

# Ulrich Mückenberger

## Die Reprivatisierung der Arbeitskämpffolgen

281

### 1. § 116 AFG im Kontext neuerer Arbeitskämpfrechts-Entwicklung

Die tatsächliche Wirkung des neugeregelten § 116 AFG<sup>1</sup> läßt sich erst ermessen, wenn man sie mit den jüngeren Wandlungen der Arbeitskampf- und Arbeitskämpfrisikorechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts konfrontiert. Wie zu zeigen sein wird, tendiert zwar die Arbeitskämpfrechtsprechung zu einer (behutsamen) Zurückdrängung der Aussperrung; zugleich weitet aber die Arbeitskämpfrisikorechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – mehr noch als die Betriebsrisikorechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts – die rechtlichen Folgen von Fernwirkungen von Aussperrungen zuungunsten der Arbeitnehmer in einer Weise aus, die im Ergebnis praktisch der Aussperrung selbst gleichkommt. Der Effekt dieser 1980 vollzogenen Ausweitung blieb weithin unbeachtet, da er durch § 116 AFG a.F. in seiner Interpretation von 1975 durch das Bundessozialgericht wie bereits beschrieben<sup>2</sup> nicht auf Lohnersatzleistungen durchschlug. Genau diesen Abmilderungseffekt beseitigt die Novelle zu § 116 AFG; sie läßt damit das Gewicht von Aussperrungen und Aussperrungsfolgen voll auf das Reproduktionsniveau abhängig Beschäftigter durchschlagen. Betrachtet man den Entzug von Lohnersatzleistungen durch den neugefaßten § 116 AFG im Zusammenwirken mit der Neuregelung des Bundessozialhilfegesetzes von 1981 (§ 15b) (dazu unten f), so wird man feststellen, daß von Fernwirkungen eines Arbeitskampfes betroffene Arbeitnehmer – ungeachtet ihres unbestrittenen »Anspruchs« auf Sozialhilfe – im allgemeinen keinerlei staatliche Unterstützung erfahren werden, vielmehr voll auf sich selbst und ihre Angehörigen verwiesen sind. Die Gesamtsicht dieser verschiedenen Regelungsebenen erst erlaubt die Einschätzung, daß in künftigen Arbeitskämpfen – insbesondere sofern diese mit Aussperrungen verbunden sind – die negativen Folgen für die Beschäftigtenseite wie auch die Gewerkschaften immens sein werden. Bei der nachfolgenden Darstellung bediene ich mich der Kasuistik des abgedruckten Schaubildes.<sup>3</sup> Betrachten wir für jeden der acht denkbaren Fälle (S 1/A 1 ... S 4/ A 4) nicht nur das Schicksal von Lohnersatzleistungen, sondern auch das Schicksal des Lohnanspruches, das unmittelbar vom Arbeitskämpfrecht, mittelbar aber auch vom Arbeitskämpfrisikorecht bestimmt wird, so gelangen wir zu vierundzwanzig möglichen Fallkonstellationen, die im beigefügten Schaubild als Quadranten dargestellt

<sup>1</sup> S. U. Mückenberger, § 116 AFG: Stadien eines Gesetzgebungsprozesses, KJ 1986, S. 166 ff. Der jetzt vorgelegte 2. Teil führt meine Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung weiter, abgedruckt in: Stenographisches Protokoll der 91./92./93. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung – 752 – 2450 –, S. 336 ff.

<sup>2</sup> KJ 1986, S. 170–73.

<sup>3</sup> Ebda., S. 185. Dort enthaltene Schreibfehler sind im hier abgedruckten Schaubild korrigiert.

Fallgruppe	Regelungsmaterie	Streik-/ Aussperrungsrecht: Lohnanspruch?	Betriebs-/ Arbeitskampfrisiko: Lohnanspruch?	Arbeitsförderungs- recht: Lohnersatzanspruch?
S 1 Streik		Streik zulässig (BAG 1955, 1971, 1980) → Wirkung: Suspension → kein Lohnanspruch	entfällt	nicht verfügbar (§§ 100 Abs. 1, 103 AFG) → kein Lohnersatz (§ 116 Abs. 2 AFG alt/neu)
A 1 Aussperrung		Aussperrung in Grenzen zulässig (BAG 1980) → Wirkung: i. d. R. Suspension (BAG 1971) → kein Lohnanspruch	wie S 1	wie S 1
S 2 mittelbare Streikbetroffenheit im räumlichen und fachlichen Tarifbereich			Sphärentheorie (RG 1923, BAG 1957 gegen § 615 BGB) Arbeitskampfrisikolehre (BAG 1980) → kein Lohnanspruch	trotz Verfügbarkeit → kein Lohnersatz alt: § 116 Abs. 3 S. 1 Zi. 1 AFG, §§ 2 und 3 NeutrA neu: § 116 Abs. 3 S. 1 Zi. 1 AFG
A 2 mittelbare Aussperrungsbetroffenheit – sonst wie S 2			Arbeitskampfrisikolehre (BAG 1980 gegen § 615 BGB und gegen Sphärentheorie) → kein Lohnanspruch	wie S 2
S 3 mittelbare Streikbetroffenheit im fachlichen, aber außerhalb des räumlichen Tarifbereiches		Streik-/ Aussperrungsrecht nicht einschlägig	Sphärentheorie (1923) Arbeitskampfrisikolehre (1980) → kein Lohnanspruch	alt: Ruhen als Ausnahme (§ 116 AFG, BSG 1975, NeutrA) → i. d. R. Lohnersatz neu: Ruhen bei »gleicher« Forderung (§ 116 Abs. 3 S. 1 Zi. 2 AFG) → i. d. R. kein Lohnersatz
A 3 mittelbare Aussperrungsbetroffenheit – sonst wie S 3			Arbeitskampfrisikolehre (BAG 1980 gegen § 615 BGB und gegen Sphärentheorie) → kein Lohnanspruch	wie S 3 – aber auch Arbeitgeberforderung zu berücks. (§ 116 Abs. 3 S. 1 Zi. 2.1 und S. 2 AFG n. F.)
S 4 mittelbare Streikbetroffenheit außerhalb des fachlichen Tarifbereiches			Arbeitskampfrisikolehre (BAG 1980 mit § 615 BGB gegen Sphärentheorie) → Lohnanspruch	alt: kein Ruhens-Tatbestand (§ 116, BSG 1975, NeutrA) → Lohnersatz neu: § 116 Abs. 1 S. 2 AFG → Lohnersatz
A 4 mittelbare Aussperrungsbetroffenheit – sonst wie S 4			Sphärentheorie (1923) Arbeitskampfrisikolehre (1980) → Lohnanspruch	wie S 4

sind. An diesem Schaubild läßt sich unmittelbar das Ineinandergreifen der drei Regelungsebenen des Rechts des Arbeitskampfes, des Arbeitskampfes und der Arbeitsförderung ablesen.

*a) Suspension des Lohnanspruches aufgrund Arbeitskampfbeteiligung*

(S 1) Die arbeitskampfrechtlichen Vorgaben bei Streikbeteiligung sind zu bekannt, als daß sie hier ausführlich dargelegt werden müßten.<sup>4</sup> Die Befugnis zu streiken ist nicht mehr nur als »Freiheit«, sondern nach neuerer Rechtsprechung und Lehre auch als »Recht«, das auf Art. 9 Abs. 3 GG beruht, gewährleistet. Die Wirkung des rechtmäßigen Streiks ist die Suspendierung der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis; Streikende haben daher keinen Lohnanspruch. Die Problematik des Betriebs- oder Arbeitskampfes taucht bei der Streikbeteiligung nicht auf, da der Lohnanspruch bereits aus arbeitskampfrechtlichen Gesichtspunkten entfallen ist. Ein Lohnersatzleistungsanspruch bei Streikbeteiligung wäre zwar denkbar, er wird aber durch § 116 Abs. 2 alter wie neuer Fassung ausgeschlossen. Dieser Ausschluß steht in vollem Einklang mit sozialrechtlichen Grundsätzen, da Streikende der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stehen, infolgedessen nicht die Voraussetzungen der §§ 100 Abs. 1 und 103 AFG füllen.

(A 1) Mit wenigen Ausnahmen gilt dasselbe im Falle der Betroffenheit von einer rechtmäßigen Aussperrung, welche arbeitskampfrechtlich gleichfalls als Arbeitskampfbeteiligung verstanden wird. Nach herrschender Auffassung wird auch die Aussperrung von der Garantie des Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt, seit den Urteilen des Ersten Senats des BAG vom 10. 6. 1980 jedoch nur noch im Rahmen bestimmter durch die Engführung des Schwerpunkstreiks bedingter Quoten.<sup>5</sup> Seit 1971 wird der Aussperrung in der Regel gleichfalls suspendierende Wirkung zugeschrieben<sup>6</sup>; damit entfällt der Lohnanspruch. Im übrigen gilt das zu S 1 Gesagte.

*b) Verlust des Lohn- und Lohnersatzanspruches aufgrund mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit*

In allen nachfolgenden Fällen ist nicht mehr das Arbeitskampfrecht unmittelbar einschlägig, da das Arbeitskampfrecht hinsichtlich der mittelbaren Betroffenheit – sei es von Streik- oder von Aussperrungsfolgen, sei es innerhalb oder außerhalb des Tarifgebiets – keine Auskunft mehr gibt. Jedenfalls tritt keine Suspension des Lohnanspruches wegen Arbeitskampfbeteiligung ein.

(S 2) Werden Beschäftigte desselben räumlichen und fachlichen Tarifbereichs von Fernwirkungen des Streiks betroffen – etwa infolge einer arbeitskampfbedingten Betriebsschließung und dadurch erforderter Kurzarbeit –, so wäre zwar dem Buchstaben des Gesetzes nach an einen Fall des Gläubigerverzuges mit der Folge der Pflicht zur Lohnfortzahlung (§ 615 BGB) zu denken. Ohne daß der Validität der Begründungen hier nachgegangen zu werden braucht, ist jedoch herrschende Meinung, daß der Lohnanspruch entfällt.<sup>7</sup> Dies entschied im Jahre 1923 – unter

<sup>4</sup> S. nur Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II 2, Berlin-Ffm. 1970; H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975; Brox-Rühners, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1982; W. Däubler (Hg.), Arbeitskampfrecht, Baden-Baden 1984; AK-GG-Kittner zu Art. 9 GG.

<sup>5</sup> AP Nr. 64–67 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; dazu meine Kritik, Der Arbeitskampf als staatlich inszeniertes Ritual, in: BStSozArbR 1980, S. 241 ff. und 257 ff.

<sup>6</sup> AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (LS 2).

<sup>7</sup> Überblick bei Beuthien, StudK BGB § 615 unter V.; F. J. Säcker, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, Heidelberg 1974, S. 74 ff.; Däubler-Colnag (Fn. 4), Nr. 676 ff. m.w.N.

Abkehr von der Regelung des BGB – das Reichsgericht – gestützt auf seine (in der Begründung, aber nur minderheitlich im Ergebnis umstrittene<sup>8</sup>, 1980 vom BAG verworfene) »Betriebsrisikolehre«, die wiederum in der »Sphärentheorie« wurzelt.<sup>9</sup> Am 22. 12. 1980 begründete das BAG das identische Ergebnis neu mit Hilfe seiner sogenannten »Arbeitskampfrisikolehre«.<sup>10</sup> Dieser Lehre zufolge entfällt der Lohnanspruch, wenn Fernwirkungen eines Streiks das Kräfteverhältnis der kampf führenden Parteien beeinflussen können. Im Falle von Fernwirkungen im räumlichen und fachlichen Tarifbereich wird eine solche Beeinflussungsmöglichkeit angenommen.

Wie bereits beschrieben, entfällt der Lohnersatzleistungsanspruch nach § 116 alter (Abs. 3 S. 2 Zi. 1, ferner §§ 2 und 3 NeutrA) wie neuer Fassung (Abs. 3 S. 1 Ziff. 1). Diese Regelung ist bereits eine sozialversicherungsrechtliche Konzession an das Arbeitskampfrecht, wird in diesem Falle doch die Lohnersatzleistung vorenthalten, obwohl das Kriterium mangelnder Verfügbarkeit zur Arbeitsvermittlung (§§ 100 Abs. 1, 103 AFG) nicht gegeben ist. Diese Konzession ist keineswegs selbstverständlich, zumal sie bereits Vereinbarkeitsprobleme mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 102<sup>11</sup> aufwirft.

(A.2) Auch bei mittelbarer Betroffenheit von Aussperrungsfolgen im selben fachlichen und räumlichen Tarifbereich wird nach heute herrschender Auffassung Fortfall des Lohnanspruches angenommen. An diesem Fall zeigt sich die erste gravierende Neuerung, die die Revision der Betriebsrisikolehre durch das BAG mit sich brachte. (Diese Neuerung ist freilich für die aktuelle Auseinandersetzung um § 116 AFG ohne Bedeutung, da für diese Fälle das Ruhen des Lohnersatzleistungsanspruchs gleichfalls gesetzlich vorgeschrieben war und ist [wie oben S. 2] und diese Regelung auf keiner Seite umstritten war). Hatte die sphärentheoretische Grundlage der Betriebsrisiko-Rechtsprechung des Reichsgerichts (ihm folgend des Reichsarbeitsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts bis 1980) noch zu einer rein *kausalen* Verteilung des Lohnrisikos – je nachdem ob die Fernwirkung des Arbeitskampfes auf der Sphäre der Arbeitgeber (Aussperrung) oder der Arbeitnehmer (Streik) *beruhte* – geführt, so führte das Bundesarbeitsgericht 1980 mit der am Paritätstheorem orientierten Arbeitskampfrisikolehre eine *funktionale* Verteilung des Lohnrisikos ein.<sup>12</sup> Nur solche Fernwirkungen eines Arbeitskampfes sollen zum Verlust des Lohnanspruches führen, von denen ein *Einfluß* auf das Kräfteverhältnis der kämpfenden Parteien ausgehen könne. Folgenreich an diesem Argumentationswandel war zweierlei:

- Da das BAG als ein Kriterium einer solchen Beeinflussungsmöglichkeit die enge organisatorische Verbundenheit zwischen den Kämpfenden und den von Kampf folgen mittelbar Betroffenen annahm, begrenzte es den Lohnfortfall aufgrund Arbeitskampfrisikos im Regelfall auf solche Beschäftigte, die derselben Branche angehörten wie die Arbeitskampf beteiligten.<sup>13</sup> Branchenfremde mittelbar kampfbetroffene Arbeitnehmer behalten somit heute – anders als nach der früheren Rechtsprechung – ihren Lohnanspruch.

<sup>8</sup> So auch W. Schmidt, Fernwirkungen von Schwerpunkstreiks und Modellarbeitskämpfen im Arbeitsvertragsrecht und Sozialversicherungsrecht, ZfA 1985, S. 159 ff., 161, 164.

<sup>9</sup> RG, 6. 2. 1923, RGZ 106, S. 172 ff.; übernommen von BAG, 8. 2. 1957, AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko. Zur sozialen Funktion dieser Rechtsprechung s. Th. Ramm, Arbeitgeber und Arbeitskampf, in: Gesellschaft, Recht und Politik, Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, Neuwied und Berlin 1968, S. 275 ff.; zur Kritik ferner M. Weiss, Arbeitskampfbedingte Störungen in Drittbetrieben und Lohnanspruch für Arbeitnehmer, AuR 1974, S. 37 ff.

<sup>10</sup> AP Nr. 70/71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>11</sup> Grundlegend Säcker (Fn. 7), S. 42 ff.

<sup>12</sup> Dazu mein Beitrag Die Dialektik der Parität, DuR 1981, S. 179 ff.

<sup>13</sup> AP Nr. 70, 2. 2. O., Bl. 6 R, 7.



- Eine weitaus gravierendere Veränderung gegenüber der Reichsgerichtsrechtsprechung bestand jedoch darin, daß das BAG nunmehr auch dann den Lohnfortfall vorsieht, wenn die Fernwirkung auf einer rechtmäßigen Aussperrung beruht.<sup>14</sup> Das Reichsgericht hatte mittelbare Aussperrungswirkungen noch der Arbeitgebersphäre zugerechnet, somit den Lohnanspruch aufrechterhalten. Damit brach das BAG 1980. Schon in den Aussperrungsurteilen vom 10. 6. 1980 hatte das BAG die Abwehraussperrung bei Schwerpunktstreiks als eine um der Parität willen erforderliche Folge eng geführter Schwerpunktstreiks gewertet, nicht aber als eigenständiges Kampfmittel der Arbeitgeber.<sup>15</sup> In den Arbeitskampsrisikobeschlüssen vom 22. 12. 1980 zog derselbe Senat dann daraus die Konsequenz, daß nicht mehr kausal zwischen Fernwirkungen von Streiks und denjenigen von Aussperrungen zu unterscheiden sei, sondern daß es nur noch (funktional) auf die Beeinflussungsmöglichkeit der Kräfteverhältnisse der Kämpfenden ankomme: War diese gegeben, so sollte der Lohnanspruch unabhängig von der Fernwirkungsursache entfallen. Die eigentliche Tragweite dieser Umorientierung wird sich bei der Fallkonstellation A 3 zeigen.

(S 3) Bei mittelbarer Betroffenheit von Streikfolgen innerhalb derselben Branche, aber außerhalb des umkämpften Tarifgebietes, entfiel schon nach der Sphärentheorie (Streik als Ursache der Betriebsstörung) und entfällt im Regelfalle nach der Arbeitskampsrisikolehre (organisatorische Verbundenheit von Streikenden und mittelbar Betroffenen) der Lohnanspruch. Insofern hat sich durch den Rechtswandel am Fortfall des Lohnanspruchs nichts geändert. Wohl aber liegt hier einer der Schwerpunkte der Neuregelung des Rechts der Lohnersatzleistungen. Wie ich im letzten Aufsatz dargelegt habe<sup>16</sup>, war vor der Neuregelung das Ruhen des Anspruches die Ausnahme (§§ 116 Abs. 3 S. 1 Ziff. 1 AFG a.F., 4 NeutrA; BSG, 9. 9. 75). Nach der Neuregelung hingegen ruht der Lohnersatzleistungsanspruch in weitergehendem Umfange.

(A 3) Der wohl wichtigste der hier zu besprechenden Fälle liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer derselben Branche außerhalb des umkämpften Tarifgebiets von den Fernwirkungen einer Aussperrung betroffen wird. Hier nämlich ist am deutlichsten das Ineinandergreifen der neuen Rechtsprechung und der Neuregelung des § 116 AFG zu verzeichnen. Nach der Sphärentheorie wäre in diesen Fällen der Lohnanspruch aufrechterhalten geblieben. Die Arbeitskampsrisikolehre weist nunmehr das Risiko solcher Fernwirkungen gleichfalls den Beschäftigten zu und bringt damit ihren Lohnanspruch zum Erliegen. Berücksichtigt man, daß sich dieser Rechtswandel fünf Jahre nach der Grundsatzentscheidung des Bundessozialgerichts zu § 116 AFG abspielte, so wird die Tragweite der gesetzlichen Neuregelung, die diese BSG-Entscheidung praktisch außer Kraft setzt, deutlich. Ungeachtet der Streitfrage, ob die Arbeitskampsrechtsprechung des BAG mit der Rechtsprechung des BSG zu § 116 AFG harmonisiert oder ob sie ihr widerspricht (dazu unten d), bestand diese Rechtsprechung des BSG in dem Zeitpunkt, als das BAG die Betriebsrisikolehre aufgab und die Arbeitskampsrisikolehre einführte. Somit vergrößerte die neue Arbeitskampsrisiko-Rechtsprechung zwar die Wirkungen von Aussperrungen erheblich, indem sie auch bei ihren Fernwirkungen auf Lohnausfall erkannte – daher eben der im politischen Tageskampf entstandene Ausdruck der »kalten Aussperrung«. Den so vom Lohnausfall Betroffenen aber blieb im Regelfall der Rekurs auf Lohnersatzleistungen – sie hatten somit zwar (was in der Debatte um

<sup>14</sup> AP Nr. 71, 2. 2. O., Bl. 3 R.

<sup>15</sup> Hierzu meine Kritik (Fn. 5) S. 245/6, daran anknüpfend (Fn. 12) S. 181.

<sup>16</sup> KJ 1986, S. 170 ff., 185/6.

die Neuregelung des § 116 AFG meist schlichtweg übergangen oder verniedlicht wurde) empfindliche Einkommenseinbußen hinzunehmen, die sich jedoch in den Grenzen des Arbeitsförderungsrechts hielten.<sup>17</sup> Mit der Neuregelung des § 116, der den Regelfall der Zahlung von Lohnersatzleistungen beseitigt hat, tritt nunmehr eine völlig neue Lage ein. *Der parallele Fortfall von Lohnanspruch und Anspruch auf Lohnersatzleistungen* entzieht den so Betroffenen ihre Existenzgrundlage; sie stehen nicht anders, als wären sie selbst am Arbeitskampf beteiligt – obwohl sie doch selbst an dessen Beginn und Ende keinen Anteil haben, obwohl sie möglicherweise selbst noch einmal für das umkämpfte Ziel in einen Arbeitskampf treten müssen.

Enthalten schon die Fälle S 2 und A 2 Konzessionen an das Arbeitskampfrecht, die sich aus systematischen Gesichtspunkten des Sozialversicherungsrechts allein nicht mehr erklären lassen, so wird an den Fällen S 3 und A 3 eine vollständige Unterordnung sozialrechtlicher Gewährleistungen unter Erfordernisse des Arbeitskampfrechts sichtbar.<sup>18</sup> Der Sache nach multipliziert nämlich die Neuregelung des § 116 AFG die Wirkung von Aussperrungen und weitet damit den potentiellen Kampfrahmen, den Arbeitnehmer und Gewerkschaften bei einem Tarifkonflikt zu gewärtigen haben, erheblich aus. In den Fällen S 1 und A 1, wo es um unmittelbare Streik- und Aussperrungsfolgen geht, kann die kampfführende Gewerkschaft das, was auf sie zukommt, noch relativ genau ermitteln. Schon bei den mittelbaren Wirkungen innerhalb des Tarifgebiets – Fälle S 2 und A 2 – wird der kämpfenden Gewerkschaft eine Ausweitung des Kampfrahmens und damit der finanziellen Belastungen des Kampfes aufgezwungen. Sie muß bei einem Schwerpunktstreik potentiell mit einer doppelten Ausdehnung des Kampfrahmens rechnen:

1. daß durch rechtmäßige Aussperrungen bis zur Hälfte der Arbeitnehmer des Tarifgebiets in den Arbeitskampf gezogen werden;
2. daß durch mittelbare Fernwirkungen im Tarifgebiet eine nicht begrenzbare weitere Zahl von Arbeitnehmern ihre Existenzgrundlage verlieren.

Die Gewerkschaft muß somit mit einer Dimension des Arbeitskampfes rechnen, der einem Vollstreik im Tarifgebiet entspricht. Noch unübersehbarer wird der Kampfrahmen durch das Ineinandergreifen der neuen Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung und der Neufassung von § 116 AFG angesichts der Fallkonstellationen S 3 und A 3. Die Arbeitnehmer und die Gewerkschaften, die einen Schwerpunktstreik in einem Tarifgebiet beginnen, müssen dies in dem Bewußtsein tun, daß ihnen entweder durch Aussperrung oder durch mittelbare Streik- und mittelbare Aussperrungswirkungen innerhalb wie außerhalb des umkämpften Tarifgebietes Belastungen aufgezwungen werden können, die den finanziellen, organisatorischen, praktischen und psychologischen Wirkungen eines Vollstreiks im gesamten fachlichen Tarifgebiet des umstrittenen Tarifvertrages gleichzusetzen sind.

#### c) Fortbestand von Lohn- und Lohnersatzansprüchen außerhalb des fachlichen Tarifbereichs

(S 4) Werden branchenfremde Arbeitnehmer von Fernwirkungen eines Streiks betroffen, so behalten sie wie gesagt – dies wohl die einzige arbeitnehmerfreundliche Neuerung der Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung – den Lohnanspruch.<sup>19</sup> Praktisch dürfte dies vor allem bedeuten, daß das Unternehmen »normale« Kurzarbeit gemäß den vorgesehenen materiellen und verfahrensmäßigen Anforderungen einführen

<sup>17</sup> S. dazu auch KJ 1978, S. 50 ff., 55 ff.

<sup>18</sup> So A. Azzola, Anhörung (Fn. 1), S. 87/88.

<sup>19</sup> S. Fn. 13.

muß. Daß in solchen Fällen ein Anspruch auf Lohnersatzleistungen besteht, war schon nach bisherigem Recht der Regelfall und ist insoweit durch § 116 Abs. 1 S. 2 AFG n.F. lediglich bekräftigt worden.<sup>20</sup>

(A4) Dasselbe gilt für von Fernwirkungen von Aussperrungen betroffene Arbeitnehmer außerhalb des fachlichen Tarifbereiches – lediglich mit der Modifikation, daß hierauf der Rechtsprechungswandel zur Arbeitskampfrisikolehre von 1980 keinen Einfluß hatte.

Die vollständige Kasuistik belegt somit, daß das Ineinandergreifen von Streik-/Ausperrungsrecht, Arbeitskampfrisikorechtsprechung und neugefaßtem Arbeitsförderungsrecht zwei zentrale Wirkungen zeitigte:

1. Die Wirkung von Aussperrungen, obgleich *diese selbst* durch Richterrecht eingegrenzt worden sind, ist erheblich ausgeweitet worden.
2. Die diese Ausweitung in ihrer Wirkung abmildernde Rechtslage (§ 116 AFG von 1969 und dessen Interpretation durch das Bundessozialgericht 1975) ist beseitigt worden.

Beide Wirkungen gehen eindeutig zu Lasten von Arbeitnehmern (organisierten wie nichtorganisierten) und Gewerkschaften. Dieser Befund ist der weiteren Analyse zugrunde zu legen.

#### *d) Ein Rechtsprechungswiderspruch zwischen Bundesarbeitsgericht und Bundessozialgericht?*

Bereits angedeutet wurde, daß Streit darüber besteht, ob die Arbeitskampf- und Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung des BAG mit der Rechtsprechung des BSG zu § 116 harmoniere oder nicht.<sup>21</sup> Dieser Streitfrage kam im Gesetzgebungsprozeß im § 116 AFG größere Bedeutung zu, als der erste Blick ahnen läßt. Mit der Behauptung eines Rechtsprechungswiderspruchs gingen nämlich regelmäßig zwei weitere Rechtsauffassungen einher: *Erstens* daß § 116 AFG zwar formell dem Sozialrecht, materiell hingegen dem Arbeitskampfrecht zugehöre<sup>22</sup>; *zweitens* daß die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts diese materiell arbeitskampfrechtliche Norm nicht entsprechend dem verfassungsrechtlichen Neutralitätsgebot auslege, mithin verfassungswidrig sei.<sup>23</sup> Im Verein mit diesen beiden Rechtsauffassungen entzog der behauptete Rechtsprechungswiderspruch dem BSG-Urteil von 1975 seine Legitimation und konnte so die Neufassung des § 116 AFG als – »klarstellende« – Wiederherstellung des verfassungsmäßig gebotenen Zustandes darstellen.

In der Tat ergibt sich aus dem bisher Gesagten, daß die BSG-Rechtsprechung die Durchschlagskraft der Arbeitskampf-, insbesondere der Aussperrungsfolgen außerhalb des umkämpften Tarifgebietes erheblich abmilderte. Die damit einhergehende unterschiedliche Wertung von Arbeitskampf-Fernwirkungen hängt jedoch bei näherem Zusehen mit den unterschiedlichen Funktionen beider betroffener Rechtsmaterien zusammen.<sup>24</sup> Steht im Falle der Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung das Lohnrisiko in Rede – also die volle Belastung der von Fernwirkungen betroffenen

<sup>20</sup> KJ 1986, S. 186.

<sup>21</sup> S. etwa B. Schulin, Arbeitskampf und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, Beil. Der Betrieb Nr. 50/1985, S. 3, 6, 7; H. Seiter, Staatliche Neutralität im Arbeitskampf, Stuttgart 1985, S. 19 und N. 83, S. 46 und 62 ff. (anders aber S. 65 und N. 271); W. Schmidt (Fn. 8), S. 164, 167, 170, 175, 183 (durchweg ohne inhaltliche Auseinandersetzung); s. auch O. R. Kissel, HB 16. 12. 1985; vgl. neuerdings D. Wiegand in: Die Sozialversicherung 1986, Heft 5, S. 114, hier S. 115. Im Gesetzgebungsverfahren besonders markant M. Löwisch, Anhörung (Fn. 1), S. 72/73; J. Isensee, ebda., S. 194.

<sup>22</sup> So etwa G. Müller, Arbeitskampf und Arbeitskampfrecht, insbesondere die Neutralität des Staates und verfahrensrechtliche Fragen, Ms. Bonn 1985, S. 256 (dazu Buchner, RdA 1986, S. 7 ff., hier S. 20 f.); anders jetzt SG Frankfurt, NZA 1986, S. 501.

<sup>23</sup> S. Müller (Fn. 22), S. 209 ff.; Löwisch (Fn. 21).

<sup>24</sup> S. mein Beitrag in Fn. 17.

Arbeitgeber mit Lohnzahlungen neben ihrem Produktionsausfall und entsprechend voller Lohnanspruch der betroffenen Arbeitnehmer –, so dreht es sich bei der Interpretation des § 116 AFG um die völlig anders geartete Konstellation des Lohnersatzleistungsrisikos – bei dem der Arbeitgeber ohnehin schon vom Lohnrisiko entlastet ist und bei dem zudem die Arbeitnehmer immer noch eine empfindliche Einbuße von rund einem Drittel bis zu mehr als der Hälfte ihres gewöhnlichen Einkommens hinnehmen müssen.<sup>25</sup> Ungeachtet der weitergehenden strukturellen Unterschiede zwischen Arbeitskampfrecht und Sozialrecht rechtfertigt schon diese funktionelle Unterscheidung unterschiedliche Wertungen, ohne daß dabei von einem Rechtsprechungs Widerspruch gesprochen werden könnte. Spiegelbildlich haben dies auch beide beteiligte Bundesgerichte zum Ausdruck gebracht. Die Vertreter der These vom Rechtsprechungs Widerspruch berufen sich in erster Linie auf die bereits zitierten BAG-Entscheidungen von 1980 – also wohl gemerkt Entscheidungen, die nach dem Urteil des Bundessozialgerichtes von 1975 und selbstverständlich in Kenntnis dessen gefällt worden sind.<sup>26</sup> Hätte somit das BAG im Ineingreifen seiner Rechtsprechung mit derjenigen des Bundessozialgerichtes arbeitskampfrechtliche Unstimmigkeiten ermittelt, so hätte es dem durch arbeitskampfrechtliche Umakzentuierungen seiner Rechtsprechung – nicht aber durch implizierte Lohnersatzleistungsbezogene Abweichungen vom BSG Rechnung tragen können.<sup>27</sup> Dies hat es nicht getan – mehr noch: Das BAG hat die Wertungsunterschiede zum BSG sogar ausdrücklich gebilligt. In den Urteilen vom 10.6.1980 zitierte das BAG lediglich § 116 Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 AFG a.F., ohne diese Bestimmung auszulegen und den von ihm entschiedenen Fall darunter zu subsumieren<sup>28</sup> – somit kann sich daraus ein Widerspruch zum BSG nicht ergeben. In den Beschlüssen vom 22.12.1980 wandte sich das BAG sogar ausdrücklich gegen die Rechtsauffassung des LAG Hamm, derzufolge für das Lohnverweigerungsrecht des Arbeitgebers die gleichen Grenzen gelten wie für die Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit. Dagegen hielt das BAG:<sup>29</sup>

»Bei dieser Fragestellung können Lohnzahlungspflichten der kampfbetroffenen Arbeitgeber nicht ohne weiteres mit den Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit gleichgesetzt werden. Die Bundesanstalt ist nämlich nicht selbst als sozialer Gegenspieler kampfbetroffen; sie muß lediglich auf ihre Neutralität bedacht sein, also darauf achten, daß nicht eine Seite durch ihre Leistungen begünstigt wird. Hingegen können die mittelbar betroffenen Arbeitgeber selbst potentielle Kampfgegner sein, und vor allem kann sich ihre Belastung für die angreifende Gewerkschaft als erwünschte Kampffolge darstellen. Deshalb müssen die Vergütungsansprüche und die Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit keineswegs in gleicher Weise begrenzt werden. Vielmehr ist es mit dem Paritätsprinzip vereinbar, daß zwar den Arbeitnehmern das Lohnrisiko teilweise abgenommen wird, daß dies jedoch nicht auf Kosten der kampfbetroffenen Arbeitgeber geschieht.«

Umgekehrt formulierte das BSG 1975, daß die vom BAG im Rahmen der Betriebsrisikolehre entwickelten Grundsätze über Kampfparität – die damals noch galten – »für die hier anzustellende Betrachtung im Rahmen des Sozialrechts nicht ohne weiteres verwendbar« seien.<sup>30</sup> Somit konzedierten sich beide Gerichte spiegelbildlich die (ohnehin wohl selbstverständliche) Kompetenz, in ihrem jeweiligen streitge-

<sup>25</sup> So ausdrücklich BAG AP Nr. 70 2. a. O., Bl. 6.

<sup>26</sup> Hierzu die Kritik von A. Gagel, Grundlagen der Entscheidung des BSG zur Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit nach § 116 AFG, NZA 1985, S. 793 ff., gegen Th. Raiser, Die Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit im Arbeitskampf, NZA 1984, S. 369 ff.

<sup>27</sup> Gagel, a. a. O.; Mückenberger, Anhörung (Fn. 1), S. 149/50; grundsätzlich E. Benda, Sozialrechtliche Eigentumspositionen im Arbeitskampf, Baden-Baden 1986, S. 181.

<sup>28</sup> AP Nr. 64, 1. a. O., Bl. 12 R; AP Nr. 65, 1. a. O., Bl. 11 R.

<sup>29</sup> S. Fn. 25.

<sup>30</sup> BSG, 9.9.1975, AP Nr. 1 zu § 116 AFG, Bl. 8 R.

genstandsbezogenen Kontext funktionell unterschiedliche Wertungen desselben Lebenssachverhalts vornehmen zu können.

Die Behauptung, daß ein Rechtsprechungs widerspruch eine gesetzliche Neuregelung erforderte, entbehrte somit schon im Ausgangspunkt jeder Grundlage. Darüberhinaus wäre mit der Konstatierung eines solchen Widerspruches noch keinerlei Aufschluß darüber zu erlangen gewesen, nach welcher Seite hin er aufzulösen gewesen wäre. Die gesamte These, die darauf zielte, dem Gesetzgeber ein nur klarstellendes Aus-der-Welt-Schaffen des BSG-Urteils von 1975 zu ermöglichen, drückte im Grunde nur aus, daß ihr dieses Urteil und die daraus resultierenden Folgen politisch mißliebig waren; eine juristisch objektivierbare Handhabe dagegen gab sie nicht ab.

*e) Kontrolle der Arbeitskämpfbedingtheit der Betriebsstörung durch Betriebsrat und Arbeitsverwaltung*

Der besondere Streitstoff bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen hat sich von jeher daraus ergeben, daß damit begründete Betriebsschließungen sozusagen durch die Maschen der kollektivrechtlichen Schutzsysteme hindurchfielen. Die Kontrollvorkehrungen des Aussperrungsrechts griffen nicht, da der Fall einer »Aussperrung« nicht vorlag<sup>31</sup>. Die normalen betriebsverfassungsrechtlichen Prozeduren bei Einführung von Kurzarbeit griffen gleichfalls nicht, weil die Nähe zum Arbeitskampfgeschehen das Mitbestimmungsrecht nach herrschender Auffassung einschränkt oder gar ausschließt.<sup>32</sup> Daß Fernwirkungen einerseits nicht arbeitskampfrechtlich, dann wieder doch arbeitskampfrechtlich beurteilt werden, entzieht sie sonst vorhandener rechtlicher Kontrolle und macht sie eben in gewissem Umfange manipulierbar – so wie es in dem Wort von der »kalten Aussperrung« durchaus treffend zum Ausdruck kommt.

Nach herrschender Auffassung steht der betrieblichen Interessenvertretung bei unmittelbarer Arbeitskambfbeteiligung – Fälle S 1 und A 1 – insoweit kein Mitbestimmungsrecht zu, als die personellen Maßnahmen des Arbeitgebers durch den Arbeitskampf bedingt sind.<sup>33</sup> Bei mittelbaren Fernwirkungen innerhalb derselben Branche – Fälle S 2, A 2, S 3 und A 3 – entfällt, gemäß dem zweiten wichtigen Schwerpunkt der Arbeitskambfrisikobeschlüsse vom 22. 12. 1980, trotz der Nähe zum umkämpften Tarifvertrag das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der betrieblichen Umsetzung nicht vollständig, aber es besteht nur mit eingeschränktem Regelungsspielraum.<sup>34</sup> Kein Mitbestimmungsrecht hat der Betriebsrat hinsichtlich der Voraussetzungen und des Umfangs (des »ob«), wohl aber hinsichtlich der Modalitäten (des »wie«) der betrieblichen Einführung von Kurzarbeit. Mit dieser weder logisch noch praktisch durchführbaren Unterscheidung<sup>35</sup> hat das BAG mögliche betriebsverfassungsrechtliche Kontrollen gegenüber manipulierten Betriebsschließungen entscheidend geschwächt. Das Problem spitzt sich dadurch zu,

<sup>31</sup> So auch W. Schmidt (Fn. 8), S. 175, 176, 183/4. Sein Vorschlag, Fernwirkungen auf Aussperrungsquoten anzurechnen, ist freilich mit der auf Wettbewerbsstörungen im Arbeitgeberlager abhebenden Konzeption des BAG nicht vereinbar.

<sup>32</sup> Dazu Weiss (Fn. 9), S. 48 – mit dem Vorschlag, Betriebsstillegungen infolge von Arbeitskämpfen nur entweder unter den Bedingungen des Arbeitskambfrechts oder als »normale« Kurzarbeit (unter Mitwirkung des Betriebsrats) zuzulassen.

<sup>33</sup> BAG, 26. 10. 71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskambf, Bl. 8 R; 14. 2. 1978, AP Nr. 57 a. a. O., Bl. 2 R; 14. 2. 1978, AP Nr. 58 a. a. O., Bl. 5 R; 24. 4. 1979, AP Nr. 63 a. a. O., Bl. 3 V/R, 4.

<sup>34</sup> BAG AP Nr. 71 zu Art. 9 Arbeitskambf, Bl. 4.

<sup>35</sup> So die Kritik von R. Richardi in der Gemeinsamen Anmerkung zu AP Nrn. 70 und 71, AP Nr. 71, a. a. O., Bl. 11.

daß die Betriebsschließung nicht unbedingt »technisch bedingt« sein muß – ein Kriterium, das in gewissem Umfang objektivierbar und kontrollierbar erscheint. Die Betriebsschließung kann vielmehr auch mit – wie das BAG hervorgehoben hat – »wirtschaftlicher Sinnlosigkeit« der Weiterproduktion begründet werden<sup>36</sup> – dieses Kriterium erlaubt selbst derart begrenzte Objektivierung und Kontrolle nicht mehr. Die mit der Novelle zu § 116 AFG neu eingefügten Bestimmungen des Abs. 1a von § 72 und der Sätze 3 und 4 des Abs. 1 von § 133 AFG erwecken zwar den Anschein einer Effektivierung der Kontrolle – und damit einer Verminderung von Manipulationsgefahren durch Arbeitgeber –, schreiben jedoch bei näherem Zusehen lediglich den bestehenden Zustand der Ineffizienz fest. Das Informationsrecht des Betriebsrats in §§ 72 Abs. 1a S. 2, 2. Halbsatz und 133 Abs. 1 S. 4 AFG n.F. wiederholt unnötigerweise, was dem Betriebsrat an Rechten nach § 80 BetrVG ohnehin zusteht.

Auch die Instrumente für die Arbeitsverwaltung werden durch das Gesetz nicht verbessert. Die Arbeitsverwaltung ist im Falle eines Arbeitskampfes mit der Überprüfung zahlreicher betrieblicher Anträge auf Kurzarbeitergeld ohnehin personell und fachlich überfordert. Daran ändert auch die neu eingefügte Darlegungs- und Glaubhaftmachungslast des Arbeitgebers (§ 72 Abs. 1a S. 1 AFG n.F.) nichts. Daß die Arbeitsverwaltung »insbesondere auch Feststellungen im Betrieb treffen« kann (§ 72 Abs. 1a S. 3), klingt zunächst vielversprechend. Aber schon das jetzige Recht sieht ein Ermittlungsrecht der Bundesanstalt für Arbeit (§ 144 Abs. 1 AFG) von Amts wegen (§ 20 Abs. 1 SGB X) vor, das ausdrücklich auch die Augenscheinseinnahme (§ 21 Abs. 1 S. 2 Ziff. 4 SGB X) einschließt. Daneben ist die ohnehin überflüssige Neuregelung gleichfalls ineffektiv: Stellt man sich den Eskalationsfall eines Arbeitskampfes vor, so wird auch das Recht zu Betriebsbegehungen kaum die gewünschte Klarheit erbringen. Die wichtigste Neuerung dürfte insoweit der – ohne Begründung eingefügte – Satz 5 des § 72 Abs. 1a AFG n.F. sein. §§ 64 und 65 AFG stellen bei den betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen des Bezugs von Kurzarbeitergeld in mehrfacher Weise auf eine *Kausalität* zwischen Produktionshindernis und Arbeitsausfall ab. Mit der Einführung der »wirtschaftlichen Vertretbarkeit einer Fortsetzung der Arbeit« wird hingegen ein *funktionales* Kriterium eingeführt – es wurde oben bereits an der BAG-Rechtsprechung konstatiert<sup>37</sup> –, das eine zusätzliche Manöveriermasse für betriebliche Entscheidungen über Arbeitsausfälle schafft, die sich der Objektivierung wie auch der Kontrolle entzieht. Spätestens an diesem Punkt droht die Kontrollkompetenz der Arbeitsverwaltung – mittelbar auch der betrieblichen Interessenvertretung – leerzulaufen. Neuere rechtstatsächliche Untersuchungen<sup>38</sup> haben gezeigt, daß in den Metalltarifrunden vor 1984 Fälle aussperrungsbedingter Fernwirkungen außerhalb des umkämpften Tarifgebietes sowie Fälle, in denen ein wirtschaftliches Kalkül der Arbeitgeberseite hinsichtlich der Fortsetzung oder Nichtfortsetzung der Produktion möglich blieb, erhebliches Gewicht hatten. Dies demonstriert die behauptete Multiplikation der Aussperrungsfolgen schon durch die Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, erst recht aber durch die Neufassung des § 116 AFG. Das gesetzlich neu legitimierte Leerlaufen betrieblicher und amtlicher Kontrollvorkehrungen fügt sich in dieses Bild nahtlos ein.

<sup>36</sup> AP Nr. 70 a. a. O., Bl. 9 R

<sup>37</sup> Ebda.

<sup>38</sup> Vgl. die materialreiche Arbeit von H. Patetz, Arbeitskampffernwirkungen, Lohnrisiko und Mitbestimmung, Diss. Hamburg (Rechtswiss. II) 1984, Tl. I (S. 5–131) und Zusammenfassung S. 496; s. auch Benda (Fn. 27), 84 f.

In den meisten Stellungnahmen zu § 116 AFG – zumal denjenigen, die für eine weite Auslegung des Ruhestatbestandes sowie für die Neuregelung der Vorschrift plädiert haben – ist davon die Rede, Beschäftigte, die aufgrund der bisher genannten Zusammenhänge ihre Lohn- und Lohnersatzansprüche einbüßten, seien auf die Sozialhilfe verwiesen.<sup>39</sup> Sie berufen sich dabei auf den unbestrittenen Rechtsanspruch auf Sozialhilfe. Während – wie gleich zu zeigen sein wird – ein »Verweis auf die Sozialhilfe« nicht existiert, ist doch die zitierte Einlassung in einer Hinsicht aufschluß- und folgenreich: sie anerkennt, daß der Staat jedenfalls durch etwaige Neutralitätspflichten nicht grundsätzlich daran gehindert ist, Menschen, die durch Fernwirkungen eines Arbeitskampfes in materielle Not geraten sind, finanziell zu helfen.<sup>40</sup> Der Streit um die staatliche Neutralitätspflicht – dies kann schon hier vorwegnehmend konstatiert werden – ist somit der Sache nach ein Streit um die Frage, ob eine staatliche Unterstützungszahlung an mittelbar Kampfbetroffene in Höhe der rechnerischen Differenz zwischen den (unbestritten neutralitätskonformen) Sozialhilfesätzen und den (hinsichtlich der Neutralitätskonformität umstrittenen) Sätzen des Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeldes die staatliche Neutralitätspflicht verletze oder nicht. Freilich trifft der behauptete »Verweis auf Sozialhilfe« selbst schon nicht zu. Wie in der Anhörung zur Neufassung des § 116 AFG<sup>41</sup> vorgetragen wurde, werden von Bedürftigkeit betroffene Menschen (aus welchen Gründen auch immer) zunächst auf sich selbst und ihre Angehörigen verwiesen. Aufgrund der normativen wie faktischen Rahmenbedingungen der Sozialhilfepraxis wird Sozialhilfe wenigstens in den ersten acht Wochen nach Eintritt der Bedürftigkeit nicht geleistet.

Herausragende Bedeutung hat hierbei der durch das zweite Haushaltsbegleitgesetz von 1981 eingeführte § 15b BSHG – dessen Zusammenspiel mit der Neuregelung des Rechts der Lohnersatzleistungen bislang kaum beachtet wurde.<sup>42</sup> § 15b BSHG lautet: »Sind laufende Leistungen zum Lebensunterhalt voraussichtlich nur für kurze Zeit zu gewähren, können Geldleistungen als Darlehen gewährt werden.« In der Kommentarliteratur zu dieser Bestimmung wird der Begriff »kurze Dauer« ausgelegt als »bis zu sechs Monaten«<sup>43</sup>; die Anwendungspraxis durch die Sozialämter hierzu ist jedoch recht unterschiedlich. Ungeachtet der Frage aber, ob die Darlehensgewährung bei kürzerer Dauer als etwa acht Wochen oder als sechs Monaten praktiziert wird, mittelbare Arbeitskampfbetroffenheit wird eben dieses Kriterium in fast jedem Falle erfüllen und damit zur Rückzahlungspflicht der Sozialhilfeleistung durch den Unterstützten führen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Vorgeschichte von § 15b BSHG.<sup>44</sup> Der Entwurf der sozialliberalen Regierungskoalition sah eine solche Bestimmung noch nicht vor.<sup>45</sup> § 15b ist in den Regierungsentwurf auf Drängen des – damals bereits christdemokratisch dominier-

39 Beispielsweise Müller (Fn. 22), S. 200ff., 204; Seiter (Fn. 21), S. 47.

40 Besonders deutlich – wenn auch den faktischen Grundlagen nach unzutreffend – H.-J. Papier, Anhörung (Fn. 1), S. 195.

41 Anhörung (Fn. 1) Mückenberger S. 178 und Fichtner S. 197/8.

42 Den Hinweis auf einen möglichen Zusammenhang zwischen den Neuregelungen von § 116 AFG und § 15b BSHG verdanke ich H. Lackmann, Bremen.

43 S. Gotschick/Giese, BSHG, 8. Aufl., Köln u. a. 1983, Nrn. 1.1 und 1.2 zu § 15b; Knopp/Fichtner u. a., BSHG, 5. Aufl., München 1983, Nr. 3 zu § 15b; Schellhorn u. a., BSHG, 11. Aufl., Neuwied 1984, Nr. 7 zu § 15b.

44 Dazu Giese, Zur Reduktionsgesetzgebung auf dem Gebiet der Sozialhilfe, Zeitschrift für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung 1981, S. 285 ff., 288 f. und die in Fn. 43 Genannten.

45 S. BR-Drs. 490/81 unter Art. 22.



ten – Bundesrates eingefügt worden.<sup>46</sup> Der Bundesrat setzte im Vermittlungsausschuß durch, daß diese Neuregelung in die Ausschußempfehlung zum zweiten Haushaltsbegleitgesetz aufgenommen wurde.<sup>47</sup> Man kann somit von einem Zuspiel zwischen der damaligen Bundesratsmehrheit und dem Gesetzgeber des Jahres 1986 sprechen, welches im Ergebnis dazu führt, daß mittelbar Arbeitskampfbetroffene derselben Branche nicht nur ihren Lohn, nicht nur die ihnen beitragsgemäß zustehenden Lohnersatzleistungen einbüßen, sondern regelmäßig auch beim Sozialamt leer ausgehen.

Der Hinweis auf § 15b BSHG – dem noch andere sozialhilferechtliche Besonderheiten hinzuzufügen wären, die Unterstützungszahlungen zeitlich stark verzögern oder gar ausschließen<sup>48</sup> – verdeutlicht einmal mehr, welche Wirkungstiefe Arbeitskampffolgen – und insbesondere Aussperrungsfolgen – bei realistischer Betrachtung zuzuschreiben ist, wenn den Betroffenen der Anspruch auf Lohnersatzleistungen abgesprochen wird. Diese Wirkungstiefe ist nicht nur von moralischer, sondern auch von rechtlicher Bedeutung: Gibt sie doch erst ein angemessenes Bild des Entzuges von Rechtspositionen, den die von Kampffolgen Betroffenen durch die Neufassung des § 116 erfahren bzw. zu gewärtigen haben. Der Entzug von Lohnersatzleistungen verweist die so Betroffenen nicht auf die Sozialhilfe, sondern entzieht ihnen im Regelfall jegliche Unterstützung.

## 2. Produktionsverflechtung und rechtliche Risikoverteilung

Nachdem bislang die Neufassung des § 116 AFG in ihrem Zusammenwirken mit den übrigen rechtlichen Regelungsmaterien betrachtet und dabei erst in ihrer ganzen Reichweite erkennbar wurde, können nunmehr – als Vorstufe für eine Skizzierung der verfassungsrechtlichen Beurteilung (dazu unten 3.) – die mit der Neuregelung verbundenen Risikozuweisungen eingeordnet werden.

### a) Zwischenergebnis:

Bei der Würdigung dieser Risikoverteilung gehe ich zusammenfassend von zwei Hauptauswirkungen der Neuregelung des § 116 AFG im Kontext der genannten neueren Rechtsänderungen aus:

(1) Die Neuregelung nähert die sozialrechtliche Ausgestaltung von Lohnersatzleistungen bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen – in bewußter Abkehr von den Leitlinien des BSG von 1975 – der arbeitskampfrechtlichen Ausgestaltung des Lohnanspruches durch das Bundesarbeitsgericht an. Zumindest im Ergebnis dürfte nach der Neuregelung der Lohnersatzanspruch meist in demselben Umfang entfallen wie der Lohnanspruch. Freilich verbleibt bei dieser Annäherung eine Diskrepanz, die uns bereits in der Gesetzgebungsgeschichte begegnet ist und die verschiedentlich als Auseinanderklaffen zwischen Zweck des Gesetzes – Neutralitätssicherung der Bundesanstalt für Arbeit – und der tatsächlichen Regelung gekennzeichnet worden ist.<sup>49</sup> Hätte der Gesetzgeber die Arbeitskampfrisikokonstruktion des BAG

46 S. Beschluß des Bundesrats v. 27. 11. 1981, BR-Drs. 490/81.

47 S. Beschlußfassung des Vermittlungsausschusses BT-Drs. 9/1140 unter Art. 22.

48 S. Fichtner (Fn. 41).

49 So der Sache nach Benda (Fn. 27), S. 184 f.



auf das Arbeitsförderungsrecht übertragen wollen, so hätte er den Beeinflussungstatbestand des § 116 Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 AFG a.F. neu fassen, gegebenenfalls ausbauen müssen.<sup>50</sup> Denn da die Arbeitskampsrisikolehre des BAG die Risikoverteilung hinsichtlich des Lohnausfalls wesentlich an der Frage festmacht, ob von etwaiger Lohnzahlung die Kampfparität störende Beeinflussungen ausgehen könnten, müßte die analoge Regelung im Sozialrecht die Risikoverteilung hinsichtlich Lohnersatzleistungen an der Frage festmachen, ob von der Zahlung bzw. Nichtzahlung von Lohnersatzleistungen das Kräfteverhältnis der kämpfenden Parteien störende Einflüsse ausgehen.

Tatsächlich hat aber der Gesetzgeber nicht den Beeinflussungstatbestand (§ 116 Abs. 3 Satz 1 Zi. 2 AFG a.F.) ausgebaut. Er hat ihn vielmehr sogar ausdrücklich gestrichen und statt seiner – so wie dies schon nach altem Recht durch § 4 NeutrA geschehen war – durch einen weiteren, aber als abschließend verstandenen, Partizipationstatbestand (nach dem Vorbild des § 116 Abs. 3 Satz 1 Zi. 1 AFG a.F.) ersetzt.<sup>51</sup> Der Gesetzgeber hat – wie vor allem Ernst Benda eindrucksvoll nachgewiesen hat – zwar den Beeinflussungstatbestand im Sinne der Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit regeln wollen, hat dies aber letztlich nur durch die »unwiderlegliche Vermutung« geregelt, daß bei einem gewissen Grad an »Gleichheit« von Forderungen in verschiedenen Tarifgebieten derselben Branche – also einem »partizipativen« Tatbestandsmerkmal – bei Zahlung von Lohnersatzleistungen die Neutralität der Bundesanstalt beeinträchtigt sei.<sup>52</sup> Aufgrund dieser Konstruktion kann in künftigen Arbeitskämpfen der Lohnersatzanspruch *ruhen, obwohl* von der Leistung der Bundesanstalt unter Umständen *kein Einfluß* auf das Kampfgeschehen ausgeht<sup>53</sup>; umgekehrt könnte – bei einer branchenübergreifenden Tarifbewegung, die noch das BSG 1975 als möglichen Anwendungsfall des Beeinflussungstatbestandes erwog<sup>54</sup> – der Lohnersatzanspruch *bestehen* bleiben, *obgleich* von der Leistung ein *Einfluß* auf das Kampfgeschehen ausgeht.<sup>55</sup>

Auf die verbleibende – vom Gesetzgeber nicht gewollte – Diskrepanz zwischen Arbeitskampsrisiko-Rechtsprechung und Neuregelung von § 116 AFG hinzuweisen, besteht Anlaß. Ich werde später – im Anschluß an jüngst geäußerte Rechtsauffassungen von Schulin, Benda, Denck und Azzola<sup>56</sup> – darzulegen versuchen, daß allein die Gefahr einer Beeinträchtigung der Tarifautonomie den Gesetzgeber zu einer Einschränkung sozialrechtlicher Positionen legitimieren würde, nicht aber die wie auch immer gestaltete Partizipation an einem von fremden Tarifparteien abgeschlossenen Tarifergebnis.

(2) Ungeachtet dieses konstruktiven Defekts der neuen Regelung aber weitet sie die negativen Folgen von Arbeitskämpfen – vor allem von Aussperrungen – für Arbeitnehmer und Gewerkschaften quantitativ und qualitativ erheblich aus, indem sie Fernwirkungen von Arbeitskämpfen in derselben Branche weitgehend aussperrungsgleich behandelt, ohne sie freilich zugleich den Zulässigkeitskriterien von Aussperrungen zu unterwerfen. Die Neuregelung »ensgrenzt« im praktischen Er-

<sup>50</sup> So Müller (Fn. 22), S. 257 (aber inkonsequent, da am Partizipations-Tatbestand festhaltend); Azzola mit seinem Vorschlag in der Anhörung (Fn. 1) S. 183; s. a. derselbe und A. Podlech in ZfSH/SGB 1986, S. 145, 155; Seiter (Fn. 21), S. 24; Schulin (Fn. 21), S. 8; Benda (Fn. 27), S. 167 ff., 184 ff.

<sup>51</sup> Vgl. Isensee, Anhörung (Fn. 1), S. 100, 119/20, 125; Papier, ebda., S. 152; Benda (Fn. 27), S. 187. Zur Unterscheidung zwischen Beeinflussungs- und Partizipationstatbestand vgl. KJ 1986, S. 169 Fn. 17 und S. 172 Fn. 30.

<sup>52</sup> Fn. 27, S. 73 ff., 142 u. ö.

<sup>53</sup> Siehe Beispiel bei G. Schwerdtfeger, Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf, 1974, S. 33.

<sup>54</sup> BSG (Fn. 30), Bl. 8 R.

<sup>55</sup> S. Beispiel bei Seiter (Fn. 21), S. 55 N. 230; ferner Benda (Fn. 27), S. 184/5.

<sup>56</sup> Schulin (Fn. 21), S. 7 ff.; Benda (Fn. 27), S. 167 ff., 184 ff.; J. Denck, Reform des § 116 AFG und eigentumsrechtlicher Schutz des Versicherten, ZfA 1986, S. 109, 113/4; Azzola (Fn. 18), S. 88, 183.

gebnis bezirkliche Verhandlungs- und Kampfstrukturen und weiter den Kampfrahmen tendenziell auf das gesamte Bundesgebiet aus, ohne zugleich arbeitskampfrechtliche, betriebsverfassungsrechtliche oder arbeitsförderungsrechtliche Sicherungs- und Kontrollvorkehrungen zu treffen. Sie verschiebt damit in eindeutiger Weise die Gewichte in zu erwartenden Arbeitskämpfen zugunsten der Arbeitgeberseite.

#### *b) Produktionsverflechtung und Risikoentwicklung*

Die beschriebene Risikoverteilung der Fernwirkungen von Arbeitskämpfen kann zulänglich nur vor dem Hintergrund der Bedingungen bewertet werden, die das mit Fernwirkungen verbundene Risiko selbst erst begründen.

(1) Unstreitig ist die erhöhte Bedeutung von Fernwirkungen von Arbeitskämpfen auf einen erhöhten Grad wirtschaftlicher Integration im Unternehmensbereich, der die Störanfälligkeit der einzelnen Betriebe hat wachsen lassen, zurückzuführen.<sup>57</sup> Diese Entwicklung kann systematisch als Risikoverlagerung (betriebswirtschaftlich benannt: -externalisierung<sup>58</sup>) begriffen werden. Früher hielten Betriebe »Puffer« von Vor- und Fertigprodukten vor, die den Geschäftsbetrieb von dem der Lieferanten wie auch der Abnehmer relativ unabhängig machten, »entkoppelten«. Heute führt eine immer knappere Lagerhaltung, die direkte (branchen- oder auch konzernweite) Integration der Produktionsketten zum genauen Gegenteil: der wechselseitigen unmittelbaren Abhängigkeit, Koppelung, innerhalb von Produktionsketten. Produktionsstörungen schlagen tendenziell unmittelbar auf die gesamte Produktionskette durch. Das Störungsrisiko, das das Unternehmen mittels Vorhaltung von »Puffern« auffing, wird so direkt auf vor- und nachgelagerte Stufen der Produktionskette (und auf die dort Beschäftigten) verlagert, »externalisiert«.

(2) Daß hieraus ein Arbeitskampf- und Lohnersatzleistungsrisikoproblem der skizzierten Kontur wird, hat freilich noch weitere Bedingungen, die im spezifischen bundesrepublikanischen System industrieller Beziehungen begründet sind.<sup>59</sup>

(aa) Das industrierverbandliche Organisationsprinzip beider Kontrahenten des Tarifkonflikts ist unabdingbare Voraussetzung sowohl für partizipations- wie für beeinflussungstatbestandliche Risikozuweisungen. Organisationsformen nach Berufen oder nach politischen Richtungen gäben beiden Zuweisungskriterien keine Anknüpfungspunkte.

(bb) Das gleiche gilt für die Praxis von Flächentarifverträgen, die in der Bundesrepublik das Tarifgeschehen dominieren. Eine verbreitetere Haus- oder Firmentarifpraxis würde für die genannten Kriterien der Risikozuweisung gleichfalls keinerlei Anknüpfungspunkte bieten.

(cc) Zur skizzierten Problemkontur trägt aber auch die Praxis bezirklicher Verhandlungs- und Konfliktstrukturen sowie ein spezifischer Zusammenhang zwischen bezirklichen und bundesweiten Konfliktlösungsprozeduren bei. Bei ausschließlich bundesweiten Tarifverhandlungen und -konflikten könnte zumindest über das partizipative Kriterium der Risikozuweisung nicht mehr gestritten werden, womit

<sup>57</sup> Dazu Patelt (Fn. 38); Benda (Fn. 27), S. 84 f.; ferner die Arbeitgeber(verbands-)äußerungen in der Anhörung (Fn. 1), z. B. S. 39 f., 76 ff.; vgl. auch Klebe/Roth, HB 13. 1. 1986.

<sup>58</sup> »Externe Effekte sind alle Folgen einer Handlung, die nicht unmittelbar in der Sphäre des Handelnden anfallen und deshalb die Allgemeinheit betreffen« – H.-D. Assmann, Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: ders. u. a., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein 1980, S. 239 ff., hier 296 ff. mit N. 173 (m.w.N.).

<sup>59</sup> Zum Folgenden insgesamt W. Müller-Jentsch, Soziologie der industriellen Beziehungen, Frankfurt/N. Y. 1986, S. 68 ff., 141 ff., 182 ff., 167 ff. und 250 ff.

ein Teil des gegenwärtigen Streitstoffs entfielen. In zweierlei Hinsicht wird der Umstand bezirklicher Tarifverhandlungen in der gegenwärtigen Auseinandersetzung freilich mißverstanden bzw. mißbraucht:

- Mit der Tatsache bezirklicher Tarifverhandlungen ist (wie die bisherige Tarifpraxis zeigt) keineswegs ein Automatismus der Übernahme der von bezirklichen »Vorreitern« durchgesetzten Tarifbedingungen in anderen Bezirken gegeben; vielmehr ist eine solche Übernahme im allgemeinen ein faktisch und rechtlich selbständiger Akt.<sup>60</sup>
- Die Tatsache bezirklicher Tarifverhandlungen kann nicht einfach als gewerkschaftliche »Taktik« oder gar »Manipulation« im Tarifkonflikt angesehen werden. Denn sie beruht ja auf einem Konsens zwischen den Tarifparteien, entspricht somit gleichfalls einem tarifpolitischen Kalkül der Arbeitgeberseite. Anzunehmen ist – der Gedanke wird uns gleich noch bei der Betrachtung des Schwerpunktstreiks begegnen –, daß beide Seiten des Tarifkonflikts, wo sie bezirkliche Lösungen bundesweiten vorziehen, damit eine Strategie der Eingrenzung, wenn man so will: »Rationalisierung«, des Tarifkonflikts anstreben.

(dd) Zur Problemkontur der Risikozuweisung bei Fernwirkung von Arbeitskämpfen gehört natürlich auch die Praxis enggeführter Schwerpunktstreiks und kampfgebietausweitender, aber immer noch selektiver Abwehraussperrungen.<sup>61</sup> Vollstreiks und Vollaussperrungen würden das Problem brancheninterner Fernwirkungen im Tarifgebiet nicht aufkommen lassen und würden bei Fernwirkungen *außerhalb* des umkämpften Tarifgebietes zumindest die Möglichkeit ausschließen, daß die Auswahl kampfbeteiligter Betriebe im Hinblick auf etwaige Fernwirkungen geschieht. Auch dieser Gesichtspunkt bedarf zweier notwendiger Klarstellungen gegenüber verbreiteten Mißverständnissen:

- Die hier skizzierte Kampfform des enggeführten Schwerpunktstreiks mit selektiver Abwehraussperrung ist nicht einer jüngst veränderten gewerkschaftlichen Streiktaktik, einer spezifischen »Raffinesse« im Umgang mit dem Arbeitsförderungsrecht zuzuschreiben. Die neuere historische quantitative Arbeitskampsforschung<sup>62</sup> hat demgegenüber ermittelt, daß der *Formwandel* des Arbeitskampfes ein säkularer Prozeß ist, der sich jenseits kurzfristiger poliüscher und taktischer Konjunkturen vollzieht. Ganz allgemein läßt sich ein Formwandel des Arbeitskampfes dahingehend konstatieren, daß Arbeitskämpfe in einer ersten historischen Phase als punktuelle betriebsbezogene zähe (meist Anerkennungs-)Streiks geführt wurden, daß sich daran eine zweite historische Phase von Voll-, manchmal gar nationalen Streiks anschloß und daß in dem Maße, wie sich die politischen und sozio-kulturellen Bedingungen des Tarifwesens fest etabliert hatten, in einer dritten Phase an die Stelle von flächendeckenden Arbeitskämpfen Schwerpunkt-kämpfe getreten sind. Mit dieser Entwicklung ging – ebenso säkular – eine Wandlung der *Kampfergebnisse* einher: Endeten früher Arbeitskämpfe häufig noch – nach dem »Alles-oder-Nichts-Prinzip« – mit völligem Sieg oder völliger Niederlage einer Seite, so enden sie heute fast durchweg mit Kompromiß. Beide Entwicklungslinien lassen den Schluß zu, daß die Praxis des Schwerpunktarbeits-

60 Nachweise bei Kittner/Unterhinninghofen, Zur geplanten Änderung des § 116 AFG, ArbR 1986, S. 1 ff., 6 f.; Benda (Fn. 27), S. 41 ff., 71 f., 245 ff.

61 Dazu historisch R. Kalbitz, Aussperrungen in der Bundesrepublik, Köln/Ffm. 1979, S. 58 ff., bes. S. 70 ff.; Müller-Jentsch, Streiks und Streikbewegungen in der Bundesrepublik (1950–1978), in: J. Bergmann (Hg.), Beiträge zur Soziologie der Gewerkschaften, Frankfurt 1979, S. 21 ff., hier 31 ff.

62 S. H. Volkmann, Modernisierung des Arbeitskampfes? Zum Formwandel von Streik und Aussperrung in Deutschland 1864–1974, in: H. Kaelble u. a., Probleme der Modernisierung in Deutschland. Sozialhistorische Studien zum 19. und 20. Jhd., Opladen 1978, S. 110 ff.; ders., Zur Entwicklung von Streik und Aussperrung 1899–1975, GMH 1979, S. 347 ff.

kampfes Bestandteil des industriellen »Bargaining«, des kollektiven »Muskeln-  
Zeigens« beider Seiten ist, das Konfliktbereitschaft signalisiert, auch mit der  
Eskalationsgefahr droht, gleichwohl aber die Kompromißbereitschaft andeutet  
und auf den Kompromiß hinzielt. Völlig unangemessen wäre, diesen langfristigen  
Wandel des soziokulturellen Umgangs mit dem industriellen Konflikt kurzfristi-  
gen Kalküls und Taktiken zuschreiben zu wollen.

- Wenn Schwerpunktarbeitskämpfe eine gewisse Selektion des Kampfobjekts im  
Hinblick auf Fernwirkungen denkbar machen, so wäre doch haltlos, diese zu  
einer manipulativen gewerkschaftlichen Streiktaktik hochzustilisieren. *Erstens*  
nämlich würde damit der Grad industrieller Integration unterschätzt, der den  
industriellen Kontrahenten Fernwirkungsparameter setzt, die sich ihrer willentli-  
chen Beeinflussung entziehen, und die sich auswirken, wo immer innerhalb der  
Produktionskette der Hebel des Arbeitskampfes auch angesetzt werde.<sup>63</sup> *Zwei-*  
*tens* aber – wenn man tatsächlich einmal eine gewisse Manipulationsmöglichkeit  
hinsichtlich der Auswahl der Arbeitskampfobjekte unterstellt – würde eine solche  
Manipulationsmöglichkeit *beiden* Seiten des industriellen Konflikt offenstehen.<sup>64</sup>  
Nicht nur Gewerkschaften »wählen« – innerhalb des genannten Parameters – zu  
bestreikende Betriebe nach taktischen Gesichtspunkten »aus«, sondern auch  
Unternehmen treffen bei aussperrenden Betrieben eine Auswahl, die selbstver-  
ständlich arbeitskampftaktisch bestimmt ist. Stellt man die neuere Rechtsentwick-  
lung zum Arbeitskampfrisiko bei Aussperrungsfernwirkungen, stellt man weiter  
die mit der Einführung der Figur der »wirtschaftlichen Sinnlosigkeit« der Weiter-  
führung der Produktion, die unzulänglichen Kontrollmechanismen durch Be-  
triebsrat und Arbeitsverwaltung in Rechnung, stellt man schließlich noch in  
Rechnung, daß die definitive Entscheidung über einen mit dem Arbeitskampfge-  
schehen begründeten Betriebsstillstand durch die Unternehmensleitung getroffen  
wird und diese zumindest die Möglichkeit des Zusammenspiels mit der aussper-  
renden Kampfpartei hat – stellt man all dies in Rechnung, so spricht einiges dafür,  
daß Unternehmen im Rahmen der gegebenen Handlungsparameter weitaus effek-  
tivere und unmittelbarer wirkende Einflußmöglichkeiten auf Fernwirkungen von  
Arbeitskämpfen besitzen als Gewerkschaften.

### c) Eine »lex IG Metall«

Nicht zufällig ist der Streit um die Neuregelung von § 116 AFG an den Verhältni-  
ssen in der Automobilbranche und automobilnahen Industriebereichen aufge-  
flammt.<sup>65</sup> Die durch die unter b) genannte industrielle Integration hervorgerufene  
Störanfälligkeit existiert in unterschiedlicher Struktur. Manche Industriebereiche –  
wie die chemische, die Textil-, die Druckindustrie – sind zwar gleichfalls in  
mehrstufige Produktionsketten integriert, jedoch gehören vor- oder nachgelagerte  
Produktionsstufen nicht in demselben Umfange dem eigenen Industriebereich –  
damit auch dem eigenen Industrieverbands- und Tarifbereich – an, wie dies im  
Metallbereich der Fall ist. Die Neuregelung von § 116 AFG hebt jedoch – wie die  
ausdrückliche Einschränkung der Ruhestatbestände auf den fachlichen Tarifbe-

<sup>63</sup> S. o. Fn. 57.

<sup>64</sup> So auch Benda (Fn. 27), S. 84 f. u. ö.

<sup>65</sup> Hierzu Patett (Fn. 38), S. 96 ff.; die Beiträge von Kasiske und Dombos in: Doleschal/Dombos, *Wohn-  
läuft VW? Die Automobilproduktion in der Wirtschaftskrise*, Reinbek 1982, S. 84 ff., 122 ff.; Klebe/  
Roth, *Die neue Produktionsverflechtung am Beispiel der Autoindustrie*, in: *Der Gewerkschafter* 2/  
1986, S. 6–11; s. a. Wiegand (Fn. 21), S. 114; ferner die in Fn. 57 Genannten.

reich deutlich macht (§ 116 Abs. 1 S. 2 AFG n.F.) – auf solche Störfälle ab, die sich in demselben Industrie- und damit Organisationsbereich abspielen.

Der von dem neuen Gesetz typischerweise geregelte Fernwirkungsfall ist derjenige, der sich

1. in der *Massenproduktion*, die auf einer Vielzahl von Zulieferbetrieben beruht,
2. mit *großer Fertigungstiefe*, d. h. mit einer Vielzahl von in verschiedenen Produktionsstätten verrichteten, aber von einander abhängigen Produktionsschritten, vollzieht. Die Neufassung von § 116 AFG wird Arbeitnehmer und Gewerkschaften somit in *selektiver* Weise treffen. Sie wird ihre Negativwirkung auf die Beschäftigten in solchen Bereichen konzentrieren, die mit *großer Fertigungstiefe bei langen Produktionsketten in derselben Branche* produzieren.

Vieles spricht dafür, daß damit genau die industriellen Bedingungen des Metallsektors umschrieben sind, daß es sich deshalb um eine branchenspezifische Regelung handeln dürfte – polemisch ausgedrückt eine »lex IG Metall«. <sup>66</sup> Ich sehe wenigstens drei Indizien für die Berechtigung dieser Annahme:

(1) Während des Gesetzgebungsprozesses – in den Bundestagsdebatten wie auch den Ausschußanhörungen – wurden zur Illustrierung des Regelungsbedarfes m.W. ausschließlich Beispiele aus dem Metall-, insbesondere dem Automobilbereich, aufgeführt. Verbandsvertreter der Arbeitgeberseite hoben zur Untermauerung der Störanfälligkeit der Unternehmen ihres Organisationsbereiches gegenüber der behaupteten »Minimax«-Taktik genau die industriestrukturellen Bedingungen des Metallbereichs hervor. Ein Vorstandsmitglied eines Unternehmens der Lastwagenfertigung führte zum Beispiel aus, daß in diesem Unternehmen allein 63 000 Teile bezogen werden. <sup>67</sup> Ähnliche Zahlen sind für die PKW-Produktion bekannt. <sup>68</sup> Ein Großteil dieser Zulieferbetriebe ist selber Bestandteil der Metallindustrie.

(2) Die Betreiber des Gesetzgebungsprozesses scheinen sich der selektiven Wirkung auch bewußt gewesen zu sein. So fragte in der ersten Lesung am 5. Februar 1986 der CDU/CSU-Abgeordnete Seehofer: »Wen trifft in der Praxis dieser einzige Streitpunkt?« und gab darauf die Antwort: <sup>69</sup>

»Dieser einzige Streitpunkt kann nur dort auftreten, wo ein einheitlicher Fachbereich gegeben ist, dieser Fachbereich in regionale Tarifgebiete unterteilt ist, und wo – das ist das Wesentlichste – aufgrund der engen wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen diesen Tarifgebieten überhaupt mittelbare Auswirkungen denkbar sind. ... Deshalb – und dies führt ja der Bundesarbeitsminister aus – trifft für die allermeisten Einzelgewerkschaften des DGB dieser einzige Streitpunkt nicht zu. Der trifft von siebzehn Einzelgewerkschaften des DGB im wesentlichen nur die IG Metall.«

Und der derselben Fraktion angehörende Abgeordnete Kolb äußerte kurz und bündig: <sup>70</sup>

»Zum § 116, meine Damen und Herren: Der § 116 ist überhaupt keine Frage des Deutschen Gewerkschaftsbundes, er ist eine Frage der IG Metall und hier speziell in der Automobilindustrie.«

In derselben Debatte zitierte der Vorsitzende des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, der SPD-Abgeordnete Glombig, aus einem Protokoll aus dem Bundesarbeitsministerium von einer Besprechung im Dezember 1985, an der auch Beamte des Wirtschaftsministeriums und des Bundeskanzleramtes teilgenommen haben sollen: <sup>71</sup>

<sup>66</sup> Hierzu meine Stellungnahme in der Anhörung (Fn. 1), S. 338.

<sup>67</sup> Fn. 18, S. 49 f., 76 ff.

<sup>68</sup> S. Kasisker (Fn. 65), S. 85 ff.

<sup>69</sup> Plenarprotokoll 10/1986, S. 15170/71.

<sup>70</sup> Ebd., S. 15172.

<sup>71</sup> Ebd., S. 15158. Der Auszug stammt aus dem Dokument »Ergebnis Besprechung BK, BMJ, BMI? BMWi, BMA« vom 5. 12. 1986; s. dazu Der Spiegel 51/1985, S. 20.

»Die beteiligten Ressorts stimmen darin überein, daß die vorgesehene Neufassung des § 116 bei Lohnarbeitskämpfen – jedenfalls im Metallbereich – zu einem Ruhen im gesamten Fachbereich führt.«

Somit ist sowohl auf der Beamten- wie auch auf der Abgeordneten-Ebene die zu erwartende selektive Wirkungsweise der Neuregelung für Beschäftigte des Metallsektors wohl bewußt gewesen.

(3) Während des Metallarbeitskampfes 1984 errechnete die Bundesanstalt für Arbeit – aus Anlaß einer Ausnahmeentscheidung nach § 116 Abs. 4 AFG a.F. –, daß rund ein Drittel aller vom Ruhenstatbestand betroffenen Versicherten aufgrund mittelbarer Betroffenheit zweiten bzw. dritten Grades ihre Arbeit verloren hätte – d. h.: ein Drittel der von Leistungen Ausgeschlossenen war selbst erst durch eine mehrgliedrige Kette mittelbarer Kampffolgen arbeitslos geworden und war deshalb vom Leistungsbezug ausgeschlossen worden.<sup>72</sup> Diese Mehrgliedrigkeit mittelbarer Kampfbetroffenheit innerhalb derselben Branche ist ein deutlicher Indikator für die betriebsübergreifende Fertigungstiefe und die Länge der Produktionsketten innerhalb des Industriebereichs, was beides in anderen industriellen Sektoren als dem Metallbereich nicht zu finden sein wird.

Alle drei Indizien erlauben die Annahme, daß die Neuregelung aus den Produktionsstrukturen und Interessenlagen des Metallbereichs heraus resultierte, daß sie auf diese Strukturen hin zugeschnitten ist und sich auf sie speziell auszuwirken verspricht. Damit stellt sich das Problem der rechtlichen Risikozuweisung für den Metallbereich in verschärfter Weise. Nicht nur daß hier wie anderswo primär aus der Organisationsherrschaft über die Risikoursache eine Verantwortung für die gesellschaftliche Folgentragung hätte hergeleitet werden müssen. Vor allem werden hier Arbeitnehmer einer bestimmten Branche – gleichgültig ob organisiert oder nicht – von der Neuregelung signifikant höher betroffen als Arbeiter anderer Branchen. Diese selektive Betroffenheit wird durch von diesen Personen unbeeinflusste und unbeeinflussbare Umstände bedingt. Trifft dies schon bei gewerkschaftlich Organisierten zu, so erst recht bei nicht-organisierten Arbeitnehmern. Diese haben nämlich weder auf die industrielle Organisation noch auf die Bestimmung der Tarifforderungen, auch des Tarifgebiets, Einfluß und werden doch von beidem in Mitleidenschaft gezogen – nur weil sie in dieser Industrie arbeiten. Daß diese zu erwartende selektive Wirkung des neuen Gesetzes gegenüber bestimmten Arbeitnehmern und Gewerkschaften Zweifel im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Grundgesetzes aufwirft, wird uns noch beschäftigen.

#### *d) Die Neuverteilung produktionsstruktureller Risiken*

Die Bedingungen des Konflikts um die Risikozuweisung bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen müssen sich bei der rechtlichen Bewertung niederschlagen. Die für die wachsende Integration der Produktion verantwortliche Organisationsmacht liegt ausschließlich in den Händen der beteiligten Unternehmen, ist im technisch/ arbeitsorganisatorischen wie kaufmännisch/wirtschaftlichen Kalkül der Unternehmen begründet. Arbeitnehmer und Gewerkschaften haben darauf keinen Einfluß. Gemäß dem bürgerlichrechtlichen Zusammenhang von Herrschaft und Haftung hätte somit die Risikoverteilung entsprechend der Organisationsherrschaft zu geschehen.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Bundesanstalt für Arbeit. Der Präsident. Beratungsunterlage v. 20. Juni 1984 – VR 119/84 –; s. auch Beschluß VR 130 (1980/86) – dazu J. Isensee, Satzungsautonomie und Dispensbefugnis im Bereich der Arbeitskampsneutralität, DB 1985, S. 2681 ff., 2687.

<sup>73</sup> So im Prinzip auch BAG AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 3; Azzola/Podlech (Fn. 50), S. 151.

Offenkundig geht die neuere Rechtsentwicklung genau in die umgekehrte Richtung. Nicht nur daß die Probleme der verstärkten Störanfälligkeit der Produktion subjektivistisch allein als ein Problem der »Streiktaktik« der Arbeitnehmer und der Gewerkschaften betrachtet wird.<sup>74</sup> Vor allem gehen sämtliche Lösungen des Problems in die Richtung verstärkter Risikozuweisung zu Arbeitnehmern und Gewerkschaften. Schon die Abkehr von § 615 BGB – der den Zusammenhang von Sachherrschaft und Lohnhaftung positivrechtlich niederlegt – für Streikfolgen durch das Reichsgericht, für Streik- und Aussperrungsfolgen derselben Branche durch das Bundesarbeitsgericht verlagerten das Lohnrisiko auf die Beschäftigten, ohne daß dies bislang juristisch stichhaltig hätte begründet werden können.<sup>75</sup> Auf dem Gebiet der Lohnersatzleistungen trug die Entwicklung des Arbeitslosenversicherungsrechts vor 1986 durchaus angemessen der Tatsache Rechnung, daß das Risiko Arbeitslosigkeit ein aus dem Blickwinkel der Beschäftigten gesehen fremdbestimmtes ist und daher der Entlastung wenn schon nicht durch private Unternehmen, so doch durch die Versichertengemeinschaft bedarf. Dies kam darin zum Ausdruck, daß (ab 1927) Arbeitslosigkeit überhaupt als ein versicherbares Risiko und daß (ab 1969) sogar durch Arbeitskampf bedingte Arbeitslosigkeit als ein, wenn auch nach Maßgabe des § 116 AFG eingeschränkt, versicherbares Risiko organisiert wurde.<sup>76</sup> Genau mit dieser Entwicklung aber bricht die Neufassung des § 116 AFG, indem sie die Arbeitskampffolgen »reprivatisiert«.

Die neueren Entwicklungen sowohl beim Lohn- wie beim Lohnersatzanspruch setzen somit Gesetzgebungsakte außer Kraft, denen die Anerkennung zugrunde lag, daß den Beschäftigten eines Unternehmens fremdverantwortete Risiken nicht oder nur eingeschränkt aufgebürdet werden dürfen. Sie stehen somit in unmittelbarem Widerspruch zu der tatsächlichen Risikoentwicklung, die vom unternehmerischen Herrschafts- und Verursachungszusammenhang, von der Problemexternalisierung durch die neuere Unternehmenspolitik, geprägt ist und die gerade eine Verstärkung der unternehmerischen Folgenverantwortung, die »Reinternalisierung«<sup>77</sup>, auslösen müßte.

Es ist unter den geschilderten Bedingungen nur konsequent, wenn jüngst im Zuge des Streits um § 116 AFG auch das Thema der Geltung von § 615 BGB bei Arbeitskampffolgen neu aufgeworfen worden ist.<sup>78</sup> Allzu schnell wird die »kollektivrechtliche Überlagerung« des § 615 BGB durch das Arbeitskampfrecht postuliert.<sup>79</sup> Vor diesem Postulat müßte warnen, daß bis heute nur das *Ergebnis*, nicht aber die *Begründung* der Nichtgeltung des § 615 BGB bei Fernwirkungen nach herrschender Ansicht feststeht<sup>80</sup> – ein Zustand, der juristischer Seriosität Hohn spricht.

Zuzugeben ist, daß einfachgesetzlich gewährte Ansprüche – als solche natürlich auch Lohn- und Lohnersatzansprüche – dann zurückstehen müssen, wo sie zwingendem Verfassungsrecht widersprechen.<sup>81</sup> An verfassungsrechtlichen Anforderungen finden denn auch einfach- oder untergesetzliche Risikoentlastungen zugunsten

74 Beispiele dieser verzerrten Sicht bei Seiler (Fn. 21), S. 57, 66; Schulin (Fn. 21), S. 5; Denck (Fn. 56), S. 126/7; B. Rütters, FAZ 2. 8. 1986.

75 Dies räumt auch Schmidt (Fn. 8), S. 161 ein, ohne daraus allerdings Konsequenzen im Hinblick auf eine erneute Überprüfung auch des Ergebnisses zu ziehen.

76 Benda (Fn. 27), S. 87 ff.; Denck (Fn. 56), S. 117.

77 S. dazu Assmann (Fn. 58) mit Nachweisen aus der Schule der »property rights« und der »ökonomischen Analyse des Rechts«.

78 Colneric (Fn. 4), Rd.-Nrn. 703 ff.

79 S. ohne weitere Vertiefung Schmidt (Fn. 8), S. 161, 164.

80 Darstellung des Streitstandes bei BAG (Fn. 65), Bl. 4 ff.

81 Insoweit zutreffend Schmidt (Fn. 8), S. 164; ferner Azzola (Fn. 18), S. 40, 62, 87, 120, 183, 201.



der Beschäftigten wie der Gewerkschaften ihre Grenze. Dieser an sich selbstverständlichen Prämisse entsprechen freilich die wenigsten der juristischen Argumente, die für die Zurückdrängung des Lohn- wie des Lohnersatzanspruches mittelbar Kampfbetroffener ins Feld geführt werden.

(1) Juristisch haltlos ist von Anfang an das *Solidaritäts- oder Sphärentheorem* gewesen, auf das das Reichsgericht seine partielle Außerkraftsetzung von § 615 BGB gründete. Nie hat plausibel gemacht werden können, woraus der Solidaritätsgedanke die juristische Kraft entwickeln sollte, *rechtsmindernd* für die von Solidarität Umfaßten zu wirken.<sup>82</sup> Nie hat sich auch dieses Theorem von dem Odium befreien können, eine dem individualistischen bürgerlichen Recht fremde Sippenhaft zu begründen. Daß denn auch das BAG aufgrund dieser und anderer Gründe Abschied von der Sphärentheorie genommen hat, hat freilich nicht verhindert, daß diese Theorie in anderem Gewande in der Debatte um § 116 AFG wieder aufgelebt ist.<sup>83</sup> Das Argument etwa, wer den Versicherungsfall der Arbeitslosigkeit bewußt herbeiführe, könne nicht den Versicherungsschutz für sich in Anspruch nehmen<sup>84</sup>, unterstellt praktisch eine Identität zwischen den am Arbeitskampf Beteiligten und den vom Arbeitskampf Betroffenen – eine Identität, die allein in der Begründungslogik des Solidaritäts- oder Sphärentheorems herstellbar ist. Eine Stütze im Verfassungsrecht, mit der der Entzug von Lohn- und Lohnersatzleistungen begründet werden könnte, findet dieses Theorem jedenfalls nichts.

(2) Gleiches gilt für das *Partizipationstheorem*, das zwar m.W. in der Debatte um § 615 BGB keine wesentliche Rolle gespielt hat, das aber in der Debatte um § 116 AFG zunehmendes Gewicht bekommen hat und das der Neufassung von § 116 AFG Pate stand.<sup>85</sup> Auf der politischen Ebene ist dieses Argument meist in der Formel des behaupteten »Stellvertreterarbeitskampfes« aufgetaucht, auf der rechtswissenschaftlichen Ebene hat es Löwisch in die wohlmundende Formel gekleidet, daß »wer den guten Tropfen genießt, auch den schlechten in Kauf nehmen muß«.<sup>86</sup> Mag eine solche Billigkeitsformel dem Alltagsbewußtsein plausibel erscheinen, so gibt sie doch bei näherem Zusehen keinerlei verfassungsrechtliche Legitimation der Einschränkung bestehender Rechtspositionen ab. Abgesehen davon, daß das Partizipationstheorem immer einen (empirisch nicht zutreffenden) Automatismus der Übernahme von bezirklichen Tarifabschlüssen in anderen Tarifgebieten unterstellt, so wäre es doch nicht einmal triftig, wenn ein solcher Automatismus bestünde. Es gibt keinen Rechtssatz, demzufolge jemand, der an von anderen errungenen Vorteilen teil hat, auch an deren Nachteilen zu beteiligen sei<sup>87</sup> – und es ist kein Zufall, daß Löwisch seine Formel aus dem *corpus iuris canonici* und aus dem Sächsischen BGB entlehnt, nicht jedoch aus dem geltenden Recht, gar dem Verfassungsrecht. Deshalb ist sie auch nicht geeignet, bestehende Rechtsansprüche zu beschränken oder Beschränkung zu legitimieren.<sup>88</sup>

(3) Von verfassungsrechtlicher Relevanz ist einzig das *Beeinflussungstheorem*, weil es sich auf eine grundgesetzlich geschützte Rechtsposition – die Koalitionsfreiheit

82 Zutreffend Schulin (Fn. 21), S. 8; ebenso Denck (Fn. 56), S. 124/5.

83 Dies konstatiert auch Benda, Stellungnahme zur Anhörung (Fn. 1), S. 302 f.; s. a. Denck a. a. O.

84 Beispielsweise Papier Anhörung (Fn. 1), S. 331 f.; ders. FAZ 7. 2. 1986.

85 S. KJ 1986, S. 166 ff.

86 S. Stellungnahme zur Anhörung (Fn. 1), S. 328.

87 Gälte der Gemeinspruch, so könnte z. B. das Verdikt über Differenzierungsklauseln (AP Nr. 13 zu Art. 9 GG) kaum Bestand haben.

88 Im Erg. ebenso Schulin (Fn. 21), S. 8: »... § 116 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AFG verfassungswidrig, soweit nicht gleichzeitig Nr. 2 erfüllt; ihm folgend Denck (Fn. 56), S. 113 f.; s. auch Azzola (Fn. 18), S. 88, 183 – unklar noch die Stellungnahme S. 288/89 gegenüber S. 290 und Azzola/Podlech, (Fn. 50), S. 155 gegenüber S. 154, 152.



des Art. 9 Abs. 3 GG – stützen kann.<sup>89</sup> Würde die Zahlung von Lohn- und Lohnersatzleistungen an mittelbar Kampfbetroffene die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite verletzen, so wäre ihre Einschränkung verfassungsrechtlich nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten. Diesen zutreffenden Prüfungsmaßstab angelegt zu haben, ist – wie immer man sonst diese Rechtsprechung einschätzen möge – das Verdienst der Arbeitskampsrisikolehre des BAG.<sup>90</sup> Auch dem 1986 paradoxerweise abgeschafften Abs. 3 S. 1 Ziff. 2 des § 116 AFG a.F. lag er zutreffenderweise zugrunde. In der politischen Diskussion fand sich das Beeinflussungstheorem meist in der Formel wieder, die Bundesanstalt für Arbeit dürfe nicht zur »Streikkasse der Gewerkschaften« werden – eine Formel, die zwar in der politischen Propaganda für die Neufassung von § 116 AFG herausragte, die sich aber (wie gesagt) nicht in dem neugefaßten Gesetz selbst niedergeschlagen hat.

Den skizzierten Anforderungen würde der Ausschluß an sich bestehender Ansprüche von mittelbar arbeitskampfbetroffenen Arbeitnehmern somit entsprechen, wenn nachweisbar ist, daß von ihrer Zahlung ein *Einfluß* auf das Kampfgeschehen ausgeht, der die *Koalitionsfreiheit der kampfbeteiligten Arbeitgeber verletzt*.

– Ob die Arbeitskampsrisiko-Rechtsprechung des BAG diesem Maßstab gerecht wird, ist – auch wenn dies hier nicht im einzelnen zu prüfen ist – zweifelhaft: Denn *erstens* läßt das Gericht für den Fortfall der Lohnansprüche schon genügen, wenn die *Kampfsparität* beeinträchtigt werden könne<sup>91</sup>, wohingegen wohl zu fordern wäre, daß die *Fähigkeit der Arbeitgeber, einen effektiven Arbeitskampf zu führen*, beeinträchtigt würde<sup>92</sup>; *zweitens* läßt das Gericht es bei der bloßen *Möglichkeit* einer Beeinträchtigung bewenden<sup>93</sup>, wohingegen verfassungsrechtlich wohl geboten wäre, eine sich *aktualisierende* Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber, und nicht nur deren Möglichkeit, als Voraussetzung des Wegfalls des Lohnanspruches zu fordern.

– Daß auch die Neuregelung der Lohnersatzleistungen den genannten verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, wurde im Prinzip bereits gesagt. Denn die Neuregelung ist – ungeachtet ihres Anspruchs – eine ausschließliche Konkretisierung des Partizipationsbestandes, wohingegen der Beeinflussungstatbestand entfallen ist.<sup>94</sup>

Dieser Zusammenhang hat denn auch Autoren, die der Begründungslogik der Ruhenstatbestände in § 116 AFG genauer nachgegangen sind, durchweg zu Konsequenzen geführt, die der Neuregelung kritisch entgegenzuhalten sind. Schulin z. B. hat aus der Kritik des Paritätstheorems heraus schon für § 116 Abs. 3 S. 1 AFG a.F. hergeleitet, daß der Partizipationstatbestand (Ziff. 1) für sich genommen nicht bestandskräftig sei, vielmehr als Unterfall des Beeinflussungstatbestandes (Ziff. 2) eingeordnet werden müsse.<sup>95</sup> Benda hat dem Regierungsentwurf zu § 116 AFG zutreffend entgegeng gehalten, er werde zwar mit der Absicht der Abwehr von Beeinflussungen begründet, enthalte tatsächlich jedoch nur einen erweiterten Partizipationstatbestand und führe so sachwidrig eine »unwiderlegliche Vermutung« der Beeinflussung eines Arbeitskampfes bei (angeblicher oder wirklicher) Partizipation

<sup>89</sup> S. Benda (Fn. 27), S. 167 ff., 184 ff.; Azzola wie Fn. 73; Schulin wie Fn. 80; Denck wie Fn. 88.

<sup>90</sup> S. o. Fn. 10; s. a. Raiser (Fn. 26).

<sup>91</sup> Ebda. (LS 3).

<sup>92</sup> Azzola (Fn. 18), S. 87/88 u. ö.

<sup>93</sup> Wie Fn. 83; ähnlich Müller (Fn. 22) S. 256/7. Im Widerspruch dazu fordert das BAG im Text der zitierten Entscheidung (Bl. 6 R), die Bedeutung der Fernwirkungen für den Kampfverlauf müsse »feststellbar« sein – was ja wohl mehr als eine *Möglichkeit* darstellt; wie hier die Kritik von Schulin (Fn. 21) S. 11 an G. Müller.

<sup>94</sup> S. Fn. 51.

<sup>95</sup> Fn. 31, S. 8; ihm folgend Denck (Fn. 56), S. 114.

an dessen Folgen ein.<sup>96</sup> Azzola schließlich legte im Anhörungsverfahren vor dem Bundestagsausschuß einen Regelungsvorschlag vor, der – neben anderen Bedingungen – ein Ruhen des Lohnersatzanspruches mittelbar Kampfbetroffener nur dann vorsah, wenn durch die Zahlung von Lohnersatzleistungen die Arbeitgeber »zur Führung eines effektiven Arbeitskampfes nicht mehr in der Lage sind«.<sup>97</sup> Alle drei Positionen bekräftigen in ihrem je unterschiedlichen Kontext, daß allein das Beeinflussungstheorem dem Ausschluß sonst zustehender Ansprüche verfassungsrechtliche Validität geben könnten.

### 3. Der verfassungsrechtliche Streitstoff

Es scheint sicher, daß das Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung angerufen wird. Der dabei zu erörternde Streitstoff ist in verschiedenen Veröffentlichungen – vor allem den Stellungnahmen in den Ausschußanhörungen und der Schrift von Ernst Benda – bereits vorstrukturiert worden. Nach dem Gesagten kann kaum mehr streitig sein, daß die Neuregelung die Rechtslage zu Lasten der (organisierten wie nicht-organisierten) Arbeitnehmer und der Gewerkschaften verschlechtert hat. Sie macht – bei aller begrifflichen Unschärfe – für die Individuen den Bezug von Lohnersatzleistungen im Falle mittelbarer Arbeitskampfbetroffenheit unwahrscheinlicher und verschlechtert damit auch die finanziellen, organisatorischen und »moralischen« Kampfbedingungen der Gewerkschaften. Es wird daher bei einer verfassungsrechtlichen Prüfung – die hier nur gegenständlich umrissen, nicht vertieft werden kann – auf die Zulässigkeit dieser Verschlechterung der Rechtslage ankommen.

#### a) Der Bestandsschutz arbeitslosenversicherungsrechtlicher Ansprüche

Ungeachtet der Frage, unter welchen Umständen sich aus der Verfassung Ansprüche auf Sozialleistungen herleiten lassen, besteht heute Einigkeit darüber, daß einmal begründete sozialrechtliche Positionen, zumal wo sie auf eigenen Beiträgen beruhen, verfassungsrechtlichen Schutz genießen, daß somit ihre Verminderung oder Beseitigung der Rechtfertigung bedarf. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist in den letzten Jahren dazu übergegangen, sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen und Anwartschaften jedenfalls dann Eigentumscharakter zuzusprechen, wenn sie der begünstigten Person privatnützig zugeordnet sind, wenn sie auf einer Eigenleistung des/der Versicherten beruhen und wenn sie der Existenzsicherung des/der Berechtigten dienen.<sup>98</sup> In seiner jüngsten Entscheidung in dieser Sequenz hat das Gericht – am 12. Febr. 1986 – auch den Anspruch auf Arbeitslosengeld unter den Schutz der Eigentumsgarantie gestellt.<sup>99</sup>

Solche Rechtspositionen sind zwar damit nicht dem gesetzgeberischen Zugriff entzogen, sie dürfen jedoch nur unter den in Artikel 14 genannten Bedingungen inhaltlich neu ausgestaltet, eingeschränkt oder entzogen werden. Benda hat in seiner Schrift zur Neuregelung von § 116 AFG die Rechtsprechung insoweit vollständig aufbereitet, so daß eine Vertiefung hier nicht erforderlich ist. Die Frage, ob der

<sup>96</sup> Fn. 27, S. 184 f. (zusammenfassend).

<sup>97</sup> Fn. 18, S. 183; s. a. Azzola/Podlech (Fn. 30), S. 155.

<sup>98</sup> Nachweise bei Benda (Fn. 27), S. 98 ff.; zum Benda-Gutachten die Stellungnahme des Bundesjustizministers Engelhard in: ZfS 1986, S. 358 ff. und die Entgegnung Bendas S. 385 ff.

<sup>99</sup> Beschl. v. 12. 2. 1986 – 1 BvL 39/83 – LSe 1 und 2, NZA 1986 S. 301 ff.

Schutz sozialrechtlicher Positionen zusätzlich zur oder gar anstelle der Eigentums-  
garantie auch auf andere Grundrechte gestützt werden kann, mag berechtigt sein,  
wird aber die bevorstehende verfassungsgerichtliche Auseinandersetzung nicht be-  
stimmen – auf sie wird deshalb hier nicht eingegangen.

Der demokratische Gesetzgeber verfügt bei Eingriffen in das Eigentum über einen  
breiten Gestaltungsspielraum, besonders wo Eigentumspositionen eher soziale als  
personale Funktionen aufweisen.<sup>100</sup> Angesichts dieses Gestaltungsspielraums wird  
es im allgemeinen schwer fallen, Gesetze, die Sozialleistungen vermindern, mit der  
Eigentumsgarantie anzugreifen. Die Arbeitslosengeldentscheidung des Bundesver-  
fassungsgerichts von 1986 beanstandete denn auch die Regelung, derzufolge die  
Anwartschaftszeit für den Bezug von Arbeitslosengeld heraufgesetzt wurde, nicht  
*als solche*, sondern nur insoweit, als sie sich auch auf *bereits begründete* Anwart-  
schaften bezog. Letztlich forderte das Gericht nur eine gesetzliche Vorkehrung  
dafür, daß von den erhöhten Leistungsvoraussetzungen nur neu begründete An-  
wartschaften betroffen würden – also eine Übergangsregelung.<sup>101</sup> Bezogen auf § 116  
könnte dies heißen, daß die Neuregelung als solche verfassungsgemäß wäre, daß nur  
das Fehlen einer Übergangsregelung für bereits entstandene Anwartschaften  
beanstandet würde.

Eingriffe in das Eigentum sind aber auch bei dem anzunehmenden weiten Gestal-  
tungsspielraum des Gesetzgebers nur dann zulässig, wenn sie den Anforderungen  
des Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Bei näherem Zusehen ist dies das eigentli-  
che Prüfungskriterium des Gutachtens von Benda.<sup>102</sup> Abgesehen von den allgemei-  
nen Voraussetzungen formuliert das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Rationalitäts-  
anforderung an den Gesetzgeber, Eingriffe nur für klar ausgewiesene Ziele vorzu-  
nehmen, dabei Mittel zu wählen, die dem ausgewiesenen Ziel entsprechen, und bei  
dabei unvermeidlichen Schädigungen die Proportionalität zum angestrebten Ziel zu  
wahren.<sup>103</sup> Unter diesem Gesichtspunkt sind der gesetzlichen Neuregelung von  
§ 116 AFG wenigstens drei Einwände entgegenzuhalten:

(1) Die Neuregelung begründet den Eingriff in Lohnersatzansprüche und -anwart-  
schaften mit einem Ziel, dem die tatsächlich getroffene Regelung nicht entspricht.  
Das gesetzgeberische Ziel ist die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit. Der  
Gesetzgeber hat sich aber auf die Probleme der Neutralitätssicherung – auf die  
veränderten Risikostrukturen, die Frage, inwieweit die Vorenthaltung von Lohner-  
satzleistungen neutralitätsstörend sein könne, auf mögliche Beeinflussungen der  
Fernwirkungen von Arbeitskämpfen durch Arbeitgeber usw. – überhaupt nicht  
eingelassen, sondern schlicht eine Regelung getroffen, die das Kräfteverhältnis im  
Arbeitskampf gravierend zuungunsten von abhängig Beschäftigten und Gewerk-  
schaften verändert. Unter der irreführenden Etikette der Neutralitätssicherung ist  
materiell ein Eingriff in die Kräfteverhältnisse im Arbeitskampf geregelt worden.  
Somit leidet die Neuregelung an einer deutlichen Diskrepanz zwischen Regelungs-  
ziel und tatsächlicher Regelung.<sup>104</sup>

(2) Der Gesetzgeber ist – wie oben gezeigt wurde – zur Einschränkung der  
Rechtsansprüche arbeitskampfbetroffener Arbeitnehmer allenfalls insofern legiti-  
miert, als von der Realisierung dieser Ansprüche die Koalitionsfreiheit der Arbeitge-

<sup>100</sup> So zusammenfassend A. v. Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Baden-Baden 1984,  
S. 424 ff.

<sup>101</sup> Fn. 99, S. 302/3.

<sup>102</sup> A. a. O. (Fn. 27), S. 73 ff. und passim.

<sup>103</sup> v. Brünneck (Fn. 100), S. 196 ff., 404 ff.

<sup>104</sup> Wie Fn. 102.

ber gefährdende Einflüsse auf Arbeitskämpfe auszugehen drohen.<sup>105</sup> Statt einer gesetzlichen Sicherung der Koalitionsfreiheit vor unzulässigen Beeinflussungen hat der Gesetzgeber jedoch einen Anknüpfungspunkt für den Ruhenstatbestand gewählt, der weder zur Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber noch zu einer sonstigen Verfassungsposition in eindeutiger Beziehung steht. Die Neuregelung besteht aus einer Verallgemeinerung des Partizipationstatbestandes der Vorgängerregelung. Sie zieht Arbeitnehmer wegen einer (nicht einmal sicheren) Aussicht auf Teilhabe am Tarifiergebnis zur Rechenschaft, obwohl von diesen Arbeitnehmern kein Einfluß auf das Tarifgeschehen ausgehen muß. Mag sein, daß in manchen Fällen eine Überschneidung von Partizipationsaussicht und Beeinflussungsgefahr gegeben ist. Aber ein zwingender Zusammenhang ist nie nachgewiesen worden, dürfte auch kaum nachweisbar sein; nicht einmal eine dahingehende Typik konnte plausibel gemacht werden. So wie am Ergebnis partizipierende Arbeitnehmer den Arbeitskampf nicht beeinflussen müssen, so können auch am Ergebnis nicht partizipierende Arbeitnehmer ihn beeinflussen.<sup>106</sup> Dies berücksichtigt der neue Ruhenstatbestand nicht: er »streut« in seinen Wirkungen, indem er mit Sicherheit auch Arbeitnehmer von seinen Wirkungen umfaßt, von denen kein Einfluß auf das Kampfgeschehen ausgeht oder ausgehen kann.

(3) Um so unangemessener ist die Schärfe der Wirkungen, von denen die so ihrer Ansprüche beraubten Arbeitnehmer getroffen werden. Sie büßen nicht nur ohnehin ihren Lohn ein, sondern sie verlieren auch definitiv ihren Lohnersatzanspruch, obwohl sie für den eintretenden Risikofall Beiträge entrichtet haben, und sie erlangen aller Wahrscheinlichkeit nach keinerlei staatliche Unterstützung in Form von Sozialhilfe für die Zeit der Betroffenheit von Fernwirkungen. Die existenzbedrohende Intensität des Eingriffs kontrastiert in unangemessener Weise sowohl zur Zielindifferenz bzw. Zieldiffusität des Kriteriums, an das der Entzug von Leistungen gekoppelt wird, als auch zu der unbestreitbaren Tatsache, daß Art und Ausmaß des Risikos, von dem die Arbeitnehmer betroffen werden, fremder und von ihnen unbeeinflussbarer Organisationsherrschaft unterliegt.

Unter allen drei Gesichtspunkten dürfte die Neuregelung von § 116 den Rationalitätsanforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips widersprechen. Somit ist in ihr – auch wenn man sozialversicherungsrechtliche Leistungseinschränkungen prinzipiell für mit der Eigentumsgarantie vereinbar hält – ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie zu sehen.

#### *b) Schutz der Fähigkeit, einen effektiven Arbeitskampf zu führen*

Wie gezeigt wurde, greift die Neuregelung – entgegen dem vorgeblichen Ziel der Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit – in massiver Weise zuungunsten von Arbeitnehmern und Gewerkschaften in die Kräfteverhältnisse bei einem Arbeitskampf ein. Sie erhöht den »Binnendruck« innerhalb einer Gewerkschaft, einen Arbeitskampf abzukürzen, gegebenenfalls auch aufzugeben, wenn das Gewicht der Fernwirkungen dieses Arbeitskampfes – gerade der durch Aussperrungen bedingten – zunimmt.

Unter Bedingungen hochgradiger Integration der Produktion in ihrer Branche einerseits, der Lohnrisiko-Rechtsprechung des BAG andererseits und schließlich nun der drohenden Ausdehnung des Lohnersatzleistungsrisikos auf die gesamte Branche stehen Gewerkschaften vor einer »Alles-oder-Nichts-Alternative«. Wür-

<sup>105</sup> Nachweise in Fn. 81.

<sup>106</sup> Beispiele s. Fn. 53 und 55.

den sie in einer gebietsübergreifend bedeutsamen Frage – dies kann ein bestimmtes Lohnminimum, dies kann die Arbeitszeit, dies können neue Technologien, der betriebliche Datenschutz, aber auch Qualifikierungskonflikte usw. sein – aktiv, so droht der Fortfall der Lohn- und Lohnersatzansprüche einer nicht limitierbaren Zahl nicht beteiligter Betroffener. Unter diesen Bedingungen wird den Gewerkschaften ein »Flächenbrand« aufgezwungen, der von ihnen nicht wie ein Streik begrenzt kalkuliert und rational und effektiv geführt werden kann. Die Fähigkeit zur Führung eines effektiven Arbeitskampfes ist aber unbestrittenermaßen Schutzgegenstand der Koalitionsfreiheit.<sup>107</sup>

Gewiß werden Arbeitnehmer und Gewerkschaften durch das neue Gesetz nicht zu einem solchen Flächenbrand gezwungen. Sie können, ihn antizipierend, den Konflikt zu vermeiden versuchen. Sie können auch auf partikuläre, bezirksspezifische Forderungen und Konflikte ausweichen, um beim Forderungsvergleich die partizipative Inanspruchnahme zu vermeiden. Aber wenn das Gesetz ihnen derart Inhalt und Formen der Interessenvertretung auferlegt, dann liegt nahe, eben darin einen Verstoß gegen ihre Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) zu sehen.<sup>108</sup>

### c) Schutz gegen selektive Betroffenheit

Wie dargelegt, wird § 116 n.F. selektiv wirken. Er wird ganz bestimmten Arbeitnehmern den Entzug der erworbenen Lohnersatzansprüche auferlegen: Denjenigen, die in Bereichen der Massenproduktion mit erhöhter Fertigungstiefe in derselben Branche arbeiten. Metallarbeiter – gleich ob organisiert oder nicht – werden von der Neuregelung signifikant höher betroffen werden als Arbeitnehmer anderer Branchen.

Diese selektive Betroffenheit ist durch einen von diesen Personen unbeeinflussten und unbeeinflussbaren Umstand bedingt – die hochgradige Integration des Produktionszweiges. Deshalb liegt nahe, hier eine willkürliche Ungleichbehandlung, somit einen Verstoß gegen Art. 3 GG anzunehmen.<sup>109</sup> Diese Annahme trifft schon bei gewerkschaftlich Organisierten auf hohe Plausibilität – weil auch diese auf den Grad der industriellen Integration keinerlei Einfluß haben. Um so mehr trifft sie bei nicht organisierten Arbeitnehmern zu – diese haben weder auf die industrielle Integration noch auf die Bestimmung der Tarifforderungen, vor allem des Tarifgebiets, Einfluß und werden doch von beidem in Mitleidenschaft gezogen. Die bloße Zugehörigkeit zu einer Industrie wird somit zum Selektionskriterium beim Entzug von Sozialleistungen.

Auch die Bedrohung der Koalitionsfreiheit dürfte sich nach der oben getroffenen Analyse selektiv vollziehen. Ohne Zweifel wird ihr die Gewerkschaft am stärksten unterliegen, deren Organisationsbereich den geschilderten produktionsstrukturellen Bedingungen entspricht – Massenproduktion bei großer Fertigungstiefe im selben Branchenbereich –: die IG Metall. Daß die Neuregelung eine »lex IG Metall« darstellt, wurde schon an der Entstehungsgeschichte deutlich gemacht. Dies legt auch auf der kollektiven Ebene den Fall einer willkürlichen Diskriminierung – und damit eines Verstoßes gegen das Willkür-Verbot des Art. 3 GG – nahe.

Die Argumentation mit dem Gleichheitsverstoß kann Einwänden begegnen, auf die hier kurz eingegangen werden soll:

<sup>107</sup> S. nur BVerfGE 38, 386 ff., 395; 47, 193 ff., 197.

<sup>108</sup> BVerfGE 18, 18 ff., 31.

<sup>109</sup> Zum Prüfungsmaßstab s. Benda (Fn. 27), S. 202 ff.; s. a. Schulin (Fn. 21), S. 8; ferner BVerfGE 39, S. 316 ff., 326 f.

(1) Daß § 116 n.F. als ganz normales abstrakt-allgemeines Gesetz ausgestaltet ist, nicht als eine lex IG Metall, schließt einen Gleichheitsverstoß keineswegs aus. In vergleichbarem Zusammenhang hat bereits das Bundesverfassungsgericht entschieden:<sup>110</sup>

»Aber auch ein Gesetz, das in seinem Wortlaut eine ungleiche Behandlung vermeidet, und seinen Geltungsanspruch abstrakt-allgemein umschreibt, widerspricht dem Gleichheitssatz dann, wenn sich aus der praktischen Auswirkung eine offenbare Ungleichheit ergibt, und die ungleiche Auswirkung gerade auf die rechtliche Ausgestaltung zurückzuführen ist. Nicht die äußere Form, sondern der materiell-rechtliche Gehalt ist entscheidend.«

Daß sich das Gesetz praktisch selektiv auswirken wird, ist unbestreitbar. Würde z. B. in der automobilnahen Industrie und in der Flaschenindustrie gestreikt oder ausgesperrt, so würden in beiden Arbeitskämpfen Fernwirkungen in vor- und nachgelagerten Stufen der Produktionskette einsetzen. Aber nur in ersterem Fall würde, da die vorgelagerten und nachgelagerten Stufen dem selben Industrie- und damit Organisationsbereich zugehören, der Lohnersatzanspruch ruhen. Diese Ungleichbehandlung ist auch auf das Gesetz selbst zurückzuführen. Denn indem dieses beim Ruhenstatbestand an die Branchenzugehörigkeit anknüpft, führt es unweigerlich auch die genannte differenzierende Wirkung gemäß der jeweiligen Branchenstruktur herbei.

(2) Einwenden könnte man weiter, die Schlechterstellung sei sachlich begründet und nicht willkürlich, da von der besonderen Branchen- und Organisationsstruktur des Metallbereiches besondere Gefahren für die Neutralität der Bundesanstalt im Arbeitskampf ausgehen. Dem ist entgegenzuhalten:

- Erstens haben die von der Schlechterbehandlung Betroffenen auf die eine Differenzierung (angeblich) begründenden Sachumstände keinerlei Einfluß – die Nichtorganisierten weder auf Produktions- noch Organisations-, die Organisierten und Gewerkschaften wenigstens nicht auf die Produktionsstruktur. Ihre Schlechterstellung ist somit – besonders deutlich bei aussperrungsbedingten Fernwirkungen gemäß der neueren Arbeitskampfrisiko-Rechtsprechung – auf Umstände zurückführbar, die eher ihre industriellen Gegenspieler als sie selbst beherrschen. Solche Umstände können eine Differenzierung sachlich nicht rechtfertigen.
- Zweitens ist die Behauptung, der Sachgrund für die Differenzierung liege im potentiellen Einfluß der fachgleichen Drittbetroffenen auf die Kämpfenden im Tarifgebiet selbst, noch nie ernsthaft begründet worden.<sup>111</sup> Schon gar nicht wurde der Nachweis erbracht, daß Arbeitgebern bei Leistung von Lohnersatzleistungen im bisherigen Umfang die Führung eines effektiven Arbeitskampfes erschwert oder unmöglich gemacht würde.

Im Falle Nichtorganisierter ist die Annahme eines solchen Einflusses ohnehin abwegig. Aber auch wenn von Fernwirkungen betroffene organisierte Arbeitnehmer ihrer Existenzgrundlage beraubt werden, wird – nach der bisherigen Analyse – ein anderer als der von den Befürwortern der Neuregelung angeführte Kausalverlauf ausgelöst. Beeinflußt wird nicht das Kräfteverhältnis im Kampfgebiet unmittelbar. Gebeugt wird vielmehr der Wille der kampfführenden Gewerkschaft und der Arbeitnehmer im Tarifgebiet durch einen Umstand, der den Kräfteverhältnissen in ihrem Tarifgebiet gänzlich fremd ist: Durch die materielle Not Dritter, potentieller oder aktueller Organisationsmitglieder. Daß am Konflikt unbeteiligten Dritten die Lebensgrundlage entzogen wird, um eine am Konflikt beteiligte Partei zum Einlen-

<sup>110</sup> BVerfGE 8, S. 51 ff., 64; std. Rspr.

<sup>111</sup> Zweifelnd bei einem vorliegenden Partizipations-Tatbestand Schulin (Fn. 21), S. 9, ihm folgend Denck (Fn. 56), und – allerdings widersprüchlich – Papier FAZ 7. 2. 1986; außerdem Benda (Fn. 27), S. 75 ff.

ken zu bewegen, würde man in anderem Zusammenhang eine »Geiselnahme« nennen.<sup>112</sup> Daß auch nur Anklänge solcher Mittel mit dem Sozial- und gar dem Kulturstaat unvereinbar sind, liegt auf der Hand. Einen sachlichen Grund für eine Schlechterstellung geben sie keinesfalls ab.

(3) Daß das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber großen Gestaltungsspielraum – auch bei selektiv wirkenden Gesetzen – einräume<sup>113</sup>, verfährt im Falle der Neuregelung des § 116 nicht. *Erstens* untersteht der Gesetzgeber verschärften Gleichbehandlungsanforderungen, wenn der von ihm geregelte Bereich starker staatlicher und gesetzlicher Formung und Regulierung unterliegt. Das ist auf dem Gebiet des Arbeitsmarktes und der Arbeitslosenversicherung unstreitig der Fall.<sup>114</sup> *Zweitens* engt sich die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit ein, wo es um die Gleichbehandlung in der Anerkennung von Grundrechten geht, deren Schutzintensität mit dem personalen Bezug und der personalen Funktion steigt.<sup>115</sup> Sozialrechtliche, und gerade sozialversicherungsrechtliche, Ansprüche haben über die Existenzsicherung hinausgehende freiheitssichernde Funktion.<sup>116</sup> Mag man sie auch unter dem Eigentumsaspekt als sozial gebunden und insoweit gesetzgeberischer Gestaltung weitgehend offenstehend interpretieren, so unterliegt ihre Einschränkung doch in gleichheitlicher Hinsicht stärkeren Anforderungen, denen auch der Gesetzgeber ausgesetzt ist. Die diskriminierende Vorenthaltung eines Lohnersatzanspruches wird jedenfalls von der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit nicht gedeckt.

#### d) Normenklarheit

Die Neufassung von § 116 AFG beseitigt bisherige – im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung erzielte – Klarheiten und ersetzt sie durch Regelungen, die kein bestimmtes Resultat vorhersehen lassen – bis auf die durch Entstehungsgeschichte und Wortlaut der Neuregelung zu belegenden Tatsache, daß für Arbeitnehmer und Gewerkschaften ungünstigere Resultate ins Haus stehen werden. Der Gesichtspunkt der zunehmenden Unklarheit ist in der öffentlichen Diskussion – aus verschiedenen Lagern – so hervorgehoben worden, daß er hier nicht vertieft zu werden braucht. Verfassungsrechtlich relevant ist dieser Mangel der Neuregelung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 GG).<sup>117</sup>

#### e) ILO-Übereinkommen Nr. 102

Art. 69 i des ILO-Übereinkommens Nr. 102, welches für die Bundesrepublik verbindlich ist, läßt das Ruhen von Arbeitslosenversicherungsleistungen nur zu, »wenn der Verlust der Beschäftigung die unmittelbare Folge einer auf eine Arbeitsstreitigkeit zurückzuführende Arbeitseinstellung war. . . .« Über die Anwendbarkeit und Auslegung dieser Vorschrift besteht Streit.<sup>118</sup> Da ich davon ausgehe, daß ein Verstoß gegen das ILO-Übereinkommen nicht zur Verfassungswidrigkeit des neu geregelten § 116 AFG führt, beschränke ich mich auf zwei Anmerkungen aus Anlaß der aktuellen Diskussion.

(1) Es ist der Versuch gemacht worden, die Geltung des ILO-Übereinkommens für

<sup>112</sup> S. das von Benda in der Stellungnahme zur Anhörung (Fn. 1), S. 302 hervorgehobene Verbot von »Faustpfändern: BVerfGE 51, S. 1 ff., 25; 62, S. 169 ff., 186.

<sup>113</sup> Dazu AK-GG-Rittstieg, Nrn. 163 ff. zu Art. 14/15 GG.

<sup>114</sup> BVerfGE 21, 245 ff., 253 ff.

<sup>115</sup> BVerfGE 50, S. 290 ff., 340/41.

<sup>116</sup> Nachweise bei D. Sterzel, Grundrechtsschutz im Sozialhilferecht, KJ 1986, S. 117 ff., 127 ff.

<sup>117</sup> Dazu Benda (Fn. 27), S. 215 ff.; Schwerdtfeger, Stellungnahme zur Anhörung (Fn. 1), S. 263 f.

<sup>118</sup> Säcker (Fn. 7), S. 42 ff.



die Bundesrepublik überhaupt in Zweifel zu ziehen.<sup>119</sup> Daß diese Meinung abwegig ist, weil sie die Existenz »multilateraler Verträge mit offenem Mitgliederkreis« ignoriert, ist heute geklärt.<sup>120</sup> Die Bundesrepublik wird aus diesem Übereinkommen verpflichtet.

(2) Unbeschadet weiterer Auslegungsstreitigkeiten dürfte jedenfalls eine Interpretation der Begriffe »unmittelbare Folge«, die diesen Begriffen jede Eigenbedeutung nimmt und zur Auslegung allein auf die »spätere Praxis« rekurriert<sup>121</sup>, juristischen Auslegungsgrundsätzen widersprechen. Denn damit würde die Norm in ihrer Geltung selbst negiert. Der Begriff »unmittelbar« erhält und behält nur dann einen hermeneutisch nachvollziehbaren Sinn, wenn er die von der Arbeitseinstellung ausgehende Wirkungskette auf das *nächste* Glied – also das vom Arbeitskampf betroffene Rechtsverhältnisse selbst – beschränkt.<sup>122</sup> Gegen diese Anforderung des ILO-Übereinkommens Nr. 102 aber verstößt § 116 AFG n.F.

Dieser Verstoß ist nicht von verfassungsrechtlicher Bedeutung, wohl aber von verfassungskultureller. Denn er begründet ein Abweichen der Bundesrepublik von den Normen, die für die internationale Völkergemeinschaft verbindlich sind.

\* \* \* \*

Sollte die Neufassung von § 116 AFG Bestand haben, so wird sich das Tarifgeschehen in der Bundesrepublik spürbar verändern. Das neue Gesetz koppelt die Verantwortung für die gesellschaftlichen Folgen immer störanfälligerer industrieller Produktionsstrukturen für den Arbeitskampf weiter von der Organisationsgewalt über diese Produktionsstrukturen ab. Es macht damit den Arbeitskampf für Beschäftigte und Gewerkschaften – gerade in der hochintegrierten Metallbranche – zu einem unübersehbaren Risiko. Es »rationalisiert« ihn der Tendenz nach »weg«.<sup>123</sup> So hinterläßt das legislatorische Nachspiel zum Arbeitskampf von 1984 ein paradoxes Bild. Dieser Arbeitskampf galt erstmals dem gegenwärtigen und zukünftigen Zentralthema der Sozialpolitik – Verringerung der Arbeitslosigkeit. § 116 AFG neuer Fassung läßt die Beschäftigten der Branche, in der der Arbeitskampf vor allem geführt wurde, wieder das volle Gewicht von Arbeitslosigkeit spüren – ohne alle sozialstaatliche Abmilderung. Das gesetzgeberische Vorhaben einer angeblichen Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit hat somit den Effekt, einem sozialpolitischen Projekt, das den sozialstaatlich festgeschriebenen Zielen der Bundesanstalt entspricht wie kaum ein anderes, zuallererst den Schutz eben dieser Anstalt zu entziehen.

<sup>119</sup> Müller (Fn. 22), S. 242 ff.

<sup>120</sup> Heintzen/Eilers, Die Völkerrechtskonformität der geplanten Änderungen des Neutralitätsparagrafen des Arbeitsförderungsgesetzes, DB 1986, S. 271 ff., 272 und N. 18; N. Colneric, Arbeitskampf und Arbeitsförderung, AuR 1986, S. 8 ff., 12 f.; U. Mayer, Stellungnahme zur Anhörung (Fn. 1), S. 334 f.

<sup>121</sup> So Heintzen/Eilers (Fn. 120), S. 276 ff.

<sup>122</sup> Colneric (Fn. 120), S. 13 f.

<sup>123</sup> So Klebe/Roth (Fn. 65).