

## Das Grundrecht auf Streik — eine Skizze

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen/Tübingen\*

- |  |                                      |
|--|--------------------------------------|
| I. Der Status quo                              | V. Der nichtgewerkschaftliche Streik |
| II. Die Kritik                                 | VI. Der politische Streik            |
| III. Zum Sozialideal des Bundesarbeitsgerichts | VII. Ergebnisse                      |
| IV. Verfassungsgarantie des Streiks?           |                                      |

### I. Der Status quo

»Arbeitskämpfe müssen nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem möglich sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können« – so formuliert der Große Senat des Bundesarbeitsgerichtes (BAG) in seinem Beschluß vom 21. 4. 1971 die grundsätzliche Zulässigkeit von Streiks und Aussperrungen<sup>1</sup>. Beide werden nach den Worten von BAG-Präsident Müller nicht nur widerwillig hingenommen, sondern sind Teile des Rechtsinstituts Arbeitskampf geworden<sup>2</sup>. Soweit sich ein Arbeitnehmer in diesem Rahmen bewegt, ist sein Verhalten kein Arbeitsvertragsbruch, ebenso wie die rechtmäßige Aussperrung den Arbeitgeber nicht zu Schadenersatz verpflichtet.

1. Die Zweifelsfragen beginnen bei der Bestimmung des normativen Standorts dieses »Instituts«. Die Rechtsprechung des BAG hat sich bisher damit begnügt, auf die freiheitliche und soziale Grundordnung unseres Gemeinwesens zu verweisen<sup>3</sup>, und hat damit nur die Existenz des Arbeitskampfes, nicht aber den Umfang und die Grenzen der darin enthaltenen Befugnisse unter den Schutz unserer Verfassung gestellt. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG<sup>4</sup> hat zwar dem kollektiven Arbeitsrecht wertvolle Impulse gegeben, bislang jedoch selbst ein obiter dictum zur Verfassungsgarantie des

\* Der Aufsatz gibt einen Vortrag wieder, den der Verfasser am 14. 3. 1972 im Rahmen einer Tagung der Deutschen Richterakademie in Bremen gehalten hat.

1 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = RdA 1971, S. 185 = NJW 1971, S. 701 = JuS 1971, S. 490 = DB 1971, S. 1061 = WPM 1971, S. 756.

2 G. Müller, RdA 1971, S. 323.

3 BAG AP Nr. 1 und 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

4 BVerfGE 4, 96 ff.; 18, 18 ff.; 19, 303 ff.; 20, 312 ff.; 28, 295 ff.

Streiks vermieden<sup>5</sup>. Die Literatur, die in den 50er Jahren allenfalls eine auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützte, im Grunde beliebig einschränkbare Streikgarantie annahm<sup>6</sup>, bejaht nunmehr fast einhellig eine Absicherung des Arbeitskampfes durch Art. 9 Abs. 3 GG<sup>7</sup>. Nach herrschender Auffassung handelt es sich dabei freilich nur um eine mittelbare, implizite gegebene Garantie; sie dient dazu, das aus der Betätigungsfreiheit der Koalitionen erwachsende Recht zum Abschluß von Tarifverträgen effektiv zu machen, da das Tarifsystem ohne Druck und Gegen- druck nicht ausreichend funktionieren könne<sup>8</sup>.

2. Dieser instrumentelle Charakter des Streikrechts ermöglicht seine Begrenzung in verschiedener Hinsicht:

Einmal reduziert sich nach herrschender Lehrmeinung der Streik auf einen Kampf um tariflich regelbare Ziele; die Grenzen der Tarifautonomie sind damit gleichzeitig Schranken des Arbeitskampfes<sup>9</sup>. Das bedeutet, daß alle Fragen, die über den engeren Bereich von Lohn und Arbeitsbedingungen, über die unmittelbaren Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen hinausgehen, nicht Gegenstand von Arbeitskonflikten sein dürfen<sup>10</sup>. Sämtliche in die sog. unternehmerische Autonomie fallenden Entscheidungen wie die Bestimmung der Investitions- und Preispolitik, die arbeitstechnische Organisation sowie die Verwendung des Gewinns sind damit – anders als z. B. im angloamerikanischen Rechtskreis<sup>11</sup> – von vorn- herein der kampfwisen Auseinandersetzung der sozialen Gegenspieler ent- zogen<sup>12</sup>.

5 In BVerfGE 18, 18, 25 blieb die Existenz einer verfassungsrechtlichen Streikgarantie ausdrücklich dahingestellt.

6 S. die Nachweise bei *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen, 1971, S. 66 f. (Fn. 1, 8, 9).

7 Nachweise bei *Däubler*, Streik, S. 67, Fn. 11; *Hueck-Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/2 7. Aufl. 1970, § 47, B I. Auch *Rüthers* (JZ 1970, S. 431) spricht von dem in- zwischen »allgemein gebilligten Schluß, daß der Arbeitskampf durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsgesetzlich geschützt« sei. Die bei *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungs- problem, München 1971, S. 61, Fn. 57, angeführte Literatur ist meist älteren Datums, so daß die Behauptung, Art. 9 Abs. 3 enthalte »nach überwiegender Meinung« kein Recht zum Arbeitskampf, nicht überzeugt.

8 S. dazu *Isensee*, Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, 1971, S. 29 ff. m. w. N.

9 Nachweise und Kritik bei *Reuß*, AuR 1971, S. 360.

10 So auch *G. Müller*, AuR 1972, S. 3.

11 Dazu eingehend *Müller-Peddinghaus*, Die Arbeitnehmerbeteiligung an wirtschaftlichen Entscheidungen im Unternehmen nach deutschem und amerikanischem Recht, Diss. Mün- ster, 1969.

12 Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Biedenkopf*, Gutachten zum 46. DJT, S. 161 ff., der über die herrschende Meinung hinausgehend auch die Wirtschaftsbedingungen zur Tarif- autonomie zählt.

Zum zweiten wird der Tarifvertrag in immer stärkerem Maße nicht nur von seiner Schutz-, sondern auch von seiner Ordnungs- und Befriedungsfunktion her verstanden<sup>13</sup>. Daraus folgt, daß ihm zwingend eine (relative) Friedenspflicht inhärent ist, die jeden Arbeitskampf während seiner Laufzeit verbietet. Anders als bei normalen Individualverträgen können die Partner den Umfang ihrer Bin- dung nur in einer Richtung modifizieren – sie können die Friedenspflicht zur absoluten erweitern, die auch Streiks und Aussperrungen um zwar tariflich regel- bare, aber in concreto nicht geregelte Arbeitsbedingungen verbietet<sup>14</sup>.

Drittens sind Streik und Aussperrung nur dann erlaubt, wenn sie ultima ratio der Auseinandersetzungen sind. Dieses Prinzip des letzten Mittels hat der Große Senat des BAG in seinem eingangs erwähnten Beschluß<sup>15</sup> zu einem »obersten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit« ausgebaut. Danach muß jeder Streik »zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens ge- eignet und sachlich erforderlich« sein; auch die Art der Durchführung und die Intensität des Arbeitskampfes müssen das Übermaßverbot respektieren<sup>16</sup>. Dieses erleidet damit einen eigenartigen Funktionswandel: Historisch als Schranke für Eingriffe in Freiheitsrechte konzipiert und auch heute im öffentlichen Recht so gehandhabt, wird es nun plötzlich zur Schranke der Rechtsausübung selbst<sup>17</sup>. Dem entspräche im Bereich der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG das Gebot, nur dann seine Auffassung öffentlich zu bekunden, wenn sonst keinerlei Mög- lichkeiten mehr bestehen, einen eingetretenen Mißstand zu beseitigen<sup>18</sup>.

Zum vierten muß der Arbeitskampf den Geboten der Fairneß entsprechen. Sie sind bei wahrheitswidriger, entstellender oder aufhetzender Propaganda ebenso verletzt wie bei der Duldung von Sabotage- und reinen Racheakten<sup>19</sup>. Ein Streik darf insbesondere nicht auf die Vernichtung des Gegners abzielen, da er ja letztlich immer den »gestörten« Arbeitsfrieden wiederherstellen soll<sup>20</sup>.

13 BVerfGE 18, 18, 28; 20, 312, 318; BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; *Bulla*, Festschrift für Nipperdey, 1965, Bd. II, S. 84; *Galperin*, DB 1970, S. 301; *Herschel*, 46. DJT, S. D 11; *Rüthers*, RdA 1968, S. 168; *Schnorr*, JR 1966, S. 331; *Zöllner*, ArbGeb. 1969, S. 454.

14 *Hueck-Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, § 16 II 1; *Nikisch*, Arbeits- recht, Bd. II, 2. Aufl. 1959, § 75 I 1; *Söllner*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1971, S. 81 ff., je- weils m. w. N. Für Abdingbarkeit der Friedenspflicht *Strasser*, RdA 1965, S. 401.

15 S. Fn. 1.

16 Grundsätzlich zustimmend *Löwisch*, ZFA 1971, S. 319 ff.

17 Kritisch dazu *Reuß*, AuR 1971, S. 360. S. auch *Däubler*, JuS 1972, S. 643 ff.

18 Zu derartigen verfassungswidrigen Tendenzen bei der Kritik innerbetrieblicher Miß- stände *Jürgen Meyer*, KJ 1971, S. 328 ff.

19 *Hueck-Nipperdey*, II/2, § 49, B II, 8 (S. 1028 ff.).

20 So ausdrücklich BAG GS (Fn. 1).

Als fünfte Konsequenz der Tarifbezogenheit des Streiks ergibt sich die Beschränkung des Adressaten: Nur die Arbeitsniederlegung ist legal, die sich an den sozialen Gegenspieler richtet. Streiks, die »von einem Subjekt hoheitlicher Gewalt ein bestimmtes hoheitliches Verhalten« erzwingen wollen, verfallen demgegenüber dem Verdikt der Rechtswidrigkeit – als politische Streiks sind sie nur im Rahmen des Art. 20 Abs. 4 GG zulässig<sup>21</sup>.

Schließlich ergibt sich sechstens eine Reduzierung der »Streikfähigkeit« auf tariffähige Verbände. Nur Gewerkschaften, die den zahlreichen hierfür von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Voraussetzungen, insbesondere dem Erfordernis der parteipolitischen Unabhängigkeit und der Überbetrieblichkeit entsprechen, können einen rechtmäßigen Streik organisieren; allen anderen Zusammenschlüssen und erst recht einer spontan sich zu einer Streikaktion zusammenschließenden Arbeitnehmergruppe ist ein legaler Ausstand nicht möglich<sup>22</sup>. Der abschätzig als »wild« apostrophierte nichtgewerkschaftliche Streik<sup>23</sup> ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG<sup>24</sup> und herrschender Lehre<sup>25</sup> seiner wirtschaftlichen Schädlichkeit wegen unerlaubt; allein die Gewerkschaften böten eine ausreichende Gewähr dafür, daß von dieser »scharfen Waffe« nur in vertretbarem Umfang Gebrauch gemacht werde. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift ist überdies der Betriebsrat »streikunfähig« gemacht: Auch das neue Betriebsverfassungsgesetz bestimmt in seinem § 74 Abs. 2 Satz 1 die Unzulässigkeit von Maßnahmen des Arbeitskampfes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

3. Die Ausübung der verbleibenden Streikfreiheit ist alles andere als gefahrlos. Nach bisheriger Rechtsprechung konnte der Arbeitgeber jede kollektive Arbeitsniederlegung mit einer die Arbeitsverhältnisse lösenden Aussperrung beantworten<sup>26</sup>, so daß der Arbeitnehmer trotz der Legalität seines Tuns mit dem Verlust des Arbeitsplatzes und damit seiner wirtschaftlichen Existenzgrundlage rechnen mußte. Die durch den Großen Senat revidierte Rechtsprechung<sup>27</sup> brachte im Grunde nur Schönheitskorrekturen, jedoch keinen prinzipiellen Wandel: Zwar hat die Aussperrung grundsätzlich nur suspendierende Wirkung, doch kann der Arbeitgeber bei längerer Dauer und hoher Intensität des Arbeitskampfes die

21 S. die Nachweise bei Däubler, Streik, S. 163, Fn. 70; Hueck-Nipperdey, II/2, § 47, A II, 3 c (S. 884 ff.).

22 S. die Übersicht bei Säcker, BB 1971, S. 962 ff.

23 So die zutreffende Bezeichnung bei Ramm, AuR 1971, S. 65 ff.

24 BAG AP Nr. 32 und 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, erneut bestätigt vom GS (Fn. 1).

25 S. die Nachweise bei Hueck-Nipperdey, II/2, S. 1006, Fn. 349, wobei – ähnlich wie bei Ramm, AuR 1971, S. 68 ff. – zu den Befürwortern des wilden Streiks auch diejenigen gezählt werden, die ihn nur bei vorheriger Kündigung für rechtmäßig halten.

26 BAG GS AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

27 BAG GS AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (oben Fn. 1).

lösende Wirkung herbeiführen. Der nach Beendigung der Auseinandersetzungen gegebene Wiedereinstellungsanspruch ist von beschränktem Wert, da er nur dort durchgreift, wo ein vernünftiger Unternehmer sowieso zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereit wäre; in allen anderen Fällen, insbesondere bei Wegfall des Arbeitsplatzes aufgrund zwischenzeitlich vorgenommener Rationalisierung oder bei Neubesetzung durch einen Streikbrecher, muß sich der Aussperrte einen anderen Arbeitsplatz suchen.

Zu diesem gewissermaßen alltäglichen selbstverständlichen Risiko tritt die Gefahr juristischer Fehleinschätzung. Wer als Arbeitnehmer denjenigen Autoren folgt, die den sog. wilden Streik für zulässig halten, riskiert nicht nur eine lösende Aussperrung, sondern auch eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund sowie eine auf den gesamten Streikschaden gehende Schadenersatzpflicht<sup>28</sup>. Dasselbe gilt für die Gewerkschaften, die sich wegen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ersatzpflichtig machen – ein signifikanter Unterschied zur Rechtslage in der Weimarer Zeit, die nur eine Haftung nach dem sehr viel engeren § 826 BGB kannte<sup>29</sup>. Wie leicht die Schwelle zur Illegalität überschritten sein kann, zeigt die Entscheidung des BAG zum schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik, die eine Urabstimmung als friedenspflichtverletzende Kampfmaßnahme qualifizierte, obwohl man der früheren Judikatur in durchaus vertretbarer Weise einen gegenteiligen Schluß entnehmen konnte<sup>30</sup>.

4. Die hier skizzierten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen werden seit *Nipperdey* unter dem Etikett Sozialadäquanz abgehandelt<sup>31</sup>. Danach soll sich dieses System von Arbeitskampffregeln aus der »historisch gewachsenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens« ergeben, die Streik und Aussperrung zugleich rechtfertigt und begrenzt. Die aufgezählten Gesichtspunkte haben dabei keinen abschließenden Charakter; sie sind als unfertiger Topoi-Katalog zu verstehen, der bei Bedarf ergänzt und vervollständigt werden kann<sup>32</sup>, eine Möglichkeit, die sich in der aktuellen Diskussion um die Urabstimmung als zusätzlichem Erfordernis des legalen Streiks niederschlägt<sup>33</sup>.

5. Betrachtet man die Gesamtheit dieser durch Richterspruch und herrschende Lehrmeinung geschaffenen Reglementierungen, so kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die Integration des Phänomens Streik in die Rechtsordnung

28 In BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf wurde auch ein entschuldigender Rechtsirrtum abgelehnt.

29 Hueck-Nipperdey, 3./5. Aufl., Bd. 2, 1932, S. 66 ff.

30 Dazu zutreffend Söllner, Arbeitsrecht, S. 82.

31 Nipperdey, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.–29. Mai 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten 1953.

32 Hueck-Nipperdey, II/2, § 49, B I (S. 1003).

33 G. Müller, RdA 1971, S. 323; Gitter, JZ 1965, S. 197 ff. u. a.

im wesentlichen in der Auferlegung von Verboten besteht. Aus allen denkbaren Streikzielen und -formen wird ein minimaler Ausschnitt herausgenommen und als legal bezeichnet, obwohl die Folgen dieser Legalität für den einzelnen sich faktisch kaum von denen illegalen Verhaltens unterscheiden: In beiden Fällen droht Verlust des Arbeitsplatzes, zu dem bei Rechtswidrigkeit lediglich ein in aller Regel nicht realisierter Schadenersatzanspruch hinzutritt<sup>34</sup>.

Dieses System wird befestigt durch die Illegalisierung aller Ausweichmöglichkeiten; gemeinsam ausgeübte Zurückbehaltungsrechte der Arbeitnehmer werden schon dann als Streik qualifiziert, wenn sich der Aktion andere Kollegen anschließen, denen eine derartige Befugnis nicht zur Seite steht<sup>35</sup>. Dasselbe gilt für abgesprochene, konzertierte Kündigungen von Arbeitnehmern: Sie werden als Streik behandelt und damit den oben entwickelten restriktiven Bedingungen unterworfen<sup>36</sup>. Eine Ausnahme hat das BAG freilich anerkannt: Spricht der Arbeitgeber massenhaft Änderungskündigungen aus, um damit übertarifliche Löhne abzubauen, so stellt dies keine Aussperrung, überhaupt keine Kampfmaßnahme dar; nach seiner Auffassung wird die Friedenspflicht nicht tangiert, obwohl die Änderung der Arbeitsbedingungen für die Betroffenen oft eine erhebliche Einbuße an Lebensstandard bedeutet<sup>37</sup>.

## II. Die Kritik

1. Die Kritik an Rechtsprechung und herrschender Lehre hat sich in der Vergangenheit stark am Begriff der Sozialadäquanz orientiert, dessen Leerformelcharakter zu Einwänden geradezu einlädt<sup>38</sup>. Zutreffend wurden darüber hinaus Einzelausprägungen kritisiert; erwähnt sei der Hinweis *Ramm*s, gerade wenn man die historisch gewachsene sozioethische Ordnung des Gemeinschaftslebens zugrunde lege, müsse man zur Legalität des wilden Streiks kommen<sup>39</sup>, oder der von verschiedenen Autoren erhobene Vorwurf, die Zulassung der Arbeitgeberkündigung stelle bei gleichzeitigem Verbot massenhafter Änderungskündigungen der Arbeitnehmer eine manifeste Parteinahme zugunsten des Unternehmerinter-

34 Auch im Fall BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf wurde nur auf Feststellung der Schadenersatzpflicht geklagt.

35 So BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

36 BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

37 BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 10 R); BAG AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG; BAG AP Nr. 25 zu § 123 GewO.

38 *Bernert*, Die Lehre von der sozialen Adäquanz und den sozialadäquaten Handlungen, Marburg 1966; *Rajewsky*, Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik, 1970, S. 55; *Rüthers*, RdA 1968, S. 166.

39 *Ramm*, AuR 1971, S. 68.

esses dar<sup>40</sup>. Hinzu tritt der vor allem von *Ramm* wiederholt vorgetragene Einwand, das BAG habe sich auch dort Rechtsetzungsbefugnisse angemaßt, wo eine Entscheidung aufgrund korrekter Gesetzesanwendung möglich gewesen wäre<sup>41</sup>.

Soweit diese Argumente gegen die Lehre von der Sozialadäquanz zielen, stoßen sie heute weithin ins Leere. Neuere Untersuchungen wie die von *Lerche*<sup>42</sup>, *Isensee*<sup>43</sup>, *Säcker*<sup>44</sup> und *Scholz*<sup>45</sup> wählen bewußt einen verfassungsrechtlichen Ansatz und gelangen in der oben dargestellten Weise aufgrund der Tarifbezogenheit des Streiks zu praktisch identischen Ergebnissen. Auch der Große Senat des BAG hat in seinem Beschluß vom 21. 4. 1971<sup>46</sup> das Prinzip der Sozialadäquanz mit keinem Wort erwähnt, ohne daß dies freilich einen sicheren Rückschluß auf eine endgültige Preisgabe zuließe. Eine sinnvolle Kritik kann unter diesen Umständen nur gegen das Wertesystem gerichtet sein, das in den mehr oder weniger stark aus der Verfassung deduzierten Arbeitskampfregeln zum Ausdruck kommt. Liegt – so lautet die entscheidende Frage – in diesem von der herrschenden Lehre gestützten Richterrecht eine gesellschaftspolitische Option, die mit der vom Grundgesetz intendierten Staats- und Gesellschaftsordnung nicht mehr zu vereinbaren ist?

2. Ein bisweilen verräterisches Indiz bildet die verwendete Terminologie. Positiv besetzte Begriffe wie die Auseinandersetzung auf dem Gütermarkt werden als Wettbewerb und nicht etwa als »Wirtschaftskampf« oder gar als – durch Vereinbarungen unterbrochener – Wirtschaftskrieg bezeichnet;<sup>47</sup> das Recht zur Ordnung der eigenen Angelegenheiten heißt Privatautonomie und nicht etwa subjektive Willkür, obwohl die historische Entwicklung seit *Kant* diesen Ausdruck nahelegen würde. Der Streik als ungerne akzeptiertes Phänomen ist Teil des »Arbeitskampfes«, dem durch »Friedenspflichten« ein Ende gesetzt wird. Der Vergleich mit der Fehde oder dem Krieg wird so weit getrieben, daß die Frage des Erfordernisses der Urabstimmung u. a. durch einen Hinweis auf die Schlacht von Hochkirch ihrer Lösung nähergebracht werden soll, wo Friedrich II. von Preußen eben nur durch einen Überraschungsschlag zum Sieg kommen konnte<sup>48</sup>. Die terminologische Mißbilligung wird noch deutlicher, sobald es um den nichtgewerkschaftlichen Streik geht. Sein »wilder« Charakter wird zwar

40 S. die Nachweise bei *Säcker*, BB 1971, S. 965 (Fn. 32).

41 *Ramm*, JZ 1964, S. 494 ff., 546 ff., 582 ff.

42 Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968.

43 A.a.O., S. 18 ff.

44 Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969.

45 Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 353 ff.

46 Oben Fn. 1.

47 Vgl. dazu *Ramm*, AuR 1971, S. 65, Fn. 2.

48 *G. Müller*, RdA 1971, S. 325.

bisweilen als etwas übertrieben hingestellt<sup>49</sup>, doch ändert dies nichts an dem gleichwohl beibehaltenen Gebrauch, der bei Hueck-Nipperdey durch einen Hinweis auf »zusammengerottete Haufen von Arbeitern« ergänzt wird<sup>50</sup> – eine Vorstellung, die angesichts gelegentlich durchgeführter nichtgewerkschaftlicher Professorenstreiks<sup>51</sup> auch bei konservativen Autoren Unbehagen auslösen mußte.

3. Mit der verbalen Abqualifizierung geht in aller Regel eine Perhorreszierung der Streikfolgen einher, die den Arbeitskampf in die Nähe einer mutwilligen Vernichtung wirtschaftlicher Werte rückt oder ihm gar wie beim Ärztestreik unterstellt, auch vor Leben und Gesundheit nicht haltzumachen. Die Realität sieht demgegenüber völlig anders aus: Im Jahr 1967 belief sich die Gesamtzahl der durch Arbeitskämpfe (also Streik und Aussperrung) ausgefallenen Arbeitstage auf 390 000, sank 1968 auf 25 249 und stieg 1969 wieder auf 249 184 an<sup>52</sup>. Diese Ziffern werden ins rechte Licht gerückt, wenn man als Vergleich Frankreich mit 4,2 Millionen, Italien mit 8,6 Millionen und die USA mit über 42 Millionen 1967 ausgefallener Arbeitstage heranzieht<sup>53</sup> und weiter beachtet, daß ein einziger zusätzlicher Feiertag in der BRD einen Ausfall von 22 Millionen Arbeitstagen mit sich bringen würde. Da auch Streiks in aller Regel nicht völlig überraschend kommen, sondern dem Arbeitgeber die nötige Zeit zur Vorbereitung lassen, und da überdies die ausgefallene Zeit häufig nachgearbeitet wird, sind die sozialen Unkosten des Arbeitskampfes bislang nicht größer, sondern geringer als die durch Buß- und Bettag oder 17. Juni erwachsenen. Selbst im gewiß streikfreudigen Italien geht der jährliche Produktionsausfall nicht über 1–2 Arbeitstage pro Arbeitnehmer hinaus<sup>52</sup>.

4. Gravierender als diese Äußerlichkeiten sind die Auswirkungen der Streikjudikatur auf die Handlungsspielräume der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften. Anders als in den meisten anderen Staaten mit bürgerlich-demokratischer Verfassung wird die aktive Einwirkung der Arbeitnehmer auf ihre eigenen Arbeitsbedingungen zurückgedrängt zugunsten einer lautlosen Konfliktregelung durch schwer kontrollierbare Apparate; die im Streik liegende ansatzweise Selbstorganisation, die Bildung von autonomer Gegenmacht<sup>53</sup> wird zur absoluten Ausnahmeerscheinung. Nun kann freilich gerade der Vergleich mit dem westlichen Ausland den Einwand provozieren, das deutsche Arbeitsrecht biete in Form der Mitbestimmung eine ausreichende Kompensation. Sicherlich ist es richtig, daß die Freiheitlichkeit einer Arbeitsrechtsordnung nicht ausschließlich nach dem Umfang

49 S. etwa Zöllner, DB 1970, S. 58.

50 Hueck-Nipperdey, Bd. II, 6. Aufl., S. 641.

51 Dazu Bockelmann, DRiZ 1969, S. 219; Hoffmann, KJ 1971, S. 48.

52 S. die Angaben bei Söllner, S. 67 und in den Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1972, BT-Drucksache VI/3080, S. 179.

53 Dazu Hoffmann, Streik als gesellschaftsverändernde Praxis, in: Zur Theorie und Praxis des Streiks, herausgegeben v. D. Schneider, Frankfurt/Main 1971, S. 214 ff.

des legalisierten Streiks, sondern nach der Gesamtheit der Vorkehrungen bestimmt werden muß, die zugunsten der Subjektqualität des einzelnen, zugunsten einer Selbstbestimmbarkeit seines Schicksals getroffen wurden<sup>54</sup>. Dennoch kann gerade die deutsche Mitbestimmung nicht für sich in Anspruch nehmen, ein ausreichendes Äquivalent für die Restriktion des Streikrechts zu bieten. Ohne daß an dieser Stelle die notwendige eingehende Kritik ihrer Institutionen erfolgen kann, macht bereits die gesetzliche Regelung deutlich, daß – abgesehen vom Kohle- und Stahlsektor – die Entscheidungskompetenz des Unternehmers unberührt bleibt. Investitions- und Preispolitik, arbeitstechnische Organisation<sup>55</sup> sowie die Gewinnverwendung liegen nicht nur außerhalb des tariflich regelbaren, sondern entziehen sich auch dem Einflußbereich der Mitbestimmungsträger. Die bestehenden Beteiligungsrechte existieren nur innerhalb des Rahmens, der durch die Unternehmerentscheidungen vorgegeben ist. Dies wird nicht nur beim Katalog der Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG, sondern selbst bei dem nunmehr verbesserten Kündigungsschutz deutlich, der nicht durchgreift, wenn unternehmerische Dispositionen zu »dringenden betrieblichen Erfordernissen« führen, die eine Entlassung zwingend verlangen<sup>56</sup>. Der Arbeitgeber kann somit weiterhin über Arbeitsplätze und damit über die wirtschaftliche Existenz von Arbeitnehmern verfügen. Darüber hinaus werden durch die Praxis und eine extensive Auslegung des Arbeitgebergrundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG die Tarifverträge auf den überbetrieblichen Bereich beschränkt<sup>57</sup>, so daß zahlreiche betriebliche Konflikte autoritativ vom Arbeitgeber entschieden werden können. Von einer kompensatorischen Wirkung der Mitbestimmung kann im übrigen um so weniger gesprochen werden, als mittlerweile auch in den »streikfreundlichen« Rechtsordnungen Italiens, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten<sup>58</sup> den Arbeitnehmern zahlreiche geschriebene und ungeschriebene

54 Dies ist insbesondere beim Vergleich mit sozialistischen Rechtsordnungen zu beachten.

55 §§ 90, 91 BetrVG geben nur ein marginales Mitbestimmungsrecht, was schon der Wortlaut des § 91 deutlich macht: »Werden die Arbeitnehmer durch Änderung der Arbeitsplätze, des Arbeitsablaufs oder der Arbeitsumgebung, die den gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen (?) über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit offensichtlich (!) widersprechen, in besonderer Weise (!) belastet, so kann der Betriebsrat angemessene Maßnahmen zur Abwendung, Milderung (?) oder zum Ausgleich der Belastung (?) verlangen.«

56 Zutreffend Löwisch, Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis, in: Mitbestimmung – Ordnungselement oder politischer Kompromiß, herausgegeben v. Böhm und Briefs, Stuttgart-Degerloch, 1971, S. 134.

57 S. dazu insbesondere Buchner, DB 1970, S. 2025 ff., 2074 ff.; weitere Nachweise bei Söllner, S. 118.

58 Zu Italien Däubler, AuR 1971, S. 189 ff., zu Frankreich Lyon-Caen, Précis de droit du travail, 5<sup>e</sup> éd., Paris 1972; zu Großbritannien Kuda, Arbeiterkontrolle in Großbritannien. Theorie und Praxis, Frankfurt/Main 1970; zu den USA s. Müller-Peddinghaus, a.a.O. (oben Fn. 11).

Möglichkeiten zur Beeinflussung des betrieblichen Geschehens zustehen, ohne daß deshalb eine dem deutschen Rechtszustand auch nur nahekommende Einschränkung der Streikfreiheit vorgenommen worden wäre.

### III. Zum Sozialideal des Bundesarbeitsgerichts

1. Die unserer Arbeitskampfbudikatur immanente Tendenz zur Reduzierung des Arbeitnehmer- und Gewerkschaftseinflusses ist keine vereinzelte, ausschließlich auf den Streik bezogene Erscheinung. Versucht man eine Reihe anderer Leitentscheidungen herauszugreifen, so zeichnet sich in Umrissen der generelle Trend ab, jede kollektive Interessenwahrung der Arbeitnehmer auf das Maß des de lege lata noch gerade Begründbaren zu reduzieren und die verbleibenden Handlungsspielräume durch Bindung der Gewerkschaften an marktwirtschaftsimmanente Ziele zu beschränken. Dies zeigt sich etwa bei der Illegalisierung von Differenzierungsklauseln, die den Organisierten ein finanzielles Äquivalent für den aufgewendeten Gewerkschaftsbeitrag hätten bieten sollen<sup>59</sup>, ebenso wie bei dem Verbot der begrenzten Effektivklausel<sup>60</sup>, das ein automatisches Aufsaugen übertariflicher Lohnbestandteile verhindert und so dem Arbeitgeber die Disposition über einen Teil des Lohnes beläßt. Eine faktische Erschwerung der Tarifarbeit bildet auch der vom BAG entwickelte Grundsatz, daß bestimmte, meist richterrechtlich aus der Fürsorgepflicht abgeleitete Schutzrechte zwar nicht durch Individualabrede, wohl aber durch Tarifvertrag abbedungen werden können<sup>61</sup>, da damit ein an sich möglicher sicherer Mindeststandard jeweils von Fall zu Fall in Verhandlungen aufrechterhalten und durch Kompromisse auf anderen Gebieten erkauft werden muß. Auf der anderen Seite geht die Einengung gewerkschaftlicher Betätigung wiederum auch nicht so weit, daß der Gewerkschaft die Integration in das bestehende marktwirtschaftliche System unmöglich gemacht wird: Juristische Diskriminierungen nach Art der aufgehobenen §§ 152, 153 GewO könnten den gewerkschaftlichen Legalismus<sup>62</sup> erschüttern und damit die Entwicklung einer klassenkämpferischen Position fördern. Konsequenterweise wird daher den Arbeitnehmerorganisationen ein mit vielen Kautelen versehenes Recht auf Betätigung im Betrieb zugestanden, das seine Grenze insbesondere im Betriebsfrieden findet<sup>63</sup>.

59 BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG. Zur Kritik s. Däubler in: Däubler/Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit? Tübingen 1971, S. 28 ff., 41 ff., m. w. N.

60 BAG AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel.

61 Nachweise und Kritik bei M. Wolf, ZFA 1970, S. 152 ff.

62 Dazu Unterseher, KJ 1970, S. 140 ff.

63 BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.

2. Die von Rechtsprechung und überwiegender Literatur befürwortete kollektive Schwäche der Arbeitnehmerseite darf uns nicht zu dem vorschnellen Schluß verleiten, die Arbeitsgerichtsbarkeit verwirkliche ausschließlich unmittelbare Arbeitgeberinteressen, im Verfahren werde gewissermaßen mit gezinkten Karten gespielt, die dem Arbeitnehmer keine Chance ließen. Dem widerspricht die lange Reihe von Entscheidungen, die weit über den Gesetzeswortlaut hinausgehend dem Einzelnen Schutz und Fürsorge zusprechen und damit einen Teil seiner Daseinsrisiken mildern. So hat das BAG von Anfang an der Umgehung des Kündigungsschutzes durch Vereinbarung von Kettenarbeitsverhältnissen einen Riegel vorgeschoben<sup>64</sup>, ebenso wie es in Fortführung einer älteren Tradition das faktische Arbeitsverhältnis anerkannte<sup>65</sup>. Aus der Fürsorgepflicht wurde längst vor Erlaß des Bundesurlaubsgesetzes ein Anspruch auf Erholungsurlaub abgeleitet<sup>66</sup> und ihr Anwendungsbereich auf das Arbeitnehmereigentum ausgedehnt<sup>67</sup>. Freiwillig gewährte Sozialleistungen wie etwa Weihnachtsgatifikationen werden nach einiger Zeit zu bindenden Verpflichtungen; Widerrufsvorbehalte sind nur insoweit zulässig, als sie nicht das Recht zum Wechsel des Arbeitsplatzes unbillig beeinträchtigen<sup>68</sup>. Bei gefahrgeneigter Arbeit wird schließlich der Arbeitnehmer von jeder Haftung frei, wenn ihn nur leichteste Fahrlässigkeit trifft; bei leichter Fahrlässigkeit wird der Schaden geteilt, und nur bei grober Fahrlässigkeit tritt die dem Wortlaut des Gesetzes entsprechende volle Haftung ein<sup>69</sup>.

3. Die Reihe derartiger Urteile, zu denen letztlich auch die Entscheidung für die Lohnleichheit von Mann und Frau zu zählen ist<sup>70</sup>, ließe sich durchaus verlängern<sup>70a</sup>. Sie macht deutlich, wie sehr im Individualarbeitsrecht das »Schutzprinzip« ernst genommen und für Gerechtigkeit im Einzelfall gesorgt wurde. Der tiefere gesellschaftspolitische Sinn dieser Judikatur wird jedoch sichtbar, wenn man sich ihren Grenzen nähert: Fürsorgepflicht und Kündigungsschutz versagen schlagartig, sobald der Arbeitnehmer von seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung einen Gebrauch macht, der die Interessen des Arbeitgebers gefährden könnte. So hat das Landesarbeitsgericht des Saarlands die verhaltensbedingte Kündigung eines Arbeitnehmers bestätigt, der seinen Betrieb in einem Leserbrief kritisiert hatte; Grund war die Tatsache, daß er nicht alle vom Gericht

64 BAG GS AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

65 Vgl. z. B. BAG AP Nr. 2 zu § 125 BGB.

66 BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht.

67 S. die Nachweise bei Söllner, S. 216, Fn. 6.

68 Söllner, S. 215/216 m. w. N.

69 BAG AP Nr. 5 zu § 282 BGB, st. Rspr. Für weitergehende Haftungsbeschränkung aus dem Persönlichkeitsrecht Däubler, SAE 1970, S. 221.

70 BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG, st. Rspr.

70 a) Hierzu zählt auch die Anerkennung eines Beschäftigungsanspruchs – dazu Fabricius, ZFA 1972, S. 35 ff. m. w. N.

als möglich erachteten innerbetrieblichen Schritte unternommen hatte, um dem als solchem unbestrittenen Mißstand abzuweichen<sup>71</sup>. Auf derselben Linie liegt die ständige Rechtsprechung, wonach das Verbot parteipolitischer Betätigung entgegen dem Wortlaut des § 51 Satz 2 BetrVG 1952 nicht nur Arbeitgeber und Betriebsrat, sondern auch jeden einzelnen Arbeitnehmer trifft<sup>72</sup>. Eine Kündigung ist danach schon dann gerechtfertigt, wenn etwa Flugblätter verteilt werden, ohne daß irgendeine Störung oder gar Unterbrechung der Produktion eingetreten sein muß.

4. Das Gesamtbild dieser Rechtsprechung und der sie unterstützenden herrschenden Meinung in der Literatur deckt sich mit den Ergebnissen, zu denen *Kahn-Freund* aufgrund einer Analyse der arbeitsrechtlichen Judikatur der Weimarer Zeit gekommen war<sup>73</sup>: Der Schutz des einzelnen Arbeitnehmers wird verbunden mit einer Schwächung der Gewerkschaften und einer Einengung ihrer Betätigungsfreiheit auf Status-quo-erhaltende Ziele. *Kahn-Freund* hat das darin zum Ausdruck gekommene Sozialideal mit dem des italienischen Faschismus verglichen und dabei Übereinstimmung in den Grundzügen festgestellt<sup>74</sup>. Die Charakterisierung der BAG-Rechtsprechung als faschistisch würde freilich zu Mißverständnissen Anlaß geben, da eine Identifizierung der Richter mit den terroristischen Praktiken des Nationalsozialismus unterstellt würde; treffender scheint es daher, von einem weiterentwickelten Sozialkonservatismus zu sprechen, der sich von seinem klassischen Vorläufer<sup>75</sup> vor allem durch den Versuch der Integration von Arbeitnehmerorganisationen unterscheidet. Ähnlich wie die Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen korrigiert die Judikatur zum Individualarbeitsrecht faktisch nur Auswüchse im Einzelfall<sup>76</sup>. Sie stabilisiert damit im Interesse des »ideellen Gesamtkapitalisten« das bestehende System, das durch die Zurückdrängung der Gewerkschaften gegen direkte Angriffe abgeschirmt wird. Die Folge dieser gesellschaftspolitischen Option ist die Zementierung des Status quo und damit die Belassung des Arbeitnehmers in seiner Objektsituation. Nach der nie ausdrücklich ausgesprochenen, aber zwingend aus seiner Rechtsprechung folgenden Auffassung des BAG sollen *ohne Chance der Änderung* auch in Zukunft die Vertreter des Faktors Kapital alle wichtigen, das wirt-

71 LAG Saarland, KJ 1971, S. 319 ff. m. Anm. *Jürgen Meyer*.

72 Nachweise bei *Jürgen Meyer*, KJ 1971, S. 332, Fn. 14.

73 Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: *Arbeitsrecht und Politik*, herausgegeben von Thilo Ramm, Neuwied u. Berlin-Spandau 1966, S. 149 ff.

74 A.a.O., S. 170.

75 Dazu *Johann Baptist Müller*, Der deutsche Sozialkonservatismus, in: Grebing-Greifenhagen-v. Krockow-Müller, *Konservatismus – Eine deutsche Bilanz*, München 1971, S. 67 ff.

76 Dazu *Däubler*, Konsumentenombudsman und Verbraucherselbsthilfe, in: *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, Materialien zum Rechtspolitischen Kongreß der SPD, Arbeitsgemeinschaft A, Karlsruhe 1972, S. 19 ff., 22 ff.

schaftliche Schicksal fast aller Mitbürger bestimmenden Entscheidungen treffen, obwohl ihre Legitimation nicht auf dem Votum der Betroffenen, sondern auf überkommenen Eigentumsstrukturen beruht.

#### IV. Verfassungsgarantie des Streiks?

Die Vereinbarkeit dieser Konzeption, speziell des Arbeitskampfrechts, mit den im Grundgesetz getroffenen Wertentscheidungen bedürfte einer fundierten Untersuchung, die hier schon aus Raumgründen nicht zu leisten ist. Was möglich erscheint, ist allein eine verfassungsrechtliche Skizze, die Lösungsmöglichkeiten mehr andeutet als begründet.

1. Die herrschende Auffassung begeht m. E. den Fehler, die Koalitionsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG samt der in ihr enthaltenen Absicherung des Auseinandersetzungsrechts als isolierte, vom Gesamtsystem der Verfassung weithin abgehobene Normierung zu betrachten, die allenfalls im Zusammenhang mit dem Sozialstaatsgrundsatz gesehen wird. Durch diese Verengung des Blickwinkels, die der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung praktizierten Auslegung aus der Einheit der Verfassung<sup>77</sup> widerspricht, wird die Gefahr ideologisch verzerrter Rechtsfindung vergrößert. Konsequenz ist die weitere Ungereimtheit, daß keine Brücke zur grundgesetzlichen Garantie der Vertragsfreiheit geschlagen wird. Dies ist um so bedauerlicher, als eine Reihe von Autoren zwar die äußere Entsprechung von Privat- und Tarifautonomie konstatieren<sup>78</sup>, jedoch nie die weitere Frage stellen, ob sich beide etwa auf dieselbe verfassungsrechtliche Grundentscheidung zurückführen lassen.

Die Individualvertragsfreiheit hat nach einhelliger Auffassung von Rechtsprechung und Literatur verfassungsrechtliche Absicherung erfahren. Nur die Intensität dieser Garantie ist streitig: Während die einen das Recht zur privatautonomeren Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse unmittelbar der freien Entfaltung der Persönlichkeit des Art. 2 Abs. 1 GG zurechnen und Eingriffe des Gesetzgebers in die Vertragsfreiheit an dieser Vorschrift messen<sup>79</sup>, geht eine im Vordringen begriffene Mindermeinung davon aus, nur der Wert Selbstbestimmung sei im Grundgesetz verankert, und der Gesetzgeber besitze alle notwendigen Be-

77 BVerfGE 1, 12, 32; 3, 225, 231; 6, 309, 361; 14, 142, 147; 19, 206, 220; 22, 49, 76 u. a.

78 Nachweise bei *Däubler*, JuS 1972, S. 644, Fn. 29.

79 BVerfGE 8, 274, 328; BVerwGE 1, 321; 3, 303; *Enneccerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl. 1959, § 15 II 5 b; *Fikentscher*, Schuldrecht, 3. Aufl., 1971, § 21 II; *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, 10. Aufl. 1970, § 5 IV; *Laufke*, Festschrift für Lehmann, Berlin-Frankfurt-Tübingen 1956, S. 145 ff.; *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, Stuttgart 1960, S. 55.

fugnisse zu seiner Konkretisierung im Bereich des Vertragsrechts<sup>80</sup>. Zur Bestimmung der zulässigen Eingrenzung privatautonomes Handelns mag diese Unterscheidung von Wichtigkeit sein; im vorliegenden Zusammenhang interessiert jedoch primär nicht diese Kontroverse, sondern allein die von beiden Auffassungen im Ergebnis bejahte Verfassungsentscheidung für den Wert Selbstbestimmung. Ist er auch für die Tarifautonomie maßgebend, wenn ja, können aus ihm Konsequenzen für deren Umfang und Ausgestaltung gezogen werden?

2. Nach nahezu unbestrittener Auffassung gebietet der oberste Verfassungsgrundsatz der Wahrung der Menschenwürde, dem einzelnen die Möglichkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung zu sichern. Als geistig-sittliches Wesen sei – so der Bundesgerichtshof<sup>81</sup> – der Mensch darauf angelegt, »in Freiheit und Selbstbewußtsein sich selbst zu bestimmen und in der Umwelt auszuwirken«; jede Objektstellung, jede Auslieferung an die Willkür eines Dritten sind von der Verfassung verboten<sup>82</sup>. Dieser Ausschluß existentieller Abhängigkeitsverhältnisse gilt nicht nur für das Bürger-Staat-Verhältnis, sondern auch gegenüber gesellschaftlichen Gewalten und einzelnen Bürgern<sup>83</sup>.

Die Exemplifizierung dieses Grundsatzes erfolgt in der Regel anhand von Beispielen, die der Praxis totalitärer Staaten entnommen sind. So spricht man von »Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung und Ächtung« sowie von »Folter, Sklaverei und Zwangsarbeit«<sup>84</sup> und nennt damit Tatbestände, die in der Bundesrepublik Deutschland der Vergangenheit angehören. Die Auswirkung des Grundsatzes der Menschenwürde auf die Stellung des einzelnen im Produktionsprozeß werden selten konkret bestimmt; die Literatur begnügt sich in der Regel mit dem Hinweis, der moderne Großbetrieb dürfe nicht im toten Winkel der Freiheit liegen<sup>85</sup>, oder »die Idee des Arbeitsrechts« liege in Art. 1 GG begründet<sup>86</sup>.

80 Flume, Allgemeiner Teil, 1967, S. 17 ff.; Hans Huber, Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin 1966; L. Raiser, 46. DJT, S. B 18 ff.; Schmidt-Salzer, NJW 1970, S. 8; H. P. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin-Heidelberg-New York 1970, S. 27 ff.; M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, S. 21 ff.

81 BGHZ 35, 1, 8 bestätigt in BGHZ 52, 2.

82 Vgl. etwa Dürig in Maunz-Dürig-Herzog, GG, 1958 ff., Art. 1, Rn. 28; Hamann-Lenz, Kommentar zum GG, 3. Aufl. 1970, Art. 1, Anm. B 1 d; Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968, S. 13, 31 ff.; Nipperdey, Grundrechte, Bd. II, S. 10; Zippelius in: Bonner Kommentar, Art. 1, Rn. 9.

83 BVerfGE 1, 97, 104; BVerwGE 18, 34, 38; Dürig, a.a.O., Art. 1, Rn. 3; Hamann-Lenz, Art. 1 Anm. A 1 b, B 4; Maihofer, S. 36; Nipperdey, a.a.O., S. 20; Zippelius, a.a.O., Art. 1, Rn. 28.

84 BVerfGE 1, 97, 104; Dürig, a.a.O., Art. 1, Rn. 30; Hamann-Lenz, Art. 1 Anm. B 3 b. Vgl. auch Stöcker, JZ 1968, S. 685.

85 Benda, Industrielle Gesellschaft und sozialer Staat, 1966, S. 414.

86 Söllner, RdA 1968, S. 438.

Die Unbestimmtheit dieser Äußerungen mag zu ideologiekritischen Betrachtungen Anlaß geben<sup>87</sup>; was hier jedoch viel eher interessiert, ist die konsequente Verwirklichung des Würdeanspruchs im Produktionsprozeß. Auch dort muß der Grundsatz gelten, daß niemand dem freien Belieben eines andern ausgeliefert sein darf, daß existentielle Abhängigkeitsverhältnisse nicht mit der von der Verfassung intendierten Stellung des einzelnen übereinstimmen. Diese These stellt freilich nicht nur ein konsequentes Zu-Ende-Denken des von anderen Autoren Geäußerten dar; sie legitimiert sich auch aus dem Gesamtcharakter des Grundgesetzes als einer Kontrastverfassung, die sich bewußt von Recht und Wirklichkeit der 1945 zu Ende gegangenen Ära distanzierte<sup>88</sup>. Das in der Präambel als »neue Ordnung« bezeichnete grundgesetzliche Gemeinwesen, dessen »fundamentales Konstitutionsprinzip« der Schutz der Menschenwürde ist, soll nicht etwa eine humanisierte Form des Totalitarismus sein, die zwar auf Verketzerung und physische Vernichtung einzelner Mitbürger oder ganzer Minderheiten verzichtet, das Individuum im übrigen aber im Zustand eines hilflosen Objekts einer von wenigen gesteuerten Apparatur beläßt. Die neue Ordnung ist kein aufgeklärter Faschismus; sie will den Menschen in seiner Totalität aus den Zwängen des verflochtenen Systems befreien, seine unteilbare Würde soll in allen Lebensbereichen anerkannt werden. Das bedeutet nicht nur Freiheit der Kommunikation im weitesten Sinne, es bedeutet auch Freiheit des einzelnen in seiner Rolle als Produzent, es bedeutet Freiheit am Arbeitsplatz.

Luhmann hat der herrschenden Meinung entgegengehalten, ihre Interpretation des Art. 1 GG führe »geradewegs zum Kommunismus«<sup>89</sup>, m. a. W., wenn man mit dem Selbstbestimmungsprinzip Ernst mache, müsse man automatisch zur Abschaffung des Privateigentums an Produktionsmitteln und damit zu einer sozialistischen Wirtschaftsverfassung kommen. Es mag durchaus zutreffen, daß dem Grundgedanken der menschlichen Selbstbestimmung nur in einem voll demokratisierten Gemeinwesen Rechnung getragen werden kann – aus Art. 1 GG eine dahingehende Entscheidung des Grundgesetzgebers herauslesen zu wollen, wäre jedoch reines Wunschdenken, das die 1949 bestehende Situation völlig außer acht ließe. Das Grundgesetz ist weder eine revolutionäre Verfassung, die die bestehende Gesellschaftsordnung definitiv verändern und in einen neuen, »höheren« Aggregatzustand überführen will<sup>90</sup>, noch ist es ein konservierendes, alles Überkommene

87 Dazu weiterführend Hoffmann, KJ 1970, S. 48 ff.

88 Abendroth, GG, 2. Aufl. Pfullingen 1966, S. 13; Čopić, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen 1967, S. 1 ff.; Dürig, JR 1952, S. 259; Hamann-Lenz, Einf. C 1; Maihofer, S. 10; G. Müller, RdA 1964, S. 125; v. Mangoldt-Klein, GG, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1957, Art. 1, Anm. II 3 b; Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat, Stuttgart 1960, S. 5; Stuby, Disziplinierung der Wissenschaft, Frankfurt/Main 1970, S. 133 ff.

89 Grundrechte als Institution, Berlin 1965, S. 53 ff.

90 So aber Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965, S. 71.

in sich aufnehmendes und stabilisierendes Normensystem, das sozialen Wandel erschwert, wenn nicht ausschließt<sup>91</sup>. Das Grundgesetz stellt vielmehr – insofern der Weimarer Verfassung nicht unähnlich – einen Kompromiß zwischen divergierenden Interessen, in der Hauptsache zwischen Kapital und Arbeit, dar<sup>92</sup>. Rein äußerlich zeigt sich dies in der Zusammensetzung des Parlamentarischen Rats und der Länderparlamente, die dazu führte, daß jede wichtigere Entscheidung sowohl der Zustimmung der bürgerlichen Parteien als auch des Einverständnisses der damals noch in der Tradition der Arbeiterbewegung stehenden SPD bedurfte. Der darin liegende Zwang zur Kooperation wirkte sich auch in den materiellen Regelungen des Grundgesetzes aus, die den Gewerkschaftsinteressen durch die besondere Garantie des Koalitionsrechts, durch die Eliminierung der zunächst vorgesehenen negativen Koalitionsfreiheit, sowie durch die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG Rechnung trugen, während den Unternehmerinteressen durch die Sicherung des Privateigentums in Art. 14 GG, das Verbot jeder entschädigungslosen Enteignung, sowie dadurch entsprochen wurde, daß keine konkrete Aussage zur Wirtschaftsverfassung erfolgte und damit die eben begonnene soziale Marktwirtschaft erhalten blieb. Ohne die Entstehung des Grundgesetzes hier im einzelnen nachzeichnen zu können, wird deutlich, daß das Wertverständnis des Jahres 1949 gründlich verfehlt wäre, wollte man dem Grundgesetz eine Entscheidung zugunsten eines völlig demokratischen Aufbaus von Staat und Gesellschaft unterstellen. Dies zeigt gerade Art. 15 GG mit hinreichender Klarheit, der die Überführung der Produktionsmittel in Gemeineigentum und damit die nach herkömmlicher Auffassung entscheidende Voraussetzung für eine Demokratisierung der Wirtschaft in das Ermessen des Gesetzgebers stellt und damit ersichtlich keinen Verfassungsbefehl in dieser Richtung erteilt.

Aus dieser notwendigen Restriktion der mit Art. 1 GG verfolgten Ziele darf nun nicht der vorschnelle Schluß gezogen werden, das Grundgesetz legalisiere eben doch die Objektstellung des Arbeitnehmers im Produktionsprozeß. Zwischen verbotener existentieller Abhängigkeit und voller Demokratisierung gibt es Zwischenformen, die zwar dem Selbstbestimmungspostulat Rechnung tragen, jedoch gleichzeitig die völlige Umgestaltung der bisherigen Gesellschaftsordnung vermeiden. Beides – das aus Art. 1 GG abgeleitete Verbot totaler Abhängigkeit und die überkommene Eigentumsverfassung können in der Weise in Einklang gebracht werden, daß zwar nicht wie im demokratischen Modell die Arbeitnehmer allein bestimmen, daß aber nichts gegen ihren Willen geschehen kann. Der Selbstbestimmungsgrundsatz i. S. des Grundgesetzes bedeutet im Gegensatz

91 So der Tendenz nach *L. Raiser*, 46. DJT, B 11, Fn. 16: »restaurative Absicht und Wirkung des GG«.

92 *Abendroth-Dietrich* in: Alternativen der Opposition, Köln 1969, S. 90; *Hartwich*, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, Köln und Opladen 1970, S. 49 ff.; *Scheuner*, AöR 95, S. 402; *Sörgel*, Konsensus und Interessen, Stuttgart 1969, S. 109 ff.

zur Demokratie eben nicht, daß jede Herrschaftsausübung nur und ausschließlich durch die Beherrschten legitimiert wird; ihm ist auch dann Genüge getan, wenn dem Betroffenen ein potentiell Mitscheidungsrecht eingeräumt wird. Eine derartige Konzeption kann nicht nur für sich in Anspruch nehmen, den Kompromißcharakter des Grundgesetzes konsequent zu verwirklichen, sie trägt gleichzeitig auch dem Argument Rechnung, daß ohne ein gewisses Maß an Homogenität im wirtschaftlich-gesellschaftlichen Bereich die politische Demokratie schwerlich von Dauer sein kann<sup>93</sup>.

3. Die Konkretisierung dieses so bestimmten Selbstbestimmungsprinzips geschieht nach herkömmlicher liberaler Auffassung dadurch, daß das demokratisch legitimierte Parlament durch die von ihm erlassenen Zivilrechtsnormen die Voraussetzungen dafür schafft, daß die einzelnen Wirtschaftsbürger im Wege des Vertrags ihre rechtlichen Beziehungen nach eigenen Vorstellungen gestalten können. Dieses Mittel des Individualvertrages versagt nun bei einem großen Teil der im Produktionsprozeß fallenden Entscheidungen; der ökonomische Zwang, für einen anderen Arbeit leisten zu müssen, verhindert das Entstehen einer ausreichenden Verhandlungsposition. Als Ersatz für die versagende Privatautonomie wurde deshalb der Kollektivvertrag entwickelt, der das gestörte Gleichgewicht wiederherstellen soll. Wie oben bereits ausgeführt, wird er dieser Aufgabe jedoch nur in sehr bescheidenem Umfang gerecht; zahlreiche wichtige Entscheidungen fallen in die unternehmerische Autonomie, ohne daß die davon Betroffenen ein Recht zur Mitsprache hätten. Dies widerspricht dem Selbstbestimmungspostulat der Verfassung; ihm ist nur dann Rechnung getragen, wenn die Tarifautonomie oder ein anderes vertragliches Instrumentarium<sup>94</sup> alle die Bereiche erfaßt, in denen die Individualvertragsfreiheit scheitert. Um diese Kollektivvertragsordnung funktionsfähig zu machen, ist das Streikrecht grundgesetzlich gewährleistet, stellt es doch unter den gegebenen Bedingungen das einzige den Arbeitnehmern zur Verfügung stehende Mittel dar, um die Unternehmenseite überhaupt an den Verhandlungstisch zu bringen.

4. Diese hier befürwortete Ausdehnung der Tarifautonomie und damit auch des sie erst effektiv machenden Streiks muß nun freilich mit den Kompetenzen des Gesetzgebers abgestimmt werden, wäre doch unser Staat sonst auf die Rolle einer neutralen Nachwächterinstanz festgelegt, die alle wirtschaftlichen Vorgänge der gesellschaftlichen Selbstregulierung überließ. Auch nach der hier vertretenen Konzeption bleibt den politischen Instanzen das Recht zu gestaltenden Eingriffen in den Produktionsprozeß erhalten. Gegenüber der herrschenden Meinung ergeben sich lediglich zwei Modifikationen:

Einmal muß der verbleibende Gestaltungsspielraum der unmittelbar Betroffenen noch immer einen wesentlichen Teil des betreffenden Sachbereichs erfassen;

93 Zutreffend *Ridder*, S. 16.

94 Dazu *Hensche*, AuR 1971, S. 33 ff.

eine völlige Reglementierung würde dem antitotalitären Charakter des Grundgesetzes widersprechen.

Zum zweiten hat der Gesetzgeber zwar die Möglichkeit, an die Stelle des vertraglichen andere Formen des Interessenausgleichs zu setzen, z. B. eine paritätische Verwaltung der Produktionseinheiten vorzuschreiben; es ist ihm jedoch untersagt, zwingend eine unparitätische Konfliktregelung vorzuschreiben, also die Entscheidung ausschließlich dem Faktor Kapital oder – soweit nicht von der Ermächtigung des Art. 15 GG Gebrauch gemacht wird – dem Faktor Arbeit zu übertragen. Daraus folgt etwa, daß die Vorschriften des Gesellschaftsrechts verfassungskonform dahingehend auszulegen sind, daß sie eine verstärkte Arbeitnehmerrepräsentanz zumindest nicht ausschließen, daß eine vertragliche und damit auch erkämpfbare Verbesserung möglich bleibt.

5. Aus der Verfassung – konkret aus ihren Artikeln 1, 2, 9 Abs. 3 und 20 GG – ergibt sich damit ein die umfassende Regelungskompetenz der Arbeitnehmerorganisationen ergänzendes Streikrecht. Mit Rücksicht darauf, daß das Kollektivvertragssystem auf dem Selbstbestimmungsprinzip beruht, entscheiden die Beteiligten selbst über den Umfang ihrer Bindung; eine den Arbeitskampf ausschließende Friedenspflicht besteht daher nur kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung der Beteiligten<sup>95</sup>. Verhältnismäßigkeitsprinzip und Fairneßgebot haben nicht mehr und nicht weniger Berechtigung als im Bereich des Individualvertragsrechts: Sie greifen nur in den Spezialfällen ein, die man üblicherweise mit § 226 BGB bewältigt. Das bedeutet insbesondere, daß die Vor Enthaltung der eigenen Arbeitsleistung ähnlich wie die Geschäftsverweigerung auf Gütermärkten grundsätzlich an keinerlei reglementierende Voraussetzungen gebunden ist – das Nein zu den bisherigen Bedingungen darf als selbstverständlicher Ausdruck der Vertragsfreiheit nicht an irgendwelchen ultima-ratio-Maßstäben oder gar an einem inhaltlich nicht ausgewiesenen Gemeinwohlbegriff gemessen werden<sup>96</sup>.

#### V. Der nichtgewerkschaftliche Streik

Die hier versuchte Verfassungsexegese hat bisher nur eine Rechtfertigung für gewerkschaftlich organisierte Arbeitsniederlegungen erbracht. Der nichtgewerkschaftliche Streik hingegen – vieldiskutiertes Thema seit den Septemberstreiks des Jahres 1969<sup>97</sup> – scheint in diesem System keinen Platz zu finden. Immerhin

könnte man mit *Ramm* daran denken, in dem von einigen Arbeitnehmern gefaßten Streikentschluß die stillschweigende Bildung einer Ad-hoc-Koalition zu erblicken, vergleichbar der Gelegenheitsgesellschaft, deren Zweck sich in einem einmaligen Vorgang erschöpft<sup>98</sup>. Damit wird zwar die historische Kontinuität gegenüber der Weimarer Zeit gewahrt, doch bleibt zunächst zweifelhaft, ob die Verfassung diesen Rechtszustand rezipiert, ob sie also den Gewerkschaftsbegriff in der Weise determiniert hat, daß sie jede irgendwie auf die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezogene Vereinigung als Koalition i. S. des Art. 9 Abs. 3 GG behandelt wissen will. Vertretbar erscheint statt dessen auch die Annahme eines »offenen« Begriffs, der der Ausfüllung durch den Gesetzgeber oder die an seiner Stelle handelnde Rechtsprechung bedarf. Ob beide von dieser Ermächtigung immer zutreffend Gebrauch gemacht haben, wäre freilich insbesondere im Hinblick auf das Erfordernis der Überbetrieblichkeit zu prüfen<sup>99</sup> – dennoch bestünde von einer derartigen Prämisse aus kein Zwang, jede Ad-hoc-Koalition in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG einzubeziehen. Letztlich kann diese Frage jedoch – ebenso wie die m. E. zu bejahende unmittelbare Anwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta<sup>100</sup> – dahinstehen, da sich auch bei einem negativen Ergebnis keineswegs die Illegalität des »wilden« Streiks ergibt. Zwar müßte ihn ein vollkommenes, reibungslos funktionierendes Vertragssystem eigentlich obsolet machen, doch zeigt nicht nur die deutsche Erfahrung, daß Ideal und Wirklichkeit schwerlich zur Deckung zu bringen sind. Selbst im hier vertretenen Modell, das die Reglementierung der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit und die Festlegung auf einen arbeitnehmerfeindlichen Status quo vermeidet, können sich im gewerkschaftlichen Apparat Oligarchisierungstendenzen zeigen, die die kollektive Selbstbestimmung der Mitglieder beschränken, wenn nicht unmöglich machen<sup>101</sup>. Greifen diese in einem solchen Fall zur Selbsthilfe, um durch eine spontane Arbeitsniederlegung ihre nicht mehr funktionierenden Gestaltungsbefugnisse auszuüben, so wird man ihrem Verhalten Legitimität nicht absprechen können<sup>102</sup>. Fraglich ist im Grunde nur, wer die Kompetenz haben soll, das Vorliegen eines solchen »Notfalles« von dem reiner Willkür abzugrenzen. Entgegen verbreiteter Auffassung möchte ich dafür plädieren, dieses Recht den Arbeitnehmern selbst zuzubilligen, die als unmittelbar Beteiligte im Zweifel das größte Maß an einschlägigen Informationen besitzen. Statt des Gerichts, das schwerlich »Oligarchi-

98 *Ramm*, RdA 1968, S. 412 ff.; AuR 1971, S. 97.

99 Kritisch in diesem Punkt *Säcker*, BB 1971, S. 964.

100 Näher dazu *Däubler*, Streik, S. 177 ff. und *Ramm*, AuR 1971, S. 69 ff., jeweils m. w. N.

101 Dies gilt auch für sozialistische Länder. Zutreffend zum Streik *Fülberth-Knüppel*, Bürgerliche und sozialistische Demokratie, in: BRD-DDR, Vergleich der Gesellschaftssysteme, Köln 1971, S. 206 ff., 227, Fn. 41.

102 Vgl. *Scholz*, S. 365 ff.

95 Zutreffend *Strasser*, RdA 1965, S. 401.

96 Näheres dazu bei *Däubler*, JuS 1972, S. 643 ff.

97 *Konzen*, ZFA 1970, S. 159 ff.; *Ramm*, AuR 1971, S. 65 ff., 97 ff.; *Rüthers*, DB 1970, S. 2110 ff. und JZ 1970, S. 625 ff.; *Säcker*, BB 1971, S. 962 ff.; *Weitnauer*, DB 1970, S. 1636 ff. und 1687 ff.; *Zöllner*, DB 1970, S. 62.

sierungstendenzen« oder – in neuerer Version – die Nichterfüllung der Kommunikationsfunktion von Gewerkschaften<sup>102</sup> feststellen kann, sollen die Arbeitnehmer selbst darüber entscheiden, ob sie zur Erreichung bestimmter Ziele in den Ausstand treten oder sich mit dem Status quo begnügen wollen. Damit ist weder englischen Zuständen<sup>103</sup> noch einer möglicherweise von manchen befürchteten Vorherrschaft des »Faktors Arbeit« das Wort geredet: Der Wegfall des Lohnanspruchs ist die entscheidende Bremse, gewissermaßen die List der Vernunft, die dafür sorgt, daß im Durchschnitt der Fälle nur bei gravierenden Störungen des Systems vertraglicher Selbstbestimmung die Arbeit unterbrochen wird. Für den ohne Gewerkschaft streikenden Arbeitnehmer bedeutet der Lohnverlust den Entzug seiner materiellen Lebensgrundlage. Mit Rücksicht auf die geringe Sparfähigkeit von Arbeitnehmerhaushalten ist er ohne gewerkschaftliche Streikunterstützung nach kurzer Zeit gezwungen, von der Sozialhilfe zu leben. Das bedeutet eine fühlbare Beschränkung seines Lebensstandards; Raten von Abzahlungskäufen können nicht mehr bezahlt werden, die Entrichtung der Miete ist nicht mehr gesichert, kulturelle Bedürfnisse müssen sowieso ausscheiden<sup>104</sup> – insgesamt ergibt sich eine Reduzierung von Handlungsmöglichkeiten, die die freie Entfaltung der Persönlichkeit aufs schwerste beeinträchtigt. Verschiedene ausländische Vorbilder, die den nichtgewerkschaftlichen Streik zulassen und in der Regel nicht einmal eine Aussperrung vorsehen<sup>105</sup>, beweisen zur Genüge, daß diese Rechtsauffassung weder zu anarchischen Zuständen noch auch nur zu vermeidbaren wirtschaftlichen Schäden führt. Die spontane Arbeitsniederlegung einer Gruppe von Arbeitnehmern ist daher grundsätzlich auch dann legal, wenn in concreto die Kündigungsfristen nicht eingehalten wurden<sup>106</sup>. Dies gilt erst recht, wenn eine Tarif- und Arbeitskämpfordnung nicht dem entworfenen Kontraktmodell oder einer demokratischen Wirtschaftsverfassung auf der Basis vergemeinschafteter Produktionsmittel entspricht, sondern die kollektive Selbstbestimmung faktisch ausschließt oder nur in sehr viel engerem Rahmen zuläßt: Hier ist der nichtgewerkschaftliche Streik eines der wichtigsten von der Verfassung geforderten Mittel, um die vorhandenen Restriktionen wenigstens im Laufe eines langsamen Prozesses abzubauen.

<sup>103</sup> Die bloße Betrachtung der Streikstatistik kann dabei freilich zu voreiligen Schlüssen führen, da erst den Ursachen nachzugehen wäre. Zu den gesellschaftspolitischen Hintergründen der Arbeitskämpfe s. *Kuda*, a.a.O. (oben Fn. 58) und *Albers-Goldschmidt-Dehlke*, Klassenkämpfe in Westeuropa, Reinbek 1971, S. 193 ff.

<sup>104</sup> Vgl. *R. Schmid*, GMH 1964, S. 329 und »Die ZEIT« Nr. 13 vom 31. 3. 1972, S. 52.

<sup>105</sup> Zu Frankreich *Pelissier*, RdA 1970, S. 336 ff.; zu Italien *Mazzoni*, RdA 1970, S. 351 ff.

<sup>106</sup> Zu den individualrechtlichen Mitteln der konzertierten Kündigungen und der konzertierten Zurückbehaltungsrechte s. *Däubler*, Streik, S. 262 ff., m. w. N.

## VI. Der politische Streik

Die bisherigen Ausführungen waren ausschließlich Arbeitsniederlegungen gewidmet, die Probleme aus dem Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum Gegenstand hatten. Nach traditioneller, auf der Trennung von Staat und Gesellschaft aufbauender Terminologie handelte es sich dabei um »arbeitsrechtliche« Streiks, deren Auswirkungen auf das politische System zwar unbestreitbar sind, deren Rechtfertigung nach Art. 1, 2, 9 Abs. 3 und 20 GG damit jedoch in keiner Weise in Frage gestellt wird. Im Gegenteil: Würde der Staat die oben gezogenen Grenzen seiner Aktivität überschreiten<sup>107</sup> und die sozialen Gegenspieler auf die Regelung sekundärer Fragen abdrängen<sup>108</sup> oder zwingende unparitätische Konfliktregelungen vorsehen<sup>109</sup>, so müßte aus dem Gedanken der Selbstbestimmung heraus auch er selbst zum unmittelbaren Kontrahenten der Gewerkschaften werden – was sich nicht nur im Abschluß von »Kooperationsverträgen«, sondern auch in der Anwendung des notwendigen Druckmittels »Streik« zeigen würde<sup>110</sup>.

Ohne dies hier in der gebotenen Weise vertiefen zu können, bleibt die Frage,

<sup>107</sup> S. oben IV 4.

<sup>108</sup> Dies wäre sicherlich bei verbindlichen Lohnleitlinien der Fall, wobei die »Verbindlichkeit« auch darin bestehen kann, daß bei »grober Mißachtung« der Orientierungsdaten und nachweislicher Beeinträchtigung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Illegalität von Streik und Tarifvertrag eintritt. In diesem Sinne jedoch *Hueck-Nipperdey*, II/2, § 49, B II, 8 b (S. 1032) und S. 1628; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969, S. 54. Kritisch dazu insbesondere *Koppensteiner*, Die Konzertierte Aktion im Spannungsfeld zwischen Geldwertstabilität und Tarifautonomie, in: Konzertierte Aktion. Kritische Beiträge zu einem Experiment, Frankfurt/Main 1971, S. 240 ff.

<sup>109</sup> Wie dies etwa eine in der Literatur verbreitete Auffassung zum BetrVG will: *Böttcher*, SAE 1965, S. 13; *Dietz*, DB 1952, S. 969; *Erdmann*, Kommentar zum BetrVG, 2. Aufl., Neuwied 1954, § 56 Anm. 3, § 90 Anm. 4 ff.; *Galperin*, DB 1966, S. 622; *Hueck-Nipperdey*, II/1, § 15 V (S. 293 ff.), II/2, § 68 G (S. 1333 ff.); *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 243 ff.; *Siebert*, RdA 1958, S. 161. Anders jedoch die herrschende Meinung, insbesondere *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 295/6; *Fitting-Kraegeloh-Auffarth*, Kommentar zum BetrVG, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1970, § 1, Rn. 29; *Hueck-Nipperdey-Stahlhacke*, TVG, 4. Aufl., München und Berlin 1964, § 1, Rn. 71, 74; *Schwendy*, Abänderbarkeit betriebsverfassungsrechtlicher Rechtsätze durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung, Hamburg 1969, S. 37, 40 u. a. Das neue BetrVG hat diese Frage nicht ausdrücklich geregelt, so daß die Kontroverse nach wie vor aktuell bleibt.

<sup>110</sup> Eine Kollision mit den in Art. 20 niedergelegten Prinzipien der Volkssouveränität und der parlamentarischen Demokratie ergibt sich jedenfalls insoweit nicht, als es um Planungskompetenzen geht, die vom Parlament her gar nicht kontrolliert werden können, die die Exekutive aus eigener Machtvollkommenheit wahrnimmt – s. dazu *Ritter*, JZ 1972, S. 110. Soweit dieser Rahmen überschritten wird s. die Ausführungen unten im Text sowie *Hoffmann*, GMH 1966, S. 159.

ob eine Arbeitsniederlegung um nichtproduktionsbezogene, »allgemeinpolitische« Ziele wie etwa den Abschluß eines völkerrechtlichen Vertrages oder den Rücktritt der Regierung oder ob ein Streik im Bereich zulässiger Staatsintervention legal sein kann.

Die Literatur ist sich einig, daß dies jedenfalls dann der Fall ist, wenn die Voraussetzungen für die Ausübung des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG vorliegen, wenn etwa wie beim Kapp-Putsch die auf verfassungsmäßige Weise zustande gekommene Regierung mit militärischer Gewalt ihrer Befugnisse beraubt werden soll<sup>111</sup>. Darüber hinaus gibt es nach herrschender Auffassung kein Streikrecht in politicis<sup>112</sup>, was insbesondere den heimlichen Verfassungsbruch ausklammert, der sich z. B. in der Uminterpretierung der Verfassungsordnung zu einem Mittel bedingungsloser Zementierung des Status quo zeigt.

Entgegen der in der Literatur vertretenen Mindermeinung<sup>113</sup> kann ein Recht zum politischen Streik nicht auf eine weit ausgelegte Koalitionsfreiheit gestützt werden, da sie sich auf Vorgänge in der Produktionssphäre und nicht unmittelbar auf den politischen Bereich bezieht. Dort wird der in Art. 1 und 2 GG angelegte Selbstbestimmungsgrundsatz überdies nicht im Wege des Kontrakts, sondern durch demokratische Wahlen und Abstimmungen realisiert, die grundsätzlich alle das Staatsvolk konstituierenden Mitbürger einschließen. Damit reduziert sich das Problem des »politischen« Streiks auf die Frage, ob er – ohne durch Art. 1, 2, 9 Abs. 3 GG und das Sozialstaatsprinzip privilegiert zu sein – durch die Vorschriften über die Staatswillensbildung verboten ist oder in gewissem Umfang toleriert, ja sogar gefordert wird.

Rüthers hat seine Ablehnung des politischen Streiks u. a. darauf gestützt, er verletze das in Art. 20 Abs. 2 GG niedergelegte Prinzip der Volkssouveränität, da sich die Streikenden an die Stelle des Staatsvolks setzten (1), er beseitige die gleichfalls in Art. 20 Abs. 2 GG garantierte Entscheidungsfreiheit des Parlaments, das zum »Legitimationsautomaten« der Streikenden werde (2), er verstoße gegen die in Art. 38 Abs. 1 GG positivierete Unabhängigkeit des Abgeordneten (3), er denatiere den demokratischen Gleichheitsgrundsatz, indem eine Gruppendiktatur der Streikenden errichtet werde (4) und er mißachte schließlich die zum Wesen der Staatlichkeit der Bundesrepublik gehörende Einheit der Herrschaftsgewalt (5)<sup>114</sup>. Alle diese Argumente, die durchaus paradigmatischen Charakter für die herrschende Meinung haben, lassen sich auf den einen Gesichtspunkt zurückführen, daß durch den Streik die freie Willensbildung der Staatsorgane be-

<sup>111</sup> S. die Nachweise bei Hueck-Nipperdey, II/2, § 47, A II, 3 c (S. 886, Fn. 10 d).

<sup>112</sup> S. die Nachweise bei Däubler, Streik, S. 163, Fn. 70.

<sup>113</sup> Bauer, JZ 1953, S. 650; Hessel, GMH 1954, S. 438; R. Schmid, GMH 1954, S. 1 ff.

<sup>114</sup> Streik und Verfassung, Köln 1960, S. 117 f. Der von ihm so genannte verfassungsändernde politische Kampfstreik bleibt als eindeutig verfassungswidrig von vorneherein außer Betracht.

einträchtig und damit ihre elementarste Funktion, ausschließlich den Volkswillen zu vollstrecken, gestört, wenn nicht aufgehoben sei.

Die Bedenken, die hier nur skizziert, aber nicht mit der üblichen wissenschaftlichen Fundierung vorgetragen werden können, betreffen zunächst die Gleichsetzung von Streik und freiheitsbeschränkender Nötigung. Ohne daß ein exaktes Verfahren zur Messung der Intensität von »Druck« und »Zwang« zur Verfügung steht<sup>115</sup>, läßt sich jedenfalls die eine Feststellung treffen, daß nicht jede Arbeitsniederlegung die Entschließungsfreiheit des Parlaments oder anderer Staatsorgane beeinträchtigt. Was für den Generalstreik aller Lohnabhängigen relativ evident erscheint, muß noch lange nicht der Fall sein, wenn 1000 oder 2000 Arbeitnehmer in den Ausstand treten und die übrigen ca. 26 Millionen Erwerbstätigen ungestört ihre Arbeit fortsetzen. Die Erfahrungen der Hochschulassistenten zeigen, daß ein kürzerer Ausstand wenig Aussicht hat, das Verhalten der Kultusbürokratie wesentlich zu beeinflussen<sup>116</sup>; eine gezielte Presseaufklärung über Mißstände im Hochschulwesen kann hier sehr viel nachhaltigere Wirkungen entfalten. Die Illegalisierung des politischen Streiks wegen Verstoßes gegen die angeführten Staatsstrukturprinzipien hat daher auch eine quantitative Dimension – kleinere Ausstände sollten von vorneherein ausscheiden.

Das zweite Bedenken ist prinzipieller Natur. Die herrschende Meinung geht stillschweigend davon aus, der Parlamentarier entscheide ausschließlich nach seinem Gewissen und im Grunde unabhängig von allen gesellschaftlichen Einflußfaktoren. Dabei übersieht sie, daß dieses Modell der repräsentativen Demokratie der Realität in unserem Gemeinwesen nicht mehr gerecht wird. Zu denken ist dabei gar nicht so sehr an die Abhängigkeit von der eigenen Partei oder den für den Wahlkampf benötigten Zuschuß eines potenten Gönners; viel wichtiger als diese direkten Einflußnahmen ist die Einengung der Handlungsspielräume durch mittelbare, von außen gesetzte Zwänge. Hartwich hat mit seiner Aufarbeitung der Gesetzgebung des Deutschen Bundestages aus den Jahren 1949 bis 1961 den empirischen Nachweis erbracht, daß in keinem einzigen Fall wohlverstandenen Unternehmerinteressen zuwidergehandelt wurde, daß insbesondere auch die Sozialgesetzgebung nie »weiter« ging, als es nach Einschätzung der Mehrheitsparteien für die Stabilisierung des politischen und ökonomischen Herrschaftssystems notwendig war<sup>117</sup>. Dies allein auf subjektive Faktoren wie die Beeinflussung durch die Lobby zurückzuführen, dürfte den Tatsachen kaum gerecht werden; entscheidend ist vielmehr, daß das Parlament von den Prämissen des bestehenden Wirtschaftssystems aus gar nicht wesentlich anders hätte handeln können. Jede

<sup>115</sup> Dazu Däubler, JuS 1972, S. 644 ff. Von dieser Inexaktheit profitiert die Lehre von der Parität zwischen Streik und Aussperrung.

<sup>116</sup> Nachweise zu den Streikaktionen bei Ramm, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, Köln 1970, S. 108.

<sup>117</sup> A.a.O. (oben Fn. 92), insbesondere S. 121 ff., 193 ff., 223 ff.

schwerere Verletzung von Unternehmerinteressen zugunsten von Arbeitnehmerbelangen oder zugunsten von Gemeinschaftsaufgaben hätte u. a. einen »Investitionsstreik« zur Folge haben können, der das wirtschaftliche Wachstum abrupt unterbrochen und damit aller Voraussicht nach auch das politische Fundament der reformwilligen Kräfte zerstört hätte<sup>118</sup>. Die Internationalisierung der Wirtschaftsbeziehungen und speziell des Kapitalverkehrs erleichtert ein solches Vorgehen, indem sie die sog. Kapitalflucht ermöglicht. Wollte der Staat dem mit administrativen Maßnahmen begegnen, so beginge er nicht nur eine Verletzung bestehender völkerrechtlicher Verträge, sondern müßte aller Wahrscheinlichkeit nach auch den Abbruch zwischenstaatlicher Wirtschaftsbeziehungen in Kauf nehmen. Dies aber würde ihm mit Rücksicht auf die enorm angewachsene internationale Arbeitsteilung weitere schwere wirtschaftliche Schäden zufügen<sup>119</sup>, die (wenn überhaupt so) nur in einem langsamen, große politische Stabilität erfordernden Prozeß der Anpassung und Umorientierung auf neue Handelspartner behoben werden könnten<sup>120</sup>. Faktisch sieht sich daher jede (nichtrevolutionäre) Parlamentsmehrheit gezwungen, die Prinzipien der kapitalistischen Wirtschaft als Rahmenbedingungen anzuerkennen. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Neutralität des Grundgesetzes<sup>121</sup>, die dem Gesetzgeber das Recht zu einer jederzeit revisiblen wirtschaftlichen Grundentscheidung zubilligte, erweist sich damit als fiktiv; die in Art. 15 GG deutlich werdende Freiheit zur Wahl einer gemeinwirtschaftlichen Alternative besteht in Wahrheit nicht. Dadurch ist nicht nur der Entscheidungsspielraum im Grundsätzlichen festgelegt; der kapitalistische Rahmen wirkt sich auch bei allen Folgeentscheidungen aus, die sich nicht an Prioritäten orientieren dürfen, die der Profitorientierung des Gesamtsystems zuwiderlaufen<sup>122</sup>.

118 Dazu *Huffschnid-Wirth*, Sozialdemokratische Wirtschaftspolitik und demokratischer Sozialismus, in: Sozialdemokratie und Sozialismus heute. Beiträge zur Analyse und Veränderung sozialdemokratischer Politik, Köln 1968, S. 117 ff., 128 ff.; *Klönne*, Sozialdemokratie – eine Agentur kapitalistischer Interessen?, in: Der bürgerliche Staat der Gegenwart, herausgegeben von R. Kühnl, Reinbek 1972, S. 57 ff., 83.

119 Dazu eingehend *Rosenbaum*, Staatsinterventionismus und Wirtschaftsplanung im modernen Kapitalismus, in: Der bürgerliche Staat der Gegenwart (Fn. 118), S. 49 ff.

120 Vgl. als praktische Beispiele Kuba (dazu *Hugh Thomas*, Cuba. The Pursuit of Freedom, New York 1971, S. 1215 ff., 1272 ff.) und Chile (dazu *D. und E. Boris* und *W. Ehrhardt*, Chile auf dem Weg zum Sozialismus, Köln 1971, S. 244 f., 265).

121 Sie entspricht heute fast allgemeiner Auffassung: BVerfGE 4, 7, 17 st. Rspr.; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1959, S. 18 ff.; *Hamann-Lenz*, Kommentar zum GG, 1. Aufl. 1970, Einf. S. 47; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 5. Aufl. 1972, S. 12; *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, Art. 14, Rn. 8; *Raisch*, BB 1971, S. 232; *L. Raiser*, 16. DJT, S. B 18; *Ritter*, BB 1968, S. 1396.

122 Hierauf beruht etwa die allgemein konstatierte »Unterentwicklung« von nicht-profitablen Gemeinschaftsaufgaben wie Bildung, medizinische Versorgung und Umweltschutz. S. dazu *Bergmann-Brandt*, u. a. Herrschaft, Klassenverhältnis und Schichtung, n: Spätkapitalismus oder Industriegesellschaft, Verhandlungen des 16. Deutschen Soziolo-

Der Grundgesetzinterpret kann vor diesen Entwicklungen die Augen verschließen und weiterhin den Anspruch der repräsentativen Demokratie als eingelöst und das Parlament als quasisouveräne Versammlung betrachten. Im Ergebnis stellt dies jedoch nicht nur eine Kapitulation vor den Fakten, sondern eine (meist ungewollte) Absicherung des Status quo dar, der als »heile Welt« dargestellt und vor jeder Problematisierung geschützt wird. Nimmt man den normativen Anspruch der Verfassung ernst, so muß man ihr angesichts dieser Tatsachen eine Interpretation geben, die die Entstehung von nichtkapitalistischer Gegenmacht zumindest nicht ausschließt<sup>123</sup>. Ihrem Kompromißcharakter entsprechend, der sich auch und gerade in der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers niederschlägt<sup>124</sup>, ist nur dann Rechnung getragen, wenn die Arbeitnehmer als »natürlicher« Gegenspieler des Kapitals diejenigen Einflußmöglichkeiten erhalten, die zur Ausbalancierung der Kräfte notwendig sind. Da sie nach ihrer Stellung in der Gesellschaft noch immer nur ihre Arbeitskraft besitzen<sup>125</sup>, steht ihnen als einziges Druckmittel die Arbeitsniederlegung zur Verfügung<sup>126</sup>. Entgegen der herrschenden Auffassung liegt daher im politischen Streik keine Gefährdung der Unabhängigkeit von Staatsorganen; er vermag ihnen im Gegenteil am ehesten das Maß an freier Entscheidungsbefugnis zurückzugeben, das die Schöpfer des Grundgesetzes intendierten<sup>127</sup> und das im Laufe der Entwicklung verlorengegangen ist<sup>128</sup>. Art. 20 und 38 GG enthalten daher unter den heutigen Bedingungen kein Verbot, sondern eine Legitimierung der politischen Arbeitsniederlegung<sup>129</sup>. Solange Investitionsstreik und Kapitalflucht in Kauf zu nehmen sind, darf der Arbeitnehmerstreik nicht mit einem Verbot belegt werden.

gentags, Stuttgart 1969, S. 67 ff., 85; *Gorz*, Zur Strategie der Arbeiterbewegung im Neokapitalismus, 5. Aufl. Frankfurt/Main 1970, S. 81 ff.; *Huffschnid*, Die Politik des Kapitals, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1969, S. 106 m. w. N.

123 Vgl. auch *Stuby*, Bürgerliche Demokratietheorien in der Bundesrepublik, in: Der bürgerliche Staat der Gegenwart, a.a.O. (oben Fn. 118), S. 122 ff. m. w. N.

124 Zum Kompromißcharakter des Grundgesetzes s. *Abendroth-Dietrich*, a.a.O., S. 90; *Hartwich*, S. 49 ff.; *Scheuner*, AöR 95, S. 402; *Sörgel*, Konsensus und Interessen, Stuttgart 1969, S. 109 ff.

125 Bei umfassender Vermögensbildung und Zusammenfassung der Arbeitnehmeranteile in Pools könnte evtl. anderes gelten.

126 Zutreffend *Hoffmann*, HambJb 1971, S. 266.

127 Richtig v. *Nell-Breuning*, Streik, in: Wirtschaft und Gesellschaft heute, Bd. II, Freiburg 1957, S. 53. Vgl. auch *Hoffmann* HambJb 1971, S. 267 und *Wietbölder*, Rechtswissenschaft, Funkkolleg, Frankfurt/Main und Hamburg 1968, S. 315 ff.

128 Zur These, daß schon 1949 diese Freiheit nicht mehr bestand, s. *Eberhard Schmidt*, Die verhinderte Neuordnung 1945–1952, 2. Aufl. Frankfurt/Main 1971, S. 166 ff.

129 Vgl. auch den Bericht des Sonderausschusses für Strafrechtsreform, BT-Drucksache V/2860, S. 3, der politische Streiks in beträchtlichem Umfang als zulässig ansieht. Zur stillschweigenden Billigung dieses Berichts durch das Plenum des Bundestags anlässlich der Reform der Staatsschutzdelikte vgl. *Reichel*, DB 1968, S. 1314.

## VII. Ergebnisse

1. Das vom BAG entwickelte Arbeitskämpfrecht entspricht einem auch in anderen Entscheidungen zutage tretenden »sozialkonservativen« Sozialideal, das die Fürsorge für den einzelnen Arbeitnehmer mit der Beschränkung gewerkschaftlicher Aktionsmöglichkeiten auf marktwirtschaftsimmanente Ziele verbindet. Das BAG verstößt damit gegen das Offenheitspostulat der Verfassung.

2. Aus der grundgesetzlichen Entscheidung für die Selbstbestimmung folgt nicht nur die Individualvertragsfreiheit, sondern auch das in Art. 9 Abs. 3 GG konkretisierte Recht, im Wege des Kollektivvertrags alle die produktionsbezogenen Fragen zu regeln, bei denen die Privatautonomie versagt.

3. Als notwendige Funktionsvoraussetzung dieses »Kontraktmodells« ist das Recht zur organisierten Arbeitsniederlegung gewährleistet.

4. Der nichtgewerkschaftliche Streik ist legal, da der Wegfall des Lohnanspruchs bei gleichzeitigem Fehlen gewerkschaftlicher Streikunterstützung die Arbeitsniederlegung in aller Regel auf Fälle beschränkt, in denen die kollektive Selbstbestimmungsordnung – etwa durch Oligarchisierungstendenzen im Gewerkschaftsapparat – ernsthaft gestört ist.

5. Der Staat kann Adressat eines durch Art. 1, 2, 9 Abs. 3 GG und das Sozialstaatsprinzip privilegierten Streiks sein, wenn er unparitätische Konfliktlösungen zwingend vorschreibt oder die materielle Entscheidungskompetenz der sozialen Gegenspieler, z. B. durch Einführung verbindlicher Lohnleitlinien, aushöhlt. Im übrigen fällt der politische Streik nicht unter diese Privilegierung.

6. Seine Zulässigkeit ist unter den gegebenen Bedingungen dennoch zu bejahen. Abgesehen von kleineren Arbeitsniederlegungen, die keine »Umbiegung« des Parlamentswillens mit sich bringen können, verstößt auch ein größerer Arbeitskampf nicht gegen die Prinzipien der Volkssouveränität, der parlamentarischen Demokratie und der Unabhängigkeit des Abgeordneten: De facto ist der Spielraum aller Staatsorgane durch die Bindung an die Notwendigkeiten der kapitalistischen Wirtschaft beschränkt, so daß der politische Streik als Ausdruck potentieller Gegenmacht die Freiheit der Entscheidung eher fördert als beschränkt.