

Welche »Parität«?*

Über den Wandel des Grundbegriffs des Arbeitskampfrechts

PROF. DR. FLORIAN RÖDL, BERLIN

ABSTRACT Der Begriff der Parität fungiert als Grundbegriff unseres Arbeitskampfrechts. Dabei hat er über die Jahrzehnte einen bemerkenswerten Bedeutungswandel erfahren: von der Kampfparität über die Verhandlungsparität bis hin zur Umkehrung als Verhandlungsimparität. Der Beitrag zeichnet diesen Wandel nach und erläutert das Grundproblem der bis heute maßgeblichen Idee einer »gestörten Vertragsparität« auf der Ebene des Tarifvertrags: Anders als im Schuldvertragsrecht fehlt im Arbeitskampfrecht ein materielles Kriterium, um eine Paritätsstörung zu identifizieren. Dieses Problem bleibt ungelöst, auch nachdem die Idee zuletzt neu als Grenze der Verhältnismäßigkeit justiert wurde. Als Alternative wird empfohlen, die rechtlichen Grenzen des Arbeitskampfes aus dessen ökonomischer Funktionslogik zu entwickeln.

I. Von der Kampfparität zur Verhandlungsparität

Im politischen Kontext bezeichnet »Parität« eine Form der Zusammensetzung eines Organs oder eines Gremiums: die gleichgewichtige Repräsentation zweier (oder mehrerer) Gruppen.¹ Wenn man die Tarifvertragsparteien aufgrund ihrer gesetzlichen Befugnis zur Normsetzung (vgl. § 1 Abs. 1 TVG) als funktionales *Äquivalent eines Gesetzgebungsorgans ansieht*, begründet ihre Normsetzung im Wege des Vertragsschlusses ebenfalls Parität.² Aber auch im Zusammenhang mit militärischen Analysen wird von Parität gesprochen, hier i.S.e. militärischen Gleichgewichts, das sich aus der Leistungsfähigkeit der Waffenarsenale potentieller Kontrahenten ergibt.³

Offenbar an letzteren Kontext knüpfte die Verwendung von »Parität« im Arbeitskampfrecht ursprünglich an. Der Begriff war maßgeblich für die Zulassung von Arbeitskampfmitteln. Es galt, ausgesprochen in der Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahr 1955, das Prinzip der Kampfparität.⁴ Dieses Prinzip besagte, dass beide Parteien, Gewerkschaften und Arbeitgeberseite, über ein Kampfmittel verfügen müssten, um die andere Seite ökonomisch unter Druck zu setzen. Das galt ausdrücklich für beide Seiten:

»Die Anerkennung des Arbeitskampfes, das Prinzip der Neutralität und der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG verbieten es dem Staat, d.h. seiner Gesetzgebung, seiner Verwaltung und Rspr., die Kampfmittel der beiden Sozialpartner ungleichmäßig zu behandeln. Es gilt der Grundsatz der Waffengleichheit, der Kampfparität. Im Rahmen der sozialen Adäquanz gilt aber auch der Grundsatz der Kampffreiheit, genauer der Freiheit der Wahl der Kampfmittel. ... Dem Streik der Gewerkschaften entspricht die Aussperrung, gleichgültig, ob sie von einem Arbeitgeberverband beschlossen und von den einzelnen Arbeitgebern durchgeführt wird oder ob ein oder mehrere Arbeitgeber sie vornehmen.«⁵

Parität wurde also verstanden als Gleichgewicht durch die freie Verfügbarkeit der historisch angestammten Kampfmittel.

Parität wurde verstanden als Gleichgewicht durch die freie Verfügbarkeit der historisch angestammten Kampfmittel.

Dies blieb gut fünfzehn Jahre maßgeblich. Mit der Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahr 1971 wurde ein grundlegender Wandel angebahnt.⁶ Dabei war in der Entscheidung zunächst eine grundlegende Disziplinierung des Arbeitskampfes anvisiert, indem der Einsatz von Kampfmitteln dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterstellt wurde. Es sollten nur wirklich erforderliche Kampfmittel ergriffen werden dürfen und dies auch nur, wenn es wirklich nicht anders ging. Arbeitskampf sei *ultima ratio*, so hieß es.⁷ Konkreter Gegenstand jener Entscheidung war die lösende Aussperrung. Im Ergebnis wurden die Anforderungen an diese erhöht, ohne ihren Einsatz auszuschließen. Aber auch der gewerkschaftliche Streik sollte dem Gebot der Verhältnismäßigkeit unterstehen. Dabei sollten namentlich Eignung und Erforderlichkeit der vollen gerichtlichen Kontrolle unterstehen.⁸

Bei der Erörterung der Erforderlichkeit des Kampfmittels der Aussperrung fand dann erstmalig die Vorstellung Ausdruck, dass der Einsatz der Kampfmittel eigentlich dazu diene, ein Verhandlungsgleichgewicht herzustellen:

»(Es) muss im Prinzip sichergestellt sein, dass nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern dass möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen.«⁹

Wirklich vollzogen wurde der Bedeutungswandel von der Parität als Waffengleichheit zur Parität als Verhandlungsgleichgewicht

* Der Text liefert die gekürzte schriftliche Fassung eines Vortrags, den der Autor im Rahmen der Vortragsreihe »Weichenstellungen im Kollektivarbeitsrecht«, veranstaltet vom Promotions-Kolleg »Gerechtigkeit durch Tarifvertrag«, am 16.5.2022 in Halle gehalten hat.

1 Entsprechend ist von der paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat der Montan-Unternehmen die Rede.

2 In diesem Sinne Müller-Jentsch, Soziologie der Industriellen Beziehungen, 1997, S. 49.

3 Exemplarisch Wettig, Umstrittene Sicherheit, Berlin 1982.

4 BAG 28.1.1955, GS 1/54, in: NJW 1955, 882, sub II 1.

5 Ebenda, sub II 1.

6 BAG 21.4.1971, GS 1/68, in: AP Nr. 43 zu GG Art. 9 Arbeitskampf.

7 Ebenda, sub Teil III A.

8 Das galt auf den Warnstreik bezogen bis 1988: BAG 21.6.1988, 1 AZR 651/86, in: AP Nr. 108 zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 108.

9 Ebenda, sub Teil III B. 1.

in der Entscheidung von 1980.¹⁰ Es ist die bis heute maßgebliche¹¹ Entscheidung zu den Grenzen der suspendierenden Aussperrung. Es sollen hier aber nicht die Einzelheiten interessieren, sondern der Wandel von Bedeutung und Funktion des Paritätsbegriffs, der sich hier ereignet hat.

Weil es bei der suspendierenden Aussperrung um die Ausübung eines an sich anerkannt zulässigen Kampfmittels ging, war eigentlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einschlägig. An den knüpft die Entscheidung auch vordergründig an. Aber um den Grundsatz inhaltlich neu auszurichten, greifen die Gründe der Entscheidung weit aus und begründen auch die Zulassung der beiderseitigen Kampfmittel neu, und zwar unter Anknüpfung an den Begriff der Parität. Diese wurde aber nun ausdrücklich nicht mehr formell als Waffengleichheit verstanden. Der Begriff wurde neu gefüllt als Verhandlungsgleichgewicht, als »materielle« Parität. Materielle Parität sollte bedeuten, dass Kampfmittel nicht formal – für jede Seite eines – zugelassen werden sollten, sondern soweit sie notwendig waren, um der jeweiligen Tarifvertragspartei ein Verhandeln auf Augenhöhe zu ermöglichen.

»Ursprünglich herrschte eine rein formale Sicht vor. Streik und Aussperrung wurden als gleichartige Waffen verstanden, für die auch gleichartige Grundsätze gelten müssten ... Diese Betrachtungsweise verkürzt die Aufgabe, die der Rechtsordnung durch die Tarifautonomie gestellt ist. Ein funktionierendes Tarifvertragssystem setzt annähernd gleichgewichtige Verhandlungschancen der sozialen Gegenspieler voraus. Das erforderliche Verhandlungsgleichgewicht lässt sich aber weder formal fingieren noch normativ anordnen, es muss wenigstens in groben Zügen tatsächlich feststellbar sein.«¹²

Materielle Parität verlangte also einen Blick in die soziale Wirklichkeit und eine Beurteilung des sozialen Kräfteverhältnisses.

Auf dieser Grundlage wurde zunächst neu begründet, dass den Gewerkschaften das Streikrecht zustehen müsse, sonst würde es sich bei Tarifverhandlungen um »kollektives Betteln« handeln. Bei der Anwendung des neuen Verständnisses auf die Aussperrung ergab sich, dass man die Aussperrung nicht einfach spiegelbildlich ebenfalls generell zulassen konnte. Allerdings führte das neue Verständnis auch nicht zur generellen Unzulässigkeit der Aussperrung. Vielmehr wurde das neue Maß der materiellen Parität in das bisher der Verhältnismäßigkeit zustehende Feld der Kontrolle des Einsatzes von Kampfmitteln ausgedehnt. Auch wenn in der Entscheidung behauptet wird, die materielle Parität artikuliere den Maßstab der Verhältnismäßigkeit, wurde letzterer tatsächlich erst einmal bedeutungslos. Denn es war so gedacht: Ein Kampfmittel war zulässig und sein Einsatz verhältnismäßig, soweit es dazu diente, ein Verhandlungsgleichgewicht herzustellen. Im Ergebnis waren also Kampfparität und Verhältnismäßigkeit durch den einheitlichen Maßstab des Verhandlungsgleichgewichts ersetzt worden.

II. »Gestörte Vertragsparität« auch beim Tarifvertrag

Nun stellt sich die Frage, wie das BAG eigentlich darauf gekommen ist, den Begriff der Parität zu materialisieren und in der Entscheidung von 1980 umfassend als Verhandlungsgleichgewicht

auszubuchstabieren. Offenkundig handelt es sich um einen Transfer aus einer Grundlagendiskussion im Schuldvertragsrecht, die wahrscheinlich nicht zufällig im zeitlichen Umfeld der Entscheidung eine besondere Konjunktur hatte.¹³ Sowohl im Verfassungsrecht als auch im Zivilrecht war der Schutz der schwächeren Vertragspartei in den Fokus gestellt worden, und es ging darum, dass zu jener Zeit auch legislativ stetig im Ausbau befindliche zwingende Schutzrecht mit den Grundprinzipien des Zivilrechts in Einklang zu bringen. In der Sache ging es vor allem um Arbeitnehmerschutz, Mieterschutz und Verbraucherschutz.

Das vertragsrechtstheoretische Problem bestand darin, dass sich der zwingende Charakter des Schutzrechts für viele wissenschaftliche Beobachter mit dem Grundprinzip der Privatautonomie schlecht zu vertragen schien. Denn Privatautonomie beinhaltet Vertragsfreiheit. Zwar ist es geboten, die Abreden der Schuldvertragsparteien mit dispositiven Regeln zu ergänzen zu den Fragen, die die Parteien nicht geregelt haben. Aber soweit sie eigene Abreden getroffen haben, ist diesen aufgrund der Privatautonomie eigentlich uneingeschränkt Wirkung zu verschaffen, ohne Ansehung ihres Inhalts. Schließlich haben die Parteien die resultierenden Verpflichtungen übereinstimmend gewollt. Zwingendes Schutzrecht tritt vor diesem Hintergrund als Fremdbestimmung auf, die es zu rechtfertigen gilt.

In der Essenz lief die Diskussion auf die Auskunft hinaus, die sich schon bei *Werner Flume* nachlesen lässt.¹⁴ Sie lautete: Wenn die Parteien eines Schuldvertrags über grob unterschiedliche Macht verfügen, dann kann der geschlossene Vertrag nicht mehr als Selbstbestimmung der schwächeren Partei gelten. Der Schuldvertrag wird dann zur Fremdbestimmung durch die stärkere Partei. Dem darf und muss das Schuldvertragsrecht mit zwingendem Schutzrecht zugunsten der schwächeren Partei begeben.

Die Entscheidung des BAG von 1980 hat es nun unternommen, diese Vorstellung einer grob unterschiedlichen Macht auf den Tarifvertrag zu übertragen. Dabei steht dem Arbeitgeber nicht nur der einzelne Arbeitnehmer, sondern auch eine Gewerkschaft erst einmal als schwächere Partei gegenüber (Stichwort »kollektives Betteln«). Bearbeitet wird dieses Ungleichgewicht jedoch in anderem Modus als beim Individualvertrag: Der Gesetzgeber erlässt nicht etwa zwingendes Schutzrecht, sondern er befugt die Gewerkschaft als schwächere Vertragspartei, die Arbeitgeberseite ökonomisch zu schädigen – eine Lösung, zu der notiert sei, dass man sie sich für die individualvertragliche Situation schwerlich vorstellen könnte.

Auf individualvertraglicher Ebene ist das Problem des Machtungleichgewichts mithilfe des zwingenden Schutzrechts abschließend gelöst. Auf tarifvertraglicher Ebene soll es anders sein: Die Ausübung der Streikbefugnis soll auch zu weit gehen können. Gewerkschaften können ihren Streik so führen, dass auf einmal ein Verhandlungsungleichgewicht zulasten der Arbeitgeber eintritt. Anders als im Schuldvertragsrecht ist das Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien am Ende also doch symmetrisch angelegt. Anders als Arbeitnehmer, Mieter oder Verbraucher ist die Gewerkschaft nicht auf die Rolle der schwächeren Vertragspartei festgelegt.

¹⁰ BAG 10.6.1980, 1 AZR 822/79, in: AP Nr. 64 zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64.

¹¹ Dazu eingehend *Rödl* in Däubler (Hg.), Handbuch des Arbeitskampfrechts, § 21 Rn. 43.

¹² BAG (Fn. 10), sub A. IV. 1.

¹³ Exemplarisch dafür stehen die Beiträge zur Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung im Jahr 1977: H. P. *Westermann*, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, in: AcP 178 (1978), 150 ff; M. *Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?, in: AcP 178 (1978), 196 ff; s.a. die Rezensionenabhandlung zu drei in 1982 und 1983 publizierten Dissertationen von J. *Limbach*, Die Kompensation von Ungleichgewichtslagen, in: KritV 69 (1986), S. 165 ff.

¹⁴ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 1979, S. 6.

Sie startet zwar als schwächere Partei, aber mithilfe des Streikrechts kann sie unter besonderen Umständen der Streikführung auch zur stärkeren Partei werden.

Anders als Arbeitnehmer, Mieter oder Verbraucher ist die Gewerkschaft nicht auf die Rolle der schwächeren Vertragspartei festgelegt.

In diesen Fällen hätte man natürlich die entsprechende Streikführung für rechtswidrig erklären können. Aber das BAG hat sich stattdessen entschieden, Kampfmittel der Arbeitgeberseite zuzulassen. Spiegelbildlich kann der Einsatz dieser Kampfmittel freilich bewirken, dass wiederum ein Ungleichgewicht zu Lasten der Gewerkschaften eintritt. Hier aber ist dann nicht die Konsequenz, den Gewerkschaften noch weitere Kampfmittel an die Hand zu geben. Vielmehr soll hier die Rechtmäßigkeit des Kampfes der Arbeitgeberseite enden. Daraus ergeben sich seitdem die Grenzen der suspendierenden Aussperrung.

III. Das Problem der Identifikation einer Paritätsstörung

Diese an sich harmonische Geschichte leidet an einer grundlegenden Schwierigkeit. Wenn anders als im Arbeits-, Miet- oder Verbrauchervertragsrecht die schwächere Partei, die Gewerkschaft, dank der eigenen Kampfmittel zur stärkeren und dann aufgrund der Kampfmittel der Arbeitgeberseite doch wieder zur schwächeren Partei werden können soll, dann muss man diese Umschläge von schwach zu stark zu schwach irgendwie sehen können. Man braucht also ein Kriterium.

In der Entscheidung von 1980 hat das BAG versucht, dieses Kriterium verhandlungstheoretisch zu begründen.¹⁵ Es ging im Fall um die suspendierende Abwehraussperrung in Reaktion auf Schwerpunktstreiks. Die verhandlungstheoretische Pointe lag aus Sicht des Gerichts darin, dass die einzelnen Arbeitgeber von Schwerpunktstreiks unterschiedlich betroffen sind. Dadurch unterliege die Meinungsbildung im Arbeitgeberlager einer Verzerrung. Diese Verzerrung sollte regelmäßig dahin führen, dass die streikbetroffenen Arbeitgeber besonderen Druck auf eine Beendigung des Streiks entfalten können. Denn andernfalls könnten sie womöglich ausscheren und ungeachtet ihrer satzungsrechtlichen Verpflichtungen einen ungünstigen Unternehmenstarifvertrag abschließen. Den wiederum würden die anderen Arbeitgeber nur noch übernehmen können, wenn sie wettbewerbsmäßig nicht ins Hintertreffen geraten wollten. Um das zu vermeiden, schließe am Ende der gesamte Verband lieber ungünstig ab. Die Erzeugung eines solchen Einigungsdrucks im Arbeitgeberlager sollte das durch das Streikrecht an sich hergestellte Gleichgewicht in ein Ungleichgewicht umschlagen lassen.

Nun ist es sicher richtig, dass ein Schwerpunktstreik besondere Spannungen im Arbeitgeberlager erzeugen kann. Aber man müsste angeben können, warum ein Schwerpunktstreik nicht einfach eine kluge Strategie der Gewerkschaften ist, die

ihnen endlich zu angemessenen Tarifabschlüssen verhilft, sondern eine problematische Strategie, die darum in Grenzen mit suspendierender Aussperrung beantwortet werden können muss. Da sich die Argumentation des Gerichts offenbar an der Vorstellung gestörter Vertragsparität im Schuldvertragsrecht orientierte, liegt es nahe zu befragen, wie denn dort die Störungen der Vertragsparität identifiziert werden. Es stehen zwei Kriterien im Raum. Das erste Kriterium ist prozeduraler, das zweite ist materialer Art. Das prozedurale Kriterium stellt darauf ab, ob die eine Seite die Bedingungen des Austauschs einseitig festgesetzt hat. Das materiale Kriterium stellt darauf ab, ob der Austausch zu überhöhtem Preis oder sonst zu unfairen Bedingungen stattgefunden hat.

Die Pointe im Schuldvertragsrecht ist, dass beides zusammentreffen muss. Es gibt eine Vielzahl von Verträgen, bei denen keine Sekunde über die Austauschbedingungen verhandelt wird, etwa auf Wochenmärkten. Hier wird vielleicht manchmal über den Preis verhandelt, aber oft eben auch nicht. Vielmehr akzeptieren die Käufer die Preise, die der Verkäufer gesetzt hat, und die Käufer akzeptieren auch das Angebot zu den gesetzlichen Bedingungen. Trotzdem ist an solchen Verträgen nichts auszusetzen. Niemand geht davon aus, dass hier die Vertragsparität gestört wäre. Aber auch das materiale Kriterium allein ist nicht hinreichend. Es ist möglich, Liebhaberpreise anzubieten und Freundschaftspreise zu akzeptieren. Obwohl der Preis womöglich deutlich zu hoch oder deutlich zu niedrig ist, liegen in diesen Fällen keine Störungen der Vertragsparität vor.

Gestörte Vertragsparität ist vielmehr daran zu erkennen, dass beides zusammenkommt. Jemand akzeptiert einen unfairen Tausch, zu unfairer Preis oder zu unfairen Bedingungen, die der profitierende Teil festgelegt hat. Man kann es am einfachsten an der AGB-Kontrolle nachvollziehen. Wenn Vertragsbedingungen fair sind, ist es kein Problem, dass sie als AGB von einer Seite gestellt wurden (vgl. §§ 307-309 BGB). Wenn Vertragsbedingungen individuell ausgehandelt sind, ist es kein Problem, wenn sie nach den Maßstäben der AGB-Kontrolle eigentlich unfair sind (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB). Dieselbe Struktur findet sich auch bei der Wuchergrenze in § 138 Abs. 2 BGB. Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, die materiale Seite, und die Ausnutzung einer spezifischen Schwäche der anderen Vertragspartei, die prozedurale Seite, müssen zusammentreffen. Erst dann ist mit dem Austausch etwas nicht in Ordnung.

Das Problem einer Übertragung der Vorstellung einer gestörten Vertragsparität auf die Ebene des Tarifvertrags besteht essentiell darin, dass das materiale Kriterium nicht zur Verfügung steht. Wenn die eine Seite des Tarifkonflikts den Vorschlag der anderen Seite ohne weiteres akzeptiert, kann das verschiedene Gründe haben. Vielleicht ist der Vorschlag ausgewogen und darum genau richtig. Vielleicht ist der Vorschlag sogar günstig, weil sie sich die andere Seite verkalkuliert hat, oder er ist tatsächlich ungünstig, aber die eine Seite hat besondere Gründe trotzdem zu akzeptieren. Wie beim Schuldvertrag setzte ein Ausschluss all dieser Möglichkeiten voraus, den Inhalt des Tarifvertrags zu beurteilen. Eine solche Beurteilung aber ist den Arbeitsgerichten durch das geltende Kollektivarbeitsrecht versagt. Tarifautonomie schließt das Verbot der Tarifzensur ein.

Das war dem BAG 1980 eigentlich auch klar. Es sagte ausdrücklich:

¹⁵ BAG (Fn. 10), sub A V 3 c).

»Richtig ist jedenfalls, dass das Übermaßverbot nicht zu einer Tarifzensur führen darf. Eine Kontrolle der Tarifziele durch die Gerichte für Arbeitssachen wäre (von Extremfällen vielleicht abgesehen) ein Eingriff in die Tarifautonomie und kann deshalb bei der Anwendung des arbeitskampfrechtlichen Übermaßverbotes nicht in Betracht kommen.«¹⁶

Doch leider es hat sich durch diese Einsicht nicht davon abhalten lassen, die Vorstellung einer gestörten Vertragsparität im Schuldvertragsrecht auf die Ebene des Tarifvertrags zu übertragen. Womöglich war der Senat einfach zu angetan von seiner verhandlungstheoretischen Reflexion und hat darüber übersehen, dass diese allenfalls das prozedurale Kriterium liefern kann,¹⁷ nicht aber das materiale.

IV. Keine Abhilfe: Verschiebung in die Angemessenheit

Wie sich eine Störung der Parität auf Ebene des Tarifvertrags identifizieren lässt, hat das BAG seitdem beschäftigt. Es hat das Rätsel bislang nicht zu lösen vermocht, und das ist nicht verwunderlich. Denn es gibt keine Lösung. Insofern das Gericht den Begriff nicht aufgeben wollte, konnte es nur versuchen, mit dem Rätsel umzugehen.

Wie geschildert sollte die Störung der Parität 1980 mit verhandlungstheoretischen Überlegungen begründet worden. Damit war für die Kampfmittel der Arbeitgeberseite eine recht anspruchsvolle Hürde gesetzt. Das Gericht musste sich demnach positiv davon überzeugen, dass die Verhandlungsmacht der Gewerkschaft aufgrund besonderer Umstände so stark wird, dass ein Ungleichgewicht zulasten der Arbeitgeberseite eintritt. Und es musste sich sogar noch weitergehend davon überzeugen, dass das Ungleichgewicht nur durch das besondere Kampfmittel ausgeglichen werden kann, das eben in Rede steht.

Auch wenn das BAG die entsprechenden Feststellungen in seiner Entscheidung von 1980 mutig getroffen hat, scheint sich nachfolgend im Einklang mit dem oben Gesagten der Mangel an Überzeugungskraft erschlossen zu haben. Das BAG hat sich darum erst einmal entlastet: Es hat die Anforderungen an die Zulassung von Kampfmitteln der Arbeitgeberseite substantiell so modifiziert, dass keine vergleichbar mutigen Feststellungen mehr verlangt sind. Das geschah in der Entscheidung zur Zulassung von Streikbruchprämien,¹⁸ also von Prämien, die während eines Arbeitskampfes ausgelobt werden für Beschäftigte, die dem Streikaufruf keine Folge leisten. Hier hat das BAG nicht mehr erst nach besonderen Umständen in der Streikführung gefragt, die ein Verhandlungsungleichgewicht zulasten der Arbeitgeberseite hergestellt hätte. Die Fragerichtung wurde umgekehrt. Das Gericht prüfte, ob die Streikbruchprämie als Kampfmittel so effektiv sei, dass ihr Einsatz ein Verhandlungsungleichgewicht zulasten der Gewerkschaften herstellte:

»Vieles spricht nach Auffassung des Senats auch für die Annahme, dass der Anerkennung eines Arbeitskampfmittels Streikbruchprämie nicht der Grundsatz der Verhandlungsparität entgegensteht. ... Dieser Grundsatz wird durch die Zahlung einer

Streikbruchprämie nicht generell in Frage gestellt. Es ist nicht erkennbar, dass auf diese Weise das Streikrecht als zentrales Arbeitskampfmittel der Gewerkschaft derart entwertet wird, dass von einem strukturellen Ungleichgewicht der Tarifvertragsparteien auszugehen wäre.«¹⁹

Diese Umkehrung verschob natürlich die Lage zum Nachteil der Gewerkschaften. Während die Entscheidung von 1980 impliziert, dass die Zulassung eines Kampfmittels der Arbeitgeberseite von der positiven Feststellung eines Ungleichgewichts zu ihren Lasten abhängig ist, gilt nun, dass das Kampfmittel der Arbeitgeberseite zulässig ist, solange kein Ungleichgewicht zulasten der Arbeitnehmerseite eintritt. Und das gilt in der Folge für alle weiteren Kampfmittel der Arbeitgeberseite: Lohnverweigerung bei Fernwirkungen, Betriebsstilllegung, Einsatz von Streikarbeit – um die wichtigen zu nennen.

Wesentlich im vorliegenden Zusammenhang ist aber: diese Umkehrung entlastet zwar die richterliche Begründung. Aber sie liefert keine Lösung des begrifflichen Rätsels. Um es konkret vorzuführen: Man kann wiederum nicht erkennen, ob die Streikbruchprämie nur eine kluge Strategie der Arbeitgeberseite ist, oder ob sie zu weit geht, weil sie die kraft Streikrechts begründete Verhandlungsmacht der Gewerkschaften so unterminiert, dass wieder ein Ungleichgewicht zu ihren Ungunsten eintritt. Zwar hätte man sich vorstellen können, dass das BAG spiegelbildlich zur Entscheidung von 1980 diesmal eine Spannungslage im Arbeitnehmerlager identifiziert, die die Gewerkschaften womöglich zu ungünstigeren Abschlüssen treibt. Aber es geht an dieser Stelle nicht um den Vorhalt – durchaus erstaunlich – unterschiedlicher Sensibilität für die Spannungslagen innerhalb des jeweiligen Lagers. Es geht darum, dass das BAG an einem Begriff festgehalten hat, für dessen Anwendung das entscheidende materiale Kriterium fehlt.

Doch das war noch nicht das letzte Wort. Das BAG war offenbar auch nach der Umkehrung mit der Lage der Dinge noch nicht zufrieden. Und so hat es im Jahr 2007 und bestätigend in 2009 den Begriff der Parität auf den ersten Blick beiseitegelegt. Es solle nur mehr das Gebot der Verhältnismäßigkeit greifen.²⁰

»Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen. Die Kampfstärke von Koalitionen hängt von einer im Einzelnen kaum überschaubaren Fülle von Faktoren ab, die in ihren Wirkungen schwer abschätzbar sind. Die Vorgabe, möglichst für Parität zwischen den Tarifvertragsparteien zu sorgen, genügt daher als Handlungsanweisung für die konkrete gerichtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts allein in der Regel nicht. Das Paritätsprinzip ist wegen seiner

¹⁹ Ebenda, sub III 1 d).

²⁰ BAG 19.6.2007, 1 AZR 396/06, in: AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf und v. 22.9.2009, 1 AZR 972/08, in: AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Das BAG hat insoweit den Maßstab übertragen, den das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 an Gesetze angelegt hatte, die Einfluss auf das Kräfteverhältnis entfalten können (BVerfG 4.7.1995, 1 BvF 2/86 u.a., in: BVerfGE 92, 365 (396)). Das BVerfG hatte dem Gesetzgeber große Gestaltungsfreiheit zugebilligt. Die fiel seinerzeit, als es um den sog. Streikparagrafen im Recht der Arbeitsförderung ging, heute § 160 SGB III, zulasten der Gewerkschaften aus. Sie kann aber auch, wie die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der Streikarbeit durch Leiharbeiter zeigt (BVerfG 19.6.2020, 1 BvR 842/17, in: AP Nr. zu GG Art. 9 Arbeitskampf), zu ihren Gunsten ausfallen. Diese Übertragung war ein Selbstmissverständnis des BAG (dazu Poscher, RdA 2017, 235 (237)). Richtig wäre es gewesen, im Wege der Rechtsfortbildung gesetzesäquivalente arbeitskampfrechtliche Regeln zu entwickeln, die vom BVerfG dann am spezifisch verfassungsrechtlichen Maßstab zu überprüfen wären. Im letzten Abschnitt dieses Beitrags wird letztlich empfohlen, das nunmehr nachzuziehen.

¹⁶ BAG (Fn. 10), sub B I 2 b).

¹⁷ Zur zusätzlich fehlenden Stimmigkeit dieser Reflexion für sich genommen: Rödl in Däubler (Hg.), Handbuch des Arbeitskampfrechts, § 21 Rn. 30.

¹⁸ BAG 13.7.1993, 1 AZR 676/92, in: AP Nr. 127 zu GG Art. 9 Arbeitskampf.

*Abstraktionshöhe als Maßstab zur Bewertung einzelner Kampfsituationen regelmäßig nicht ausreichend.*²¹

Indessen sollte das Gebot der Verhältnismäßigkeit nunmehr anderes besagen als noch 1971. Es wurde nicht mehr polizeirechtlich ausbuchstabiert, was eine volle Kontrolle seiner Elemente bedeutet hatte. Das Gebot wurde im Ansatz so ausbuchstabiert, wie es dem Gesetzgeber gegenüber greift, wenn es um Grundrechtseingriffe geht.²² Der Gesetzgeber genießt für die Fragen von Eignung und Erforderlichkeit eine weite Einschätzungsprärogative. Unter diesen Aspekten unverhältnismäßig sind nur solche Gesetze, die für einen konkreten Zweck offensichtlich ungeeignet oder offensichtlich nicht erforderlich sind. Beim Arbeitskampf kann aber, anders als beim Gesetz, kein konkreter inhaltlicher Zweck maßgeblich werden aufgrund des schon angesprochenen Verbots der Tarifzensur. Es kann daher nur um den Zweck des Tarifvertragsabschlusses an sich gehen. Wenn die Gewerkschaften insoweit eine Einschätzungsprärogative genießen sollen für die Fragen von Eignung und Erforderlichkeit, dann bedeutet das praktisch keine Einschränkung. Denn es ergibt sich schon aus ihrer eigenen Handlungslogik als Gewerkschaft, keine offensichtlich ungeeigneten oder überflüssigen Kampfmaßnahmen zu ergreifen. Arbeitskämpfe sind immer eine erhebliche Belastung für die Beschäftigten. Sie leisten dem Kampfaufwurf nur Folge, wenn sie überwiegend dahinterstehen und die Sache Aussicht auf Erfolg hat.

Entscheidend wird darum die letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung: die Angemessenheit. Wie auch gegenüber dem Gesetzgeber besteht hier keine Einschätzungsprärogative, sondern volle Kontrolle.²³

Ein Kampfmittel sei so lange angemessen, als es kein Verhandlungsungleichgewicht zulasten der anderen Seite bewirke.

Die Angemessenheit bestimmt das BAG aber nun, wie folgt: Ein Kampfmittel sei so lange angemessen, als es kein Verhandlungsungleichgewicht zulasten der anderen Seite bewirke:

»Zwar ist ein Arbeitskampf darauf angelegt, für die Gegenseite hohe Kosten zu verursachen, um möglichst schnell zu einem Tarifabschluss zu gelangen. Doch darf die Rechtsordnung keiner Seite so starke Kampfmittel zur Verfügung stellen, dass ... die Chancen auf die Herbeiführung eines angemessenen Verhandlungsergebnisses zerstört werden.«²⁴

So wird deutlich, dass der Begriff der Parität tatsächlich nicht verabschiedet ist. Vielmehr wird durch seine Ansiedlung in der letzten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung erst einmal die schon zuvor bewerkstelligte Umkehrung verfestigt: Maßgeblich

ist nicht, ob der Einsatz eines Kampfmittels erforderlich ist, um ein Verhandlungsungleichgewicht herzustellen, sondern es ist maßgeblich, ob der Einsatz eines Kampfmittels unangemessen ist, weil ein Verhandlungsungleichgewicht eintritt.

Indessen wird durch diesen Zug, den Begriff der Parität als *Imparität* in der Angemessenheit anzusiedeln, das eigentliche begriffliche Rätsel natürlich nicht gelöst. Das besteht weiterhin darin, die Störung eines Verhandlungsungleichgewichts zu identifizieren. Das BAG versucht es zwar erneut, indem es in der oben ausgelassenen Stelle einflicht:

»Doch darf die Rechtsordnung keiner Seite so starke Kampfmittel zur Verfügung stellen, dass dem Gegenspieler keine wirksame Reaktionsmöglichkeit bleibt«²⁵

Dieser Halbsatz hat eine gewisse suggestive Kraft, die sich seiner symmetrischen Formulierung verdankt. Bezieht man ihn auf die im Streitfall maßgeblichen Akteure, dann lautet er, die Rechtsordnung dürfe der Gewerkschaft keine so starken Kampfmittel zur Verfügung stellen, dass der Arbeitgeberseite keine wirksamen Reaktionsmöglichkeiten blieben. Das indessen wäre nur richtig, wenn die Gewerkschaft die Arbeitgeberseite buchstäblich zum Tarifvertragsabschluss zwingen könnte. Dann benötigte man kein materiales Kriterium mehr, so ist es auch im Schuldvertragsrecht (vgl. § 123 Abs. 1 BGB). Einen Tarifvertragsabschluss buchstäblich erzwingen kann die Gewerkschaft aber nicht. Der Arbeitgeberseite bleibt immer die Möglichkeit, den Tarifabschluss mit dem geforderten Inhalt abzulehnen. Ob diese Reaktionsmöglichkeit für das Verhandlungsungleichgewicht ausreicht, könnte man wieder nur beurteilen, wenn man für den resultierenden Tarifabschluss ein materiales Kriterium hätte.

V. Alternative: Ökonomische Funktionslogik als Grenze

Abschließend sei hier erwogen und letztlich auch empfohlen, dass das BAG mit der Prüfung der (Im)Parität unter der Angemessenheit eigentlich gar nicht mehr das Verhandlungsungleichgewicht behandelt. Vielleicht hat das BAG die Vorstellung von einer Parallele zur schuldvertragsrechtlichen Figur gestörter Vertragsparität schon stillschweigend verabschiedet.

Imparität im Rahmen der Angemessenheitsprüfung würde dann etwas Anderes meinen. Diesen anderen Sinn würde folgende Frage einfangen: Kann man sich vorstellen, dass die vom Einsatz des gewerkschaftlichen Kampfmittels betroffene Arbeitgeberseite anders antwortet als durch Aufgabe, also durch bedingungslose Annahme der gewerkschaftlichen Forderung? Bei dieser Frage geht es nicht mehr um ein soziales Kräfteverhältnis. Es geht vielmehr um die Frage, ob ein Kampfmittel jenseits der ökonomischen Funktionslogik des Arbeitskampfes steht.²⁶

Beispiele für Kampfmittel, die schon deswegen jenseits dieser Funktionslogik stehen, weil sie nicht lediglich ökonomischen Druck entfalten sollen, wären etwa gewerkschaftliche Maßnahmen, die Delikte gegen Personen darstellen, gegen die

²¹ BAG 22.9.2009 (Fn. 20), Rn. 40. Zum Abschluss der Passage wird indessen schon angesprochen, dass am Ende keine vollständige Verabschiedung intendiert ist: »(Das Paritätsprinzip) bezeichnet aber zumindest eine Grenze, die bei der gerichtlichen Ausgestaltung nicht überschritten werden darf«.

²² BAG 19.6.2007 (Fn. 20), Rn. 33-36.

²³ BAG (Fn. 21), Rn. 44.

²⁴ BAG (Fn. 21), Rn. 46.

²⁵ BAG (Fn. 21), Rn. 46.

²⁶ Dazu ausführlich Rödl, Zu Bedeutung und Rechtfertigung der sogenannten Kampfmittelfreiheit, in: Hugo-Sinzheimer-Institut für Arbeitsrecht (Hg.), Gewerkschaftsrechte heute, im Erscheinen.

körperliche Unversehrtheit oder Bewegungsfreiheit, oder auch gegen die Persönlichkeit. Ein weiteres Beispiel wäre die vorsätzliche Beschädigung von Betriebsmitteln²⁷, gleichgültig ob der Arbeitgeber daran dinglich oder vertraglich berechtigt ist. Kein Beispiel wären demgegenüber Besitzstörungen, denn diese sind mit der ökonomischen Funktionslogik vereinbar, sofern sie erforderlich sind, um die Verwertung der zu tarifierenden Arbeitsleistung effektiv zu unterbrechen.²⁸ Ebenso müsste das BAG die bisher behaupteten Restriktionen des Solidaritätsstreiks fallen lassen,²⁹ denn auch dieser verlässt die ökonomische Funktionslogik des Arbeitskampfes nicht.

Es geht vielmehr um die Frage, ob ein Kampfmittel jenseits der ökonomischen Funktionslogik des Arbeitskampfes steht.

27 Hierzu auch schon *Rödl/Beerwerth*, AuR 2021, 244 (Entscheidungsanmerkung zu BAG 20.11.2018, 1 AZR 287/17, in: AP Nr. 186 zu GG Art. 9 Arbeitskampf).

28 Zu dieser Implikation der verfassungsrechtlichen Garantie eines effektiven Streikrechts *Rödl* (Fn. 26).

29 BAG (Fn. 22).

Auf dieser Grundlage müsste das BAG freilich auch noch einmal zum Argumentationsgang der Entscheidung von 1980 zurückkehren. Ganz richtig hatte die Entscheidung damals herausgebracht, dass die Kampfmittel der Arbeitgeberseite anders als der Streik nicht systematisch und generell zuzulassen sind.³⁰ Das Gericht hatte im Falle eines Schwerpunktstreiks die suspendierende Aussperrung begrenzt zugelassen auf Grundlage der Feststellung, dass der Schwerpunktstreik ein Verhandlungsungleichgewicht zulasten der Arbeitgeberseite bewirke. Wenn die Figur des Verhandlungsungleichgewichts aber nun verabschiedet wäre, dann entfielen damit auch die Rechtfertigung für die suspendierende Aussperrung. Die Rechtfertigung müsste aus der ökonomischen Funktionslogik des Arbeitskampfes neu entwickelt werden. Ob das gelingen kann, sei an dieser Stelle erst einmal nur bezweifelt.

30 Damit steht die Feststellung in der Entscheidung von 2009, BAG (Fn. 21), der zufolge ein Kampfmittel dann ein Ungleichgewicht begründe, wenn keine wirksamen Reaktionsmöglichkeiten bestünden, eben dann im Einklang, wenn man im Falle des Streiks die Verweigerung des Tarifvertragsabschlusses als wirksame Reaktionsmöglichkeit anerkennt.

Die Erweiterung der Mitbestimmung auf die Einführung mobiler Arbeit

ELISA GROTE, KONSTANZ

ABSTRACT Die Hochzeiten¹ des ortsflexiblen Arbeitens schienen nach dem Auslaufen der pandemiebedingten »Homeoffice-Pflicht« nach § 28b InfG² vorbei zu sein. Doch nun sorgt die durch den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine ausgelöste Energiekrise dafür, dass diese Arbeitsform aktuell wieder an Bedeutung gewinnt. So wird öffentlich debattiert, ob mobile Arbeit (bzw. insbesondere Homeoffice) zur Einsparung von Energie eingesetzt werden sollte.³ Darüber hinaus plante Arbeitsminister *Hubertus Heil*, Arbeitgeber ab dem 1.10.2022 wieder zu verpflichten, ihren Beschäftigten Homeoffice anzubieten,⁴ was allerdings nicht umgesetzt wurde. Im Individualarbeitsrecht ist hinsichtlich mobiler Arbeit demnach einiges in Bewegung. Zwar wird in der Ausgestaltung mobiler Arbeit durch die Mitbestimmung des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG sichergestellt, dass Interessen der Arbeitnehmer:innen angemessen Berücksichtigung finden. Was die Einführung mobiler Arbeit betrifft, fehlt es hingegen an einem entsprechenden Mitbestimmungsrecht. Warum dieser Zustand einer Änderung bedarf, wird nachfolgend erörtert.

I. Einführung

Die »Entwicklung der elektronischen Kommunikations- und Informationssysteme führt zu einer zunehmenden Abkopplung räumlicher Nähe von der Durchführung alltäglicher

Lebensfunktionen (wie) Arbeit«,⁵ sodass die Anwesenheit von Arbeitnehmer:innen im Betrieb vielerorts entbehrlich ist. Obwohl viele Tätigkeiten die Anwesenheit der Arbeitnehmer:innen in der Betriebsstätte nicht erfordern, waren Arbeitgeber:innen vor Beginn der Corona-Pandemie hinsichtlich der Einräumung einer Möglichkeit zu mobiler Arbeit⁶ noch zurückhaltend.⁷ Die Zahl der in mobiler Arbeit tätigen Arbeitnehmer:innen hat sich während der Corona-Pandemie schlagartig erhöht, als

1 So arbeiteten im Frühjahr 2021 49 % der abhängig Beschäftigten im Homeoffice, siehe »Homeoffice nach fast zwei Jahren Pandemie«, IW-Report 02/2022, S. 4.

2 Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.4.2021 (BGBl. I S. 802).

3 Siehe zB. <https://www.zeit.de/news/2022-08/12/darf-der-arbeitgeber-mich-ins-homeoffice-schicken>, zuletzt abgerufen am 1.11.2022; <https://www.br.de/nachrichten/deutschland-welt/energiesparen-durch-homeoffice-ein-plan-mit-vielen-fragezeichen,TCh3HFI>, zuletzt abgerufen am 1.11.2022.

4 <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-homeoffice-heil-arbeitgeber-1.5644868>, zuletzt abgerufen am 31.10.2022.

5 *Castells*, Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft. Teil 1 der Trilogie, S. 449.

6 Zur Begriffsbestimmung iSd. BetrVG, siehe *Eylert*, AuR 2022, 292 (295 f).

7 Im Jahr 2018 lag der Anteil solcher Erwerbstätigen, die mindestens einmal pro Monat mobil arbeiteten, bei 11,8 % und damit auch unter dem EU-Durchschnitt; siehe: BMAS, Forschungsbericht 549, Verbreitung und Auswirkungen von mobiler Arbeit und Homeoffice, S. 18, 22.