

Eva Kocher / Jürgen Kädler / Ulrich Voskamp / Laura Krüger

Noch verfassungsgemäß?

**Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie
und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III**

HSI-Schriftenreihe
Band 19

Eva Kocher / Jürgen Kädler / Ulrich Voskamp / Laura Krüger

**Noch verfassungsgemäß?
Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen
in der Automobilindustrie
und die Verfassungsmäßigkeit
des § 160 Abs. 3 SGB III**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

□ 2017 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main
Herstellung: Betina Hunger
Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart
Satz: Beltz Bad Langensalza GmbH, Bad Langensalza
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany 2017
ISBN 978-3-7663-6466-1

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

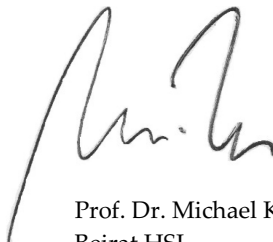
Die Auseinandersetzung um die 35-Stunden-Woche 1984 war ein großer gesellschaftspolitischer Konflikt. Dies wird nicht zuletzt durch die Dauer des Arbeitskampfes in der Druck- und Metallindustrie mit Flächenstreiks und Aussperrungen belegt, sondern auch durch über 300.000 in der Metallindustrie mittelbar vom Arbeitskampf betroffene Beschäftigte außerhalb der umkämpften Tarifgebiete. Die damalige Bundesanstalt für Arbeit versagte ihnen durch Erlass ihres Präsidenten Franke das zustehende Kurzarbeitergeld, der zunächst durch einstweilige Anordnung des hessischen Landessozialgerichts und später in der Hauptsache durch das Bundessozialgericht als rechtswidrig aufgehoben wurde. Diese Rechtslage wurde danach durch die Bundestagsmehrheit von CDU/CSU und FDP mit dem Ziel geändert, dass mittelbar Betroffene in vergleichbaren Arbeitskampfsituationen in Zukunft kein Kurzarbeitergeld mehr erhalten sollten.

Gegen diese Änderungen wurden Verfassungsbeschwerden erhoben. Das Bundesverfassungsgericht wies diese 1995 jedoch mit der Begründung ab, dass die damalige Regelung des § 116 AFG „noch“ verfassungsgemäß sei.

Das vorliegende Gutachten untersucht sozialwissenschaftlich und rechtlich, ob diese Aussage auch 20 Jahre nach dem Urteil so noch haltbar ist. Die Autoren kommen zu dem Ergebnis, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse in der Metall- und Elektroindustrie seither weiter zulasten der Gewerkschaftsseite verändert haben. Der heutige § 160 Abs. 3 SGB III (als Nachfolgenorm des damaligen § 116 AFG) sei unter Paritätsgesichtspunkten inzwischen teilweise verfassungswidrig – ein starkes Argument für eine erneute (Rück-)Änderung des § 160 Abs. 3 SGB III.



Dr. Thomas Klebe
Leitung HSI



Prof. Dr. Michael Kittner
Beirat HSI

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Einleitung	11
I. Gegenstand der Untersuchung: Fernwirkungen im Anwendungsbereich des § 160 Abs. 3 SGB III	13
1. Begriff von Dritt- und Fernwirkungen im Arbeitskampf	13
2. Fernwirkungen nach § 160 Abs. 3 SGB III: Rechtsgrundlagen der „kalten Aussperrung“	16
2.1 Das Entgeltzahlungsrisiko bei Arbeitskämpfen	16
2.2 Der Erlass des § 116 Abs. 3 AFG im Jahre 1986	18
2.3 Inhalt des heutigen § 160 Abs. 3 SGB III.....	19
2.4 Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung	21
2.5 Der völkerrechtliche Rahmen	22
II. § 160 Abs. 3 SGB III und das Urteil des BVerfG vom 4.7.1995: Ausgangsfragestellung und Annahmen	24
1. Das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des heutigen § 160 Abs. 3 SGB III	24
1.1 Beschränkung der „Kampfkraft“ und Kampfstrategien und ihre Unvermeidbarkeit	25
1.2 Parität im Arbeitskampf, Neutralität des Staates und Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.....	26
1.3 (Wohl) keine Anwendung auf mittelbare Wirkungen von Aussperrungen.....	28
2. Die verfassungsrechtlichen Argumente und ihre tatsächlichen Grundlagen	29
2.1 „Partizipationsprinzip“ als Legitimation des § 160 Abs. 3 SGB III	30
2.2 „Parität“: Beschränkung der Kampfstrategien und der Kampfkraft	31
III. Veränderungen der tatsächlichen empirischen Grundlagen des Urteils und ihre Konsequenzen	33
1. Ausgangspunkt und Anlage der empirischen Untersuchung	33

2.	Veränderungen der Arbeitsbeziehungen seit den 1990er Jahren	33
2.1	Auslagerung und Technologieentwicklung: Fortschreitende Vernetzung in der gesamten Wirtschaft	36
2.2	Erweiterte Standortflexibilität	36
2.3	Prekarisierung, Leiharbeit, Werkverträge: Ausweichmöglichkeiten und Streikbrucharbeit.....	38
2.4	Veränderte und nachlassende Bindungskraft von Verbänden	39
3.	Bedeutung der Veränderungen für die Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III	43
3.1	Bedeutung des § 160 Abs. 3 SGB III in den letzten Jahrzehnten: eine Norm für die Automobilindustrie	44
3.2	Auswirkungen der Veränderungen in der Automobil- industrie auf die kalte Aussperrung.....	45
3.2.1	Wirtschaftliche Verflechtungen.....	45
3.2.1.1	Vervielfältigung von Fernwirkungen i. S. d. § 160 Abs. 3 SGB III	45
3.2.1.2	Erweiterte Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite.....	49
3.2.2	Erweiterte Standortflexibilität	50
3.2.2.1	Keine zusätzlichen Fernwirkungen im Sinne von kalter Aussperrung.....	50
3.2.2.2	Standortverlagerung und deren Androhung als Arbeitskämpfungsmittel	50
3.2.3	Veränderte und nachlassende Bindungskraft von Verbänden (Tarifpluralität und Verbandsaustritte)	51
3.2.4	Prekarisierung, insbesondere Leiharbeit und Onsite-Werkverträge	52
3.2.4.1	Fernwirkungen für Leiharbeiter/innen.....	53
3.2.4.2	Einsatz von Leiharbeiter/innen für Streikbrucharbeit	55
3.2.4.3	Onsite-Werkverträge und Arbeitskämpfung	56
4.	Gewerkschaftliche Arbeitskämpfungsfähigkeit in der Automobilindustrie heute.....	56
4.1	Handlungsoption 1: Fernwirkungen vermeiden	57
4.1.1	Arbeitskämpfungsfähigkeit in der Tarifauseinandersetzung in Bayern 1994/95.....	57
4.1.2	Auswirkungen des § 160 Abs. 3 SGB III in den Arbeitskämpfen seit 1995.....	59
4.1.3	Das Informationsproblem	62
4.2	Handlungsoption 2: Fernwirkungen kontrollieren	63
4.2.1	„Flexistreik“ und Warnstreikkonzepte	63

4.2.2	Neue Arbeitskampfkonzepte?	65
4.2.3	Möglichkeit eines Erzwingungsstreiks?	67
IV.	Bewertung der Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III	70
1.	Verfassungsrechtliche Anforderungen an Gesetzgeber und Rechtsprechung	70
2.	Tatsächliche Arbeitskampffähigkeit im Bereich der Metall- und Elektroindustrie heute	71
2.1	Warnstreikfähigkeit in der Automobilindustrie.....	71
2.2	Ein Blick in die Zukunft: Unmöglichkeit von Großkonflikten?	72
3.	Zum arbeitskampfrechtlichen Rahmen der aktuellen Arbeitskampfpraxis	74
3.1	Die rechtlichen Anforderungen an Warnstreiks und „alternative“ Arbeitskampfmaßnahmen.....	75
3.1.1	Stand der Rechtsprechung zu Warnstreiks.....	75
3.1.2	Folgerungen aus der Analyse der Fernwirkungsproblematik	75
3.1.3	Rechtliche Anforderungen an alternative Arbeitskampfformen.....	76
3.2	Streikbruch mit Hilfe von Leiharbeit und Onsite-Werkverträgen	77
3.2.1	Stand der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Debatte	77
3.2.2	Folgerungen aus der Analyse der Fernwirkungsproblematik	80
3.3	Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung beim Entstehen von Fernwirkungen.....	81
3.4	Anreiz zur Abkehr vom Flächentarifvertrag?	84
4.	Schlussfolgerungen	84
V.	Ergebnis	88
	Literaturverzeichnis	89

Einleitung

Das Recht auf Streik wird durch die deutsche Rechtsprechung seit langem nur im Zusammenhang mit Tarifverhandlungen anerkannt.¹ In diesem Kontext kommt ihm allerdings rechtlich große Bedeutung zu: Denn wenn Gewerkschaften und Arbeitgeber in Tarifverhandlungen keine Einigung erzielen, sind die Gewerkschaften darauf angewiesen, auf das Druckmittel des Streiks zurückgreifen zu können – ansonsten wären ihre Forderungen nicht mehr als „kollektives Beteln“.²

Streiks sind also ein Mittel, Druck auszuüben, um Interessen in Verhandlungen Geltung zu verleihen. Sie sind deshalb darauf angelegt, Wirkungen zu zeigen. Diese Wirkungen sind mitgedacht, wenn das Recht auf Streik und Arbeitskampf als Grundrecht³ und Menschenrecht⁴ geschützt ist. Das Recht erklärt damit insbesondere ökonomische Wirkungen beim Verhandlungspartner (bzw. -gegner) für legitim. Allerdings: In aller Regel werden mit Arbeitskampfmaßnahmen auch darüber hinaus gehende Wirkungen ökonomischer, gesellschaftlicher und politischer Art bezweckt oder zumindest billigend in Kauf genommen, also Wirkungen, die nicht die Arbeitgeber auf der anderen Seite des Verhandlungstisches treffen, sondern „Dritte“ (einschließlich der Öffentlichkeit). Dies bezeichnet man als Drittwirkung von Arbeitskämpfen.

Eine Erscheinungsform solcher Drittwirkungen sind die ökonomischen Auswirkungen, die ein Arbeitskampf in den Geschäftsbeziehungen von Arbeitgebern zeitigen kann, wenn Lieferleistungen streikbedingt entfallen (insbesondere bei Zuliefer- und Abnehmerunternehmen). Diese so genannten „Fernwirkungen“ sind Gegenstand der gesetzlichen Regelung, um die es vorliegend geht: Seit dem Inkrafttreten des damaligen § 116 Abs. 3 AFG (heute § 160 Abs. 3 SGB III) im Jahr 1986 entgeht Beschäftigten, die als Arbeitnehmer/innen bei Drittunternehmen von Fernwirkungen eines Arbeitskampfs betroffen sind, gleichzeitig aber an den Wirkungen des umkämpften Tarifvertrags partizipieren könnten, nicht nur der Anspruch auf Entgelt; sie können seither auch nicht mehr auf kompensierende

¹ Zur Auseinandersetzung im Einzelnen siehe Nachweise in Fn. 12.

² BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³ Art. 9 Abs. 3 GG; Art. 28 EU-Grundrechte-Charta; dazu ausführlich *Heuschmid*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 1 ff.

⁴ Art. 11 EMRK; Art. 6 ESC; ILO-Konvention 98.

Leistungen der Arbeitsförderung zurückgreifen. Damit tragen die Beschäftigten selbst das ökonomische Risiko einer solchen „Freistellung“; deshalb werden diese Fernwirkungen auch als „kalte Aussperrung“ bezeichnet.

Da das Arbeitskampfrecht in Deutschland verfassungsrechtlich begründet ist, ist es von verfassungsrechtlicher Bedeutung, dass § 160 Abs. 3 SGB III die Kräfteverhältnisse im Arbeitskampf zu Lasten der Gewerkschaften veränderte, insbesondere in der Automobilindustrie, also im Tarifbereich der Metall- und Elektroindustrie sowie ähnlich verflochtenen Industrien.

Das BVerfG hielt die Regelung in seinem Urteil vom 4. 7. 1995 allerdings ausdrücklich lediglich für „noch“ und „jedenfalls derzeit“ verfassungsgemäß. Es weist damit darauf hin, dass dem Urteil empirische Annahmen zur Arbeitskämpfparität in der damaligen historischen Situation (Ende der 1980er bis Mitte der 1990er Jahre) zugrunde lagen, deren künftige Veränderung schon damals nicht unwahrscheinlich erschien. Wir untersuchen vorliegend nun, ob sich die empirischen Verhältnisse in Arbeitskämpfen in verflochtenen Industrien seither tatsächlich so verändert haben, dass dies Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III haben muss.

Hierfür bedarf es einer interdisziplinären Betrachtung. Die vorliegende Untersuchung unterscheidet insofern zwischen juristischen Begründungen und tatsächlichen Vermutungen, die – wenn sie gesellschaftliche Tatbestände zum Gegenstand haben – sozialwissenschaftlich begründet sein müssen.⁵ Für den juristischen Part zeichnen Eva Kocher und Laura Krüger von der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder) verantwortlich, für den sozialwissenschaftlichen Part Jürgen Kädtler und Ulrich Voskamp vom Soziologischen Forschungsinstitut Göttingen (SOFI).

Im Folgenden werden zunächst die in der kalten Aussperrung relevanten Fernwirkungen als Phänomen von Drittwirkungen im Arbeitskampf genauer eingeordnet (I.), bevor die rechtstatsächlichen Vermutungen herausgearbeitet werden, die dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom Juli 1995 zu Grunde lagen (II.). Der Hauptteil des Textes besteht in der Analyse der Veränderungen tatsächlicher empirischer Gegebenheiten, für die auch eine Befragung von Expertinnen und Experten durchgeführt wurde (III.). Abschließend werden arbeitskampfrechtliche Schlussfolgerungen gezogen (IV.).

⁵ Vgl. auch die Herangehensweise von *Hanau*, 1985, S. 7, der tatsächliche Fragen der Parität allerdings für allein wirtschaftswissenschaftlicher Art hält.

I. Gegenstand der Untersuchung: Fernwirkungen im Anwendungsbereich des § 160 Abs. 3 SGB III

1. Begriff von Dritt- und Fernwirkungen im Arbeitskampf

Arbeitskämpfe haben notwendig Drittwirkungen – und zwar schon deshalb, weil Unternehmen wichtige wirtschaftliche und/oder gesellschaftliche Funktionen erfüllen. Jedes Unternehmen steht in Geschäftsbeziehungen mit anderen und im Kontakt mit seiner gesellschaftlichen und politischen Umwelt. Jedes (oder jedenfalls fast jedes) Unternehmen erbringt Leistungen, die für andere Unternehmen und/oder die Gesellschaft von Bedeutung sind, weshalb bei einem Streik notwendigerweise andere betroffen sind. Es lassen sich unterschiedliche Konstellationen von Drittwirkungen unterscheiden:

Die Bevölkerung ist betroffen, wenn Fluglotsen streiken und Passagiere aufgrund des Streiks nicht zu ihrem Flugziel gelangen. Gerade im Bereich von Dienstleistungen und öffentlicher Infrastruktur gibt es praktisch keinen Arbeitskampf ohne Drittbetroffenheit:⁶ Man denke nur an Streiks der Bahn, in Krankenhäusern etc.

Dritte Unternehmen sind betroffen, wenn für eine wirtschaftliche Tätigkeit Dienstleistungen und Produkte einer anderen Wirtschaftseinheit/einem anderen Unternehmen benötigt und bestellt werden, die dann arbeitskampfbedingt nicht oder nicht rechtzeitig geliefert oder abgenommen werden. Ein Arbeitskampf kann sich auf diese Weise innerhalb eines arbeitsteilig organisierten Betriebs oder Unternehmens,⁷ innerhalb einer Branche oder branchenübergreifend auswirken. Solche Fernwirkungen entstehen auch grenzüberschreitend, etwa wenn ein französisches Unternehmen für seine Produktion Teile aus Deutschland bestellt und diese aufgrund eines Streiks in Deutschland nicht rechtzeitig erhält – oder umgekehrt. Entsprechende Wirkungen können auch branchenübergreifend eintreten. Als Beispiel seien die Wirkungen von Streiks in der Infrastruktur und Dienstleistungen genannt. Wird in Verkehrs- und Transportbereichen gestreikt, so wird

⁶ *Kocher*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 138a.

⁷ Siehe auch die Rechtsprechung des BAG zum Wellenstreik im Betrieb: BAG 12.11.1996 – 1 AZR 364/96, 17.2.1998 – 1 AZR 386/97, 15.12.1998 – 1 AZR 289/98, 15.12.1998 – 1 AZR 216/98.

dies in der Regel zu Produktions- und Tätigkeitsausfällen in allen Bereichen der Wirtschaft führen; ähnliches gilt bei Streiks im Energiebereich. Ein Beispiel hierfür ist der Streik der Schleusenwärter/innen im Jahr 2014.⁸ Die Nähe oder Ferne von Wirkungen zum Arbeitskampf wird insofern durch Branchen- und Unternehmensstrukturen bestimmt, die durch die Unternehmen rechtlich gestaltbar und gestaltet sind. So löst Outsourcing Tätigkeiten aus einem unternehmerischen Zusammenhang heraus; Wirkungen, die dann auf die (oder aus den) outgesourceten Einheiten entstehen und die vor der Ausgliederung „Nahwirkungen“ waren, können sich wegen des Outsourcings als Fernwirkungen darstellen.

Dem Begriff der Drittwirkungen⁹ liegt eine wichtige Annahme zu Grunde: Die Unterscheidung geht (zu Recht) davon aus, dass unmittelbares Angriffsziel eines Arbeitskampfes diejenigen Arbeitgeber und Betriebe sind, für die der Tarifvertrag gelten soll, für den gekämpft wird. Dass dieser Adressatenkreis auch die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen beschränkt, wird in der arbeitskampfrechtlichen Literatur in aller Regel ohne weitere Erläuterung vorausgesetzt,¹⁰ beruht aber selbst auf durchaus voraussetzungsvollen Annahmen:

Streiks und Arbeitskämpfe werden im Grundgesetz (Art. 9 Abs. 3) als Mittel zur „Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen“ gewährleistet. Auch im internationalen Recht wird das Recht auf Streik sowohl in den Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) als auch in den Konventionen des Europarats (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK, Europäische Sozialcharta – ESC) grundsätzlich für alle legitimen Ziele der Gestaltung von Arbeitsbedingungen gewährleistet.¹¹ Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat das Recht auf Streik für das deutsche Recht allerdings auf die Durchsetzung tariflicher Forderungen eng geführt, d. h. es geht davon aus, dass Streiks nur zulässig seien, wenn sie die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbeziehungen durch Tarifvertrag

⁸ Siehe auch zu den Auswirkungen eines Streiks der Flugsicherung bei den Fluggesellschaften BAG 25.8.2015 – 1 AZR 875/13 (kein unmittelbarer Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb; vgl. *Scharff*, BB 2015, 1845 ff.).

⁹ Siehe z. B. *Auktor*, ZRP 2003, 395; *Bayreuther*, NZA 2008, 12 (14); *Fuchs*, BeckOK BGB, § 615 Rn. 50; *Hensche*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht (Hrsg.), 3. Aufl. 2013, Art. 9 GG, Rn. 120. Zum Begriff der „Dritten“ zuletzt wieder *Scharff*, BB 2015, 1845 ff.

¹⁰ Ausdrücklich auch mit diesem Befund z. B. *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2015, Rn. 707 f.; *Spielberger* und *Gebhardt* setzen in ihren Abhandlungen zu Außenseitern im Arbeitskampf als gegeben voraus, dass Angriffsziel nur eine Tarifpartei bzw. deren Mitglieder sein darf.

¹¹ Siehe ausführlich z. B. *Kocher*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, 1. Teil Grundlagen, Rn. 69 ff.

zum Gegenstand haben, wenn sie also der Durchsetzung einer konkreten Tarifforderung in Tarifverhandlungen dienen sollen.¹²

Von dieser Grundannahme geht der Begriff der Drittwirkungen aus. Ziel eines Streiks muss ein Tarifvertrag sein, also ein Vertrag, der nicht nur den Verhandlungspartner (Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband) schuldrechtlich bindet, sondern der auch die Arbeitsverträge derjenigen unmittelbar gestaltet, die nach § 4 Abs. 1 TVG tarifgebunden sind. Bei diesem Verständnis des Tarifbezugs bezieht sich der Arbeitskampf „unmittelbar“ auf Forderungen gegen die gegnerische Tarifvertragspartei sowie Wirkungen bei den tarifgebundenen Arbeitgebern, d. h. den Mitgliedern des verhandelnden Arbeitgeberverbands. Die zulässigen Wirkungen des Streiks sind damit prima facie an die Tarifwirkungen gebunden. Für alle Wirkungen, die über diese Rechtsverhältnisse hinausreichen, soll im Folgenden der Begriff der Drittwirkungen verwendet werden. Solche Drittwirkungen gelten im deutschen Recht grundsätzlich als rechtfertigungsbedürftig.

Inwieweit die Folgerungen aus diesen Annahmen im vollen Umfang völker- und europarechtlich zulässig ist und was dies für die Reichweite des Streiks bedeutet, ist bis heute umstritten. Insbesondere die Annahme, dass Streiks nur in der Reichweite normativer Tarifwirkungen tatsächliche Wirkungen erzielen dürfen, wird seit einiger Zeit wieder debattiert. Dies geschieht unter dem Begriff der „Partizipation“. So hat das BAG im Jahre 2003 Solidaritätsstreiks für zulässig erklärt, obwohl diese sich nicht gegen verbandsangehörige Arbeitgeber richten. Als Voraussetzung für die Zulässigkeit wurde (u. a.) die Anforderung formuliert, das Tarifergebnis müsse den betroffenen Beschäftigten zu Gute kommen und sei es auch nur mittelbar (etwa über eine arbeitsvertragliche Verweisung auf die Verbandstarifverträge oder die bevorstehende Übernahme der Forderungen durch Haustarifvertrag).¹³

In den Entscheidungen zum Solidaritätsstreik wurde darüber hinaus auf einen zweiten Gesichtspunkt hingewiesen, der Arbeitskampfmaßnahmen gegen nicht verbandsangehörige Arbeitgeber rechtfertigen könne. Diese Dritten könnten in den Arbeitskampf einbezogen werden, wenn sie unmittelbaren Einfluss auf die Paritätsverhältnisse zwischen den Tarifparteien nehmen, z. B. wenn enge wirtschaftliche Verflechtungen zwischen betroffenem Arbeitgeber und Tarifgegner

¹² BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Zu den Debatten um die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit dem (europäischen) Völkerrecht siehe insbesondere BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06; BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02; ArbG Gelsenkirchen 13.3.1998 – 3 Ca 3173/97; *Deinert/Kittner*, in: FS Lörcher, 2013, S. 283 ff.

¹³ BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, NZA 2003, 866 (868).

bestünden, der bestreikte Arbeitgeber über Einflussmöglichkeiten auf den verhandelnden Verband verfüge oder seine „Neutralität“ verletzt habe, z. B. durch Übernahme der Produktion eines unmittelbar bestreikten Betriebs.¹⁴ Mit diesem Gedanken der Parität wird auf einen zentralen Grundsatz zurückgegriffen, der das deutsche Arbeitskampfrecht strukturiert.¹⁵ Und es wird zunehmend anerkannt, dass auch Dritte in unterschiedlicher Hinsicht bei der Bewertung der Parität Bedeutung haben können.

Die Bedeutung der aufeinander bezogenen Prinzipien der Partizipation und Parität wird in der neueren Rechtsprechung insofern relativiert, als das BAG in der Flashmob-Entscheidung wieder die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften bei der Wahl und beim Einsatz geeigneter Arbeitskampfmittel hervorgehoben hat.¹⁶

2. Fernwirkungen nach § 160 Abs. 3 SGB III: Rechtsgrundlagen der „kalten Aussperrung“

Wenn es um Fragen der Drittwirkung von Arbeitskämpfen geht, dann stehen aktuell weniger Zuliefernetzwerke in der Industrie, sondern viel eher ratlose Bahnkundinnen und -kunden, hilflose Fluggäste oder verzweifelte Eltern vor verschlossenen Kita-Türen im Brennpunkt öffentlicher Aufmerksamkeit. Diese sind aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Diese beschränkt sich vielmehr auf einen ganz bestimmten Bereich der „Fernwirkungen“, nämlich diejenigen Wirkungen, die von der „kalten Aussperrung“ erfasst werden und im Anwendungsbereich des § 160 Abs. 3 SGB III liegen.

2.1 Das Entgeltzahlungsrisiko bei Arbeitskämpfen

Während eines rechtmäßigen Streiks ruhen die Hauptpflichten des Arbeitsvertrags: Der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin ist nicht zur Erbringung der Arbeitsleistung, der Arbeitgeber/die Arbeitgeberin ist nicht zur Entgeltzahlung verpflichtet.¹⁷ Streikende Gewerkschaftsmitglieder haben in der Zeit eines Streiks in

¹⁴ BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, NZA 1985, 504 (507 f.); BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 (1061).

¹⁵ BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Zu Entstehung und Bedeutung des Urteils siehe auch *Dieterich* im Interview mit *Reinfelder/Treiber*, AuR 2015, G21 ff. (G 22 f.).

¹⁶ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08.

¹⁷ Ständige Rechtsprechung, statt aller BAG 28.1.1955 – GS 1/54; BAG 22.3.1994 – 1 AZR 622/93, II.3.a).

der Regel allerdings Anspruch auf Unterstützungszahlungen nach der jeweils einschlägigen Gewerkschaftssatzung.¹⁸ Das Gleiche gilt im Fall der „heißen“ Aussperrung, wenn also der Arbeitgeber als Reaktion auf einen Streik seine Arbeitnehmer/innen von der Erbringung der Arbeitsleistung freistellt.¹⁹

In der Rechtswissenschaft umstritten ist die Verteilung des Entgeltrisikos bei mittelbarer Betroffenheit, wenn also Arbeitnehmer/innen, die weder streiken noch ausgesperrt sind, aufgrund eines Arbeitskampfes nicht eingesetzt werden können, etwa weil Zulieferer die zur Produktion benötigten Teile nicht mehr liefern oder Abnehmer hergestellte Produkte nicht mehr abnehmen („Fernwirkungen“). Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitgeber selbst dann in Annahmeverzug gerät und zur Entgeltzahlung verpflichtet ist, wenn die Arbeitsleistung infolge höherer Gewalt oder Eingriffen von Dritten nicht erbracht werden kann. Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich das Betriebsrisiko.²⁰

Das Bundesarbeitsgericht hat allerdings im Jahre 1980 diese Regel für Arbeitskämpfe modifiziert. Anders als noch das Reichsarbeitsgericht vertritt es zwar nicht mehr die Meinung, dass der einzelne Arbeitnehmer als Glied der gesamten Arbeitnehmerschaft solidarisch für alle Störungen eintreten muss, die sich auf die „Sphäre“ der Arbeitnehmerschaft zurückführen lassen.²¹ Stattdessen hat das BAG die Arbeitskämpfrisikolehre entwickelt, derzufolge der Arbeitgeber im Falle eines Streiks die Beschäftigung seiner Arbeitnehmer/innen sowie die Entgeltzahlung verweigern kann, wenn die Beschäftigung aufgrund von solchen Fernwirkungen eines Streiks unmöglich wird, die der Arbeitnehmerseite im Betrieb zuzurechnen ist.²² Andernfalls würde die Kampfparität zu Lasten des Arbeitgebers beeinflusst. Zur Frage, ob Fernwirkungen den Arbeitnehmern eines bestimmten

¹⁸ Vgl. exemplarisch § 23 1. der IG-Metall-Satzung und § 16.1 der ver.di-Satzung.

¹⁹ Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Aussperrung zwar ein verfassungsrechtlich geschütztes Arbeitskämpfungsmittel und im Grundsatz zulässig (BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79; BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85) – allerdings nur im Rahmen der „Parität“. Unter Paritätsgesichtspunkten halten die Arbeitsgerichte nur eine vorübergehende „suspendierende“ Aussperrung für zulässig und die lösende Aussperrung mit dem Mittel der Kündigung für unzulässig. Das BAG hat dies offen gelassen (BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79), in der Literatur wird die suspendierende Aussperrung wohl überwiegend für unzulässig gehalten, z. B. *Wolter*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 50. Zur Entwicklung der Debatte ausführlich *Kittner*, AuR 2015, G5 ff.

²⁰ § 615 S. 3 BGB; vgl. auch die ständige Rechtsprechung, statt aller BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, C.I.1.a); BAG 22.12.1980 – 1 ABR 76/79; BAG 22.3.1994 – 1 AZR 622/93, II.1. Ausführlich zur Entwicklung z. B. auch *Spielberger*, 2009, S. 137 ff.

²¹ RG 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272 (sog. Sphärentheorie).

²² Ständige Rechtsprechung, statt aller BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, C.I.2; BAG 22.12.1980 – 1 ABR 76/79, C.I.

Betriebs zuzurechnen sind, prüfen die Gerichte hier, ob die Zahlungs- und Beschäftigungspflicht paritätsrelevant ist,²³ ob also die Fernwirkungen des Arbeitskampfes unmittelbar oder mittelbar zu einer Störung des Kräfteverhältnisses führen können. Die bloß abstrakte Möglichkeit einer Beeinflussung genügt nicht; um Rückwirkungen auf den Arbeitskampf bejahen zu können, müssen z. B. wirtschaftliche Abhängigkeiten (z. B. im Konzern) oder koalitionspolitische Verbindungen vorliegen. Nach dem BAG liegt eine Paritätsrelevanz beispielsweise dann vor, wenn der bestreikte und der mittelbar betroffene Betrieb derselben Branche angehören, und die mittelbar betroffene Belegschaft ebenfalls von der kampfführenden Gewerkschaft vertreten wird.²⁴

Entfällt der Entgeltanspruch, weil es sich um einen Fall des Arbeitskampfrisikos der Arbeitnehmer/innen handelt, so hat dies dieselben Effekte (Entfallen des Entgeltanspruchs) wie eine Aussperrung; man bezeichnet die Freistellung wegen Fernwirkungen deshalb auch als „kalte“ Aussperrung.

2.2 Der Erlass des § 116 Abs. 3 AFG im Jahre 1986

Nur wenn nach diesen Regeln der Entgeltanspruch entfällt, stellt sich die Frage nach möglichen Ansprüchen auf Entgeltersatzleistungen. Ruht die Arbeit im Betrieb, kann der Betriebsrat ebenso wie der Arbeitgeber Kurzarbeit bei der Bundesagentur für Arbeit anzeigen, § 99 Abs. 1 S. 2 SGB III. Die Arbeitnehmer/innen haben dann gemäß § 100 Abs. 1 SGB III einen Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

Bis zur Gesetzesänderung im Jahre 1986 bestand gemäß § 116 Abs. 3 AFG (a. F.) im Fall einer kalten Aussperrung regelmäßig ein Anspruch der wegen Fernwirkungen ausgesperrten Arbeitnehmer/innen auf Zahlung von Kurzarbeitergeld durch die (damalige) Bundesanstalt für Arbeit (BA). Der Anspruch auf Kurzarbeitergeld ruhte nur, wenn der Betrieb unmittelbar dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags zuzuordnen war, die Arbeitsverhältnisse mithin von der Tarifbindung profitieren würden.

Diese Regelung überstand eine Kraftprobe Mitte der 1980er Jahre jedoch nicht.²⁵ 1984 streikten (u. a.) 57.500 Arbeitnehmer/innen in der Metall- und Elektroindustrie in Nordwürttemberg/Nordbaden und Hessen für die Durchsetzung der 35-Stunden-Woche bei vollem Lohnausgleich. Zunächst wurden Fertigungen von Autozulieferern außer Kraft gesetzt. Sieben Wochen lang wurde gestreikt. Die

²³ BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, C.I.2.a)(3); BAG 22.12.1980 – 1 ABR 76/79, C.I.

²⁴ Zum Ganzen BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79.

²⁵ Zum Streit um die Anwendung im Arbeitskampf von 1971 siehe die ausführliche Darstellung von *Kittner*, AuR 2015, G5 ff. Ausführlich zur Entwicklung des heutigen § 160 Abs. 3 SGB III im Einzelnen auch *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 20 Rn. 111 ff.

Arbeitgeber reagierten mit heißer und kalter Aussperrung. Insgesamt wurden 180.000 Beschäftigte heiß und 372.000 Beschäftigte kalt ausgesperrt.²⁶ Aufgrund der engen Vernetzungen in den Produktionsabläufen der Automobilindustrie hatte die gewählte Streikstrategie erhebliche Fernwirkungen; die Produktion in Zuliefererbetrieben brach nach Angaben der Arbeitgeber bereits am ersten Streiktag zusammen.²⁷ In diesem Zusammenhang erließ Heinrich Franke, der damalige Präsident der Bundesanstalt für Arbeit, während des Arbeitskampfes am 18. Mai 1984 eine innerdienstliche Anweisung an die Arbeitsämter. Die Ämter sollten Leistungen nach dem Arbeitsförderungsgesetz nicht an mittelbar von einem Arbeitskampf betroffene Arbeitnehmer/innen auszahlen, wenn diese außerhalb des umkämpften Tarifgebiets, aber im fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages kalt ausgesperrt waren. Denn der Streik – so die Argumentation der Bundesanstalt – diene dazu, nach Art und Umfang gleiche Arbeitsbedingungen (35-Stunden-Woche) in allen Tarifbereichen durchzusetzen. Die Sozialgerichte erklärten den Erlass im einstweiligen Rechtsschutz zwar für rechtswidrig, so dass die Arbeitsämter zur Zahlung des Kurzarbeitergelds an die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer/innen verpflichtet blieben.²⁸ Daraufhin erließ jedoch die von CDU/CSU und FDP geführte Bundesregierung im Jahre 1986 trotz heftiger Proteste das Neutralitätssicherungsgesetz zur Änderung des § 116 Abs. 3 AFG. Damit wurde im Jahre 1986 der „Franke-Erlass“ gesetzlich kodifiziert.

Die so entstandene Norm, der heutige § 160 Abs. 3 SGB III²⁹, wird auch als „Streikparagraf“ bezeichnet und war eine der „Weichenstellungen, welche die Kräfteverhältnisse zwischen den sozialen Akteuren nachhaltig geprägt haben“.³⁰

2.3 Inhalt des heutigen § 160 Abs. 3 SGB III

§ 160 Abs. 1 SGB III bestimmt, dass die Zahlung von Arbeitslosengeld nicht in Arbeitskämpfe eingreifen darf. Daher erhalten streikende sowie unmittelbar vom Streik betroffene Arbeitnehmer/innen kein Arbeitslosengeld (§ 160 Abs. 2 SGB III). Die Norm ist nach § 100 Abs. 1 SGB III entsprechend anzuwenden auf „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Arbeitsausfall Folge eines inländischen Arbeitskampfes ist, an dem sie nicht beteiligt sind“. Ein Eingriff in den Arbeitskampf liegt hingegen nicht vor, wenn die Kurzarbeitenden zuletzt in einem Betrieb beschäftigt waren, der nicht dem fachlichen Geltungsbereich des

²⁶ Vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 14/52 vom 8.9.1999, S. 4481.

²⁷ Vgl. *Riester*, WSI-Mitteilungen 9/1984, S. 529. Zu Hintergründen und Geschichte siehe auch ausführlich *Kittner*, Arbeitskampf, 2005, S. 703 ff.

²⁸ Hessisches LSG 22.6.1984 – L 10/Ar 813, 814, 815/84 (A).

²⁹ Zwischenzeitlich war die Norm als § 146 Abs. 3 SGB III nummeriert.

³⁰ *Zachert*, AuR 2000, 53 (53); vgl. auch *Zachert*, ZRP 1995, 445.

umkämpften Tarifvertrags zuzuordnen ist (§ 100 Abs. 1 i. V. m § 160 Abs. 1 SGB III).

Seit 1986 ist der (heutigen) Agentur für Arbeit nun darüber hinaus nach § 160 Abs. 3 SGB III verboten, Arbeitslosen- oder Kurzarbeitergeld in Betrieben zu gewähren, die von kalter Aussperrung (also „mittelbar“ durch einen Arbeitskampf) betroffen sind, soweit der betreffende Betrieb zwar nicht dem räumlichen, aber dem

„fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags zuzuordnen ist und im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags, dem der Betrieb zuzuordnen ist,

- a) eine Forderung erhoben worden ist, die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen, und
- b) das Arbeitskampfergebnis aller Voraussicht nach in dem räumlichen Geltungsbereich des nicht umkämpften Tarifvertrags im Wesentlichen übernommen wird“

– wobei eine Forderung bereits dann als „erhoben“ gilt, wenn sie „auf Grund des Verhaltens der Tarifvertragspartei im Zusammenhang mit dem angestrebten Abschluss des Tarifvertrags als beschlossen anzusehen ist.“³¹

Die Feststellung, ob die Voraussetzungen nach Abs. 3 Satz 1 Nr. 2a) und b) erfüllt sind, trifft gemäß § 160 Abs. 5 SGB III der Neutralitätsausschuss (§ 380 SGB III) nach Anhörung der „Fachspitzenverbände“ der am Arbeitskampf beteiligten Tarifvertragsparteien.³²

Voraussetzung für das Entfallen des Anspruchs auf Kurzarbeitergeld ist immer die Kausalität des Arbeitskampfes für den Arbeitsausfall.³³ Denn der Anspruch setzt Erheblichkeit, d. h. Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls voraus (§§ 95 Abs. 1 Nr. 1, 96 Abs. 1 Nr. 3 SGB III) und entfällt, wenn die Kurzarbeit durch wirtschaftlich zumutbare Maßnahmen vermeidbar war. Um die Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls glaubhaft zu machen, hat der Arbeitgeber deshalb Angaben zur Lagerhaltung, zu den Lieferbedingungen, zu Vorsorgemaßnahmen zu machen, sowie auf Möglichkeiten des Weiterarbeitens, des Ausweichens auf andere Lieferanten oder des Anmietens von Lagerkapazitäten (und zu sonstigen

³¹ Ausführlich *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 20.

³² Zum Rechtsschutz gegen diese Entscheidung siehe auch Abs. 6; BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, BSGE 75, 97.

³³ *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 20 Rn. 104. Zur Auslegung des § 160 Abs. 3 SGB III im Einzelnen BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, BSGE 75, 97–159.

Alternativen zur Kurzarbeit) einzugehen (siehe die in § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB III genannten Fallgruppen).³⁴ War die Kurzarbeit vermeidbar, so besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Allerdings kommt eine „Gleichwohlgewährung“ nach § 100 Abs. 3 SGB III in Betracht, wenn der Arbeitgeber trotz vermeidbaren Arbeitsausfalls die Zahlung unter Berufung auf angebliche Arbeitskämpfbedingtheit verweigert. Die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer/innen gehen dann nach § 115 SGB X auf die Bundesagentur für Arbeit über.³⁵

Die Kurzarbeitsanzeige muss nach § 99 Abs. 1 SGB III vom Arbeitgeber oder der betrieblichen Interessenvertretung schriftlich erstattet werden. Der Anzeige ist eine Stellungnahme der betrieblichen Interessenvertretung beizufügen. Der Arbeitgeber hat dabei unter Darlegung konkreter Tatsachen glaubhaft zu machen, dass der Arbeitsausfall die unvermeidbare Folge eines Arbeitskamps ist. Die Agentur für Arbeit kann aber auch selbst Feststellungen im Betrieb treffen (§ 100 Abs. 2 SGB III).

2.4 Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung

Für die Einführung von Kurzarbeit ist allgemein eine individual- oder kollektivvertragliche Grundlage erforderlich. Besteht im Betrieb ein Betriebsrat, so muss dieser nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitbestimmen.

Im Arbeitskampf kann das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats allerdings mit dem Verbot von Arbeitskampfmaßnahmen zwischen den Betriebsparteien (§ 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG) kollidieren. So wird angenommen, dass die Anordnung von Überstunden oder von Kurzarbeit mitbestimmungsfrei sei, wenn sie erfolge, weil der Betrieb selbst bestreikt wird oder unmittelbar von einem Streik betroffen ist.³⁶ Allerdings: Ein absolutes Verbot jeglicher betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen von Arbeitskampffragen erkennt auch das BAG nicht an; so hält es eine Betriebsvereinbarung für zulässig, die z. B. eine Verrechnung streikbedingter Ausfallzeiten mit Gleitzeitguthaben regelt.³⁷

Bei nur mittelbar vom Arbeitskampf betroffenen Betrieben bleibt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unstrittig bestehen. Das BAG war allerdings 1980 der Meinung, dass auch in diesen Betrieben „die arbeitskampfrechtlichen Risikogrundsätze den Betriebspartnern rechtlich vorgegeben sind, also nicht mit dem Betriebsrat ausgehandelt werden müssen“. Deshalb sei die Mitbestimmung auf

³⁴ *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 20 Rn. 178.

³⁵ *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 20 Rn. 104; Rn. 134; siehe auch Rn. 183 ff. ausführlicher zu Rechtsschutz und Gleichwohlgewährung.

³⁶ BAG 24.4.1979 – 1 ABR 43/77, BAGE 31, 372–380 (streikbedingte Überstunden).

³⁷ BAG 30.8.1994 – 1 ABR 10/94, BAGE 77, 335.

die Modalitäten der Arbeitszeitverkürzung beschränkt und erfasse (anders als in anderen Fällen der Anordnung von Kurzarbeit³⁸) nicht das „Ob“ der Produktions einschränkung.³⁹

Selbst wenn man der BAG-Entscheidung von 1980 folgen wollte,⁴⁰ besteht allerdings ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die Frage, in welchem Umfang Kurzarbeit angeordnet wird. Das Mitbestimmungsrecht verschafft dem Betriebsrat folglich nach geltendem Recht eine Art „Kontrollrecht“. Er kann im Rahmen seines Mitbestimmungsrechts nachfragen, warum die Produktion ausfällt und so besser einschätzen, ob tatsächlich ein Produktionsausfall aufgrund des Arbeitskampfes besteht, oder ob nicht im Gegenteil die Arbeitgeberseite das Mittel der Kurzarbeit faktisch als Kampfmaßnahme nutzt. Der Streit darüber, ob über diese Fragen ein Mitbestimmungsrecht besteht, bleibt aber virulent und ist für die Praxis weiterhin offen.⁴¹

2.5 Der völkerrechtliche Rahmen

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wurde auch die Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit dem internationalen Recht problematisiert, insbesondere im Hinblick auf Art. 69 lit. i) des ILO-Übereinkommens Nr. 102 über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit von 1952⁴². Danach kann eine Leistung für den Fall der Arbeitslosigkeit ruhen, wenn „der Verlust der Beschäftigung die unmittelbare Folge einer auf eine Arbeitsstreitigkeit zurückzuführenden Arbeitseinstellung war“. Es ist streitig, ob die Norm einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Arbeitskampf und Arbeitseinstellung verlangt, oder ob ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen Arbeitseinstellung und Arbeitslosigkeit ausreicht. In seiner Begründung für die Völkerrechtskonformität des heutigen § 160 Abs. 3 SGB III weist das Bundessozialgericht (BSG) darauf hin, dass der zuständige Sachverständigen-Ausschuss der ILO hierzu auch die Fallgruppe entwickelt habe, nach der ein Leistungsausschluss bei mittelbar von einem Ar-

³⁸ *Kania*, in: ErfKomm, 16. Aufl. 2016, § 87 BetrVG, Rn. 35; zum insoweit bestehenden Initiativrecht des Betriebsrats siehe z. B. BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84.

³⁹ Siehe zum Ganzen BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 und 1 ABR 76/79, AP Nr. 70 und 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Kania*, ErfKomm, 15. Aufl. 2015, § 87 BetrVG, Rn. 35.

⁴⁰ Zur rechtsdogmatischen Debatte genauer unten bei IV.3.3.

⁴¹ So insbesondere schon *Kissel*, NZA 1989, 81 (82).

⁴² BGBl. II 1957, 1322 (1347).

beitskampf betroffenen Arbeitnehmern gerechtfertigt sei, wenn ihre Arbeitsbedingungen durch das Resultat des Arbeitskampfes beeinflusst werden könnten.⁴³ Das BVerfG ist auf diese Frage (noch) nicht eingegangen.

⁴³ Ausführlich zur Auslegung und zur Debatte BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, BSGE 75, 97 (juris, Rn. 277 ff.); a. A. *Bieback*, KJ 1993, 489 (495); vgl. auch zur Auslegung und Anwendung des Begriffs „unmittelbar“ im englischen und französischen Recht *Wiegand*, SozVers 1986, 114 (116 f.).

II. § 160 Abs. 3 SGB III und das Urteil des BVerfG vom 4.7.1995: Ausgangsfragestellung und Annahmen

1. Das Urteil des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des heutigen § 160 Abs. 3 SGB III⁴⁴

Die Neuregelung des Kurzarbeitergeldes bei kalter Aussperrung hatte einschneidende Konsequenzen für die Praxis des Arbeitskampfs in Deutschland, denn die Kosten für kalt ausgesperrte Beschäftigte können nicht aus Streikkassen aufgebracht werden. Wegen der dadurch entstehenden sozialen und politischen Kosten arbeitskampfbedingter Fernwirkungen erschien allein eine Streikstrategie kalkulierbar, die sich darauf beschränkte, solche Betriebe und Betriebsteile in einen Arbeitskampf einzubeziehen, bei denen sich voraussichtlich keine oder wenige mittelbare (Fern-)Wirkungen ergeben.⁴⁵

Die Verfassungsmäßigkeit der Norm war von Anfang an umstritten.⁴⁶ Wegen der Beschränkung ihrer Arbeitskampfstrategien erhob die IG Metall unter Berufung auf die kollektive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) am 15. Dezember 1986 Verfassungsbeschwerde.⁴⁷ Diese Verfassungsbeschwerde wies das BVerfG mit Urteil vom 4. Juli 1995 zurück. Es erkannte zwar an, dass (der heutige) § 160 Abs. 3 SGB III die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft beeinträchtigt. Die Regelung wahre jedoch „die Grenzen, die der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers dabei von Verfassungs wegen gezogen sind“.⁴⁸ Sollte sich die Parität im Arbeitskampf in Zukunft wesentlich verändern, müsse der Gesetzgeber dies jedoch beobachten und möglicherweise korrigierend eingreifen.

Zur Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im Einzelnen:

⁴⁴ Die Norm wird im Folgenden durchgehend mit ihrem heutigen Namen bezeichnet.

⁴⁵ Vgl. *Dribbusch*, WSI-Mitteilungen 7/2006, S. 384 f.; siehe auch *Kittner*, Arbeitskampf, 2005, S. 705: „kampfstrategisches Problem von bislang ungeahntem Ausmaß“.

⁴⁶ *Zachert*, AuR 2000, 53.

⁴⁷ Des Weiteren reichten Normenkontrollanträge ein: die Landesregierung Nordrhein-Westfalen, die Regierung des Saarlandes, der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg, Bremen sowie 202 Mitglieder des Bundestags.

⁴⁸ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.

1.1 Beschränkung der „Kampfkraft“ und Kampfstrategien und ihre Unvermeidbarkeit

Sowohl die Arbeitgeberverbände als auch die Gewerkschaften genießen den Schutz der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG). Zur Durchsetzung ihrer Interessen können die Parteien Kampfmittel einsetzen. Der Schutz dieser Rechte könne koordinierende gesetzliche Regelungen gebieten, die sicherstellen, dass beide Tarifvertragsparteien ihre Grundrechte ausüben können.⁴⁹ Der Gesetzgeber verfüge bei dieser gesetzlichen Ausgestaltung aber über einen weiten Handlungsspielraum.

Durch das Neutralitätssicherungsgesetz 1986 sei allerdings die verfassungsrechtlich geschützte Koalitionsfreiheit der Antragstellerin eingeschränkt worden. Das BVerfG verwendet hier selbst die Begriffe „Kampffähigkeit“, „Kampfstrategie“ und „Kampfkraft“. Die Kampffähigkeit der Gewerkschaften werde durch die Neufassung der Vorschrift beschränkt. § 160 Abs. 3 SGB III mache den Gewerkschaften bestimmte Kampfstrategien unmöglich und zwingen ihnen im Gegenzug andere auf. Hintergrund ist die Annahme, dass die IG Metall wirtschaftlich nicht in der Lage sei, generell Unterstützungszahlungen an mittelbar kampfbetroffene Arbeitnehmer/innen zu leisten und dass dadurch entsprechender „Binnendruck“ entstehen wird.⁵⁰ Selbst soweit die Gewerkschaften sich darum bemühen müssten, den Arbeitskampf auf das bekämpfte Gebiet zu beschränken, müsse dies als weitgehende Einschränkung und Beeinträchtigung der Kampfkraft insgesamt gewertet werden.⁵¹

Auch durch eine Veränderung von in verschiedenen Tarifgebieten gestellten Forderungen durch die Gewerkschaften sei es kaum möglich, das Ruhen des Kurzarbeitergelds zu vermeiden.⁵² Denn von Gesetzes wegen kommt die Zahlung von Kurzarbeitergeld nach § 160 Abs. 3 SGB III nur in Betracht, wenn wesentlich andere Hauptforderungen aufgestellt werden.⁵³ Dies sei jedoch in einem recht homogenen Gebiet wie der BRD kaum möglich, wenn nicht tarifpolitisch eine gravierende Schwächung in Kauf genommen werden solle.

⁴⁹ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1. b).

⁵⁰ *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 20 Rn. 120. Für den Arbeitskampf 1984 war errechnet worden, dass Unterstützungszahlungen an mittelbar betroffene Arbeitnehmer/innen die IG Metall rund 350 Mio. DM gekostet hätten (*Kittner*, Arbeitskampf, S. 643).

⁵¹ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c) aa).

⁵² *Löwisch*, NZA 1986, 345 (348); *Löwisch*, DB 1987, 1351 (1356); so auch die IG Metall, BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., A. IV. 2, und das BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c) aa).

⁵³ *Löwisch*, NZA 1986, 345 (348); *Löwisch*, DB 1987, 1351 (1356).

1.2 Parität im Arbeitskampf, Neutralität des Staates und Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

In der Literatur wurde angenommen, dass damit eine verfassungswidrige Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit schon deshalb vorliege, weil die Gewerkschaften zu einer bestimmten Kampfstrategie genötigt würden und ihnen dadurch „Art und Umfang der Auseinandersetzung von außen aufgezwungen werden“.⁵⁴ Das BVerfG ließ dies jedoch nicht ausreichen. Trotz der Beschränkung der Kampfkraft hielt sich die Regelung nach Auffassung des Gerichts noch im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Die Durchsetzungsfähigkeit der IG Metall erscheine nicht durchgreifend geschwächt; eine so weitgehende Einschränkung der Kampfkraft, dass eine verfassungswidrige Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie anzunehmen sei, lasse sich nicht erkennen.⁵⁵

Für die gesetzliche Ausgestaltung des Arbeitskampfs im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG sind dabei nach Auffassung des Gerichts zwei Gesichtspunkte maßgeblich: Neutralität des Staates und Parität zwischen den Tarifvertragsparteien. Diese stünden in einer Wechselbeziehung zueinander. Die Neutralitätspflicht des Staates im Arbeitskampf schütze die Arbeitskämpfparteien einerseits vor staatlicher Einflussnahme;⁵⁶ andererseits sei die Parität ein legitimes Ziel der Gesetzgebung.⁵⁷

Mit dem Gesichtspunkt der Parität greift das BVerfG einen rechtlichen Topos auf, der auch in der Rechtsprechung des BAG als Funktion und Aufgabe bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts von großer Bedeutung ist. Aufgabe des Arbeitskampfrechts sei es, u. a. auf die Arbeitskampfpazität zu achten, also darauf, dass ein vorhandenes Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien nicht gestört und ein Ungleichgewicht nicht verstärkt werde.⁵⁸ Die Parität wird in der Rechtsprechung des BVerfG im Anschluss an das BAG als ungefähres Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien bei Tarifaufeinandersetzungen definiert: Das Tarifvertragssystem sei darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und dadurch ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermögli-

⁵⁴ Heilmann/Menke, AuR 1996, 11 (12).

⁵⁵ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c) bb).

⁵⁶ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.b); vgl. auch BSG, NZA 1991, 982 (985).

⁵⁷ Riefner, RdA 1997, 130 (133).

⁵⁸ Siehe hierzu und zum Folgenden Kocher, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 3 ff.

chen. Die Tarifautonomie sei aber nur funktionsfähig, soweit zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht herrsche.⁵⁹ Die Parität soll somit sicherstellen, dass nicht eine Tarifvertragspartei der anderen ihren Willen aufzwingen kann, sondern dass im Gegenteil möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen.⁶⁰ Das Arbeitskampfrecht steht insofern in einem engen Zusammenhang mit dem Tarifrecht und der dort als Voraussetzung wirksamer Tarifverträge formulierten Anforderungen der „Tariffähigkeit“ (§ 2 TVG).

Bei der Bewertung, ob Parität vorliegt oder ob diese gestört ist, verfügt der Gesetzgeber laut BVerfG über eine Einschätzungsprärogative. Dem Gesetzgeber obliege die politische Verantwortung, die maßgebenden Faktoren zutreffend zu erfassen und zu bewerten.⁶¹ Als verfassungswidrig sei eine Einschätzung des Gesetzgebers erst dann zu bewerten, wenn deutlich erkennbar sei, dass eine Fehleinschätzung vorgelegen habe oder die Regelung von vornherein dazu führe, ein vorhandenes Gleichgewicht der Kräfte zu stören oder ein Ungleichgewicht zu verstärken. Nach dem BAG bezeichnet das Paritätsprinzip „zumindest eine Grenze, die bei der gerichtlichen Ausgestaltung nicht überschritten werden darf“.⁶²

Allerdings seien die Handlungspflichten des Gesetzgebers zum Ausgleich von Paritätsproblemen auch dadurch geprägt, dass dieser nicht verpflichtet sei, die Kampfbedingungen der Parteien zu optimieren. Grundsätzlich sei es Aufgabe der Tarifvertragsparteien, „ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“. Disparitäten, die nicht „strukturell bedingt“ seien, sondern auf „inneren Schwächen der Koalitionen“ beruhten, müssten nicht ausgeglichen werden.⁶³ Das BVerfG differenziert demnach zwischen „inneren Schwächen“ der Koalitionen, die nicht unter die Verantwortung des Gesetzgebers fallen, und „strukturellen Ungleichgewichten“, die durch den Gesetzgeber korrigiert werden müssen.

Nicht genau dargelegt hat das Gericht allerdings, was ein „strukturelles Ungleichgewicht“ ausmacht. Gemeint könnten damit „von der Rechtsordnung verursachte Ungleichgewichte“⁶⁴ sein. Denkbar ist aber auch, eine strukturelle

⁵⁹ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (229).

⁶⁰ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, III B.1.

⁶¹ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.d).

⁶² BAG 10.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 (1058); BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, B.II.2.b)aa)(3).

⁶³ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.c).

⁶⁴ *Rißner*, RdA 1997, 130 (133).

Disparität dann anzunehmen, wenn sich durch äußere Umstände die Arbeitskampfwirklichkeit ändert.

Auf eine solche Auslegung deutet das Urteil insofern hin, als das BVerfG als Beispiel für mögliche künftige strukturelle Ungleichgewichte im Bereich der Metall- und Elektroindustrie Entwicklungen erwähnt, die durch fortschreitende Vernetzung oder durch Verbandsaustritte geprägt sei.⁶⁵

1.3 (Wohl) keine Anwendung auf mittelbare Wirkungen von Aussperrungen

Das BVerfG wies zur Begründung empirisch auf weitere konkrete Risiken für die Tarifautonomie hin, die der Arbeitskampf in Bayern im Jahre 1994/1995 aufgezeigt habe. Wie im Handelsblatt berichtet worden war, drohten Arbeitgeber im Juni 1995 bei künftigen Arbeitskämpfen in Betrieben mit enormer Abhängigkeit von Zulieferern mit frühzeitigen Angriffsaussperrungen vorzugehen, um so Fernwirkungen hervorzurufen.⁶⁶ Hintergrund ist der Wortlaut des § 160 Abs. 3 SGB III, der die Fernwirkungen aller Arbeitskampfmaßnahmen, also auch von Aussperrungen, erfasst. Auch durch Aussperrungen könnten Fernwirkungen in anderen Tarifbezirken hervorgerufen werden.

Das BVerfG deutete in seiner Entscheidung allerdings an, dass es eine solche Auslegung des § 160 Abs. 3 SGB III für verfassungsrechtlich problematisch hielt. Bei einer solchen Kampfstrategie der Arbeitgeber würde § 160 Abs. 3 SGB III laut BVerfG „in der Tat zu einer Paritätsstörung führen [...]“. Sollten solche Risiken in Zukunft eintreten, wäre der Gesetzgeber aufgefordert, Maßnahmen zur Wahrung der Tarifautonomie zu ergreifen.⁶⁷ Solche Maßnahmen kommen auf unterschiedlichen Ebenen in Betracht; bereits arbeitskampfrechtlich ist die Zulässigkeit einer solchen Aussperrung in Frage zu stellen. Hilfsweise ist jedenfalls § 160

⁶⁵ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c).bb).

⁶⁶ „Arbeitgeber wollen der IG Metall mit Minimax-Strategie Paroli bieten“, Handelsblatt vom 28.6.1995 (Zu diesem Zweck sei eine Kommission geplant worden, die Betriebe ausfindig macht, bei denen die Aussperrung erhebliche Fernwirkung habe, so dass möglichst großflächig ausgesperrt werden könne, „[...] damit es den Gewerkschaften frühzeitig weh tut. [...] Ziel der Arbeitgeber ist es dabei, Arbeitskämpfe für die Gewerkschaft wieder teuer zu machen.“). Zum Begriff „Minimax“ siehe *Unterhimmighofen*, AiB 1986, 147 ff. Der Begriff wird von Gesamtmetall schon für die Streiktaktik des Jahres 1984 verwendet und auf Bernd Rüthers zurückgeführt (*Gesamtmetall* 2015, S. 46). Genauer zum Streik von 1994/95 unten III.4.1.1.

⁶⁷ So im Einzelnen BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c).cc).

Abs. 3 SGB III verfassungskonform so auszulegen, dass Fernwirkungen von Aussperrungen nicht erfasst werden.⁶⁸

2. Die verfassungsrechtlichen Argumente und ihre tatsächlichen Grundlagen

Obwohl das Bundesverfassungsgericht davon ausging, dass die IG Metall durch die Neuregelung in ihrer Kampffähigkeit erheblich beeinträchtigt werde, war es der Meinung, dass der Gesetzgeber die Grenzen gewahrt habe, die seiner Ausgestaltungsbefugnis von Verfassungs wegen gezogen seien. Gleichzeitig betont das Gericht aber, dass sich eine Einschätzung des Gesetzgebers im Nachhinein als unzutreffend erweisen, ursprünglich plausible Annahmen durch die nachfolgende Entwicklung widerlegt, wohlbegründete Erwartungen hinsichtlich komplexer Wirkungszusammenhänge enttäuscht werden könnten und dadurch trotz einer zunächst verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Regelung eine nachhaltige Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie eintreten könne.⁶⁹ Soweit dadurch „strukturelle Ungleichgewichte auftreten, die ein ausgewogenes Aushandeln der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht mehr zulassen und die in dem der Rechtsprechung gezogenen Rahmen nicht ausgeglichen werden können“, sei der Gesetzgeber – trotz Einschätzungsprärogative – verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz der Koalitionsfreiheit zu treffen.⁷⁰

Die Bewertung der Regelung als „verfassungsgemäß“ beruhte also 1995 auf zahlreichen tatsächlichen Annahmen zur damaligen Situation. Sie geht explizit auf eine positive Beurteilung der Arbeitskampfkraft der IG Metall zu Beginn der 1990er Jahre zurück. Deshalb wird im Folgenden zunächst die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung 1995 daraufhin analysiert, welche Rolle in ihr rechtstatsächliche (= empirische) Annahmen spielen und von welchen empirischen Annahmen sie ausging.⁷¹

⁶⁸ *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 20 Rn. 133.

⁶⁹ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.e).

⁷⁰ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.e).

⁷¹ Außer Acht bleiben dabei die verfassungsrechtlichen Argumente, denen nicht konkrete empirische Annahmen zu Grunde liegen, insbesondere die Argumentationen zum Selbstbestimmungsrecht der Koalitionen durch Satzungen, zum eigentumsrechtlichen Schutz der versicherungsrechtlichen Positionen sowie zum Recht auf effektiven Rechtsschutz.

2.1 „Partizipationsprinzip“ als Legitimation des § 160 Abs. 3 SGB III

Grundannahme des § 160 Abs. 3 SGB III (die das BVerfG in der Vorläufernorm billigte) ist, dass die Arbeitgeber aufgrund der durch Fernwirkungen verursachten Produktionsausfälle erheblichem Druck ausgesetzt seien. Insbesondere würden die mittelbar betroffenen Arbeitgeber versuchen, die unmittelbar betroffenen Arbeitgeber zum Einlenken zu bewegen. Auf der anderen Seite würden die Arbeitnehmer außerhalb des umkämpften Bezirks aller Voraussicht nach zwar von dem Arbeitskampfergebnis profitieren; ihr Lastenbeitrag sei aber zu gering, wenn sie Kurzarbeitergeld erhielten. In dieser Situation sei die Einschätzung des Gesetzgebers, dass die Zahlung von Entgeltersatzleistungen eine Verschiebung der Parität zu Lasten der Arbeitgeber bewirke, nicht zu beanstanden.

Da der Ausschluss vom Kurzarbeitergeld nach § 160 Abs. 3 SGB III nicht die Arbeitnehmer/innen erfasst, die einem Tarifvertrag mit anderem fachlichen Geltungsbereich zuzuordnen sind, führt die Norm bei streikbedingten Arbeitsausfällen zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer aus nicht umkämpften Bezirken derselben Branche gegenüber den Arbeitnehmern in anderen Branchen (z. B. gegenüber Arbeitnehmern, die bei einem Automobilzulieferer aus dem Chemiebereich beschäftigt sind). Diese Ungleichbehandlung sieht das BVerfG jedoch als sachlich gerechtfertigt an. Tarifverträge unterscheiden regelmäßig nach persönlichem und fachlichem Geltungsbereich.⁷² Außerhalb der Fachbereichsgrenze verfolgen andere Tarifvertragsparteien eigenständige Tarifziele. Nach Ansicht des BVerfG kann der Gesetzgeber daher mit guten Gründen davon ausgehen, dass das mit dem Arbeitskampf angestrebte Ergebnis nach Abschluss der Tarifverhandlungen nicht auf Arbeitnehmer anderer Fachbereiche übertragen wird; die empirische Annahme des Gesetzgebers, das Partizipationsprinzip gelte nur für Arbeitnehmer desselben Fachbereichs/derselben Branche, sei legitim.

In der Literatur war eingewandt worden, dass solche Partizipation nicht zwingend auch paritätsrelevant sei; die Zahlung von Kurzarbeitergeld an partizipierende Arbeitnehmer/innen beeinflusse nicht notwendig den Arbeitskampf.⁷³ Daher müsse jeweils im Einzelfall entsprechend der früheren Rechtslage⁷⁴ überprüft werden, ob „die Gewährung des Arbeitslosengeldes den Arbeitskampf beeinflussen würde“. Das BSG hielt dem später entgegen, dass die Feststellung tatsächlicher Paritäten in diesem Sinne eine Frage sei, deren Beantwortung nicht den

⁷² BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.IV.2.

⁷³ *Heilmann/Menke*, AuR 1996, 11, 13; *Mückenberger*, KJ 1986, 281 (304).

⁷⁴ § 116 Abs. 3 Nr. 2 AFG in der Fassung vom 25. Juni 1969.

Gerichten zugewiesen sein könne.⁷⁵ Und auch das BVerfG hielt es im Ergebnis für verfassungsgemäß, Partizipation dann als paritätsrelevant zu unterstellen, wenn der Arbeitskampf auch stellvertretend für die betreffenden Arbeitnehmer/innen geführt werde, wenn der Erfolg diesen voraussichtlich ebenfalls zugutekomme.⁷⁶

Kritisiert wurde insbesondere, dass nach der Neufassung des § 116 Abs. 3 AFG eine vage Prognose der Übernahme einer der Hauptforderungen ausreiche, während nach der alten Gesetzesfassung die Partizipation der nichtbeteiligten Arbeitnehmer/innen noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststehen musste.⁷⁷ Nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts ist es aber eine verfassungsrechtlich ausreichende Voraussetzung für das Ruhen der Sozialversicherungsansprüche, dass das Arbeitskampfergebnis den betroffenen Arbeitnehmern aller Voraussicht nach zu Gute kommt⁷⁸ – jedenfalls dann, wenn wie im geltenden Recht diese Prognose vom Neutralitätsausschuss der BA getroffen wird und gerichtlich überprüfbar ist. Damit habe der Gesetzgeber hinreichend dafür gesorgt, dass am Arbeitskampf nicht beteiligte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur dann belastet werden, wenn ihnen die Vorteile der Tarifauseinandersetzung zu Gute kommen.

2.2 „Parität“: Beschränkung der Kampfstrategien und der Kampfkraft

Was die empirischen Annahmen zur Parität angeht, so ging das Gericht von drei-erlei aus:

- Die Frage der Zahlung oder Nichtzahlung von Entgelt und/oder Kurzarbeitergeld im Fall mittelbarer Fernwirkungen eines Arbeitskampfs habe aufgrund von Binnendruck Auswirkungen auf die Parität im Arbeitskampf.⁷⁹
- Die Nichtzahlung von Entgelt und Kurzarbeitergeld in diesen Fällen führe darüber hinaus dazu, dass die IG Metall an einer Kampfstrategie gehindert sei, mit der Produktionsausfälle in anderen Tarifbezirken bewirkt werden.

⁷⁵ BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, BSGE 75, 97.

⁷⁶ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.a).

⁷⁷ *Griese*, ArbRGgwart 1995, 33 (39); *Mückenberger*, KJ 1986, 281 (300).

⁷⁸ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.IV.3.

⁷⁹ Das BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, BSGE 75, 97, Rn. 261 (juris), wies später genauer darauf hin, dass „eine exakte Quantifizierung des Drucks, der bei Nichtgewährung innerhalb der Gewerkschaft (bei Gewährung innerhalb des Arbeitgeberverbandes) entsteht, nicht möglich“ sei. „Damit kann vernachlässigt werden, daß ein solcher Druck auf die Gewerkschaft auch bei Gewährung von Leistungen besteht, da die Arbeitnehmer immerhin auf rund 1/3 ihres bisherigen Einkommens verzichten müßten.“

- Die verbleibenden Möglichkeiten, den Streik auf solche Betriebe zu beschränken, die nur in geringem Umfang mit anderen Betrieben technisch verflochten seien, gewährleisteten der IG Metall noch ausreichende Kampfkraft.⁸⁰

Die letzte Annahme wurde insbesondere auf die Tarifauseinandersetzung 1994/1995 in Bayern zurückgeführt; sie habe gezeigt, dass die IG Metall trotz der Beschränkung der Arbeitskampfstrategien fähig sei, als gleichgewichtige Partnerin ihre Interessen gegenüber dem Arbeitgeberverband durchzusetzen.⁸¹ So verfüge sie über hinreichende Informationen, die es ihr ermöglichen, für Streikmaßnahmen genau die Betriebe auszuwählen, die mit Betrieben derselben Branchen in anderen Bezirken nicht so eng verflochten seien, dass auch letztere als Folge des Arbeitskampfes die Produktion ruhen lassen müssten. Bislang habe der von den bestreikten Betrieben ausgehende Druck daher noch ausgereicht, um die Arbeitgeber zum Einlenken zu veranlassen. Die empirische Basis für diese Schlussfolgerung ist allerdings schmal; es wird im Wesentlichen auf die Tarifauseinandersetzung in Bayern 1994/1995 verwiesen.⁸²

Diese schwache empirische Basis ist möglicherweise einer der Gründe dafür, dass das BVerfG ausdrücklich auf die Zeitgebundenheit seiner Entscheidung und die Offenheit der Entwicklung hinweist. Eine Neubewertung der Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III ist auch nach Auffassung des BVerfG geboten, wenn die Zahl der Betriebe, die mit anderen Betrieben derselben Branchen in anderen Bezirken nicht so eng verflochten sind, im Zuge fortschreitender Vernetzung oder durch Verbandsaustritte weiter abnehme, bis den Gewerkschaften schließlich für wirksame Arbeitskampfmaßnahmen kein hinreichender Handlungsspielraum mehr verbleibe.⁸³

⁸⁰ Zum Ganzen BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c)aa).

⁸¹ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c)bb).

⁸² Genauer zum Streik von 1994/95 unten III.4.1.1.

⁸³ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c)bb).

III. Veränderungen der tatsächlichen empirischen Grundlagen des Urteils und ihre Konsequenzen

1. Ausgangspunkt und Anlage der empirischen Untersuchung

Mit dem Hinweis, dass die Arbeitskampffähigkeit der IG Metall trotz der Beeinträchtigung durch die Bestimmungen des § 160 Abs. 3 SGB III „noch“ und daher deren Verfassungsmäßigkeit „jedenfalls derzeit“ gegeben sei, unterstrich das BVerfG im Jahr 1995 die Zeitgebundenheit seines Urteils.

Vor diesem Hintergrund dienen die folgenden Ausführungen dazu, die aktuellen Bedingungen gewerkschaftlicher Arbeitskampffähigkeit darzustellen und zu überprüfen, ob seither „strukturelle Ungleichgewichte auftreten, die ein ausgewogenes Aushandeln der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht mehr zulassen und die in dem der Rechtsprechung gezogenen Rahmen nicht ausgeglichen werden können“.⁸⁴

Die Bestandsaufnahme stützt sich zum einen auf eine Auswertung der einschlägigen wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Literatur, zum anderen auf eine empirische Primärerhebung in der Automobil- und Automobilzulieferindustrie (hierzu insbesondere III.3.).

2. Veränderungen der Arbeitsbeziehungen seit den 1990er Jahren

Es liegt auf der Hand: Die Arbeitswelt hat sich seit den Zeiten des „Franke-Erlasses“ Mitte der 1980er Jahre und seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts in den 1990er Jahren auf grundlegende Art und Weise verändert. Betriebs- und Unternehmensstrukturen sind heterogener, diskontinuierlicher und diffuser, Wertschöpfungszusammenhänger flexibler und globaler geworden. Erwerbsarbeit hat an Bedeutung gewonnen, zugleich vielfach an Substanz verloren. Immer mehr Menschen sind prekär beschäftigt, die Betrieblichkeit der Erwerbsarbeit steht in

⁸⁴ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.e).

zahlreichen Branchen in Frage, aber auch die Ansprüche der Arbeitnehmer/innen an ihre Arbeit sind andere geworden. Mit den gestiegenen durchschnittlichen Qualifikationen haben sich professionelle Standards und Erwartungen verändert. Dieser Wandel hat Folgen für die betrieblichen und überbetrieblichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite.

Das alles ist unstrittig und hat seine Wirkkraft auch und gerade im Arbeitskampfrecht.⁸⁵ Selbstverständlich bleiben die Arbeitsbeziehungen nicht unberührt, wenn wir zum einen auf makrostrukturelle Veränderungen einer globalisierten Arbeitswelt blicken; wenn wir zum anderen mesostrukturelle Veränderungen in unsere Überlegungen miteinbeziehen, zu denen die Verbandsflucht auf Arbeitgeberseite und eine weitere Ausdifferenzierung der Tariflandschaft durch das eigenständige Auftreten von Berufs- bzw. Teilbranchengewerkschaften auf Arbeitnehmerseite zählen; und wenn wir zum dritten mikrostrukturelle Veränderungen in Rechnung stellen, die auf neue betriebliche Muster der Arbeitsorganisation durch Leiharbeit, Werkverträge oder cost- und profit-center-Strukturen verweisen. Die Arbeitswelt hat auf diesen unterschiedlichen Ebenen in den vergangenen zwei Jahrzehnten einen grundlegenden Wandel durchlaufen, der hierzulande zwar kollektiv abgesichert, begleitet und zum Teil auch forciert wurde, der aber dennoch zur Neujustierung der Balancen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern führt.

Wesentliche Veränderungen der Arbeitswelt liegen in der fortschreitenden Vernetzung der Wirtschaft, die durch neue Techniken und eine neue Qualität der Digitalisierung noch verstärkt wird, wie sie derzeit unter der Formel Industrie 4.0 breitflächig debattiert und in der Praxis betrieben werden:⁸⁶ in der höheren räumlichen Beweglichkeit der Unternehmen, die differenzierte Standortentscheidungen treffen können; in der Prekarität von Arbeitsverhältnissen, die durch den verstärkten Einsatz von Leiharbeit, befristeten Arbeitsverträgen oder auch Werkverträgen zu Tage tritt; in der wachsenden Pluralität der Arbeitnehmervertretungen, die insbesondere im Bereich der Dienstleistungen neues professionalisiertes

⁸⁵ Für einen Überblick über diese Zusammenhänge siehe auch *Kittner, Arbeitskampf*, 2005, S. 713 ff.

⁸⁶ Auch wenn in den aktuellen Debatten um Industrie 4.0 absehbare Realität, kühne Prognose und absichtsvolle Propaganda hochgradig verquickt sind: Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die exponentielle Erhöhung von Speicherkapazitäten und Rechnerleistung sowohl vertikal, innerhalb der Unternehmen, wie horizontal, unternehmensübergreifend in den Wertschöpfungssystemen, eine neue Qualität und Intensität der IT-Durchdringung und eine entsprechende Steigerung der Diagnose-, zeitnahen Reaktions- und flexiblen Steuerungsfähigkeit der Unternehmen ermöglichen werden (siehe z. B. Hirsch-Kreinsen 2014; Pfeiffer 2015; Kuhlmann 2015; BMAS 2016).

Selbstbewusstsein demonstrieren. Der Vielfalt auf der Arbeitnehmerseite korrespondiert die abnehmende Binfefähigkeit im Arbeitgeberlager; die Sozialpartner durchlaufen einen bemerkenswerten Gestaltwandel.

In den Streikstatistiken der Bundesagentur für Arbeit und des Statistischen Bundesamtes war seit Beginn der 1990er in der Tendenz eine Minderung der Ausfalltage durch Streiks oder Aussperrung zu beobachten; diese Tendenz brach im streikreichen Jahr 2015 ab.⁸⁷ Deutschland gehört mit seinem Arbeitskampfvolumen im internationalen Vergleich trotzdem zu den Ländern mit den niedrigsten Zahlen an durch Streiks ausgefallenen Arbeitstagen.⁸⁸ Auch die Schwerpunkte von Arbeitskämpfen haben sich verschoben – und diejenigen, die streiken, sind heute andere. Anders als in den 1980er Jahren finden große und öffentlich beachtete Streiks mit wirtschaftlichen Auswirkungen überwiegend nicht mehr in der Automobilindustrie und anderen Bereichen der Industrie statt, sondern zunehmend im Sektor öffentlicher und privater Dienstleistungen bzw. in der Daseinsvorsorge. Hier werden Drittwirkungen z. T. nicht nur bewirkt, sie sind Gegenstand des Kalküls. Dritte werden nicht nur „betroffen“, sondern in den Arbeitskampf miteinbezogen. Das gilt nicht nur für die Streiks von Berufsgewerkschaften mit Organisationsstärke in verhandlungsmächtigen Gruppen wie der GDL oder des Marburger Bundes, sondern auch für Streiks in organisationsschwachen Dienstleistungsbereichen. Hier sei insbesondere auf die berühmte „Flash-Mob“-Aktion der Gewerkschaft ver.di in einem Einzelhandelsbetrieb hingewiesen, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu Recht als paradigmatisch behandelt worden ist.⁸⁹

⁸⁷ Vgl. Destatis, Qualität der Arbeit, Geld verdienen und was sonst noch zählt, 2012, S. 54. Zahlen des Statistischen Bundesamts für 2014 auf www.destatis.de. Vgl. Institut der deutschen Wirtschaft Köln (iwkoeln.de/_extendedmedia_resources/226171/index.html).

⁸⁸ Siehe *statista 2016* (<http://de.statista.com/statistik/daten/studie/384248/umfrage/jaehrlich-durch-streiks-ausgefallene-arbeitstage-nach-laendern/>) mit einer Übersicht, die die durch Streik ausgefallenen Arbeitstage der Jahre 2005 bis 2012 kumuliert. So auch schon Bundeszentrale für politische Bildung, *Die Tarifpolitik, Streiks und Aussperrungen: Daten und Fakten*, 2010. Siehe auch die Jahresdurchschnitte 1970/99 in *iw-trends* 3/2001, S. 8.

⁸⁹ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08; siehe *Reim/Ahrendt*, in: Däubler (Hrsg.), *TVG*, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1132, und *Schmitz-Scholemann*, *NZA* 2012, 1001, 1005, die den Flash-Mob als „neue Arbeitskampfform“ bezeichnen. Siehe auch *Rehder/Deinert/Callsen*, 2012, S. 6 ff., 28 f., 85 f.

2.1 Auslagerung und Technologieentwicklung: Fortschreitende Vernetzung in der gesamten Wirtschaft

Aufgrund der zunehmenden Konkurrenz auf den Produktmärkten entwickelte sich in den vergangenen Jahren ein erhöhter Druck auf Unternehmen. Insbesondere in den 1990er Jahren orientierten sich die Unternehmen an japanischen Produktionsmodellen. Neue Flexibilisierungsinstrumente wurden und werden seither eingesetzt, um die Marktposition der Unternehmen zu garantieren bzw. zu steigern. Traditionelle Produktionsweisen scheinen für einen zügig wandelnden Markt ungeeignet, da nicht in angemessener Zeit auf veränderte Umwelten reagiert werden kann. In diesem Zuge sind vermehrt Integrations- und Vernetzungstendenzen aufgetreten, die sich nicht lediglich auf innerbetriebliche Umstrukturierung beziehen, sondern zudem auf betriebsexterne Prozesse.⁹⁰ So entstanden zunehmend interorganisationale Netzwerke zwischen Unternehmen, wie beispielsweise Zulieferer und Abnehmer in der Automobilindustrie.⁹¹ Die unter „Industrie 4.0“ gefasste umfassende IT-Durchdringung von Unternehmensabläufen und Wertschöpfungssystemen schafft die Voraussetzungen für die Erweiterung von Steuerungskapazitäten und Anpassungsflexibilität in einer neuen Qualität.

Neu ist, dass es solche Vernetzungsentwicklungen in einer großen Zahl unterschiedlichster Branchen gibt, wie beispielsweise in der Modeindustrie und im Gesundheitswesen. Auch der öffentliche Dienst lagert einzelne Sektoren zunehmend in externe Dienstleister aus, wie beispielsweise die Abfallwirtschaft, wodurch gewerkschaftliche Organisationsmacht geschwächt wird.⁹²

2.2 Erweiterte Standortflexibilität

Unternehmen haben in den letzten Jahrzehnten ihre geographischen Optionen zur Lokalisierung von Aktivitäten deutlich ausgebaut. Mit der Schaffung von Parallelproduktionen haben sie dabei auch ihre Möglichkeiten, ein und dasselbe Modell an verschiedenen Standorten zu bauen, erweitert. Dies gilt zunächst für die Volumenmodelle, die weltweit in großen Stückzahlen gebaut werden. Nach

⁹⁰ Sauer, in: Böhle/Voß/Wachtler, (Hrsg.), 2010, S. 550.

⁹¹ Ausführlich zu diesen Entwicklungen siehe schon die Beiträge in: Klebe/Roth (Hrsg.), 1987, dort insbesondere das Interview mit Richard Heller und Michael Kittner, S. 104 ff. über General Motors. Zum Strukturwandel in der Automobil-Zulieferindustrie in den 1980er und 1990er Jahren ausführlich auch die Beiträge in Mendius/Wendeling-Schröder, 1991 (dort z. B. Aigner/Kuckelkorn, S. 131 ff. zur weltweiten Verflechtung konzerneigener und selbständiger Lieferbetriebe bei Ford; Sabel/Kern/Herrigel, S. 203 ff zur „kooperativen Produktion“).

⁹² Windeler/Wirth, in: Böhle/Voss/Wachtler, (Hrsg.), 2010, S. 569.

dem Motto „produce where you sell“ wird das Produktionsprogramm gestreut über die Triade (Europa, die Amerikas, Asien) plus China, wobei die Leitfabrik deutscher Hersteller meist nach wie vor in Deutschland angesiedelt ist. Als Flexibilitätsreserve, um Arbeitskämpfen auszuweichen, sind diese „globalen“ Parallelstrukturen allerdings kaum geeignet.

Aber auch innerhalb der regionalen Produktionsverbände, also etwa innerhalb von Europa, existieren Parallelstrukturen, teilweise sogar innerhalb von Deutschland. So hat etwa Daimler für seine Kompaktklasse (A-Klasse, B-Klasse) das Produktionsmonopol des Standorts Rastatt aufgelöst und parallel zum neuen Leitstandort Rastatt Kapazitäten in Ungarn geschaffen. Auch die so genannte „Drehscheiben“-Strategie von Volkswagen, die Kapazitätsspitzen an einen flexiblen „Drehscheiben“-Standort vergibt, gehört in diesen Zusammenhang. Da kann bei einem Modell der Volumenstandort im Tarifbezirk Bayern und die „Drehscheibe“ im Bezirk Baden-Württemberg liegen.

Die Unternehmen haben nicht nur mit Baukasten- und Plattformstrategien die ausufernde Typen- und Modellvielfalt einzugrenzen gelernt. Sie haben auch mit so genannten „Flexi-Linien“ ihre Fähigkeit erhöht, mehrere (in ihrer Architektur verwandte) Modelle, die jeweils nicht die für spezialisierte Linien erforderliche Mindeststückzahl erreichen, auf einer Linie zusammenzufassen.

Im Bereich Forschung und Entwicklung haben die Automobilunternehmen, Endhersteller und großen Zulieferer, mit der Einbeziehung von Entwicklungsdienstleistern an Spielräumen gewonnen, von wem und wo einzelne Aktivitäten ausgeführt werden.⁹³ Die geläufige Vorstellung, IT-gestützte FuE-Aktivitäten seien mittlerweile eine weitgehend ortsunabhängige Tätigkeit, die rund um den Globus und rund um die Uhr erledigt wird, ist eine beliebte Leitidee bei Planern, mit der sie insbesondere bei Routineoperationen Fortschritte erzielen, die im großen Stil aber bis heute immer wieder scheitert.

Unternehmens- und Fabrikplaner haben mit solch geographisch ausdifferenzierten Produktionssystemen die Flexibilität der Unternehmen erhöht, die Frage ist, wie weit damit auch die Kräfteverhältnisse im Arbeitskampf in Bewegung geraten sind. Wir gehen weiter unten darauf ein.⁹⁴

⁹³ Vgl. *Meißner* 2013.

⁹⁴ Siehe III 3.2.1 und 3.2.2.

2.3 Prekarisierung, Leiharbeit, Werkverträge: Ausweichmöglichkeiten und Streikbrucharbeit

Ohne die Debatte um die Erosion des Normalarbeitsverhältnisses an dieser Stelle erneut aufzurollen,⁹⁵ lässt sich zusammenfassend konstatieren, dass die Entwicklung beschäftigungspolitischer Instrumente zu einer Ausdifferenzierung von Beschäftigungsverhältnissen geführt hat, die ebenfalls Auswirkungen auf die Arbeitskämpfparität haben kann.⁹⁶ Die Veränderungen betreffen die Zunahme von Leiharbeit, geringfügiger Beschäftigung und (in begrenzter Weise) Teilzeit- und befristeter Beschäftigung. Hinzu kommt eine brisante Zunahme von Dienst- und Werkverträgen; mit steigender Reglementierung der Leiharbeit scheint das Interesse der Unternehmen an werkvertraglichen Gestaltungen zuzunehmen. Repräsentativerhebungen der amtlichen Statistik für diesen Zusammenhang liegen auch deshalb nicht vor, weil die Bundesregierung dafür im Hinblick auf Onsite-Werkverträge bislang keinen Bedarf sah.⁹⁷ Die vorliegenden Daten⁹⁸ deuten aber darauf hin, dass Onsite-Werkverträge zugenommen haben; von besonderer Brisanz ist dabei die Zunahme von Konstellationen, bei denen integrale Bestandteile der Produktion dauerhaft auf externe, aber auf dem Betriebsgelände ansässige Unternehmen verlagert werden, die damit unmittelbar in den Produktionsablauf integriert sind. Einzelbetriebliche Fallstudien deuten darauf hin, dass für die Zukunft mit einer weiteren Verschiebung zu Nicht-Stammarbeitsplätzen, und dabei insbesondere zu Onsite-Werkverträgen, und mit komplexen Verschränkungen unterschiedlicher Formen atypischer Beschäftigungsformen zu rechnen ist.

Der erhöhte Einsatz dieser Beschäftigungsverhältnisse schmälert und schwächt die Stammebelegschaft der Betriebe. Ein prekäres Arbeitsverhältnis verhindert zwar nicht die Möglichkeit zu streiken, doch ist die Barriere höher als bei Beschäftigten im Normalarbeitsverhältnis. Zudem führt die Spaltung der Belegschaften zu erhöhtem Konkurrenzdruck. Auf Seiten der Stammebelegschaft entwickelt sich eine Exklusions- bzw. Abstiegsangst, da den Beschäftigten täglich vor Augen geführt wird, dass ihre Tätigkeit evtl. von einer Leiharbeitskraft verrichtet werden

⁹⁵ Siehe z. B. *Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer*, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, 2013, S. 43 ff.; siehe dort auch S. 49 ff. zur Auseinandersetzung mit der Diskussion auf dem DJT 2010 (Gutachten und Beschlüsse sind veröffentlicht in DJT 2011).

⁹⁶ Zur Definition von Prekarität in diesem Zusammenhang siehe *Dörre*, in: *Kronauer/Linne* (Hrsg.), 2005, S. 252.

⁹⁷ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE BT-Drs. 17/6714.

⁹⁸ Siehe insbesondere *Koch*, Werkverträge in der Arbeitswelt, 2012; vgl. *Bosch*, 2012, S. 20; IAB-Betriebspanel 2002–2011, S. 35; *Klein-Schneider/Beutler*, WSI-Mittellungen 2/2013, 144 ff.; *Graupner* 2012.

kann. In Bezug auf die Arbeitskämpfparität ergeben sich deutliche Schwächungen auf Beschäftigten- und gewerkschaftlicher Seite. Zum einen schrumpfen die Stammebelegschaften, insbesondere in der produzierenden Industrie, zum anderen gewinnt der Einsatz von „prekär“ Beschäftigten, insbesondere von Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmern sowie von befristet beschäftigten Arbeitnehmer/innen, für den Streikbruch vor allem in Dienstleistungsbereichen, aber auch in der Industrie an Bedeutung.⁹⁹ Teilweise kann so trotz eines Streiks der gesamte Betrieb aufrechterhalten werden.

2.4 Veränderte und nachlassende Bindungskraft von Verbänden

Eine Reihe von Arbeitskämpfen vergangener Jahre ist nicht einer gewachsenen Streikbereitschaft der Gewerkschaften geschuldet, sondern dem Versuch zahlreicher Unternehmen, tarifliche Standards zu unterlaufen.¹⁰⁰ Bemerkenswert ist dabei aber, dass die Stärke der Arbeitgeberseite gerade nicht aus einer Stärke ihrer Verbände, sondern aus deren sinkender Bindungskraft resultiert: Denn die Arbeitgeberseite hat zuletzt nicht mehr mit der Drohung der Aussperrung versucht, die Tarifrunden zu einem ihren Vorstellungen entsprechenden Abschluss zu bringen, sondern mittels der (Drohung einer) Auflösung der Verbandszugehörigkeit.

Die Organisationsbereitschaft in Verbänden hat auf Arbeitgeberseite (branchenspezifisch sehr unterschiedlich) deutlich nachgelassen. Insbesondere im Organisationsbereich des Arbeitgeberverbandes „Gesamtmetall“¹⁰¹ war die Tarifbindung zwischen 1987 und 2008 deutlich rückläufig, in Ostdeutschland stärker als in Westdeutschland.¹⁰² Entgegen der Annahmen des stetigen Mitgliederverlustes ist aber beispielsweise der Organisationsgrad des Bundesarbeitgeberverbandes Chemie (BAVC) relativ stabil. Es kann also nicht generell von einer Erosion der Arbeitgeberverbände gesprochen werden, sondern es müssen die branchenspezifischen Tendenzen Beachtung finden.¹⁰³ Unter Berücksichtigung dieser Unterschiede kann festgestellt werden, dass insbesondere kleine und mittlere Unternehmen sich vermehrt Tarifverträgen entziehen, wohingegen größere Unternehmen meist verbandlich organisiert sind.

⁹⁹ Zur Bedeutung des „alten Themas“ Streikbruch siehe auch *Kittner*, *Arbeitskampf*, 2005, S. 615 ff.; genauer dazu unten III.3.2.4.

¹⁰⁰ *Dribbusch*, *WSI-Mitteilungen* 7/2006, S. 387.

¹⁰¹ Der Sektorenverband Gesamtmetall veröffentlicht als Einziger jährlich die aktuellen Mitgliederzahlen, so dass auf diese Vergleiche Bezug genommen werden muss. Vgl. hierzu auch: *Silvia*, in: *Schroeder/Weßels* (Hrsg.), 2010, S. 169 (S. 175 f.).

¹⁰² *Silvia*, in: *Schroeder/Weßels* (Hrsg.), 2010, S. 169 (S. 175). Genauer dazu III.3.2.3.

¹⁰³ *Zimmer*, 2002, S. 93; *Silvia*, in: *Schroeder/Weßels* (Hrsg.), 2010, S. 169 (S. 176).

Die These, dass Unternehmen aus konjunkturellen Gründen aus den Verbänden aussteigen, wird dabei mittlerweile als widerlegt angesehen.¹⁰⁴ Vielmehr geht es um ein erhöhtes Interesse an von tariflichen Bindungen unbeeinträchtigtter Flexibilität. In der Folge haben sich die Arbeitgeberverbände zum Teil selbst dem Tarifsystem entzogen, ohne ihre übrigen Services und Dienstleistungen aufzugeben: Mit der OT-Mitgliedschaft halten viele Verbände für die Arbeitgeber eine Organisation ohne Tarifbindung bereit.¹⁰⁵ Sogar für den sog. „Blitzwechsel“¹⁰⁶ haben viele Verbände durch die Einräumung von Sonderkündigungsrechten die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen, „dass Unternehmen unmittelbar nach Nennung einer unliebsamen Gewerkschaftsforderung bzw. kurz vor Abschluss eines aus ihrer Sicht inakzeptablen Tarifvertrages, den Verband verlassen können.“¹⁰⁷ Der Wechsel von einer „traditionellen“ Mitgliedschaft zu einer Mitgliedschaft ohne Tarifbindung bringt – zumindest auf den ersten Blick – für einen Arbeitgeber einige Vorteile mit sich: Der Druck gegenüber den Gewerkschaften wird erhöht, die Betriebe haben „freie Flucht“ aus den Tarifen,¹⁰⁸ müssen jedoch nicht auf Beratungsangebote und Hilfe des Arbeitgeberverbandes verzichten. Dass hierdurch die Kampfparitäten zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeber(verbände)n verändert werden, liegt auf der Hand. Sehen sich die Gewerkschaften doch vor der Notwendigkeit, Tarife vermehrt auf einzelbetrieblicher Grundlage (in so genannten „Häuserkämpfen“) durchzusetzen, mit der Konsequenz, dass Organisationsgrad und Streikfähigkeit im jeweils einzelnen Betrieb ins Spiel gebracht werden können.

Von einem generellen Bedeutungsverlust der Verbände kann jedoch nicht die Rede sein. Zum einen behaupten mitglieder- und organisationsstarke Gewerkschaften wie IG Metall oder IG BCE weiterhin beträchtliche Verhandlungsmacht und Gestaltungskraft. Zum anderen erscheinen kleine, bewegliche Sparten- oder Unternehmensgewerkschaften, die in den Bereichen der öffentlichen Güter und Infrastrukturen

¹⁰⁴ *Schroeder/Silvia*, in: Schroeder/Wefels (Hrsg.), 2010, S. 244 (S. 262).

¹⁰⁵ Rechtsdogmatisch wird die Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden damit begründet, dass der Verband seine Tarifzuständigkeit in persönlicher Hinsicht auf einen Teil seiner Mitglieder beschränken könne, siehe BAG 23.10.1996 – 4 AZR 409/95 (A), II.2.1.2. mit Verweisen auf die Literatur; BAG 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225; BAG 26.8.2009 – 4 AZR 294/08; BAG 22.4.2009 – 4 AZR 111/08.

¹⁰⁶ Siehe BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07; BAG 26.8.2009 – 4 AZR 285/08; BAG 18.5.2011 – 4 AZR 457/09.

¹⁰⁷ *Schroeder/Silvia*, in: Schroeder/Wefels (Hrsg.), 2003, S. 244 (S. 265). Zum rechtlichen Rahmen dieser Entwicklung siehe *Deinert/Walser*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, 2015; *dies.*, AuR 2015, 386 ff.; siehe dazu auch *Dorssemont/Walser*, SR 2015, 41 ff.

¹⁰⁸ *Berg*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, Teil 1 Grundlagen, Rn. 176.

die Verwundbarkeit moderner Gesellschaften für sich zu nutzen wissen, heute stärker denn je. Wer den Flugverkehr oder die Bahnverbindungen lahm legen kann, der hat ebenso Verhandlungsmacht wie die Vertreter/innen spezifischer Professionsgruppen, die beispielsweise als Ärztinnen und Ärzte die Verfügbarkeit des öffentlichen Gutes Gesundheit garantieren.

Nachdem das BAG mit Beschluss vom 23. Juni 2010 seine Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb aufgegeben hatte,¹⁰⁹ zeigte dies zwar nicht sofort Auswirkungen in den Betrieben.¹¹⁰ Es wird aber vielfach davon ausgegangen, dass sich dadurch die Arbeitskämpfparitäten verändert haben, wenn auch nicht mit eindeutigen Konsequenzen. So gibt es Konstellationen, in denen es für eine Gewerkschaft erheblich schwerer sein kann ein gutes Tarifergebnis zu erzielen, wenn eine andere Organisation niedrigere Tarifforderungen stellt, auf die der Arbeitgeber schnell einzugehen bereit ist; das Druckpotenzial einer Tarifgemeinschaft entfällt durch die Tarifpluralität teilweise.¹¹¹ Den Berufsverbänden wird so auch vorgeworfen, „Sonder- oder Standesinteressen auf Kosten der übrigen Beschäftigten zu verfolgen, Solidarität, betriebliche Kampfkraft und die Tarifeinheit zu gefährden“.¹¹²

Auch Personalmanager/innen befürchten nach einer Befragung der Deutschen Gesellschaft für Personalführung (DGFP) aufgrund der Tarifpluralität erhöhten Verhandlungsaufwand und auf Seite der Beschäftigten eine „Spaltungsentwicklung“. Zudem befürchten mehr als die Hälfte der Befragten negative Auswirkungen für den Betriebsfrieden.¹¹³ Entsprechend meinen Arbeitgeber, durch die Gewerkschaftskonkurrenz habe sich das Paritätsverhältnis zu ihrem Nachteil geän-

¹⁰⁹ BAG 23.6.2010 – 10 AS 2/10, 10 AS 3/10 unter Aufgabe der zuvor ständigen Rechtsprechung (BAG 22.2.1957 – 1 AZR 426/56; BAG 24.9.1975 – 4 AZR 471/74; BAG 29.11.1978 – 4 AZR 304/77; BAG 14.6.1989 – 4 AZR 200/89).

¹¹⁰ Vgl. RWI-Bericht, Empirische Analyse der Auswirkung der Tarifpluralität auf das deutsche Tarifvertragssystem und auf die Häufigkeit von Arbeitskämpfen, 2011, S. 3.

¹¹¹ *Deinert*, RdA 2011, 12 (14); in der Leiharbeit, wo die „Dumping-Tarifverträge“ der CGZP auch die DGB-Gewerkschaften unter erheblichen Zugzwang setzten, besteht allerdings auf Grund der gesetzlichen Tariföffnungsklausel eine besondere Situation, die nicht auf andere übertragbar ist (vgl. *Schüren*, in: Oetker/Preis/Rieble, 50 Jahre BAG, 2004, 877 (877 in Fn. 3); *Schüren*, RdA 2006, 303 (305)).

¹¹² *Berg*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, Teil 1 Grundlagen, Rn. 181; *Scheele*, NZA-Beil. 2010, 3 (5): Die Solidarität der Belegschaft innerhalb eines Betriebs sei „das erste Opfer“.

¹¹³ DGFP, Tarifpluralität - Handlungssichten aus Sicht des Personalmanagements, 2011, S. 5.

dert. Wenn die Friedenspflicht der einen Gewerkschaft eine konkurrierende Gewerkschaft nicht an einem Streik hindert,¹¹⁴ befürchten sie permanente Tarifausinandersetzungen im Betrieb¹¹⁵ und „Streikwildwuchs“, insbesondere in Situationen eines Überbietungswettbewerbs, in denen Gewerkschaften, die kleine spezialisierte, kampffähige und durchsetzungsfähige Gruppen vertreten, den Arbeitskampf nutzen, um konkurrierende Tarifverträge zu erstreiten. „Handelt es sich [...] um komplementäre Arbeitnehmergruppen, so wird ihre Position durch getrennte Vertretungen gestärkt, da jede der getrennt voneinander agierenden Gruppen den gesamten Betrieb weitgehend lahm legen kann.“¹¹⁶

Die Rechtsprechungsänderung und ihre möglichen Folgen sind vor diesem Hintergrund kontrovers diskutiert worden. Verschiedene Gesetzesvorschläge sind seither entwickelt worden, die in aller Regel das Arbeitskampfrecht betreffen,¹¹⁷ und sich häufig mit Fragen der Friedenspflicht beschäftigen.¹¹⁸ Auch der Vorschlag, den DGB und BDA im Jahr 2010 vorlegten, beabsichtigte in arbeitskampfrechtlicher Hinsicht die Friedenspflicht auszudehnen.¹¹⁹ Weitere rechtspolitische Forderungen betreffen die Beschränkung des Streikrechts der (Berufsgruppen-) Gewerkschaften, bzw. allgemein Beschränkungen des Streikrechts in Bereichen der sogenannten „Daseinsvorsorge“ (z. B. verbindliche Urabstimmungen, zwingende Schlichtungsverfahren sowie Zwangstarifgemeinschaften konkurrierender Gewerkschaften).¹²⁰ Seit Juli 2015 gilt mit § 4a TVG nun eine Regelung zur

¹¹⁴ Kocher, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 169.

¹¹⁵ Deinert, RdA 2011, 12 (13).

¹¹⁶ Herold/Völker, Tarifeinheit oder Tarifpluralität. quo vadis Tarifrecht? 2011, S. 8 f.; RWI-Bericht, Empirische Analyse der Auswirkung der Tarifpluralität auf das deutsche Tarifvertragssystem und auf die Häufigkeit von Arbeitskämpfen, 2011, S. 10 f.

¹¹⁷ Neben dem Gemeinsamen Eckpunktepapier von BDA und DGB v. 4.6.2010, RdA 2010, 315, auch die Professoreninitiative der Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung in 2011: Bayreuther u. a., Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, S. 44.

¹¹⁸ Scheele, NZA-Beil. 2010, 3 (5).

¹¹⁹ Gemeinsames Eckpunktepapier von BDA und DGB v. 4.6.2010, RdA 2010, 315. Dieser Vorschlag wird von Seiten des DGB allerdings nach innergewerkschaftlicher Kritik seit Juni 2011 nicht mehr unterstützt. Stattdessen wandte sich der 19. Ordentliche Bundeskongress des DGB 2010 dann „gegen alle Einschränkungen des gewerkschaftlichen Streikrechts auf europäischer und nationaler Ebene“ (vgl. Berg, in: Berg/Kocher/Schumann [Hrsg.], TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, Teil 1 Grundlagen, Rn. 221, 227).

¹²⁰ So der Hauptgeschäftsführer Handke des Bundesverbandes Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen (BGA), Handelsblatt 24.2.2010.; vgl. Professoreninitiative (Bayreuther u. a., Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011); Bayreuther, NZA 2008, 12 (16 f.); Franzen, ZfA 2009, 297 (316); Hromádka, NZA 2008, 384 (389 f.); Kamanabrou, ZfA 2008, 241; Meyer, NZA 2009, 993; dazu schon kritisch Zachert, in: FS Wendeling-Schröder, 2009, S. 23 (S. 25 ff.). Für einen Überblick siehe Berg, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, Teil 1 Grundlagen, Rn. 221 ff.

Tarifeinheit, deren Auswirkungen auf das Arbeitskampfrecht kontrovers diskutiert werden.¹²¹

3. Bedeutung der Veränderungen für die Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III

Eine Untersuchung zur Rolle des § 160 Abs. 3 SGB III betrifft lediglich einen Teilbereich jener Gesamtentwicklung und der in ihr angelegten Fernwirkungsdynamiken, nämlich deren Konsequenzen für die Machtverhältnisse und gewerkschaftlichen Durchsetzungsmöglichkeiten im Hinblick auf branchenbezogene Flächen- bzw. Verbandstarifverträge in Industrien, in denen mehr oder weniger intensive Vernetzungen von Produktionsabläufen bzw. Wertschöpfungsketten innerhalb desselben tarifrechtlichen Regulierungsrahmens auftreten. Das gilt in Deutschland vor allem für die Metall- und Elektroindustrie, mit der Automobilwirtschaft als wirtschaftlichem Kernbereich. Die mit dem § 160 SGB III aufgeworfenen Fragen nach der Vertretungsfähigkeit von Gewerkschaften in diesem für die deutsche Ökonomie und das Beschäftigungssystem insgesamt wichtigen Bereich sind hier deshalb exemplarischer Gegenstand der empirischen Untersuchung.

Befragt wurden insgesamt 21 Gesprächspartner/innen: 17 Vertreter/innen der IG Metall (10 Hauptamtliche, 6 Betriebsratsmitglieder, 1 Vertrauenskörperleiter), 2 Betriebsratsmitglieder aus zwei Betriebsstätten eines Systemzulieferunternehmens aus der Kunststoffindustrie, 1 Unternehmensvertreter (Geschäftsführung Entwicklungsdienstleister) und 1 Geschäftsführer eines regionalen Metallarbeitgeberverbandes. Die Gespräche hatten als leitfadengestützte problemzentrierte Interviews im Sinne Witzels¹²² explorativen Charakter und orientierten sich an einem je nach Zuständigkeit, Erfahrungshintergrund und Schwerpunktsetzung des Gesprächspartners flexibel gehandhabten Leitfaden. Über die Betriebsbetreuung der hauptamtlichen Gesprächspartner/innen sowie die Unternehmenszugehörigkeit der Betriebsräte bzw. des Vertrauenskörperleiter wurden sowohl End-

¹²¹ Zur Debatte um die Auswirkungen des § 4a TVG auf das Arbeitskampfrecht s. *Ewer*, NJW 2015, 2230 (2231 ff.); *Fischinger/Monsch*, NJW 2015, 2209 ff.; *Greiner*, RdA 2015, 36 (40 f.); *Greiner*, NZA 2015, 769 (776 f.); *Konzen/Schliemann*, RdA 2015, 1 (11 f.); *Mückl/Koddenbrock*, GWR 2015, 6 (8 f.); *Schliemann*, NZA 2014, 1250 (1252); *Treber*, in: *Schaub, ArbR-Hdb*, 16. Aufl. 2015, § 203 Rn. 63. In den Streiks im Bahn- und Flugbetrieb im Sommer 2015 zeigte die Norm noch keine Auswirkungen.

¹²² *Witzel*, Das Problemzentrierte Interview, FQS 1 (1) Art. 22, 2000.

hersteller (3) als auch Zulieferer (3) sowie ein Entwicklungs-Dienstleister berücksichtigt.

3.1 Bedeutung des § 160 Abs. 3 SGB III in den letzten Jahrzehnten: eine Norm für die Automobilindustrie

Der Norm des § 160 Abs. 3 SGB III liegt eine Partizipationsannahme zugrunde. Fernwirkungen fallen nur unter den folgenden zwei Bedingungen unter diese Norm:

- Fernwirkungen treten innerhalb des fachlichen und außerhalb des räumlichen¹²³ Geltungsbereichs des jeweiligen Flächentarifvertrages innerhalb Deutschlands auf.
- Es wird regional, aber koordiniert verhandelt. Dies ist nur für die Verhandlung von Flächentarifverträgen relevant. Es reicht nicht aus, dass ein fachlicher Geltungsbereich durch konkurrierende Gewerkschaften organisiert wird oder fachliche Geltungsbereiche eng gestrickt sind.¹²⁴ Die Voraussetzung regionaler, koordinierter Verhandlungen ist ein Charakteristikum eines starken Flächentarifvertragssystems, wie es in Deutschland nach wie vor zum Leitbild des Arbeitsrechts gehört.¹²⁵

Die Frage nach der gewerkschaftlichen Arbeitskämpfungsfähigkeit und ihrer Beeinträchtigung durch § 160 Abs. 3 SGB III stellt sich deshalb allein im Zusammenhang mit branchenbezogenen Flächen- bzw. Verbandstarifverträgen.

Diese Voraussetzungen liegen in Deutschland unzweifelhaft im tariffachlichen Bereich der Metall- und Elektroindustrie vor, weil sowohl die Automobilendfertiger wie auch ein großer Teil ihrer Zulieferunternehmen in diesen Bereich fallen.¹²⁶

¹²³ Für Fernwirkungen im fachlichen und räumlichen Geltungsbereich gilt bereits § 160 Abs. 2 SGB III.

¹²⁴ Im Fall bundesweiter Tarifverhandlungen findet ohnehin bereits § 160 Abs. 2 SGB III Anwendung.

¹²⁵ *Deinert*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, K 11; siehe auch *de Beaugard*, NZA 2003, 617 (621): „Die Rechtsprechung, insbesondere des BAG, ist in der jüngeren Zeit von dem Bemühen gezeichnet gewesen, den verbandstragenen Flächentarif weiterhin als Leitbild des Tarifrechts zu sichern.“ Diese Bedeutung des Flächentarifvertrags wird durch die Zunahme von Öffnungsklauseln nicht grundsätzlich berührt, da diese den Flächentarifvertrag als Referenzrahmen voraussetzen.

¹²⁶ Genauer dazu unten unter III.4.2.

Die Untersuchung der Automobil- bzw. des Tarifbereichs der Metall- und Elektroindustrie hat aber nicht nur Bedeutung als ein beispielhafter Anwendungsfall der Norm, deren Schlussfolgerungen auf andere Anwendungsfälle übertragbar sein können. Die dort bestehenden Probleme stellen mehr als – wenn auch nicht unbedeutende – Sonderprobleme dar, da die Arbeitskampfbedingungen in der Metall- und Elektroindustrie für die Funktion des tarifpolitischen Systems der Bundesrepublik insgesamt zumindest bislang von maßgeblicher Bedeutung sind. Dieses stellt sich dar als „ein kooperatives Aushandlungssystem, das ab und zu in exemplarischen Arbeitskämpfen neu justiert wird“.¹²⁷ Diese exemplarischen Arbeitskämpfe fanden in der Vergangenheit ganz überwiegend im Bereich der Metall- und Elektroindustrie statt.¹²⁸

3.2 Auswirkungen der Veränderungen in der Automobilindustrie auf die kalte Aussperrung

Es ist also zu fragen, inwieweit die beschriebenen Veränderungen von Wertschöpfungszusammenhängen und Arbeitsbeziehungen für die Konstellationen der kalten Aussperrung in der Automobilindustrie bzw. im Tarifbereich der Metall- und Elektroindustrie von Bedeutung sein können. Auswirkungen können sich auf unterschiedlichen Wegen ergeben:

- Entwicklungen können Auswirkungen auf die Arbeitskampffähigkeit haben, weil Fernwirkungen verstärkt werden und deshalb die IG Metall in der Wahl ihrer Arbeitskampfstrategien und damit ihren Handlungsmöglichkeiten stärker eingeschränkt wird.
- Entwicklungen können auch deshalb Auswirkungen auf die Arbeitskämpfparität in der Automobilindustrie haben, weil die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf verbessert oder vermehrt werden.

3.2.1 Wirtschaftliche Verflechtungen

3.2.1.1 Vervielfältigung von Fernwirkungen i. S. d. § 160 Abs. 3 SGB III

Von besonderer Relevanz für die Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III sind die Entwicklungen wirtschaftlicher Verflechtungen und Vernetzungen. Sie sind bereits im Urteil des BVerfG von 1995 als wesentlicher Gesichtspunkt benannt; bei

¹²⁷ *Kädler*, in: Schroeder (Hrsg.), Handbuch Gewerkschaften in Deutschland, 2. Aufl. 2014, S. 428.

¹²⁸ Zur Bedeutung der Arbeitskämpfe in der Metallindustrie siehe auch *Kittner*, Arbeitskampf, 2005, S. 657, wonach diese „das Arbeitskämpfgeschehen nicht nur quantitativ sondern auch qualitativ [dominiert]“.

fortschreitender Vernetzung liege die Annahme von Verfassungswidrigkeit nahe.¹²⁹

Als Kehrseite von Outsourcing, der Neuzusammensetzung von Wertschöpfungsketten im Zuge technologischen Wandels sowie der Ausbreitung lagerloser Zulieferbeziehungen nehmen Ausmaß und Dichte von Vernetzungsbeziehungen in der Wirtschaft zu. So haben etwa die möglichen Fernwirkungen eines hypothetischen Streiks in der Chemieindustrie als generischer Zulieferindustrie, die seit jeher hoch zu veranschlagen waren, im zurückliegenden Jahrzehnt sicherlich noch zugenommen. Da diese weitestgehend außerhalb der Branche und der auf sie bezogenen Tarifverträge anfallen würden, sind sie für die Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III allerdings nicht von Belang. Anders ist dies jedoch bei Verflechtungen innerhalb ein und desselben fachlichen Geltungsbereichs tariflicher Regulierung wie in der Automobilwirtschaft.¹³⁰ Mit der Ausnahme von Volkswagen fallen hier sowohl die Endfertiger, also die eigentlichen Automobilunternehmen, wie auch ein großer Teil der Zulieferunternehmen in denselben fachlichen Geltungsbereich tariflicher Regulierung (die Tarifverträge für die Metall- und Elektroindustrie).

Übereinstimmung unter befragten Experten und Expertinnen sowie in einschlägigen, auf empirische Daten gestützten Veröffentlichungen besteht darin, dass der Vernetzungsgrad der Automobil- und Automobilzulieferindustrie seit Mitte der 1990er Jahre exponentiell zugenommen hat. Zwar ist die Datenlage schwierig, insbesondere auch weil Fertigungs- und Entwicklungstiefe als geschäftspolitisch strategische Stellhebel gelten, die Unternehmen kaum offenlegen. Für die Identifizierung und Spezifizierung der Grundlinien dieser Entwicklung in dem für die hier verfolgte Fragestellung erforderlichen Maße reichen die betreffenden Informationen jedoch aus. Diese Entwicklung hat eine Reihe unterschiedlicher Facetten.

Erstens ist das Outsourcing (onshore und offshore) weiter vorangetrieben worden. Dies ist zwar keine Einbahnstraße, der Trend aber ist deutlich: Die Fertigungstiefe der Markenhersteller sinkt weiter. In einem unterschiedliche Studien resümierenden Beitrag konstatieren Kinkel et al. einen

¹²⁹ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c)bb).

¹³⁰ Wir verwenden hier im Anschluss an Göpfert und Grünert den Begriff „Automobilwirtschaft“, um dem herkömmliche Branchenklassifizierungen übergreifenden Charakter dieses „Wertschöpfungssystems“ Rechnung zu tragen (Göpfert/Grünert, in: Göpfert [Hrsg.], Logistik der Zukunft – Logistics for the Future, 6. Aufl. 2012).

„grundlegenden Wandel der Wertschöpfungsarchitektur“ hin zu „netzwerkförmigen Abnehmer-Zulieferanten-Konfigurationen, in denen die Zuliefererbetriebe verstärkt Wertschöpfungsaufgaben übernehmen [...]. Nach Einschätzung aktueller Expertenstudien wird von einer Zunahme des Lieferantenanteils an der gesamten Wertschöpfung von aktuell [2007] ca. 65 Prozent auf 75 Prozent im Jahr 2010 bzw. 77 Prozent im Jahr 2015 ausgegangen (CAR/PWC 2002; McKinsey/PTW 2003). Den VDA-Studien ‚HAWK 2015‘ und ‚FAST 2015‘ nach zu urteilen, setzt sich der Trend nicht nur weiterhin fort, sondern mündet in einem ‚radikalen Umbruch‘ der Wertschöpfungskette im Automobilbereich“.

Die Autoren selbst gehen bei strikterer Fassung der Verflechtungsbeziehungen von einem auf die Endfertiger entfallenden Wertschöpfungsanteil zwischen 17 und 18 Prozent aus.¹³¹ Der Verband der Automobilindustrie (VDA) selbst beziffert in seinem Jahresbericht von 2008 für 2002 den betreffenden Wert mit knapp über 20 Prozent und geht für die Folgejahre von einem bei 22 Prozent angesiedelten Niveau aus. Wichtiger als die exakten Niveauangaben ist für den vorliegenden Zusammenhang die Veränderungsdynamik im betrachteten Zeitraum. Und da ist die Diagnose eindeutig: Seit Mitte der 1990er Jahre ist die Fertigungstiefe bei den Endfertigern nochmals um rund ein Drittel zurückgegangen, ausgehend von einem Niveau, auf dem das BVerfG die Arbeitskämpfungsfähigkeit der IG Metall lediglich „noch“ nicht in einer die Grundrechtsgarantie berührenden Maße beeinträchtigt sah.

Nicht in jedem Fall ist dies ein Resultat von Outsourcing im strengen Sinn, von Verlagerung zum Zulieferer. Denn nicht in jedem Fall wurde eine Zuliefer-Aktivität vorher in-house erledigt. Vielmehr ändert sich die technologische Zusammensetzung eines Automobils im Laufe der Zeit, die Ausstattung steigt, das Endprodukt wird komplexer. Und etliches der neuen Komplexität wird gleich vom einschlägigen Zulieferer erledigt. Elektronikteile und -komponenten z. B. kommen typischerweise gleich vom Elektronikzulieferer. Das bedeutet auch: Mit steigendem Elektronikgehalt verringert sich ceteris paribus die Fertigungstiefe des Endfertigers. Und der Elektronikgehalt steigt. Outsourcing wiederum wird auch dadurch weiter forciert, dass es nicht mehr nur um klassische Produktion geht, sondern zunehmend auch Dienstleistungen unterschiedlicher Art, die in der Vergangenheit meist in-house gehalten wurden: Logistik, Instandhaltung, Produktentwicklung.

¹³¹ Kinkel/Zanker, Globale Produktionsstrategien in der Automobilzulieferindustrie, 2007, S. 24; für einen Überblick zum aktuellen Stand der Entwicklung siehe auch Blöcker, WSI-Mitt. 2015, 534 ff. (535 f.).

Unabhängig davon, ob – wie im Fall der Elektronik – die Bedeutungszunahme externer oder die Verlagerung bislang interner Leistungen nach außen dafür verantwortlich ist: Die absolute und relative Zunahme des Bezugs von Modulen und damit die Verlagerung von Integrationsleistungen und Montageumfängen auf Zulieferer ist eine durchgängige Tendenz. Göpfert und Grünert¹³² geben für die Zeit von 1998 bis 2008 eine Zunahme des betreffenden Anteils am Gesamtbeschaffungswert der Automobilhersteller von 33,5 auf 38,5 Prozent an, bei ungebrochener Tendenz.

Darüber hinaus ändert sich die Art der Vernetzung: Die Unternehmen radikalisieren ihre Wertschöpfungsnetze mit dem weitgehenden Übergang zur lagerlosen Belieferung in der Form von Just-in-time- und Just-in-sequence-Strategien. Dabei handelt es sich um eine allgemeine Tendenz, die aber desto ausgeprägter ist, je komplexer die Zulieferungen sind. Während einfache Zulieferteile wie etwa Schrauben im Jahr 2008 noch zu gut 50 Prozent (nach immerhin 72 Prozent noch zehn Jahre zuvor) über konventionelle Belieferung mit Lagerhaltung bezogen werden, dominiert bei komplexen Modulen wie Sitzsystemen der Bezug Just-in-sequence (75 Prozent) und Just-in-time (20 Prozent). Der Gesamtbeschaffungswert, der auf diese beiden Bezugsformen entfällt, ist zwischen 1998 und 2008 von knapp einem Drittel auf mehr als die Hälfte (55 Prozent) angewachsen.¹³³ Die unter „Industrie 4.0“ gefassten Entwicklungen versprechen insofern noch einmal erhöhte Steuerungs- und Anpassungsflexibilität.¹³⁴

Eine weitere zentrale Tendenz besteht schließlich im Übergang zum Bezug bei nur einem Lieferanten, auch hier umso konsequenter, je komplexer die Bezugsgegenstände sind. Während selbst bei Einzelteilen knapp 65 Prozent über single-sourcing und nur mehr knapp 7 Prozent über multiple-sourcing bezogen werden, betragen die betreffenden Werte für Komponenten 69,7 bzw. 2,3 und für Module 91,4 bzw. 0,5 Prozent.¹³⁵ Die zeitweilig zumindest propagierte dual- bzw. multiple-source-Strategie als Absicherung (u. a.) gegen mögliche Arbeitskämpfe ist – unabhängig davon, inwieweit sie tatsächlich praktisch verfolgt worden ist – heute unter Kostengesichtspunkten weitgehend ad acta gelegt. Es kann angenommen werden, dass der rechtliche Schutz der Unternehmen vor unerwünschten wirtschaftlichen Konsequenzen dieser strategischen Ausrichtung im Arbeitskampf (den § 160 Abs. 3 SGB III gewährleistet) deren Intensivierung zumindest nicht behindert hat.

¹³² Göpfert/Grünert, 2012, S. 139–178.

¹³³ Göpfert/Grünert, 2012, S. 170 f.

¹³⁴ Siehe Nachweise in Fn. 84.

¹³⁵ Göpfert/Grünert, 2012, S. 172–174.

Insgesamt sehen wir so erhöhte organisationale Fragmentierung, erhöhte geographische Fragmentierung und erhöhte zeitlich starre Verknüpfung (bei widersprüchlichen Lokalisierungseffekten). Die Zahl der beteiligten Unternehmen wächst, der Einzugsbereich, über den sie verteilt sind, ebenfalls, zugleich mit steigenden Ansprüchen an die zeitliche Integration der in dieser Weise verteilten Prozesse. Das alles erhöht die Fragilität des Zusammenhangs und damit das Risiko von Fernwirkungen. Dazu trägt nicht zuletzt der ausgeprägte Trend zum single-sourcing bei, mit dem sich die Abhängigkeit von jeder einzelnen Zulieferbeziehung drastisch erhöht.

3.2.1.2 Erweiterte Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite

Komplexität und Intensität der Verflechtung der Wertschöpfungs-systeme der Automobilwirtschaft haben in der Zeit seit dem BVerfG-Urteil bzw. dem Referenzarbeitskampf von 1995 also nochmals dramatisch zugenommen. Allerdings erhöht sicherlich nicht jede Vernetzung die Anfälligkeit des Systems. In der Tat gibt es Wege der Vernetzung, die Interdependenzen in Wertschöpfungsketten eher entschärfen und den Unternehmen erweiterte Optionen eröffnen. Wirtschaftliche Verflechtungen im Sinne von Produktionsverbänden bzw. Netzwerken im Prinzip äquivalenter Produktionsstandorte können in zweierlei Hinsicht die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf erweitern: über die Kompensation streikbedingter Produktionsausfälle; sowie – bislang relevanter – über die latente Verlagerungsoption, die in die Machtverhältnisse zwischen Unternehmen und Arbeitnehmervertretungen/Gewerkschaften als struktureller Faktor eingeht.

Konnte man früher etwa mit dem Bestreiken zentraler IT-Funktionen erhebliche Wirkungen erzielen, so bietet das Einklinken in dezentrale IT-Strukturen den Unternehmen heute flexible Ausweichmöglichkeiten. Die Nutzung der Cloud belebt den Traum vom aller konkreten Standortbindungen enthobenen „footloose enterprise“. Auch standardisierte Produktionssysteme ermöglichen zum Teil kurzfristige Verlagerungen. Vernetzungen, die bestehende Abhängigkeiten reduzieren oder gar auflösen und den Unternehmen neue Optionsräume eröffnen können, gibt es durchaus. Da es hier in erster Linie um Handlungsspielräume im europäischen Kontext geht, wird hierauf unter 3.2.2.2. noch genauer eingegangen.

Fazit insgesamt: Die Entwicklung von Netzwerken geht weniger in die Richtung von Modularität, Entkopplung und Unabhängigkeit und mehr in Richtung Integration, Verkopplung und Abhängigkeit. Erweiterte Freiheitsspielräume gewinnen Unternehmen nicht durch mehr Autonomie, sondern durch kollaborative Gestaltung von Abhängigkeiten.

3.2.2 Erweiterte Standortflexibilität

3.2.2.1 Keine zusätzlichen Fernwirkungen im Sinne von kalter Aussperrung

Entwicklungen der Globalisierung und Europäisierung können den Kreis der Unternehmen, die von kalter Aussperrung betroffen sein können, nicht erweitern. In aller Regel werden bei internationaler Vernetzung die für die Parität relevanten Fernwirkungen sogar eher verringert, denn im Ausland werden in der Regel keine koordinierten Tarifverhandlungen mit gleichartigen Forderungen stattfinden. Auch gelten im Ausland weder die Grundsätze des BAG zum Arbeitskampfisiko im Annahmeverzug noch das SGB III. Ein tarifpolitisch relevanter Druck entsteht durch Fernwirkungen nur, wenn die Rechtsordnung des Staates, in dem der Betrieb sitzt, einerseits das Entgeltrisiko in diesen Fällen den Arbeitnehmern zuweist und andererseits den entstehenden Entgeltverlust nicht durch staatliche Ersatzleistungen auffängt.¹³⁶ Diese Problematik ist dann aber nicht im deutschen Recht lösbar.

3.2.2.2 Standortverlagerung und deren Androhung als Arbeitskämpfungsmittel

Entwicklungen der Globalisierung und Europäisierung können aber die Arbeitskämpfparität in der Automobilindustrie insofern beeinflussen, als sie Handlungs- und Ausweichmöglichkeiten der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf erweitern und damit zu Lasten der Gewerkschaftsseite wirken können.

Mit dem Aufbau von Produktionsverbänden aus funktional äquivalenten Standorten mit zum Teil paralleler Produktion haben sich die Unternehmen in der Automobil- und mehr noch in der Automobilzulieferindustrie die Möglichkeit eröffnet, Produktionsverlagerungen als überaus wirksame Drohung ins Spiel zu bringen.¹³⁷ Dabei stellt die einschlägige Literatur vor allem mittelfristige, periodisch anfallende Entscheidungen über die Ansiedelung bestimmter Produktionen in den Mittelpunkt. Die dadurch latent auf Dauer gestellte Standortkonkurrenz hat

¹³⁶ Zudem ist, selbst wenn Fernwirkungen im Ausland entstehen, unklar, ob mittelbar betroffene Arbeitnehmer/innen im Ausland tatsächlich auch politischen Druck auf die Gewerkschaften in Deutschland ausüben (können).

¹³⁷ Siehe dazu schon oben unter III.2.2. Zu den Möglichkeiten einer Verlagerung der Produktion in nicht bestreikte Betriebe, Regionen oder Staaten siehe für die Automobilindustrie auch *Detje/Ehlscheid/Unterhinninghofen*, 2002, S. 42 ff. Vgl. *Jacobs*, in: *Rieble* (Hrsg.), 2005, S. 93, der allerdings im Ergebnis (S. 107) die Einordnung als Arbeitskämpfungsmittel verneint; siehe auch *Ahlers/Oez/Ziegler*, 2007 mit empirischen Daten zur Wirksamkeit solcher Androhungen.

die Kräfteverhältnisse zwischen Unternehmen und Arbeitnehmervertretungen zu Lasten der letzteren nachhaltig verändert.¹³⁸

So sind die Montagewerke von Endherstellern zumindest unterhalb des Premiumsegments heute auf kontinentaleuropäischer Ebene überwiegend so ausgelegt und vernetzt, dass die Möglichkeit der Verlagerung der Fertigung eines Modells von einem Standort zu einem anderen als Grundlage der periodischen Revision entsprechender Standortentscheidungen ausdrücklich vorgesehen ist. Im Rahmen der an unterschiedlichen Standorten vorhandenen Kapazitätsreserven besteht somit im Prinzip durchaus die Möglichkeit, arbeitskampfbedingte Produktionsausfälle in deutschen Werken z. B. in mittelost- oder südeuropäischen Betrieben aufzufangen. Das gilt nach Auskunft befragter Betriebsräte und gewerkschaftlicher Unternehmensbetreuer dort, wo dieselben oder sehr ähnliche Modelle auf identischen Plattformen bereits an mehreren Standorten hergestellt werden. Allerdings braucht der Transfer von einem Standort zum anderen auch in diesen Fällen seine Zeit, er ist nicht „digital“ und kurzfristig möglich.

Entsprechendes gilt selbst für elektronische Teilprodukte wie bestückte Leiterplatten, die zwar hoch modular sind und für deren Produktion auch das weltweit genutzte Equipment weitgehend standardisiert ist. Aber die Anforderungen an Qualität und Zuverlässigkeit der Produkte unter oft widrigen Anwendungsbedingungen und oft strengen Sicherheitsanforderungen rauben einem Transfer schnell seine scheinbare Trivialität.

3.2.3 Veränderte und nachlassende Bindungskraft von Verbänden (Tarifpluralität und Verbandsaustritte)

Tarifpluralität wird in aller Regel nicht zur Konsequenz haben, dass auf § 160 Abs. 3 SGB III zurückgegriffen werden kann bzw. muss.¹³⁹ Denn die Tarifverhandlungen werden durch konkurrierende Gewerkschaften in der Regel nicht koordiniert mit gleichartigen Forderungen geführt.¹⁴⁰

Tariffucht durch Verbandsaustritt beeinflusst aber generell die Machtverhältnisse zwischen den Arbeitskämpfparteien. Eine nachlassende Bindungskraft der Arbeitgeberverbände ist auch in der Automobilindustrie festzustellen: 1987 lag

¹³⁸ Vgl. *Meißner/Jürgens* 2007; *Jürgens/Krzywdzinski*, Verlagerung nach Mittelosteuropa und Wandel der Arbeitsmodelle in der Automobilindustrie, 2009; *Jürgens/Krzywdzinski*, Die neue Ost-West-Arbeitsteilung. Arbeitsmodelle und industrielle Beziehungen in der europäischen Automobilindustrie, 2010.

¹³⁹ So auch *Deinert*, RdA 2011, 12 (22).

¹⁴⁰ Daran ändert auch das Nachzeichnungsrecht gem. § 4a Abs. 4 TVG nichts.

der Organisationsgrad im Arbeitgeberverband „Gesamtmittel“¹⁴¹ in Westdeutschland – gemessen als Anteil der Beschäftigten in Verbandsbetrieben an der Gesamtbeschäftigung der Metall- und Elektrobetriebe – bei 75 Prozent, 2008 nur noch bei 53,3 Prozent. Noch deutlicher zeigt sich die Abnahme in der Metallindustrie in Ostdeutschland. 1990 lag der Wert hier noch bei 65,7 Prozent, 2008 nur noch bei 16,1 Prozent.¹⁴²

Es ist jedoch aktuell in der Metall- und Elektroindustrie nicht ersichtlich, dass diese Entwicklungen die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf verbessert hätten. Zwar gibt es Erscheinungsformen der Unterbietungskonkurrenz.¹⁴³ Diese wirken allerdings gerade dort, wo die gewerkschaftlichen Handlungsmöglichkeiten im Arbeitskampf ohnehin gering sind, so dass nicht davon auszugehen ist, dass eine Veränderung der Rechtslage im SGB III eine unmittelbare Rolle in der Paritätsbewertung spielen kann. Die Interviewpartner/innen haben dieser Problematik entsprechend ebenfalls keine maßgebliche Rolle beigemessen.

3.2.4 Prekarisierung, insbesondere Leiharbeit und Onsite-Werkverträge

Eine Betriebsrätebefragung der IG Metall aus dem Herbst 2013 kommt zu dem Ergebnis, dass zum Erhebungszeitpunkt in der Metall- und Elektroindustrie von 3,67 Mio. Beschäftigten ca. 230.000 als Leih-, und ca. 800.000 als Werkvertragsarbeitnehmer/innen beschäftigt sind. Für die Automobilindustrie (im engeren Sinne) kommt die Untersuchung auf rund 736.000 Stammbeschäftigte, denen ca. 100.000 Leiharbeits- und ca. 250.000 Werkvertragsbeschäftigte gegenüberstehen.¹⁴⁴ So stellen im BMW-Werk Leipzig, das in mehrererlei Hinsicht als Modellfabrik gelten kann, bereits im Jahr 2011 1600 Leih- und 1800 Arbeitnehmer/innen bei Onsite-Werkvertragsunternehmen die Mehrheit der insgesamt rund 6000 Beschäftigten.¹⁴⁵ Von den Beschäftigten bei (zumindest) einzelnen dieser Werkvertragsunternehmen wiederum ist nur eine Minderheit bei diesen selbst beschäftigt, während die Mehrheit von Arbeiterüberlassungsfirmen gestellt wird.¹⁴⁶

¹⁴¹ Der Sektorenverband Gesamtmittel veröffentlicht als Einziger jährlich die aktuellen Mitgliederzahlen, so dass auf diese Vergleiche Bezug genommen werden muss. Vgl. hierzu auch: *Silvia*, in: Schroeder/Weßels (Hrsg.), 2010, S. 169 (S. 175 f.).

¹⁴² *Silvia*, in: Schroeder/Weßels (Hrsg.), 2010, S. 169 (S. 175).

¹⁴³ Zum Begriff siehe *Bispinck/Dribbusch*, Sozialer Fortschritt 57 (2008), 153 ff.

¹⁴⁴ Dritte Befragung von Betriebsräten der IG Metall (11/2013).

¹⁴⁵ Vgl. *Klein-Schneider/Beutler*, WSI-Mitteilungen 2/2013, 144 ff.

¹⁴⁶ Vgl. *Graupner* 2012.

3.2.4.1 Fernwirkungen für Leiharbeiter/innen

Der Einsatz von Leiharbeit wird rechtlich nicht notwendig Fernwirkungen für Leiharbeitnehmer/innen hervorrufen. Da diese Arbeitnehmer/innen des Verleihers und nicht des Einsatzbetriebs sind, wird ein für den Einsatzbetrieb verhandelter Tarifvertrag für Leiharbeitnehmer/innen in aller Regel nicht gelten, so dass die Voraussetzungen des § 160 Abs. 3 SGB III in der Regel nicht erfüllt sein dürfen.¹⁴⁷ Zwar können die Leiharbeitnehmer von dem Tarifvertrag des Einsatzbetriebs profitieren: Grundsätzlich haben die Leiharbeitnehmer/innen für die Zeit der Überlassung Anspruch auf die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 9 Nr. 2 AÜG¹⁴⁸). Der equal-pay-Anspruch des Leiharbeitnehmers ist jedoch in der Regel durch einen Tarifvertrag abgedungen (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 AÜG¹⁴⁹). Selbst bei Anwendung des equal-pay-Grundsatzes profitieren die Leiharbeitnehmer/innen nur für die Dauer der Überlassung von den Tarifverträgen des Einsatzbetriebs. Danach gelten für sie wieder die Tarifverträge der Arbeitnehmerüberlassungsbranche. Daher greift das Partizipationsprinzip nur begrenzt.

Mittlerweile schließen Gewerkschaften aber auch Kollektivverträge (Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen) mit den Entleiherbetrieben, die Arbeitsbedingungen und Entgelte der Leiharbeitnehmer/innen regeln. So gibt es im Bereich der Metallindustrie auf der betrieblichen Ebene zahlreiche „Besservereinbarungen“, die unter anderem regeln, dass Leiharbeitnehmer während ihres Einsatzes

¹⁴⁷ Dafür spricht § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG, denn die Norm beruht auf der Erwägung, dass Arbeitskämpfe der Leiharbeitnehmer/innen nur im Betrieb des Verleihers zu einer tariflichen Regelung führen können, die für die Leiharbeitnehmer/innen gilt. Ohne die Regelung des § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG dürften Leiharbeitnehmer/innen im Betrieb des Entleihers nicht mitstreiken, weil sie vom umkämpften Tarifvertrag nicht betroffen sind (*Schiüren*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 11 Rn. 123; Rn. 127; *Wank*, ErfKomm, 15. Aufl. 2015, § 11 AÜG, Rn. 20; *Lorenz*, in: *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath* [Hrsg.], *ArbR*, 3. Aufl. 2013, AÜG, § 11 Rn. 31). Insofern steht ab 1.4.2017 keine Änderung an (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9232 und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/10064).

¹⁴⁸ Die Analyse geht von der Rechtslage im November 2016 aus.

¹⁴⁹ Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen solchen Tarifvertrag reicht zur Abbedingung des equal-pay-Grundsatzes aus (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 9 Nr. 2 AÜG). Siehe auch die Regelungen zum Gleichstellungsgrundsatz im künftigen § 8 AÜG, die zum 1.4.2017 in Kraft treten sollen (vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/10064).

die Entgelte erhalten sollen, die vergleichbaren Stammarbeitnehmern zustehen.¹⁵⁰ Darüber hinaus gelang es der IG Metall zunächst im Bereich der Stahlindustrie, einen Tarifvertrag zu schließen¹⁵¹, demzufolge die Leiharbeiter/innen einen Anspruch auf equal pay haben.¹⁵² Mittlerweile gibt es solche Tarifregelungen auch in der Metall- und Elektroindustrie: Die IG Metall hat in der Verhandlungsrunde 2012 mit den größeren Arbeitgeberverbänden in der Leiharbeit Tarifverträge über Branchenzuschläge abgeschlossen, die eine stufenweise Erhöhung der Entgelte der Leiharbeiter/innen vorsehen.¹⁵³

Da sich entsprechende Tarifverträge mit Entleihunternehmen auch auf die Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter/innen auswirken, kann hier ein Partizipationsprinzip angewandt werden mit der Folge, dass Unterstützungstreiks durch Leiharbeiter/innen zulässig wären.¹⁵⁴ Für § 160 Abs. 3 SGB III ist zu berücksichtigen, dass den Leiharbeitern das Tarifergebnis nur für die auf vorübergehende (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG¹⁵⁵) Dauer beschränkte Überlassung zu Gute kommt. Allerdings werden die Leiharbeiter/innen aufgrund des Arbeitskampfes nicht beschäftigungslos, da sie weiterhin bei ihrem Vertragsarbeitgeber, dem Verleiher, beschäftigt sind und für die Dauer der Fernwirkungen bei einem anderen Entleiher eingesetzt werden können bzw. müssen.¹⁵⁶ Denn bei der Arbeitnehmerüberlassung trägt der Verleiher das Risiko des Arbeitsausfalls.¹⁵⁷ Folglich kommt Kurzarbeit hier nicht in Betracht, und § 160 Abs. 3 SGB III findet keine Anwendung.¹⁵⁸

¹⁵⁰ Karthaus/Klebe, in: FS Kempen, 2013, S. 295 (S. 298); Krause, 2012, S. 41; Krause, KJ 2013, 119 (127); Schwitzer/Schumann, WSI-Mitteilungen 2013, 297.

¹⁵¹ Tarifvertrag für die nordwestdeutsche Eisen- und Stahlindustrie v. September 2010.

¹⁵² Deinert, RdA 2014, 65 (71); Karthaus, AuR 2010, 494 (496 ff.); Krause, AuR 2012, 57 (60); Krause, 2012, S. 40; Krause, KJ 2013, 119 (127).

¹⁵³ Tarifvertrag über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der Metall- und Elektroindustrie, TV BZ ME; Deinert, RdA 2014, 65 (71); Bayreuther, BB 2014, 1973 ff.; Karthaus/Klebe, in: FS Kempen, 2013, S. 295 (S. 298); Krause, KJ 2013, 119 (127); Schwitzer/Schumann, WSI-Mitt. 2013, 297.

¹⁵⁴ Lorenz, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), ArbR, 3. Aufl. 2013, AÜG, § 11 Rn. 31, und Mittag, in: Wedde (Hrsg.), ArbR, 4. Aufl. 2014, AÜG, § 11 Rn. 9 halten mit Verweis auf BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Unterstützungstreiks der Leiharbeiter für zulässig. Mittag, in: Wedde (Hrsg.), ArbR, 4. Aufl. 2014, AÜG, § 11 Rn. 8, hält darüber hinaus sogar die direkte Streikbeteiligung der Leiharbeiter für zulässig.

¹⁵⁵ Siehe künftig – ab 1.4.2017 – auch § 1 Abs. 1b AÜG (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9232 und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/10064).

¹⁵⁶ Bender, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, 59. Aufl. 2015, § 160 SGB III, Rn. 123.

¹⁵⁷ Dies ist in § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG i. V. m § 615 S. 1 BGB ausdrücklich geregelt. Siehe diesbezüglich auch BGH 1.2.1973 – 5 AZR 382/72. Der Gesetzgeber hat dies in einer Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/11740, S. 33 f.) nochmals ausdrücklich bestätigt.

¹⁵⁸ So auch Bender, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, 2015, § 160 SGB III, Rn. 123.

3.2.4.2 Einsatz von Leiharbeiter/innen für Streikbrucharbeit

Relevant ist der Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern allerdings im Hinblick auf die Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf.

Nach § 11 Abs. 5 AÜG dürfen Leiharbeiter/innen zwar nicht zum Streikbruch verpflichtet werden: Ihnen steht insoweit ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Dies schließt es allerdings nach geltendem Recht bzw. nach Meinung der Rechtsprechung nicht aus, dass ein Leiharbeitsunternehmen seine Beschäftigten grundsätzlich an bestreikte Unternehmen ausleiht.¹⁵⁹ Danach ist allein der zwangsweise Einsatz rechtswidrig.¹⁶⁰

Vor diesem Hintergrund ist der Streikbruch in der Arbeitskampfpraxis der letzten Jahre weiter effektiviert worden. Durch den Einsatz von Leiharbeitern kann teilweise trotz eines Streiks der gesamte Betrieb aufrechterhalten werden. Arbeitskämpfe der letzten Jahre haben beispielhaft die Bedeutung solcher Streikbruchmaßnahmen gezeigt. Beispielsweise wurden Leihbeschäftigte als Streikbrecher/innen in Tätigkeiten an den Flughäfen Berlin im Jahre 2010, bei der Telekom 2007 oder im Betonwerk Westerwelle 2010 eingesetzt.¹⁶¹ Im Januar 2013 wurden in dem Hamburger Verpackungshersteller Neupack zunächst Leihbeschäftigte, später befristet Beschäftigte während des Streiks zum Streikbruch eingesetzt, mit dem Ergebnis, dass der Abschluss eines Tarifvertrags verhindert werden konnte. Im Juni und Juli 2015 setzte die Deutsche Post umfassend nicht tarifgebundene Zeitarbeitsfirmen, Werkverträge und schließlich Beamtinnen und Beamte für Streikbrucharbeiten ein. Unter den Bedingungen prekärer Beschäftigung wie im Falle von Leiharbeit ist ein individuelles Leistungsverweigerungsrecht demnach eine eher symbolische denn eine materiell wirksame Beschränkung von Streikbrucheinsätzen.

Zwar hat Streikbruch durch Leiharbeit im Arbeitskampf in der Metall- und Elektroindustrie bislang keine Rolle gespielt, die Möglichkeit dazu besteht aber auch dort durchaus. Denn der Leiharbeit kommt in dieser Branche eine besondere Rolle als Flexibilitätsreserve zu.¹⁶²

¹⁵⁹ Vgl. auch ArbG Bonn 26.5.2015 – 3 Ga 18/15 zum freiwilligen Einsatz von Beamtinnen und Beamten (die ebenfalls Streikarbeit verweigern dürfen) auf bestreikten Arbeitsplätzen.

¹⁶⁰ Zur aktuellen rechtspolitischen Debatte und dem entsprechenden BT-Beschluss und der Änderung ab 1.4.2017 siehe unten IV.3.2.1. (bei Fn. 244).

¹⁶¹ Diese Fälle werden in einer Kleinen Anfrage der Fraktion Die Linke berichtet (BT-Drs. 17/2937).

¹⁶² *Bothfeld/Kaiser*, WSI-Mitteilungen 8/2003, S. 487.

3.2.4.3 Onsite-Werkverträge und Arbeitskampf

Ähnliches wie für die Leiharbeit gilt zunehmend für Werkverträge; auch bei Endherstellern in der Automobilindustrie werden sogenannte Onsite-Werkvertragsunternehmen eingesetzt, deren Beschäftigte in die Fertigungsabläufe der Endhersteller integriert sind, und zwar mit Tätigkeiten, die mit denen der Arbeitnehmer/innen der Endhersteller identisch sind.¹⁶³

Für diese Beschäftigten kommen Fernwirkungen im Sinne des § 160 Abs. 3 SGB III zwar nur in Betracht, soweit sie ebenfalls in der Metall- und Elektroindustrie tarifgebunden sind.

Allerdings ist ihr möglicher Einsatz im Streikbruch weit kritischer als im Fall von Leiharbeit, da es an rechtlichen Rahmenregelungen hierfür noch fehlt (genauer dazu unten IV.3.2.).

4. Gewerkschaftliche Arbeitskampffähigkeit in der Automobilindustrie heute

Die Bedeutung des § 160 Abs. 3 SGB III hängt entscheidend davon ab, ob und wie stark die Gewerkschaft (IG Metall) in der Automobilindustrie auf Arbeitskampfmittel angewiesen ist, die Fernwirkungen im Sinne dieser Norm erzeugen. In diesem Zusammenhang gewinnen die Entwicklungen in den Arbeitsbeziehungen noch eine weitere Bedeutung. Zu fragen ist nicht nur, ob unter den heutigen wirtschaftlichen und sozialpolitischen Bedingungen Fernwirkungen stärker auftreten können, und welche erweiterten Möglichkeiten die Arbeitgeberseite hat, dem entstehenden Druck wirksam zu begegnen. Zu fragen ist darüber hinaus, über welche Alternativen zu einem Streik mit Fernwirkungen die gewerkschaftliche Seite in der Metall- und Elektroindustrie unter den heutigen Bedingungen verfügt.

Eine zentrale Voraussetzung für die Effektivität einer gewerkschaftlichen Arbeitskampfstrategie unter Flächentarifvertragsperspektive ist die Fähigkeit, auch die im Hinblick auf Beschäftigung und wirtschaftliches Gewicht zentralen Unternehmen und Betriebe wirksam in den Arbeitskampf einbeziehen zu können. Ein Arbeitskampf, der diese Betriebe aussparen und allein auf die „zweite Reihe“ setzen muss, ist mit Aussicht auf Erfolg kaum zu führen. Sie könnte sogar dazu führen, den Arbeitgeberverband aufzusprengen. Etwas anderes gälte nur, wenn sich

¹⁶³ Zur Verbreitung von Werkverträgen *Koch*, *Werkverträge in der Arbeitswelt*, 2012; s. a. *Klein-Schneider/Beutler*, *WSI-Mitteilungen* 2/2013, 144 ff.; *Kratzer/Menz/Tullius/Wolf*, 2015, S. 192–208. Siehe auch schon oben III.2.3.

die Zentralunternehmen über das Bestreiken jener „zweiten Reihe“ mittelbar unter Druck setzen ließen, unter Ausnutzung jener Fernwirkungen, die sich aus der intensiven Vernetzung zwischen Zentralunternehmen und Zulieferperipherie ergeben. Einer solchen Strategie soll durch den § 160 Abs. 3 SGB III aber gerade ausgeschlossen bzw. zumindest nachhaltig beschränkt werden.

Vor diesem Hintergrund zielt die Frage nach der Möglichkeit einer Arbeitskampfstrategie unter den Bedingungen dieser Beschränkung in zwei Richtungen:

- Gibt es in der Metall- und Elektroindustrie (noch) genügend gewichtige Betriebe, die bestreikt werden können, ohne nicht zu verkraftende Fernwirkungen auszulösen?
- Oder gibt es Formen, gewichtige Betriebe wirksam so in den Arbeitskampf einzubeziehen, dass Fernwirkungen in beherrschbaren Grenzen gehalten werden können?

4.1 Handlungsoption 1: Fernwirkungen vermeiden

4.1.1 Arbeitskampffähigkeit in der Tarifaueinandersetzung in Bayern 1994/95

Die erste Frage nach der Möglichkeit, effektiv um die fernwirkungsträchtigen Branchensegmente „herum zu streiken“, wurde seinerzeit durch das BVerfG letztlich positiv beantwortet: Die Arbeitskampffähigkeit der Gewerkschaft sei zwar beeinträchtigt, aber eben „noch nicht“ in einem die Grundrechtsgarantie berührenden Maße. Als Referenz legte das Gericht damals den Fall des Streiks in der Metall- und Elektroindustrie in Bayern 1994/95 zugrunde.

Die IG Metall, in deren Organisationsbereich die Industrien stark untereinander vernetzt sind, hatte dort ein Analyseinstrumentarium entwickelt und erprobt, das zum einen die eigene Arbeitskampfstrategie im Hinblick auf Fernwirkungen kalkulierbar machen, zum andern einer willkürlichen Inkaufnahme von Fernwirkungen durch Arbeitgeber entgegenwirken sollte; für 1984 hatte man immerhin angenommen, dass 75 Prozent der Fälle von Produktionseinschränkungen trotz vorhandenen Produktionsbedarfs erfolgt seien.¹⁶⁴ Man ging davon aus, dass eine systematische Analyse der Vernetzungs- und Zulieferbeziehungen mit Hilfe dieses ursprünglich von der regionalen IG Metall entwickelten EDV-Instruments es dieser 1995 ermöglicht hatte, eine Anzahl gewichtiger und im Verband einflussreicher Unternehmen zu identifizieren und zu bestreiken, bei denen dies ohne die Gefahr unkontrollierbarer Fernwirkungen möglich war. Dies wurde dann

¹⁶⁴ *Mundorf*, Keine Streikvorbereitung, sondern die Verhinderung der kalten Aussperung, Handelsblatt vom 11.12.1986.

dadurch verwirklicht, dass in erster Linie Endfertiger in den Streik einbezogen wurden.¹⁶⁵

Ein Gewerkschaftsexperte aus dem betreffenden Bezirk macht deutlich, dass dies aus Gewerkschaftssicht auch bereits 1995 keine völlig unproblematische Strategie war:

*„Die Anzahl der Betriebe, mit denen man streikfähig war, einfach unbefristet streikfähig natürlich, [war ...] aufgrund dieser Selektion [zur Vermeidung von Fernwirkungen] natürlich deutlich geringer, als man eigentlich braucht, um einen Arbeitskampf planen zu können“.*¹⁶⁶

Diese Strategie habe darüber hinaus Verlagerungsentscheidungen bei einzelnen der bestreikten Unternehmen zur Konsequenz gehabt. Ob für diese Letzteren tatsächlich die Aussicht entscheidend war, unter den gegebenen Bedingungen als Arbeitskampfbetrieb auf Dauer prädestiniert zu sein und anstelle der „Großen“ die ganze Last von Tarifauseinandersetzungen tragen zu müssen, war hier nicht zu klären. Unabhängig davon liegt aber auf der Hand: Eine Flächentarifkonstellation, in der Unternehmen mit – verglichen mit den Zentralunternehmen der Branche – deutlich geringerer Wirtschaftskraft allein das Arbeitskampfrisiko für die Gesamtbranche tragen müssen, ist längerfristig in jedem Falle heikel.

Im Jahr 1995 erwies sich diese Risikoverteilung in Bayern zwar immerhin als noch tragbar. Es gibt jedoch Hinweise darauf, dass lediglich situative, von der Gewerkschaft gar nicht beeinflusste Faktoren damals dann doch zu einem positiven Streikergebnis geführt haben könnten. So weist Kittner darauf hin, dass die Arbeitgeber sich damals selbst ihrer Kampfmittel begeben hätten, indem sie den Konflikt „denkbar unglücklich geführt und bis Streikbeginn kein Angebot vorgelegt [hatten].“¹⁶⁷ Der für die IG Metall günstige Ausgang jenes Arbeitskampfes wäre demnach kein Beleg für gewährte Parität, sondern ginge darauf zurück, dass die Arbeitgeberseite sich durch taktische Fehler ohne Not selbst in eine ungünstige Position manövriert hätte. Gesamtmetall wiederum erklärt die aus ihrer Sicht intern umstrittene und im Ergebnis als „Katastrophe“ eingeordnete Tarifrunde von 1995 u. a. mit den gesteigerten Erwartungshaltungen bei den IG Metall-Mitgliedern, die durch die vergangenen Tarifrunden ausgelöst worden waren. Man selbst habe sich letztlich nicht vollständig auf die Auseinandersetzung eingelassen; ein gefasster Vorratsbeschluss zur Aussperrung war nicht genutzt

¹⁶⁵ Siehe auch *Gesamtmetall*, 2015, S. 208 („Finalbetriebe“).

¹⁶⁶ Interview IG Metall Experte Bayern, 05/2015.

¹⁶⁷ *Kittner, Arbeitskampf*, 2005, S. 710; genauer zum Ablauf und Gegenstand der Verhandlungen auch *Gesamtmetall*, 2015, S. 174 ff., S. 193 ff.

worden.¹⁶⁸ Angesichts der großen Bedeutung, die situative Faktoren und Konfliktodynamiken im Einzelfall erlangen können, taugt ein einzelner Arbeitskampf ohnehin nur begrenzt für die Beurteilung struktureller Gleichgewichts- oder Ungleichgewichtslagen.

Es spricht insgesamt einiges für die Annahme, dass die Arbeitskampffähigkeit der IG Metall bereits in der Tarifauseinandersetzung 1994/95 in Bayern prekärer war als vom BVerfG angenommen.

4.1.2 Auswirkungen des § 160 Abs. 3 SGB III in den Arbeitskämpfen seit 1995

Die weiteren Entwicklungen bestätigen zunächst konkret die verfassungsgerichtlichen Annahmen zur Beschränkung der Kampfstrategien. Seit Erlass der Neuregelung im Jahre 1986 werden „Kampfstrategien“ (im Sinne der Entscheidung des BVerfG) nicht mehr nur danach ausgewählt, wie Forderungen am besten durchgesetzt werden können; es wird seither gleichzeitig darauf geachtet, möglichst wenige Fernwirkungen zu verursachen.¹⁶⁹ Dies ist der Grund dafür, dass § 160 Abs. 3 SGB III seit 1995 nicht mehr zur Anwendung gekommen ist.¹⁷⁰

Die fortbestehende Bedeutung des „Binnendrucks“, der durch Fernwirkungen selbst bei bestehenden Entgeltansprüchen besteht, zeigte insbesondere der Streik in der ostdeutschen Metallindustrie im Jahre 2003, bei dem in der westdeutschen Metallindustrie keine Tarifbewegung stattgefunden hatte. Für das historisch gewordene Scheitern dieses Streiks waren u. a. die entstandenen Fernwirkungen mitverantwortlich gemacht worden.¹⁷¹ Selbst bei einer starken subjektiven Binnensolidarität, wie sie möglicherweise bei gemeinsamen Tarifbewegungen unterstellt und erreicht werden kann, wäre eine breite Anwendung der kalten Aussperrung mit Hilfe des § 160 Abs. 3 SGB III für die IG Metall ein „Abenteuer mit ungewissem Ausgang“¹⁷². Auch Gesamtmetall führt das Scheitern der IG Metall in dieser Auseinandersetzung darauf zurück, dass die Arbeitgeber sich nun anders als 1995 dazu entschlossen habe, „den Kampf anzunehmen und es dieses

¹⁶⁸ *Gesamtmetall*, 2015, S. 112, S. 174 ff., S. 193 ff. mit der These, die OT-Mitgliedschaft sei u. a. als Folge dieses Tarifergebnisses entwickelt worden.

¹⁶⁹ *Zachert*, AuR 2000, 53 (55).

¹⁷⁰ *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, Rn. 127.

¹⁷¹ *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, Rn. 127; vgl. auch *Gesamtmetall*, 2015, S. 464: Aufgrund von Produktionsstillständen in den BMW-Werken in München und Regensburg gingen rund 10.000 Beschäftigte für eine Woche in die Kurzarbeit.

¹⁷² *Däubler*, AuR 1992, 1 (8).

Mal auf die offene Auseinandersetzung mit der IG Metall ankommen zu lassen“.¹⁷³

Die Anpassung der Kampfstrategien an § 160 Abs. 3 SGB III¹⁷⁴ ist schnell zu einer gleichsam habitualisierten Zurückhaltung geworden. Stellvertretend dafür stehen die folgenden Äußerungen des Betriebsratsvorsitzenden eines großen Automobilwerks und eines hauptamtlichen, für Tarifpolitik zuständigen IG-Metall-Funktionärs:

„Im Untergrund stört es mächtig, weil tatsächlich auch jetzt, wenn wir in die Tarifrunde einsteigen und wir unsere Streikplanungen mit Bezirksleitungen und auch mit dem Vorstand der IG Metall besprechen, da ist im Untergrund immer drauf zu achten, wie ist die Fernwirkung. Insbesondere bei uns, wie wir ja im Verbund stehen mit den Lieferanten, aber auch im Verbund mit anderen Werken, ist schon drauf zu achten, dass eben nichts passiert, was zu einer Kaltaussperrung führen könnte.“¹⁷⁵

„Man kann das sehr klar sagen, der [§ 160 Abs. 3 SGB III] spielt eine sehr große Rolle nach wie vor, weil sämtliche Arbeitskempfkonzeppte, so würde ich das mal nennen, die wir ja fahren seitens der IG Metall [im Bezirk A] zumindest und soweit ich weiß auch der andern Bezirke, für die Metall- und Elektroindustrie darauf abgestellt sind, keine oder beherrschbare Fernwirkungen zu erzeugen.“¹⁷⁶

Die befragten Arbeitnehmer- wie Arbeitgeberverbandsexperten stimmen ausnahmslos darin überein, dass mit der Zunahme der Vernetzungen und Verflechtungen von Ausmaß und Dichte der Zulieferbeziehungen die Fragilität der Wertschöpfungszusammenhänge in der Automobilwirtschaft dramatisch zu-, und die Vorhersehbarkeit der Wirkungen partikularer Störungen entsprechend abgenommen hat. Überlegungen zu einem taktisch-instrumentellen Umgang mit der Fernwirkungsdynamik, die in diesen Verflechtungen angelegt ist, werden von dem befragten Arbeitgeberverbandsvertreter für die Vergangenheit zwar durchaus eingeräumt; sie seien aber schon 1994/95 nicht praktisch wirksam geworden. Auf dem mittlerweile erreichten Stand der Komplexität und Intransparenz schließt er entsprechende Perspektiven kategorisch aus. „Das hat auch etwas von Nuklearkrieg, den man da auslösen würde. Das ist nicht mehr beherrschbar.“¹⁷⁷

Die Anfälligkeit der beschriebenen Vernetzungsstrukturen¹⁷⁸ zeigt insbesondere die in dieser Tendenz allgemein geteilte Feststellung der befragten Expertinnen

¹⁷³ Gesamtmetall, 2015, S. 458 ff. (Zitat S. 460).

¹⁷⁴ Vgl. Deinert, in: Däubler (Hrsg.), AKR, Rn. 127.

¹⁷⁵ BR Auto 2, 12/2014.

¹⁷⁶ IG Metall Funktionär, Bezirk A, 05/2015.

¹⁷⁷ Interview GF Metallarbeitgeber 06/2015.

¹⁷⁸ Siehe insbesondere III.3.2.1.1.

und Experten, dass früher das Lager für eine Woche gereicht habe, während heute drei Stunden Streik bei einem Zulieferer genügen könnten, damit die Produktion beim Endfertiger stehe. Dem entspricht die in vielen Gesprächen immer wieder berichtete Routine, Betriebsversammlungen von Zulieferern mit denen der Endfertiger zu synchronisieren, um Störungen zu vermeiden: „Betriebsversammlung ist schon fast ein Streikmittel“.

Für die Praxis verneinen die befragten Expertinnen und Experten durchgängig die Frage, ob angesichts der Überregionalität und der Überlappungen der einzelnen Wertschöpfungs-systeme eine Arbeitskampfstrategie unter Vermeidung von Fernwirkungen überhaupt denkbar wäre. Diese negative Einschätzung ergibt sich für die Gewerkschaftsvertreter/innen auch aus den ihnen konkret zur Verfügung stehenden Informationen: Zwar ist das seinerzeit in Bayern entwickelte und damals erfolgreich angewandte Erfassungs- und Analysesystem mittlerweile für die IG Metall insgesamt verbindlich und bundesweit implementiert. Ausgehend von der Betriebsrats- über die Verwaltungsstellenebene werden Zuliefer- und Abnehmerbeziehungen routinemäßig erfasst und aktualisiert. Um hier Transparenz zu schaffen, erhalten die Betriebsräte von der IG Metall nun regelmäßig Checklisten, um auf der Grundlage der so erhobenen Daten mit einem organisationsweit implementierten EDV-Instrument prüfen zu können, ob die Einführung von Kurzarbeit während eines Arbeitskampfes zu erwarten ist bzw. im konkreten Fall überhaupt notwendig würde.¹⁷⁹

Dieses Instrument liefert aber schon wegen der Mehrstufigkeit der Zuliefer- und Abnehmerbeziehungen kein vollständiges Bild der Verflechtungsbeziehungen und damit der im Falle eines Arbeitskampfes zu gewärtigenden Fernwirkungen. Nach Einschätzung einiger der befragten Expertinnen und Experten, die die Informationen für hinreichend halten,¹⁸⁰ ergibt die so geschaffene Transparenz eine im Hinblick auf die Umgehung dieser Wirkungen ernüchternde Botschaft: Anzahl und Gewicht jener Kategorie von Endherstellern, insbesondere höherwertiger Konsumgüter (z. B. elektrotechnische Haushaltsgeräte), die vergleichsweise geringe, vor allem aber wenig enge und zeitkritische Verflechtungsbeziehungen in ihren Wertschöpfungsketten aufweisen, sind seither drastisch zurückgegangen, weil die betreffende Produktion heute nicht mehr oder nur noch in sehr vermindertem Maße im Inland stattfindet, oder weil im Zuge der Umstrukturierung von Wertschöpfungsketten kritische Vernetzungsbeziehungen auch in solchen Bereichen zugenommen haben.¹⁸¹ Ob dies – wie das BVerfG befürchtete – auch

¹⁷⁹ Siehe oben I.2.2. zu den Handlungsmöglichkeiten der Betriebsräte bei kalter Aussper-
rung.

¹⁸⁰ Zum Informationsproblem siehe auch den nächsten Abschnitt 4.1.3.

¹⁸¹ Siehe dazu die Analyse unter III.3.2.1. und 3.2.2.

eine Folge von Verbandsaustritten ist, welche die Zahl der Betriebe, die ohne Fernwirkungen bestreikbar sind, ebenfalls reduzieren,¹⁸² bleibt dabei offen.¹⁸³ Die für einen Erzwingungsstreik unter Praktikabilitätsgesichtspunkten notwendige Qualität und Mindestanzahl streikfähiger Betriebe ohne oder mit nur begrenztem Potential an Fernwirkungen ist heute wohl definitiv nicht mehr zu erreichen.

4.1.3 Das Informationsproblem

Allerdings: Ob und inwieweit die Arbeitskämpfparteien, insbesondere die IG Metall, tatsächlich in der Lage sind, die möglichen Fernwirkungen realistisch einzuschätzen und zu bewerten, erscheint durchaus nicht sicher. War das BVerfG für 1995 noch der Meinung, die IG Metall verfüge über hinreichende Informationen, um solche Betriebe für Streikmaßnahmen auszuwählen, die mit Betrieben derselben Branche in anderen Tarifbezirken nicht so stark vernetzt sind, dass diese als Folge des Arbeitskampfes stillgelegt werden müssten,¹⁸⁴ so steht heute das skeptische Urteil des im Folgenden zitierten Betriebsratsmitglieds für eine verbreitete Einschätzung:

„Und ehrlich gesagt, auf unserer Seite, wir wissen es eigentlich auch nicht, weil wir sind in XY nicht gerade der größte Betrieb mit etwa 2300 Beschäftigten, aber wir haben trotzdem in der Größenordnung von fast 1500 aktive Kaufteile bei ca. 400 Lieferanten, aber das ist ja nur die erste Ebene. Und sicherlich, wenn man ein Einzelteil kauft und dann ist das klar, dann weiß man, wo das herkommt. Aber da sind ja auch Teile dabei, das sind komplexe Zusammenbauten und wir können das im Prinzip als Betriebsrat ehrlich gesagt überhaupt nicht nachvollziehen, diese ganze Lieferantenkette, die in der zweiten und der dritten Stufe hinten dran sind und eigentlich weiß es auch noch nicht einmal der zuständige Spezialist von [Auto1]. Der weiß im Prinzip auch nicht, was in dem Bauteil drin ist.“¹⁸⁵

Die Annahme, dass die Gewerkschaft über hinreichende Informationen für eine Fernwirkungen vermeidende Auswahl von Streikbetrieben verfüge, steht somit bereits auf dieser (Informations-)Ebene in Frage.

¹⁸² BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c)bb).

¹⁸³ Bejahend z. B. *Spielberger*, NJW 2011, 264 (266 f.); zu Verbandsaustritten siehe oben 3.2.3.

¹⁸⁴ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c)bb).

¹⁸⁵ BR Auto 1, 12/2014.

4.2 Handlungsoption 2: Fernwirkungen kontrollieren

Erscheint eine Arbeitskampfstrategie der Vermeidung von Fernwirkungen demgemäß nicht möglich, so hängt die gewerkschaftliche Arbeitskamppfähigkeit in der Metall- und Elektroindustrie von einer positiven Beantwortung der oben aufgeworfenen zweiten Frage ab: Ist es möglich, die Automobilwirtschaft so zu bestreiken, dass Fernwirkungen in beherrschbarem Rahmen gehalten werden können?

4.2.1 „Flexistreik“ und Warnstreikkonzepte

Für die Beurteilung der Arbeitskamppfähigkeit der IG Metall seit Mitte der 1990er Jahre sind insbesondere zum einen der sog. „Flexistreik“ in Baden-Württemberg im Jahr 2002, zum andern die Praxis von Warnstreiks von Bedeutung, wie sie sich in dieser Zeit entwickelt hat.¹⁸⁶ Der „Flexistreik“, bei dem wechselnde Betriebe jeweils tageweise einbezogen wurden, gilt unter beteiligten hauptamtlichen Funktionären, die befragt wurden, insgesamt als Erfolg:

„Die IG Metall hatte 2002 ja den Versuch gestartet mit dieser Auseinandersetzung damals hier in Baden-Württemberg, ein Konzept zu etablieren, das lautet: Wir machen Flexi-Streikkonzepte gangbar. Übrigens, ein Konzept, was bis heute deshalb in den Verwaltungsstellen in der Fläche total positiv bewertet wird, weniger in den Machtzentren, weil Teil dieses Konzeptes war: Jede Verwaltungsstelle kann zwei Betriebe benennen, auch welche, die man früher nie einbezogen hätte. Die hatten immer welche, und die haben das wie regionale Events gefeiert, und das hat so eine totale Identitätswirkung.“¹⁸⁷

Allerdings: „Das war tatsächlich schwierig 2002, nach der Urabstimmung zu sagen, wir sind eigentlich doch nur bei Tagesstreiks.“ Und in der Tat gelang es nicht durchweg, die einmal in den Streik getretenen Beschäftigten zur fristgemäßen Wiederaufnahme der Arbeit zu bewegen.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Den Arbeitskampf in den Neuen Bundesländern im Jahr 2003 beziehen wir ausdrücklich nicht in die Betrachtung ein, weil Verlauf und Ergebnis weniger auf strukturelle Handlungsrestriktionen als vielmehr auf die gewerkschaftliche Streiktaktik zurückzuführen waren, analog zu der Konstellation des Arbeitskamps in der bayerischen Metallindustrie 1995, deren Verlauf und Ergebnis maßgeblich durch die Verhandlungstaktik der Arbeitgeberseite bestimmt worden war.

¹⁸⁷ IG Metall Tarifexperte 1, 12/2014.

¹⁸⁸ IG Metall Tarifexperte 1, 12/2014.

Der größeren Breite der Mobilisierung steht dabei eine gewisse Zurückhaltung bei den streikerfahrenen Belegschaften der „Machtzentren“ gegenüber, die von betrieblichen Funktionären aus jenen Kernbetrieben bestätigt wird:

„Also wenn wir jetzt im Vertrauenskörper nachfragen, wann war denn der letzte Streik? Da wird wahrscheinlich nur ein kleiner Prozentsatz sagen 2002 [...]. Und die Problematik ist bei einem Tagesstreik, da haben wir ja immer tageweise nur gestanden, ich glaube zweimal sogar bloß 2002, zweimal, ja. Das ist im Prinzip kein Streik, das ist ein bisschen mehr als ein Warnstreik, ein Zwischending.“¹⁸⁹

Bezeichnend ist allerdings, dass hier als positiver Kontrastfall aus der Vergangenheit nicht ein länger währender Erzwingungsstreik herangezogen wird, sondern eine noch deutlich kürzere Arbeitsniederlegung als Protest gegen die geplante Kürzung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Die „Verbindung zum Thema“¹⁹⁰, die Identifikation der Beschäftigten mit dem Konfliktgegenstand erscheint hier als wichtiger für die gewerkschaftliche Mobilisierungs- und Kampffähigkeit als die zu Gebote stehende Streikform.

Wenn die Grenzen zwischen Streik und Warnstreik in der Wahrnehmung der Beschäftigten verschwimmen, stellt sich dies allerdings nicht nur als Infragestellung der klassischen Form des regulären, auf einer Urabstimmung beruhenden Erzwingungsstreiks dar, sondern auch als Neubewertung des Warnstreiks.

Denn die tatsächliche Arbeitskämpfrealität im betrachteten Zeitraum ist ganz überwiegend Warnstreikrealität. Dabei fungieren Warnstreiks nicht mehr nur als routinemäßig inszenierte, öffentlichkeitswirksame Begleitrituale von Tarifrunden, sondern als effektive und vermutlich auch zur Erreichung der jeweils angestrebten Streikziele effiziente Mittel des Arbeitskamps. Im Rahmen der sehr langfristig angelegten, extrem detaillierten und entsprechend komplexen Programmplanung der Automobilunternehmen schlagen schon vergleichsweise geringe Unterbrechungen auf das Gesamtprogramm durch.¹⁹¹

Zwar ist die Verknüpfung nicht so eng, dass über Nacharbeit gar nichts mehr hereinzuholen wäre. Und ein wesentlicher Teil der von Betriebsräten und Gewerkschaftsfunktionären berichteten Kritik an Warnstreiks bei den Beteiligten streikerfahrener – und daher für die IG Metall besonders wichtiger – Betriebe und Bezirke zielt darauf, dass die Unternehmen diese Spielräume z. T. durchaus effektiv nutzen können. In der Konsequenz werden Warnstreiks z. T. als Ausdruck

¹⁸⁹ Interview BR, Betrieb 2, 12/2014.

¹⁹⁰ Interview BR, Betrieb 2, 12/2014.

¹⁹¹ Siehe dazu ausführlich die Analyse der Fernwirkungen aufgrund der Zunahme der Vernetzungsdynamik, III.3.2.1.1.

mangelnder Ernsthaftigkeit des Arbeitskampfes angesehen. Die Schwelle, bei deren Überschreitung die Konsequenzen für die Programmplanung irreparabel werden (und ein Warnstreik damit relevante wirtschaftliche Wirkungen erzeugen kann), liegt aber wohl bei wenigen Stunden. In diesem Zusammenhang wird oft ein Schwellenwert von drei Stunden genannt. Ob er tatsächlich das definitive Limit markiert, kann dahin gestellt bleiben; die Feststellung, dass man dieselbe Wirkung, für die man früher habe zwei Wochen streiken müssen, heute mit ein paar Stunden Warnstreik erzielen könne, markiert aber wohl eine allgemein ge-sehene Tendenz.

Vor diesem Hintergrund sind Konzepte, die auf neue Warnstreikstrategien und -praktiken zielen, ein nicht unwesentlicher Teil gewerkschaftlicher Arbeitskampfkonzepte. Dazu gehören etwa rollierende, punktuelle Warnstreiks auf der Ebene einzelner Arbeitsbereiche, die im Zusammenwirken betriebliche Abläufe empfindlich stören und entsprechend eine relevante Drohkulisse bei begrenztem Einsatz begründen können.

„Also wenn wir [...] hier Bereichswarnstreiks machen, dann steht da zwar ein Bereich für zwei Stunden, das hört sich jetzt locker an, aber dann kommt auch genau die Kette ja komplett durcheinander.“

„Also anderthalb, zwei Stunden mittendrin im Rohbau mal zwei, drei Anlagen zum Stehen zu bringen, glaubt man gar nicht, wie schnell die Fabrik durcheinander kommt.“¹⁹²

Zudem gelten solche Praktiken in einigen berichteten Fällen auch unter den Beschäftigten als attraktiver als die klassischen, zentral veranstalteten Schemata nach dem Muster „alle raus, einmal vors Tor“. Die gewerkschaftliche Handlungsfähigkeit profitiert hier von einer Rechtsprechung, die den Spielraum für Warnstreiks in den zurückliegenden Jahren nicht infrage gestellt hat.¹⁹³

4.2.2 Neue Arbeitskampfkonzepte?

Weitgehende Übereinstimmung besteht unter den befragten gewerkschaftlichen Expertinnen und Experten aber darin, dass eine Reduzierung des Arbeitskampfgeschehens auf Warnstreiks, auch in erweiterter Form, für die gewerkschaftliche Durchsetzungsfähigkeit langfristig an Grenzen stoßen dürfte. Unter gewerkschaftlichen Mobilisierungs- und Bindungsgesichtspunkten können diese lokal

¹⁹² Interview BR, Betrieb 2, 12/2014

¹⁹³ Dazu genauer unten IV.2.1.

gestalteten¹⁹⁴ Aktionsformen zwar durchaus als Alternative zu zentral koordinierten und dirigierten Flächenstreikaktionen fungieren. Auf Dauer erscheinen sie gewerkschaftspolitisch problematisch, weil sie die Gewerkschaftsmitglieder auf der Grundlage des geltenden Satzungsrechts der IG Metall¹⁹⁵ grundsätzlich auf eine unterstützungsfreie Arbeitskampfform festlegen. Das ohnehin bestehende Dilemma, dass Gewerkschaftsmitglieder bei der Durchsetzung de facto allgemein wirksamer Tarifziele Sonderlasten tragen, wird dadurch nachhaltig verschärft. Debatten über Streikunterstützung bei Warnstreiks sind gerade in warnstreikintensiven Betrieben (allerdings auch dort nicht ausnahmslos) virulent.¹⁹⁶

Hinzu kommt, dass mit der Beschränkung auf Warnstreiks auf Dauer ein Verlust an Glaubwürdigkeit und Mobilisierungsfähigkeit nach innen verbunden sein kann. Die Erschließung „ernsthafter“ Streikformen jenseits des Warnstreiks und unterhalb des Niveaus unbefristeter Erzwingungsstreiks ist unter betrieblichen und hauptamtlichen Funktionärinnen und Funktionären gerade auch deshalb ein Thema. Nach einem Beschluss des 23. ordentlichen Gewerkschaftstags der IG Metall vom Oktober 2015 wird die Organisation „ihre bisherigen Konzepte zum Führen von Arbeitskämpfen einer Überprüfung unterziehen und daraus Maßnahmen entwickeln, die zum Ziel haben, Eskalationsmöglichkeiten im Rahmen einer Tariffbewegung zu erweitern“¹⁹⁷.

Die Entwicklung gewerkschaftlicher Streikkonzepte jenseits der Warnstreikebene ist damit neben dem Bemühen um den kontrollierten Umgang mit den

¹⁹⁴ Siehe dazu § 22 1 der Satzung der IG Metall, wonach der Vorstand Bezirksleitungen und Ortsvorstand ermächtigen kann, zu Warnstreiks aufzurufen, während „Arbeits-einstellungen“ nach § 22 2 den Beschluss des Vorstandes voraussetzen. Ähnlich § 70 der Satzung von ver.di: „1. Über Urabstimmungen und Arbeitsk Kampfmaßnahmen entscheidet der Bundesvorstand. 2. Der Bundesvorstand kann im Falle kurzzeitiger, befristeter Arbeitsniederlegungen und Warnstreiks sein Entscheidungsrecht delegieren.“

¹⁹⁵ § 23 1. der IG Metall-Satzung (gültig ab 1.1.2012): Mitglieder können Unterstützung bei Streik oder (§ 24 7.) bei Aussperrung erhalten, nicht aber bei mittelbarer Betroffenheit. Die Unterstützungsleistung muss bei einem vom Vorstand beschlossenen Streik vom Vorstand genehmigt sein. Ebenso § 16 1. Der ver.di-Satzung, wonach bei Streik „den im Arbeitskampf stehenden Mitgliedern eine Unterstützung gewährt“ wird. Vgl. *Bieback/Wroblewski*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 17 Rn. 65 zu entsprechenden Satzungsbestimmungen bei IG BCE und IG BAU; Rn. 66 zu schlichtungsrechtlichen Besonderheiten des Warnstreiks.

¹⁹⁶ Siehe auch die (zurückgenommenen bzw. nicht angenommenen) Anträge S.030 und S.031 zu § 23 der IG Metall-Satzung, die eine Unterstützungsleistung auch bei Warnstreiks vorsehen wollten.

¹⁹⁷ Abschnitt 7 der Entschlüsselung 2 zu Betriebs- und Tarifpolitik.

Fernwirkungen von Arbeitskämpfen von korrespondierenden organisationspolitischen Integrations- und Rechtfertigungsbedürfnissen bestimmt. Dabei lassen sich im Wesentlichen zwei Ansatzpunkte erkennen:

- die Etablierung einer Arbeitskampfebene oberhalb von Warnstreiks und unterhalb der Ebene von Urabstimmung und Erzwingungsstreik;
- die Entwicklung flexibler, rollierender Muster der Einbeziehung unterschiedlicher Kategorien von Betrieben für den Fall eines Erzwingungsstreiks (abgestimmte Kurzstreiks).

Unter der ersten Perspektive geht es um die Etablierung einer qualitativ neuen Eskalationsstufe: Koordinierte Arbeitsniederlegungen, die deutlich länger sein sollen, als übliche Warnstreiks (von 24 Stunden ist die Rede), die mit Streikunterstützung verknüpft sind, und die noch vor einer Urabstimmung stattfinden sollen und können. Die Durchführbarkeit gilt unter den befragten Gewerkschaftshauptamtlichen wie Betriebsräten unter praktischen wie unter formalen Gesichtspunkten im Rahmen der geltenden Satzungsbestimmungen als gegeben.¹⁹⁸

Unter dem zweiten Aspekt – Pragmatik des Erzwingungsstreiks – soll der Notwendigkeit Rechnung getragen werden, im Falle eines Flächenstreiks alle, und insbesondere die wirtschaftlich zentralen Betriebe und Unternehmen einzubeziehen und damit Fernwirkungen auszulösen, ohne einen nicht mehr beherrschbaren Eskalationsautomatismus auszulösen. Das als solches nicht neue Prinzip besteht darin, unter Weiterentwicklung von Praktiken des „Flexistreiks“ bzw. „abgestimmten Kurzstreiks“, die 2002 und 2003 erprobt wurden,¹⁹⁹ möglichst viele Unternehmen jeweils für einen begrenzten Zeitraum in den Streik zu holen, wobei ein zentrales Kriterium – nicht das einzige – für die Dauer einzelner Phasen der Einbeziehung die im Falle des jeweiligen Betriebes absehbaren Fernwirkungen sein sollen. Diese Strategie setzt jedoch eine hohe Effizienz des für die Vermeidung von Fernwirkungen entwickelten elektronisch gestützten Berichtssystems voraus, eine Effizienz, die wie dargestellt²⁰⁰ eher bezweifelt werden muss.

4.2.3 Möglichkeit eines Erzwingungsstreiks?

Unterschiedliche Einschätzungen bestehen unter Gewerkschaftsvertretern und -vertreterinnen darüber, ob ein flächendeckender und länger andauernder

¹⁹⁸ Zu den einschlägigen Satzungsbestimmungen siehe Fn. 183.

¹⁹⁹ *Bieback/Wroblewski*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 17 Rn. 72 ff., insbesondere Rn. 76 zum Flexistreik-Konzept im Arbeitskampf in der Metall- und Elektroindustrie 2002 in Baden-Württemberg und Berlin-Brandenburg; siehe auch *Detje/Ehlscheid/Unterhinninghofen*, 2002, S. 135–144; *Gesamtmetall*, 2015, S. 436.

²⁰⁰ Siehe oben III.4.1.3.

Erzwingungsstreik in der Metall- und Elektroindustrie nach wie vor in Betracht kommt. Hier gehen die Einschätzungen auch unter Vertretern und Vertreterinnen streikerprobter Tarifbezirke auseinander. Während positive Einschätzungen vor allem mit der mittlerweile erreichten ökonomischen Schlagkraft der IG Metall begründet werden, stehen bei den negativen Einschätzungen branchenstrukturelle und politische Vorbehalte im Vordergrund. Diese beziehen sich auf die extreme Wettbewerbsfähigkeit im Verhältnis der Endfertiger untereinander und auf die Tatsache, dass jeder regionale Erzwingungsstreik diese Verhältnisse massiv zu beeinflussen drohe. Politische Vorbehalte beziehen sich auf den politisch-gesellschaftlichen Druck, der dadurch entstehen könnte, dass die Beschäftigten in einer Vielzahl tariflich und gewerkschaftlich gar nicht erfasster bzw. organisierter mittelständischer Unternehmen mit knapper Kapitaldecke massiv betroffen und in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet würden. Die Betroffenen nehmen hier auf entsprechend dramatische Erfahrungen mit der „kalten Aussperrung“ von 1984 und der Lage der davon Betroffenen Bezug.

Im Hinblick auf die wirtschaftliche und politische Durchsetzbarkeit einer Erzwingungsstreik-Strategie spielt auch eine Rolle, ob und inwieweit es der IG Metall möglich ist, das Entstehen und die Vermeidbarkeit von Fernwirkungen in jedem einzelnen Fall zu hinterfragen. Bereits heute wird in Tarifauseinandersetzungen eine Umgangsweise praktiziert, die das Beharren auf der Verantwortung der Unternehmen für ihre Störanfälligkeit zur Grundlage hat. Den Betrieben (und Betriebsräten) werden hierfür vorbereitete Schreiben überreicht, in denen diese von der Möglichkeit eines anstehenden Streiks unterrichtet und auf die Notwendigkeit zur Vorsorge hingewiesen werden. Diese Strategie zielt unmittelbar auf Gleichwohlzahlungen der Arbeitsverwaltung für den Fall, dass der Arbeitgeber trotz vermeidbaren Arbeitsausfalls die Entgeltzahlung unter Berufung auf angebliche Arbeitskampfbedingtheit verweigert (§ 100 Abs. 3 SGB III²⁰¹); mit ihrer Hilfe kann die Vermeidbarkeit gegenüber der Arbeitsverwaltung gezeigt werden. Mittelbar zielt diese Vorgehensweise offenbar auch darauf, die Auseinandersetzung über die Frage der Unternehmensverantwortung für Fernwirkungen in Gang zu halten. Inwieweit diese Strategie in der Lage wäre, die Risiken eines längerfristigen (Erzwingungs-)Streiks zu begrenzen, ist auch davon abhängig, inwieweit Arbeitsverwaltung und Rechtsprechung zu einem entsprechend kritischen Blick auf behauptete Fernwirkungen bereit wären.

Dies ist von umso größerer Bedeutung, als ein strategischer Umgang mit Fernwirkungen seitens der Unternehmen durchaus eine in Rechnung zu stellende Option ist. Bei allen befragten Expertinnen und Experten herrscht Übereinstimmung

²⁰¹ Siehe zum rechtlichen Rahmen oben I.2.3.

darüber, dass die streikbedingte Verlagerungsoption zwar nur im Falle eines längerfristig ins Auge gefassten und von den Unternehmen entsprechend strategisch vorbereiteten Arbeitskamps eine realistische Option ist. Für diesen Fall gilt sie aber unter den genannten Voraussetzungen als realistisch – auch und gerade zur „Entschärfung“ der unmittelbaren Wirkungen eines Streiks. In diesem Sinne äußert sich ein gewerkschaftlicher Tarifexperte:

„Kurzfristig [geht das] sicher nicht. Aber wenn das längerfristig vorbereitet wäre, dann ginge das schon. Und im Falle einer solchen Auseinandersetzung bin ich davon überzeugt, dass die ihre Produktionspläne umschmeißen würden, selbst wenn sie das Geld kostet. Die würden das dann vorziehen, um uns zu ärgern.“²⁰²

Überlegungen zu einer neuen Streikstrategie, in der koordiniertes ein- bis zweitägiges Bestreiken von Betrieben eine zentrale Rolle spielt, werden von einem direkt involvierten Gewerkschaftsexperten gerade auch mit dem Bestreben begründet, unterhalb der Schwelle zu bleiben, ab der eine Umstellung und Verlagerung der Produktion realisierbar ist.²⁰³ Denn für den Fall eines Erzwingungsstreiks bedeutet dies auch, dass die Arbeitgeberseite auch bei unmittelbar bestreikten Betrieben Instrumente in der Hand hat, die einen Streik seiner Wirksamkeit berauben können. Die Arbeitskampffähigkeit ist insofern nicht nur durch das Entstehen der Fernwirkungen bedroht.

²⁰² IG Metall Tarifexperte Bayern, 11/2015.

²⁰³ Interview IG Metall Tarifexperte 2, 11/2015.

IV. Bewertung der Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III

1. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Gesetzgeber und Rechtsprechung

Der Gesetzgeber ging bei der Neuregelung des § 160 Abs. 3 SGB III davon aus, dass durch die Zahlung von Kurzarbeitergeld zugunsten der Gewerkschaften in Arbeitskämpfe eingegriffen und damit deren „Kampfkraft“ in unvertretbarer Weise erhöht werde; die Neutralität der BAA werde durch die Zahlung von Kurzarbeitergeld an Arbeitnehmer außerhalb des umkämpften Bezirks verletzt, wenn diese aller Voraussicht nach an dem erstrebten Arbeitskämpfergebnis teil hätten.²⁰⁴

Parität ist allerdings sehr schwer zu bestimmen.²⁰⁵ Während das BAG die Parität ursprünglich „formal“ bestimmte (dem Kampfmittel des Streiks auf Arbeitnehmerseite steht auf Arbeitgeberseite die Aussperrung gegenüber),²⁰⁶ orientiert sich das BAG seit einem Urteil von 1971 an der konkreten Durchsetzungschance der Parteien²⁰⁷ und legt somit einen „materiellen“ Paritätsbegriff zugrunde.²⁰⁸ Bei der Beurteilung der Parität sind nunmehr die tatsächlichen Kräfteverhältnisse entscheidend. Diese sollen jedoch wiederum anhand von Kriterien erfasst werden, die einer „typisierend materiellen Betrachtung“ zugänglich sind; situationsbedingte Vorteile sollen damit außer Acht bleiben. Damit wird die materielle Betrachtung wiederum eingeschränkt, denn es bleibt außer Betracht, inwieweit das Kräfteverhältnis der Parteien von äußeren Umständen wie z. B. der Arbeitsmarktlage, Streikbruch, etc. beeinflusst wird.²⁰⁹ In neueren Urteilen erkennt das BAG an, dass das so bestimmte Paritätsprinzip wegen seiner „Abstraktionshöhe“

²⁰⁴ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.a).

²⁰⁵ *Deinert*, AuR 2010, 290 (296); *Rieble*, BB 2008, 1506 (1509); *Rüfner*, RdA 1997, 130 (134); *Spielberger*, NJW 2011, 264 (267); so auch die Landesregierungen in dem Verfahren vor dem BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., A.III.1.b).

²⁰⁶ BAG 20.1.1955 – GS 1/54.

²⁰⁷ BAG 21.4.1971 – GS 1/68.

²⁰⁸ *Kocher*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 4.

²⁰⁹ Vgl. *Kocher*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 10.

regelmäßig nicht als Maßstab zur Bewertung bestimmter Kampfsituationen ausreiche.²¹⁰ So führt auch das BVerfG aus, dass die Kampfstärke einer Arbeitnehmerkoalition von einer kaum überschaubaren Fülle von Faktoren abhängt, die in ihren Wirkungen nur schwer abschätzbar seien.²¹¹

Aufgabe des Arbeitskampfrechts ist es, Kampfmittel und -grenzen so auszugestalten, dass die Kampfparität zwischen den Tarifvertragsparteien gefördert wird.²¹² Zu diesem Zweck könnten auch die Rahmenbedingungen von Arbeitskämpfen zur Wiederherstellung von gestörter Parität geändert²¹³ oder Regeln aufgestellt werden, die verhindern sollen, dass eine der Tarifvertragsparteien ein Kräfteübergewicht bei Tarifverhandlungen erhält²¹⁴ („paritätsgestaltende [fördernde] Neutralität“²¹⁵). Ob eine Verschiebung oder Störung der Parität eingetreten ist, unterliegt der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.²¹⁶ Nach dem BVerfG verstößt eine Regelung daher erst dann gegen Art. 9 Abs. 3 GG, wenn sie dazu führt, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewährleistet ist.²¹⁷ In diesem Fall wäre der Gesetzgeber verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz der Koalitionsfreiheit zu treffen.

2. Tatsächliche Arbeitskampffähigkeit im Bereich der Metall- und Elektroindustrie heute

Rechtfertigen die heutigen Bedingungen immer noch das Urteil, dass die Beschränkung der Kampfstrategien durch § 160 Abs. 3 SGB III keine wesentliche Paritätsstörung bewirkt?

2.1 Warnstreikfähigkeit in der Automobilindustrie

Wie festgestellt, machen es fortschreitende Vernetzung und Verflechtung immer schwieriger, in der Metall- und Elektroindustrie Betriebe ohne Fernwirkungen zu

²¹⁰ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 (1058); BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, B.II.2.b)aa)(3).

²¹¹ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.d); so auch BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, B.II.2.b)aa)(3); vgl. auch BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, BSGE 75, 97.

²¹² Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, Grundlagen, Rn. 474.

²¹³ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (228 f.).

²¹⁴ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.1.c).

²¹⁵ BSG 5.6.1991 – 7 RAr 26/89, NZA 1991, 982 (985).

²¹⁶ BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a., C.I.2.c).

²¹⁷ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (229).

bestreiken.²¹⁸ Als übereinstimmende Einschätzung der befragten betrieblichen und gewerkschaftlichen Arbeitnehmervertreter/innen in der Metall- und Elektroindustrie kann festgehalten werden, dass Arbeitskampffähigkeit nicht auf die Umgehung, sondern nur auf kalkulierte Inkaufnahme und durch möglichst kontrollierten Umgang mit Fernwirkungen gegründet werden kann. Übereinstimmung besteht allerdings darin, dass die Fähigkeit, Arbeitskämpfe unter kontrolliertem Umgang mit Fernwirkungen zu führen, im Vergleich zur Situation Mitte der 1990er Jahre erheblich erschwert ist.

Arbeitskampffähigkeit besteht insofern in der Automobilwirtschaft nach wie vor – allerdings beschränkt auf Warnstreikkonzepte, die mit einer vergleichsweise wenig restriktiven Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Warnstreiks rechnen. Verringert wird sie allerdings zunehmend durch die erweiterten Möglichkeiten des Streikbruchs auch und gerade für kurzfristige Streiks, wie sie sich durch den zunehmenden Einsatz von Leiharbeitnehmern und -arbeitnehmerinnen sowie Onsite-Werkvertragsunternehmen ergeben.

Darüber hinaus gilt auch die Realisierbarkeit neuer, weitergehender Arbeitskampfkonzeppte, die auf einer kalkulierten und begrenzenden Inkaufnahme von Fernwirkungen beruhen, unter zuständigen Gewerkschaftsfunktionären/-funktionärinnen als eine realistische Perspektive. Sie ist allerdings bis dato lediglich Projekt.²¹⁹ Die Schwellen für diese Option rücken freilich sehr hoch, auch angesichts des Restrisikos an Fernwirkungen, das angesichts der Grenzen verlässlicher Prognostizierbarkeit innerhalb der extrem komplexen Wertschöpfungssysteme in Kauf genommen werden muss.

2.2 Ein Blick in die Zukunft: Unmöglichkeit von Großkonflikten?

Daraus ergibt sich ein grundsätzlicher Vorbehalt: Die Ergebnisse der hier zugrunde liegenden Befragungen beziehen sich, was Streikfähigkeit und Arbeitskampfstrategien jenseits des Warnstreikniveaus anbetrifft, auf Einschätzungen und Planungen, die noch keinem manifesten Realitätstest unterworfen worden

²¹⁸ So auch schon *Lieb*, JZ 1995, 1174 (1176); *Deinert*, AuR 2010, 290 (296); *Zachert*, AuR 2000, 53 (55); *Heilmann/Menke*, AuR 1996, 11 (12). Sie nennen jeweils auch die Bedeutung der Verbandsaustritte.

²¹⁹ Siehe dazu auch Entschließung 2 zum Gewerkschaftstag der IG Metall im Oktober 2015, die darauf abstellt, die „bisherigen Konzepte zum Führen von Arbeitskämpfen einer Überprüfung zu unterziehen und daraus Maßnahmen zu entwickeln, die zum Ziel haben, Eskalationsmöglichkeiten im Rahmen einer Tarifbewegung zu erweitern“. Der Hinweis des 1. Vorsitzenden der IG Metall auf eine neue Streiktaktik mit eintägigen Warnstreiks für die Tarifrunde 2016 weist in eben diese Richtung (vgl. Spiegel online vom 2.2.2016).

sind. Das hängt zum einen sicherlich damit zusammen, dass im betrachteten Zeitraum (Mitte der 1990er-Jahre bis heute) keine hinreichend brisanten Themen ganz oben auf der tarifpolitischen Tagesordnung standen und dass diese Phase durch einen Wechsel von gut laufender (nicht nur) Automobil-Konjunktur zur manifesten Wirtschafts- und Finanzkrise und wieder zurück geprägt war.

Die vergleichsweise effiziente Nutzung von Warnstreiks als Durchsetzungsmittel ist also bislang nur für eine relativ günstige Periode konjunktureller Entwicklung²²⁰ erprobt. Eine solche Periode relativ weitgehender Konzessionsspielräume ermöglicht nur begrenzt Aussagen über die Durchsetzungsmacht für Zeitpunkte, in denen es auf diese tatsächlich ankommen sollte. Ein schwer abzuschätzender Teil der Beeinträchtigungen gewerkschaftlicher Arbeitskampffähigkeit, der von der drastisch weitergetriebenen Intensivierung vernetzter Wertschöpfungssysteme in der Automobilindustrie ausgeht, bleibt so im untersuchten Zeitraum weitgehend latent. Praktisch wirksam wird er gleichwohl auch unter den gegebenen Bedingungen, soweit qualitative Forderungen, die in Tarifverträgen anderer Branchen vereinbart werden konnten, von der IG Metall so nicht erhoben werden sollten, weil sie als zu konflikträftig eingeschätzt werden sollten.²²¹

Die getroffenen Aussagen zur Arbeitskampffähigkeit mit Hilfe von Warnstreiks gelten ohnehin nur für „normale“ Zeiten, nicht für Großkonflikte vom Format des Konflikts um die 35-Stunden-Woche. Unter den Befragten schließt niemand (auch nicht der befragte Arbeitgeberverbandsvertreter) die Möglichkeit, dass es künftig wieder einen solchen Großkonflikt geben könnte, kategorisch aus – zumal auch die IG Metall mit Bildungsteilzeit und lebensphasenorientierten Arbeitszeitmodellen zunehmend qualitative Forderungen wieder verstärkt zum Gegenstand von Tarifpolitik machen möchte. Arbeitskämpfe um solche Themen haben das Potenzial zu Eskalationen, für die es aktuell keine belastbaren Konzepte gibt.

²²⁰ Abgesehen von der Ausnahmeperiode der (für die Metall- und Elektroindustrie relativ kurzen) Finanz- und Wirtschaftskrise seit 2008.

²²¹ IG Metall Tarifexperte 1, 12/2014. Den Bezug bilden hier verbindliche Tarifregelungen über obligatorische Demografieanalysen, Demografiebeiträge sowie Qualifizierungsansprüche, wie sie etwa die Demografietarifverträge für die Chemische Industrie enthalten (vgl. Tarifvertrag Lebensarbeitszeit und Demografie i. d. F. von Juli 2015, insb. §§ 2, 6, 7).

3. Zum arbeitskampfrechtlichen Rahmen der aktuellen Arbeitskampfpraxis

Bevor aus diesen Analysen eine abschließende Bewertung der Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III unter heutigen Bedingungen vorgenommen werden soll, muss allerdings auf die arbeitskampfrechtlichen Voraussetzungen eingegangen werden, die Einfluss auf die Arbeitskampffähigkeit in der Metall- und Elektroindustrie haben. Denn „[e]inen „Naturzustand, der nicht auf der Rechtsordnung beruht und auf den die Rechtsordnung daher nicht einwirkt, gibt es nicht. Eventuell auftretende Disparitäten sind daher (fast) immer auch durch die rechtlichen Rahmenbedingungen mitverursacht“.²²²

Eine wichtige Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III besteht darin, dass der IG Metall (noch) Möglichkeiten zur Verfügung stehen, einen Arbeitskampf zu führen. Dabei sind Warnstreiks in den letzten Jahrzehnten von besonderer Bedeutung gewesen. Aktuell rechnet die Arbeitskampfpraxis insoweit mit der bisherigen Rechtsprechung zu Warnstreiks,²²³ die Warnstreiks weitgehend für zulässig hält.²²⁴ Jede Einschränkung dieser Handlungsmöglichkeiten hätte unmittelbare Rückwirkungen auf die Beurteilung der Arbeitskampffähigkeit unter den Bedingungen des § 160 Abs. 3 SGB III (dazu im Folgenden 3.1.).

Auf der anderen Seite sind jenseits von Warnstreiks auch die Handlungsmöglichkeiten zu berücksichtigen, die der Arbeitgeberseite zur Verfügung stehen, um entstehenden Fernwirkungen ihre Wirkung im Arbeitskampf zu nehmen. So kann die Nutzung von „Streikbruch“ mit Hilfe von Leiharbeit und ähnlich ausgelagerten Unternehmen/Beschäftigten (Onsite-Werkvertragsunternehmen) die Statik des Arbeitskampfs in einer Weise verändern, dass sie Einfluss auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III haben muss (dazu im Folgenden 3.2.).

²²² Rüfner, RdA 1997, 130 (133).

²²³ Siehe zu den Anforderungen der Zulässigkeit von Warnstreiks Bieback/Wroblewski, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn. 63.

²²⁴ Siehe Bieback/Wroblewski, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn. 23: „Seither können Gewerkschaften Warnstreiks rechtssicher in eigener Regie führen.“

3.1 Die rechtlichen Anforderungen an Warnstreiks und „alternative“ Arbeitsk Kampfmaßnahmen

3.1.1 Stand der Rechtsprechung zu Warnstreiks

Seit dem BAG-Urteil vom 21.6.1988²²⁵ unterliegen Warnstreiks grundsätzlich denselben Anforderungen wie Erzwingungsstreiks, da sie ebenfalls darauf abzielen, Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben.²²⁶ Insbesondere für Warnstreiks ist es aber von besonderer Bedeutung, dass das BAG für die Auslegung des ultima-ratio-Prinzips zu Recht davon ausgeht, dass jede Tarifvertragspartei selbst wissen muss, wann die Verständigungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind. In der Einleitung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen liegt insofern die freie und nicht nachprüf-bare und daher allein maßgebende Erklärung der Tarifvertragspartei, dass sie die Verständigungsmöglichkeiten ohne Ausübung von Druck als ausgeschöpft ansieht. Es ist nicht erforderlich, ein Scheitern der Tarifverhandlungen „offiziell“ zu erklären oder festzustellen (Einschätzungsprärogative).²²⁷ Ein Warnstreik ist daher nach Ablauf der Friedenspflicht auch während laufender Tarifverhandlungen nicht ausgeschlossen, wenn nach Einschätzung der verhandelnden Gewerkschaften ein Tarifabschluss im Wege der Verhandlungen ohne Arbeitsk Kampfmaßnahmen nicht zu erreichen ist.²²⁸ Allerdings hat das BAG den Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberverbänden erlaubt, auch auf einen Warnstreik mit einer Aussperrung zu reagieren, die allerdings verhältnismäßig sein muss (so verstoße etwa die Beantwortung eines halbstündigen Streiks vor Arbeitsbeginn mit einer zweitägigen Aussperrung gegen das Übermaßverbot).²²⁹

3.1.2 Folgerungen aus der Analyse der Fernwirkungsproblematik

Da das BAG diese Grundsätze in ständiger Rechtsprechung immer wieder bestätigt hat,²³⁰ können die Gewerkschaften heute Warnstreiks rechtssicher in eigener

²²⁵ Hierzu und zum Folgenden BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86.

²²⁶ Zur Entwicklung der Rechtsprechung s. insbesondere BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75; BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83; BAG 29.1.1985 – 1 AZR 179/84.

²²⁷ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, A.I.3.c); siehe z. B. *Bieback/Wroblewski*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn. 42.

²²⁸ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, A.I.3.c).

²²⁹ Siehe BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, A.I.3.; vgl. auch LAG Düsseldorf 10.9.1996 – 3 Sa 893/96, II.1.c); gegen die Zulässigkeit der Aussperrung gegen einen Warnstreik: *Bieback/Wroblewski*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 17 Rn. 68 (da das Scheitern der Verhandlungen in diesem Fall nicht irreversibel ist, könne ein Warnstreik keine Abwehraussperrung rechtfertigen); siehe auch *Schumann*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 241, 338.

²³⁰ *Bieback/Wroblewski*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 17 Rn. 49; Rn. 44; Rn. 58 ff.

Regie führen.²³¹ Ein zulässiger Warnstreik setzt insofern nur voraus, dass zuvor Forderungen für den Inhalt des abzuschließenden Tarifvertrags erhoben worden sind und die andere Seite Verhandlungen über eine Forderung grundsätzlich abgelehnt hat oder dass Tarifverhandlungen geführt wurden, ohne dass die Forderungen akzeptiert wurden.

In Anbetracht der dargestellten Paritätslage in der Automobilindustrie ist darauf hinzuweisen, dass diese Rechtslage unter ansonsten unveränderten rechtlichen Rahmenbedingungen von absoluter Unabdingbarkeit für die Arbeitskampffähigkeit der IG Metall ist. Warnstreiks verstoßen nicht nur nicht gegen die Kampfparität:²³² Angesichts der erheblichen Interessen der Gewerkschaft an dieser Kampftaktik wäre eine Formalisierung von Warnstreiks²³³ eine verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigende Einschränkung der Kampfparität.

Insofern kann es rechtlich auch keine Rolle spielen, ob Warnstreiks im Verhältnis zu Erzwingungsstreiks geringere oder ähnliche wirtschaftliche Wirkungen hervorrufen können. Da es sich nach geltendem Recht um die einzige Arbeitskampfmöglichkeit der Gewerkschaft in der Metall- und Elektroindustrie handelt, kann es insofern auch nicht darauf ankommen, in welchem Ausmaß die Streikenden einen Entgeltausfall erleiden.²³⁴

3.1.3 Rechtliche Anforderungen an alternative Arbeitskampfformen

Voraussetzung für die Bejahung der Arbeitskampffähigkeit ist, dass neue Arbeitskampfkonzeppte jenseits von Warnstreiks und unterhalb des Flächen- und Erzwingungsstreiks nicht nur praktisch realisierbar, sondern auch rechtlich zulässig sind.

Über Warnstreiks hinaus hat die Rechtsprechung sich für „alternative Arbeitskampfformen“ in den vergangenen zehn Jahren von einer Beschränkung des Begriffs „Arbeitskampf“ auf den Erzwingungsstreik genauso gelöst wie die Arbeitskämpfpraxis. Da es arbeitskampfrechtlich keine säuberlich durch eine Zäsur

²³¹ So auch *Bieback/Wroblewski*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn. 42; Rn. 23.

²³² Hierzu und zum Folgenden BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83.

²³³ Gefordert z. B. von *Rüthers*, NZA 2010, 6 (10); *Cord Meyer*, Anm. zu BAG 19.6.2012, AP Nr. 177 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²³⁴ Auch veränderte satzungsrechtliche Rahmenbedingungen in der Frage der Unterstützungszahlungen (siehe die zurückgenommenen bzw. nicht angenommenen Anträge S.030 und S.031 zu § 23 der IG Metall-Satzung) würden insofern am verfassungsrechtlichen Schutz dieser Arbeitskämpfform nichts ändern.

getrennte Phasenabfolge gibt, sind auch Formen von „Flexistreiks“ oder abgestimmten Kurzstreiks zulässig.²³⁵

Die verfassungsrechtlich erforderliche Offenheit gegenüber der Entwicklung neuer Arbeitskampfformen zeigt sich insbesondere im Urteil zu einer sog. Flashmob-Aktion der Gewerkschaft Verdi, an der sich auch Dritte (insbesondere Kundinnen und Kunden des betroffenen Einzelhandelsbetriebs) beteiligt hatten, die durch die Aktion keinen eigenen wirtschaftlichen Nachteil befürchten mussten.²³⁶ Für die Einschätzung der weiteren Entwicklung wird von besonderer Bedeutung sein, dass die Rechtsprechung hier nicht nur die Kampfmittelfreiheit anerkennt, sondern auch künftig die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften im Hinblick auf Geeignetheit und Erforderlichkeit der Arbeitsk Kampfmaßnahme²³⁷ gewährleistet.

3.2 Streikbruch mit Hilfe von Leiharbeit und Onsite-Werkverträgen

Unabhängig von der Wahrscheinlichkeit des Entstehens von Fernwirkungen muss sich die Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III auch dann verändern, wenn entstehende Fernwirkungen geringeren Einfluss auf den Arbeitskampf haben – oder wenn die IG Metall aus anderen Gründen für ihre Arbeitskmpffähigkeit auf die Einbeziehung von Fernwirkungen angewiesen sein sollte. Hier spielen insbesondere die Möglichkeiten der Arbeitgeberseite eine Rolle, arbeitskampfbedingten Wirkungen auszuweichen – z. B. durch den Einsatz von Streikbrucharbeit.

3.2.1 Stand der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Debatte

Nach einem allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsatz des deutschen Rechts dürfen Arbeitnehmer/innen nicht gegen ihren Willen zu sog. „direkter Streikarbeit“ bzw. Streikbrucharbeit herangezogen werden. Das BAG begründet dies damit, dass es einem Arbeitnehmer unzumutbar sei, sich gegenüber streikenden Kollegen unsolidarisch zu verhalten und diesen in den Rücken zu fallen. Durch eine Heranziehung zu „direkter Streikarbeit“ würden die Aussichten eines Streiks unmittelbar beeinträchtigt, die den in den Kreisen der Arbeitnehmer/innen mit

²³⁵ *Bieback/Wroblewski*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 17 Rn. 60; Rn. 82.

²³⁶ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08; BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09; vgl. auch die neuere Rechtsprechung zum Unterstützungsstreik (BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06). Hierzu sowie zum Folgenden ausführlich *Rehder/Deinert/Callsen*, 2012.

²³⁷ Siehe in Bezug auf den Unterstützungsstreik BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, I.2.c) bb) sowie I.2.c)bb)(3) (a) und (b); siehe in Bezug auf Flashmobs BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, B.II.2.b)aa)(4)(a) und (b).

Recht herrschenden Anschauungen widerspreche, wie auch umgekehrt die Arbeitgeber eine Verletzung der Solidarität in ihrem Bereich als ungerechtfertigt und anstößig empfinden würden.²³⁸

Ausfluss dieses allgemeinen Grundsatzes ist u. a. § 11 Abs. 5 AÜG, wonach Leiharbeitnehmern ein Leistungsverweigerungsrecht in bestreikten Betrieben zusteht; für die Vermittlung von Arbeitslosen regelt § 36 Abs. 3 SGB III etwas höhere Anforderungen, insofern das geregelte Vermittlungsverbot der Agentur für Arbeit in einen durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffenen Bereich nur entfällt, „wenn die oder der Arbeitsuchende und der Arbeitgeber dies trotz eines Hinweises auf den Arbeitskampf verlangen“.

In Bezug auf die Beschäftigten in Onsite-Werkvertragsunternehmen gibt es bislang noch keine gesetzlichen Regelungen. Dies heißt aber nicht, dass hier ein unbegrenzter Einsatz zum Streikbruch zulässig ist. Das LAG Baden-Württemberg schließt aus den Wertungen der genannten Normen, dass streikbrechende Direktionsrechtsmaßnahmen nicht mehr billigem Ermessen im Sinne des § 106 GewO entsprechen. Ein Leistungsverweigerungsrecht bestehe nicht nur dann, wenn der vom Streik betroffene Arbeitgeber eigene, nicht vom Streik betroffene Arbeitnehmer/innen zur Streikarbeit auffordert, sondern auch „wenn Drittunternehmen ihren Arbeitnehmern eine solche Streikarbeit zuweisen. Denn übernimmt ein Arbeitgeber als Drittunternehmen von einem bestreikten Unternehmen die bestreikte Produktion/Dienstleistung, um dem Streik in einem anderen Unternehmen die Wirkung zu nehmen, greift er auf Seite des bestreikten Arbeitgebers aktiv in den Arbeitskampf ein. Die Arbeitnehmer des ‚streikbrechenden‘ Drittunternehmens können sich dann nach den Grundsätzen unzumutbarer Streikarbeit weigern, die entsprechende Tätigkeit zu verrichten.“²³⁹

Nach völkerrechtlichen Verträgen richtet sich das Verbot des Streikbruchs auch gegen Arbeitgeber. Der ILO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit sieht es als „serious violation“ der Vereinigungsfreiheit an, wenn Arbeitnehmer zum Streikbruch eingestellt werden.²⁴⁰ Der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte sowie

²³⁸ BAG 25.7.1957 – 1 AZR 194/56, AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 3; ausführlich auch *Wolter*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 16 Rn. 20 ff., der den Streikbruch aber in erster Linie kollektivrechtlich betrachtet.

²³⁹ LAG Baden-Württemberg 31.7.2013 – 4 Sa 18/13 und 4 Sa 19/13, B.I.4.b)bb) unter Bezug auf *Bertzbach/Dette/Ögüt*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 19, Rn. 67, 69; *Berg*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 506; die Entscheidungen wurden rechtskräftig, nachdem die Revisionen zurückgenommen wurden.

²⁴⁰ ILO, Digest 2006, Rn. 632.

der UN-Sozialpaktausschuss haben sich dieser Meinung angeschlossen.²⁴¹ Die Heranziehung zur Streikbrucharbeit ist keine zulässige Arbeitskampfmaßnahme des Arbeitgebers, sondern eine unlautere Unterlaufungsstrategie.²⁴² Denn das Vorgehen, Beschäftigte zu Streikbrucharbeit heranzuziehen, zielt im Kern gegen die Koalitionsfreiheit und die Gewerkschaften.²⁴³ Streikbruch dient dazu, den Streik unwirksam zu machen und der Gewerkschaft dieses Mittel aus der Hand zu schlagen oder den Gebrauch des Freiheitsrechts zu erschweren – ähnlich wie bei einer Aussperrung.

Die Rechtmäßigkeit des Streikbruchs entscheidet sich insofern nach Grundsätzen der Parität und der Verhältnismäßigkeit. Streikbruch ist betriebliches Streikbekämpfungsmittel,²⁴⁴ folglich im Einzelbetrieb nur so lange statthaft, wie dort gestreikt wird. Streikbrucharbeiten sind dort also mit tatsächlichem Beginn des Streiks und bis zu dessen Ende zulässig.

Streikbruch kann durch eigene Beschäftigte des Betriebs oder durch außenstehende Dritte wie Leiharbeitnehmer oder sonstige Fremdfirmenarbeiter durchgeführt werden.²⁴⁵ Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Streikbruchs muss es einen Unterschied machen, ob eigene oder fremde Arbeitnehmer/innen als Streikbrecher eingesetzt werden; welcher Art der Unterschied ist, erscheint jedoch keineswegs eindeutig.²⁴⁶ So werden die Arbeitnehmersolidarität und die individuelle Koalitionsfreiheit zwar stärker durch interne Streikbrecher/innen als durch externe belastet; der psychische Druck auf die Streikenden und damit auf die Gewerkschaft ist durch betriebsinternen Streikbruch höher als durch betriebsexternen.²⁴⁷ Andererseits ist aus denselben Gründen die Effektivität des Streikbruchs durch Externe weit höher; insbesondere haben Streikende und Gewerkschaft geringere Kommunikations- und Einflussmöglichkeiten auf externe Beschäftigte.

²⁴¹ *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn. 93; zustimmend z. B. *Schumann*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 306 f.; *Wolter*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 193 f.

²⁴² *Däubler*, AuR 2011, 388 (391).

²⁴³ Hierzu und zum Folgenden *Schumann*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 306.

²⁴⁴ *Wolter*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 21 Rn. 160 f.

²⁴⁵ Hierzu und zu den folgenden Aussagen dieses Absatzes *Wolter*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 16 Rn. 21.

²⁴⁶ *Wolter*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 194.

²⁴⁷ Gegen die Verhältnismäßigkeit insbesondere *Schumann*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 306a.

Es spricht deshalb einiges dafür, dass ein Arbeitgeber externe Arbeitnehmer/innen auch nicht auf freiwilliger Basis zum Streikbruch einsetzen darf.²⁴⁸ Dieses Regelungsziel wird z. T. in Tarifverträgen der Leiharbeit schon durch „Streikklauseln“ erreicht; solche tariflichen Einsatzverbote für Leiharbeitnehmer/innen in bestreikten Betrieben gehen über § 11 Abs. 5 AÜG hinaus, weil nicht nur ein Leistungsverweigerungsrecht statuiert wird, sondern auch dem Leiharbeitgeber der Einsatz untersagt wird.²⁴⁹ Dies wird nach einem Bundestagsbeschluss von 2016 nun explizit im AÜG klargestellt:²⁵⁰ Danach wird § 11 Abs. 5 AÜG ab 1.4.2017 künftig die Regelung enthalten, dass „[d]er Entleiher [...] Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen [darf], wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist“ – ein Einsatz ist nur möglich, wenn sichergestellt ist, dass die Leiharbeitnehmer/innen nicht (ggf. in der Kette) Aufgaben wahrnehmen, die bisher von Streikenden verrichtet wurden. In einem § 16 Nr. 8a AÜG soll das Gesetz nach diesem Entwurf künftig explizit auch klarstellen, dass ein Verstoß eine Ordnungswidrigkeit darstellt.²⁵¹

Von einem Leiharbeitnehmer oder einer Leiharbeiterin dürfen demnach jedenfalls nicht Verrichtungen gefordert werden, die bisher von den Streikenden erledigt wurden oder Tätigkeiten, die bisher von nichtstreikenden Arbeitnehmern erledigt wurden, welche nunmehr ihrerseits die Verrichtungen von den Streikenden übernehmen. Demnach dürfen weder neu entlehene Leiharbeitnehmer/innen noch solche, die bei Beginn des Arbeitskampfes bereits bei dem Entleiher tätig waren, eingesetzt werden, soweit der Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.

3.2.2 Folgerungen aus der Analyse der Fernwirkungsproblematik

Die aktuelle Rechtsunsicherheit in Bezug auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern/-arbeiterinnen sowie von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen externer Onsite-Werkvertragsunternehmen führt dazu, dass in vielen Fällen die Arbeitskampffähigkeit selbst im Fall von Warnstreikstrategien beeinträchtigt sein kann, da die Arbeitgeberseite auch solchen Streikformen ihre wirtschaftlichen

²⁴⁸ Schumann, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG-AKR, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn. 306 f.; Wolter, in: Däubler (Hrsg.), AKR, 3. Aufl. 2011, § 21 Rn. 193 f.; a. A. ArbG Bonn 26.5.2015 – 3 Ga 18/15.

²⁴⁹ Siehe den Text bei Bissels/Kiehm, DB 2014, 423 (425). Zu den Rechtswirkungen z. B. Boemke/Sachadae, DB 2015, 1467 ff. (schuldrechtliche Wirkung).

²⁵⁰ Siehe schon Koalitionsvertrag 2013 zwischen CDU, CSU und SPD, „Deutschlands Zukunft gestalten“, S. 69.

²⁵¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9232 und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/10064.

und betriebspolitischen Wirkungen nehmen kann. Die in der Literatur zum Teil geäußerte Annahme, das Verbot des Streikbrucheinsatzes beeinträchtigt die Arbeitskämpfparität zu Lasten der Arbeitgeberseite,²⁵² übersieht insofern die hohe Darlegungslast. Denn die Arbeitskämpfrechtsprechung geht zutreffend davon aus, dass der Streik selbst schon Verhandlungsparität schafft, „da er beiden Seiten die für den Arbeitskampf typischen Nachteile zufügt“.²⁵³ Diese Parität wird durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern und Arbeitnehmern von Onsite-Werkvertragsunternehmen zugunsten der Arbeitgeberseite beeinträchtigt. Solange einer Gewerkschaft keine Möglichkeiten zur Verfügung stehen, auf andere Weise wirtschaftlichen Druck auszuüben, muss das Recht von Verfassungen wegen die Arbeitskämpfparität gewährleisten. Das Argument, ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern und -arbeitnehmerinnen in bestreikten Betrieben hätte eine „Zwangssolidarisierung“ der im Betrieb tätigen Leiharbeiter/innen zur Folge,²⁵⁴ übersieht, dass diese keineswegs ein Recht auf Tätigwerden in einem bestimmten Betrieb haben; die flexible Versetzbarkeit ist gerade das Wesen des Leiharbeitsvertrags. Leiharbeiter/innen haben insofern von vornherein kein Recht, in dem bestreikten Betrieb tätig zu werden.

Das an den Entleiher gerichtete Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern gilt nur, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Da bei mittelbar betroffenen Betrieben der Ausfall der Arbeitsleistung nicht auf Streikmaßnahmen von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen des Betriebs zurückgeht, spielt der Streikbruch für die Vermeidung von Fernwirkungen keine Rolle.

3.3 Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung beim Entstehen von Fernwirkungen

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bezüglich der Modalitäten der Arbeitszeitverkürzung in mittelbar vom Arbeitskampf betroffenen Betrieben ist von grundlegender Bedeutung für die Möglichkeiten der Begrenzung von Fernwirkungen. Die Interviews haben gezeigt, dass die Mitbestimmungs- und Informationsrechte des Betriebsrats ein ganz entscheidendes Mittel der Betriebsräte sowie der Gewerkschaft im Arbeitskampf sind: Sie ermöglichen es den Betriebsräten zu kontrollieren, ob tatsächlich ein Produktionsausfall aufgrund des Arbeitskampfes besteht, oder ob nicht im Gegenteil die Arbeitgeberseite das Mittel der Kurzarbeit als Kampfmaßnahme nutzt.

²⁵² *Ugger/Löwe*, BB 2015, 3125 (3126 f.).

²⁵³ *Hanau* 1985, S. 11 f.

²⁵⁴ *Ugger/Löwe*, BB 2015, 3125 (3125).

Allerdings hat das BAG in der nach wie vor einzigen höchstrichterlichen Entscheidung zu diesem Themenkomplex den Umfang des Mitbestimmungsrechts auf das „Wie“ der Kurzarbeit beschränkt; in der entscheidenden Frage, inwieweit die Produktionseinschränkung vermeidbar ist oder nicht, ergibt sich danach lediglich ein Informations-, jedoch kein Mitbestimmungsrecht.²⁵⁵ Das Hauptargument des BAG lautet insofern, der Wegfall des Entgeltanspruchs nach den vom BAG selbst entwickelten Grundsätzen des Arbeitskampfrisikos²⁵⁶ bedeute eine rechtlich zwingende Produktionseinschränkung, über die nicht vor einer Einigungsstelle, sondern allenfalls vor einem Arbeitsgericht gestritten werden könne. „Wenn der Betriebsrat davon überzeugt ist, daß die behaupteten Fernwirkungen eines Arbeitskampfes in Wahrheit nicht vorliegen oder doch jedenfalls eine Arbeitszeitverkürzung in dem vom Arbeitgeber gewünschten Umfang nicht rechtfertigen, so kann er eine gerichtliche Entscheidung dieser Rechtsfrage herbeiführen“ – auch durch Antrag auf einstweilige Verfügung. Der Betriebsrat sei aber „nicht berechtigt, seine Mitwirkung nur deshalb zu verweigern, weil er die rechtlichen Voraussetzungen der geplanten Maßnahme bestreitet.“

Ein Problem dieser „Splitting-Theorie“ besteht darin, dass die Voraussetzungen des arbeitskampfbedingten Lohnverweigerungsrechts ähnlich schwer zu bestimmen und abzugrenzen sind wie der Umfang und die Verteilung der verbleibenden Restarbeitszeit.²⁵⁷ Allerdings unterscheidet das Betriebsverfassungsrecht grundsätzlich zwischen Rechts- und Regelungsfragen und beschränkt die Mitbestimmung im Regelfall auf letztere. Auch unbestimmte Rechtsbegriffe, wie sie in den Voraussetzungen des Arbeitskampfrisikos enthalten sind, bringen z. T. weite Entscheidungsspielräume mit sich. Dennoch ist ihre Ausfüllung in der Regel den Arbeitsgerichten und nicht den Einigungsstellen übertragen. Problematisch ist allerdings die Annahme des BAG, die Einschränkung der Produktion sei rechtlich geregelt und überprüfbar. Die Frage des arbeitskampfbedingten Entgeltausfalls mag eine Rechtsfrage sein. Die Frage, ob die Produktion nicht fortgeführt werden kann, ist aber hiervon unterschieden; sie ist nicht rechtlich zwingend geregelt. Jedenfalls unterscheidet sich insofern die Qualität der Rechtsfragen im Arbeitskampf fall nicht grundsätzlich von denjenigen, die bei der Anordnung von Kurzarbeit in anderen Fällen bestehen können.²⁵⁸ Ohnehin bedürfen Einschrän-

²⁵⁵ Siehe dazu schon oben I.2.4.

²⁵⁶ Siehe oben I.2.1.

²⁵⁷ *Detle*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 19 Rn. 143 f.; zum Ganzen auch DKKW/*Klebe*, § 87 BetrVG, Rn. 101 ff.

²⁵⁸ Siehe oben I.2.4. zur Rechtsprechung über ein umfassendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Einführung von Kurzarbeit außerhalb eines Arbeitskampfes.

kungen der Beteiligungsrechte des Betriebsrats einer besonderen arbeitskampfrechtlichen Begründung; die Neutralitätspflicht des § 74 Abs. 2 BetrVG genügt dem nicht, denn sie trifft Arbeitgeber wie Betriebsrat gleichermaßen.²⁵⁹

Für ein uneingeschränktes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats spricht auch, dass § 100 Abs. 2 SGB III der Beteiligung des Betriebsrats eine wichtige Rolle bei der Überprüfung der Arbeitskampfbedingtheit, also der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls zuspricht. Diese Überprüfung ist eigentlich Sache der Arbeitsagenturen, die hierzu auch selbst Feststellungen im Betrieb treffen könnten. Allerdings erfordert die sachgerechte Beantwortung der Frage nach der Vermeidbarkeit Kenntnisse der betrieblichen Abläufe, die von außen nur schwer zu erlangen sein werden. Nach § 100 Abs. 2 Satz 2 und 3 SGB III erhält die Arbeitsagentur deshalb nicht nur eine Stellungnahme „der Betriebsvertretung“; die Norm verpflichtet den Arbeitgeber darüber hinaus sogar dazu, gegenüber dem Betriebsrat „die für die Stellungnahme erforderlichen Angaben zu machen“. Die Tatsache, dass die Norm lediglich eine solche Informationspflicht des Arbeitgebers regelt, und nicht auf Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats eingeht, hat mit ihrem systematischen Standort zu tun. Sie ist aber Beleg dafür, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Betriebsrat als Organ der Betriebsverfassung auch während der Dauer von Arbeitskämpfen eine wichtige Kontrollfunktion innehat.

Es ist bezeichnend, dass diese Rechtsfrage der Reichweite der Mitbestimmung seit 1980 bereits mehrfach in der Revision anhängig war, ohne dass es zu einer weiteren höchstrichterlichen Entscheidung kam. Hatte im Jahre 1982 noch ein Betriebsrat auf Anraten der IG Metall seine Rechtsbeschwerde zurückgenommen, so war es im Jahre 1988 die Arbeitgeberseite, die in insgesamt drei Verfahren die Revision zurücknahm und damit einer Entscheidung aus dem Weg ging, nachdem bereits der Entscheidungsvorschlag des Berichterstatters bzw. weitere weit gediehene Vorarbeiten des Senats vorlagen²⁶⁰ – ein Indiz dafür, dass eine Änderung der Rechtsprechung nahegelegen hatte.

Angesichts dieser Zurückhaltung von Verfahrensparteien, eine höchstrichterliche Entscheidung zu ermöglichen, die für Rechtssicherheit sorgen könnte, ist der Gesetzgeber aufgefordert, die Mitbestimmung des Betriebsrats für das „Ob“ der Kurzarbeit bei arbeitskampfbedingten Fernwirkungen klarzustellen.

²⁵⁹ Kissel, NZA 1989, 81, 82 f.

²⁶⁰ Hierzu ausführlich Kissel, NZA 1989, 81, 82 f. mit dem Hinweis, es falle schwer, dies emotionslos darzustellen; hierauf verweist auch Dette, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 19 Rn. 143 f.; anders als das BAG entschied z. B. das LAG Bremen 9.2.1989, AiR 1989, 316.

3.4 Anreiz zur Abkehr vom Flächentarifvertrag?

Die Auswirkungen hochgradig vernetzter Produktions- bzw. Wertschöpfungsstrukturen auf die gewerkschaftliche Handlungs- und Durchsetzungsfähigkeit im Arbeitskampf hängt nach § 160 Abs. 3 SGB III auch von deren Verbindung mit Flächentarifvertragspolitik ab. Sie steht dort potentiell infrage, wo umfängliche Fernwirkungen im Bereich desselben tariflichen Regulierungsbereichs anfallen (Flächentarifverträge mit breitem (Multi-)Branchenzuschnitt). Demgegenüber bleibt sie von solchen Einflüssen weitgehend unberührt, wo fragmentierte oder heterogene Tarifstrukturen dominieren und extensive Fernwirkungen problemlos genutzt werden können, weil die Beschäftigungsfolgen nicht im Regelungsbereich desselben Tarifvertrags bzw. nicht im Organisationsbereich der betreffenden Gewerkschaft anfallen. Das betrifft etwa die Durchsetzung von Tarifbindung bei Zulieferern über die mittelbar betroffenen Endfertiger, wo schwache Primär-machtpositionen auf diese Weise zumindest teilweise ausgeglichen werden können. Vor allem aber betrifft es die Interessenvertretung bestimmter Berufs- oder Funktionsgruppen mit hoher Primärmacht und deren Partikulargewerkschaften wie GDL, Cockpit etc.

Pointiert ließe sich folgern: Die Verbindung von § 160 SGB III und hochgradig vernetzten Produktionsstrukturen könnte unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung oder gar Steigerung gewerkschaftlicher Kampffähigkeit als Impuls zur Abkehr vom Prinzip des Flächentarifs wirksam werden. Diesen Aspekt gilt es im Blick zu behalten, auch wenn die Ergebnisse unserer aktuellen Empirie eher dafür sprechen, dass die relevanten Akteure auf beiden Seiten bestrebt sind, solche Wirkungen auszuschließen. Tarif- oder arbeitskampfrechtliche Konsequenzen ergeben sich hieraus aktuell (noch) nicht.

4. Schlussfolgerungen

§ 160 Abs. 3 SGB III ist nur verfassungsgemäß, soweit Warnstreik und alternative Arbeitskampfformen hinreichend rechtssicher führbar sind und Möglichkeiten, Leiharbeit und andere Beschäftigungsformen zum Streikbruch zu nutzen, beschränkt werden.

Die in den zuletzt geführten Konflikten benötigte Arbeitskampffähigkeit hat die IG Metall durch die Entwicklung geeigneter Warnstreikkonzepte gewonnen. Diese haben eine Rechtsprechung zur Voraussetzung, die den Warnstreik sowie alternative arbeitskampfrechtliche Handlungsmöglichkeiten der verfassungsrechtlich gewährleisteten Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften überlässt und damit in der Automobilindustrie für die vergangenen Jahre ausrei-

chende Freiräume gewährleistet hat. Die Einschränkungen der Arbeitskampffähigkeit durch § 160 Abs. 3 SGB III waren und sind auch für „kleinere“ Konflikte nur verfassungsgemäß, solange diese Freiräume gewährleistet bleiben. Die Anerkennung einer gewerkschaftlichen Einschätzungsprärogative im Hinblick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Arbeitskampsmaßnahme ist hierbei von unabdingbarer Bedeutung.

Bei gleichbleibenden Handlungsmöglichkeiten im Arbeitskampf muss sich die Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III aber auch dann verändern, wenn eine Gewerkschaft auf wirtschaftliche Fernwirkungen angewiesen sein sollte, weil die Möglichkeiten der Arbeitgeberseite, auch kurzfristig unmittelbaren arbeitskampfbedingten Wirkungen auszuweichen, erheblich erweitert sein sollten. Die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III kann deshalb nicht mehr bejaht werden, wenn die Arbeitgeberseite den Streikbruch in einer Weise nutzen kann, die unmittelbare Wirkungen eines Streiks weitgehend entwertet. Die gegenwärtige Rechtslage (2016) zur Nutzung von Leiharbeit und Onsite-Werkvertragsarbeit im Arbeitskampf erlaubt dies jedoch weitgehend. Die Gefahren dieser Rechtslage haben sich in der Vergangenheit zwar (noch) nicht verwirklicht. Eine Einschränkung der Nutzung von Leiharbeit für den Streikbruch erscheint jedoch für die Zukunft erforderlich – solange § 160 Abs. 3 SGB III unverändert fortbesteht, ist die mit der Reform des AÜG ab April 2017 angestrebte Änderung verfassungsrechtlich geboten.

§ 160 Abs. 3 SGB III ist nicht mehr verfassungsgemäß, solange ein Erzwingungsstreik mit hoher Wahrscheinlichkeit unkontrollierbare Fernwirkungen auszulösen droht.

Von entscheidender Bedeutung für die arbeitskampfrechtliche Bewertung des § 160 Abs. 3 SGB III ist jedoch, ob die IG Metall für die Verhandlung von Flächentarifverträgen in der Metall- und Elektroindustrie dauerhaft auf den ausschließlichen Einsatz des Warnstreiks bzw. warnstreikähnlicher Streikformen verwiesen werden darf. Mit anderen Worten: Braucht die IG Metall hier den potenziell unbefristeten Streik (sog. „Erzwingungsstreik“) noch? Oder ist dieser angesichts der neueren Arbeitskampsmittel obsolet geworden?

Zumindest derzeit hat sich die IG Metall als fähig erwiesen, ihre Forderungen auch ohne Erzwingungsstreiks wirksam zu vertreten. Eine wichtige Bedingung hierfür war im betrachteten Zeitraum aber auch, dass keine Verhandlungsgegenstände aufgeworfen waren, die für die Arbeitgeberseite in der Metall- und Elektroindustrie im Grundsätzlichen hoch umstritten und/oder gesellschaftspolitisch konfliktreich waren, wie es beim Streit um die 35-Stunden-Woche der Fall war. Auch solche Themen seitens der Gewerkschaften wirksam zum Tarifgegenstand

machen zu können, ist aber eine unabdingbare Voraussetzung von Parität im Rahmen der Tarifbeziehungen. Für diesen Fall dürfte der Erzwingungsstreik als praktisch einsetzbares Kampfmittel unverzichtbar sein, selbst wenn er zumeist faktisch nur als „(Droh-)Kulisse“ dient. Denn um als solche wirken zu können, muss sie eine von allen Beteiligten als realistisch angesehene Option sein.

Unter den Bedingungen des § 160 Abs. 3 SGB III bringt ein Erzwingungsstreik jedoch aus den folgenden Gründen erhebliche, durch die Gewerkschaft nicht kontrollierbare Risiken mit sich:

- Die Zunahme von Vernetzungen und Verflechtungen bringt bei einem Streik immer höhere Risiken von Fernwirkungen mit sich.
- Die erforderliche neue Auslegung des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG würde es zumindest den Betriebsräten in von Fernwirkungen betroffenen Betrieben zwar ermöglichen, die Vermeidbarkeit einer Produktionseinschränkung mit Hilfe der Mitbestimmung in der Einigungsstelle in Frage zu stellen. Die Wirksamkeit dieser Handlungsmöglichkeiten ist jedoch durch die in Bezug auf Vernetzungen und Verlagerungsmöglichkeiten bestehenden Informationslücken begrenzt. Für Betriebsräte, für die auf deren Informationen angewiesene IG Metall und offenbar auch für Unternehmensverantwortliche ist es schwierig (wenn nicht unmöglich), die einschlägigen Vernetzungen und die daraus resultierenden Fernwirkungen realistisch und detailliert genug einzuschätzen, um die mit längerfristigen Streiks verbundenen Fernwirkungsrisiken hinreichend verlässlich abschätzen zu können. Nachweisbar sind allenfalls strukturelle Vernetzungen. Um jedoch die Zusammenhänge und Verlagerungsmöglichkeiten im konkreten Fall und Betrieb einschätzen zu können, liegen den Betriebsräten und der Gewerkschaft in der Regel keine ausreichend zuverlässigen Kenntnisse vor.
- Im Hinblick auf die Parität sind auch Verlagerungsoptionen relevant, die sich aus dem Vorhandensein einer etwaigen Parallelproduktion bzw. funktional ähnlichen Standorten ergeben. Dabei muss man mittelfristige und kurzfristige Optionen unterscheiden. Die mittelfristigen Verlagerungsmöglichkeiten beziehen sich auf die obligatorischen Aushandlungsrunden zwischen den Unternehmen/Betrieben eines Konzerns/Unternehmens darüber, wohin die Produktion eines (meist, aber eben nicht immer neuen oder modifizierten) Modells vergeben wird. Kurzfristige Optionen ergeben sich z. B. im Hinblick auf Kapazitätsverlagerungen während eines Streiks; sie sind im Übrigen auch dann von Bedeutung, wenn sie den Unternehmen nur begrenzt bzw. mit beträchtlichem Einsatz verbunden zur Verfügung stehen. Sowohl mittel- als auch kurzfristig bestehende Verlagerungsoptionen beeinträchtigen die Kampfkraft der IG Metall, die letzteren unmittelbar, die ersteren eher

mittelbar, nämlich über einen latenten Druck zum standortbezogenen „Wohlverhalten“. Beide haben zwar nicht unmittelbar mit der Fernwirkungsproblematik zu tun, kommen aber bei einer Gesamtbetrachtung der Arbeitskämpfparität als zusätzliche Hypothek für die Gewerkschaft ins Spiel. Denn bei der verfassungsrechtlichen Bewertung muss es eine Rolle spielen, inwiefern ein längerfristiger Streik in den unmittelbar betroffenen Betrieben in vielen Bereichen durch Auslagerung vormals interner Funktionen ohnehin beeinträchtigt ist und durch den Einsatz von Streikbruch in seiner Wirkung zusätzlich gemindert werden kann. Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, dass ein Erzwingungsstreik künftig ohnehin nur dann Verhandlungen auf Augenhöhe ermöglichen kann, wenn auch auf der Arbeitgeberseite ein hinreichender „Binnendruck“²⁶¹ durch mögliche Fernwirkungen entsteht.²⁶²

§ 160 Abs. 3 SGB III führt also dazu, dass die Risiken intensiver Vernetzungen in der Automobilindustrie im Falle eines Konflikts, der einen längerfristigen Streik erforderlich macht, überwiegend der streikführenden Gewerkschaft zugewiesen sind. Die Norm ist deshalb nicht mehr verfassungsgemäß.

(**Exkurs:** Die hier angestellten Erwägungen stellen teilweise auch die Erwägungen des BAG zur Verteilung des arbeitsvertraglichen Arbeitskämpfrisikos²⁶³ in Frage, denn diese sind ebenfalls wesentlich mit Paritätsüberlegungen begründet.²⁶⁴ Die Aufgabe der Arbeitskämpfrisikolehre würde aber nicht nur zu einer Entlastung der IG Metall vom Binnendruck der Fernwirkungen führen, sondern sie würde darüber hinaus die Arbeitgeberseite mit den Entgeltzahlungen erheblich wirtschaftlich belasten. Es spricht wenig dafür, dass eine solche Gestaltung des Paritätsverhältnisses verfassungsrechtlich geboten sein sollte. Das Arbeitskämpfrisiko im Arbeitsvertragsrecht ist insofern unabhängig vom Arbeitskämpfrisiko im Arbeitsförderungsrecht zu betrachten. Ersteres war nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.)

²⁶¹ Vgl. zum Begriff *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), AKR, § 20 Rn. 120.

²⁶² Fernwirkungen haben insofern in jedem Fall – also sowohl bei Gewährung als auch bei Ausschluss von Kurzarbeitergeld – Auswirkungen auf die Paritätsverhältnisse (*Deinert*, in: Däubler [Hrsg.], AKR, § 20 Rn. 119) da im einen wie im andern Fall ein „Binnendruck“ wirkt (entweder auf die Gewerkschaft durch die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer/innen, oder auf den Arbeitgeberverband durch mittelbar betroffene Arbeitgeber/innen).

²⁶³ Siehe oben I.2.1.

²⁶⁴ Zu diesem Zusammenhang auch schon *Hanau*, 1985, S. 13 f.

V. Ergebnis

- § 160 Abs. 3 SGB III ist verfassungswidrig, solange ein Erzwingungsstreik in der Metall- und Elektroindustrie ein hohes Risiko weitreichender Fernwirkungen mit sich bringt, die der Gewerkschaft zugerechnet werden (zumal diese Fernwirkungen für die Arbeitgeberseite nur teilweise, für die Gewerkschaft jedoch in keiner Weise überschaubar und kontrollierbar wären).
- Jedenfalls solange § 160 Abs. 3 SGB III unverändert fortbesteht, ist es verfassungsrechtlich geboten, die Nutzung von Leiharbeit und Onsite-Werkvertragsunternehmen für den Streikbruch zu beschränken.

Literaturverzeichnis

- Ahlers, Elke/Oez, Fikret/Ziegler, Astrid, Standortverlagerungen in Deutschland, 2007, Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung.
- Auktor, Christian, (Un-)erwünschte Fernwirkungen im Arbeitskampf – Ein Fall für den Gesetzgeber?, ZRP 2003, 395–397.
- Bayreuther, Frank, in: Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung (Hrsg.), Tarifpluralität als Aufgabe des Gesetzgebers, 2011, Enger: Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung.
- Bayreuther, Frank, Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, NZA 2008, 12–18.
- Bayreuther, Frank, Branchenzuschlags-Tarifverträge und Geltung kollektivrechtlicher Arbeitsbedingungen des Entleihers im Leiharbeitsverhältnis, BB 2014, 1973–1977.
- Berg, Peter/Kocher, Eva/Schumann, Dirk (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktcommentar, 5. Aufl. 2015.
- Beutler, Kai/Lenssen, Christoph, oWan – Darstellung Modellbetrieb Fallstudie F – Automobilhersteller Sachsen, BMW-Werk Leipzig, 2013 (verfügbar unter <http://www.bsb-seite.de/static/content/pdf/projekte/oWan-Dokumente/oWAN-BR-Fallstudie%20F%20Automobilindustrie.pdf> [21.11.2016]).
- Bieback, Karl-Jürgen, Die verfassungsrechtliche Kontroverse um § 116 AFG, KJ 1993, 489–500.
- Bissels, Alexander/Kiehn, Bastian, Tarifeinigung in der Zeitarbeitsbranche, 423–428.
- Blöcker, Antje, Industrielle Wertschöpfungsketten: Herausforderungen für das deutsche Industriemodell am Beispiel der Automobilindustrie, WSI-Mitteilungen 7/2015, 534–541.
- Boemke, Burkhard/Sachadae, Till, Rechtscharakter tariflicher Einsatzverbote für Leiharbeitnehmer in bestreikten Betrieben (sog. Streikklauseln) – Können Leiharbeitnehmer trotz tariflichem Einsatzverbot als Streikbrecher eingesetzt werden?, DB 2015, 1467–1471.
- Boes, Andreas/Baukrowitz, Andrea/Kämpf, Tobias/Marrs, Kira, Ausblick: Nachhaltige Globalisierung als Zukunftsaufgabe. In: Andreas Boes; Andrea Baukrowitz; Tobias Kämpf; Kira Marrs (Hrsg.): Qualifizieren für eine global vernetzte Ökonomie, 2012, Wiesbaden: Springer Gabler, S. 309–315.
- Bosch, Gerhard, Prekäre Beschäftigung und Neuordnung am Arbeitsmarkt, Expertise im Auftrag der IG Metall, 2012 (Verfügbar im Internet unter http://www.iaq.uni-due.de/aktuell/veroeff/2012/bosch_IGMexpertise.pdf [21.11.2016]).
- Bothfeld, Silke/Kaiser, Lutz C., Befristung und Leiharbeit: Brücken in reguläre Beschäftigung?, WSI-Mitt. 8/2003, 484–493.

- BMAS*, Werkheft 01; Digitalisierung der Arbeitswelt, Arbeiten 4.0. Berlin: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, 2016.
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2011, Baden-Baden: Nomos.
- Däubler, Wolfgang*, Das subjektive Recht auf Streik und sein Schutz, *AuR* 2011, 388–391.
- Däubler, Wolfgang*, *Arbeitskampfrecht mit neuen Konturen?*, *AuR* 1992, 1–8.
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), *Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen*, 3. Aufl. 2013, Baden-Baden: Nomos.
- Däubler, Wolfgang/Kittner, Michael/Klebe, Thomas/Wedde, Peter* (Hrsg.), *BetrVG. Kommentar (mit Wahlordnung)*, 15. Aufl. 2016, Frankfurt/Main: Bund-Verlag.
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch BGB*, 2. Aufl. 2012, Baden-Baden: Nomos.
- de Beauregard, Paul Melot*, Das Arbeitskampfrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung, *NZA* 2003, 617–621.
- Detje, Richard/Ehlscheid, Christoph/Unterhinninghofen, Hermann*, *Perspektiven des Streiks. Arbeitskampfkonzepete der IG Metall*, 2002.
- Deinert, Olaf*, Gibt es Neues zum „Streikparagrafen“? *Arbeitskampf zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht*, *AuR* 2010, 290–298.
- Deinert, Olaf*, Folgen der Tarifpluralität für das Arbeitskampfrecht, *RdA* 2011, 12–23.
- Deinert, Olaf*, Kernbelegschaften – Randbelegschaften – Fremdbelegschaften, *RdA* 2014, 65–77.
- Deinert, Olaf*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Referat, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014, Band II/1, 2015, München: Beck, K 11-K 59.
- Deinert, Olaf/Kittner, Michael*, Richterrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitskampf und völkerrechtliche Vorgabe. In: *Däubler, Wolfgang/Zimmer, Reingard* (Hrsg.), *Arbeitsvölkerrecht. Festschrift für Klaus Lörcher*, 2013, Baden-Baden: Nomos, S. 283–301.
- Deinert, Olaf/Walser, Manfred*, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber. Bindungswille und -fähigkeit der Arbeitgeber und ihrer Verbände als juristisches und rechtspolitisches Problem, 2015, Baden-Baden: Nomos-Verlag.
- Deinert, Olaf/Walser, Manfred*, Zur Förderung der Mitgliedschaft von Arbeitgebern in Verbänden, *AuR* 2015, 386–392.
- Dörre, Klaus*, Prekarisierung contra Flexicurity. Unsichere Beschäftigungsverhältnisse als arbeitspolitische Herausforderung. In: *Kronauer, Martin/Linne, Gudrun* (Hrsg.), *Flexicurity. Die Suche nach der Sicherheit in der Flexibilität*, 2005, Berlin: edition sigma, S. 53–71.
- Dorssemont, Filip/Walser, Manfred*, Die Tarifbindung der Arbeitgeber – Ausgewählte juristische Faktoren mit fördernder oder schwächender Wirkung auf die Tarifbindung, *SR* 2015, 41–59.
- Dribbusch, Heiner*, *Arbeitskampf im Wandel – Zur Streikentwicklung seit 1990*, *WSI-Mitteilungen* 7/2006, 382–388.

- Bispinck, Reinhard/Dribbusch, Heiner*, Tarifkonkurrenz der Gewerkschaften zwischen Über- und Unterbietung, Sozialer Fortschritt Vol. 57 (6) (2008), 153–163.
- Dütz, Wilhelm/Thüsing, Gregor*, Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2015, München: Beck.
- Fischinger, Philipp/Monsch, Christine*, Tarifeinheitsgesetz und Arbeitskampf, NJW 2015, 2209–2212.
- Franzen, Martin*, Tarifeinheit – Element der Tarifautonomie oder Grundrechtsverletzung?, ZfA 2009, 297–318.
- Gagel, Alexander* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III. Arbeitsförderung. Mit SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende; Kommentar, 59. Aufl. 2015, München: Beck.
- Gesamtmetall* (Hrsg.), Der lange Weg zur Tarifpartnerschaft. 1990–2015, Chronik Band 2, Köln: Universitätsverlag, 2015.
- Göpfert, Ingrid/Grünert, Marc*, Logistiknetze der Zukunft - Das neue Hersteller-Zulieferer-Verhältnis in der Automobilindustrie. In: Göpfert, Ingrid (Hrsg.), Logistik der Zukunft – Logistics for the Future, 6. Aufl. 2012, Wiesbaden: Springer Gabler, S. 139–178.
- Graupner, Christian*, Was wissen wir über Entwicklung, Ausmaß und Auswirkungen der Tätigkeit von Werkvertragsunternehmen?, 2012 (verfügbar unter http://www.boeckler.de/veranstaltung_40734.htm [21.11.2016]).
- Greiner, Stefan*, Das Tarifeinheitsgesetz, NZA 2015, 769–778.
- Greiner, Stefan*, Das Tarifeinheitsgesetz – ein „Brandbeschleuniger“ für Tarifauseinandersetzungen?, RdA 2015, 36–43.
- Griese, Thomas*, Mittelbar arbeitskampfbetroffene Arbeitnehmer – Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4.7.1995, ArbRGwart 1995, 33–46.
- Hanau, Peter*, Juristische Begründungen und soziologische Vermutungen im Arbeitskampfrecht, 1985.
- Heilmann, Joachim/Menke, Arno*, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 116 AFG, AuR 1996, 11–16.
- Herold, Jörg/Völker, Lutz*, Tarifeinheit oder Tarifpluralität. quo vadis Tarifrecht?, 2011 (verfügbar unter http://www.iubh-dualesstudium.de/wp-content/uploads/sites/2/2013/09/08_Tarifeinheit-oder-Tarifpluralit.pdf [21.11.2016]).
- Hertwig, Markus/Kirsch, Johannes/Wirth, Carsten*, Werkverträge im Betrieb. Eine empirische Untersuchung, 2015 (verfügbar unter http://www.boeckler.de/pdf/p_study_mbf_300.pdf [21.11.2016]).
- Hertwig, Markus/Pries, Ludger/Rampeltshammer, Luitpold*, Stabilizing effects of European Works Councils: Examples from the automotive industry, European Journal of Industrial Relations, 17 (2011), 209–226.
- Hirsch-Kreinsen, Hartmut*, Wandel von Produktionsarbeit – „Industrie 4.0“, Soziologisches Arbeitspapier 38. Dortmund: IAT, 2014.
- Hromadka, Wolfgang*, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Tarifkollision, NZA 2008, 384–391.
- Jacobs, Matthias*, Betriebschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – neues Kampfmittel der Arbeitgeberseite? In: Rieble, Volker (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, München: ZAAR Verlag, S. 92–108.

- Jürgens, Ulrich/Krzywdzinski, Martin, Verlagerung nach Mittelosteuropa und Wandel der Arbeitsmodelle in der Automobilindustrie, 2009 (verfügbar unter https://www.otto-brenner-shop.de/uploads/tx_mplightshop/OBS-Arbeitsheft_57.pdf [21.11.2016]).
- Jürgens, Ulrich/Krzywdzinski, Martin, Die neue Ost-West-Arbeitsteilung. Arbeitsmodelle und industrielle Beziehungen in der europäischen Automobilindustrie, 2010, Frankfurt am Main: Campus.
- Kädtler, Jürgen, Tarifpolitik und tarifpolitisches System in der Bundesrepublik. In: Schroeder, Wolfgang (Hrsg.), Handbuch Gewerkschaften in Deutschland, 2. Aufl. 2014, Wiesbaden: SpringerVS, S. 425–464.
- Kamanabrou, Sudabeh, Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241–281.
- Karthaus, Boris, „Der Kampf um die Leiharbeitslöhne hat gerade erst begonnen“, AuR 2010, 494–499.
- Karthaus, Boris/Klebe, Thomas, Legitimation durch Kollektivvertrag – Leiharbeit, Werkvertrag und die Erosion der Arbeitgeberrolle. In: Schubert, Jens M. (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht. Festschrift für Otto Ernst Kempfen, 2013, Baden-Baden: Nomos, S. 295–312.
- Kinkel, Steffen/Zanker, Christoph, Globale Produktionsstrategien in der Automobilzulieferindustrie, 2007, Wiesbaden: Springer.
- Kissel, Otto Rudolf, Die Rechtsprechung des BAG in Arbeitskampsachen im Jahre 1988, NZA 1989, 81–88.
- Kittner, Michael, Arbeitskampf, 2005, München: Beck.
- Kittner, Michael, Otto Brenners Arbeitskampfvermächtis, AuR 2015, G5–G8.
- Klebe, Thomas/Roth, Siegfried (Hrsg.), Informationen ohne Grenzen. Computernetze und internationale Arbeitsteilung, Hamburg: VSA-Verlag, 1987.
- Klein-Schneider, Hartmut/Beutler, Kai, Werkvertragsunternehmen: Outsourcing auf dem Betriebsgelände, WSI-Mitteilungen 2/2013, 144–148.
- Koch, Andreas, Werkverträge in der Arbeitswelt, 2012, Frankfurt am Main: OBS.
- Kocher, Eva, Die Grenzen des Arbeitsrechts. Der rechtliche Schutz in der Erwerbsarbeit außerhalb von Arbeitsverhältnissen, KJ 2013, 145–157.
- Konzen, Horst/Schliemann, Harald, Der Regierungsentwurf des Tarifeinheitsgesetzes, RdA 2015, 1–16.
- Kuhlmann, Martin, Arbeit in der Industrie 4.0 – wachsender arbeitspolitischer Gestaltungsbedarf. In: Mitteilungen aus dem SOFI, 9 (2015), 1–5.
- Kratzer, Nick/Menz, Wolfgang/Tullius, Knut/Wolf, Harald, Legitimationsproblem in der Erwerbsarbeit. Gerechtigkeitsansprüche und Handlungsorientierungen in Arbeit und Betrieb, 2015, Baden-Baden: Nomos, S. 192–208.
- Krause, Rüdiger, Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay, AuR 2012, 55–61.
- Krause, Rüdiger, Arbeit in der Holzklasse, KJ 2013, 119–132.
- Krause, Rüdiger, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, 2012, Saarbrücken: Saarbrücker Verlag für Rechtswissenschaften.
- Krefßel, Eckhard, Neutralität des Staates im Arbeitskampf. Zur Entscheidung des BVerfG vom 4.7.1995, NZA 1995, 1121–1126.

- Lieb, Manfred*, Anmerkung. BVerfG 04.07.1995 – 1 BvF 2/86, JZ 1995, 1174–1178.
- Lieb, Manfred/v. Stebut, Dietrich/Zöllner, Wolfgang* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht. Symposium Hugo Seiter zum Gedächtnis, 1990 Berlin: Duncker & Humblot.
- Löwisch, Manfred*, Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Arbeitskämpfen, NZA 1986, 345–351.
- Löwisch, Manfred*, Die Neuregelung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit und die arbeitskampfrechtliche Parität nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1987, 1351–1358.
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2012, München: Vahlen.
- Meißner, Heinz-Rudolf*, Logistik- und Entwicklungsdienstleister in der deutschen Automobilindustrie – neue Herausforderungen für die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen, Frankfurt am Main 2013 (Arbeitspapiere der Otto-Brenner-Stiftung 9/2013).
- Mendius, Hans Gerhard/Wendeling-Schröder* (Hrsg.), Zulieferer im Netz. Neustrukturierung der Logistik am Beispiel der Automobilzulieferung, 1991, Köln: Bund-Verlag.
- Meyer, Cord*, Abstimmungspflichten in multilateralen Tarifvertragssystemen, NZA 2009, 993–996.
- Mückenberger, Ulrich*, § 116 AFG – Stadien eines Gesetzgebungsprozesses, KJ 1986, 166–186.
- Mückenberger, Ulrich*, Die Reprivatisierung der Arbeitskämpffolgen, KJ 1986, 281–308.
- Mückl, Patrick/Koddenbrock, Johanna*, Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit oder: Nach dem Streik ist vor dem Streik, GWR 2015, 6–9.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Auflage 2015, München: Beck.
- Pfeiffer, Sabine*, Industrie 4.0 und die Digitalisierung der Produktion - Hype oder Megatrend? In: Aus Politik und Zeitgeschichte 31-32 (2015), 6–12.
- Rehder, Britta/Deinert, Olaf/Callsen, Raphael*, Arbeitskämpfungsmittelfreiheit und atypische Arbeitskämpfformen. Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskämpfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012, Saarbrücken: Saarbrücker Verlag für Rechtswissenschaften.
- Reinfelder, Waldemar/Treber, Jürgen*, Von Ritualen und plumpen Findlingen – 60 Jahre Arbeitskämpfrechtsprechung in Deutschland – Interview mit Präsident des BAG a.D. Prof. Dr. Thomas Dieterich, AuR 2015, G21–G24.
- Rieble, Volker*, Das neue Arbeitskämpfrecht des BAG, BB 2008, 1506–1515.
- Riester, Walter*, Der Kampf um die 35-Stunden-Woche in Nordwürttemberg/Nordbaden, WSI-Mitteilungen 9/1984, 526–533.
- Rüfner, Wolfgang*, Verantwortung des Staates für die Parität der Sozialpartner? Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über § 116 AFG, RdA 1997, 130–134.
- Rüthers, Bernd*, Arbeitskämpf in einer veränderten Wirtschafts- und Arbeitswelt, NZA 2010, 6–13.
- Sauer, Dieter*, Vermarktlichung und Vernetzung der Unternehmens- und Betriebsorganisation. In: Böhle, Fritz/Voß, Günther/Wachtler, Günther (Hrsg.),

- Handbuch Arbeitssoziologie, 2010, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Scharff, Bettina*, Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter bei Arbeitskämpfmaßnahmen, BB 2015, 1845–1849.
- Schaub, Günter* (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, München: Beck.
- Scheele, Detlef*, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität bei gemeinsamen Einrichtungen, NZA-Beilage 2010, 3–5.
- Schliemann, Harald*, Fragen zum Tarifeinheitsgesetz, NZA 2014, 1250–1252.
- Schmitz-Scholemann, Christoph*, Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2012, 1001–1011.
- Schroeder, Wolfgang/Silvia, Stephen J.*, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, in: Schroeder, Wolfgang/Weßels, Bernhard (Hrsg.), Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 2003, Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 244–270.
- Schubert, Jens* (Hrsg.), juris-PraxisKommentar SGB III – Arbeitsförderung, 2014.
- Schüren, Peter* (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz: AÜG, 4. Aufl. 2010, München: Beck.
- Schüren, Peter*, Die Verfassungsmäßigkeit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – ein Rückblick mit Ausblicken, RdA 2006, 303–307.
- Schüren, Peter*, Tarifverträge ohne mitgliedschaftliche Legitimation – eine Skizze. In: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, München: Beck, S. 877–887.
- Schwitzer, Helga/Schumann, Dirk*, Tarifverträge über Branchenzuschläge – eine erste Zwischenbilanz, WSI-Mitteilungen 2013, 297–300.
- Silvia, Stephen J.*, Mitgliederentwicklung und Organisationsstärke der Arbeitgeberverbände, Wirtschaftsverbände und Industrie- und Handelskammern, in: Schroeder, Wolfgang/Weßels, Bernhard (Hrsg.), Handbuch Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände in Deutschland, 2010, Wiesbaden: Springer, S. 169–182.
- Spielberger, Marc*, Die Rechte des Arbeitgebers im Arbeitskampf. Aussperrung, Arbeitskampfrisikolehre und suspendierende Betriebsstilllegung im Arbeitskampf, 2009, Hamburg: Dr. Kovač.
- Spielberger, Marc*, Die Arbeitskampfrisikolehre und das Ende der Tarifeinheit, NJW 2011, 264–270.
- Thüsing, Gregor*, Tarifautonomie und Gemeinwohl. In: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, München: Beck, S. 889–912.
- Ubber, Thomas/Löw, Meike*, Der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher, BB 2015, 3125–3128.
- Unterhinninghofen, Hermann*, Wg. Minimax – Werden und Un-Wesen eines Schlagwortes, AiB 1986, 147–150.
- Wedde, Peter* (Hrsg.), Arbeitsrecht. Kompaktkommentar zum Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, 4. Aufl. 2014, Frankfurt am Main: Bund Verlag.
- Wiegand, Dietrich*, Zur „Klarstellung“ der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, SozVers 1986, 114–118.

- Windeler, Arnold/Wirth, Carsten*, Netzwerke und Arbeit. In: Böhle, Fritz/Voss, G. Günter/Wachtler, Günther (Hrsg.), Handbuch Arbeitssoziologie, 2010, Wiesbaden: Springer VS, S. 569–596.
- Witzel, Andreas*, Das problemzentrierte Interview. In: Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research, 2000, 1(1), Art. 22.
- Zachert, Ulrich*, Der Streik der Lokführer und die Phantasie der Juristen, in: Schubert, Jens (Hrsg.), liber amicorum Ulrike Wendeling-Schröder, Baden-Baden: Nomos 2009, S. 23–34.
- Zachert, Ulrich*, Der Streit um den Streikparagrafen – eine Zwischenetappe. Zum Urteil des BVerfG zu § 116 AFG, ZRP 1995, 445–447.
- Zachert, Ulrich*, Die Aktualität des „Streikparagrafen“ § 116 AFG/146 SBG III, AuR 2000, 53–56.
- Zachert, Ulrich*, Richterliche Regulierung und Ausgleich der Interessen beim Arbeitskampf – Bilanz und Perspektiven. In: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, München: Beck, S. 577–593.
- Zimmer, Stefan*, Jenseits von Arbeit und Kapital? Unternehmensverbände und Gewerkschaften im Zeitalter der Globalisierung, 2002, Wiesbaden: Springer.

Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 18** Marita Körner
**Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte
der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)**
ISBN 978-3-7663-6637-5
- Band 17** Matthias Jacobs / Matthias Munder / Barbara Richter
**Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht –
Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH**
ISBN 978-3-7663-6585-9
- Band 16** Wolfgang Däubler
**Tarifverträge zur Unternehmenspolitik?
Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung**
ISBN 978-3-7663-6465-4
- Band 15** Raimund Waltermann
**Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft
aufbauenden Tarifautonomie**
ISBN 978-3-7663-6469-2
- Band 14** Olaf Deinert
Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben
ISBN 978-3-7663-6468-5
- Band 13** Florian Rödl / Raphaël Callsen
Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion
ISBN 978-3-7663-6467-8
- Band 12** Ulrich Preis / Daniel Ulber
**Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn
als unabdingbarer Sockelanspruch**
ISBN 978-3-7663-6413-5
- Band 11** Ulrike Wendeling-Schröder (Hrsg)
Die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats
ISBN 978-3-7663-6329-9
- Band 10** Monika Schlachter
**Das Verbot der Altersdiskriminierung
und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien**
ISBN 978-3-7663-6389-3

- Band 9** Ingrid Maas / Karl Schmitz / Peter Wedde
Datenschutz 2014
Probleme und Lösungsmöglichkeiten
ISBN 978-3-7663-6386-2
- Band 8** Thorsten Kingreen
Soziales Fortschrittsprotokoll – Potenzial und Alternativen
ISBN 978-3-7663-6326-8
- Band 7** Ulrike Wendeling-Schröder
Kritik der Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag unter besonderer Berücksichtigung der Tarifverträge tarifunfähiger Gewerkschaften in der Leiharbeit
ISBN 978-3-7663-6282-7
- Band 6** Jens Schubert
Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung – eine kritische Analyse unter Einbeziehung der Überlegungen zu der Enforcement-Richtlinie
ISBN 978-3-86194-115-6
- Band 5** Wolfgang Däubler
Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe?
ISBN 978-3-86194-110-1
- Band 4** Bernd Waas
Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das Gesetz hinaus
ISBN 978-3-86194-092-0
- Band 3** Bernd Waas
Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen – Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht
ISBN 978-3-86194-080-7
- Band 2** Rüdiger Krause
Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay
ISBN 978-3-86194-071-5
- Band 1** Britta Rehder / Olaf Deinert / Raphaël Callsen
Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskämpfformen – Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskämpfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung
ISBN 978-3-86194-056-2