

# Immer noch verfassungsgemäß – das BVerfG entscheidet indirekt zur kalten Aussperrung

Prof. Dr. Eva Kocher, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

Die Arbeitskampsfratzen der IG Metall sind bis heute geprägt von einer sozialrechtlichen Norm, § 160 Abs. 3 SGB III, zum Zeitpunkt des Erlasses als § 116 im damaligen Arbeitsförderungssetz (AFG) eingeordnet (durch das Neutralitätssicherungsetz von 1986).<sup>1</sup> Die Konflikte und Prozesse, die zu dieser Norm geführt haben, sind vielfach erzählt und beschrieben worden,<sup>2</sup> nicht zuletzt von *Michael Kittner* selbst,<sup>3</sup> der als Justiziar an entscheidenden Ereignissen beteiligt war. Diese Entwicklung hatte mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 4. Juli 1995 zu einem vorläufigen Abschluss gefunden, also mit dem Urteil, das den Ausschluss des Kurzarbeitergeldes bei Fernwirkungen eines Arbeitskamps für »noch verfassungsgemäß« erklärte und damit zunächst akzeptierte, dass die IG Metall in ihrer Kampffähigkeit beeinträchtigt wird, indem sie an bestimmten Kampfstrategien gehindert wird (jede Gewerkschaft müsse sich im Angesicht des § 160 Abs. 3 SGB III darum bemühen, den Arbeitskamps auf den umkämpften Bezirk zu beschränken).<sup>4</sup>

Selbstverständlich war dem Bundesverfassungsgericht damals bewusst, welche große Bedeutung für die Entwicklung der Arbeitsbeziehungen diese Entscheidung haben würde: Die Automobilwirtschaft ist in vielfa-

1 Diese Norm erlangt ihre Bedeutung erst durch die Rechtsprechung des BAG, das den Annahmeverzugsanspruch in solchen Fällen ausschließt und das »Arbeitskampfrisikoo auf die Arbeitnehmer\*innen verlagert, BAG v. 22.12.1980 – 1 ABR 2/79; *Kittner*, 50 Urteile, 2. Aufl. 2020, Nr. 45 (S. 303 ff.); *Schumann*, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragssetz und Arbeitskampsrecht, 7. Aufl. 2021, 3.5., Rn. 350 ff.

2 Exemplarisch: *Deinert*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampsrecht, 4. Aufl. 2018, § 20 Rn. 112 ff.; *Schumann* (Fn. 1), Rn. 379 ff.; *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger*, Noch verfassungsgemäß? Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III, 2016, S. 16 ff.; *Zachert*, AuR 2000, 53 ff.

3 *Kittner*, Arbeitskamps: Geschichte, Recht, Gegenwart, 2005, S. 703 ff.; *Kittner*, AuR 2015, G5 ff.

4 BVerfG v. 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u. a., Rn. 124.

cher Hinsicht eine »Leitindustrie« der deutschen Wirtschaft,<sup>5</sup> und sie hat entsprechend immer eine Leitfunktion für das Tarifrecht gehabt. Gerade in der Automobilindustrie, deren Wertschöpfungsketten weltweit und bundesweit stark vernetzt sind, bringt aber jede Arbeitseinstellung notwendig Fernwirkungen außerhalb des Bezirks mit sich, für den ein Tarifvertrag verhandelt wird.

Welche Vorsicht das BVerfG damals an den Tag legte und welche Skrupel es möglicherweise plagten, wird nirgends so sichtbar wie in der Zeitdauer, die das Verfahren in Anspruch nahm: Die IG Metall hatte ihre Verfassungsbeschwerde am 15. Dezember 1986 erhoben; das Urteil erging fast zehn Jahre später, am 4. Juli 1995 – nach Abschluss der Tarifauseinandersetzung 1994/1995 in Bayern, der ersten größeren Arbeitskampsauseinandersetzung in dieser Zeit.<sup>6</sup> Dieser Arbeitskamps bildete deshalb die wesentliche empirische Basis für die Annahme des BVerfG, dass die IG Metall auch unter der Geltung der angegriffenen Regelung ihre Positionen gleichgewichtig [...] vertreten« konnte.<sup>7</sup> Und noch ein zweiter Aspekt macht deutlich, wie schwer sich das Gericht mit seiner Entscheidung und dem Bewusstsein tat, dass diese Entscheidung die Arbeitskampspraxis über Jahrzehnte hinaus prägen würde: Es betonte den aufgrund der schmalen empirischen Basis und der dynamischen wirtschaftlichen Entwicklung vorläufigen Charakter seiner tatsächlichen Annahmen; denn die Entscheidung beruhte wesentlich nicht etwa auf rechtlichen Erwägungen, sondern auf tatsächlichen Annahmen über die Kampffähigkeit der IG Metall: »Ungeachtet [der] Beeinträchtigungen der Kampffähigkeit der Beschwerdeführerin läßt sich eine verfassungswidrige Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie (noch) nicht feststellen.« »Bislang hat der von den bestreikten Betrieben ausgehende Druck noch ausgereicht, um die Arbeitgeber insgesamt zum Einlenken zu veranlassen.« Es ist bemerkenswert, wie explizit das Gericht hier seine eigene Schwäche zum Thema macht: Es sei »insgesamt sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht unsicher, ob die angegriffene Regelung bei künftigen Arbeitskämpfen zu einer solchen Ungleichheit der Kampfstärke der Tarif-

5 Der Begriff findet sich zuletzt wieder in einem Positionspapier der SPD-Bundestagsfraktion vom 4. 9. 2020, [https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/fraktionsbeschluss\\_industriepolitik\\_20200903\\_0.pdf](https://www.spdfraktion.de/system/files/documents/fraktionsbeschluss_industriepolitik_20200903_0.pdf) (Abruf 14. 1. 2021).

6 *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger*, a. O., S. 57 ff. zu den besonderen Umständen dieser Tarifauseinandersetzung.

7 BVerfG v. 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u. a., Rn. 127; dazu auch *Kittner* (Fn. 1), Nr. 47 (S. 314 ff.).

vertragsparteien führt, daß Verhandlungen auf einer annähernd ausgeglichenen Basis nicht mehr möglich sind.«<sup>8</sup>

Solange allerdings § 160 Abs. 3 SGB III wirkt, wird eine Gewerkschaft kaum die rechtlichen, politischen und finanziellen Risiken in Kauf nehmen, die damit verbunden wären, dem BVerfG die empirische Basis für mangelnde Arbeitskampffähigkeit zu liefern. Wir haben uns deshalb vor einigen Jahren in einem Team von Juristinnen und Soziologen aufgemacht, die Auswirkungen der kalten Aussperrung auf Arbeitskämpfstategien wissenschaftlich (und das heißt hypothetisch) zu untersuchen, auf der Grundlage von Studien zur Entwicklung der Automobilbranche, zum Strukturwandel in der Arbeitswelt und auf der Grundlage von Interviews mit Expert\*innen der Arbeitsbeziehungen in diesem Bereich (Hauptamtliche und Ehrenamtliche der IG Metall, Betriebsratsmitglieder, Unternehmens- und Arbeitgebervertreter\*innen). Was sich auf dieser Basis feststellen ließ: Wie vor dem BVerfG 1986 bis 1995 bereits prognostiziert, hatte die Vernetzung der Betriebe exponentiell zugenommen. Schätzungsweise bereits drei Stunden Streik bei einem Zulieferer könnten die Produktion zum Erliegen bringen.

Der Handlungsspielraum der IG Metall ist damit eingeschränkt.<sup>9</sup> Die Folgen längerfristiger Erzwingsungsstreiks sind unkalkulierbar, nicht zuletzt aufgrund oft fehlender hinreichender Informationen über die möglichen Fernwirkungen. Die Handlungsspielräume der Arbeitgeberseite sind spiegelbildlich größer geworden: Die Globalisierung bringt den Automobilkonzernen mehr Möglichkeiten, Standortverlagerungen als »Drohung« ins Spiel zu bringen. Zudem hat die Zunahme atypischer Beschäftigung die Kräfteverhältnisse zuungunsten der Beschäftigten verändert. Insbesondere Leiharbeiter\*innen oder Werkvertragsbeschäftigte könnten zum Streikbruch eingesetzt werden.<sup>10</sup>

Aber was heißt das für konkrete Auseinandersetzungen? Die IG Metall ist nach wie vor erfolgreich und verhandelt auf Augenhöhe – das sagten auch unsere Interviewpartner\*innen. Hierfür war es aber erforderlich, 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 er-

8 BVerfG v. 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u. a., Rn. 125–127; Rn. 130.

9 So auch Schumann/Wankel, Ganztägige Warnstreiks. Das neue Element in der Arbeitskampsstrategie der IG Metall, in: Hofmann/Schaumburg/Smolenski (Hg.), Miteinander für morgen. Für Arbeitszeiten, die zum Leben passen, 2019 (<https://www.transcript-verlag.de/978-3-8376-4685-6/miteinander-fuer-morgen/>, Open Access), S. 118 ff., S. 119.

10 Kocher/Kändler/Voskamp/Krüger (Fn. 2), S. 33 ff.; S. 45 ff.

weitern«<sup>11</sup> – auch unter Berücksichtigung der erheblichen Fernwirkungen kurzfristiger Arbeitseinstellungen. Auf der Basis der Erfahrungen mit Warnstreiks, »Flexistreik« (Baden-Württemberg 2002) scheint man nun vor allem mit »koordinierten ganztägigen Warnstreiks in ausgewählten Betrieben im ganzen Bundesgebiet« die »zusätzliche Eskalationsstufe« gefunden zu haben, die man zwischen dem Warnstreik als routinemäßig inszeniertem Begleitritual der Tarifrunde und dem unbefristet angelegten Erzwingsungsstreik suchte.<sup>12</sup> In der Tarifrunde von 2017/2018 um die Manteltarifverträge wurden die »Ein-Tages-Streiks« dann für wichtige qualitative tarifpolitische Forderungen eingesetzt.<sup>13</sup> Wir hatten in unserer Studie kurz vorher noch die These aufgestellt, eine Gewerkschaft müsse mit längeren Streiks zumindest glaubwürdig drohen können, um konfliktreiche gesellschaftspolitische Themen erfolgreich zum Gegenstand von Tarifverhandlungen machen zu können.<sup>14</sup> Diese Annahme wurde hier nun vorläufig eindrucksvoll widerlegt:<sup>15</sup> Die arbeitszeitpolitischen Ergebnisse (Anspruch auf »verkürzte Vollzeit«<sup>16</sup>) können sich jedenfalls sehen lassen. Und auch die Effekte des sozialen Ereignisses Arbeitskampf, das Solidaritätserfahrungen ermöglichen und so Machtressourcen erschließen kann, wurden erzielt.<sup>17</sup>

Nicht widerlegt, sondern bestätigt wurde allerdings eine wesentliche rechtspolitische These unserer Untersuchung: Diese Entwicklung setzt rechtliche Rahmenbedingungen voraus, die keineswegs selbstverständlich sind. Dazu gehören insbesondere die relativ liberale Warnstreikrechtsprechung und die Offenheit gegenüber der Entwicklung neuer Arbeitskampsformen, die das Bundesarbeitsgericht seit mehreren Jahren gegen zunächst erheblichen Widerstand etabliert hat. Von besonderer Bedeutung ist die Anerkennung einer Einschätzungsprärogative von Ge-

11 Beschluss des 23. ordentlichen Gewerkschaftstags der IG Metall, Abschnitt 7 der Entschliessung 2 zu Betriebs- und Tarifpolitik, Oktober 2015.

12 Schumann/Wankel 2019 (Fn. 9), S. 123 f.; siehe auch die Erfahrungsberichte von Reinstädler, S. 128 ff., und Forsch/Mütherrig, S. 135 ff., im gleichen Band.

13 Siehe auch Kötter (Fn. 1), S. 318.

14 Kocher/Kändler/Voskamp/Krüger (Fn. 2), S. 85 f.

15 Verlauf und Ergebnis werden durch Akteur\*innen rekapituliert in Hofmann/Schaumburg/Smolenski (Hg.), 2019 (Fn. 9).

16 Die Regelung könnte als »Vorreiter« für § 9a TzBfG (1. 1. 2019) gesehen werden (Jost, BB 2019, 2036), wenn dieser nicht bereits im Koalitionsvertrag angekündigt gewesen wäre (Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 53).

17 Schumann/Wankel 2019 (Fn. 9), S. 125; siehe auch die zusammenfassende Betrachtung von Hofmann/Schaumburg, Tarifpolitik für die Zukunft, S. 169 ff., im gleichen Band.

werkschaften im Hinblick auf Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Arbeitskampfmaßnahme.<sup>18</sup> Angesichts der Beschränkung von Handlungsmöglichkeiten durch § 160 Abs. 3 SGB III sind die Grundsätze dieser Rechtsprechung nicht nur mit dem GG vereinbar, sondern verfassungsrechtlich zwingend.<sup>19</sup>

Ähnliches gilt für die Frage, inwieweit Handlungsmöglichkeiten der Arbeitgeber rechtlich geschützt werden dürfen, die Arbeitskampfmaßnahmen unwirksam und untauglich machen können. Dies betrifft insbesondere den Einsatz von Leiharbeit und Werkverträgen für den Streikbruch. Diese Frage war zuletzt vor dem BVerfG. Denn 2017 wurde § 11 Abs. 5 AÜG geändert, und das Recht von Leiharbeitnehmer\*innen, die Leistung für Entleiher\*innen zu verweigern, die durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen sind, wurde durch eine Regelung ergänzt, die es Entleiher\*innen in diesem Fall untersagt, Leiharbeitnehmer\*innen zur unmittelbaren oder mittelbaren Streikarbeit einzusetzen (§ 11 Abs. 5 Satz 1 und 2 AÜG). Mit Beschluss vom 19. Juni 2020 nahm die 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG eine Verfassungsbeschwerde gegen diese Regelung nicht an und bestätigte, dass der Gesetzgeber auf diese Weise einzugreifen durfte, um das Paritätsverhältnis zwischen Arbeitskampfparteien unmittelbar zu gestalten. Bemerkenswert deutlich geht die Entscheidung von einer grundsätzlichen Asymmetrie aus, die allen Tarifauseinandersetzungen und Arbeitskämpfen zugrunde liege, und begründet diese mit der »Verfügungsgewalt [der Arbeitgeberseite] über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze«.<sup>20</sup> Eine Folgeentscheidung vom 9. Juli 2020, in der es um die gewerkschaftliche Nutzung des Betriebsparkplatzes eines Arbeitgebers (Amazon) für Zwecke des Arbeitskampfes ging, wiederholte dies in anderen Worten, u. a. mit dem Satz, Kollektivverhandlungen ohne Streikrecht wären nur »kollektives Betteln«.<sup>21</sup> Das BVerfG zitiert in diesen Entscheidungen also einmal indirekt, das andere Mal direkt einen zentralen Satz aus der Grundsatzentscheidung des Großen Senats des BAG von 1980, mit dem das Arbeitskampfirecht neu aufgestellt und verfassungsrechtlich begründet wurde.<sup>22</sup> Dieses Urteil

18 BAG v. 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 19; Rn. 26; BAG v. 22. 9. 2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 33; Rn. 41 ff.

19 Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger (Fn. 2), S. 84 f.

20 BVerfG v. 19. 6. 2020 – 1 BvR 842/17, Rn. 32; siehe dazu schon Kocher, Parität und Asymmetrie im Arbeitskampf. Gegen die Dynamik von »Aussetzen« gegen »kollektives Betteln«, Verfassungsblog Do 13 Aug 2020 (<https://verfassungsblog.de/paritaet-und-asymmetrie-im-arbeitskampf/>) (Abruf 14. 1. 2021).

21 BVerfG v. 9. 7. 2020 – 1 BvR 719/19, Rn. 10; Rn. 14.

22 BAG (GS) v. 10. 6. 1980 – 1 AZR 168/79, Rn. 22.

stammt aus der fordistischen Zeit des Arbeitskampfs, d. h. der Massensstreiks und Massenaussperrungen, wie es sie noch bis in die 1980er-Jahre (z. B. aus Anlass des Kampfs um die 35-Stunden-Woche in der Metallindustrie) gegeben hat. Gleichzeitig macht das BVerfG aber in beiden Entscheidungen hinreichend deutlich, dass ihm trotz dieser Anknüpfung an die Entscheidung von 1980 bewusst ist, wie sehr sich das Arbeitskampfirecht und seine ökonomischen, sozialen und rechtlichen Grundlagen seither geändert haben.

In der Entscheidung vom 19. Juni ging es um die Regelungsbefugnisse des Gesetzgebers; entsprechend häufig bezieht sich die Kammer auf die Leitentscheidung von 1995.<sup>23</sup> Das BVerfG bestätigt, dass der Gesetzgeber eingreifen dürfe, wenn die Asymmetrie zwischen den Kampfparteien dazu führt, dass Arbeitgeber\*innen einen Streik nicht einmal mehr »aus[...]sitzen« müssten, sondern ihn »nahezu folgenlos abfangen« könnten. Es stellt auch fest, dass dies mit Hilfe von Leiharbeit »insbesondere in Bereichen wie Lager und Einzelhandel« heute schon möglich sei.<sup>24</sup> Bereits anlässlich seiner Ablehnung einer einstweiligen Anordnung gegen das Inkrafttreten des Gesetzes hatte das BVerfG vermutet, dass es der Arbeitgeberin möglich sei, bei einer Arbeitsniederlegung den Betrieb »ohne den Einsatz von Leiharbeitskräften – etwa unter Rückgriff auf eigene arbeitswillige Arbeitskräfte, auf zu diesem Zweck befristet eingestellte Kräfte oder auf Drittpersonal im Rahmen eines Werkvertrags mit anderen Unternehmen – fortzuführen«.<sup>25</sup> Nimmt man die Aussage aus der Entscheidung von 1995 ernst, dass in einem solchen Fall »der Gesetzgeber aufgefordert [ist], entsprechende Maßnahmen zur Wahrung der Tarifautonomie zu treffen«, lässt sich die neuere Entscheidung so verstehen, dass der Gesetzgeber jetzt den Einsatz von Leiharbeit zur Streikarbeit nicht nur verbieten dürfe, sondern verbieten musste.

Auch zu den Aufgaben der Gerichte lassen sich den neueren Entscheidungen deutliche Hinweise entnehmen: So scheint das BVerfG direkt auf die Debatten zur Metallindustrie Bezug zu nehmen, wenn es schreibt, dass die strukturelle Verhandlungsschwäche der Gewerkschaften nur ausgeglichen werden könne, wenn diesen das Mittel des Streiks oder »gleich effektive Eskalationsstufen zur Herstellung von Kompromissfähigkeit« zur Verfügung stünden.<sup>26</sup> Bei genauerem Hinsehen ergibt es so auch Sinn, dass das BVerfG den *Blanpain*-Verweis des BAG (»kollektives Betteln«)

23 BVerfG v. 19. 6. 2020 – 1 BvR 842/17, Rn. 18–21.

24 BVerfG v. 19. 6. 2020 – 1 BvR 842/17, Rn. 27; Rn. 30; Rn. 32.

25 BVerfG v. 12. 2. 2019 – 1 BvR 842/17, Rn. 13.

26 BVerfG v. 9. 7. 2020 – 1 BvR 719/19, Rn. 14.

nicht nach der Originalstelle von 1980, sondern aus der Warnstreik-Entscheidung von 1984 zitiert.<sup>27</sup> Diese Entscheidung erklärte Warnstreiks »in Form der ›Neuen Beweglichkeit« für zulässig – also diejenige Arbeitskampfstrategie, mit der die IG Metall experimentierte, nachdem ihr das Instrument des Erzwingungsstreiks genommen war.

Nach wie vor gibt es also keine BVerfG-Entscheidung zur kalten Aussperrung – wie sollte es auch. Man kann die neueren Entscheidungen aber so lesen, dass sie indirekt die Bedingungen formulieren, unter denen diese weitgehende Einschränkung von Kampfstrategien verfassungskonform ist: Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung muss den rechtlichen Möglichkeitsraum für alternative Eskalationsstufen weitestmöglich gewährleisten. Die IG Metall hat in der Praxis gezeigt, dass unter diesen Bedingungen § 160 Abs. 3 SGB III immer noch verfassungsgemäß sein dürfte – solange keine größere Bewährungsprobe ansteht.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> BAG v. 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, Rn. 96; zu dieser Zitierweise schon Kocher (Fn. 20).

<sup>28</sup> So der Vorbehalt von Kötter (Fn. 1), S. 318; vgl. Schumann (Fn. 1), Rn. 384: Vorhandenes Streikpotential könne jedenfalls auch heute nicht ausgeschöpft werden.

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung, auch auszugsweise, ist ohne schriftliche Genehmigung des Bundesverlages.

Olaf Deinert  
Thomas Klebe  
Ralf Pieper  
Marlene Schmidt  
Sibylle Wankel (Hrsg.)

## **Arbeit, Recht, Politik und Geschichte**

Festschrift für Michael Kittner  
zum 80. Geburtstag



Der Verlag, die Herausgeber und Herausgeberinnen danken der Hans-Böckler-Stiftung, der IG Metall und der Otto-Brenner-Stiftung für die finanzielle Förderung dieser Festschrift.

**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.

© Bund-Verlag GmbH, Emil-von-Behring-Straße 14,  
60439 Frankfurt am Main, 2021

Umschlag: Ute Weber, Geretsried  
Satz: Dörlemann Satz, Lemförde

Druck: CPI books GmbH, Birkstr. 10, 25917 Leck

ISBN 978-3-7663-7169-0

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Speicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)