

Rainer Erd

Aussperrung – Eine Institution des Wettbewerbsrechts?

Zur neuen Arbeitskampfrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

I. Gewerkschaften und Aussperrung

Nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik entfachte eine gewerkschaftliche Forderung rechtspolitische Diskussionen, die so radikal den Klassencharakter dieser Gesellschaft thematisierten, wie die nach dem Verbot der Aussperrung. Mit der Kampagne für ein Aussperrungs-Verbot standen gesellschaftspolitische Grundprinzipien zur Debatte, die lange Jahre zu den unantastbaren »essentials« des bundesrepublikanischen Systems der industriellen Beziehungen gehörten und ihm eine – verglichen mit anderen europäischen kapitalistischen Gesellschaften – einzigartige Stabilität verliehen. Daß der von den Tarifparteien garantierte »soziale Frieden« sowohl eine hohe Gewinnquote wie einen ständig steigenden Lebensstandard der abhängig Beschäftigten zu bescheren vermag, war das Credo einer von der Weimarer Republik und dem Nationalsozialismus zutiefst verunsicherten Gesellschaft, das zunächst auch von den Gewerkschaften geteilt wurde. Allein die Forderung nach der Erweiterung der paritätischen Mitbestimmung über den Montanbereich hinaus deutete auf nicht erfüllte Wünsche der Gewerkschaften nach Veränderung der kapitalistischen Bundesrepublik hin.

Indes zielt die Kritik der Gewerkschaften an der beschränkten Form der gesetzlich institutionalisierten Mitbestimmung nicht darauf, das klassenversöhnende System der industriellen Beziehungen zu überwinden, ihm sollte vielmehr die rechtspolitische Krone aufgesetzt werden. Ein um die paritätische Mitbestimmung ergänztes Modell tarifautonomer Beziehungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern blieb – trotz herber Enttäuschungen in der Weimarer Republik und in den Konstitutionsjahren der Bundesrepublik – das rechtspolitische Ziel der Gewerkschaften. Mit der Forderung nach einem Verbot der Aussperrung hat sich die Politik der Gewerkschaften, zumindest perspektivisch, grundlegend geändert¹. Denn im Gegensatz zur paritätischen Mitbestimmung, die eine Kooperation von Kapital und Arbeit avisiert, verlangen die Gewerkschaften mit der Forderung nach einem Verbot der Aussperrung verbesserte Kampfmöglichkeiten gegenüber den Unternehmen. Die Aussperrungs-Verbots-Forderung entstand im Kontext einer Konfliktstrategie der Gewerkschaften, in der sich die Krisenerfahrungen der siebziger Jahre reflektieren, während paritätische Mitbestimmung der Programmatik der Stabilitätsphase der fünfziger und sechziger Jahre entstammt. Die organisatorische Bedrohung der Gewerkschaften durch die Aussperrung radikalierte ihre strategische Phantasie und schuf Aktionsformen, die ohne Vorbilder in der Geschichte der Bundesrepublik

¹ Rainer Erd / Rainer Kalbitz, Gewerkschaften und Arbeitsrecht. Ansatzpunkte einer Neubestimmung gewerkschaftlicher Rechtspolitik – am Beispiel der Aussperrungsdiskussion, Gewerkschaftliche Monatshefte 1976, S. 143 ff.

waren. So gelang es den Gewerkschaften mit der in unterschiedlichen Formen (individualisierte Arbeitsgerichtsverfahren, Massenklagen, Solidaritätsaktionen bis hin zur, freilich Ausnahme gebliebenen Betriebsbesetzung)² vorgetragenen Forderung nach einem Aussperrungsverbot, die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zur Aussperrung aufzulösen und eine Fülle divergierender Interpretationen in der Arbeitsrechtswissenschaft zu provozieren³.

Dieser einzigartige Charakter der Forderung nach einem Verbot der Aussperrung und die zu seiner Durchsetzung unternommenen Initiativen der Gewerkschaften versetzten das BAG in eine politische Lage, die es verbot, die Tradition früherer Entscheidungen fortzuschreiben⁴. Das BAG mußte das Kunststück vollbringen, die widerstreitenden Interessen beider Seiten angemessen zu berücksichtigen, ohne das soziale Kräfteverhältnis zwischen Kapital und Arbeit bedeutend zugunsten der Gewerkschaften zu verschieben. Einem Verbot der Aussperrung standen nicht nur das konservative Selbstverständnis des BAG und die geschlossene Phalanx der Unternehmer im Wege, sondern auch, mit Ausnahme von Teilen der SPD, alle für das politische System der Bundesrepublik entscheidenden Institutionen. Die Kritiker des BAG konfrontierten das Gericht deshalb nicht mit der Erwartung, ob es für die eine oder die andere Partei entscheidet, sondern *wie* es eine Begründung dafür findet, Gewerkschaften und Arbeitgebern Recht zu geben, ohne ihre Positionen zu bestätigen. In dieser diffizilen Situation kam dem BAG ein Umstand zugute, den es geschickt zu nutzen wußte: der spezifisch neue Typus von Aussperrung, über den es zu entscheiden hatte.

II. Die Aussperrungen in der Druck- und Metallindustrie 1978

Den Entscheidungen des BAG lagen zwei Konflikte zugrunde, die einen fundamental anderen Charakter als die »Sachverhalte« der früheren Grundsatz-Entscheidungen hatten: Standen 1955 und 1971 allein Lohnforderungen sozialpolitisch marginaler Arbeitnehmergruppen (Netzmacher, Croupiers) zur Diskussion, die entweder nur von einzelnen Belegschaften oder von einer kleinen, sozialpartnerschaftlichen Gewerkschaft (HBV) vertreten wurden, so unterschieden sich die 1978 verhängten Aussperrungen davon in mehrfacher Weise. Der *Gegenstand*, der zu Streik und Aussperrung führte (Lohn- und Arbeitsplatzsicherung), ließ weniger Kompromißmöglichkeiten zu als klassische Lohnforderungen, nicht zuletzt deshalb, weil mit der tariflichen Regelung dieser Bereiche Eingriffe in die Autonomie der Unternehmer über den Produktionsprozeß verbunden sind. Konflikte um Lohn- und Arbeitsplatzsicherung sind – im Gegensatz zu Lohnforderungen – typischer Ausdruck einer ökonomischen Krisensituation, in der das Kapital wieder profitable Verwertungsbedingungen herstellen muß. Streik und Aussperrung 1978 betrafen nicht nur wenige Beschäftigte marginaler Arbeitnehmergruppen, sie fanden vielmehr in den Zentren der streikfähigen traditionellen Facharbeiterchaft (Metall- und Druckindustrie) statt und wurden von Tausenden von Arbeitnehmern getragen. Schließlich waren die Träger der Arbeitskämpfe streikerfahrene Organisationen, die über bedeutenden Einfluß im DGB verfügen. Das BAG konnte so die spezifische neue Konstellation

² Ulrich Mückenberger, Ist das Verbot der Aussperrung durchsetzbar? in: K. J. Bieback u. a., Streikfreiheit und Aussperrungsrecht, Neuwied und Darmstadt 1979, S. 309 ff.; Rainer Erd, Verbot der Aussperrung – wie? DuR 1979, S. 302 ff.

³ Ulrich Zachert, Die neueste Rechtsprechung zur Aussperrung – eine Zwischenbilanz, DuR 1979, S. 175 ff.; Rainer Erd, Entwicklungstendenzen im Aussperrungsrecht, KJ 1978, S. 404 ff.

⁴ BAG AP Nr. 1 und Nr. 43 zu Art 9 GG Arbeitskampf.

Ursachen und Perspektiven der zu den BAG-Entscheidungen führenden Arbeitskämpfe seien knapp skizziert. Die Mitte der siebziger Jahre einsetzende ökonomische Krise hatte den in der Druckindustrie zu Beginn dieses Jahrzehnts eingeleiteten Rationalisierungsprozeß überlagert und verstärkt. Binnen weniger Jahre gingen mehr als 35 000 Arbeitsplätze hochqualifizierter Facharbeiter verloren, die die Kerngruppe der betroffenen IG Druck und Papier ausmachen. Die drohende Vernichtung der Qualifikation einer gesamten Facharbeitergruppe (Maschinensetzer), verbunden mit dem Rückgang der Zahl der Gewerkschaftsmitglieder radikalierte die Gewerkschaft in so hohem Maße, daß sie mitten in der ökonomischen Krise einen Streik gegen die »Lohnleitlinien« der Bundesregierung führte (1976) und damit in den übrigen DGB-Gewerkschaften, die sich »stabilitätsgerecht« verhalten hatten, Legitimationsprobleme hervorrief. Als erste Gewerkschaft entwickelte die IG Druck und Papier auch ein tarifpolitisches Konzept, das zwar nicht an die Wurzeln des Rationalisierungsproblems reichte, seine Folgen jedoch einschneidend mildern sollte. Ein derart weitgehender Eingriff in die Handlungsspielräume der Unternehmer mußte tiefgreifende Konflikte hervorrufen, die Unternehmer zur Aussperrung provozieren. Den örtlich und zeitlich gestaffelten Schwerpunktstreik der Gewerkschaft beantwortete der Arbeitgeberverband unmittelbar mit Maßnahmen, die auf örtlicher Ebene begannen und bis zur bundesweiten Aussperrung eskalierten.

Zur gleichen Zeit war auch die Metallindustrie, anders freilich als die Druckindustrie, von der ökonomischen Krise erfaßt, auf die die Unternehmer neben Entlassungen mit Umgruppierungen in niedrigere Lohngruppen reagierten. Der konzeptionelle Vorreiter der IG Metall, der Bezirk Nordwürttemberg-Nordbaden, entwickelte ein tarifpolitisches Modell zur Besitzstandssicherung, zum Schutz vor Herabgruppierungen, das ähnlich einschneidend die Rationalisierungspotentiale der Unternehmer beschneiden sollte. Hier wie in der Druckindustrie konnte die Durchsetzung der Forderung nur durch einen Streik erfolgen, den die Unternehmer – so ihre frühzeitige Ankündigung – mit der Aussperrung beantworten würden⁵.

Die im März 1978 sich (zufällig) für einige Tage überlappenden Arbeitskämpfe in der Druck- und Metallindustrie unterschieden sich in der Intensität und im Umfang erheblich. Streik und Aussperrung in der Metallindustrie entsprachen der bereits mehrfach in dieser Branche praktizierten Kampfstrategie: Auf den Schwerpunktstreik der IG Metall in verschiedenen Branchen und Betrieben mit divergierender Beschäftigtenzahl in Nordwürttemberg-Nordbaden reagierten die Arbeitgeber mit einer Aussperrung, die die Zahl der vom Arbeitskampf Betroffenen um mehr als das Doppelte erhöhte⁶. So standen zwischen dem 15. 3. und dem 3. 4. 1978 80 000 bzw. 90 000 Streikenden zusätzlich 120 000 ausgesperrte Arbeitnehmer gegenüber.

Wesentlich andere Dimensionen nahmen Streik und Aussperrung in der Druckindustrie an. Nachdem sich die Verhandlungen über den Abschluß eines Tarifvertrags zur Arbeitsplatz- und Lohnsicherung (»Rastertarifvertrag«) über mehrere Monate ergebnislos hingezogen hatten, scheiterte ein Kompromiß zuletzt an der Mitgliedschaft, die ein Ergebnis der Verhandlungskommission nicht akzeptierte. Die Ende Februar 1978 begonnenen lokalen Streiks eskalierten nach einer befristeten bundes-

⁵ Projektgruppe Gewerkschaftsforschung, Tarifpolitik 1978: Lohnpolitische Kooperation und Absicherungskämpfe, Frankfurt am Main 1980. (Forschungsberichte des Instituts für Sozialforschung Frankfurt am Main)

⁶ Eckart Hildebrand, Der Tarifkampf in der metallverarbeitenden Industrie 1978, in: O. Jacobi / W. Müller-Jentsch / E. Schmidt (Hg.), Arbeitnehmerinteressen gegen Sozialpartnerschaft. Kritisches Gewerkschaftsjahrbuch 1978/79, Berlin 1979, S. 60.

weiten Aussperrung zu einem umfassenden Arbeitskampf, den die IG Druck mit unbefristeten Schwerpunktstreiks, der Arbeitgeberverband mit einer unbefristeten landesweiten Aussperrung führten. Ca. 4300 Streikenden standen über 30 000 ausgesperrte Arbeitnehmer gegenüber – eine Zahl, die nur unterhalb der intendierten 130 000 Ausgesperrten blieb, weil die Mehrheit der aufgerufenen Betriebe den Aussperrungs-Beschluß des Arbeitgeberverbandes nicht befolgte⁷. Die unterschiedlichen Relationen von Streikenden und Ausgesperrten nahm das BAG zum Anlaß für seine Entscheidungen, die Aussperrung in der Druckindustrie anders rechtlich zu qualifizieren als die in der Metallindustrie.

III. Das Verfahren vor dem BAG und die Reaktion der Gewerkschaften

Das Aussperrungs-Verfahren vor dem BAG fand im Kontext einer publizistischen und juristischen Öffentlichkeit statt, die – wie nie zuvor in der Geschichte der Bundesrepublik – in der Beurteilung der Zulässigkeit der Aussperrung kräftig gespalten war. Ein Teil der erstinstanzlichen Arbeitsgerichte⁸ und das LAG Frankfurt am Main⁹, die von den Gewerkschaften zur Entscheidung über die Zahlung von Lohn für die Aussperrungszeit aufgerufen waren, hatten sich der gewerkschaftlichen Argumentation angeschlossen und die Aussperrung für rechtmäßig erklärt. Lange vor der mündlichen Verhandlung vor dem BAG kündigten Teile des DGB, freilich folgenlos, an, nicht nur mit juristischen, sondern auch mit politischen Mitteln die Aussperrung zu bekämpfen¹⁰. In einem Mitte Januar 1980 hundertausendsach an die Bevölkerung verteilten Flugblatt verkündete der DGB selbstbewußt gegenüber der Aussperrung: »Wir können den Milliarden der Unternehmersseite unsere Millionen Mitglieder gegenüberstellen«¹¹, um dann wenig später die Informationskampagne kleinlaut mit dem Argument zu unterbrechen, es solle der Eindruck vermieden werden, »daß wir unsere oberste Rechtsprechung unter Druck setzen«¹². Der »kampfbewußte« DGB hatte damit vorsorglich auf eine Erklärung des Deutschen Richterbundes reagiert, der sich gegen die »massiven Versuche maßgebender Führer der Gewerkschaften, die Arbeitsgerichte durch diffamierende öffentliche Erklärungen unter Druck zu setzen«, aussprach¹³. Dennoch veranstaltete der DGB eine zentrale Kundgebung der Gewerkschaften in Hannover, mit der eine bundesweite Kampagne gegen die Aussperrung eröffnet wurde¹⁴. Auch zwischen einzelnen Betriebsbelegschaften und der Unternehmensleitung eskalierten noch einmal für kurze Zeit schwelende Auseinandersetzungen, als die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände eine bundesweite Anzeigenkampagne für die Aussperrung beginnen wollte: Einige Belegschaften lehnten den Druck der Anzeige ab, andere Betriebe erklärten sich nach Initiativen der Beschäftigten erst dann zur Arbeit bereit, wenn zugleich eine Gegenanzeige des DGB veröffentlicht würde¹⁵. Die Diskussion vor der mündlichen Verhandlung des BAG fand einen Höhepunkt, als der Parteitag der Hamburger SPD beschloß, Senat und SPD-Fraktion sollten eine Gesetzesvorlage in der Hamburger

⁷ Rainer Erd / Walther Müller-Jentsch, Ende der Arbeiteraristokratie? Technologische Veränderungen, Qualifikationsstruktur und Tarifbeziehungen in der Druckindustrie, Probleme des Klassenkampfs, Heft 35, 1979, S. 17 ff. (bes. 41 ff.).

⁸ Vgl. Fußnote 3.

⁹ Ulrich Zachert, Ein »Kuriosum« zeitigt Wirkungen, DuR 1979, S. 289 ff.

¹⁰ Frankfurter Rundschau (FR) vom 5. 11. 1979.

¹¹ Flugblatt vom 11. 1. 1980.

¹² FR vom 18. 1. 1980.

¹³ FR vom 31. 1. 1980.

¹⁴ FR vom 28. 1. 1980; vgl. auch FR vom 18. 2. 1980.

¹⁵ FR vom 12. 2. 1980, 15. 2. 1980.

Bürgerschaft einbringen, mit der die Aussperrung in der Hansestadt verboten wird¹⁶ – ein Vorschlag, den alsbald die SPD in Bremen und im Saarland übernahm¹⁷.

Die mündliche Verhandlung vor dem BAG begann am 24. 3. 1980 nicht mit politischen Aktionen, wie sie eine Zeitlang in den Gewerkschaften diskutiert worden waren, sondern in der klassischen Form: Die Vertreter der streitenden Parteien verlassen ihre schriftsätzlichen Erklärungen. Lediglich das politisch ohnmächtige Zünden einer Bombe vor dem Gerichtsgebäude durch »Revolutionäre Zellen in der IGM« erinnerte, freilich in fataler Weise, daran, daß die Gewerkschaften das Verbot der Aussperrung nicht allein in gerichtlichen Verfahren durchsetzen wollten.¹⁸ Die von den Prozeßvertretern vorgetragenen, hinreichend bekannten Argumente¹⁹ kreisten um die Frage der *Parität zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern* und die *Funktion der Tarifautonomie*. Realistisch die spätere funktionalistische Argumentation des BAG vorwegnehmend, hatte der Vertreter der Arbeitgeberverbände darauf hingewiesen, daß nicht die Abwägung berrieblicher und gesellschaftlicher Einflußmöglichkeiten unter der Paritäts-Perspektive das entscheidende Problem sei, sondern die Frage, ob nach einem Verbot der Aussperrung die Tarifautonomie noch ihre systemintegrative Funktion erfüllen könne²⁰. Anders formuliert: Nicht normative Erwägungen über die sozialen Beziehungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern seien dem BAG angetragen, sondern funktionalistische Entscheidungen über die Stabilitätsbedingungen der Austauschbeziehungen zwischen Kapital und Arbeit. Dieses Argument basierte auf der Vorstellung, daß die Durchsetzung von Rechtsnormen soziale Stabilität bedrohen, wie umgekehrt die Berücksichtigung funktionaler, nicht-normativer Aspekte gesellschaftliche Integration gewährleisten kann. Damit war für das BAG unüberhörbar die gesellschaftspolitische Alternative formuliert: *Normativität versus Funktionalität*, eine Alternative, die deshalb zu pointieren ist, weil theoretisch nicht bestritten werden kann, daß in jeder kapitalistischen Gesellschaft das Verhältnis zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern *disparitätsmäßig* ausgestaltet ist.

IV. Die Entscheidungen des BAG vom 10. Juni 1980²¹

Die Tatsache, daß das BAG in der Aussperrungs-Rechtsprechung zum erstenmal in seiner Geschichte mit einem typischen Arbeitskampf befaßt war, hat es zu einer Radikalisierung der Fragestellung provoziert, deren Bearbeitung mit bisher nie erreichter Klarheit das gesellschaftstheoretische Vorverständnis des Gerichts in seiner vielfach gebrochenen Widersprüchlichkeit offenbart. Weder war das BAG aufgerufen, die für das Sozialmodell entwickelter kapitalistischer Länder ephemere Frage der Zulässigkeit der lösenden Aussperrung und der allgemeinen Wiedereinstellungs pflicht nach Kampfende zu entscheiden (wie 1955 und 1971), noch das ebenfalls marginale Problem zu lösen, ob Personengruppen, denen spezifische gesetzliche

¹⁶ FR vom 26. 2. 1980.

¹⁷ FR vom 31. 3. 1980.

¹⁸ FR vom 25. 3. 1980.

¹⁹ Einen Überblick geben: Ulrich Zachert / Maria Merzke / Wolfgang Hamer, Die Aussperrung, WSI-Studien, Band 36, Köln 1978; eine knappe Zusammenfassung der Argumente findet sich in: FAZ vom 26. 3. 1980.

²⁰ Handelsblatt vom 25. 3. 1980.

²¹ Die Urteile sind abgedruckt in: Beilage 4/1980 zu Heft 18/1980 des »Betriebs-Berater«. Vgl. auch die Besprechung der Urteile von Ulrich Mückenberger, Der Arbeitskampf als staatlich inszeniertes Ritual, Blätter für Steuerrecht, Sozialvericherung und Arbeitsrecht 1980, S. 241 ff., 257 ff. Mückenberger konzentriert sich – im Unterschied zu meinem Beitrag – im wesentlichen auf die Problematik der Funktionalisierung der Tarifautonomie.

Regelungen einen erhöhten Schutz vor Entlassung gewähren, allein suspendierend ausgesperrt werden dürfen (wie 1971). Zu judizieren hatte es vielmehr über die Frage, ob ein gewerkschaftlicher Schwerpunktstreik mittels der kampfgebietsausweitenden Abwehraussperrung neutralisiert werden kann, ob die Aussperrung überhaupt ein zulässiges Arbeitskampfmittel ist. Den von gewerkschaftlicher Seite vorgebrachten differenzierten Argumenten für eine Disparität der Kräfteverhältnisse von Kapital und Arbeit konnte das BAG damit weder durch den Verweis auf eine »formelle Parität«, begründet mit der »Neutralität des Staates« und der »historischen Entwicklung«, entgehen²², noch durch den laxen Hinweis auf das (aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit resultierende) »System freier Vereinbarungen . . ., das Voraussetzung für ein Funktionieren und innerer Grund der Tarifautonomie ist«²³. Das BAG fühlte sich vielmehr nun einer »materiellen Paritätsbetrachtung« verpflichtet²⁴, die es zwingt, präzise empirische und theoretische Aussagen über die Grundstruktur kapitalistischer Gesellschaften und die politische Funktion der Tarifautonomie zu machen. Daß es sich dieser Aufgabe stellen mußte, ist das unbestreitbare Verdienst der Gewerkschaften, die in den vergangenen Jahren ein Niveau dogmatischer und rechtspolitischer Diskussion zum Problem der Tarifautonomie entwickelt haben, das in der Geschichte der Bundesrepublik auf keine Vorbilder zurückgreifen kann, allein an die Glanzzeit rechtspolitischer und -dogmatischer Argumentation eines Franz L. Neumanns²⁵ in der Weimarer Republik erinnert.

1. Im Zentrum der ersten (grundlegenden) Entscheidung (die aus zwei Teilen besteht: der Frage, ob Aussperrungen überhaupt zulässig sind (*Paritäts-Problem*) und wann sie praktiziert werden dürfen (*Verhältnismäßigkeit*)) steht die Frage, »wie sich das Kräfteverhältnis der sozialen Gegenspieler am Verhandlungstisch darstellt und welche kompensatorischen Kampfmittel zur Verfügung stehen müssen« (A IV Vorwort). Die Antwort auf diese Frage, die das BAG durch die verschlungenen Pfade der von den Gewerkschaften gesteckten Argumentationen entwickelt, verläßt in radikaler Weise die Bahnen des Arbeitskampfrechts und wird in einem Rechtsgebiet angesiedelt, über welches das BAG nicht zu entscheiden hat: im Wettbewerbsrecht. Aussperrungen, so das BAG im letzten Satz dieses ausführlichen Begründungsstrangs, sind in spezifischen Streiksituationen deshalb zulässig, weil »die Arbeitgeber . . . in der Lage sein (müssen), den Kampfrahmen nach taktischen Gesichtspunkten angemessen zu erweitern, um *Wettbewerbsverzerrungen* und besondere *Belastungen der Solidarität*²⁶ auszugleichen« (A V 3 c letzter Satz). Was das BAG so verschämt an den Schluß seiner Begründung rückt, verdient es in der Tat, an einem unauffälligen Ort plaziert zu werden. Denn diesem Argument fehlt nicht nur jede normative Basis (das gilt für die gesamte Streikrechtsprechung, die sich mit dem Hinweis auf Art. 9 Abs. 3 GG und das Tarifvertragsgesetz begnügen muß), es verkehrt vor allem die historische Funktion der Tarifautonomie von einer *Institution zum Schutz der Gewerkschaften* zu einem *Instrument zur Erhaltung unternehmerischer Wettbewerbspositionen*. Das BAG geht damit sogar einen Schritt über die gängige funktionalistische Interpretation der Tarifautonomie – die es selbst noch in dem Beschuß von 1971²⁷ vertreten hatte – hinaus, die in ihr einen Stabilitätsbeitrag für die

²² So BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, II 1.

²³ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, III B 1.

²⁴ Unrichtigerweise behauptet das Gericht, es habe bereits im 71er-Beschluß so argumentiert, A IV 1.

²⁵ Vgl. zum Beispiel: Franz Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung. Die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem*, Berlin 1932.

²⁶ Kursivschrift von mir, R. E.

²⁷ AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

antagonistische Sozialstruktur kapitalistischer Gesellschaften (»soziale Integration«) sieht²⁸. Die Tarifautonomie soll nicht mehr allein das »System freier Vereinbarungen . . ., das Voraussetzung für ein Funktionieren . . . des Tarifvertragssystems ist« (A I 3 c) gewährleisten, sondern ihr wird die Funktion zugesprochen, die Marktpositionen der Unternehmer während der verschärften Konkurrenz infolge eines Streiks zu erhalten. Hatte das BAG 1971 die Zulässigkeit der Aussperrung noch *arbeitsmarktpolitisch* begründet²⁹, so rekurriert es nun mehr ausschließlich auf *wettbewerbspolitische* Überlegungen. Ganz entgegen dem partiell gewerkschaftsfreundlichen Ergebnis seiner Entscheidungen hat das BAG in der *Begründung* die Tarifautonomie aus dem Verfassungsrecht ins Wettbewerbsrecht verlagert, das traditionellerweise die Verhältnisse des Kapitals untereinander, nicht die Beziehungen zwischen den Gewerkschaften und Arbeitgebern regelt, und es zu einem Grundrecht auf Gewährleistung spezifischer Marktpositionen der Unternehmer uminterpretiert. Das höchste deutsche Arbeitsgericht hat so eine juristische Begründung dafür formuliert, daß die Gewinne des kapitalistischen Konkurrenzsystems *privat* angeeignet werden dürfen, seine Verluste hingegen zu *vergesellschaften* sind.³⁰

Die neuartige Begründung des BAG für die Zulässigkeit der Aussperrung hat freilich weitreichende dogmatische Konsequenzen, die die Rechtsposition der Arbeitgeber drastisch gegenüber früheren Entscheidungen verschlechtert. Wird die Zulässigkeit der Aussperrung *wettbewerbsrechtlich* begründet, dann kann der Ort ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung nicht mehr Art. 9 Abs. 3 GG, sondern allein Art. 14 GG sein. Diese Konsequenz folgt zwingend, auch wenn sich das BAG auf Art. 9 Abs. 3 GG beruft, daraus, daß die Aussperrung nicht mehr aus dem »paritätischen« Verhandlungsmodell der Tarifparteien hergeleitet, sondern mit der Erhaltung von Wettbewerbspositionen und Verbandssolidaritäten begründet wird. Verschiebt sich die Verhandlungsstruktur zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern durch die unbegrenzte Aussperrung zu Lasten der Gewerkschaften, kann mit anderen Worten von einer »materiellen Parität« erst dann gesprochen werden, wenn die Zulässigkeit der Aussperrung drastisch reglementiert ist, dann vermag allein die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, wenn auch vom BAG nicht erwähnt, die Aussperrung zu rechtfertigen. Das BAG legt diese Interpretation seiner Entscheidungen insofern nahe, als es das Streikrecht zum erstenmal durch Art. 9 Abs. 3 GG als garantiert anerkennt³¹, das Aussperrungsrecht hingegen zum »re-aktiven Annex des Streikrechts«³² erklärt. Konservative Kritiker der neuen Aussperrungs-Rechtsprechung des BAG weisen deshalb darauf hin, daß »angesichts der gegebenen Offenheit des verfassungsrechtlichen Arbeitskampfrechts . . . Streikrecht und Aussperrungsrecht

²⁸ Hansjörg Weitbrecht, *Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie*, Berlin 1969.

²⁹ Der entscheidende Begründungsatz für die Aussperrung lautete 1971: Ohne die Zulässigkeit der Aussperrung »wäre nicht gewährleistet, daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch Ausübung von Druck und Gegendruck zum Abschluß von Tarifverträgen und damit zu einer kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen kommt.« (AP Nr. 4 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf*, III B 1.)

³⁰ Das BAG vertritt diese These nicht explizit, sie ergibt sich aber daraus, daß es aus seiner Argumentation nicht dem Umkehrschluß zieht, daß die Folgen eines *unverzerrten* Wettbewerbs ebenfalls von den Beteiligten »getragen« werden müssen, d. h. daß gesellschaftlich produzierter Reichtum auch gesellschaftlich angeeignet werden muß.

³¹ Die erstmalige Anerkennung eines durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Streikrechts (A I 2 b) hat dogmatisch zur Konsequenz, daß der Streik nicht mehr tatbestandlich als Bruch des Arbeitsvertrages und als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb qualifiziert werden kann, dessen Zulässigkeit sich erst bei der Rechtmäßigkeitsprüfung ergibt. Das BAG hat damit einer seit langem von seinen Kritikern vorgetragenen Argumentation Rechnung getragen, ohne diesen spektakulären Schritt jedoch in dem Urteil besonders zu vermerken.

³² Horst Konzen / Rupert Scholz, *Die begrenzte Aussperrung. Zur neuen Aussperrungsjuridikatur des Bundesarbeitsgerichts*, Der Betrieb 1980, S. 1593.

von vornherein (»abstrakt«) nebeneinander (stehen); die Gewährleistung der Aussperrung kann demgemäß nicht von bestimmten Formen gewerkschaftlicher Streikführung abhängen«³³. Die potentielle Beseitigung der rechtlichen Aussperrungsmöglichkeit präzise voraussehend, weisen Konzen/Scholz darauf hin, daß »andernfalls . . . die Gewerkschaften über das ihnen garantierte Streikrecht mittelbar über Rang und Grenzen des den Arbeitgebern verfassungsrechtlich garantierten Aussperrungsrechts (mit-)disponieren« könnten. Die Zulässigkeit der begrenzten Aussperrung erweise sich als eine »Scheingarantie«³⁴, das Aussperrungsrecht wird zum Grundrecht auf Abruf. Die Angriffsaussperrung und die lösende Aussperrung, dies ist eine weitere unausgesprochene Konsequenz der Urteile, finden in dieser Rechtsprechung keinen rechtlichen Platz mehr»³⁵.

Die Schritte, in denen das BAG die Begründung entwickelt, sind – im Vergleich zu früheren Entscheidungen – außerordentlich sorgfältig gewählt und lesen sich über weite Strecken wie eine Bestätigung der rechtspolitischen Position der Gewerkschaften, wenngleich argumentative Widersprüche die Deduktionen ständig durchziehen. Nachdem sich das BAG zu Beginn seiner neuen Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG zu einer »materiellen Paritätsbetrachtung« bekannt und sich damit von der Vorstellung einer »prästabil-liberalen Rechtsgleichheit« distanziert hat (A IV 1 b), schränkt es diese Konzession an eine sozialgeschichtlich-empirische Interpretation in dreifacher Weise ein. Zunächst soll »Sozialgeschichte nicht im Sinne einer normativen Vorgabe, sondern nur als Erkenntnismittel und Indiz verwendet werden« (A IV 1 c). Was das BAG mit der nebulösen Alternative »normative Vorgabe« versus »Indiz« meint, macht es in zwei weiteren Thesen deutlich: Erstens will es zwar die »realen Kräfteverhältnisse« in Betracht ziehen, nicht jedoch in der Weise, daß »alle Besonderheiten eines Arbeitskampfes . . . berücksichtigt werden« (A IV 2). Zweitens sollen die von ihm statt dessen geforderten »generellen und abstrakt formulierten Regeln« indes zu keiner theoretischen Analyse der sozialen Machtpositionen von Gewerkschaften und Arbeitgebern führen, weil »globale Gleichgewichtigkeit zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkoalition . . . nie erreichbar sein (wird) . . ., auch von keiner Rechtsordnung gefordert werden (kann)«. Diese, aus einem spezifischen politischen Vorverständnis gewonnene Ablehnung einer theoretischen Betrachtung der »realen Kräfteverhältnisse« wird mit dem sozialwissenschaftlich unhaltbaren Argument untermauert, daß »die vielfältigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gestaltungsmöglichkeiten (von Gewerkschaften und Arbeitgebern, R. E.) . . . sich weitgehend (!) der Erfassung vor allem (!) einer vergleichenden Betrachtung (entziehen)« (A IV 3).

Hat das BAG in dieser Weise seinen methodischen Ausgangspunkt, die Analyse der »sozialen Kräfteverhältnisse«, selbst der Unmöglichkeit überführt, so gibt es doch eine Erklärung dafür, warum ihm der eigene neue Ansatz große Schwierigkeiten bereitet: »Eine kollektive Kampf- und Ausgleichsordnung ist ihrer Natur nach (!) nicht dazu geeignet, etwaige gesamtpolitische Ungleichheiten zu kompensieren und marktwirtschaftliche Gesetze aufzuheben. Selbst (!) wenn zum Beispiel die Unternehmen in der Lage wären, die Preise willkürlich heraufzusetzen, dem Lohndruck also durch die Preisgestaltung auszuweichen (was in Wahrheit nur [!] begrenzt möglich ist), könnte das durch keine Tarifpolitik und durch kein Arbeitskampfmittel verhindert werden . . . Ebenso wenig läßt sich die Freiheit der Investitionsentschei-

³³ Konzen/Scholz, a. a. O., S. 1594.

³⁴ A. a. O., S. 1594.

³⁵ So auch Konzen/Scholz, a. a. O., S. 1596.

³⁶ Hervorhebungen von mir, R. E.

dung mit den Mitteln des Arbeitskampfrechts und des Tarifrechts beeinflussen . . . Diese wirtschaftlichen Möglichkeiten sind nur (!) mit anderen rechtlichen Mitteln zu erfassen (z. B. durch die Mitbestimmung)« (A IV 3)¹⁶. Erneut ist dem BAG das eigene politische Konzept – ein auf Lohnpolitik funktionalisiertes Streikrecht und die gesetzliche Mitbestimmung zur Relativierung von Unternehmensentscheidungen – zur analytischen Aussage geraten. Denn ohne Zweifel kann eine spezifische Tarifpolitik die Investitionsentscheidungen und die Preisgestaltung der Unternehmen beeinflussen, wie die Politik einiger italienischer und englischer Gewerkschaften, die über keine gesetzlich institutionalisierte Mitbestimmung verfügen, belegt. Das BAG verschließt sich gegenüber diesen Erfahrungen, weil es die gegenwärtige politische Praxis von Gewerkschaften und Arbeitgebern für die allein funktionsfähige hält und sie deshalb zum normativen Modell des Grundgesetzes erklärt. So bleibt von der postulierten Analyse der »sozialen Kräfteverhältnisse« nur ein dogmatisches Konstrukt übrig, das jenseits empirischer und theoretischer Analyse liegen soll: die »tarifbezogene Parität« (A IV 3).

Das BAG diskutiert die Kriterien einer »tarifbezogenen Parität« am Beispiel des Teilstreiks, mit dem ein Verbandstarif durchgesetzt werden soll. Die Aussperrung, so formuliert das Gericht seine zentrale Aussage, ist nur zu rechtfertigen, »wenn sich die angreifende Gewerkschaft auf einen Teilstreik beschränkt und wenn die dadurch erreichte Begrenzung des Kampfrahmens das Kräfteverhältnis einseitig zugunsten der Arbeitnehmer verschieben würde. Solche Paritätsstörungen sind in der Tat möglich, sie müssen jedoch nicht zwangsläufig mit dem Teilstreik verbunden sein« (A V 1). In den nunmehr folgenden, ausführlichen Erwägungen darüber, wann ein Teilstreik die »tarifbezogene Parität« verletzt und somit die Aussperrung rechtfertigt, geht das Gericht – trotz aller methodischen Widersprüche – präzise auf die von den Gewerkschaften vorgetragenen Argumente ein, anerkennt diese über weite Strecken, bricht jedoch seine Argumentation im entscheidenden Moment ab und plädiert für ein begrenztes Aussperrungsrecht.

Gemäß seinem – in den Entscheidungen indes nicht mehr ausgeführten – restriktiven Streikverständnis sieht das BAG im Teilstreik die optimale Arbeitskampfform, da er die Allgemeinheit am geringsten beeinträchtige und den Lohnausfall der Arbeitnehmer beschränke, der nur zu einem Teil von der gewerkschaftlichen Streikunterstützung kompensiert werde (A V 2 a). Ausdrücklich wendet sich das Gericht gegen den (zur Rechtfertigung der Aussperrung angeführten) Hinweis von Unternehmerseite, die finanziellen Lasten eines Arbeitskampfes hätten sich von den Streikenden auf ihre Organisationen hin verlagert. Zum einen bleibe zwischen der Streikunterstützung und dem Lohn eine beträchtliche Differenz, die bei einem langen Arbeitskampf zu einer »spürbaren Beschneidung des Lebensstandards« führt. Weiterhin sei an jedem Arbeitskampf eine große Zahl nichtorganisierter Arbeitnehmer beteiligt, die keine Unterstützung von der Gewerkschaft, sondern allein vom Sozialamt erhalten. Und schließlich werde nicht berücksichtigt, daß die gewerkschaftliche Streikunterstützung nichts anderes als die »Rücklagen oder Versicherungen der Gewerkschaftsmitglieder für Kampfzeiten« sind, so daß alle Streikkosten der Gewerkschaften von den Mitgliedern aufgebracht worden sind (A V 2 b). Aber auch das Gewerkschaftsvermögen dürfe bei einem Arbeitskampf nicht unbegrenzt beeinträchtigt werden, da ansonsten eine Verschiebung im Kräftegleichgewicht drohen könnte (A V 2 c). Dieses, zur Rechtfertigung von Teilstreiks angeführte finanzielle Argument lässt das BAG allerdings bei der Frage der Zulässigkeit der Aussperrung, die wie keine andere Kampfmaßnahme der Arbeitgeber das Gewerkschaftsvermögen tangiert, vollständig außer Betracht. Das Verbot der Aussperrung, so hatten die Gewerkschaften stets vorgebracht, sei gerade deshalb notwendig, weil bei Liquiditätsschwierigkeiten die

»Bereitschaft zum Arbeitskampf . . . nicht mehr glaubhaft erscheint« (A V 2 c) – nach der ständigen Rechtsprechung des BAG eine wesentliche Voraussetzung einer funktionstüchtigen Tarifautonomie.

Nachdem das BAG ein Plädoyer für den Teilstreik formuliert hat, schwenkt es um auf die für die Unternehmer nachteiligen taktischen Folgen dieser Streikform, nicht jedoch ohne auch in diesem Zusammenhang zunächst Konzessionen an das gewerkschaftliche Argumentationsaufgebot zu machen. Nicht überzeugt sieht es sich von der Unternehmer-These, ein durch die Aussperrung verkürzter Arbeitskampf schädige weniger die Interessen der Allgemeinheit als ein »räumlich enge(r), aber zeitlich entsprechend längere(r) Arbeitskampf« (A V 3 a). Ebenfalls könne nicht davon ausgegangen werden, daß »sich die Kostenersparnis von Teilstreiks für die beiden sozialen Gegenspieler ungleich auswirkt«, da die Arbeitgeber durch »Kampfsfonds« eine im Ergebnis vergleichbare Möglichkeit wie die Arbeitnehmer (haben), ihre Kosten solidarisch auszugleichen« (A V 3 a). Schließlich will das Gericht auch das Argument nicht gelten lassen, daß durch einen Teilstreik bei einem Minimum an Aufwand ein Maximum an Schaden verursacht werden kann. Zur Ablehnung dieser Rechtfertigung für die Aussperrung greift das BAG die von den Gewerkschaften vorgebrachte Rechtsfigur der »Verteilung des Betriebsrisikos« auf, die durch »das Ruhen des Beschäftigungs- und Lohnanspruchs (der mittelbar von einem Teilstreik betroffenen Arbeitnehmer, R. E.) . . . wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis wie die Aussperrung« führt (A V 3 b).

Damit freilich ist die Konzessionsbereitschaft des BAG erschöpft. Den logisch folgerichtigen Schritt, entsprechend der gewerkschaftlichen Argumentation die Aussperrung für unzulässig zu erklären, vollzieht das Gericht nicht, da »sich eine wesentliche Verschiebung des Kräftegleichgewichts zugunsten der Gewerkschaften ergeben (kann), wenn sich Teilstreiks als wirksamer Angriff auf die Solidarität der Arbeitgeber darstellen. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der Konkurrenzsituation und ist bei so eng begrenzten Arbeitskämpfen wie dem vorliegenden (in der Metallindustrie 1978, R. E.) regelmäßig anzunehmen« (A V 3 c). Analytisch durchaus zutreffend stellt das BAG die entscheidende taktische Differenz zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden im Verlaufe eines Arbeitskampfes dar: »Während die Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft weitgehend übereinstimmen und zu einem hohen Maße an Solidarität führen, sind die Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes normalerweise potentielle oder tatsächliche Konkurrenten« (A V 3 c). Werden nun einzelne Mitglieder des Arbeitgeberverbandes von gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen betroffen, dann seien diese »sich in die Lage versetzt, im gemeinsamen Arbeitgeberinteresse stellvertretend standhalten zu müssen, während ihre streikverschonten Verbandskollegen die Gunst der Stunde nutzen und Marktanteile hinzugewinnen können« (A V 3 c).

Man fragt sich, warum im Falle des gewerkschaftlichen Interessenstandpunktes das BAG davon ausgeht, daß »eine kollektive Kampf- und Ausgleichsordnung . . . ihrer Natur nach nicht dazu geeignet ist, . . . marktwirtschaftliche Gesetze aufzuheben« (A IV 3), während es dies im Interesse der Arbeitgeber durchaus für möglich hält. Diesen Widerspruch löst das Gericht auch nicht damit auf, daß es konzidiert, »eine Ausdehnung des Kampfrahmens durch Aussperrungen (wäre) entbehrlich, wenn der Interessengegensatz der Arbeitgeber während der Dauer eines Arbeitskampfes mit verbandsrechtlichen Mitteln (wie etwa durch Streikhilfeabkommen, R. E.) aufgehoben werden könnte« (A V 3 c). Denn es verwirft diesen Gedanken sofort mit der Bemerkung, daß solche Möglichkeiten »nur bei sehr einfach gegliederten Marktverhältnissen praktikabel sein können und als atypische vernachlässigt werden dürfen« (A V 3 c). Das BAG bürdet damit den Gewerkschaften die Konsequenzen

kartellisierter und oligopolisierter Marktstrukturen auf und erklärt die Abwehr daraus resultierender Gewinneinbußen im Verlaufe eines Teilstreiks zum Verfassungsproblem. Die Tarifautonomie wird so zu einem Instrument zur Erhaltung der »Verbandssolidarität« der Arbeitgeber und der Vermeidung von »Wettbewerbsverzerrungen«, selbst wenn, das gesteht das BAG zu, »rechtsstatsächliche Untersuchungen der Folgen von Teilstreiks für die Konkurrenzsituation und die Verbandssolidarität fehlen« (A V 3 c). Die Aussperrung erweist sich im Verständnis des BAG als eine Institution zur Garantie einer optimalen Profitabilität des Kapitals auch während eines Arbeitskampfes.

2. Im ersten Teil seiner Begründung hatte das BAG die Abwehraussperrung bei Teilstreiks für zulässig erklärt, um »Wettbewerbsverzerrungen oder besondere Belastungen der Solidarität auszugleichen« (A V 3 c); erst wenn beides vermieden wird, sieht das BAG die Verhandlungsparität gewährleistet. Das Dilemma, in welches das BAG damit geraten ist, daß es das Arbeitskampfrecht mit der normativ nicht zu bewältigenden Aufgabe überfrachtet, die strukturell begründete Konkurrenz des Einzelkapitals einzuschränken, vertieft sich noch bei der nun anstehenden Prüfung, in welchem *Umfang* Aussperrungen zulässig sind. Nachdem das BAG begründete Bedenken gegen die Anwendung der öffentlichrechtlichen Kategorie »Verhältnismäßigkeit« im Arbeitskampfrecht³⁷ kurzerhand beiseite geschoben und apodiktisch festgestellt hat: »Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat sich nicht nur im Arbeitskampfrecht durchgesetzt, sondern ist als übergeordnetes Rechtsprinzip des Privatrechts wie schon seit langem für das öffentliche Recht und damit letztlich für die gesamte Rechtsordnung aufgedeckt worden« (B I 3 a), erklärt es die Aussperrung für »verhältnismäßig«, wenn sie »die Herstellung der Verhandlungsparität« bezweckt (B I 2 b). Wann die Verhandlungsparität verletzt ist, hatte das Gericht bereits im ersten Teil der Begründung ausgeführt: bei »Wettbewerbsverzerrungen oder besonderen Belastungen der Solidarität« der Arbeitgeber (A V 3 c). Um nun aber nicht wieder auf die empirische Rekonstruktion von Arbeitskämpfen verwiesen und damit gänzlich überfordert zu werden, befreit sich das BAG aus dem argumentativen Zirkel, indem es – entgegen seiner erklärten Absicht – *formale* Regeln einführt.

Als erstes Kriterium der Verhältnismäßigkeit, für eine »angemessene Grenze des Kampfgebiets«, deren Überschreitung die Aussperrung unzulässig werden läßt, führt das Gericht das *Tarifgebiet* ein (B II 1). Im Tarifgebiet sieht das Gericht ein Ergebnis »freiwilliger Absprachen«, die einen »wesentlichen Faktor des Kräfteverhältnisses« der Tarifparteien ausmachen. »Es genügt die Feststellung, daß jedenfalls bei Teilstreiks innerhalb des umstrittenen Tarifgebiets Abwehraussperrungen auf dieses Tarifgebiet beschränkt werden müssen« (B II 1). Abgesehen davon, daß mit dem Kriterium »Tarifgebiet« eine Begrenzung der Aussperrung in solchen Branchen (wie der Druckindustrie), in denen es nur *ein* Tarifgebiet gibt, nicht zu erreichen ist, führt die Koppelung der Zulässigkeit von Aussperrungen an die Kriterien »Wettbewerbsverzerrungen«, »besondere Belastungen der Solidarität der Arbeitgeber« und »Tarifgebiet« darüber hinaus dann zu einem Verbot der Aussperrung, wenn in einem Tarifgebiet weder »Wettbewerbsverzerrungen« noch »besondere Belastungen der Arbeitgebersolidarität« denkbar sind. Hat eine Gewerkschaft – wie etwa die IG Metall bei VW – einen Firmenarbeitsvertrag abgeschlossen und streikt sie zur Verbesserung tariflicher Regelungen, so dürfen die Arbeitgeber deshalb nicht aussperren, weil in *einem* Betrieb »Wettbewerbsverzerrungen« nicht möglich sind.

³⁷ Wolfgang Däubler, Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1972, S. 642 ff.; Hans G. Joachim, Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens »Arbeitskampf«, AuR 1973, S. 289 ff.

Gleichermassen unzulässig wäre nach der Argumentation des BAG eine Aussperrung überall dort, wo es keine konkurrierenden Arbeitgeber gibt, z. B. in monopolisierten Wirtschaftsbereichen oder im öffentlichen Dienst.

Um die Problematik des Kriteriums »Tarifgebiet« zu beseitigen, schlägt das BAG noch weitere Schritte zur Konkretisierung der »Verhältnismäßigkeit«, die es im folgenden allein auf die »Proportionalität« verkürzt³⁸, vor. Maßgebend für die Wirksamkeit von Teilstreiks auf die Verhandlungsposition des sozialen Gegenspielers sollen neben dem Tarifgebiet noch die »Breite des Teilstreiks«, die »Dauer des Arbeitskampfes«, die »konjunkturelle Lage« und die »Konkurrenzsituation im Tarifgebiet« sein (B II 2 a). Während das BAG die beiden letzten Kriterien unbedacht lässt, da sie »einer generalisierenden Betrachtung kaum zugänglich« sind³⁹, konzentriert es sich auf den *Umfang* des die Aussperrung provozierenden Teilstreiks und schlägt ein System »abgestufte(r) Reaktionsmöglichkeit(en)« vor, das zum erstenmal quantitative Größen in die Arbeitskampfrechtsprechung einführt: »Wenn durch einen Streikbeschluß weniger als $\frac{1}{4}$ der Arbeitnehmer des Tarifgebiets zur Arbeitsniederlegung aufgefordert werden, so handelt es sich um einen eng geführten Teilstreik, bei dem die beschriebenen Belastungen für die Solidarität der Arbeitgeber und damit eine Verschiebung des Kräftegleichgewichts anzunehmen ist. Hier muß die Arbeitgeberseite den Kampfrahmen erweitern können, wobei eine Ausdehnung um 25% der betroffenen Arbeitnehmer nicht unproportional erscheint. Eine weitergehende Reaktion wird regelmäßig nicht proportional sein. Werden mehr als $\frac{1}{4}$ der Arbeitnehmer des Tarifgebiets zum Streik aufgerufen, ist das Bedürfnis der Arbeitgeber zur Erweiterung des Kampfrahmens entsprechend geringer. Insgesamt scheint nach dem Eindruck des Senats manches dafür zu sprechen, daß eine Störung der Kampfparität nicht mehr zu befürchten ist, wenn etwa die Hälfte der Arbeitnehmer eines Tarifgebiets entweder zum Streik aufgerufen werden oder von einem Aussperrungsbeschluß betroffen sind. Das muß hier jedoch nicht entschieden werden. Es kann offen bleiben, wie die Dauer eines Arbeitskampfs berücksichtigt werden könnte« (B II 2 c).

Dieser Vorschlag zur Quantifizierung von Arbeitskampfmaßnahmen steht nicht nur im krassen Widerspruch zum methodischen Ausgangspunkt des BAG, er wirft zudem mehr Probleme auf als er zu lösen vorgibt. Das BAG hatte sich im ersten Teil seiner Begründung ebenso von einer formalen wie von einer normativen Paritätsbetrachtung distanziert und statt dessen vorgeschlagen, das Verhandlungsgleichgewicht tatsächlich festzustellen (»materielle Parität«) (A IV 1 a). War nach diesem Kriterium schon die Folgerung nicht schlüssig, daß ein Teilstreik »Wettbewerbsverzerrungen oder eine besondere Belastung der Solidarität« der Arbeitgeber hervorruft (abgesehen davon, daß dies keine schützenswerten Rechtsgüter von Art. 9 Abs. 3 GG sind), so ist mit spezifischen quantitativen Größen (»weniger als 25%«) das Charakteristische eines Teilstreiks nicht zu erfassen. Teilstreiks, die zu »Wettbe-

³⁸ Hätte das BAG die »Geeignetheit« als weiteren Aspekt der »Verhältnismäßigkeit« in die Entscheidung einbezogen, wären ihm möglicherweise Zweifel an den eigenen Ausführungen gekommen. Denn die »Geeignetheit« der Aussperrung zur Herstellung von Verhandlungsparität, d. h. zur Vermeidung von »Wettbewerbsverzerrungen« oder »Belastungen der Solidarität« der Arbeitgeber lässt sich angesichts der Erfahrung bezweifeln, daß der Aussperrungs-Beschluß eines Arbeitgeberverbandes häufig nur von einer kleinen Zahl von Unternehmen befolgt wird, weil die nicht aussperrenden Unternehmen sich durch die Weiterproduktion einen Wettbewerbsvorteil versprechen. (Vgl. exemplarisch: Rainer Erd, Die Aussperrung in der Druckindustrie 1976, DuR 1977, S. 44 ff.)

³⁹ Für die Zulässigkeit der Aussperrung freilich hatte das BAG, wie gezeigt, die Konkurrenzsituation als einziges Kriterium anerkannt. Wenn es nun meint, diese sei einer »generalisierenden Betrachtung kaum zugänglich«, dann gesteht es damit ein, seine Entscheidung auf nicht überprüfbare Erwägungen gestützt zu haben.

werbsverzerrungen« oder »Belastungen der Solidarität« der Arbeitgeber führen, sind nicht von der Zahl der Streikenden abhängig, sondern von den ausgewählten Branchen, der Typik der Betriebe, der Relevanz spezifischer Arbeitsbereiche für den Arbeitsprozeß der Gesamtbranche, dem gewerkschaftlichen Organisationsgrad und der Kampferfahrung der zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmer. Ein Streik von über 25% der Arbeitnehmer eines Tarifgebiets kann in einer hochzentralisierten Branche mit nur einem Tarifgebiet (wie beispielsweise der Druckindustrie) ein typischer Teilstreik sein, wie umgekehrt eine Streikbeteiligung von unter 25% keineswegs auf einen Teilstreik hinweisen muß. Der methodische Ausgangspunkt des BAG (»materielle Parität«) verweist das Gericht auf eine *inhaltliche* Bestimmung des Begriffs »Teilstreik«, die nicht mit *formalen* Zahlenrelationen, die zum *normativen* Modell erhoben werden, geleistet werden kann.

Verfehlt das Gericht seinen eigenen methodischen Ansatz, so steht sein Zahlenspiel in offenem Widerspruch zu der erklärten Absicht, die Funktion der Aussperrung dürfe nicht darin bestehen, eine »kampfführende Gewerkschaft in Liquiditätsschwierigkeiten« zu bringen (A V 2 c). Legt man die vom BAG festgelegte Zahlenrelation zugrunde, dann dürften – um das Problem an einem Beispiel zu verdeutlichen – bei einem Streik von wenigen tausend Arbeitnehmern in der Druckindustrie soviele rechtmäßig ausgesperrt werden wie im Arbeitskampf 1978, dessen Aussperrung das BAG für rechtswidrig erklärte. Genauer: Streiken in der Druckindustrie, deren einziges Tarifgebiet ca. 130 000 Arbeitnehmer umfaßt, einige Tausende, dann können die Unternehmer nach der neuen BAG-Rechtsprechung rd. 32 500 Arbeitnehmer aussperren, von denen (bei insgesamt 80 000 Mitgliedern) etwa 20 000 Gewerkschaftsmitglieder sind. Streiken also 10 000 gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer, so muß die Gewerkschaft bei einer Aussperrung für 30 000 Mitglieder Streikunterstützung zahlen, denselben Betrag, der 1978 zu einem finanziellen Dilemma in der IG Druck und Papier geführt hat. (Das BAG erklärte die Aussperrung in der Druckindustrie 1978 deshalb für rechtswidrig, weil nach dem *Beschluß* der Unternehmer 130 000 Arbeitnehmer ausgesperrt werden sollten.)⁴⁰ Das BAG hat nicht nur, entgegen seiner gewerkschaftsfreundlichen Begründung, die Aussperrung explizit allein für wenige, »extreme« Fälle untersagt, es hat zudem den Unternehmern Hinweise dafür gegeben, wie sie in Zukunft seiner neuen Rechtsprechung entgehen können. Den Druckunternehmern schlägt es eine Strategie vor, mit der sie »für jeweils kurze Zeiträume eine bundesweite Aussperrung erreichen« können, ohne dem Verdikt der Rechtswidrigkeit zu unterfallen: »Außerdem wäre es möglich, den Kreis der kampfbetroffenen Unternehmen dadurch zu erweitern, daß die aussperrenden Arbeitgeber im Laufe eines Arbeitskampfes ausgewechselt werden. Schließlich wäre es denkbar, die quantitativ begrenzten Aussperrungsmöglichkeiten zunächst nicht auszunützen, dafür aber im weiteren Verlaufe durch eine befristete Erweiterung des Arbeitskampfes nachzuholen.« (B II 3 des Urteils zur Aussperrung in der Druckindustrie).⁴¹

40 Vgl. Druck und Papier Heft 13/1980, S. 9.

41 Das Aussperrungs-Verbot der Hessischen Verfassung (Art. 29 Abs. 5) erklärt das BAG ohne nähere Auseinandersetzung mit der vielfältigen Literatur, die vor allem darüber zerstritten ist, ob das BAG Landesverfassungsrecht außer Kraft setzen kann, für rechtswidrig: Ein generelles Aussperrungsverbot, so das einzige Argument des BAG, »ist mit den tragenden Grundsätzen geltenden Tarifrechtes unvereinbar. Insofern kann im Lande Hessen nichts anderes gelten als im übrigen Bundesgebiet, weil Landesrecht durch Bundesrecht verdrängt wird (Art. 31 GG)«. (A III 2 des Urteils zur Aussperrung in der Druckindustrie). Daß das BAG in der dritten Entscheidung dann die gezielte Aussperrung allein von Mitgliedern einer streikenden Gewerkschaft wegen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG (Unzulässigkeit der Differenzierung nach der Koalitionszugehörigkeit) untersagte, ist fraglos ein arbeitsrechtlicher Fortschritt, der indes angesichts der skizzierten Probleme und Widersprüche in den Begründungen der beiden ersten Urteile wenig wiegt.

Die Reaktion der von den Aussperrungs-Urteilen des BAG betroffenen Tarifparteien blieb – gemäß dem Mittelweg, den das Gericht zwischen der gewerkschaftlichen Verbots-Forderung und dem Verlangen der Unternehmer nach Erhaltung des rechtlichen *status quo* beschritten hat – ablehnend, jedoch mit expliziter Befürwortung der Passagen, welche die jeweilige Partei begünstigen. Der Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Otto Esser, sah durch die Entscheidung mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet, meinte, daß sie den Funktionsbedingungen der Tarifautonomie im Druck- und Verlagsgewerbe nicht gerecht werde, zeigte sich jedoch befriedigt darüber, daß »der Gewerkschaftsangriff auf das Prinzip der Waffen- und Chancengleichheit der Tarifvertragsparteien im Arbeitskampfrecht . . . keinen Erfolg gehabt« hat⁴². Die Vertreter der vom BAG materiell in Anspruch genommenen Druckunternehmer (sie müssen für rd. 2 Millionen DM nicht ausgezahlte Löhne an die IG Druck und Papier bezahlen) kritisierten das Urteil wegen der »willkürlich definierten Verhältnismäßigkeit« und der Tatsache, daß das Gericht die spezifische Konjunktur- und Konkurrenzsituation in der Druckindustrie außer Acht gelassen hat, hoben allerdings positiv hervor, daß es auch in Zukunft unter bestimmten Bedingungen möglich sei, bundesweit auszusperrn; Verfassungsbeschwerde wollen sie nicht gegen das Urteil einlegen⁴³.

Von gewerkschaftlicher Seite nahm bislang die IG Druck und Papier am ausführlichsten und präzisesten zu den Urteilen Stellung. In Übereinstimmung mit der IG Metall⁴⁴ begrüßte die Gewerkschaft, daß sich das BAG in weiten Teilen der gewerkschaftlichen Argumentation angeschlossen und eine Reihe ihrer Positionen anerkannt hat: Die Ungleichheit von Streik und Aussperrung; die Anerkennung einer »materiellen«, auf die tatsächlichen Kräfteverhältnisse abstellenden »Paritätsbetrachtung«; die finanzielle Bedrohung der Gewerkschaften durch die Aussperrung; das Verbot, die Aussperrung allein gegen Gewerkschaftsmitglieder zu verhängen. Bedauernd freilich konstatiert die IG Druck und Papier, daß das BAG aus der vielfach zutreffenden Einschätzung der Kräfteverhältnisse zwischen Kapital und Arbeit nicht die einzige mögliche Konsequenz gezogen habe: das Verbot der Aussperrung. So hat, nach Meinung der Gewerkschaft, das BAG nur die »gröbsten Auswüchse« untersagt, darüber hinaus aber den »Unternehmerverbänden eine flexiblere und geschicktere Arbeitskampftaktik anempfohlen, die aber im Endeffekt genauso wirksam sein wird«.⁴⁵

Was haben die Gewerkschaften, nachdem das BAG erneut die grundsätzliche Zulässigkeit der Aussperrung bestätigt hat, mit ihrer rechtspolitischen Kampagne, die wie keine andere in der Geschichte der Bundesrepublik die dogmatischen Grundlagen des Arbeitskampfrechts erschütterte, erreicht, und lassen sich Perspektiven benennen, die ein Verbot der Aussperrung dennoch wahrscheinlich machen? Zweifellos konnten die Gewerkschaften in der erinstanzlichen Arbeitsrechtsprechung und in der Arbeitsrechtswissenschaft eine »Politisierung« rechtsdogmatisch scheinbar unumstößlicher Prinzipien erreichen, welche die Einheitlichkeit der Arbeitsrechtslehre und -praxis in einander scharf kritisierende Gruppen aufgelöst hat. Und sicherlich vermochten die öffentlichen Kampagnen für ein Verbot der

⁴² Handelsblatt vom 11. 6. 1980. Erste juristische Argumentationshilfe haben die Unternehmer gefunden bei: Horst Konzen / Rupert Scholz, a. a. O.

⁴³ Handelsblatt vom 3. 7. 1980.

⁴⁴ Eugen Loderer, Jetzt erst recht: Solidarität gegen Aussperrung. Der Gewerkschafter Heft 7/1980, S. 2 f.

⁴⁵ Hinner Wolter, »Kasseler« mit Nachgeschmack – oder: Die Aussperrung vor dem Bundesarbeitsgericht, Druck und Papier Heft 13/1980, S. 9.

Aussperrung auch Teile der politischen Öffentlichkeit davon zu überzeugen, daß die Aussperrung das Streikrecht neutralisiert und die Gewerkschaften mit folgenschweren finanziellen Problemen belastet“⁴⁶.

Wenn die Gewerkschaften allerdings (was niemand erwartet hatte) ein Verbot der Aussperrung vor dem BAG nicht durchsetzen konnten, so folgt daraus nicht, daß ihre gerichtlichen Initiativen ohne konkreten Erfolg geblieben sind. Obwohl das BAG für seine Entscheidungen rechtsdogmatisch fragwürdige Kategorien herangezogen hat und die Begrenzung der Aussperrung durch Ratschläge an die Arbeitgeber, diese zu unterlaufen, wieder neutralisieren will, können die Gewerkschaften in Zukunft relevante Beschränkungen von Aussperrungen erreichen. Neben der Unzulässigkeit der Aussperrung im öffentlichen Dienst und in Branchen mit monopolistischer Wirtschaftsstruktur können die Gewerkschaften die Aussperrung faktisch überall »verbieten«, selbst wenn sie weiterhin rechtlich zulässig ist. Verkleinern sie ihre Tarifgebiete bis hin auf einzelne, große Unternehmen, dann schränken sie nicht nur sukzessive die Aussperrungsmöglichkeiten der Arbeitgeber ein. Beim Streik um den Abschluß eines Firmenarifvertrags wäre sogar die Aussperrung vollends untersagt, da es zu keinen »Wettbewerbsverzerrungen« oder »besonderen Belastungen der Solidarität der Arbeitgeber« kommen kann. Der Hinwendung der Gewerkschaften zu einer vor Jahren von innergewerkschaftlichen oppositionellen Gruppen vorgeschlagenen »betriebsnahen Tarifpolitik« steht freilich die zunehmend zentralisierte Form gewerkschaftlicher Tarifpolitik entgegen, die auch das BAG zu begrüßen scheint, wenn es die Zulässigkeit von Streiks zur Veränderung von Tarifgebieten für »höchst zweifelhaft« erklärt (B II 1). Dennoch hat das BAG den Gewerkschaften einen Weg eröffnet, durch die Veränderung ihrer tarifpolitischen Strategie dem faktischen Verbot der Aussperrung nahezukommen⁴⁷. Aussperrungen können die Gewerkschaften in Zukunft auch dann entgehen, wenn sie ihre Mitglieder nicht mehr zu Schwerpunktstreiks, sondern zu umfassenden Arbeitskampfmaßnahmen aufrufen – freilich ebenfalls ein Vorschlag, der gegenwärtigen strategischen Vorstellungen der Gewerkschaften widerspricht. Hinzu kommt, daß die Gewerkschaften die Legalität von Aussperrungen nun während eines Arbeitskampfes im Wege der einstweiligen Verfügung bezweifeln können, wenn sie vortragen, daß durch einen Streik weder »Wettbewerbsverzerrungen« noch »besondere Belastungen der Solidarität der Arbeitgeber« feststellbar sind.

Die strategischen Möglichkeiten, die das BAG den Gewerkschaften (unausgesprochen) eröffnet, dürfen indessen nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Rechtsprechung nun neben dem *Adressaten*, *Gegenstand* und *Träger* von Kampfmaßnahmen zum erstenmal auch *Umfang* und *Dauer* zum Entscheidungskriterium erhoben hat. Wenn es damit die »Verhältnismäßigkeit« nicht, wie von Kritikern befürchtet, zur Einschränkung des Streikrechts, sondern zur Begrenzung von Kampfmaßnahmen der Arbeitgeber verwendet, so wird die Rechtsprechung dennoch die innerorganisatorischen Entscheidungen, wie in der Warnstreik-Entscheidung begonnen⁴⁸, weiter ihrer Kontrolle unterwerfen und die *Verbandsautonomie* beeinträchtigen. Auch dem allerdings können die Gewerkschaften entgehen, wenn sie durch eine Veränderung ihrer tarifpolitischen Strategien und ihrer Streiktaktik ein faktisches Verbot der Aussperrung erzwingen. Noch nie, so läßt sich resümieren, waren die Gewerkschaften ihrer Forderung nach einem (faktischen) Verbot der Aussperrung so nahe wie heute, obgleich das BAG Aussperrungen weiterhin für zulässig hält.

46 Manfred H. Bobke, Gewerkschaften und Arbeitskampfrecht. Zur Auseinandersetzung um die Frage der Aussperrung, WSI-Mitteilungen Heft 5/1980, S. 253 ff.

47 So auch die (angedeutete) Befürchtung von Konzen/Scholz, a. a. O., S. 1599.

48 AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

