

Festschrift für
WOLFGANG ZEIDLER

herausgegeben

von

Walther Fürst Roman Herzog

Dieter C. Umbach

Band 2



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Inhalt

Band 2

X. Grundlagen und Organisation des Staates

- HARTMUT SCHIEDERMAIR, Köln:
Die deutsche Frage im Streit der Fakultäten 1031
- HANS-JOCHEN VOGEL, Bonn:
Zu einigen aktuellen verfassungspolitischen Problemen im Bund-
Länder-Verhältnis 1059
- CATHERINE MARY KING, Melbourne (Australien):
Centralized Administration in a Federal State: Co-operative
Federalism in Australia viewed from a German Perspective 1077
- JOACHIM ROTTMANN, Bonn:
Über das Obsolet-Werden von Verfassungsnormen 1097
- HANS-JUSTUS RINCK, Karlsruhe:
Herkunft und Entfaltung der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl .. 1119
- KLAUS-ECKART GEBAUER, Mainz:
Nachdenken als Verfassungsauftrag. – Über Notwendigkeit und Not
staatlicher Planung 1139
- THEODOR MAUNZ, München:
Die kommunale Allzuständigkeit 1157
- OTTO THEISEN, Trier:
Generalstaatsanwalt – Politischer Beamter? 1167
- HANS PETER IPSEN, Hamburg:
Hamburger Verfassungsfragen 1177
- ULRICH STOROST, Koblenz:
Revision des Landesverfassungsrechts? – Vorüberlegungen am Bei-
spiel der Verfassung für Rheinland-Pfalz 1199
- HARALD SCHULZE, Hamburg:
Die Rolle des Rechnungshofs während der vorläufigen Haus-
haltsführung einer Regierung ohne Parlamentsmehrheit 1217

XI. Verfassungsprozeß

DIETER C. UMBACH, Karlsruhe/Mainz:	
Der „eigentliche“ Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht: Abgeordnete und Fraktionen als Antragsteller im Organstreit	1235
THOMAS CLEMENS, Karlsruhe/Hamburg:	
Politische Parteien und andere Institutionen im Organstreitverfahren. – Zulässigkeitsfragen im Verfassungsstreit	1261
WALTER STIEBELER, Hamburg:	
Die Organklage vor dem Hamburgischen Verfassungsgericht	1289
ECKART KLEIN, Mainz:	
Subsidiarität der Verfassungsgerichtsbarkeit und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde	1305
HARALD KLEIN, Kassel:	
Funktionell- und verfahrensrechtliche Probleme der Rechtssatzverfassungsbeschwerde	1325
GOTTHARD WÖHRMANN, Karlsruhe:	
Reformvorschläge zum Verfahren des Bundesverfassungsgerichts	1343
ERNST GOTTFRIED MAHRENHOLZ, Karlsruhe:	
Kammerbeschlüsse – Nichtannahmegebühren. – Neue Institute im Verfassungsbeschwerdeverfahren	1361
THEODOR RITTERSPACH, Kirchheimbolanden:	
Gedanken zum Sondervotum	1379
JOHANN FRIEDRICH HENSCHEL, Karlsruhe:	
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfassungsbeschwerdeverfahren	1391

XII. Geschichte und System der Grundrechte

WILLI GEIGER, Karlsruhe:	
Zur europäischen Geschichte der Grundrechte	1401
ROMAN HERZOG, Karlsruhe:	
Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers	1415

- WOLFGANG HEYDE, Bonn:
 Der Regelungsspielraum des Gesetzgebers bei vorbehaltlos gewähr-
 leisteten Grundrechten 1429
- MICHAEL HUND, Karlsruhe:
 Staatliche Schutzpflichten statt Teilhaberechte? – Zum Grund-
 rechtsverständnis des Bundesverfassungsgerichts vor und nach dem
 Urteil zur Privatschulfinanzierung vom 8. April 1987 1445
- OTTO SEIDL, Karlsruhe:
 Grundrechtsschutz juristischer Personen des öffentlichen Rechts
 in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1459

XIII. Grundrechtsschutz und Grundrechtsgrenzen

- SPIROS SIMITIS, Frankfurt/M.:
 Programmierter Gedächtnisverlust oder reflektiertes Bewahren: Zum
 Verhältnis von Datenschutz und historischer Forschung 1475
- OTTO RUDOLF KISSEL, Kassel:
 Schutz der Arbeitnehmer vor technischer Überwachung 1507
- GÜNTER ZÖBELEY, Mannheim:
 Zum Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie bei photographischen
 Darstellungen 1525
- CHRISTIAN STARCK, Göttingen:
 Meinungs- und Wissenschaftsfreiheit. – Grundlagen und rechtsdog-
 matische Ausformungen 1539
- KARL DOEHRING, Heidelberg:
 Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen
 Staatsfürsorge und Individualentscheidung 1553
- ENGELBERT NIEBLER, Karlsruhe:
 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug . 1567

XIV. Eigentum und Wirtschaftsordnung

- PETER BADURA, München:
 Neutralität des Staates und koalitionsrechtliches Gleichgewicht 1591
- ERNST KARL PAKUSCHER, München:
 Die Gewaltenteilung im gewerblichen Rechtsschutz 1611

WOLFGANG G. BEITZ, Bonn:	
Die Vergabe öffentlicher Mittel an Dritte auf privatrechtlicher Basis . . .	1631
PAUL KIRCHHOF, Heidelberg:	
Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums	1639
MICHAEL GERHARDT, München:	
Gibt es verfassungsrechtliche Besonderheiten bei „Enteignungen zugunsten Privater“?	1663
RUDOLF DOLZER, Heidelberg:	
Eigentumsschutz als Abwägungsgebot. – Bemerkungen zu Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls der EMRK	1677

XV. Europarecht und EMRK

ANTONIO LA PERGOLA, Rom (Italien):	
Das Verhältnis von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht in der Rechtsprechung des italienischen Verfassungsgerichtshofes	1695
TORSTEN STEIN, Heidelberg:	
Umgekehrt! Bemerkungen zum „Solange II“-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts	1713
REINHARD PRIEBE, Brüssel (Belgien):	
Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaften zur Beseitigung landwirtschaftlicher Überschüsse	1729
JOCHEN ABR. FROWEIN, Heidelberg:	
Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention	1763
GEORG RESS, Saarbrücken:	
Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge. – Überlegungen zum Verhältnis des Grundgesetzes zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und zur Europäischen Menschenrechtskonvention	1775
GERHARD ULSAMER, Karlsruhe:	
Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Strafverfolgungspraxis	1799

XVI. Völkerrecht

ALBRECHT RANDELZHOFFER, Berlin:	
„Peaceful change“ als Problem de lege ferenda	1819
RAINER LAGONI, Hamburg:	
Gewaltverbot, Seekriegsrecht und Schifffahrtswfreiheit im Golfkrieg	1833
WALTER RUDOLF, Mainz:	
Informationsfreiheit und Satellitenrundfunk im Völkerrecht	1869
RAINER HOFMANN, Karlsruhe:	
Zur Bedeutung von Art.25 GG für die Praxis deutscher Behörden und Gerichte	1885
HANS HUGO KLEIN, Karlsruhe:	
Über mögliche verfassungspolitische Optionen Südafrikas	1899
GERHARD ERASMUS, Stellenbosch (Südafrika):	
The Non-Recognition of South Africa's Homelands: The Effect of National Policies	1919
ROBERT VON LUCIUS, Frankfurt/M.:	
Die Vereinten Nationen und die Beschlagnahme Urans aus Namibia	1939

XVII. Unterschiedliches

RUDOLF GERHARDT, Mainz:	
Der „kleine Unterschied“ zwischen Karlsruhe und Bonn. – Un- ernste Betrachtungen eines Gerichtsreporters	1965
FRANZ SCHNEIDER, Karlsruhe:	
Bibliographie Wolfgang Zeidler	1973
Verzeichnis der Autoren	1991

Neutralität des Staates und koalitionsrechtliches Gleichgewicht

PETER BADURA

1. Das Beispiel: Die Novellierung des § 116 Arbeitsförderungsgesetz

Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen vom 15. Mai 1986 (BGBl. I S. 740) hat die Bestimmung des § 116 Abs. 3 AFG geändert, die das Ruhen von Ansprüchen aus der Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosengeld, Kurzarbeitergeld) für Arbeitnehmer regelt, die zwar an einem Arbeitskampf nicht beteiligt sind, aber durch den Arbeitskampf arbeitslos geworden sind oder einen vorübergehenden Arbeitsausfall erleiden (Art. 1 Nr. 3 lit. b des Gesetzes). Das Kernstück der Änderung des § 116 Abs. 3 AFG ist die Regelung des Tatbestandes, daß der Betrieb, in dem der arbeitskampfbedingt Arbeitslose oder Nichtbeschäftigte zuletzt beschäftigt war, nicht dem räumlichen, wohl aber dem fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist (§ 116 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AFG). Die Arbeitslosigkeit oder der vorübergehende Arbeitsausfall als Grundvoraussetzung des Anspruchs aus der Arbeitslosenversicherung (§§ 100, 101; 63, 64 AFG) tritt hier als „Fernwirkung“ eines Arbeitskampfes außerhalb des – durch den räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages umschriebenen – Kampfgebietes ein. Das Arbeitsverhältnis des Nichtbeschäftigten besteht fort, der Arbeitgeber kann jedoch als Folge des Arbeitskampfes dem Arbeitnehmer keine Beschäftigung geben, so daß es zu einem Arbeitsausfall kommt; die Lohnzahlungspflicht entfällt nach den individualarbeitsrechtlichen Grundsätzen über das Arbeitskampfrisiko¹. Die Änderung des § 116 Abs. 3 AFG hält an dem Grundgedanken der in der Rechtsvorschrift des § 116 AFG insgesamt getroffenen Regelung fest: „Durch die Gewährung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden“ (§ 116 Abs. 1 a. F., § 116 Abs. 1 Satz 1 n. F.); für die Gewährung von Kurzarbeitergeld gilt dies entsprechend (§ 70 AFG). Dieser Grundgedanke drückt zugleich das gesetzliche Verbot aus, mit dem die Neutralität des Staates und das koalitionsrechtliche Gleichgewicht ihren Niederschlag im Recht

¹ BAG Beschl. vom 22. 12. 1980 – 1 ABR 2/79 – EzA BGB § 615, 7 Betriebsrisiko.

der Arbeitslosenversicherung finden. Die Änderung des § 116 Abs. 3 AFG verwirklicht den – alten und fortbestehenden – Grundgedanken für den streitigen Fall des mittelbar arbeitskampfbedingten Arbeitsausfalls unter der gegenüber der bisherigen Fassung des § 116 Abs. 3 AFG eingeschränkten Voraussetzung, daß die Gewährung der Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit den Arbeitskampf durch eine spezifische Wirkung „beeinflussen“ (siehe § 116 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a. F.) würde, nämlich dadurch, daß die betroffenen Arbeitnehmer einen Vorteil für ihre tariflich zu regelnden Arbeitsbedingungen in gleicher Weise zu erwarten haben wie die Arbeitnehmer, die dem räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages unterfallen². Die regionale Aufgliederung der Tarifgebiete, wie sie für die Metallindustrie charakteristisch ist, soll damit für den Fall, daß eine überregionale oder bundesweite Tarifregelung in einem Fachbereich angestrebt und voraussichtlich erreicht werden wird, neutralisiert werden³. Die Änderung des § 116 AFG will diese Sachlage durch bestimmte Merkmale materiellrechtlich möglichst unmißverständlich umreißen (§ 116 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Sätze 2 und 3) und etabliert außerdem in Gestalt des Neutralitätsausschusses und einer besonderen Zuständigkeit des Bundessozialgerichts einen eigenen Verfahrensweg für die entsprechende Feststellung und die gerichtliche Überprüfung (§§ 116 Abs. 5 und 6, 206 a AFG).

Die Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in einem Arbeitskampf, die seit der Neuordnung durch das Arbeitsförderungs-gesetz vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 582)⁴ umstritten geblieben war, geriet im Zusammenhang mit der Absicht der Bundesregierung, nach der Auseinandersetzung über den „Franke-Erlass“ vom 18. Mai 1984⁵ im Arbeitskampf in der Metallindustrie – Tarifrunde 1984 – die Bestimmung des § 116 AFG „klarstellend“ zu ändern, in das Zentrum eines innenpolitischen Streits, der von den Parteien und den betroffenen Verbänden mit ungewöhnlicher Erbitterung geführt wurde. Juristische Argumente und Rechtsauffassungen in den Gebieten des Arbeitsrechts, des Arbeitskampfrechts, des Arbeitslosenversicherungsrechts und nicht

² Siehe meine Äußerungen in der Anhörung vor dem Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung, 10. Wahlperiode, Sten. Protokoll der 91./92./93. Sitzung dieses Ausschusses, S. 20, 123 f., 226 f.

³ Vgl. P. Badura, Schriftliche Stellungnahme, Sten. Protokoll aaO, S. 291/294 sowie die eingehende Erläuterung von Kirchner, Anhörung, Sten. Protokoll aaO, S. 184 ff. – Zum Unterschied gegenüber der vorherigen Rechtslage siehe Scharrenbroich (CDU), BTag. Sten. Ber., Plenarprotokoll 10/207, S. 15 829 B.

⁴ Zur Vorgeschichte: Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, Materialien, Nr. 94, hrsg. von der Hauptabteilung Wissenschaftliche Dienste der Verwaltung des Deutschen Bundestages, Februar 1986.

⁵ Dazu Hess. LSG NZA 1984, 100; LSG Bremen NZA 1984, 132.

zuletzt des Verfassungsrechts haben in diesem Streit eine herausgehobene Rolle gespielt⁶. Durch Normenkontrollanträge der Landesregierungen von Nordrhein-Westfalen und des Saarlandes, des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg und von 202 Abgeordneten des Bundestages sowie durch eine Verfassungsbeschwerde der Industriegewerkschaft Metall ist die Auseinandersetzung in einen Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht übergegangen. Zu den Rechtsfragen, auf die es bei der Prüfung der Gültigkeit des Gesetzes vom 15. Mai 1986 ankommen könnte, gehört die Bedeutung der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems. Beim Verfassungsstreit um das Mitbestimmungsgesetz von 1976 war erstmals die allgemeine Frage aufgeworfen worden, ob aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit verfassungsrechtliche Anforderungen für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems abgeleitet werden können⁷. Nunmehr ist erneut, und wiederum mit hoher Komplexität der Fallgestaltung, die von Art. 9 Abs. 3 GG für das Tarifvertragssystem einschließlich der Arbeitskämpfordnung verbürgte Gewährleistung Gegenstand verfassungsrechtlicher Beurteilung. Nur diesem allgemeinen Problembereich soll hier nachgegangen werden, vor allem deswegen, weil in der Debatte über die Novellierung des § 116 AFG Befugnis und Verantwortung des Gesetzgebers für eine Gewährleistung des koalitionsrechtlichen Gleichgewichts verschiedenartige Deutungen erfahren haben.

Der Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit wurde von der Bundesregierung im Dezember 1985 beschlossen und dem Bundesrat zugeleitet⁸. Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung befaßte sich in der Rede vor dem Bundesrat, mit der er die Vorlage der Bundesregierung erläuterte, auch mit verfassungsrechtlichen Bedenken und sagte: „Eine Verletzung der durch das Grundgesetz gebotenen Neutralität wäre es, wenn zugelassen wird, daß

⁶ *F. J. Säcker*, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts, 1974; *Th. Raiser*, Die Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit im Arbeitskampf, NZA 1984, 369; *B. Schulin*, Arbeitskampf und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, DB 1985, Beilage Nr. 32/85; *H. Seiter*, Staatliche Neutralität im Arbeitskampf, 1985; *E. Benda*, Sozialrechtliche Eigentumspositionen im Arbeitskampf, 1986; *J. Isensee*, Die Neuregelung der Arbeitskampf-Neutralität nach § 116 AFG und die Vorgaben der Verfassung, DB 1986, Heft 8; *M. Löwisch*, Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Arbeitskämpfen, NZA 1986, 345; *H. J. Papier*, Schutz des sozialen Eigentums und Neutralität im Arbeitskampf, DVBl. 1986, 577; *M. Schmidt-Preuß*, Aktuelle Streitfragen des neuen § 116 AFG, DB 1986, 2488; *K. Adomeit*, § 116 AFG und der Fernstreik, NJW 1987, 33; *H. Seiter*, Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Arbeitskämpfen, NJW 1987, 1.

⁷ BVerfGE 50, 290/366 ff.

⁸ BRat Drucks. 600/85. – Dazu der Artikel „Beim Arbeitskampf muß der Staat neutral bleiben“, in den sozialpolitischen Informationen, hrsg. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (21. 12. 1985).

die Kasse der Arbeitsämter zur ersatzweisen Streikkasse der Gewerkschaften oder zur Subventionskasse für Aussperrungen der Arbeitgeber wird⁹.“ Bereits damals – und noch mehr in der Folgezeit – fand der Einwand besondere Aufmerksamkeit, die beabsichtigte Änderung des § 116 AFG würde die eigentumsrechtlich geschützten Ansprüche von Arbeitnehmern aus der Arbeitslosenversicherung verletzen. Dieser auf die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) gestützte Einwand, der mit Nachdruck in einem Rechtsgutachten von *Ernst Benda* begründet wurde¹⁰, ist hier nicht weiter zu verfolgen. In dem Antrag, den die Länder Bremen, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Saarland im Bundesrat zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung stellten¹¹, wird betont, die beabsichtigte Regelung würde die Streikfähigkeit der Gewerkschaften durch die Schaffung einer besonderen Drucksituation schwächen, während andererseits die verfassungsrechtlich gebotene Kampfparität durch die Möglichkeit von Schwerpunktstreiks nicht in Frage gestellt werde. Der Bundesrat behandelte die Vorlage in der 560. Sitzung am 31. Januar 1986 und beschloß, keine Einwendungen zu erheben¹². Am selben Tag wurde der Entwurf im Bundestag eingebracht¹³. Noch vor der Ersten Beratung stellte die Fraktion der SPD einen Antrag, der auf eine Entschließung des Bundestages über „Sicherung der Tarifautonomie und Wahrung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Arbeitskämpfen“ abzielte und sachlich mit dem erwähnten Länder-Antrag im Bundesrat übereinstimmte¹⁴. Erneut wird das verfassungsrechtliche Bedenken erhoben: Der Eingriff sei nicht zur Aufrechterhaltung der Tarifautonomie geboten. „Vielmehr wird die Kampffähigkeit der Gewerkschaft in einer Weise geschwächt, daß eine funktionsfähige Tarifautonomie in Frage gestellt ist.“ Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung verteidigte in der Rede bei der Ersten Beratung des Entwurfs am 5. Februar 1986 die Grundlagen der angestrebten Neuregelung und legte eingehend die Kraftverhältnisse der Kampfgegner im Fall eines Schwerpunktstreiks dar¹⁵.

⁹ Sozialpolitische Informationen, XX/3 (5. 2. 1986).

¹⁰ *E. Benda*, Sozialrechtliche Eigentumspositionen im Arbeitskampf, 1986. – Gegen das Gutachten wendet sich eine Studie, die im Bundesjustizministerium unter Beteiligung des Bundesarbeitsministeriums und des Bundesministeriums des Innern erarbeitet worden ist (recht, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz, 32/1986, 16. 4. 1986). Siehe auch das mit exhaustiver Gründlichkeit vorgehende Rechtsgutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen“, das *F. Ossenbühl* und *R. Richardi* dem Bundesminister der Justiz und dem Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung erstattet haben (August 1986).

¹¹ BRat Drucks. 600/1/85 (neu).

¹² Sten. Bericht der 560. Sitzung des Bundesrates, S. 15 ff.

¹³ BTag Drucks. 10/4989.

¹⁴ BTag Drucks. 10/4995.

¹⁵ Bulletin Nr. 13/S. 93 (6. 2. 1986).

Der Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung führte zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, dem Antrag der Fraktion der SPD und einem Antrag der Fraktion DIE GRÜNEN betr. Erhaltung der Streikfähigkeit der Gewerkschaften¹⁶ eine öffentliche Anhörung durch¹⁷. Der Fragenkatalog, der sich in der thematischen Gliederung für diese Anhörung findet, belegt die umfassende und verzweigte Behandlung des Gesetzentwurfs durch die Volksvertretung. Die Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der beabsichtigten Regelung wurden vor dem Hintergrund der Fakten und Bewertungen geprüft, die zur Notwendigkeit der Regelung und zu den Folgen für mittelbar vom Arbeitskampf betroffene Arbeitnehmer, für die Kampfpazität im Arbeitskampf und die Streikfähigkeit der Gewerkschaften, für Inhalt und Struktur der Tarifpolitik, für die kommunalen Haushalte durch erhöhte Aufwendungen für Sozialhilfe und schließlich für die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Betracht zu ziehen sind. Aufgrund der Beschlußempfehlung und des Berichts des Ausschusses vom 14. März 1986¹⁸ fanden die Zweite und Dritte Beratung vom 20. März 1986 statt und wurde der Entwurf in der von dem Ausschuß hergestellten Fassung angenommen¹⁹. In der Debatte nannte ein Redner der Opposition das Gesetz „die offene Kriegserklärung an die Gewerkschaften“; es sei „der schwerwiegendste Eingriff in die Tarifautonomie, seit diese grundgesetzlich verankert wurde“²⁰. Der Bundeskanzler bekräftigte demgegenüber den Grundgedanken der Novellierung: Es gehöre zu den Aufgaben des Gesetzgebers, daß er abschließende Entscheidungen zu treffen habe über gesetzliche Regelungen, die auch die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sicherstellen sollten. Die Regelung des § 116 AFG solle die neutrale Rolle des Staates im Arbeitskampf sichern. Die Neutralität des Staates im Arbeitskampf bedeute, daß Dauer und Intensität eines Arbeitskampfes allein von den Interessen und der Risikobereitschaft der unmittelbar Beteiligten bestimmt würden²¹. Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung beharrte darauf, daß es das Gesetz den Tarifpartnern nicht ermöglichen dürfe, jedes Arbeitskampfrisiko auf die Bundesanstalt abzuwälzen und damit auf die Gemeinschaft der gegen Arbeitslosigkeit Versicherten²².

¹⁶ BTag Drucks. 10/5004.

¹⁷ Stenogr. Protokoll der 91./92./93. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (26./27. Februar und 10. März 1986).

¹⁸ BTag Drucks. 10/5214.

¹⁹ BTag. Sten. Berichte, Plenarprotokoll 10/207, S. 15825 D bis 15875 D.

²⁰ Lutz (SPD) aaO, S. 15831 C.

²¹ Kohl (CDU) aaO, S. 15863 D und 15865 D.

²² Blüm (CDU) aaO, S. 15840 B.

2. Die verfassungsrechtliche Frage: Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems (Art. 9 Abs. 3 GG)

a) Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie

Die Tarifautonomie ist die durch das kollektive Arbeitsrecht geordnete rechtliche Fähigkeit der Koalitionen²³, im Wege der Vereinbarung ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten im Hinblick auf die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen festzulegen und Arbeitsbedingungen zu regeln, die als Rechtsnormen unmittelbar für die Arbeitsverhältnisse ihrer Mitglieder verbindlich sind. Die Tarifautonomie ist eine kollektivrechtliche Erscheinungsform der Vertragsfreiheit, eingebettet in die soziale Selbstverwaltung des Arbeitslebens, und hinsichtlich des normativen Teils des Tarifvertrages eine Erscheinungsform autonomer Rechtsetzung. Während die Weimarer Reichsverfassung die seit der Jahrhundertwende sich entwickelnde Gestaltungsmöglichkeit des Tarifvertrages – ohne näheres Interesse für dessen arbeitsrechtliche Konstruktion und Wirksamkeit – verfassungsrechtlich anerkannte (Art. 165 Abs. 1 WRV), hat das Grundgesetz sich damit begnügt, für jedermann die Koalitionsfreiheit als Grundrecht zu gewährleisten (Art. 9 Abs. 3 GG). Das hat dazu geführt, daß von Anbeginn und bis heute Meinungsverschiedenheiten darüber hervorgetreten sind, wie die kollektive Gewährleistung zugunsten der Koalitionen und ihres Betätigungsrechts, einschließlich der Tarifautonomie und der Arbeitskampffreiheit, der nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG allein individualrechtlichen Rechtszuweisung zuzuordnen sind. Diese Meinungsverschiedenheiten haben hauptsächlich für die miteinander zusammenhängenden Fragen Gewicht, mit welchem Inhalt die Betätigungsrechte der Koalitionen durch das Grundrecht garantiert sind, welche Schranken ihnen verfassungsunmittelbar gezogen sind und in welcher Weise der Gesetzgeber befugt ist, die kollektiven Betätigungsrechte auszugestalten und zu begrenzen²⁴.

Mit der schon früh ausgesprochenen Rechtsauffassung, daß Art. 9 Abs. 3 GG „auch die Koalition als solche“ schütze und daß die Koalitionsfreiheit „die Institution eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen sein müssen“, den „Kernbereich des Tarifvertragssystems“, gewährleiste²⁵, ist eine entscheidende Weichenstellung erfolgt. Denn das Recht des

²³ Auf der Seite der Arbeitgeber ist auch der einzelne Arbeitgeber tariffähig.

²⁴ Ein anschauliches Beispiel für diese Argumentation ist die Lehre von „Stufen der gesetzlichen Regelungsbefugnis“ (K. H. Friauf, Die verfassungsrechtlichen Vorgaben einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Arbeitskampfordnung, RdA 1986, 188).

²⁵ BVerfGE 4, 96/106 ff.

einzelnen, einer Koalition beizutreten (oder fernzubleiben) und an deren Aufbau und Wirksamkeit teilzunehmen, ist von durchaus anderer Art und Bedeutung als das Recht der Koalitionen, durch selbstbestimmte Tätigkeit die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bewirken. Tarifautonomie und Arbeitskampf als Faktoren jener „sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens“, die zu den Zwecken des Tarifvertragssystems gehört²⁶, sind in der Hand der Koalitionen Werkzeuge weitreichender Sozialgestaltung, Ordnung und Macht, die sich in der Wirtschaftsentwicklung, in den sozialen Beziehungen und in der Politik insgesamt geltend macht. Der Hinweis darauf, daß die Koalitionsfreiheit „in erster Linie ein Freiheitsrecht“ sei, verblaßt gegenüber der – nach einer Reihe von Zwischenschritten – gewonnenen Auffassung, daß die „Funktionsunfähigkeit“ der Tarifautonomie und dann auch des Tarifvertragssystems durch eine gesetzgeberische Regelung nicht hervorgerufen werden darf²⁷. Mit der Anerkennung der kollektiven Gewährleistung als Inhalt der Koalitionsfreiheit wird dem Grundrecht eine über die subjektiven Rechte der einzelnen und der Koalitionen hinausreichende objektive Gewährleistung und eine für das Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers in dem geschützten Bereich wesentliche Staatszielbestimmung entnommen.

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings von vornherein und in der klaren Einsicht, daß die so verstandene Koalitionsfreiheit ein formidabler Maßstab verfassungsrechtlicher Beurteilung und verfassungsgerichtlicher Gesetzesprüfung ist, den Schutz der Koalitionsfreiheit auf einen „Kernbereich“ beschränkt und insbes. für die Gewährleistung der Tarifautonomie ausgesprochen, daß sie dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung lasse. Diese Grundlinie ist in der Auslegung der Verfassung weiter ausgebaut worden zu der Auffassung, daß Art. 9 Abs. 3 GG eine Garantie des „Koalitionsverfahrens“ umfasse, dessen Grundtypen Koalitionseinigung und Koalitionskampf seien. Tarifautonomie und Arbeitskampf seien Mittel, die im Rahmen jener allgemeinen Koalitionsverfahrensgarantie – also nicht als solche – geschützt seien²⁸. Die Praxis des Bundesverfassungsgerichts gibt damit den Koalitionen einen weitgefaßten, aber gegenüber dem Gesetzgeber nicht zur Bestandsgarantie fest umrissener Freiheiten erstarkten Schutz. Die Verschiedenheit und Unterscheidbarkeit der verfassungsrechtlichen Garantie und der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung bleibt erhalten. Die Bedeutung und Vielzahl der von der Tätigkeit der Koalitionen berührten

²⁶ BVerfGE 4, 96/107, sowie später BVerfGE 28, 295/304 ff; 44, 322/340 ff; 50, 290/366 ff; 58, 233/247 f.

²⁷ BVerfGE 50, 290/367, 370, 376 f.

²⁸ R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 9 (1979), Rdn. 278 ff.

Belange im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung machen vielfältige gesetzliche Regelungen notwendig²⁹, oder an deren Stelle – und soweit nicht die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes eine Regelung durch Gesetz erfordert – eine richterrechtliche Rechtsbildung aufgrund von Verfassungsrecht und von Rechtsgrundsätzen. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und des Tarifvertragssystems ist ein Kernstück der Verfassungsgarantie. Der Gesetzgeber darf sie nicht beseitigen oder nachhaltig stören. Er ist darüber hinaus berechtigt und unter Umständen verpflichtet, ihren Fortbestand durch gesetzliche Anforderungen an die Tariffähigkeit der Koalitionen, z. B. Kampfwilligkeit, soziale Mächtigkeit im Sinne der Durchsetzungsfähigkeit, oder durch andere geeignete Regelungen zu sichern. Da das Tarifvertragssystem eine der Übereinkunft der Koalitionen anvertraute autonome Ordnung des Arbeitslebens bewerkstelligen soll, gehört die Gleichgewichtigkeit der Koalitionen im Hinblick auf ihre Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit im Rahmen des Tarifvertragssystems zu den der Garantie durch Gesetz unterstellten Funktionsbedingungen der Tarifautonomie.

b) Tarifautonomie und Arbeitskampf

Dem Grundrecht der Koalitionfreiheit als einer kollektiven Gewährleistung geht es um die „sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“. Eine der dafür in Betracht kommenden Gestaltungen ist das Tarifvertragssystem, das „durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt“ ist³⁰. Das Bundesverfassungsgericht bringt in diesen Formulierungen den inneren Zusammenhang von Tarifautonomie und Arbeitskampf zur Geltung. Es betont an anderer Stelle die Bedeutung der Kampfwilligkeit der Koalitionen. Mindestens in der Erwerbswirtschaft könne der Arbeitskampf oder wenigstens seine Möglichkeit von entscheidender Bedeutung dafür sein, daß überhaupt ein Tarifvertrag zustande komme, und welche einzelnen Arbeitsbedingungen, insbes. welche Arbeitsvergütung er festlege. Auch hinter einer ohne Arbeitskampf zustande kommenden, friedlichen Übereinkunft kampfwilliger Koalitionen stehe letztlich in der Regel doch die Drohung mit dem Arbeitskampf³¹.

Unter dem Blickwinkel des Art. 9 Abs. 3 GG erscheint das Tarifvertragssystem als eine autonome, aber unter Umständen durch Gesetz zu gewährleistende Kampf- und Ausgleichsordnung der Koalitionen. Das

²⁹ Hierzu und zum folgenden *P. Badura*, Schriftliche Stellungnahme aaO (Anm. 3), S. 292.

³⁰ BVerfGE 50, 290/371.

³¹ BVerfGE 18, 18/30.

Grundrecht schützt die Arbeitskampffreiheit der Koalitionen, soweit diese zur effektiven Ausübung der Tarifautonomie erforderlich ist und der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems dient. Die Arbeitskampffreiheit der Koalitionen ist also verfassungsrechtlich nicht als ein selbständiges, von der Tarifautonomie getrenntes Recht der Koalitionen garantiert, sondern als eine Bedingung der effektiven Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen, soweit deren autonome Gestaltungsbefugnis reicht. Da die Rechtsstellung der Koalitionen eine autonome Handlungs- und Gestaltungsbefugnis ist, nicht ein Recht an einem bestimmten Bestand oder auf einen bestimmten Erfolg, schließt die gewährleistete Freiheit nicht auch die Zusicherung der jederzeitigen Wirksamkeit oder des optimalen Erfolgs der Koalitionsbetätigung ein. Die Koalitionsfreiheit umfaßt die Bildung, die Betätigung und die Entwicklung der Koalitionen in ihrer Mannigfaltigkeit und überläßt ihnen grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten; dem freien Spiel der Kräfte bleibt es überlassen, ob sie mit den gewählten Mitteln den erstrebten Erfolg erreichen³². Demgemäß garantiert Art. 9 Abs. 3 GG nicht schlechthin die „Streikfähigkeit“ der Gewerkschaften, wenn damit die jederzeit gegebene und nur nach dem Willen der Gewerkschaft und nach deren Zielmaß zum Einsatz und zum Erfolg gebrachte Fähigkeit der Gewerkschaft gemeint ist, einen Streik auszurufen und durchzuhalten. Das Verfassungsrecht gewährleistet die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems und in dessen Rahmen die Arbeitskampffreiheit als eine zur sozialen Selbstbestimmung notwendige Betätigung der Koalitionen. Kampfkraft und Erfolgsrisiko sind damit Sache der Koalitionen, nicht Gegenstand der verfassungsrechtlichen Gewährleistung.

Das Arbeitskampfrecht ist im wesentlichen durch das Bundesarbeitsgericht entwickelt worden und zwar aus doppelter Wurzel: aus dem Arbeitsvertragsrecht als Teil des Privatrechtssystems und aus der Koalitionsfreiheit als Richtschnur kollektivrechtlicher Kriterien für die Zulässigkeits- und Funktionsbedingungen des Arbeitskampfes³³. Die Koalitionsfreiheit postuliert – in Rücksicht auf die Tarifautonomie als geschütztes Betätigungsrecht der Koalitionen – verfassungsrechtliche Anforderungen, die der Gesetzgeber und der Richter zu beachten haben. Diese Anforderungen bleiben verschieden vom Arbeitskampf-

³² BVerfGE 18, 18/32; 28, 295/304 f; BAG Urt. v. 10.9.1985 – 1 AZR 262/84 – Beamteneinsatz beim Streik der Tarifkräfte, JZ 1986, 596: „Mit der Garantie des Streiks ist keine Erfolgsgarantie verbunden.“

³³ H. Konzen, Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, AcP 177, 1977, S. 473/493; H. Buchner, Das Arbeitskampfrecht unter den Anforderungen der Verhandlungsparität und der Staatsneutralität, RdA 1986, 7/9 f.

recht, auch soweit dieses sich in richterrechtlichen Rechtsauffassungen des Bundesarbeitsgerichts äußert. Da das geltende Recht, zuerst das Tarifvertragsgesetz, die Kampf- und Ausgleichsordnung der Koalitionen als Tarifvertragssystem ausgestaltet hat, gehören die Voraussetzungen einer wirksamen und sinnvollen Lohngestaltung durch Übereinkunft zu den Anforderungen, die auch für das – auf die Tarifautonomie bezogene – Arbeitskampfrecht maßgebend sein müssen. „Ein funktionierendes Tarifvertragssystem setzt annähernd gleichgewichtige Verhandlungschancen der sozialen Gegenspieler voraus³⁴.“ Die Arbeitskampfordnung darf keiner Seite solche Vorteile zukommen lassen, aus denen ein nennenswertes Verhandlungsungleichgewicht entstehen könnte. Denn ohne das grundsätzliche Verhandlungsungleichgewicht wäre die Richtigkeitsgewähr autonomer Rechtsgestaltung in Gefahr³⁵. Eine andere verfassungsrechtlich begründete Direktive des Arbeitskampfrechts ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einschließlich des Ultima-ratio-Prinzips und des Übermaßverbots.

Der innere Zusammenhang von Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht und das daraus resultierende Paritätsgebot werden auch seitens der Gewerkschaften nicht in Frage gestellt: „Ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem besteht . . . nur dann, wenn den Gewerkschaften ein zumindest gleichgewichtiger Einfluß beim Kampf um die tarifautonome Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zukommt³⁶.“ Der Staat habe ein Koalitionsverfahren zu garantieren, das „Parität der Einfluß- und Gestaltungsmöglichkeiten“ gewährleistet³⁷. Der Standpunkt der Gewerkschaften zum Paritätsgrundsatz wird allerdings dadurch geprägt, daß die unternehmerischen Ressourcen kraft Eigentums und unternehmerischer Leistung auf die Waagschale der Arbeitgeber gelegt, die unternehmerischen Risiken und Lasten des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs dagegen klein geschrieben werden. Damit wird der Versuch unternommen, die Regeln des Arbeitskampfes von vornherein an einer schiefen Schlachtordnung auszurichten, in der sich nicht Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit rechtlich verfaßten Instrumenten des Arbeitsrechts gegenüberstehen, sondern Kapital und Arbeit. Es wird gesagt³⁸, in

³⁴ *H. Buchner* aaO, S. 9 f.

³⁵ BAG Ur. vom 12. 3. 1985 – 1 AZR 636/82 – Aussperrung in der Druckindustrie 1978, AfP 1985, S. 235 mit Anm. *H. Seiter*, AfP 1985, 186, in Fortführung und Bekräftigung der Urteile vom 10. Juni 1980 – 1 AZR 822/79 – Aussperrung in der Metallindustrie 1978, BAGE 33, 140, – 1 AZR 690/79 – AP Nr. 67 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG Ur. vom 10. 9. 1985 – 1 AZR 262/84 – Beamteneinsatz beim Streik der Tarifkräfte, JZ 1986, 596.

³⁶ Schriftliche Stellungnahme des DGB zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung aaO (Anm. 17), S. 257/267.

³⁷ *M. Kittner*, Art. 9 Abs. 3, in: AK-GG, 1984, Rdn. 29.

³⁸ Schriftliche Stellungnahme des DGB aaO, S. 262.

Tarifverhandlungen befänden Arbeitgeber sich „strukturell“ in einer überlegenen Position. Während ihnen jeder Produktivitätsfortschritt automatisch einen verteilungspolitischen Vorteil verschaffe, falle den Gewerkschaften zwangsläufig die Rolle des Angreifers zu. Der Streik sei das einzige Mittel der Gewerkschaften, um den strukturbedingten Verhandlungs- und Kampfvorteil der Arbeitgeber auszugleichen. Die Aussperrung stelle die strukturelle Überlegenheit der Arbeitgeber wieder her. Sie verstoße gegen den Grundgedanken der Waffengleichheit.

Das Eigenschaftswort „strukturell“ verbirgt den Teil der Verfassungsordnung, der nicht in Art. 9 Abs. 3 GG enthalten ist und versieht die Grundlagen der Wirtschaftsordnung mit einem kritischen Fragezeichen. Darüber ist eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung möglich und nötig, die den semantischen Schleier des Bequemlichkeitswortes „strukturell“ aufheben muß. Entscheidend ist jedoch, daß der Standpunkt der Gewerkschaften den entscheidenden Ausgangspunkt der Verfassungsfrage in der Tarifbezogenheit des Arbeitskampfes anerkennt. Dieser Punkt wird in solchen Deutungen des Arbeitskampfrechts verkannt, die eine Reflexion über „symmetrische“ und „asymmetrische“ Arbeitskampfmodelle mit Überlegungen zum politischen Streik verbinden. So ist etwa zu lesen: „In dem Maße, in dem staatliche Politik auf die Beschäftigungssituation einwirkt, ist es darüber hinaus an der Zeit, mit der Enttabuisierung des politischen Streiks zu beginnen. Die Auseinandersetzung um die gewerkschaftliche Gegenwehr gegenüber der Neufassung des § 116 AFG deutet immerhin an, daß insoweit in scheinbar festgefahrene Fronten doch ein wenig Bewegung gerät.“³⁹ Diese Andeutungen bewegen sich außerhalb des Verfassungsrechts und können zur Aufdeckung der Funktionsbedingungen des Tarifvertragssystems nichts beitragen.

3. Die Aufgabe des Gesetzgebers: Die Gewährleistung der autonomen Kampf- und Ausgleichsordnung der Tarifparteien

a) Grundrechte und Staatsaufgaben

Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die Institution eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen sein müssen. Zu dem verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich des Grundrechts gehört es, daß ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist⁴⁰. Die damit bezeichnete Rechtswirkung der „Gewährlei-

³⁹ M. Weiss, Die neue Arbeitskampfordnung des BAG, KritV 1987, S. 366/383.

⁴⁰ BVerfGE 4, 96/107.

stung“ teilt die Koalitionsfreiheit mit anderen Grundrechten, mit der allgemeinen Vereinigungsfreiheit im Hinblick auf das Vereins- und Gesellschaftsrecht, mit der Eigentumsgarantie im Hinblick auf die rechtliche Ordnung der geschützten vermögenswerten Rechte, mit der Pressefreiheit und der Rundfunkfreiheit im Hinblick auf die organisatorische und materielle Ausgestaltung des medialen Freiheitsbereichs. Daß ein Freiheitsrecht dem Staat, gegen dessen „Eingriffe“ es seinem zuerst in Betracht zu ziehenden Sinn nach eine Schutzwehr bieten soll, die Gewährleistung eines bestimmten Freiheitsbereichs abfordert, ist die Konsequenz der Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht. Die nähere interpretatorische Ausmessung der Gewährleistungs- und Schutzpflicht des Gesetzgebers bringt mehr oder minder ausgedehnte Programme verfassungsrechtlich angeordneter Regelungen hervor, mit denen die einzelnen Freiheiten und Garantien zu Kurzfassungen jeweils eines weitläufigen Kosmos von Rechtsvorstellungen gedeihen. Die überkommene Lehre von den „Institutsgarantien“ hatte die Gewährleistungswirkung der Grundrechte in einer bestimmten Richtung erschlossen, mit dem durchaus faßbaren Gedanken des Rechtsinstituts aber den damit eröffneten Rechtsfolgen eine gewisse Berechenbarkeit beigegeben. Der in neuerer Zeit entwickelte Auslegungsgedanke der Gewährleistungswirkung entbehrt eines solchen zusätzlichen Kriteriums. Seine weitere Aktivierung durch die „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts vermag dieses Kriterium nicht bereitzustellen, sondern trägt eher dazu bei – jedenfalls in den Händen der Interpreten der Rechtsauffassungen des Bundesverfassungsgerichts – den programmatisch ausmünzbaren Teil des Verfassungsrechts zu erweitern. Als eine gewisse Stütze dient immerhin die historische Entwicklung des zu gewährleistenden Rechts- und Freiheitsbereichs, die das Bundesverfassungsgericht vielfach mit Betonung als Auslegungshilfe angerufen hat. Unversehens hat das Grundgesetz, dessen Verfassungsgeber die Lebensordnungen und Programmsätze der Weimarer Reichsverfassung gerade nicht wiederholen wollte, einen ausgedehnten und zum Teil labyrinthischen „Zweiten Hauptteil“ materieller Leitlinien und Grundsätze erhalten.

Die Verfassung, die den Gesetzgeber zur Gewährleistung bestimmter Freiheiten und Rechtsinstitute verpflichtet, entscheidet sich damit im Wege normativer Festlegung für die Sicherung bestimmter Interessen und Werte. Es entspricht der Logik des Verfassungsrechts, daß weder Interessen noch Werte als solche „Verankerung“ und Durchsetzungskraft dadurch erlangen, daß sie in der Verfassung aufgenommen oder „anerkannt“ werden. Die Freiheitsrechte und Garantien der Verfassung sind Rechtsgewährungen der Rechtsgemeinschaft und ihrer Gesamtordnung. *Wolfgang Zeidler* hat die spezifische Wirkung verfassungsnorma-

tiver Rechtszuweisungen gerade für den Auslegungsgedanken der „Wertordnung“ analysiert. Die „Wertordnung“ der Verfassung ist – so wird eingeschränkt – eine vom Grundgesetz beschlossene und aus einer Gesamtschau des verfassungsrechtlichen Normenbestandes erschließbare Ordnung mit Rechtsgehalten, deren Substanz mit Methoden der Rechtsfindung festgestellt wird. Es ist keine Wertordnung praeter constitutionem oder sogar supra constitutionem⁴¹. Die Individualgrundrechte erschöpfen sich – so wird durch *Wolfgang Zeidler* vor Augen gestellt – nicht darin, Grenze staatlicher Wirksamkeit zu sein. Es bedarf einer steten Ausbalancierung und Grenzbestimmung für die Rechtssphären der einzelnen untereinander, ebenso wie der Berücksichtigung anderer im gleichen Rang stehender Verfassungswerte und Ordnungsprinzipien (wie Rechtsstaat, Sozialstaat), ohne deren Anerkennung und Befolgung ein die Grundrechte von Einzelpersonen effektiv garantierender Staat als existenzfähig nicht denkbar wäre. Ein Punkt wird prononciert beleuchtet: „Derzeit wird im politischen Bereich die Fähigkeit zur Bewältigung der Zukunftsaufgaben erstickt von der Tyrannei der Besitzstände⁴².“ Der angeprangerte Fehler ist die interessenabhängige Isolierung des Rechts als „Besitzstand“ von seiner Gemeinschaftsgebundenheit, eine isolierende Vereinseitigung, die sich als juristisch faßbarer Auslegungsmangel erweisen läßt. *Wolfgang Zeidler* hat den gewiesenen Weg der Grundrechtsauslegung am Beispiel der Eigentumsgarantie erläutert⁴³. Neben der individualrechtlichen Komponente als Grundrecht hat das Eigentumsrecht eine sozialbezogene Komponente, in der das Eigentum in das soziale Umfeld des Eigentümers hineingewirkt, „daß andere Menschen ihrerseits auf dieses ihnen fremde Eigentum angewiesen sind, um ihren eigenen Anspruch auf ein freiheitliches und menschenwürdiges Leben verwirklichen zu können“. In diesem sozialbezogenen Bereich steht der Aspekt des Grundwertes im Vordergrund; denn hier überwiegt das Element der Gebundenheit nach Maßgabe der aus dem Sozialstaatsprinzip abzuleitenden Folgerungen. In dieser Sicht *Zeidlers* zeigt sich, daß der programmatische Gewährleistungsgehalt der Grundrechte nicht einfach die Rechtszuweisung erweitert, sondern vielmehr die Gemeinschaftsgebundenheit des Freiheitsrechts oder der Garantie zum Ausdruck bringt und damit eine Anregungs- und Zielfunktion für die gesetzgeberische Erfüllung bestimmter Staatsaufgaben wahrnimmt. Für die Eigentumsgarantie wird nach *Wolfgang Zeidlers* Auffassung die Aufspaltung des Eigentumsbegriffs „in

⁴¹ *W. Zeidler*, Grundrechte und Grundwerte der Verfassung im Widerstreit, 53. DJT, 1980, Bd. II, Teil I, S. 19, unter Bezugnahme auf BVerfGE 39, 1/36.

⁴² *W. Zeidler*, Ist dem sozialen System die Dauer garantiert? F.A.Z. 21. 2. 1987, S. 11.

⁴³ *W. Zeidler*, Grundrechte und Grundwerte aaO, S. I 14 f.

einen überwiegend individualbezogenen, intensiver geschützten Grundrechtsbereich und einen der Sozialgestaltung eher offenen, den Rechten und Bedürfnissen der jeweils anderen stärker verpflichteten Grundwertebereich“ vielleicht den Weg für künftige Entwicklungen weisen. Es liegt auf der Hand, daß diese Betrachtungsweise die Verantwortung der politischen Kräfte für die freie und gerechte Gesellschaftsordnung angesichts der sich verändernden Verhältnisse nicht durch eine Überdehnung des Verfassungsrechts verkürzen wird. In der Abweichenden Meinung zu der Entscheidung des Zweiten Senats über die Auflösung des Bundestages von 1983 hat *Wolfgang Zeidler* den „Bedeutungswandel“ von Verfassungsbestimmungen als reguläres Element des Verfassungsrechts gerechtfertigt und den Gedanken der „living constitution“ zur Richtschnur genommen⁴⁴.

Die Gewährleistungs- und Schutzpflicht des Staates für die grundrechtlichen Freiheiten ruft den Gesetzgeber auf den Plan. Nur die Garantie durch das Gesetz läßt den notwendigen Interessenausgleich und eine gerechte Sozialgestaltung in dem der Gemeinschaftsbindung offenen oder bedürftigen Bereich der zu gewährleistenden Freiheit erwarten. Im Falle der Gewährleistung, die aus der Koalitionsfreiheit für die autonome Kampf- und Ausgleichsordnung der Tarifparteien entspringt, trifft die Schutz- und Ordnungsaufgabe des Gesetzgebers nicht nur auf die autonomen Regelungsansprüche der Koalitionen, sondern auch auf die richterrechtliche Rechtsbildung durch das Bundesarbeitsgericht – das durchaus „Besitzstände“ eigener Art geschaffen hat – und auf die systematische und kritische Rolle des Juristenrechts⁴⁵. Das Gewaltenteilungsprinzip und die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion des Gesetzes erweisen, daß die Gewährleistungsaufgabe der parlamentarischen Volksvertretung im Arbeitskampfrecht durch den Richter nicht schlechthin ersetzt werden kann⁴⁶, auch wenn eine verfassungsrechtliche Regelungspflicht des Gesetzgebers mit einem bestimmten Inhalt und zu einem bestimmten Zeitpunkt nur als ein Grenzfall und zur Behebung einer greifbar naherückenden Funktionsunfähigkeit des Tarifvertragssystems in Frage kommen wird⁴⁷. Die Koalitionsfreiheit als „unfertig verfaßte Verantwortung der Tarifpartner“⁴⁸ kann als quasi-

⁴⁴ BVerfGE 62, 1, 64/67 f.

⁴⁵ Die Bedeutung des Juristenrechts in Abgrenzung von der politischen Aufgabe des Gesetzgebers begründet *R. Richardi*, Selbstgestaltung der Arbeitskampfordnung durch Tarifvertrag und Verbandssatzung, RdA 1986, 146/149 f.

⁴⁶ *H. Seiter*, Die Gestaltung der Arbeitskampfordnung durch den Gesetzgeber, RdA 1986, 165/174, 188.

⁴⁷ Zu dieser Frage siehe *P. Badura*, Der Zustand des Rechtsstaates, in: *ders. / G. Roellecke*, Der Zustand des Rechtsstaates, Cappenberger Gespräche der Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft, Bd. 21, 1986, S. 13/21 ff, 94 f.

⁴⁸ *P. Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 26 ff.

kodifikatorische Normierung die alleinige Weisung für die richterrechtliche Rechtsbildung dort nicht bleiben, wo die Funktionsbedingungen der zu gewährleistenden autonomen Ordnung selbst gefährdet sind. Bei einer derartigen Sachlage kann auch nicht etwa von den autonomen Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifparteien selbst die gefährdete Sicherung der diese autonomen Befugnisse ja erst ausformenden Ordnung geleistet werden⁴⁹. Das Tarifvertragssystem beruht auf dem einvernehmlichen Zusammenwirken beider Seiten; die Voraussetzungen eines gedeihlichen und wirksamen Zusammenwirkens können nicht von den mit weitgehend gegenläufigen Interessen sich gegenüberstehenden Kontrahenten, sondern nur durch die Rechtsgemeinschaft, d. h. den mit gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt betrauten Staat gewährleistet werden. Im Streit um die Änderung des § 116 AFG ist für den dort entscheidenden Punkt der Neutralität des Staates zu Recht gesagt worden, daß nur der Gesetzgeber in der Lage ist, die verfassungsmäßig gebotene Arbeitskämpfnutralität des Staates zu bestimmen und im einzelnen festzusetzen⁵⁰. Da hier ein bestehendes Gesetz – wenn auch eingebettet in das vornehmlich durch Richterspruch geordnete Recht des Arbeitskampfes – in seiner Wirkung für die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zu beurteilen war, der Gesetzgeber also seiner Verantwortung für die Konsequenzen eigenen Handelns gerecht werden mußte, konnte der Einwand nicht schwer wiegen, die Entwicklung müsse den Gerichten oder den Koalitionen überlassen bleiben. Mag über die Regelungspflicht des Gesetzgebers gestritten werden können, seine Regelungsbefugnis kann nicht zweifelhaft sein.

b) „Neutralität“ des Staates in der Koalitionsdemokratie

Die Gewährleistungs- und Schutzpflicht des Staates für die autonome Ordnung des Tarifvertragssystems und die dem Staat auferlegte „Neutralität“ gegenüber dem Arbeitskampf scheinen Widersprüchliches zu verlangen. Daß dieser scheinbare Widerspruch sich auflösen muß, zeigt sich jedoch schon mit dem zweiten Blick, der zutage fördert, daß beide Pflichtenkomplexe in Art. 9 Abs. 3 GG ihren Rechtsgrund haben. Etwas schematisch und auch mißverständlich kann die gesuchte Auflösung mit der terminologischen Unterscheidung von „passiver“ und „fördernder“ Neutralität⁵¹ ausgedrückt werden.

Mit „Neutralität“ wird die Rolle des Staates hervorgehoben, die sich aus der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten kollektiven Koalitionsfrei-

⁴⁹ R. Richardi, Selbstgestaltung aaO, S. 148; H. Seiter, Gestaltung aaO, S. 169 f.

⁵⁰ Esser/Stumpfe, Schriftliche Stellungnahme, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 277; Erdmann, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 119.

⁵¹ BSGE 40, 190.

heit im Hinblick auf die autonomen Entscheidungs- und Handlungsbeugnisse der Koalitionen im Rahmen des Tarifvertragssystems und insbes. des Arbeitskampfes ergibt. Für die im Regelfall vorauszusetzende Situation des funktionsfähigen Tarifvertragssystems bedeutet „Neutralität“ also Nichteinmischung des Staates in die Tarifauseinandersetzungen, Schutz der Tarifeinhalte, der Kampfforderungen und der Kampfführung der Koalitionen vor staatlicher Intervention⁵².

Das dem Grundsatz nach bestehende und als „Neutralität“ gekennzeichnete Nichteinmischungsgebot, an das sich der Staat angesichts der Tarifauseinandersetzung zu halten hat, darf nicht mit „Staatsfreiheit“ gleichgesetzt werden. Ein Mißverständnis dieser Art könnte anklingen, wenn gesagt wird: Der Staat hat lediglich dafür zu sorgen, daß die Spielregeln eingehalten werden, wenn es zu Streiks und Aussperrungen als den letzten Mitteln in einer Tarifauseinandersetzung kommt. Dies entspricht dem Grundsatz der Neutralität⁵³. Noch deutlicher wird der einseitig negatorisch gefaßte Schutz der Autonomie in einer Kennzeichnung der Neutralitätspflicht nahegelegt, mit der deduziert wird: Wenn der Staat den Tarifparteien die Materie Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zur eigenverantwortlichen Regelung überantwortet hat, kann er seinerseits nicht in diesen Prozeß der autonomen Auseinandersetzung und Einigung eingreifen. Die realen Voraussetzungen eines funktionsfähigen Tarifsystems – etwa die soziale Mächtigkeit der Tarifpartner und ihr effektives Gleichgewicht – müßten sich staatsfrei entwickeln. Der Staat könne sie nicht – unter Inanspruchnahme seiner Sozialstaatlichkeit oder des Rechtstitels einer „fördernden Neutralität“ – von sich aus organisieren oder garantieren⁵⁴. Diese Absage an die Gewährleistungsfunktion der Koalitionsfreiheit wird noch deutlicher formuliert, wenn die staatliche Beurteilung der Frage, ob zwischen den Koalitionen ein annäherndes Kräftegleichgewicht bestehe, als eine „staatliche Bevormundung der Koalitionen“ bezeichnet und folgerichtig den Koalitionen die gemeinsame Verantwortung für die Sicherung der Funktionstüchtigkeit des „staatsautonomen Handlungssystems Tarifautonomie“ vorbehalten wird⁵⁵. Dieser Standpunkt läßt sich mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems nicht

⁵² H. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 173 ff; H. Konzen, Arbeitskampf aaO (Anm. 33), S. 497; Esser, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 12.

⁵³ Cronenberg (FDP), BTag, Sten. Ber., Plenarprotokoll 10/207, S. 15834 C.

⁵⁴ J. Isensee, Die Neuregelung der Arbeitskampf-Neutralität nach § 116 AFG und die Vorgaben der Verfassung, DB 1986, Heft 8, unter V. 1 und V. 2. Andererseits postulierte Isensee in der Anhörung (aaO, Anm. 17, S. 6), es sei eine Aufgabe des Gesetzgebers, die eventuell gestörte Gleichgewichtslage im Arbeitskampf wieder herzustellen.

⁵⁵ Säcker, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 110.

vereinbaren⁵⁶. Er überspannt das Autonomieprinzip, das durch die Koalitionsfreiheit nicht als nur gruppennütziges Recht der Koalitionen ausgestaltet ist, sondern als eine gemeinschaftsnotwendige und gemeinschaftsgebundene Gestaltungsbefugnis. Die damit vertretene Auffassung einer im Hauptpunkt indifferenten Neutralität des Staates begünstigt die Landnahme der Gruppeninteressen in einem strategischen Terrain des Sozialstaats. In einem allgemeiner gefaßten Zusammenhang hat *Wolfgang Zeidler* einer Zurückdrängung der staatlichen Verantwortung widersprochen: Die unter dem Schlagwort der Demokratisierung vorangetriebene Mitbestimmung im Bereich staatlicher Aufgaben bedeutet in Wirklichkeit „eine Verlagerung der Entscheidungsgewalt von den zum Ausgleich der Sonderinteressen und zur Verwirklichung des Gemeinwohls berufenen Staatsorganen weg zu den einzelnen Gruppen mit ihren Sonderinteressen. Damit erhalten Gruppenegoismus und individuelles Interessendenken systemnotwendig eine gesteigerte Rolle im Willensbildungsprozeß“⁵⁷.

c) *Vertragsgerechtigkeit, soziale Selbstverwaltung
und gleichgewichtiger Interessenausgleich*

Voraussetzung für ein Funktionieren und innerer Grund des Tarifvertragssystems ist ein System freier Vereinbarungen, das die „materielle Richtigkeitsgewähr“ für die konkret zustande kommenden Tarifverträge zu bieten vermag, wenn die Tarifparteien zueinander in einem Verhältnis der Gleichgewichtigkeit stehen. Funktionsbedingung der Tarifautonomie ist die – vor allem in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts herausgearbeitete – tarifbezogene materielle Parität der Tarifparteien. Der Gesetzgeber ist berechtigt und verpflichtet, ordnend einzugreifen, wenn das Verhandlungsgleichgewicht grundlegend und auf Dauer gestört ist und damit die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems, insbes. die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages in Frage gestellt wird oder wenn das Eingreifen sich als notwendig erweist, um übermäßige Machtkonzentration oder einen Machtmißbrauch zu bekämpfen⁵⁸. Das Arbeitskampfrecht hat die Funktion, das Verhandlungsgleichgewicht

⁵⁶ *R. Scholz* aaO (Anm. 28), Rdn. 283; *P. Badura*, in: ders. / *K. Stern*, Die Rechtmäßigkeit des Beamteneinsatzes beim Streik der Tarifkräfte, 1983, S. 1/41 ff; *M. Kittner*, Art. 9 Abs. 3, in: AK-GG, 1984, Rdn. 29; *H. Buchner*, Arbeitskampfrecht aaO (Anm. 33), S. 21 f.

⁵⁷ *W. Zeidler*, Die Durchsetzung von Gruppeninteressen in der Demokratie, Steuerberaterkongreß-Report 1978, S. 39/53.

⁵⁸ *H. Seiter*, Staatliche Neutralität im Arbeitskampf, 1985, S. 15, unter Bezugnahme auf *U. Scheuner*, Der Inhalt der Koalitionsfreiheit, 1958, S. 53; *H. Buchner*, Arbeitskampfrecht aaO (Anm. 33), S. 10 ff; *P. Badura*, Beamteneinsatz aaO (Anm. 56), S. 34 ff.

der sozialen Gegenspieler herzustellen und zu wahren⁵⁹. Die „Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler“ wird damit – als ein Element der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems – zu einer verfassungsrechtlich erheblichen Eigenschaft der in Tarifaueinandersetzen agierenden Koalitionen. Ein „angestrebter Interessenausgleich durch Tarifvertrag kann nur dann zustande kommen, wenn eine Arbeitnehmer-Koalition so leistungsfähig ist, daß sich die Arbeitgeberseite veranlaßt sieht, auf Verhandlungen über tarifliche Regelungen der Arbeitsbedingungen einzugehen und zum Abschluß eines Tarifvertrags zu kommen“⁶⁰. Das Bundesarbeitsgericht hat das – ebenfalls für die Arbeitnehmerseite und im Hinblick auf die Begrenzung des Aussperrensrechts – so ausgedrückt: „Das Streikrecht wäre wirkungslos und das mit diesem Instrument angestrebte Verhandlungsgleichgewicht würde gestört, wenn die Arbeitgeber über wirksame Abwehrkampfmittel verfügten, die die Ausübung des Streikrechts mit einem untragbaren Risiko belasteten und dessen kompensatorische Kraft damit zunichte machen könnten“⁶¹. „Das Paritätsprinzip gilt für die Kampfmittel und die Kampfführung beider Seiten. Es hebt das Grundprinzip der Autonomie nicht auf, daß die Koalitionen – wie die Parteien – frei konkurrierende und aus eigener Kraft wirkende Gruppen sind“⁶².

Das Gebot des Verhandlungsgleichgewichts ist wesensnotwendig damit verbunden, daß die kollektivrechtliche Kampf- und Ausgleichsordnung der Koalitionen auf einen vertraglichen Interessenausgleich angelegt ist⁶³. Die Kriterien der dabei ins Auge gefaßten Vertragsgerechtigkeit ergeben sich nicht aus abstrakten Erwägungen, sondern aus den Zielsetzungen der sozialen Selbstverwaltung der Koalitionen im Rahmen des Tarifvertragssystems, für dessen Funktionieren die Rechtsordnung den Tarifparteien die Regelungsbefugnis der Tarifautonomie bereitstellt. In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sind eine Reihe arbeitskampfrechtlicher Grundsätze entwickelt worden, z. B. über die soziale „Mächtigkeit“ als Voraussetzung der Tariffähigkeit, über die Bedeutung der „Verbandssolidarität“ für die Fähigkeit zur Ausübung von Druck und Gegendruck, über die Verhältnismäßigkeit der Kampfführung und des Einsatzes der Kampfmittel als Schranke der Arbeitskampffreiheit und nicht zuletzt über die Grundbedingung annähernd

⁵⁹ BAG Urt. v. 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 51.

⁶⁰ BVerfGE 58, 233/249.

⁶¹ BAG Urt. v. 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 17.

⁶² BVerfGE 58, 233/250.

⁶³ Jüngst erneut erläutert durch *R. Richardi*, Selbstgestaltung aaO (Anm. 45), S. 150, 158 f.

gleichgewichtiger Verhandlungschancen der sozialen Gegenspieler. Diese Grundsätze sind insoweit verfassungsrechtlich erheblich, als die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beider Seiten und die Funktionsfähigkeit des auch im öffentlichen Interesse bestehenden Tarifvertragssystems von ihnen abhängt. Das Paritätsgebot hat sich in dem Ensemble dieser Grundsätze zunehmend als zentrales Prinzip erwiesen. Die Annahme ist wohlbegründet, daß ein Arbeitskämpfrecht, das gegen das Gebot der paritätischen Kampfmittelzuweisung verstieße, den Keim der Funktionsunfähigkeit der Tarifautonomie in sich trüge und wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 GG verfassungswidrig wäre⁶⁴. „Die Verhandlungsparität ist der oberste Grundsatz des Arbeitskämpfrechts, an dem alle weiteren Grundsätze zu messen sind. Die Verhandlungsparität soll sicherstellen, daß nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen⁶⁵.“ Für die Bestimmung des Verhandlungsgleichgewichts sind neben der unmittelbaren Kampfführung auch „Fernwirkungen“ zu berücksichtigen, soweit sie die Verhandlungsstärke der Koalitionen beeinflussen; dadurch gewinnt auch das Recht der Leistungsstörungen Bedeutung für den Grundsatz der Kampfparität⁶⁶. Die Auseinandersetzung um die Novellierung des § 116 AFG hat bestätigt – wovon schon die Gesetzgebung der Weimarer Zeit sich hatte leiten lassen – daß die Gewährung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an arbeitskampfbedingt Arbeitslose oder vorübergehend Nichtbeschäftigte einen Einfluß auf die konkrete Kampfstärke der einen Arbeitskämpfführenden Koalitionen haben kann.

Der tarifpolitische Zusammenhang, der es erlaubt, versicherungsrechtliche Leistungen an Arbeitslose oder vorübergehend Nichtbeschäftigte, die weder am Streik teilnehmen (§ 116 Abs. 2 AFG) noch in einem Betrieb innerhalb des Kampfgebiets beschäftigt sind (§ 116 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AFG), in die arbeitskampfrechtliche Gewichtsverteilung einzubeziehen, ist dadurch in hinreichend enger und bestimmter Weise gegeben, daß die arbeitskampfbedingt Arbeitslosen oder Nichtbeschäftigten aufgrund gleicher Kampfziele in beiden Tarifgebieten für ihre Arbeitsbedingungen mit dem gleichen tariflichen Arbeitskämpfergebnis rechnen können wie die Arbeitnehmer im Kampfgebiet selbst (§ 116 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AFG). Diese Konsequenz gilt für die Mitglieder der kämpfführenden Gewerkschaft ebenso wie für die nichtorganisierten Arbeitnehmer;

⁶⁴ H. Buchner, Arbeitskämpfrecht aaO (Anm. 33), S. 18.

⁶⁵ BAG Urt. vom 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83 – „Neue Beweglichkeit“, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf, B II 2 d der Gründe, unter Bezugnahme auf BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf (= BAG GS 23, 292).

⁶⁶ BAG Beschl. vom 22. 12. 1980 – 1 ABR 2/79 – EzA BGB § 615,7 Betriebsrisiko.

eine Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit scheidet grundsätzlich aus. Das Gesetz rechnet mit tarifpolitischen Wirkungen für die Koalitionen und bemißt diese Wirkungen mit Hilfe feststellbarer Tatbestände in der Person einzelner Arbeitnehmer. Würde beim Vorliegen der im Gesetz umschriebenen Tatbestände gleichwohl eine Leistung der Bundesanstalt für Arbeit erfolgen, minderte sich der „Binnendruck“ auf die streikführende Gewerkschaft, während das Betriebsstillstandsrisiko auf der Arbeitgeberseite – durch Produktionsausfall, vor allem aber durch die Verluste an Marktanteilen und Wettbewerbspositionen⁶⁷ – und der entsprechende Binnendruck auf den die Tarifausschließung führenden Arbeitgeberverband fortbestünde. Damit ginge das „Druckgleichgewicht“ als Faktor der Kampfparität verloren⁶⁸. Für diese vom Gesetzgeber für ausschlaggebend gehaltene Gefährdung des Tarifvertragssystems ist nicht von Bedeutung, ob der arbeitskampfbedingte Arbeitsausfall als „Fernwirkung“ des Streiks oder einer Aussperrung entsteht, sofern nur die Betriebsstillegung ein Vorgang im Rahmen der konkreten Tarifausschließung ist. Der Gedanke, der in § 116 AFG seinen Niederschlag gefunden hat, ist, „daß es die Kampfparität gebietet, daß jede Seite ihre eigenen Risiken trägt und daß der Staat in einem Arbeitskampf Neutralität walten lassen soll“⁶⁹.

⁶⁷ *Kirchhoff*, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 48.

⁶⁸ *Kirchner*, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 44, 45.

⁶⁹ *Kirchner*, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 184. Siehe ebenso *Esser/Stumpfe*, Schriftliche Stellungnahme, Anhörung aaO (Anm. 17), S. 279.