

Eva Kocher

Die Arbeitsverfassung als Gegenstand des Sozialstaatsgebots

Die Koalitionsfreiheit bei Helmut Ridder und heutige Spuren

Ridder formulierte seine Thesen zum Verhältnis des Sozialstaatsgebots zur Koalitionsfreiheit und zu Gewerkschaftsrechten im Kontext eines konkreten Konflikts und Rechtsstreits. In einem Rechtsgutachten für die IG Metall arbeitete er seinen verfassungsrechtlichen Ansatz erstmals aus und entwickelte ihn später in „Die soziale Ordnung des Grundgesetzes“ weiter.¹

Ohne den Anspruch, Ridders Konzeption der Koalitionsfreiheit und des Sozialstaatsverständnisses dogmatisch oder historisch zu analysieren,² werde ich im Folgenden meine Lektüre des Gutachtens nutzen, um den „schwankenden Boden“³ der heutigen arbeitsrechtsdogmatischen Debatten⁴ zu reflektieren.

A. Ridders Rechtsgutachten von 1958

1. Der Anlass: Arbeitskampf in der Metallindustrie Schleswig-Holsteins

1956/57 fand in der schleswig-holsteinischen Metallindustrie der längste Arbeitskampf in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland statt, 16 Wochen lang mit insgesamt 34.000 Personen – ein Ereignis, das schon von damaligen Zeitgenoss*innen als herausragend begriffen wurde und das Michael Kittner als dasjenige Ereignis identifiziert hat, mit dem die IG Metall als wichtiger „Player“ in die Geschichte der Bundesrepublik eingetreten ist.⁵ Der Streik war Gegenstand eines langen Rechtsstreits und lieferte den Anlass für eine erste große Welle der Verrechtlichung des Arbeitskampfs. Nicht zuletzt die Aussage des BAG, ein Rechtsirrtum hinsichtlich der Tarifwidrigkeit eines Arbeitskampfs sei in

1 Zur Bedeutung des Gutachtens für die spätere Abhandlung vgl. auch Friedhelm Hase, Helmut Ridders Überlegungen zum Sozialstaatsgebot, KJ 1999, 295-300 (295).

2 Die Form des Workshop-Inputs wurde im Wesentlichen beibehalten; der Text wurde für die Veröffentlichung nur vereinzelt mit weiterführenden Hinweisen versehen.

3 So Peter Derleder über den Ertrag der Ridder-Lektüre für die „festgeschriebene heutige Grundrechtsdogmatik“ (Peter Derleder, Über Helmut Ridder, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare JuristInnen. Band 2, Baden-Baden 2016, 409-424, (417); vgl. schon Peter Derleder/Dieter Deiseroth, Der Erste nach dem Krieg. Zum 80. Geburtstag von Helmut Ridder, KJ 1999, 254-262).

4 Hase (Fn. 1), 298 ff. bezieht seine Lektüre demgegenüber auf das Sozialversicherungsrecht.

5 Michael Kittner, 50 Urteile. Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main 2019, 287.

der Regel vermeidbar, hatte u.a. die Aufwertung des Justitiars bei der IG Metall zur Folge.⁶

Der 1. Senat des BAG hielt jedenfalls am 31. Oktober 1958 unter seinem Vorsitzenden Hans Carl Nipperdey⁷ die IG Metall zum Ersatz aller aus dem Streik entstandenen Schäden für verpflichtet.⁸ Das Urteil stützte sich auf eine Interpretation der Schlichtungsvereinbarung, die 1955 zwischen der IG Metall und dem Arbeitgeberverband Gesamtmetall abgeschlossen worden war.⁹ Diese regelte in § 6 Abs. 2, dass „Beschlüsse über Durchführung von Kampfmaßnahmen erst 5 Tage nach dem Scheitern der Verhandlung gefasst werden“ dürfen. Den Beschluss über die Durchführung einer Urabstimmung hatte die IG Metall aber noch innerhalb dieser Frist gefasst, und das BAG wertete nun nicht nur die Urabstimmung selbst als Kampfmaßnahme, sondern auch bereits den „verlautbarten“ Beschluss (der den Mitgliedern gleichzeitig empfahl, für den Streik zu stimmen).

Nach Abschluss des Verfahrens bezifferte der Arbeitgeberverband den zu leistenden Schadensersatz auf 38 Millionen DM. Die IG Metall erhob Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil. Zu einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung kam es aber nicht. Nach langjährigen Verhandlungen wurde 1964 eine neue Schlichtungsvereinbarung abgeschlossen;¹⁰ die Arbeitgeberseite verzichtete auf Schadensersatz, und die IG Metall nahm die Verfassungsbeschwerde zurück.

2. Ridders Gutachten: die Schlichtungsvereinbarung ist teilweise unwirksam

Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gaben sowohl die IG Metall als auch der Arbeitgeberverband der Metallindustrie Schleswig-Holstein eine Reihe von Gutachten in Auftrag. Helmut Ridder verfasste eines der Gutachten für die IG Metall.¹¹

Das BAG-Urteil warf eine ganze Reihe verfassungsrechtlicher, arbeitsrechtlicher, aber auch haftungsrechtlicher Fragen auf.¹² Ridders Gutachten beschäftigt sich ausschließlich

6 Michael Kittner, *Arbeitskampf: Geschichte, Recht, Gegenwart*, München 2005, 635.

7 Zu ihm z.B. Kittner (Fn. 5), 13; Ulrich Preis, Hans Carl Nipperdey – mythische Leitfigur des herrschenden deutschen Arbeitsrechts, *AuR* 2016, G 9.

8 BAG, 31.10.1958 – 1 AZR 632/57, BAGE 6, 321 ff.

9 Zu dieser Vorgeschichte: Kittner (Fn. 6), 630.

10 Ausführlich zur Schlichtungsvereinbarung und ihrer Vor- und Nachgeschichte: Kittner (Fn. 6), 630 ff.

11 Helmut Ridder, *Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Rechtsgutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Urteils des Bundesarbeitsgerichts vom 31. Oktober 1958*. Siehe auch die Zusammenfassung aller Gutachten bei Wilhelm Reuss (damals Staatssekretär), „Koalitionsfreiheit“, *AuR* 1961, 289 ff. Die Gutachten von Werner Weber, Ulrich Scheuner und Rolf Dietz für den Arbeitgeberverband der Metallindustrie Schleswig-Holstein wurden 1961 gesammelt unter dem Titel „Koalitionsfreiheit“ im Verlag Franz Vahlen veröffentlicht. Für die IG Metall schrieben Thilo Ramm (Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung, 1960; Kampfmaßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht, 1962), Wengler (Die Kampfmaßnahme im Arbeitsrecht) und Helmut Ridder, ebd.; siehe auch Wolfgang Abendroth, *Innengewerkschaftliche Willensbildung, Urabstimmung und „Kampfmaßnahme“*, *AuR* 1959, 261; Hessel, *BB* 1959, 416 (beide von Ridder zitiert).

12 Ein wichtiger Punkt waren z.B. Kausalitätsfragen des Schadensersatzrechts; das BAG hatte die IG Metall zum Ersatz des gesamten Schadens für verpflichtet gehalten, ohne Reserveursachen zu berücksichtigen (BAG [Fn. 8]).

mit einer der anstehenden Fragen, allerdings mit der entscheidenden: Konnte die Schlichtungsvereinbarung zwischen IG Metall und Arbeitgeberverband Rechtsgrundlage für ein Verbot der Urabstimmung oder des Beschlusses über die Urabstimmung sein?

Ridders Antwort lautete: „Ius publicum privatorum pactis mutari nequit!“, d.h.: Öffentliches Recht kann durch Vereinbarung Privater nicht geändert werden. Das entscheidende Argument, mit dem er die teilweise Unwirksamkeit der Schlichtungsvereinbarung begründete, bestand also in der Herausarbeitung eines „öffentlich-rechtlichen“ Charakters des Beschlusses und der Urabstimmung.

Während das BAG der Meinung war, die Schlichtungsvereinbarung folge aus der Vertragsfreiheit, die es in Art. 2 GG verortete, ordnete Ridder die „Betätigungen der Koalitionsfreiheit“, die in der Schlichtungsvereinbarung geregelt waren, einem „öffentlichen Status“ der Gewerkschaften zu – bzw. der „aus beiden Koalitionen bestehenden Rechtserzeugungseinheit“. An diese sei faktisch eine staatliche Funktion delegiert worden. Eine Gewerkschaft könne sich zwar durchaus rechtswirksam verpflichten, bestimmte Tätigkeiten, Maßnahmen oder Arten des Agierens nach außen zu unterlassen. Der Positionen des „normsetzenden“¹³ Tätigwerdens dürfe man sich hingegen nicht freiwillig begeben. Diese Tätigkeiten vollzögen sich im öffentlichen Raum; sie könnten nicht mit der aus Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten allgemeinen Handlungsfreiheit in Zusammenhang gebracht werden.

Zwei Überlegungen erweitern das Verständnis des „öffentlichen Status“. Über die Argumentation zur Normsetzung hinaus werden zum einen Vorgänge der Entscheidungsfindung – wie die Urabstimmung – als der vertraglichen Regelung nicht zugänglich gekennzeichnet, weil sie für das innere Leben der Gewerkschaft wesentliche Elemente einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung übernähmen.

Und zum anderen werden die demokratischen Anforderungen an die gesellschaftliche Sphäre der Koalitionsfreiheit als genuin konflikthaft und in einem Gegnerverhältnis stehend charakterisiert: Wenn eine Schlichtungsvereinbarung Angelegenheiten der internen Entscheidungsfindung der Gewerkschaft regelt und diese damit ihrem Vertragspartner Einfluss in diesem Bereich eröffne, verstoße dies gegen die Grundsätze der „Gegnerfreiheit“ und „Unabhängigkeit von der Gegenseite“: „Die Möglichkeiten gegenseitiger rechtlich-institutioneller und rechtsvertraglicher Bindungen zwischen den verschiedenen Gruppen der freien Gesellschaft mit identischen Interessenobjekten müssen notwendig da ihre Grenze finden, wo solche Bindungen den durch die natürliche Heterogenität der Interessen bedingten Pluralismus verwischen und damit die Chancengleichheit der Interessen beseitigen würden.“

Ob das Gutachten wirklich eine „für die Gewerkschaften außerordentlich wichtige Schrift“ war,¹⁴ ist eher zu bezweifeln; jedenfalls haben es die Gewerkschaften und ihre Jurist*innen nicht als solche gesehen (und es hat auch nicht so viel Streit verursacht wie Ramms Gutachten).¹⁵ Kittner (der frühere Justitiar der IG Metall) erwähnt Ridders Gutachten in seinen historischen Rückblicken gar nicht.

13 Anführungszeichen von Ridder.

14 Derleder (Fn. 3), 415.

15 Thilo Ramm, KritV 2009, 115 (129, dort in Fn. 58); er meint hier u.a., „mit dem Verlust meiner juristischen Karriere [bezahlt]“ zu haben, und klagt, „die radikalste deutsche Gewerkschaft blieb [aus finanziellen Erwägungen] in der Tradition der Weimarer Republik, die eigene Position nicht mit aller Entschiedenheit zu verteidigen.“; siehe auch die Antwort hierauf von Michael Kittner, „Der Zeitzeuge“ und die Toten, KritV 2009, 427 ff. und Kittner (Fn. 5).

In gewisser Weise ist auch dieses Gutachten ein Beispiel dafür, was Franz Böhm gemeint haben mag mit dem von ihm überlieferten Satz: „Sie [Ridder] schaffen es, mit einem Bogenspannen fünf Pfeile gleichzeitig in verschiedene Richtungen abzuschießen.“¹⁶ Die Zuordnung der gewerkschaftlichen Willensbildung zum Bereich des „Öffentlichen“ hätte die konkrete Verfassungsbeschwerde zwar zu dem Ergebnis geführt, das sich die IG Metall wünschte. Langfristig konnte sie aber Einschränkungen nicht nur der Vereinbarungs- und Tariftmacht begründen, sondern auch Argumente für ein Verbändegesetz liefern, und damit für gesetzliche Regelungen der internen gewerkschaftlichen Willensbildung. Die konkrete Argumentation zur Rechtswidrigkeit der Schlichtungsvereinbarung wird jedenfalls zu einem Zeitpunkt, zu dem die Tarifparteien über eine kompromissweise Neufassung der Schlichtungsvereinbarung verhandelten, nicht nur gut angekommen sein.

B. Soziales Recht und Arbeitsverfassung

1. Koalitionsfreiheit als öffentliche Funktion

Ridders Verständnis der Koalitionsfreiheit ergibt sich letztlich aus seiner ganz eigenen Interpretation des Sozialstaatsgebots: Die Koalitionsfreiheit sei hier in ihrem „spezifisch sozialstaatlichen Aspekt“ betroffen. Dieser betreffe die dritte Dimension des Sozialstaatsgebots, die neben dessen Leistungsdimension und grundrechtliche Dimension trete. „Das rein geistige Einwirken auf die Arbeitsnormenschöpfung“ ordnet er dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit, also der zweiten Dimension des Sozialstaatsgebots zu, während dessen dritte Dimension sich auf eine Gewährleistung der demokratischen Grundlagen in der „politischen Gesellschaft“ richte.

Die Sozialstaatsklausel lege insofern auch die Verfassung gesellschaftlicher Organisationen auf bestimmte Grundprinzipien fest, insbesondere auf Demokratie als „Lebensform der Gesellschaft“. Dieser „gesellschaftsdemokratisierende Effekt des Sozialstaatsgebots“ finde soweit Anwendung, wie die „Gesellschaft“ staatsbezogen sei: Art. 20 Abs. 1 GG proklamiere und postuliere mit dem sowohl „demokratischen“ als auch „sozialen“ Staat die gleichschrittliche Entfaltung von Demokratie in der „staatlichen“ und in der „gesellschaftlichen“ Sphäre, die beide unter der sie ordnenden Verfassung stünden, aber vom Recht in der Weise unterschiedlich ausgerüstet blieben, dass „Kompetenz“ (zu rechtsverbindlicher Entscheidung) das Signum der „staatlichen“ und „Freiheit“ das Signum der „gesellschaftlichen“ Sphäre sei.

2. Das „Soziale Recht“

Ridders Verständnis der Koalitionsfreiheit beruht vor allem auf der Identifizierung einer dritten Sphäre zwischen „Privatgesellschaft“ und der „als Staatsorgan handelnde[n] Gesellschaft“ in einer „Dreifältigkeit“ von Existenzformen der Gesellschaft.¹⁷ Die dritte Sphäre, d.h. die „freie politische Gesellschaft“ wird dem Sozialen im Sinne des Sozialstaatsgebots zugeordnet.

¹⁶ Zitiert nach Derleder/Deiseroth (Fn. 3), die keine Fundstelle angeben.

¹⁷ Ridder (Fn. 11), dort in Fn. 57a.

Damit relativiert er implizit den Dualismus von Privat, Gesellschaft, Wirtschaft und Markt auf der einen Seite, und Öffentlich, Staat und Politik auf der anderen Seite. Dieser Ansatz richtet sich einerseits gegen die Annahme, die sogenannte fehlende Entscheidung des Grundgesetzes in Bezug auf die Wirtschaftsverfassung bedeute, dass der Wirtschafts- und Sozialordnung volle Autonomie gegenüber der politischen Ordnung zukommen müsse. Sie macht andererseits in der Gesellschaft eine Sphäre der Politik und des Öffentlichen aus, die nach demokratischen Prinzipien gestaltet sein müsse.¹⁸ Die rechtliche Sphäre des Gesellschaftlichen verortet er dabei beim Begriff „Sozialstaat“.

Bereits in der Weimarer Republik hatte es Ansätze gegeben, einen spezifischen Begriff von der Eigendynamik dieser gesellschaftlichen Sphäre zu entwickeln. Eine wichtige Rolle spielte damals der Begriff des „sozialen Rechts“, formuliert von Sinzheimer, Radbruch, Kelsen und anderen mit dem Ziel, entsprechend der „soziologischen Methode“ und der „Anerkennung des Menschen im Recht“ die realen Machtverhältnisse hinter der formalen Gleichheit der Rechtssubjekte und insofern den Menschen in seiner sozialen Einbettung in den Mittelpunkt zu stellen:¹⁹ „Das soziale Recht erfasst den Menschen nicht als Person, sondern als soziales Wesen.“²⁰

Mit dem Begriff des „sozialen Rechts“ wurde also versucht, eine Konstellation zu erfassen, die in der Gesellschaft und damit weder allein im Individuum noch allein im Staat liegt. Insbesondere Sinzheimer identifizierte das „Kollektive“ als den eigentlichen Gegenstand des sozialen Rechts, und zwar in konkreten gesellschaftspolitischen Formationen: „Was den einzelnen an Willensmacht entzogen wird, geht über auf neue Willenszentren, die sich über den einzelnen als Träger eigener Befugnisse erheben (Wirtschaftsräte, Kartelle, Koalitionen).“ So konnten kollektive Auseinandersetzungen und Machtkämpfe, insbesondere im Arbeitsleben, in der gesellschaftlichen Sphäre verortet und der Tarifvertrag als „soziales Recht“ verstanden werden.²¹

3. Das Konzept der Arbeitsverfassung

Der Begriff „Soziales Recht“ konnte sich im deutschen Raum nie wirklich durchsetzen und kommt auch in Ridders Gutachten nicht vor. Lediglich in der französischen Rechtsordnung wurde diese Tradition Weimarer Juristen aufgenommen.²²

In seiner weiteren Ausformulierung in der „sozialen Ordnung des Grundgesetzes“ verwendet Ridder aber den Begriff der „Arbeitsordnung“ als Teil der Wirtschaftsord-

18 Ridder beruft sich hier insbesondere auf Wolfgang Abendroth, der ebenfalls Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit „mit dem Moment der Demokratie“ verknüpft hatte.

19 Achim Seifert, „Von der Person zum Menschen im Recht“ – zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer –, SR 2011, 62 (65 f.); siehe auch Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht*, Göttingen 1927, 5 (wieder aufgelegt 1957); zu Sinzheimers Vorstellungen auch Sandro Blanke, *Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900*, Tübingen 2005, 101; Rainer Erd, in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen: Eine andere Tradition*. Band 1, Baden-Baden 1988, 282; zum Konzept des „sozialen Rechts“ bei Radbruch: Hans-Peter Schneider, in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen*. Band 1, Baden-Baden 1988, 295, 301.

20 Hugo Sinzheimer, *Der Wandel im Weltbild des Juristen*, *Zeitschrift für Soziales Recht* 1 (1928/29), 2 (3).

21 Blanke (Fn. 19), 113 ff.

22 Seifert (Fn. 19), 62.

nung und lässt damit einen Bezug zur „Arbeitsverfassung“ anklingen, der ebenfalls in der Weimarer Republik entwickelt wurde und der in der arbeitsrechtlichen Debatte bis heute verwendet wird. Mit ihm hatte Hugo Sinzheimer diejenigen Konzepte der Weimarer Reichsverfassung begründet, die Vorstellungen von einer Wirtschaftsdemokratie mit einer Anerkennung des Verbandswesens und der Tarifautonomie (Art. 165 und 151 WRV) verbanden. Dahinter standen Vorstellungen einer Wirtschaftsdemokratie, die mit dem Prinzip des Privateigentums an den Produktionsmitteln bricht und dieses auf ein Gemeinwesen überträgt.²³

Bis heute werden mit dem Begriff der Arbeitsverfassung Projekte verbunden, die Demokratie in die Arbeitsmärkte und Privatunternehmen hineinragen – und die insofern ähnliche Funktionen erfüllen wie Ridders Sozialstaatsverständnis. Mit dem Begriff der „Verfassung“ wird der Blick auf die Methode gerichtet, mit der Institutionen und Akteure rechtlich konstituiert und koordiniert werden.²⁴

Der Begriff der Arbeitsverfassung kann allerdings unterschiedliche Konzepte erfassen. Bereits Ridder hat seine „Arbeitsordnung“ im Sozialstaat im Wesentlichen mit tariflicher Normsetzung identifiziert. In neuerer Zeit wurde er häufig verwandt zur Diskussion von Arbeitsmarktregulierung, „ökonomischer Governance“ und Instrumenten zur Korrektur von Marktungleichgewichten.²⁵ In Sinzheimers und Ridders Tradition hat er aber auch heute noch das Potenzial, Verhältnisse zwischen Arbeit, Demokratie, Staat und Kollektivakteuren rechtlich auszuformulieren, die demokratische und partizipative Grundsätze verwirklichen könnten.²⁶ Ruth Dukes hat zuletzt in „The Labour Constitution“²⁷ wieder gezeigt, dass und wie es bei der Arbeitsverfassung gerade darum gehen kann, die politischen und demokratischen Ziele von Tarifautonomie, Mitbestimmung und kollektivem Handeln in den Mittelpunkt zu stellen.

C. Der „paritätische Höhenrausch“ im deutschen Arbeitsrecht

Allerdings: Ridder begründete zwar, weshalb die Koalitionsfreiheit eine spezifisch gesellschaftliche Sphäre mit öffentlichen Funktionen schaffe. Als Begründung für die Zuordnung zum „öffentlichen“ Recht berief er sich aber u.a. auf die (in der Frühphase der Bun-

23 Siehe Blanke (Fn. 19), 116; vgl. auch Martin Otto, „Die Materie war rechtlich schwierig.“: Das Arbeitsrecht der Weimarer Republik in Wissenschaft und Praxis am Beispiel des „Ruhreisenstreits“, in: Löhnig/Preisner (Hrsg.), Weimarer Zivilrechtswissenschaft, Berlin 2014, 23-55 (25-28 [zu den arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung]).

24 Guy Mundlak, Carefully stepping on the academic ridge: on Ruth Dukes, The labour constitution, Jurisprudence 9 (2018), 394-397 ff.

25 Florian Rödl, Arbeitsverfassung, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 861 ff.; zu dieser Abgrenzung siehe auch Ruth Dukes, The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law, Oxford 2014.

26 Vgl. schon Thilo Ramm, Die Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1977, 1-6; Eva Kocher, Stoppt den EuGH? Zum Ort der Politik in einer europäischen Arbeitsverfassung, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid. (Hrsg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, Baden-Baden 2009, 161-179; Mark Freedland/Jeremias Prassl, Viking, Laval and Beyond, Oxford 2016, 114; Reinhard Richardi, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung. Von der Zwangsordnung im Arbeitsleben zur Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 2002; im österreichischen Arbeitsverfassungsgesetz von 1974 wird der Fokus auf die kollektive Gestaltung der Erwerbsarbeit gelegt.

27 Dukes (Fn. 25).

desrepublik lange Zeit vorherrschende) „Delegationstheorie“, wonach die Tarifparteien ihre Normsetzungsmacht vom Staat delegiert bekommen hätten.²⁸ Mittlerweile wird die Tarifautonomie hingegen fast einhellig als „kollektive“ oder „kollektiv ausgeübte“ private oder gesellschaftliche Autonomie begründet.

Es gibt gute Gründe für diese Neuinterpretation, die auch mit dem politischen und ökonomischen Umfeld zu tun haben, in dem die Koalitionsfreiheit interpretiert wird. Die Hoffnungen auf Institutionen der „Wirtschaftsdemokratie“ und entsprechender Wirtschaftsverfassung hatten sich für die Bundesrepublik in den 1950er und 1960er Jahren zerschlagen.²⁹ Das kollektive Arbeitsrecht war nun nicht mehr nur „Zwischenschritt auf dem Weg zu einer vollständigen Demokratisierung der Wirtschaft“.³⁰ Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung mussten nun die Aufgaben der Einhegung der kapitalistischen Märkte und Organisationen übernehmen. Oder in den Worten von Michael Kittner: Die Gewerkschaften mussten sich damals „in einer Welt einrichten, in der Fortschritte für ihre Mitglieder im Wesentlichen mit eigenen Mitteln durchgesetzt werden mussten“.³¹ Und sie erhielten damit spätestens seit den 1980er Jahren auch Rückendeckung durch die Rechtsprechung.

Die autonomiebezogenen Ansätze der Rechtsprechung seit 1980 werden im Folgenden mit dem Ziel nachgezeichnet, ihren Gefahren nachzuspüren, die Ridder in seinem Gutachten bereits benannt hatte.

1. Geschichte und Wirklichkeit als Erkenntnisquellen: „kollektives Betteln“

Den entscheidenden Schritt von einer Rechtsprechung, die den Streik mit starken Vorbehalten betrachtete, zu einer Rechtsprechung, die dem gewerkschaftlichen Arbeitskampf grundsätzlich liberal gegenüberstand, machte das BAG mit seinem Urteil des Großen Senats vom 10. Juni 1980, das Aussperrungen im Rahmen der großen Streiks in der Druckindustrie von 1977/78 zu bewerten hatte.³²

Dieses Urteil ging von zwei Prämissen aus, die auch für Ridder wichtig waren: Zum einen würdigte es die Bedeutung der „bisherigen Sozialgeschichte“ für die Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG – wenn auch „nicht im Sinne einer normativen Vorgabe, sondern nur als Erkenntnismittel und Indiz“ – und entnahm ihr Hinweise auf die Bedeutung des Arbeitskonflikts und des Gegenmachtprinzips.³³ Es begründete den Arbeitskampf letztlich, wie von Ridder postuliert,³⁴ aus den „Grundsätzen des freiheitlichen sozialen Rechtsstaates“.

Zum anderen erkannte es – wie von Ridder eingefordert – die fundamentale Ungleichheit und die fehlende „Kampfparität“ der Tarifparteien an, indem es die schematisierende Rede von „Angriffs- und Verteidigungswaffen, von Schlag und Gegenschlag“ ablehnte

28 Eine Rekonstruktion der Debatte im Hinblick auf die Wirkung der Grundrechte findet sich in BAG 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, BAGE 111, 8-22; siehe auch Rupert Scholz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, München 2010, § 175 Rn. 117 m.w.N. zur Diskussion.

29 Vgl. siehe Blanke (Fn. 19), 80 ff.

30 Ebd., 204.

31 Kittner (Fn. 5), 287.

32 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

33 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 72 ff.

34 Helmut Ridder, Urteilsanmerkung, JZ 1961, 273.

und sich um eine realistischere Einschätzung der Machtverhältnisse zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bemühte. So kam das BAG zu einem Ergebnis, das auch Ridder schon vertreten hatte: Aus Art. 9 Abs. 3 GG könne keine „Aussperrungsfreiheit“ hergeleitet werden. Der Streik sei das Mittel der Wahl, um Parität überhaupt erst zu ermöglichen. Der berühmteste Satz aus dem Urteil lautet: „Bei diesem Interessengegensatz wären Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik im allgemeinen nicht mehr als ‚kollektives Betteln‘ (Blanpain)“.³⁵

In dem Urteil nennt das BAG die Kampfparteien auch nicht mehr „Sozialpartner“³⁶ (ein Begriff, den Ridder als irreführend und unlogisches Nebenprodukt des Stinnes-Legien-Abkommens bezeichnet hatte). Leider hat sich der vom BAG 1980 verwandte Begriff des sozialen Gegenspielers aber ebenfalls nicht dauerhaft durchgesetzt – über die EU hat der Sozialpartner-Begriff mittlerweile zu neuer Dominanz gefunden.

2. Kollektiv ausgeübte Privatautonomie statt Delegation staatlicher Aufgaben

Der neue Ansatz kann mit den Erfordernissen der gesellschaftlichen Autonomie erklärt werden, die in den 1970er Jahren Bedeutung gewonnen hatten – es war die Zeit, in der gewerkschaftliche Organisation und Aktivität gesellschaftlich und wirtschaftlich wirksam werden konnten. Es lag insofern aus den unterschiedlichsten Perspektiven nahe, auf „Autonomie“ zu setzen. Der Ansatz, die Tarifautonomie „privatautonom“ zu begründen, setzte sich in der arbeitsrechtlichen Theorie spätestens im Laufe der 1980er Jahre durch und dürfte heute als selbstverständliche Grundlage akzeptiert sein.

Die Grundlagen der Kollektivautonomie wurden in den 2000er Jahren aber noch einmal gründlich hinterfragt; denn der Begriff ermöglicht zwischen „privat“ und „öffentlich“ eine große Bandbreite von Spielarten.

Das BAG hatte schon in seiner Entscheidung von 1980 Interpretationswege angelegt, deren Problematik sich erst in den letzten Jahrzehnten deutlicher erschlossen hat. Es schien einerseits Vertragsfreiheit und Vertragstreue in gewisser Weise als öffentliche Funktionen zu begründen, wenn es sie zu den „Grundlagen des freiheitlichen, sozialen Rechtsstaats (Art. 20, 28 GG)“ zählte. Andererseits brach es nicht mit dem Konzept der Parität. Im Gegenteil, in gewisser Weise radikalisierte es nun die von Ridder kritisierte „rein liberale Wertung des Arbeitskampfs“ als „freies Spiel der wirtschaftlichen Kräfte, das die gegensätzlichen Interessen der am Wirtschafts- und Sozialleben Beteiligten ausbalanciert“, indem es in anderen Formulierungen und im Widerspruch zu den „öffentlichen Funktionen“ Tarifautonomie und Tarifverträge vorrangig einer privatautONOMen Sphäre zuordnete, die als wirtschaftlich konstituierte beschrieben wird: „Tarifverträge sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen Machtausgleich zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu schaffen. Sie bieten eine materielle Richtigkeitsgewähr.“³⁷ Mit dem Streikrecht sei ein Verhandlungsgleichgewicht „angestrebt“; es habe kompensatorische Aufgaben. Dem

35 Martin Franzen, Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte?, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfs, 2005, 141-167 (dort in Fn. 2) vermutet, dass das Bild auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis zurückgeht, weil es dort Bestandteil eines Wortspiels sein könne (collective bargaining, collective begging); zur Herkunft des Ausdrucks bei Blanpain siehe Gregor Thüsing, ZIP 2003, 693 (701 [dort in Fn. 69]).

36 Wie noch in der von Ridder kritisierten Entscheidung von 1958 (Fn. 8).

37 BAG (GS) 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Arbeitskampfrecht falle als „Institution“ der Tarifautonomie die Aufgabe zu, das Gleichgewicht der Kräfte in Form gleichwertiger Verhandlungschancen herzustellen.

Trotz seiner unbestreitbar befreienden und berechtigenden Wirkung für die Gewerkschaften spiegelt sich in dieser Formulierung der „paritätische Höhenrausch“, den Ridder kritisierte, in seiner ganzen Ambivalenz. Er ist letztlich einer marktorientierten Betrachtungsweise geschuldet, die dazu neigt, politische und demokratische Funktionen der Kollektivprozesse zu vergessen. Die verbleibenden Hinweise auf Staatsnähe oder öffentliche Funktionen der Regelungsaufgaben (der Staat habe seine Zuständigkeit zur Rechtsetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrages grundsätzlich den Koalitionen überlassen), werden dementsprechend nicht demokratisch oder sozialstaatlich begründet, sondern mit dem „Interesse einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens.“³⁸

3. Neuere Entwicklungen: Sinnvolle Ordnung als Ziel der Koalitionsfreiheit

In den letzten Jahren gibt es nun Hinweise, wie in diesen Konzepten die Zielsetzung der „Ordnung“ gegenüber den eigenständigen Funktionen von „Autonomie“ die Oberhand gewinnen kann. Besonders deutlich wurde dies in den beiden BAG-Urteilen vom November 2011 zum sogenannten Zweiten und Dritten Weg der christlichen Kirchen. Hier ging es darum, ob die Gewerkschaften gegen diese Kirchen und ihre Einrichtungen wie in allen anderen Bereichen der Erwerbsarbeit Tarifverträge notfalls durch Arbeitskampf erzwingen dürfen, oder ob die Kirchen in Ausübung ihres kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (verfassungsrechtlich in Art. 140 GG bzw. Art. 137 WRV verortet) selbst entscheiden können, ob sie sich auf eine tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen einlassen.

Um diese Urteile angemessen bewerten zu können, muss man zunächst die Ausgangshypothese akzeptieren, eine kirchliche Einrichtung könne arbeitsvertragliche Beschäftigungsformen nutzen, die rechtslogisch mit der Begründung persönlicher Abhängigkeiten verbunden sind, und sich gleichzeitig darauf berufen, dass ihr „Leitbild der Dienstgemeinschaft“ ein konfliktfreies Gemeinschaftsverhältnis begründe, das mit konfliktorientierten Verhandlungsweisen unvereinbar sei. Das BAG ging in seinen Entscheidungen von 2011 nicht nur von dieser (in sich widersprüchlichen) Annahme aus, sondern auch davon, dass die Autonomie des kirchlichen Leitbilds dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Arbeitskampf- und Tarifrecht gegenüber grundsätzlich gleichwertig sei.³⁹ Nach Maßgabe „praktischer Konkordanz“⁴⁰ verlangt es dann, im Gegenzug für die Anerkennung der Dienstgemeinschaft, Zugeständnisse der Kirchen gegenüber den Gewerkschaften.

38 BAG (GS) 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

39 BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, BAGE 144, 1-35 (Zweiter Weg); BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 (Dritter Weg); zur Kritik Hartmut Krefß, Aktuelle Probleme des kirchlichen Arbeitsrechts, ZRP 2012, 103-105; Eva Kocher/Laura Krüger/Clemens Sudhof, Streikrecht in der Kirche im Spannungsfeld zwischen Koalitionsfreiheit und kirchlichem Selbstbestimmungsrecht, NZA 2014, 880-886.

40 Zur Kritik siehe schon Andreas Fischer-Lescano, Kritik der praktischen Konkordanz, KJ 2008, 166-177.

Dieser Kompromiss eröffnet interessante Einblicke in die Vorstellungen des BAG von der Koalitionsfreiheit: Das Handeln der Koalitionen sei darauf gerichtet, den von der staatlichen Rechtsordnung frei gelassenen Raum des Arbeitslebens sinnvoll zu ordnen, indem der typische Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch kollektives Handeln zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werde. Die Möglichkeit zum Arbeitskampf ist danach also vor allem Mittel zum Zweck, um bei Tarifverhandlungen denjenigen Verhandlungsdruck zu gewährleisten, der Angemessenheit und Richtigkeit der Verhandlungsergebnisse garantiere. Das Ziel, ein „kollektives Betteln“ der Arbeitnehmer*innen zu vermeiden, bedeute, dass die Gewerkschaften nicht in die Rolle eines Bittstellers gezwungen werden dürften. So formuliert, kann das Ziel des Streikrechts auch durch irgendein anderes, „kooperatives“ Verfahren erreicht werden: Eine paritätisch ausgestaltete und zwingende Schlichtung mit der Möglichkeit des Schiedsspruchs gewährleiste die praktische Konkordanz der kirchlichen Selbstbestimmung mit Art. 9 Abs. 3 GG. Schließlich gehe es bei dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit letztlich nur darum, Verhandlungsblockaden zu lösen und die Kompromissbereitschaft der Gegenseite (hier: der Kirchen und ihrer Einrichtungen) zu fördern.

Die Koalitionsfreiheit wird hier auf die Gewährleistung eines Verfahrens reduziert, das „richtige“ Ergebnisse verbürgen kann. Man darf sich Arbeitsrichter*innen in der Position der unparteilichen und unabhängigen Vorsitzenden der Schiedskommission vorstellen, der die Weisheit und Objektivität zugesprochen wird, solche Richtigkeit zu verbürgen.

4. Tarifeinheit: Die Angemessenheit von Tarifverträgen als verfassungsrechtlicher Auftrag der Koalitionen?

Ein weiterer Tiefpunkt wurde mit dem Gesetz zur Tarifeinheit und dem dieses für gut heißen Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Jahre 2017 erreicht: Dieses Gesetz enthielt einen auch vom Bundesverfassungsgericht einstimmig und unstreitig als „schwer“ angesehenen Grundrechtseingriff, weil es im Fall von Gewerkschaftskonkurrenzen in einem Betrieb den Tarifverträgen der weniger repräsentativen Gewerkschaften die Rechtswirksamkeit (und damit dem Handeln der betreffenden Gewerkschaften) die Wirksamkeit nahm.

Der Weg zur Rechtfertigung dieses Eingriffs führte über eine „Beschwörungsformel“,⁴¹ die das Tarifeinheitsgesetz in § 4a Abs. 1 TVG verankert hatte: Es diene der „Sicherung der Schutzfunktion, Verteilungsfunktion, Befriedungsfunktion sowie Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrags“. Um diese Funktionen zu gewährleisten, sichere das Gesetz die „Richtigkeitsvermutung“⁴² des Tarifvertrags bzw. dessen Angemessenheit, indem es gewährleiste, dass nicht nur der Machtausgleich zwischen Arbeitnehmer*innen- und Arbeitgeber*innenseite, sondern auch ein horizontaler Interessenausgleich zwischen unterschiedlichen Arbeitnehmer*inneninteressen stattgefunden habe. Das Tarifeinheitsgesetz steht also ganz im Zeichen des „objektiv“ fairen Ausgleichs

41 Reinhard Richardi, Systemwidrigkeit des Tarifeinheitsgesetzes als Quelle der Rechtsunsicherheit, NZA 2015, 915-917.

42 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71, Rn. 145 ff; anders das BAG 21.5.2014 – 4 AZR 50/13: „Angemessenheitsvermutung“.

bzw. der „Vernünftigkeit der Ausgangsbedingungen von Tarifverhandlungen“, von „Verhandlungssymmetrie“ auf Arbeitnehmerseite und der „Gesamtkompromisse“.⁴³

D. Ridder und heute

Ridder hat richtig prognostiziert, in welche Richtung die rechtliche Ausgestaltung laufen würde, wenn „der Verfassungs- und der Gesetzgeber [...] der Illusion anheim[...]fallen [sollten], der Auseinandersetzung zwischen den ‚Sozialpartnern‘ die Chance zuzutrauen, daß sie sich in einen *Integrationsprozeß* verwandeln könne, aus dem schließlich eine strahlende *volonté générale* hinsichtlich der den ‚gemeinsamen Interessen‘ am ehesten dienlichen Gestaltung der Arbeitsordnung hervorgehen würde“. Dann „hätten sie [...] eine organisierte Rechtserzeugungseinheit und möglicherweise noch weitere permanente Verbindungsgremien zum Zwecke der Stimulierung, Kanalisierung, ‚Autonomisierung‘ und ‚Versachlichung‘ der Integrationsvorgänge geschaffen“. Und er hält dieser Vorstellung der „Sozialfriedlichkeit“ die Entscheidung des Verfassungsgebers entgegen, „einzelne Räume dem Machringen von sozialen Kampfgruppen [zu] überlassen“.⁴⁴

Der zugrunde gelegte Begriff einer „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“ mag zwar „schlicht sinnlos“⁴⁵ sein – er bleibt dennoch wirksam. Die Ridder-Lektüre erinnert an die Ideen, die hier Bremsfaktoren⁴⁶ darstellen könnten: Eine Anerkennung der Gesellschaftlichkeit kollektiver Auseinandersetzungen und Konflikte sowie der partizipativen und demokratischen Optionen, die möglicherweise das Sozialstaatsprinzip, aber jedenfalls das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG enthält. Das Konzept der kollektiven Autonomie wäre durchaus ein geeigneter Ausgangspunkt, die spezifischen Demokratiechancen gewerkschaftlicher kollektiver Handlungen zu erfassen – wenn es nicht mit privatwirtschaftlichen Dynamiken identifiziert wird. Es lohnte sich, die Potenziale der Weimarer Diskussionen zum „sozialen Recht“ zu ergründen – der Begriff ist möglicherweise besser geeignet als „Arbeitsverfassung“, um die Beweglichkeit des Mit- und Gegeneinanders unterschiedlicher Akteure, Rechte und normativer Orientierungen zu erfassen.

43 Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 18/4062, 8 ff.; BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., BVerfGE 146, 71, Rn. 153 f. (Tarifeinheit); zur Kritik Jonas Freese, Schlüsselposition mit Blockademaßnahmen, KJ 2017, 497–507 und Eva Kocher, Rechtsunsicherheit als Mittel für eine neue Ordnung der Arbeit, KJ 2017, 508–516.

44 Ridders Gutachten (Fn. 11) (kursiv im Original).

45 Otto Ernst Kempfen, Strukturwandel der Arbeitsverfassung, GMH 1977, 476 (zu BVerfGE 4, 96, 107 f.).

46 Helmut Ridder, Verfassungsreform und gesellschaftliche Aufgabe der Juristen, KJ 1971, 371–377.