskampf.

Sie ist aber auch das Symptom einer neuen Krise des Arbeitskampfrechts, die sich in markanter Weise von derjenigen zu Beginn der 70er Jahre unterscheidet. Damals waren es in erster Linie Gewerkschaften und ihnen nahestehende Wissenschaftler und Publizisten, die das Richterrecht des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf vor allem wegen der weitgehenden Restriktion des Streiks und wegen der Zulassung der Aussperrung angriffen.<sup>2</sup> In der Zwischenzeit haben sich die Fronten, unmerklich zunächst, aber heute ganz eindeutig, verkehrt. Obwohl die Judikatur des Bundesarbeitsgerichts in den letzten zehn Jahren keineswegs an Brisanz eingebüßt hat<sup>3</sup> und obwohl, wie ich zeigen werde, diese Judikatur letztlich ausschlaggebend war für die juristische Problemkontur der Auseinandersetzung um § 116 AFG, findet die Arbeitskampfrechtsprechung in ihren damaligen Kritikern heute Verteidiger, gar verhaltene Befürworter.<sup>4</sup>

Dagegen hat sich auf konservativer Seite Unmut besonders an der neueren Judikatur des Bundesarbeitsgerichts angestaut, der sich immer deutlicher artikuliert, die »Schräglage« der Arbeitskampfrechtsprechung geißelt<sup>5</sup> und zunehmend gesetzgeberischen Tribut fordert.<sup>6</sup> Die Neufassung des § 116 AFG ist ein solcher Tribut.

<sup>1</sup> BGBI. 1986 Tl. I S. 740 v. 15. 5. 1986.

<sup>2</sup> Dazu die wissenschaftliche Veranstaltung der IG Metall »Streik und Aussperrung« v. 13.–15. 9. 1973, hg. v. M. Kittner, Ffm. – Köln 1974 (dazu R. Erd, KJ 1973, S. 433); ferner Mückenberger/Weltevte, KJ 1975, S. 1 ff. (bes. 22 ff.).

<sup>3</sup> Dazu etwa die Warnstreikeentscheidungen des BAG von 1976 (AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) und 1984 (DB 1984, S. 2563 ff.; NJW 1985, 91 ff.), die durchaus mit Streikpräventionsabsicht konzipiert sind; die Aussperrungs- und Arbeitskampfnikoentscheidungen des Jahres 1980 (AP Nrn. 64–66, 70/71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), die teilweise jetzt erst im Zuge der Neuregelung des § 116 AFG ihre Gefährlichkeit erweisen; die Beamtenstreikeinsatz-Entscheidung vom 10. 9. 1985 (Recht im Amt 1985, S. 280 ff.); die restriktiven Sympathie- und Demonstrationsstreik-Entscheidungen von 1984 und 1985 (DB 1985, S. 1239 ff.; S. 1695 ff.), die sich gerade im Kontext sozialpolitischer Verschlechterungen als gravierende Einschränkung der Koalitionsfreiheit erweisen.

<sup>4</sup> S. etwa M. Bobke, Arbeitskampfrecht im Umbruch, WSI-Mittelungen 1986, S. 227 ff., 234 f.

<sup>5</sup> So die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, lt. Handelsblatt v. 11. 12. 1985.

<sup>6</sup> Dazu nur W. Zöllner, Die Fortentwicklung des Richterrechts zum Arbeitskampf, insbesondere zur Aussperrung, DB 1985, S. 2450 ff.; zuletzt H. Buchner, RdA 1986, S. 7 ff.

Symptom der neuerlichen Legitimationskrise des Arbeitskampfrechts sind einige bedeutende, das Bundesarbeitsgericht in konservativer Weise korrigierende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.<sup>7</sup> Symptom ist weiter die Kritik, die (prozessual wie materiell) an der Warnstreikrechtsprechung, aber auch an der Einschränkung zulässiger Aussperrungen geübt wird.<sup>8</sup> Ins Gespräch kommen allmählich auch wieder Vorstellungen eines Gewerkschafts- oder Verbändegesetzes. Die Diskussion treibt Blüten: wenn etwa die FDP erwägt, Nichtorganisierten das Recht zur Teilnahme an gewerkschaftlichen Urabstimmungen zu geben<sup>9</sup> oder wenn Neukonservative vom Schlag Adomeits schlankweg den »Abschied von der Tarifautonomie« empfehlen.<sup>10</sup> Mögen solche Blüten heute auch noch exotisch erscheinen, so verbreiten sie doch das Fluidum einer sich abzeichnenden Reorganisation des Arbeitskampfrechts insgesamt – sind doch die ökonomischen und politischen Konjunkturen der Verwandlung solcher Blüten in konkrete Gesetzgebungsvorhaben (wie nicht zuletzt das Hin und Her um die Novellierung von § 116 AFG zeigt) höchst schwer zu prognostizieren. Beim Bundesverfassungsgericht sind auf einen Schlag mehrere höchstbrisante Arbeitskampfstreitigkeiten anhängig<sup>11</sup>; wie sich nach den Entscheidungen die rechtliche Landschaft verändert haben wird, ist ungewiß – zu großen Hoffnungen aber gibt die zu erwartende Judikatur wenig Anlaß.

Die Auseinandersetzung um § 116 AFG kann zulänglich nur vor dem Hintergrund dieser neueren Legitimationskrise des Arbeitskampfrechts begriffen werden. Wer die diffizilen Steuerungsmechanismen des herrschenden kollektivrechtlichen Systems industrieller Beziehungen kennt, weiß nicht nur, daß diese eine nicht zu unterschätzende Stabilitätsbedingung dieser Arbeitsbeziehungen darstellen, sondern auch, daß sie sich nicht einfach willentlich »umsteuern« lassen. Deshalb bleibt das konservative Unbehagen am Arbeitskampfrecht diffus, ohne den gesetzlichen Kristallisierungspunkt, den es etwa in Großbritannien gefunden hat.<sup>12</sup> Für Konservative mit Augenmaß – anders als etwa für den ehemaligen BAG-Präsidenten Müller<sup>13</sup> – steht das Arbeitskampfrecht als solches nicht zur gesetzgeberischen Disposition. Den Hebel beim Sozialrecht anzusetzen, liegt da nicht fern. Das Sozialrecht regelt u. a. den Unterhalt bei ausbleibendem Lohneinkommen. Die Infragestellung dieses Unterhalts kann u. U. ein wirkungsvollereres Mittel gegen Arbeitskämpfe sein als

<sup>7</sup> Als Beispiele nur die Entscheidungen zu den freien Mitarbeitern beim Rundfunk, NJW 1982, S. 1447 ff., und zum Sozialplan im Konkurs, ZfP 1984, S. 78 ff.

<sup>8</sup> Dazu etwa G. Müller, Arbeitskampf und Arbeitskampfrecht, insbesondere die Neutralität des Staates und verfahrensrechtliche Fragen, Gutachten im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung (1985), S. 343 ff.; E. Picker, Verhandlungsbegleitende Arbeitskämpfe – Ein Epilog zum Warnstreik –, Beilage Der Betrieb Nr. 7/85; B. Rüthers, Tarifverhandlungen auf dem Nagelbreit, in: ders., Die offene Arbeitsgesellschaft. Regeln für soziale Beweglichkeit, Zürich/Osnabrück 1985, S. 49 ff., interpretierend dagegen Kissel, FAZ 15. 12. 1984. Zur Aussperrungsbeschränkung G. Müller, *passim*; Seiter, FAZ 2. 3. 1985; K. Adomeit, Streik und Aussperrung – neu geordnet, in: ders., Das Arbeitsrecht und die wirtschaftliche Zukunft, München 1985, S. 21 ff., s. a. Buchner (Fn. 6).

<sup>9</sup> Angaben bei Zollner (Fn. 6), S. 2433 Fn. 38.

<sup>10</sup> A. a. O. (Fn. 8), S. 32 ff.

<sup>11</sup> So die Warnstreikentscheidung von 1984, die (erneute) Aussperrungsentscheidung von 1985 (BB 1985, S. 1332 f.) wie auch die Beamteinsatz-Entscheidung (Fn. 3).

<sup>12</sup> Dazu mein Beitrag: Der Zugriff des Prozeduralismus, in: O. Jacobi/H. Kastendiek (Hrsg.), Staat und industrielle Beziehungen in Großbritannien, Ffm. – New York 1985, S. 188 ff.

<sup>13</sup> Müller (Fn. 8) fordert u. a., die – wohl auch lösende – Angriffsaussperrung anzuerkennen (S. 135, 267), auch im öffentlichen Dienst (S. 263), schlägt eine »besondere freiwillige Schlichtung« unter Führung eines Schlichtungsausschusses des BAG (!) vor (S. 308 ff.), möchte das BAG zuständig wissen für einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf (S. 369) und für die – was uns noch beschäftigen wird – Auslegung des § 116 AFG (S. 361) u. v. a. m. Zu der Müller-Position durchaus wohlwollend B. Rüthers, Wie soll das Arbeitskampfrecht aussehen? in: ders., Grauzone Arbeitsrechtspolitik, Zürich/Osnabrück 1986, S. 87 ff.; ferner Buchner (Fn. 6).

direkte Ge- und Verbote im Arbeitskampf. Denn sie setzt sozusagen das ökonomische Interesse der Arbeitnehmer als Hebel ein, einen Arbeitskampf so schnell wie möglich zu beenden. Die sozialrechtliche Lösung des Arbeitskampfproblems bietet so Chancen, mittelbar – über finanzielle Sanktionen und den damit erzeugten Binnendruck innerhalb der Gewerkschaften – auf das Arbeitskampfgeschehen Einfluß zu nehmen, ohne dessen normativen Rahmen als solchen überhaupt zu thematisieren. Diese Lösung steht – weil sie sich ökonomischer Anreize statt dirigistischer Maßnahmen bedient – marktorthodoxen Postulaten sogar näher als rigide Versuche gesetzlicher Arbeitskampfregulierung.

Das Kalkül, das Unbehagen am Arbeitskampfrecht indirekt am Sozialrecht auszutragen, den gesellschaftlichen Konflikt also gar nicht als Arbeitskampfrechtskonflikt erscheinen zu lassen, ist freilich im Falle des § 116 AFG nicht aufgegangen. Zwar ist § 116 AFG eklatant verschleiert worden. Aber die Zeitspanne zwischen November 1984, da der erste Initiativantrag zur Änderung des § 116 AFG bekannt wurde, und Mai 1986, da die Änderung in Kraft trat, hat den eigentlichen Gegenstand des Konflikts – das Arbeitskampfrecht – sichtbar werden lassen und die gesellschaftlichen Fronten entsprechend strukturiert. Allein schon die terminologischen Auseinandersetzungen – ob es sich um einen »Streikparagraphen« handele oder nicht, ob das Gesetz »klarstellend« oder verändernd sei usw. – zeigte das Dilemma der Konservativen, sich zur Begründung dieses Gesetzgebungsvorhabens nicht direkt auf ihr Unbehagen am geltenden Arbeitskampfrecht beziehen zu können, es aber der Sache nach zu tun. Daß § 116 AFG entgegen allen regierungsmäßlichen Dementis als Streikparagraph in die Zeitgeschichte einging, ist auch, aber gleichzeitig mehr als das Ergebnis einer geschickten gewerkschaftlichen Öffentlichkeitsarbeit: Es signalisiert auch die Bereitschaft der Öffentlichkeit, den sich im Gewande des Sozialrechts abspielenden Konflikt um das Arbeitskampfrecht als solchen wahrzunehmen und zu behandeln.<sup>14</sup>

Angesichts dieses Versuchs einer verdeckten Thematisierung des Arbeitskampfrechtsproblems und seiner Enttarnung ist das Ergebnis der geschilderten Auseinandersetzung keineswegs eindeutig. Gewiß hat die konservative Regierungskoalition die Veränderung von § 116 AFG durchgesetzt, damit auch die Rechtslage zu Lasten der Arbeitnehmer und der Gewerkschaften verändert und die Kräftekonstellation für künftige Arbeitskämpfe zu Gunsten der Arbeitgeberseite verschoben. Aber der Konfliktverlauf hat auch deutlich gemacht, welcher enormen Anstrengung seitens der Konservativen es bedurfte, auch nur diesen Randbereich der geltenden Arbeitskampfordnung einer Revision zu unterziehen, und welcher Anstrengungen es erst bedurfte, das Arbeitskampfrecht direkt neu zu regeln. Deutlich geworden sind Interessendifferenzen vor allem innerhalb des christdemokratischen Lagers. Deutlich wurde auch, daß es in der Sphäre der öffentlichen Meinung, der Medien, keine konservative Hegemonie in Sachen Arbeitskampfrecht gibt, auf die sich künftige gesetzgeberische Projekte stützen könnten. Es ist kein Zufall, daß die konservative Initiative zur Änderung des § 116 AFG immer wieder stockte, daß immer wieder der Weg zu quasi-kontraktuellen Lösungen vorzuziehen versucht wurde, daß bis zuletzt im konservativen Lager vor einer »Augen zu und durch«-Mentalität gewarnt wurde.

<sup>14</sup> Laut Meinungsumfragen verstand und billigte nur ein verschwindend kleiner Teil der Bevölkerung – nämlich 1% – die angeblich »klarstellenden« Intentionen des Gesetzentwurfs: FAZ 7.3.86.

a) Ausgelöst wurde die Neuregelung des § 116 AFG durch einen Initiativantrag, insbesondere von mittelständischen Abgeordneten der CDU/CSU im Bundestag (meist zitiert als »Entwurf Dr. Falthauser«).<sup>15</sup> Dieser Gesetzentwurf ist nie offiziell ins Gesetzgebungsverfahren eingebbracht worden; er war aber nach Presseberichten von nicht weniger als der Hälfte der CDU/CSU-Fraktion unterzeichnet. Insofern bleibt der Entwurf von Bedeutung als Maßstab dafür, mit welcher Ausgangsvorstellung bedeutsame Teile der Regierungskoalition an das Gesetzesvorhaben gingen und was sie davon letztlich realisieren konnten.

Der »Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit im Falle eines Arbeitskampfes (Neutralitäts-Sicherungsgesetz – NTS-Gesetz)« vom November 1984 bestand lediglich aus folgender Bestimmung:

»Das Arbeitsförderungsgesetz (AFG) wird wie folgt geändert:

#### § 116

wird wie folgt neu gefaßt:

1. Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden.
2. Ist die Arbeitslosigkeit durch einen inländischen Streik oder eine inländische Aussperrung verursacht, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld nicht nur im regionalen Bereich des umkämpften Tarifvertrages, sondern darüber hinaus innerhalb des gesamten fachlichen Geltungsbereiches während der Dauer des Streiks oder der Aussperrung.  
Die Absätze 3 und 4 entfallen.«<sup>16</sup>

Anders als das bis 1986 geltende Recht, anders aber auch als die letztendliche Neuregelung des § 116 AFG, beabsichtigte der Entwurf Dr. Falthauser keine gesetzliche Konkretisierung dessen, was in der Literatur zu § 116 AFG als »Beeinflussungstatbestand« und als »Abziel- oder Partizipationstatbestand« bezeichnet wird.<sup>17</sup> Vielmehr strebte dieser Entwurf eine sozialrechtliche Solidarhaftung sämtlicher Arbeitnehmer desselben Organisationsbereichs (»fachlicher Geltungsbereich«) bei mittelbaren Kampffolgen an. Mit seiner beabsichtigten radikalen Beschneidung von Arbeitnehmerrechten vermied er so das Problem, das der früheren wie der geltenden Rechtslage das Gepräge gibt: nämlich die Forderungen der im Arbeits-

<sup>15</sup> S. Bericht FAZ 5. 8. 1985; der Entwurf Dr. Falthauser zirkulierte, da nicht offiziell eingebbracht, als vv. Ms.

<sup>16</sup> S. oben Fn. 15.

<sup>17</sup> Diese Terminologie lehnt sich an die Unterscheidung zwischen den Nrn. 1 und 2 des § 116 Abs. 3 S. 1 AFG i. d. F. von 1969 an: s. etwa H. Seiter, Staatliche Neutralität im Arbeitskampf, Schriftenreihe Der Betrieb, Stuttgart 1985, S. 3/4. Der Abzielatbestand hebt darauf ab, ob nicht selbst streikende oder ausgesperrte Arbeitnehmer, die von Fernwirkungen betroffen sind, direkt von den Ergebnissen des Arbeitskampfes Nutzen ziehen werden, ob der Arbeitskampf also auf eine Veränderung ihrer Arbeitsbedingungen »abzielt«. Der Beeinflussungstatbestand hat mit möglicher Nutznießung nichtbeteiligter Betroffener nichts zu tun, sondern hebt darauf ab, ob von der (Nicht-)Zahlung von Lohnersatzleistungen an diese Betroffenen das Kräfteverhältnis im Arbeitskampf selbst betroffenen, ob dieser also »beeinflußt« wird. Auf den Unterschied aufmerksam zu machen, besteht Anlaß. Der Beeinflussungstatbestand ist der einzige, der – wie vor allem Azzola in den öffentlichen Ausschußanhörungen (s. Protokolle vom 26./27. 2. und 10. 3. 1986) betont hat – unter dem Gesichtspunkt der Koalitionsfreiheit unter engen Voraussetzungen eine Einschränkung sozialrechtlicher Positionen rechtfertigen könnte. Sämtliche Konkretisierungsversuche der Klauseln in Zi. 1 und 2 des Abs. 3 gingen jedoch bislang in die Richtung des Partizipationstatbestandes: die Neutra 1973, die BSG-Entscheidung 1975, aber auch sämtliche Änderungsvorschläge 1985/86 (mit Ausnahme des Entwurfs Dr. Falthauser) bis hin zur Neufassung des § 116 AFG. Daß dies rechtliche Folgerungen nach sich zieht, werde ich im rechtsanalytischen Artikel nachzuweisen versuchen.

kampf befindlichen Arbeitnehmer mit denjenigen der mittelbar Betroffenen verglichen zu müssen, um bei einem gewissen Grad an Übereinstimmung zu einem Ruhens des Anspruchs auf Lohnersatzleistung zu gelangen.<sup>18</sup>

Die Philosophie des Entwurfs Dr. Falthauser bestand im Kern in dem »Grundgedanken der Schadensversicherung: Danach ist eine Versicherungsleistung nicht zu gewähren, wenn der Versicherte den Eintritt des Versicherungsfalles absichtlich selber herbeigeführt hat.«<sup>19</sup> Der Kunstgriff, über den der Entwurf das Problem des Forderungsvergleichs mied, war, Arbeitskampfbeteiligte und mittelbar Betroffene hinsichtlich der Arbeitskampffolgen schlicht gleichzusetzen. Wäre dieser Entwurf verabschiedet worden, so hätte der Tatbestand einer »Geiselnahme« mittelbar Kampfbetroffener für die Interessen der Arbeitgeberseite im umkämpften Tarifgebiet unmittelbar auf der Hand gelegen.<sup>20</sup>

b) Schon der Entwurf Dr. Falthauser begründete die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung mit der »erheblichen Rechtsunsicherheit«,<sup>21</sup> die sich im Verlaufe des Metall-Arbeitskampfes 1984 ergeben habe. Diese behauptete Rechtsunsicherheit und das daraus hergeleitete Bedürfnis nach einer »Klarstellung« begleiteten den nachfolgenden Gesetzgebungsprozeß wie ein Schatten. Der Realitätsgehalt dieser Behauptungen lässt sich vor dem Hintergrund der bislang geltenden Rechtslage ermessen, die sich vor allem aus vier »Schichten« der Normsetzung und -interpretation zusammensetzt: (1) § 116 AFG von 1969 selbst; (2) der aufgrund der Ermächtigung in § 116 Abs. 3 S. 2 AFG erlassenen »Neutralitäts-Anordnung« (NeutrA) von 1973; (3) dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 9. 9. 1975 zu § 116 AFG; und (4) den Urteilen der Landessozialgerichte (LSGe) Bremen und Hessen im einstweiligen Verfahren während des Arbeitskampfes 1984.

Zu (1): § 116 AFG i. d. F. von 1969 stellte insofern eine Neuerung gegenüber dem vorher geltenden Arbeitslosenversicherungsrecht dar, als er nicht nur (wie bisher schon) von mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit als einem prinzipiell *versicherbaren Risiko* ausging,<sup>22</sup> sondern den Ruhensstatbestand von Lohnersatzleistungen gesetzlich als *Ausnahmetatbestand* zu konstituieren strebte. Der Gesetzgeber wollte damit Art. 69 Buchst. i des Abkommens Nr. 102 der Internationalen Arbeitsorganisation, dem die Bundesrepublik beigetreten war,<sup>23</sup> Rechnung tragen, der das Ruhens der Arbeitslosenversicherungsleistung nur gestatte, wenn die Arbeitslosigkeit unmittelbare Folge einer auf den Arbeitskampf zurückzuführenden Arbeitseinstellung sei.<sup>24</sup>

Dieses neubegründete Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Zahlung und Nicht-

<sup>18</sup> Aufgrund der in Fn. 17 erläuterten Unterscheidung wird erst die »Nähe« der involvierten Forderungen zueinander zu einem Kriterium des Ruhens: diese Nähe macht allein in partizipationsstaatbeständlichen Überlegungen Sinn, für das Kriterium Beeinflussung bleibt sie ohne Bedeutung.

<sup>19</sup> Entwurf Dr. Falthauser (Fn. 15), S. 3.

<sup>20</sup> Dieser Zusammenhang wird näher entwickelt in meiner Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung am 26./27. 2. 1986 zur Neufassung des § 116 AFG: Ausschuß-Drs. 10/1122.

<sup>21</sup> S. Fn. 15, S. 1.

<sup>22</sup> So auch E. Benda, Sozialrechtliche Eigentumspositionen im Arbeitskampf. Ein Beitrag zur Diskussion um die Änderung des § 116 Arbeitsförderungsgesetz, Baden-Baden 1986, S. 87 ff.; anders J. Isensee, Die Neuregelung der Arbeitskampf-Neutralität nach § 116 AFG und die Vorgaben der Verfassung, DB 8/1986 v. 21. 2. 1986, unter IV. 2. a).

<sup>23</sup> Text und Materialien zum ILO-Übereinkommen Nr. 102 s. F. J. Säcker, Gruppenpartei und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, Heidelberg 1974, S. 42 ff.; dazu in der laufenden Auseinandersetzung N. Colneric, Arbeitskampf und Arbeitsförderung, AuR 1986, S. 8 ff., 12 ff.; U. Mayer, Internationales Recht verbietet weitere Verschlechterung des § 116 AFG, AtB 1986, S. 5 ff.; andererseits M. Heintzen/S. Eilers, Die Volkerrechtskonformität der geplanten Änderung des Neutralitätsparagraphen des Arbeitsförderungsgesetzes, DB 1985, S. 271 ff.

<sup>24</sup> Zur Rechtslage vor 1969 s. Säcker (Fn. 23), S. 27 ff., Benda (Fn. 22), S. 13 ff.

zahlung von Lohnersatzleistungen drückte sich darin aus, daß zwar bei Arbeitskampfbeteiligung der Lohnersatzleistungsanspruch ruhen solle, bei mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit aber nur dann, wenn entweder die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer am Kampfergebnis selbst teilnehmen (sog. »Abzieltatbestand«, § 169 Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 AFG) oder wenn durch Gewährung von Lohnersatzleistungen der Arbeitskampf beeinflußt würde (sog. »Beeinflussungstatbestand«, § 116 Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 AFG). Die generalklauselartige Formulierung dieser beiden Tatbestände wie auch die Ermächtigung der Bundesanstalt für Arbeit zum Erlass einer Anordnung in Abs. 3 S. 2 sollten dabei Flexibilität in der Handhabung unterschiedlicher Arbeitskampfsituationen gewährleisten.

§ 116 AFG i. d. F. vom 25. Juni 1969 lautete:<sup>25</sup>

»§ 116

(1) Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden.

(2) Ist der Arbeitnehmer durch Beteiligung an einem inländischen Arbeitskampf arbeitslos geworden, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld bis zur Beendigung des Arbeitskampfes.

(3) Ist der Arbeitnehmer durch einen inländischen Arbeitskampf, an dem er nicht beteiligt ist, arbeitslos geworden, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld bis zur Beendigung des Arbeitskampfes, wenn

1. der Arbeitskampf auf eine Änderung der Arbeitsbedingungen in dem Betrieb, in dem der Arbeitnehmer zuletzt beschäftigt war, abzielt oder

2. die Gewährung des Arbeitslosengeldes den Arbeitskampf beeinflussen würde.

Die Bundesanstalt kann Näheres durch Anordnung bestimmen; sie hat dabei innerhalb des Rahmens des Satzes 1 die unterschiedlichen Interessen der von den Auswirkungen der Gewährung oder Nichtgewährung Betroffenen gegeneinander abzuwägen.

(4) Ist bei einem Arbeitskampf das Ruhen des Anspruchs nach Absatz 3 für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern ausnahmsweise nicht gerechtfertigt, so kann der Verwaltungsausschuß des Landesarbeitsamtes bestimmen, daß ihnen Arbeitslosengeld zu gewähren ist. Erstrecken sich die Auswirkungen eines Arbeitskampfes über den Bezirk eines Landesarbeitsamtes hinaus, so entscheidet der Verwaltungsrat. Dieser kann auch in Fällen des Satzes 1 die Entscheidung an sich ziehen.«

Interessant im vorliegenden Zusammenhang ist Abs. 3, weil sich vor allem auf ihn die nach 1984 einsetzenden Gesetzgebungsbemühungen bezogen. Daß der Gesetzgeber das Ruhen der Ansprüche auf Lohnersatzleistungen im Falle mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit als *Ausnahme* betrachtete, ergibt sich aus dem Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit zu § 116 Abs. 3:<sup>26</sup>

»Dieser Absatz ist das Kernstück der neuen Regelung. Arbeitnehmer, die durch mittelbare Auswirkung eines Streiks arbeitslos geworden sind, sollen in Zukunft im allgemeinen Arbeitslosengeld erhalten. Mit Rücksicht auf die Neutralitätspflicht soll das jedoch in zwei Fällen nicht gelten. Wenn der Arbeitskampf auf eine Änderung der Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers abzielt, muß dieser sowohl nach einer natürlichen Betrachtungsweise als auch im wirtschaftlichen Sinne als beteiligt angesehen werden. Die Gewährung von Arbeitslosengeld in solchen Fällen würde Schwerpunktstreiks fördern und wäre daher nicht streikneutral. Außerdem erschien es dem Ausschuß wegen der im voraus nicht überschaubaren Vielfalt der bei Arbeitskämpfen möglichen Interessenslagen notwendig, zur allgemeinen Absicherung der Neutralität der Bundesanstalt zusätzlich eine Generalklausel aufzunehmen. Nach ihr soll der Anspruch auf Arbeitslosengeld in allen Fällen ruhen, in denen die Gewährung dieser Leistung den Arbeitskampf beeinflussen könnte. Dabei wird es sich um Ausnahmefälle handeln. Das Nähere soll die Bundesanstalt durch Anordnung bestimmen können, die der Zustimmung des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung bedarf (vgl. § 187 Abs. 4).«

<sup>25</sup> BGBI. I S. 582. Zu seiner Auslegung vgl.: Bogs., H., Sozialstaatliche Sicherheit bei Fernwirkungen eines Arbeitskampfes, SGb. 1976, S. 349ff.; A. Gagel, Kommentierung zu § 116 AFG, in: ders. (Hrsg.), Arbeitsförderungsgesetz; Kreuzer, K., Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, 1975; Säcker (Fn. 23); G. Schwerdtfeger, Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf, 1974; Seiter (Fn. 17).

<sup>26</sup> Zit. n. Benda (Fn. 22), S. 20.

Aus dieser (insoweit vollständig zitierten) Begründung des später vom Deutschen Bundestag einstimmig beschlossenen Gesetzes ist herzuleiten, daß bei mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit i. d. R. Lohnersatzleistungen gezahlt werden sollten, es sei denn, einer der beiden Ruhenstatbestände läge (ausnahmsweise) vor. Gelegentlich stützen die Befürworter der Neuregelung des § 116 AFG ihre Argumentation auf den 4. Satz der zitierten Begründung, derzufolge Arbeitslosengeldgewährung keine Schwerpunktstreiks fördern solle. Im Kontext bezieht sich dieser Begründungssatz freilich nur auf Beschäftigte im umkämpften Tarifgebiet, die nicht selbst im Arbeitskampf stehen, auf die sich der Tarifvertrag jedoch erstrecken wird. Daß dieser Personengruppe Lohnersatzleistungen nicht zustehen sollen, war zu keiner Zeit während der Auseinandersetzung um die Neuregelung des § 116 AFG umstritten. Daß bei mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit außerhalb des umkämpften Tarifgebiets i. d. R. Lohnersatzleistungen zu zahlen sind, wird somit durch den zitierten Satz aus der Begründung zu § 116 Abs. 3 AFG nicht berührt.

Zu (2): Wegen der generalklauselartigen Begriffe in § 116 Abs. 3 AFG und der Ermächtigung an die Bundesanstalt für Arbeit verlagerte sich die Auseinandersetzung um die Neutralitätspflicht alsbald auf den Anordnungsgeber, den Verwaltungsrat der Bundesanstalt für Arbeit, der am 22. März 1973 – gegen die Vertreter der Arbeitgeberseite – die sog. »Neutralitätsanordnung« erließ.<sup>27</sup> Im vorliegenden Kontext ist allein deren § 4 bedeutsam:<sup>28</sup>

»Der Anspruch des nichtbeteiligten Arbeitnehmers (§ 1) auf Arbeitslosengeld ruht nach § 116 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AFG, wenn der Arbeitnehmer seine Beschäftigung in einem Betrieb verloren hat, weil in einem anderen Betrieb ein Arbeitskampf geführt wird, sofern  
a) dieser Arbeitskampf auf die Änderung von Arbeitsbedingungen eines Tarifvertrages gerichtet ist und der Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt war, zwar nicht dem räumlichen, aber dem fachlichen Geltungsbereich des in Frage kommenden Tarifvertrages zuzuordnen ist und  
b) die Gewerkschaften für den Tarifvertragsbereich des arbeitslosen, nichtbeteiligten Arbeitnehmers nach Art und Umfang gleiche Forderungen wie für die am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmer erhoben haben und mit dem Arbeitskampf nach Art und Umfang gleiche Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden sollen.«

Mit § 4 NeutrA von 1973 hat es eine besondere Bewandtnis. Einerseits hat § 4 der Auseinandersetzung um § 116 AFG sozusagen die Terminologie gegeben: Was »nach Art und Umfang gleiche Forderungen« sind, hat zum Streit darum geführt, inwieweit »gleich« »identisch« bedeutet, »annähernd gleich« oder eben auch »gleich, ohne übereinstimmen zu müssen«. Das gesamte Vokabular der dem Entwurf Dr. Falzlhauser nachfolgenden Änderungsentwürfe stammt aus dem Wortschatz von § 4 NeutrA.

Andererseits kann davon ausgegangen werden, daß § 4 rechtswidrig ist und daher nicht (mehr) gilt.<sup>29</sup> Für diese Auffassung wird ins Feld geführt, einmal daß § 4 den Ruhenstatbestand (indem er allein den Abzieltarbestand, nicht dagegen den Beeinflussungstatbestand durch § 116 Abs. 3 S. 1 AFG konkretisiere) enger faßte als die zu seinem Erlass ermächtigende gesetzliche Norm<sup>30</sup>; zum anderen daß die Ermächtigung

27 Zur Vorgeschichte der NeutrA s. Säcker (Fn. 23), S. 15 ff.

28 ANBA 1973, S. 365 ff.

29 So etwa Benda (Fn. 22), S. 79 ff.; J. Isensee, Satzungautonomie und Dispensbefugnis im Bereich der Arbeitskampf-Neutralität. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 116 Abs. 3 und 4 Arbeitsförderungsgesetz sowie der Neutralitäts-Anordnung, DB 1985, S. 2681 ff.; H.-J. Papier, Der neue Paragraph 116 ist nicht verfassungswidrig, FAZ 7. 2. 1986; B. Schulz, Arbeitskampf und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, Beilage Der Betrieb Nr. 3/85, S. 9 ff.; Seiter (Fn. 17), S. 49 ff.

30 Das Problem ergibt sich daraus, daß die NeutrA einerseits als abschließende Konkretisierung des § 116 AFG verstanden wird, daß sie aber ausschließlich die Partizipationskonstellation konkretisiert (s.

gungsnorm des § 116 Abs. 3 S. 2 selber nicht rechtsbeständig war, da die Konkretisierung der Anforderungen an die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit im Arbeitskampfsalle durch das Gesetz selber geregelt werden müssen, nicht auf den Satzungsgeber hätte delegiert werden dürfen.<sup>31</sup> Zu diesen Positionen Stellung zu nehmen, besteht hier kein Anlaß. Jedenfalls geht die Mehrheit der literarischen Äußerungen wie auch das Hauptsacheurteil des Sozialgerichts Frankfurt vom 27. Februar 1986 von der Nichtigkeit von § 4 NeutrA aus.<sup>32</sup>

Zu (3): Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 9. 9. 1975<sup>33</sup> – die bislang einzige höchstrichterliche Interpretation von § 116 AFG von 1969 – ist in einem früheren Jahrgang dieser Zeitschrift bereits ausführlich analysiert worden.<sup>34</sup> In dieser Entscheidung ging es um die – während des Gesetzgebungsverfahrens 1985/86 allein umstrittene – Frage der Zahlung von Lohnersatzleistungen bei mittelbarer Kampfbetroffenheit innerhalb des fachlichen, aber außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrages. Hierzu entschied das Bundessozialgericht – in Übereinstimmung mit dem Ausschußbericht von 1969 –, daß *im Regelfall* Lohnersatz zu leisten sei. Der Fortfall des Lohnersatzleistungsanspruchs bei Kampfbetroffenheit außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrages bedürfe daher einer besonderen Begründung. Diese sei im allgemeinen nur gegeben, wenn der umkämpfte Tarifvertrag sogenannten »Modellcharakter« habe:

»Ein solcher Modellcharakter ist regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn in anderen Tarifgebieten die Tarife ebenfalls gekündigt sind und dort die gleichen Forderungen erhoben werden, ferner – was in der Praxis kaum vorkommen wird – die anderen Tarifpartner von vornherein die Absicht haben, den erkämpften Tarifvertrag für ihr Gebiet inhaltlich zu übernehmen ... Sicherlich kann das Ergebnis eines Arbeitskampfes die Position der Tarifpartner in den anderen Bezirken der Branche, in denen die Tarife ebenfalls gekündigt worden sind, auch dann (positiv oder negativ) beeinflussen, wenn eine Übernahme des Kampfergebnisses in diesen Bezirken nicht gesichert ist. Das reicht aber nicht, § 116 Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 AFG auch auf diese Fälle auszudehnen.«<sup>35</sup>

Aus dem Grundsatz, daß das Ruhen von Lohnersatzansprüchen die Ausnahme zu bleiben habe, folgerte das Bundessozialgericht gleichzeitig, daß dem Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit keine Spielräume für wertende Entscheidungen bei der Auslegung in der Konfliktsituation des Arbeitskampfes zustehen dürften. Auch aus diesem Grunde sprach er sich für eine enge Auslegung der Merkmale des Ruhensatzbestandes aus.

Das BSG-Urteil vom 9. 9. 1975 steht im Einklang mit Wortlaut und Intention von § 116 Abs. 3 AFG; es war Teil der bis 1986 bestehenden Rechtslage. Das Urteil bezog sich direkt auf § 116 AFG, nicht auf die – z. Z. des zu entscheidenden Falles noch nicht existierende – Neutralitätsanordnung von 1973. Rechtliche Bedenken gegen die Anordnung schlagen somit nicht auf das Urteil des BSG von 1975 durch.

Zu (4): Die Urteile der Landessozialgerichte von 1984<sup>36</sup> haben für die Auseinandersetzung um die Neuregelung des § 116 AFG eine zwar politisch große, aber fachlich nicht entscheidende Bedeutung. Unter dem 18. 5. 1984 hatte der Präsident der

§§ 2–4 NeutrA 1973), nicht dagegen den schwer faßlichen, aber wohl entscheidend wichtigen (s. o. Fn. 17) Beeinflussungstaibestand.

<sup>31</sup> So Isensee und Papier (Fn. 29)

<sup>32</sup> SG Frankfurt, Entscheidung v. 27. 2. 1986 – Az. S 7 Ar 584/84 –, s. Bericht FR 28. 2. 1986.

<sup>33</sup> AP Nr. 1 zu § 116 AFG; BSGE 40, S. 190 ff.

<sup>34</sup> S. mein Beitrag, Individualisierende Streikendämmung. Das Urteil des Bundessozialgerichts zur Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit, KJ 1978, S. 50 ff.

<sup>35</sup> AP (Fn. 33), Bl. 7.

<sup>36</sup> LSG Bremen, Beschl. v. 22. 6. 1984, NZA 1984, S. 133 ff.; Hessisches LSG, Beschl. v. 22. 6. 1984, NZA 1984, S. 100 ff.

Bundesanstalt für Arbeit, Franke, in einem Schnellbrief an die Landesarbeitsämter und Arbeitsämter folgendes angeordnet:<sup>37</sup>

»Zu der Frage, ob bei mittelbar arbeitskampfbedingtem Arbeitsausfall im fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages, aber außerhalb des Arbeitskampfbezirkes, Lohnersatzleistungen (Alg, Alhi, Kug) zu gewähren sind, vertrete ich nach Unterrichtung des Vorstandes der BA die Auffassung, daß ein Leistungsanspruch nach § 4 NeutrA ruht. Ich bitte, entsprechend zu verfahren.

Dieser Auffassung liegt zugrunde, daß bei der gegenwärtigen Tarifrunde in allen Tarifbezirken i.S. des § 4 NeutrA sowohl »nach Art und Umfang gleiche Forderungen« erhoben werden als auch mit dem Arbeitskampf »nach Art und Umfang gleiche Arbeitsbedingungen« durchgesetzt werden sollen. Bei der Beurteilung war entscheidend, daß der in allen Tarifbezirken erhobenen Forderung nach Einführung der 35-Stunden-Woche bei vollem Lohnausgleich die weitaus überragende Bedeutung beigemessen werden muß, so daß die übrigen Forderungen im Verhältnis hierzu nicht mehr als gravierend angesehen werden können.«

Am 12. 6. beschloß das Sozialgericht Frankfurt, am 15. 6. das Sozialgericht Bremen, daß der sog. »Franke-Erlaß« rechtswidrig sei; am 22. 6. beschlossen beide LSGe – Hessen und Bremen – in gleichem Sinne. Mit der Intervention der Sozialgerichte im einstweiligen Rechtsschutz war der Franke-Erlaß vorläufig aufgehoben und wurden nunmehr Lohnersatzleistungen an mittelbar Kampfbetroffene gewährt.

Beide LSGe gingen in ihren Entscheidungen davon aus, daß der Ruhenstatbestand im vorliegenden Falle nicht gegeben sei. Sie befanden, daß weder ein Modellarbeitskampf (i.S. der Konkretisierung des § 116 Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 AFG durch das Bundessozialgericht 1975) geführt werde noch daß Beeinflussungsgefahr (i.S. von § 116 Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 AFG) bestehe. Das LSG Bremen befand, daß »gleich« i.S. von § 4 der NeutrA als »identisch« zu verstehen sei<sup>38</sup>, das Hessische LSG verstand unter »gleich« »fast identisch«<sup>39</sup>. Ungeachtet dieser begrifflichen Divergenz gelangten beide Gerichte zu dem Schluß, daß im Arbeitskampf 1984 – in dem zwar die 35-Stunden-Woche als Forderung im Vordergrund stand, jedoch die konkrete Ausgestaltung wie zusätzliche Forderungen von Tarifbezirk zu Tarifbezirk divergierten – ein Ruhen von Lohnersatzleistungen der Metallbeschäftigte außerhalb der umkämpften Tarifbezirke nicht zu rechtfertigen sei.

Waren so die LSG-Entscheidungen politisch von großer Bedeutung, indem sie die Intervention des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit aufhoben, so muß doch die Tatsache, daß sämtliche Entscheidungen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind, bei der juristischen Würdigung berücksichtigt werden. Rechtsfortbildende oder auch nur verbindlich interpretierende Kraft kann diesen Entscheidungen angesichts ihres vorläufigen Charakters nicht zugeschrieben werden. Insofern wird man sie auch nicht als Indikator der geltenden Rechtslage heranziehen können. Man kann aus ihnen – und möglichen Divergenzen zur Gesetzgebung von 1969 – demnach aber auch keinen Zustand der »Rechtsunsicherheit«, so wie er im Entwurf Dr. Faltlhauser und späteren Entwürfen zur Begründung herangezogen wurde, herauslesen. Aufschluß über die Rechtslage kann allein das Hauptacheverfahren erbringen.

Im Zusammenhang betrachtet zeigen die vier Schichten der vor der Neuregelung bestehenden Rechtslage zu § 116 AFG, daß der Gesetzentwurf Dr. Faltlhauser wie auch alle nachfolgenden Entwürfe und die schließliche Neuregelung keineswegs eine »Klarstellung« der bestehenden Rechtslage waren.<sup>40</sup> Selbst wenn man konze-

<sup>37</sup> Schr. d. Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit an die Landesarbeitsämter und Arbeitsämter v. 18. 5. 1984 – Az. III 14 – 7116 –; auch abgedr. in Hess. LSG (Fn. 36), S. 105.

<sup>38</sup> A.a.O. (Fn. 36), S. 135.

<sup>39</sup> A.a.O. (Fn. 36), S. 105, aber offengelassen S. 102.

<sup>40</sup> So besonders scharf herausgearbeitet von Benda (Fn. 22), S. 61 ff.

dient, daß die Neutralitätsanordnung ungültig war und die Landessozialgerichtsentscheidungen gewisse argumentative Unstimmigkeiten enthielten, kann man doch nicht bestreiten, daß diese Entscheidungen von 1984 mit dem Willen des Gesetzgebers von 1969 und dessen höchstrichterlicher Interpretation von 1975 übereinstimmten. Wo Diskrepanzen entstanden, hätten diese im Instanzenzug des Hauptsacheverfahrens korrigiert werden können.

Die mittelständische Initiative der CDU/CSU-Abgeordneten enttarnt sich so als legislatorisches Nachspiel zum Arbeitskampf 1984, das zum Ziele hatte, die Wiederholung eines solchen Arbeitskampfes zu verhindern.<sup>41</sup> Entgegen konservativen Erwartungen war dieser Arbeitskampf nicht mit einer klaren Abwehr der gewerkschaftlichen Forderungen beendet worden. Mit dem erzielten »Einstieg« in die 35-Stunden-Woche war die Auseinandersetzung um deren »Durchbruch« vorprogrammiert. Dies wollten die Abgeordneten verhindern. Sie wählten den Weg, in erster Linie nicht beteiligte Arbeitnehmer, in zweiter Linie die gewerkschaftliche Streikkasse mittelbar zu bedrohen – einen Weg, der, wäre er nicht durch die Landessozialgerichte vereitelt worden, vielleicht schon den Arbeitskampf 1984 entscheidend verändert hätte. Sie mieden die direkte Regulierung des Arbeitskampfes und wichen in sozialrechtliche Folgeregelungen aus. Der Sache nach wollten sie das Arbeitskampfrecht regeln.

c) Daß es sich bei der Initiative zur Neuregelung des § 116 AFG um den Versuch der Funktionalisierung des Sozialrechts für Zwecke der Arbeitskampfrestriktion handelte, um einen – wie es, freilich wenig hilfreich, in der Literatur immer wieder heißt – »Verteilungskampf zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht«,<sup>42</sup> wird deutlich an der zweiten Etappe der Neuregelung des § 116 AFG: der Auftragsarbeit des ehemaligen BAG-Präsidenten Müller für das Bundesarbeitsministerium zu Fragen des Arbeitskampfrechts und der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit.<sup>43</sup> Vergeben worden war dieses Gutachten im Dezember 1984<sup>44</sup> – nicht zufällig im Monat nach Bekanntwerden des Initiativantrages der mittelständischen CDU/CSU-Abgeordneten. Bundesarbeitsminister Blüm – gewiß ahnend, welche Auseinandersetzungen ihm bei einem Aufgreifen des Vorschlags im eigenen (vor allem CDA-)Lager ins Haus stünden – wollte vermutlich Zeit und Abstand zum Arbeitskampf 1984 gewinnen. Hier wie später setzten sich innerhalb der Union Versuche durch, die Neuregelung des § 116 – die auch von der Arbeitgeberseite gefordert wurde<sup>45</sup> – auf gesetzlicher Ebene zu vermeiden und stattdessen in Dreiergesprächen zwischen Regierung, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden eine wie auch immer gearbeitete Kompromißlösung zu finden.<sup>46</sup> Noch neun Monate nach der Vorlage des Falthauser-Entwurfs jedenfalls – und pikantweise sechs Tage vor der Vorlage des Müller-Gutachtens<sup>47</sup> – bekundete die Regierung, sie habe noch keine regierungsamtliche Position zu § 116 AFG und dem Falthauser-Entwurf.<sup>48</sup>

In diese Strategie der Konfliktvermeidung fügte sich die am 21. August 1985 vorgelegte Stellungnahme des ehemaligen Bundesarbeitsgerichtspräsidenten nicht

<sup>41</sup> So mehr oder weniger wörtlich die CDU/CSU-Abgeordneten Seehofer und Kolb in der ersten Lesung des Entwurfs im Bundestag am 5. 2. 1986: Plenar-Protokoll 10/196, S. 1510/71 und 72/73.

<sup>42</sup> So J. Denck, § 116 AFG und kein Ende, BB 1986, S. 252 ff., 254; Benda (Fn. 22), S. 152; deutlich prägt dieser Streit auch die Kontroverse zwischen Th. Räuser und A. Gagel: NZA 1984, S. 369 ff.; 1985, S. 793 ff.; 1986, S. 113 ff.

<sup>43</sup> Fn. 8.

<sup>44</sup> S. kl. Anfrage BT-Drs. 10/3731.

<sup>45</sup> S. etwa Der Arbeitgeber 24/1985, S. 37; FAZ 23. 8. 1985; FR 18. 1. 1986; FAZ 4. 2. 1986.

<sup>46</sup> S. etwa FAZ 5. 8. 1985; kl. Anfrage BT-Drs. 10/3731; FAZ 23. 8. 1985.

<sup>47</sup> Das Gutachten wurde am 21. August vorgestellt: Spiegel 26. 8. 1985; Metall-Pressedienst v. 21. 8. 1985; FR 23. 8. 1985.

<sup>48</sup> S. o. Fn. 44.

ein. Getreu der (sprachlich mißlungenen, aber sachlich aufschlußreichen) Devise im Schlußsatz des Gutachtens – »Aber auch dieser Vorbehalt ändert nichts daran, sich mit allen Mitteln für die Zurückdrängung des Arbeitskampfes einzusetzen«<sup>49</sup> – unterbreitete Müller dem Gesetzgeber ein breites Spektrum an Instrumenten der Arbeitskampfrestriktion (bei gleichzeitiger Erleichterung der Aussperrung).<sup>50</sup> Interessant an seinen Vorschlägen war nicht nur eine allgemeine Aufwertung des Bundesarbeitsgerichtes im Arbeitskampf – so etwa der Vorschlag einer generellen »besonderen freiwilligen Schlichtung« unter Führung eines Schlichtungsausschusses des Bundesarbeitsgerichts<sup>51</sup>, ferner der einer Direktzuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts für den Erlaß von einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf.<sup>52</sup> Aufschlußreich war vor allem, daß Müller die Instrumentalisierung des Sozialrechts für arbeitskampfrechtliche Ziele forderte. Müllers Vorschlag für eine Neuregelung des § 116 AFG zielte auf die Annäherung des Rechts der Lohnersatzleistungen an das vom Bundesarbeitsgericht 1980 neu strukturierte Recht der Lohnzahlung im Falle mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit (»Arbeitskampfrisikolehre«) ab<sup>53</sup> – dieser Zusammenhang wird uns noch beschäftigen. Müller stellte folgende Formulierung vor (S. 257):

- »(1) Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden. Die Möglichkeit, daß es zu einem Eingriff kommen kann, muß bereits ausgeschlossen bleiben.
- (2) Ist der Arbeitnehmer durch Beteiligung an einem inländischen Arbeitskampf arbeitslos geworden, ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld bis zur Beendigung des Arbeitskampfes.
- (3) Ist der Arbeitnehmer durch einen inländischen Arbeitskampf, an dem er nicht beteiligt ist, arbeitslos geworden, ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld bis zur Beendigung des Arbeitskampfes, wenn
  1. der Arbeitskampf auf einer Änderung der Arbeitsbedingungen in dem Betrieb, in dem der Arbeitnehmer zuletzt beschäftigt war, abzielt, oder
  2. die Gewährung des Arbeitslosengeldes den Arbeitskampf beeinflußt oder die Möglichkeit einer solchen Beeinflussung gegeben ist.
- (4) Absatz 1 gilt insbesondere auch für solche Arbeitskämpfe, deren Ergebnis nach den von den Tarifparteien für wesentlich erachteten Kampfzielen Modell- oder Signalcharakter haben.«

Bedeutsam war an diesem Vorschlag einerseits die Ausweitung des *Beeinflussungstatbestands* auf die bloße Möglichkeit einer Beeinflussung und zum andern die Absenkung der Schwelle zum Ruhentatbestand unter die Anforderungen des Bundessozialgerichts von 1975 durch die weiche Formulierung in Abs. 4. Das vielleicht wichtigste Indiz für die Instrumentalisierung des Sozialrechts in Müllers Stellungnahme war der Vorschlag, rechtliche Auseinandersetzungen um die Anwendung des § 116 AFG der *Arbeitsgerichtsbarkeit* statt der *Sozialgerichtsbarkeit* zu überantworten.<sup>54</sup> Die Realisierung dieses Vorschlags hätte in der Tat § 116 AFG

<sup>49</sup> Fn. 8, S. 374.

<sup>50</sup> S. bereits o. Fn. 8 und 13.

<sup>51</sup> S. 308 ff.

<sup>52</sup> S. 369.

<sup>53</sup> Die BAG-Entscheidungen, die den Übergang von der Betriebsrisiko- zur Arbeitskampfrisiko-Lehrmarkierten (AP Nr. 70/71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), haben das Lohnrisiko mittelbar kampfbetroffener Arbeitnehmer entsprechend dem Kriterium ausgeweitet bzw. eingegrenzt, ob von etwaiger Lohnzahlung ein Einfluß auf die Kräfteverhältnisse im Arbeitskampf ausgehen könnte oder nicht (genauer dazu Mückenberger, Die Dialektik der Partät, DuR 1981, S. 179 ff.). Dasselbe Kriterium würde nach dem Müller-Vorschlag auch für Lohnersatzleistungen gelten. Zur Einschätzung s. meine in Fn. 20 erwähnte Stellungnahme.

<sup>54</sup> A. a. O., S. 361; s. hierzu auch das Kuriosum, daß offenbar noch im März 1986 auch Minister Blüm mit einer solchen Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts sympathisierte (wenn der Bericht in FAZ 7. 3. 86 nicht falsch ist); s. a. Kaiser, NZA 1986, 113.

In der Auseinandersetzung um die Müller-Vorschläge strukturierten sich die gesellschaftspolitischen Fronten, die den späteren Gesetzgebungsprozeß prägten. Daß die Arbeitgeberverbände stark für, die Gewerkschaften vehement gegen die Vorschläge votierten, überrascht nicht.<sup>55</sup> Auffällig aber ist, wie zunehmend die FDP – und dort wiederum vorrangig die mittelständischen Interessen – zur Speerspitze in der Auseinandersetzung für eine Neuregelung des § 116 AFG und, wie es verschiedentlich hieß, des gesamten Arbeitskampfrechts wurde<sup>56</sup>, dabei sogar noch radikalere Vorstellungen entwickelte, als der Falthauser-Entwurf enthielt.<sup>57</sup> Demgegenüber blieb die Union bis in den November 1985 hinein unschlüssig und verlegte sich eher auf Verhandlungslösungen.<sup>58</sup> In der Tat hatten schon die Auseinandersetzungen um die Müller-Vorschläge die Zwiespältigkeit innerhalb der Union und die Angewiesenheit von Bundesarbeitsminister Blüm insbesondere auf den Arbeitnehmerflügel der Union, der sowohl dem Falthauser-Entwurf als auch den Müller-Vorschlägen ablehnend gegenüberstand<sup>59</sup>, deutlich gemacht.

Entgegen dem Drängen der »Falken« im FDP-Lager, entgegen auch dem Drängen der Arbeitgeberseite führte Bundeskanzler Kohl am 5. September – ergebnislos – ein Spitzengespräch mit DGB und BDA durch, appellierte an die Tarifvertragsparteien, eine einverständliche Lösung zu finden<sup>60</sup>, verschob dann aber weiteres Handeln der Regierung auf die Zeit nach der Aktionswoche des DBG vom 15.–19. Oktober 1985<sup>61</sup>. Am 4. November führte auch Blüm noch ein Spitzengespräch mit Gewerkschafts- und Arbeitgebervertretern.<sup>62</sup>

Danach entschloß sich die CDU jedoch, nur noch eine Verschiebung bis zum Jahresende zu dulden und dann gesetzgeberisch tätig zu werden.<sup>63</sup> Für den Fall fehlenden Einvernehmens mit den »Sozialpartnern« sollte, so dpa vom 6. November 1985, über eine klarstellende gesetzliche Neuregelung des § 116 AFG entschieden werden, die verhindere,

»daß bei Streiks auch an solche Arbeitnehmer Kurzarbeiter- und Arbeitslosengeld gezahlt wird, die von streikbedingten Arbeitsausfällen außerhalb des eigentlichen Arbeitskampfgebietes betroffen sind«.<sup>64</sup>

Wie diffus die regierungsamtliche Willensbildung zu diesem Zeitpunkt noch war, zeigt (falls authentisch) das letzte dpa-Zitat. Mittelbare Betroffenheit von *Aussperrungsfolgen* wäre nach diesem Vorschlag nicht umfaßt gewesen, umgekehrt hätte aber auch die mittelbare Betroffenheit von Streikfolgen *außerhalb des sachlichen Geltungsbereichs von Tarifverträgen* zu einem Ruhen geführt.

d) Die Entscheidungsphase für den Regierungsentwurf folgte, nachdem neuerliche

55 S. Der Gewerkschafter 9/95; FAZ 23. 8. 85.

56 Zur Rolle der FDP s. FAZ 23. 8. 85; Frankf. Neue Presse 10. 9. 85 (Haussmann und Brunner entgegen CDU/CSU nicht nur für gesetzliche Neuregelung des § 116 AFG, sondern für Neuregelung des gesamten Arbeitskampfrechts!); Spiegel 16. 9. 85 (FDP-Mittelstandsvertreter drängen und verbinden sich mit CDU/CSU-Mittelständlern).

57 Lt. FR v. 6. 11. 1985 wollte die FDP ursprünglich alle mittelbar betroffenen Arbeitnehmer von Zahlungen ausschließen und lenkte nunmehr erst gegenüber Blüm ein.

58 Zur Haltung der CDU/CSU s. FAZ 5. 8 und 23. 8. 1985; 13. 9. 85; FNP 10. 9. 85; Spiegel 16. 9. 85 (Kohl); Welt 6. 11. 85 (Kohl, Dregger).

59 FR 23. 8. 85 (Scharrenbroich gegen Müller-Vorschläge und gegen Falthauser-Entwurf); Pressmitteilung der KAB Nr. 16/85 v. 1. 10. 85 (desgl.). Die Hauptwiderstände der CDA setzten mit Vorlage des Regierungsentwurfs ein; dazu später.

60 S. FAZ 13. 9. 1985.

61 S. Spiegel 16. 9. 85.

62 S. Tagespresse 5. 11. 85.

63 Ansatzweise Die Welt 6. 11. 85; dezipierter dpa 6. 11. 85.

64 So dpa 6. 11. 1985.

drei seitige Gespräche, erst am 2. und 4. 12. bei Blüm, dann am 10. Dezember bei Kohl keine Einigung erbracht hatten.<sup>65</sup> Nach dem Scheitern der Gespräche im Arbeitsministerium hatten – am 6. Dezember – bereits die Minister Blüm, Schäuble, Bangemann, Engelhard und Zimmermann einen Entwurf erarbeitet<sup>66</sup>, der dem Spitzengespräch bei Kohl zugrundegelegt wurde. Am Tag nach dem Scheitern dieses Spitzengesprächs beauftragte das Kabinett Blüm mit der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs auf der Grundlage des Fünf-Minister-Vorschlags.<sup>67</sup> Am 18. Dezember verabschiedete dann das Kabinett den Regierungsentwurf, den Blüm erarbeitet hatte und der nur unwesentliche Veränderungen gegenüber dem Fünf-Minister-Vorschlag enthielt.<sup>68</sup> Wichtig daran sind die Absätze 1 und 3 von § 116 AFG.<sup>69</sup>

„Absatz 1 erhält folgende Fassung:

›(1) Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden. Ein Eingriff in den Arbeitskampf liegt nicht vor, wenn Arbeitslosengeld Arbeitslosen gewährt wird, die zuletzt in einem Betrieb beschäftigt waren, der nicht dem fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist.‹

Absatz 3 erhält folgende Fassung:

›(3) Ist der Arbeitnehmer durch einen inländischen Arbeitskampf, an dem er nicht beteiligt ist, arbeitslos geworden, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld bis zur Beendigung des Arbeitskampfes nur, wenn der Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt war,

1. dem räumlichen und sachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist oder

2. nicht dem räumlichen, aber dem fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist und im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages, dem der Betrieb zuzuordnen ist, eine Forderung erhoben worden ist, die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang annähernd gleich ist.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht nur, wenn die umkämpften oder geforderten Arbeitsbedingungen nach Abschluß eines entsprechenden Tarifvertrages für den Arbeitnehmer gelten oder auf ihn angewendet würden.«

Mit Abs. 1 S. 2 sollte den Gewerkschaften ein Zugeständnis gemacht werden, indem mittelbar Arbeitskampfbetroffene eines anderen sachlichen Tarifvertrages nicht vom Ruhen umfaßt werden sollten – wie wir noch sehen werden, handelt es sich hierbei jedoch nicht um ein Entgegenkommen, da insoweit bereits die Vorgaben der Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts für ein für die abhängig Beschäftigten günstigeres Ergebnis sorgen.<sup>70</sup> An der vorgeschlagenen Neuregelung des Abs. 3 war die Ziff. 2 bedeutsam. Sie lehnte sich in ihrer Formulierung in gewissem Umfang an § 4 der NeutrA von 1973 an, erhob ihn insoweit in den Rang eines formellen Gesetzes, modifizierte ihn allerdings gleichzeitig nicht unerheblich:

- Statt auf »gleiche« Forderungen sollte es nur noch auf »annähernd gleiche« ankommen.
- Forderte § 4 NeutrA noch nach Art und Umfang gleiche *Forderungen* und nach Art und Umfang gleiche *Arbeitsbedingungen* (bei unterschiedlichen tariflichen Ausgangsbedingungen hätte selbst die gleiche Forderung nicht zu gleichen Arbeitsbedingungen, somit auch nicht zum Ruhen des Anspruches mittelbar Kampfbetroffener im anderen Tarifbezirk geführt), so hob der Regierungsentwurf nur noch auf die annähernde Gleichheit der *Forderungen* ab.
- Sah § 4 NeutrA noch die Forderungserhebung durch die *Gewerkschaften* vor, so sprach der Regierungsentwurf nur noch davon, daß Forderungen »erhoben

<sup>65</sup> S. FR 4.12. 1985.

<sup>66</sup> Abgedruckt in FAZ 12.12. 1985.

<sup>67</sup> Ebda.

<sup>68</sup> Abgedruckt im Handelsblatt 19.12.85; Bericht FAZ 19.12.85.

<sup>69</sup> S. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, BT-Drs. 10/4989 v. 31.1.1986.

<sup>70</sup> S.o. Fn. 51.

worden« sein müssten, ließ also auch die Möglichkeit einer *arbeitgeberseitigen* Definition des umstrittenen Arbeitskampftostes offen. Die Begründung des Entwurfs ließ das Erhoben-Sein vollends diffus:

179

»Eine Forderung braucht aber auch nicht immer von den zur Entscheidung berufenen Gremien ausdrücklich erhoben zu sein. Es genügt, wenn sie nach den Gesamtumständen, d. h. aufgrund konkludenten Verhaltens als erhoben anzusehen ist.«<sup>71</sup>

- Sprach § 4 NeutrA noch von »gleichen Forderungen« – d. h. dem Vergleich der Forderungen in dem Tarifbezirk, in dem gekämpft wird, und demjenigen, in dem mittelbare Kampffolgen eintreten –, so forderte die Neufassung nur noch einen Vergleich zwischen »einer«, und zwar einer »Haupt«-, Forderung des Arbeitskampfes mit »einer Forderung« in dem Tarifgebiet, in dem mittelbare Arbeitskampffolgen eintreten. Der Regierungsentwurf weitete damit das Spektrum möglicher Vergleichbarkeiten erheblich aus, führte dazu noch die schwer definierbare Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenforderungen ein.

Der Regierungsentwurf vom Dezember 1985 strebte somit – darin stimmte er mit der durch § 4 NeutrA geschaffenen Rechtslage, trotz der daran geübten Kritik überein – die Beseitigung des sog. Beeinflussungstatbestandes des § 116 Abs. 3 Satz 1 Zi. 2 AFG i. d. F. von 1969 an<sup>72</sup>, was ihm durchaus Schelte von konservativer Seite eintrug.<sup>73</sup> Er ersetzte diesen Ruhenstatbestand durch einen solchen, der gar nicht auf die »mögliche« Beeinflussung des Arbeitskampfgeschehens durch Lohnersatzleistungszahlung abhob, sondern – ähnlich wie zuvor § 4 NeutrA – auf die mögliche Nutznießerrolle der mittelbar Arbeitskampfbetroffenen am späteren Arbeitskampfergebnis.<sup>74</sup> Dahinter steckte der Anspruch des Entwurfs, sog. »Stellvertreterstreiks« (ein Begriff, der im gesamten Gesetzgebungsverfahren nicht erklärt werden konnte) nicht mit Mitteln der Bundesanstalt für Arbeit zu subventionieren.<sup>75</sup>

Zugleich aber verminderte der Entwurf – darin deutlich abweichend von den Vorgaben sowohl des Bundessozialgerichts von 1975 als auch der Neutralitätsanordnung von 1973 – die Anforderungen *sowohl* an die *Vergleichbarkeit* zwischen den Forderungen im Kampfgebiet und im Gebiet mit mittelbaren Arbeitskampffolgen *als auch* an die *Übernahmegewissheit* im Kampfgebiet durchgesetzter Tarifverträge in den von Arbeitskampffolgen betroffenen Tarifgebieten. Während somit das vorher geltende Recht nur diejenigen von Lohnersatzleistungen ausschloß, denen das Kampfergebnis mit Gewißheit gleichfalls zugutekommen würde, setzte der Regierungsentwurf mittelbar Kampfbetroffene bei nur annähernder Vergleichbarkeit der Forderungen potentiell einer *doppelten Betroffenheit* vom Verlust ihrer Existenzgrundlage aus: Waren sie mittelbar kampfbetroffen, so erhielten sie nach dem Entwurf keine Lohnersatzleistungen; mußten sie aber dann selbst noch für die Übernahme des Tarifergebnisses in den Arbeitskampf treten, so verloren sie nach schon geltendem Recht (§ 116 Abs. 2) erneut Lohn- und Lohnersatzanspruch.

e) Mit der Vorlage des Regierungsentwurfs verschärfte sich erwartungsgemäß der Konflikt zwischen Bundesregierung und Gewerkschaften; zahlreiche Protestversammlungen und Arbeitsniederlegungen fanden statt, aus Protest gegen den Gesetzentwurf.<sup>76</sup> Der Konflikt innerhalb der Union, der seit der Vorlage des Initiativ-

71 S. o. Fn. 69, S. 17; gedruckte Fassung: S. 7.

72 Vgl. oben Fn. 17.

73 So Arbeitgeberverband Gesamtmetall, FR 18.1.1986 (Dok.); auch etwa Isensee (Fn. 22).

74 S. Fn. 69, S. 10; gedruckte Fassung S. 5/6.

75 Die Lektüre der Anhörungsprotokolle vom 26./27. 2. und 10. 3. 1986 erweist, daß insoweit keine juristische Klarheit zu erzielen ist.

76 S. etwa die Dokumentation in Gewerkschaftliche Monatshefte 4/86, S. 242 ff., FAZ 7.3.86.

Antrags Dr. Falthäuser geschwelt hatte, brach offen aus.<sup>77</sup> Führende Christdemokraten des Arbeitnehmerflügels – wie der stellvertretende DGB-Vorsitzende Fehrenbach<sup>78</sup>, der stellvertretende CDA-Vorsitzende Viehof<sup>79</sup>, der frühere Arbeitsminister Katzer<sup>80</sup>, das frühere rheinland-pfälzische DGB-Landesbezirksvorstandsmittel Schapfel<sup>81</sup>, die Katholische Arbeitnehmerbewegung (KAB)<sup>82</sup> –, unter ihnen Bundestagsabgeordnete und Mitglieder des beratenden Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung – wie dessen stellvertretender Vorsitzender Zink<sup>83</sup>, der frühere CDA-Hauptgeschäftsführer Scharrenbroich<sup>84</sup>, der frühere Ausschußvorsitzende Adolf Müller (Remscheid)<sup>85</sup> –, deuteten mehr oder minder offen Widerstand gegen eine Verschlechterung der Rechtslage an und forderten dementsprechend Modifikationen an dem vorgelegten Regierungsentwurf. Die ständig wiederkehrende, wenn auch durch die Fakten widerlegte, Beteuerung Blüms, es handele sich lediglich um eine »Klarstellung« der Rechtslage, mußte auch deshalb von ihm aufrechterhalten werden, weil davon der Konsens innerhalb der CDA abhing.

Aber auch außerhalb des Arbeitnehmerflügels brachen namhafte Christdemokraten aus der Parteilinie aus, ließen zumindest Schwankungen in ihren Positionen erkennen, die bei anderen sozialpolitischen Streitsachen selten sind. So sah etwa der Regierende Bürgermeister von Berlin Diepgen – im Gegensatz zu seinem Senator Scholz<sup>86</sup> – noch im November 1985 angesichts der Änderungsvorschläge die »Waffengleichheit in Gefahr«, schwenkte dann aber im Januar 1986 ein.<sup>87</sup> Auch für den Fraktionsvorsitzenden Dregger war eine Änderung noch im August 1985 nicht aktuell, dann, im Dezember, war sie plötzlich zu einer »kardinalen Frage« geworden.<sup>88</sup> Bekannt wurden auch die Kritik Biedenkopfs, der Entwurf sei nicht der Weisheit letzter Schluß, seine Warnungen vor einer »Augen zu und durch«-Strategie und sein Vorschlag einer Schlichtungsstelle mit einem Neutralen als Vorsitzenden.<sup>89</sup> Blüm selbst favorisierte noch im März 1986 – im Gegensatz zur FDP<sup>90</sup> – eine neutrale Schiedsstelle zur Lösung des Neutralitätsproblems anstelle einer Präsidentenentscheidung<sup>91</sup> – was in eklatantem Widerspruch steht zu dem (noch zu referierenden) Änderungsantrag, der schließlich Gesetz wurde. Nicht zuletzt die zunehmend scharfe Kritik des CDU-Mitglieds Ernst Benda, des früheren Bundesverfassungsgerichts-Präsidenten, – die Anfang November 1985 noch sehr verhalten vorgetragen, dann während der Ausschußanhörungen zunehmend schärfer wurde und sich schließlich in einer vernichtenden Kritik in dem am 24. März 1986

<sup>77</sup> Dazu allgemein *Die Zeit* 24. 1. 1986, S. 25; FAZ 3. 2. 86; FR 4. 2. 86.

<sup>78</sup> Zu Fehrenbach s. FAZ 3. 2. und FR 4. 2. 1986.

<sup>79</sup> Viehof, früher HBV-Vorstandsmittel, dann Ministerialdirektor unter Blüm, wurde seines Postens enthoben, weil er den Gesetzentwurf zu § 116 AFG für rechtswidrig hält: FAZ 23. 12. 85.

<sup>80</sup> Katzer nannte das Regierungsvorhaben »eine bedrückende Perspektive für den Rechtsstaat«, lt. Rau, FAZ 1. 2. 86.

<sup>81</sup> Schapfel schlug lt. FAZ v. 25. 2. 86 vor, das Ruhen erst eintreten zu lassen, wenn die Hauptforderung in beiden Tarifbezirken »nach Art und Umfang gleich ist und die Gewährung des Arbeitslosengeldes des Arbeitskampf zugunsten einer der kämpfenden Vertragsparteien (Kampfpartei und Neutralität) beeinflußt wurde« – ein Vorschlag, der in das geltende Recht noch eine zusätzliche Sicherung eingebaut hätte (*kumulative* Voraussetzung von Partizipations- und Beeinflussungstatbestand!).

<sup>82</sup> S. Fn. 59.

<sup>83</sup> S. FAZ 12. 12. 1985.

<sup>84</sup> Vorher reserviert, s. FAZ/FR 23. 8. 85, schwenkte später aus Gründen der, wie er sagte, »politischen Hygiene« um, s. SZ 6. 2. 1986; s. a. Kommentar in FR 21. 3. 1986.

<sup>85</sup> Starke Änderungswünsche, s. FAZ 23. 12. 1985, später Forderung nach neutraler Schiedsstelle, s. FR 4. 2. 1986.

<sup>86</sup> S. FAZ 1. 2. 1986.

<sup>87</sup> Zu beidem s. FR 9. 1. 1986.

<sup>88</sup> S. erst FAZ 5. 8. 85, dann FAZ 12. 12. 85.

<sup>89</sup> FR 9. 1. und FAZ 3. 2. 1986.

<sup>90</sup> S. FAZ 23. 8. 85.

<sup>91</sup> S. FAZ 23. 8. 85, 3. 2. 86, 7. 3. 86; FR 21. 3. 1986 (Komm.).

vorgelegten Gutachten für die nordrhein-westfälische Landesregierung niederschlug<sup>92</sup> – zeigten sich die aufbrechenden Dissonanzen innerhalb der Union.

Für die Entwicklung im Frühjahr 1986 waren drei Momente ausschlaggebend: der wachsende Widerstand der Gewerkschaften und ihnen nahestehender Kreise – am 6. März 1986 waren selbst nach den zurückhaltenden Angaben der FAZ »mehrere Hunderttausend« während der Arbeitszeit auf den Kundgebungen des DGB –; der aufgebrochene Konflikt innerhalb der Koalition; und schließlich die, ungeachtet aller regierungsamtlichen Propaganda eher zu- als abnehmende Skepsis in der Öffentlichkeit gegenüber dem Gesetzesvorhaben. So wie die Dinge lagen, verfolgte die Regierung letztlich nur noch zwei Ziele: das Gesetzesvorhaben so schnell wie möglich durch Verabschiedung irgendeines brauchbaren Textes von der Tagesordnung zu bringen; und dies mit Hilfe einer Einigungsformel zu tun, die die Quadratur des Kreises versprach: sowohl eine Wiederholung der Ereignisse von 1984 zu vermeiden als auch das geltende Recht nur »klarzustellen«. Nur so konnte sie den Hauptkontrahenten innerhalb des Regierungslagers die Brücke zum Nachgeben ohne Gesichtsverlust bauen.

Die Eile lässt sich daran ablesen, daß der Bundestag genau sechs Wochen und einen Tag Beratungszeit für das Vorhaben hatte – einschließlich der 3 Lesungen, der Ausschußberatungen und der drei ganztägigen Ausschußanhörungen. Zwischen der Einbringung der Änderungsvorschläge, die schließlich Gesetz wurden, und ihrer Verabschiedung durch den Bundestag in dritter Lesung lagen – ohne daß hierzu noch eine offizielle Anhörung hätte stattfinden können – gerade acht Tage. Durch den federführenden Ausschuß wurde der abschließende Entwurf zwischen dem 12. und 14. März förmlich durchgepeitscht.<sup>93</sup> Man sieht dem Gesetz wie auch dem dafür ursächlichen Änderungsantrag von CDU-CSU und FDP an, daß redaktionelle Genauigkeit, systematische Stimmigkeit, verfassungsrechtliche Vertretbarkeit kein Kriterium ihrer Verabschiedung mehr waren – nur noch der Zeitfaktor: »Augen zu und durch«.<sup>94</sup>

Was nun die interne Kompromißstruktur, die »Friedensformel« innerhalb der Koalition, anging, so lag sie (wie häufig) in der Vermeidung einer materiell-rechtlich klaren Entscheidung des Neutralitätsproblems durch Flucht einerseits in eine neue Generalklausel, andererseits in ein Verfahren zu ihrer Konkretisierung. Schon am frühen Nachmittag des 10. März – wohlgemerkt wenige Stunden nach Beginn des dritten Tags der öffentlichen Sachverständigenanhörung über den alten Entwurf – verbreitete dpa die Änderungsleitlinien der CDU-Sozialausschüsse, die in den zwei nachfolgend abgedruckten Vorschlägen das schließlich verabschiedete Gesetz weit hin vorzeichneten:<sup>95</sup>

<sup>92</sup> S. Die Zeit 1. 11. 1985, dann die Protokolle der Ausschußanhörungen, dann das Gutachten (Fn. 22), ferner FAZ 17. 4. 1986.

<sup>93</sup> Der am 18. 12. 85 beschlossene Regierungsentwurf wurde am 20. 12. dem Bundesrat zugeleitet. Am 31. 1. fand die erste Lesung im Bundestag statt, sowie die Überweisung an die Ausschüsse. Der Änderungsantrag ist den Mitgliedern des federführenden Ausschusses am 12. März zur Beratung vorgelegt und am 14. März angenommen worden. Am 20. März fand die 2. und 3. Lesung im Bundestag statt. S. Beschußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (11. Ausschuß), BT-Drs. 10/5214 v. 18. 3. 1986; ferner Plenarprotokoll 10/207 v. 20. März 1986.

<sup>94</sup> Als Beispiele: Der Änderungsantrag von CDU/CSU und FDP – Ausschuß-Drs. 1149 – wies im neugefaßten § 72 Abs. 12 einen nachträglichen Satz 5 auf, der weitgehende Folgen haben dürfte (er ist Gesetz geworden), aber überhaupt keine Begründung erfahren hatte; bei der Konstruktion des Neutralitätsausschusses und der Direktzuständigkeit des BSG nach §§ 116 Abs. 5 und 6, 206a AFG n.F. ist völlig übersehen worden, daß die Entscheidung des BSG keinerlei Wirkung gegenüber individuellen Versicherten haben, somit den Streit nicht wirklich entscheiden kann; daß auch die verfassungsrechtlichen Einwände kaum ernsthaft erwogen wurden, sei nur am Rande vermerkt.

<sup>95</sup> dpa 10. 3. 1986, 14.30.

»— Leistungen sollen nur ruhen, wenn die Hauptforderungen im Arbeitskampf nach Art und Umfang gleich sind, ohne völlig übereinzustimmen.

...  
— Bei der Bundesanstalt soll ein Neutralitätsausschuß gebildet werden, dem neben Vertretern der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer neutrale und vom Bundesarbeitsgericht berufene Mitglieder angehören sollen. Dieser Ausschuß soll über Leistungen in strittigen Fällen entscheiden. Gegen seine Entscheidung soll unmittelbar das Bundessozialgericht angerufen werden können, um den Rechtsweg zu verkürzen und schneller Klarheit für alle Betroffene herzustellen.“

In der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung und der darauf beruhenden Gesetzesfassung<sup>96</sup> taucht die neu kreierte Vergleichsformel »gleich, ohne übereinstimmen zu müssen« etwas verändert auf. Übernommen wurde die Idee eines Ausschusses zur Sicherung der Neutralität. Stärker modifiziert war die Zusammensetzung des Neutralitätsausschusses, die nach den CDA-Vorschlägen Neutralität verbürgen sollte, die in der Gesetzesfassung jedoch wieder das Letztenentscheidungsrecht des Präsidenten der Bundesanstalt vorsieht.

Das schließlich verabschiedete Gesetz lautet in seiner Gesamtheit:<sup>97</sup>

»Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

#### **Artikel 1 Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes**

Das Arbeitsförderungsgesetz vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 582), ... wird wie folgt geändert:

1. In § 70 werden die Worte »§ 116 Abs. 1, 3 und 4« durch die Worte »§ 116 Abs. 1, 3 bis 6« ersetzt.

2. In § 72 wird folgender Absatz 1a eingefügt:

»(1a) Macht der Arbeitgeber geltend, der Arbeitsausfall sei die Folge eines Arbeitskampfes, so hat er dies darzulegen und glaubhaft zu machen. Eine Stellungnahme der Betriebsvertretung ist beizufügen; der Arbeitgeber hat der Betriebsvertretung die für die Stellungnahme erforderlichen Angaben zu machen. Bei der Ermittlung des Sachverhalts (§ 20 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch, § 144 Abs. 1) kann die Bundesanstalt insbesondere auch Feststellungen im Betrieb treffen. Stellt die Bundesanstalt fest, daß der Arbeitsausfall nicht die Folge eines Arbeitskampfes, sondern vermeidbar (§ 64 Abs. 1 Nr. 2) ist, so ist Kurzarbeitergeld für die Anzahl von Tagen, an denen der Arbeitsausfall hätte vermieden werden können, in entsprechender Anwendung des § 117 Abs. 4 zu gewähren. Bei der Feststellung nach Satz 4 hat die Bundesanstalt auch die wirtschaftliche Verwertbarkeit einer Fortsetzung der Arbeit zu berücksichtigen.«

3. § 116 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 erhält folgende Fassung:

»(1) Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden. Ein Eingriff in den Arbeitskampf liegt nicht vor, wenn Arbeitslosengeld Arbeitslosen gewährt wird, die zuletzt in einem Betrieb beschäftigt waren, der nicht dem fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist.«

b) Absatz 3 erhält folgende Fassung:

»(3) Ist der Arbeitnehmer durch einen inländischen Arbeitskampf, an dem er nicht beteiligt ist, arbeitslos geworden, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld bis zur Beendigung des Arbeitskampfes nur, wenn der Betrieb, in dem der Arbeitslose zuletzt beschäftigt war,

1. dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist oder

2. nicht dem räumlichen, aber dem fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist und im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages, dem der Betrieb zuzuordnen ist,

2) eine Forderung erhoben worden ist, die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen, und

<sup>96</sup> S.o. Fn. 93.

<sup>97</sup> S.o. Fn. 1.

b) das Arbeitskampfergebnis aller Voraussicht nach in dem räumlichen Geltungsbereich des nicht umkämpften Tarifvertrages im wesentlichen übernommen wird.

Eine Forderung ist erhoben, wenn sie von der zur Entscheidung berufenen Stelle beschlossen worden ist oder auf Grund des Verhaltens der Tarifvertragspartei im Zusammenhang mit dem angestrebten Abschluß des Tarifvertrages als beschlossen anzusehen ist. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht nach Satz 1 nur, wenn die umkämpften oder geforderten Arbeitsbedingungen nach Abschluß eines entsprechenden Tarifvertrages für den Arbeitnehmer gelten oder auf ihn angewendet würden.“

c) Folgende Absätze 5 und 6 werden angefügt:

»(5) Die Feststellung, ob die Voraussetzungen nach Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 Buchstaben a und b erfüllt sind, trifft der Neutralitätsausschuß (§ 206a). Er hat vor seiner Entscheidung den Fachspitzenverbänden der am Arbeitskampf beteiligten Tarifvertragsparteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

(6) Die Fachspitzenverbände der am Arbeitskampf beteiligten Tarifvertragsparteien können durch Klage die Aufhebung der Entscheidung des Neutralitätsausschusses nach Absatz 5 und eine andere Feststellung begehrten. Die Klage ist gegen die Bundesanstalt zu richten. Ein Vorverfahren findet nicht statt. Über die Klage entscheidet das Bundessozialgericht im ersten und letzten Rechtszug. Das Verfahren ist vorrangig zu erledigen. Auf Antrag eines Fachspitzenverbandes kann das Bundessozialgericht eine einstweilige Anordnung erlassen.“

4. In § 133 Abs. 1 werden folgende Sätze 3 und 4 eingefügt:

»Macht der Arbeitgeber geltend, die Arbeitslosigkeit sei die Folge eines Arbeitskampfes, so hat er dies darzulegen und glaubhaft zu machen; eine Stellungnahme der Betriebsvertretung ist beizufügen. Der Arbeitgeber hat der Betriebsvertretung die für die Stellungnahme erforderlichen Angaben zu machen.“

5. Folgender § 206a wird eingefügt:

»§ 206a

(1) Mitglieder des Neutralitätsausschusses sind die Vertreter der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber im Vorstand sowie der Präsident der Bundesanstalt. Vorsitzender ist der Präsident der Bundesanstalt.

(2) Die Vorschriften, die die Organe der Bundesanstalt betreffen, gelten entsprechend, soweit Besonderheiten des Neutralitätsausschusses nicht entgegenstehen.“

## Artikel 2

### Aufhebung von Anordnungen

Die Neutralitäts-Anordnung vom 22. März 1973 (Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit 1973 S. 365) und die Anordnung zur Ergänzung der Neutralitäts-Anordnung vom 14. Juli 1982 (Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit 1982 S. 1459) werden aufgehoben.

## Artikel 3

### Berlin-Klausel

Dieses Gesetz gilt nach Maßgabe des § 13 Abs. 1 des Dritten Überleitungsgesetzes auch im Land Berlin.

## Artikel 4

### Infrastritten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündigung in Kraft.“

Für die Interpretation interessant sind im vorliegenden Zusammenhang allein die neugefaßten Abs. 3, 5 und 6 des § 116 sowie § 206a AFG.

- Daß die neu geschaffene Formel an die Stelle der alten nur eine neue Generalklausel setzt, insoweit entgegen dem eigenen Anspruch die bisher bestehende relative Gewißheit über die Rechtslage durch eine *erst neu herzustellende* ersetzt, bedarf keiner weiteren Darlegung.
- Auch die als Einschränkung des Ruhens-Tatbestandes zu verstehende Übernahme-Klausel in Abs. 3 Zi. 2b ruht auf interpretationsbedürftigen *Generalklauseln* (»aller Voraussicht nach«/»im wesentlichen«).

- Diffus bleibt (»auf Grund des Verhaltens ... als beschlossen anzusehen«), dazu noch der *Disposition* auch der Arbeitgeberseite (Zi. 2 spricht nur von »Tarifvertragspartei«) unterliegend, welche Forderung »erhoben« ist.

Somit hat das neue Gesetz materiell-rechtlich einen Zustand einer neuen vollkommenen Unklarheit geschaffen. Angesichts der Gegensätze innerhalb der Koalition (1984 unwiederholbar zu machen und doch nur klarzustellen!) kann dies freilich nicht überraschen.

Das gilt auch für das vorgesehene Verfahren der Klärung und Konfliktlösung.<sup>98</sup> In gesellschaftspolitisch brisanten und für rasche Veränderung anfälligen Fragen wie der Lösung des Neutralitätsproblems, mag sachlich naheliegen, an die Stelle einer bestimmt-allgemeinen Norm ein Lösungsverfahren unter Beteiligung der Betroffenen auf der Grundlage einer allgemein gehaltenen normativen Vorgabe zu setzen – genau dies übrigens war die Konstruktion der alten Regelung in den Sätzen 1 und 2 von § 116 Abs. 3!<sup>99</sup> Die Neuregelung geht in dieser Hinsicht jedoch vollkommen fehl:

- Sie zentralisiert (und politisiert damit) die Konfliktlösung, indem sie Sofort-Zuständigkeiten von Spitzengremien, Bundesbehörden und -gerichten begründet, auch wo dezentrale Lösungen in Betracht kämen.
- Die Zusammensetzung des Neutralitätsausschusses gewährleistet weder Sachnähe noch sachliche Unabhängigkeit – der Ausschuß ist letztlich nur legitimatorischer Unterbau des Präsidenten. Insofern sind die Intentionen aller Vorschläge, die um eine neutrale Schlichtungsinstanz bemüht waren, nur scheinbar berücksichtigt, der Sache nach aber abgewiesen worden.
- Die Direktausübung des BSG verkürzt ohne Not den Rechtsweg. Sie eröffnet den (nicht-versicherten) Arbeitgebern das Klagerecht. Vor allem verfehlt sie das selbst gesetzte Ziel einer schnellen Klärung der Rechtslage, da die nach § 116 Abs. 6 AFG n. F. zu treffende BSG-Entscheidung jedenfalls keine Rechtskraftwirkung hinsichtlich der Individualansprüche von Versicherten und deren (ggf. vorläufiger) gerichtlicher Durchsetzung entfalten kann.<sup>99</sup>

Somit bleibt das neue Gesetz seiner materiell-rechtlichen Ausstattung nach diffus, seinen prozeduralen Vorkehrungen nach unsachgemäß und inkonsistent. Es hat die bestehende Rechtslage keineswegs »klargestellt«, sondern verschlechtert. Einmal hat es zahllose neue Unklarheiten geschaffen, die Art und Ausmaß derjenigen des vorher geltenden Rechts wohl um ein Vielfaches übersteigen. Zum anderen hat es diese neuen Unklarheiten auf einem für die Arbeitnehmerseite verschlechterten Niveau eingerichtet – vor allem durch relative Entkopplung der zu vergleichenden Forderungen. Und drittens hat es mit jener neuen Unklarheit auf für Arbeitnehmer ungünstigerem Niveau letztlich dem Präsidenten der Bundesanstalt doch wieder jenes »wertende Ermessen« bei der Vorenthalterung der Lohnersatzleistungen eingeraumt, das das BSG 1975 (ironischerweise um der staatlichen Neutralität im Arbeitskampf willen!) so weit wie möglich hatte stutzen wollen.

Wie man es auch dreht und wendet: das neue Recht hat Erhebliches verändert. Käme es demnächst zu einer Neuauflage der Auseinandersetzung um die 35-Stunden-Woche, so könnte – das ist der harte Kern der Neuregelung – der Präsident der Bundesanstalt seine (1984 rechtswidrige) Intervention durch Entzug der Lohnersatzleistungen für mittelbar Betroffene desselben Tarifbereichs auf eine neue

<sup>98</sup> Vgl. hierzu meine gegenüber dem Ausschuß abgegebene ergänzende Stellungnahme zum Änderungsantrag; ferner das Wortprotokoll der Sachverständigenanhörung, die die SPD-Bundestagsfraktion zum Änderungsantrag der CDU/CSU und FDP durchführte, nachdem die Ausschußmehrheit eine amtliche Anhörung zu diesem Thema verweigert hatte: Bonn, am 18. März 1986.

<sup>99</sup> So das einhellige Ergebnis der von der SPD mit den Sachverständigen Döubler, Grunsky, Mückenberger und Schulz durchgeföhrten Anhörung (oben Fn. 98).

*Rechislage stützen.* Gleichermaßen würde für den Metallarbeitskämpfen von 1971, 1973 und 1978 analoge Auseinandersetzungen gelten. So kann man zwar am Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens beobachten, daß der Weg vom Entwurf Dr. Faltlhauser bis zum Bundesgesetzblatt durch nicht zu unterschätzende Abschwächungen des beabsichtigten Ruhens der Lohnersatzleistungsansprüche geprägt ist. Aber im harten Ergebnis hat sich die Gruppierung um den Entwurf Dr. Faltlhauser gegen die Widerstände auch aus der CDU-Arbeitnehmerschaft durchgesetzt.

### 3. Das Ergebnis

Betrachtet man sämtliche möglichen Fälle, in denen während eines bezirklich geführten Arbeitskampfes ein Ruhen von Lohnersatzleistungsansprüchen in Betracht kommt, so erlangt man vier Gruppen arbeitskampfbedingter Arbeitsausfälle (1: Arbeitskampfbeteiligung, 2: mittelbare Betroffenheit im fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags, 3: mittelbare Betroffenheit innerhalb des fachlichen, aber außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches dieses Tarifvertrages, 4: mittelbare Betroffenheit außerhalb des fachlichen Geltungsbereiches dieses Tarifvertrages). Diese Fallgruppen lassen sich danach unterscheiden, ob sie auf einen Streik (S 1 bis 4) oder auf eine Aussperrung (A 1 bis 4) zurückzuführen sind.

Anhand dieser Kasuistik lassen sich die durch die Neuregelung von § 116 AFG eingetretenen praktischen Veränderungen festmachen:

- Fall S 1:* Der Anspruch auf Lohnersatz *entfällt vor* (§§ 116 Abs. 2 AFG a. F., § 1 NeutrA) wie *nach* der Neuregelung (§ 116 Abs. 3 AFG n. F.).
- Fall A 1:* *dto.*
- Fall S 2:* Der Anspruch auf Lohnersatz *entfällt vor* (§§ 116 Abs. 3 Satz 2 Zi. 1 AFG a. F., 2 und 3 NeutrA) wie *nach* der Neuregelung (§ 116 Abs. 3 Zi. 1 AFG n. F.).
- Fall A 2:* *dto.*
- Fall S 3:* Der Anspruch auf Lohnersatz *bestand vor* der Neuregelung in der Regel, es sei denn, ein *Modellarbeitskampf* lag vor (§§ 116 Abs. 3 Satz 1 Zi. 1 AFG a. F., 4 NeutrA; BSG 1975, LSGe Hessen und Bremen 1984). *Nach* der Neuregelung *ruht* er bei *Gleichheit ohne Übereinstimmung* und den übrigen Vorkehrungen in § 116 Abs. 3 Zi. 2 AFG n. F.
- Fall A 3:* *dto.* – mit der Besonderheit, daß das *Ruhen* nach der Neuregelung ggf. aus der *Gleichheit der von Arbeitgeberseite erhobenen und mu einer (Angriffs-)Aussperrung verfolgten Forderung* resultieren kann (§ 116 Abs. 3 Zi. 2 Satz 2 AFG n. F.).
- Fall S 4:* Der Anspruch auf Lohnersatz *besteht vor* (§§ 116 Abs. 3 Satz 1 Zi. 1 AFG a. F. *arg. e contr.*, 4 NeutrA *arg. e contr.*; BSG 1975) wie *nach* der Neuregelung (§ 116 Abs. 1 Satz 2 AFG n. F.).
- Fall A 4:* *dto.*

Die Neuregelung hat somit ausschließlich praktische Wirkungen in den Fällen S 3 und A 3. Sie nimmt die mittelbar Betroffenen desselben Organisationsbereichs im anderen Tarifgebiet zur Geisel der Kampfparteien im umkämpften Tarifgebiet und erhöht so (erklärtermaßen) den »Binnendruck« der kampfführenden Gewerkschaft.

im umkämpften Tarifgebiet auf Abkürzung des Arbeitskampfes.<sup>100</sup> Vieles spricht dafür – darauf werde ich im nächsten Aufsatz eingehen –, daß diese Geiselnahme vor allem unter den spezifischen Produktionsstrukturen, die im Metallbereich bestehen, greifen wird, insoweit branchenspezifisch wirkt.<sup>101</sup> Daß die Neuregelung auch – wie öfters von ihren Befürwortern behauptet – die Fälle S 4 und A 4 betreffe, indem sie *fachfremde* Arbeitnehmer vom Risiko des Ruhens von Lohnersatzansprüchen befreie, erweist sich in der obigen Übersicht als falsch. Der neue Satz 2 des § 116 Abs. 1 AFG wiederholt nur die geltende Rechtslage (wahrscheinlich die einzige unbestrittenmaßen nur »klarstellende«, darum allerdings auch überflüssige, Bestimmung des neuen Gesetzes!).

Im übrigen entfaltet die obige Kasuistik, nach dem bisherigen Stand der Darstellung, noch wenig Aussagekraft – insbesondere erweist sich die Differenzierung nach Streik- und Aussperrungsfolgen (noch) als unergiebig. Tatsächlich ermöglicht eine auf Lohnersatzleistungen und deren etwaiges Ruhen beschränkte Kasuistik – mag sie auch den Effekt der *Neuregelung des § 116 AFG* transparent machen – keine vollständige Einschätzung, wie (vor wie nach der Neuregelung) die Risiken für Arbeitskampffolgen insgesamt verteilt sind. Eine solche Einschätzung wird erst möglich, wenn auch das Schicksal des *Lohnanspruchs* (bei dessen Ausfall sich erst die Frage nach einem etwaigen Lohnersatzanspruch aktualisiert), als Vorfrage dazu die Arbeitskampf- (insbesondere Aussperrungs-)freiheit, in die Betrachtung der Risikoverteilung bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen einbezogen wird.

Es wird sich herausstellen, daß überhaupt erst die gesetzliche Regelung des § 615 BGB aushebelnde »Betriebsrisikolehre« (seit 1923) das Problem der mittelbaren Fernwirkungen von *Streiks* (vor allem im *Fall S 3*) von einem Problem der *Lohn-* zu einem solchen der Lohnersatzansprüche machte und daß erst die 1980 vollzogene Umkehr von der Betriebsrisikolehre zur Lehre vom »Arbeitskampfrisiko« das Problem mittelbarer Fernwirkungen von *Aussperrungen* (vor allem im *Fall A 3*) gleichfalls von einem Problem der *Lohn-* zu einem solchen der Lohnersatzansprüche machte. Die Neuregelung des § 116 AFG entfaltet ihre Wucht erst durch ihre Verzahnung mit jüngeren Wandlungen der Arbeitskampf- und Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, deren zuweilen zu wenig beachtete Wirkungen sie vervielfacht.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Am deutlichsten drückte sich hier wie häufig Lambdorff aus, der außerte: »Die Gewerkschaften wissen, daß sie nur die Alternative haben, entweder an die drübetroffenen Arbeitnehmer zu zahlen, was sie nicht können; oder die Mitgliedsbücher mit dem Container abzuholen«, lt. FR 14.12.1985.

<sup>101</sup> Dies in seinen rechtlichen Implikationen herauszuarbeiten, war Kern meiner in Fn. 20 genannten Stellungnahme.

<sup>102</sup> Diese Verzahnung zu untersuchen und im Lichte dessen den geänderten § 116 AFG sozialpolisch und verfassungsrechtlich zu würdigen, wird Aufgabe eines zweiten Aufsatzes sein.