PROFESSOR DR. WOLFGANG DÄUBLER, BREMEN

Die unverhältnismäßige Aussperrung – BAG (GS) AP, Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 43*

Die beklagte KG betreibt u. a. die Spielbank in Bad Neuenahr. Die insgesamt 27 bei ihr als Croupiers beschäftigten Kläger traten im Januar 1967 in einen Streik, da längere Tarifverhandlungen ohne Ergebnis geblieben waren. Die Beklagte reagierte darauf mit einer Aussperrung, die die Arbeitsverhältnisse mit sofortiger Wirkung beenden sollte. Nach Schluß des Arbeitskampfs weigerte sie sich, die Kläger wieder einzustellen, da sie in der Zwischenzeit Ersatzleute gefunden hatte. Der mit der Sache befaßte 1. Senat des BAG legte dem GS die Frage vor, ob er an seiner bisher vertretenen Auffassung festhalte, der Arbeitnehmer könne einem legalen Streik mit einer die Arbeitsverhältnisse lösenden Aussperrung begegnen, oder ob er die Auffassung billige, daß der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse nur suspendieren könne¹.

Der GS betont zunächst seine Befugnis, „im Interesse der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ eine differenzierte Antwort zu geben; 16 Jahre nach dem ersten Grundsatzbeschuß vom 28. 1. 1955 müsse die gesamte Problematik des Arbeitskampfrechts neu überdacht werden.

I. Die Begrenzung des Arbeitskampfs durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip

1. Die Grundthese des BAG

Nach Auffassung des GS stehen Streik und Aussperrung „unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit“, da sie „in unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft häufig nicht nur die unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit nachhaltig berühren“. Dabei seien „die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen“, und „das Gemeinwohl (dürfe) nicht offensichtlich verletzt werden“. Konkret folgt daraus, daß Arbeitskämpfe nur dann legal sind, wenn sie „zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind“. Sie dürfen nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten als letztes Mittel eingeleitet werden; auch die Art der Durchführung und die Intensität müssen das Maß des Erforderlichen wahren. Nach Beendigung der Auseinandersetzungen haben beide Parteien dazu beizutragen, den Arbeitsfrieden in größtmöglichem Umfang wiederherzustellen. – Über die Einhaltung dieser Grundsätze wachen die Arbeitsgerichte, sofern nicht die Tarifpartner selbst eine Vereinbarung über die Austragung ihrer Interessengegensätze treffen, insbesondere ein Schlichtungsverfahren vorsehen.

2. Formale Bedenken

Löwisch hat mit Recht gegen diese Passagen des Beschlusses den Einwand der terminologischen Unschärfe erhoben²: Im öffentlichen Recht pflegt man gemeinhin zwischen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit des Mittels i. e. S. zu unterscheiden³ und bezeichnet damit drei durchaus unterschiedliche Maßstäbe, die an hoheitliches Handeln angelegt werden. Das BAG spricht zwar von „geeigneten“ sowie „sachlich erforderlichen“ Maßnahmen und dürfte daher mit letzterem auf den Grundsatz des mildesten Mittels angespielt haben; ob es jedoch auch das Fehlen eines auffallenden Mißverhältnisses zwischen dem erstrebten Ziel und den Nachteilen des Arbeitskampfs, also Verhältnismäßigkeit i. e. S. im Auge hatte, kann nicht mit letzter Sicherheit gesagt werden.

Gravierender ist freilich die Unbestimmtheit der sonstigen Formulierungen. Was bedeutet die „Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten“, wann liegt eine offensichtliche Verletzung des Gemeinwohls vor? Wie lange muß verhandelt werden, bis jene Schwelle erreicht ist, von der ab das Arbeitsgericht den Übergang zum Arbeitskampf für zulässig hält? Muß zunächst befristet gestreikt oder kann sofort eine unbefristete Arbeitsniederlegung ausgerufen werden? Ist gar zunächst ein Dienst nach Vorschrift zu praktizieren, bevor die schwerwiegendere Maßnahme der völligen Arbeitseinstellung ergriffen wird⁴? Der GS gibt auf alle diese Fragen keine Antwort; er hat im Grunde nur Generalklauseln entwickelt, die – ähnlich den §§ 138, 242 BGB – erst noch der Konkretisierung bedürfen⁵. Nimmt der parlamentarische Gesetzgeber zu einem solchen Verfahren Zuflucht, so mag er dafür legitime Gründe haben⁶; dem Bürger bleiben die Gerichte als diejenige Instanz, die durch Entwicklung einer „ständigen Rechtsprechung“ mit bestimmten Fallgruppen und Wertungsgesichtspunkten die nötige Rechtssicherheit schafft. Beschränkt sich jedoch die Judikative selbst auf die Herausarbeitung vieldeutiger „Topoi“, so verliert das Recht auch den letzten Rest an Berechenbarkeit; entgegen einem Grunderfordernis bürgerlicher Rechtsstaatlichkeit liegt das mögliche Resultat gerichtlicher Streitschlichtung völlig im dunkeln⁷. Dies mag man tolerieren, solange es um die Bilderbuchbeispiele unserer Fallsammlungen und Zivilrechtslehrbücher geht; beim Arbeitskampf, wo häufig die wirtschaftliche Existenz von Einzelpersonen wie von Organisationen auf dem Spiele steht, erscheint es untragbar.

3. Aushöhlung von Tarifautonomie und Streikrecht?

Nach Auffassung von Reuß birgt die Leerformel der Verhältnismäßigkeit die Gefahr einer gerichtlichen „Tarifzensur“ in sich⁸. Zwar hat BAG-Präsident G. Müller betont, jeder Staatseingriff in die freie Gestaltung der Arbeitsbedingungen trage in gewissem Umfang Willkürcharakter, da es keine objektiven Maßstäbe für einen „gerechten Lohn“ gebe⁹, weshalb „wohl nur“ die „offensichtliche Ausuferung“ des Arbeitskampfs gerichtlicher Nachprüfung unterliege¹⁰; entsprechende Klarstellungen fehlen jedoch im Beschluß des GS, so daß jedenfalls nicht auszuschließen ist, daß unter Berufung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Zukunft die Angemessenheit bestimmter Forderungen gerichtlicher Prüfung unterzogen wird. Dieses Bedenken liegt um so näher, als Streik und Aussperrung das Gemeinwohl nicht „offensichtlich“ verletzen dürfen. Wann dies der Fall ist, vermag niemand zu sagen; da das BAG keine inhaltliche Umschreibung des „Gemeinwohls“ liefert, läuft seine These darauf hinaus, das

* Beschl. v. 21. 4. 1971 – GS 1/68 = JuS 1971, 490 Nr. 10 = NJW 1971, 1668 = BB 1971, 701 = Betr. 1971, 1061 = RdA 1971, 185 = WPM 1971, 756.

1) BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 39.

2) ZfA 1971, 321.

3) S. etwa Wittig, DÖV 1968, 817; H. J. Wolff, VerwR III, 2. Aufl. (1967), § 138 V.

4) Vgl. Zölner, Festschr. f. Böttcher, 1969, S. 436f.

5) So auch G. Müller, RdA 1971, 325.

6) Zur Funktion der Generalklauseln s. jedoch F. Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat, 1967, S. 67ff.

7) Krit. insoweit auch Löwisch, ZfA 1971, 319; Reuß, AuR 1971, 355; Richardi, RdA 1971, 342.

8) AuR 1971, 355.

9) AuR 1972, 2.

10) Ders., RdA 1971, 324.

für unerlaubt zu erklären, was nach dem jeweiligen (Vor-) Verständnis des entscheidenden Richters „gemeinschaftlich“, dem „öffentlichen Interesse“ widersprechend oder auch nur „unerwünscht“ ist. Der GS unterstellt damit die auch von ihm nicht in Zweifel gezogene verfassungsrechtliche Streikgarantie¹¹ einem prinzipiell unbegrenzten Eingriffsvorbehalt zugunsten der Judikative; alle nicht ganz marginalen Arbeitskämpfe könnten unter Berufung auf Verhältnismäßigkeit und Gemeinwohl mit einer Schadensersatzsanktion belegt und damit im Ergebnis verboten werden¹².

Die Verfassungswidrigkeit dieser Konstruktionen liegt auch dann auf der Hand, wenn die Arbeitsgerichte keinen oder nur einen sehr sparsamen Gebrauch von diesen Möglichkeiten machen sollten: Das mittlerweile als kollektivrechtliche Ausprägung der Koalitionsfreiheit anerkannte und damit in Art. 9 III GG lokalisierte Streikrecht steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers bzw. der an seiner Stelle handelnden Gerichte. Das differenzierte Schrankensystem der Grundrechte schließt sogar die Entwicklung eines „einfachen“, immerhin am Wesensgehalt der grundrechtlichen Freiheit endenden Gesetzesvorbehalts aus¹³ und läßt allenfalls eine Begrenzung durch die „allgemeinen Gesetze“ in entsprechender Anwendung des Art. 5 II GG zu¹⁴. Diese grundrechtsdogmatischen Probleme werden vom BAG völlig ignoriert; die einschlägigen Monographien von *Lerche*¹⁵ und *Evers*¹⁶ sind dementsprechend kein einziges Mal zitiert.

Auch die Heranziehung wirtschaftsrechtlicher Gesichtspunkte wurde versäumt; der GS unterläßt es, seine Auffassung mit § 3 StabG zu konfrontieren, der den im Interesse der gesamtwirtschaftlichen Stabilität (und damit doch wohl des „Gemeinwohls“) erlassenen Orientierungsdaten keine bindende Wirkung beimißt und deshalb auch gegen eine gerichtliche Reglementierung der Lohnfindung spricht¹⁷.

4. Die fehlerhafte Deduktion des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Abgesehen von all diesen die *lex artis* verletzenden Unterlassungen vermag auch die positiv gegebene Begründung nicht zu überzeugen. Der – nicht näher empirisch untermauerte – Hinweis auf die innere Verflochtenheit unserer Gesellschaft und die daraus folgende „Dritt(schädigungs-)wirkung“ des Streiks läßt zwei Auslegungsmöglichkeiten zu: Einmal könnte damit eine Situation gemeint sein, die derjenigen beim verwaltungsrechtlichen Übermaßverbot entspricht, was prinzipielle Überordnung des eingreifenden gegenüber dem betroffenen Subjekt und dementsprechende Bindung des ersteren bedeuten würde¹⁸. Zum anderen kann das BAG auch so verstanden werden, daß es den tragenden Grund des Verhältnismäßigkeitsprinzips in einer Rechtsgüterkollision sieht, wie sie auch zwischen Privatleuten, etwa im Falle der Notwehr und des Aggressivnotstands, eintritt und im Wege der Vermeidung „übermäßiger“ Eingriffe bewältigt wird¹⁹. Beide potentiellen Argumente sind nicht stichhaltig:

a) Ein „Machtgefälle“ zugunsten der Streikenden anzunehmen, wäre reine Fiktion. Die Stellung des Arbeitnehmers im Produktionsprozeß kann hier nicht in der nötigen Detailliertheit dargestellt werden, doch ist schon auf Grund der bestehenden gesetzlichen Regelungen evident, daß nahezu alle wichtigen, die Struktur des Arbeitsprozesses bestimmenden Entscheidungen vom Unternehmer getroffen werden. Von der Investitions- und Preispolitik bis zur Gestaltung der technischen Abläufe liegt die Kompetenz bei ihm, d. h. im modernen Großunternehmen bei dem von den Anteilseignern eingesetzten Management. Außerhalb des Montan-

sektors sind die Arbeitnehmer auf Mitbestimmungsrechte beschränkt, die sich innerhalb des durch die unternehmerische Autonomie gezogenen Rahmens bewegen müssen, für die die unternehmerischen Entscheidungen also ein Datum und kein Gegenstand der Auseinandersetzung sind. Wenn daher von einem Machtverhältnis gesprochen werden kann, dann jedenfalls nicht zugunsten der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften. Eine Bindung des Streiks an das Übermaßverbot kommt daher nicht in Frage; für die Aussperrung könnte zwar anderes gelten²⁰, doch setzt dies voraus, daß sie nicht schon aus anderen Gründen (wie etwa einem Verstoß gegen das Paritätsprinzip) ausscheidet.

b) Auch die Erklärung als Mittel zur Lösung von Rechtsgüterkollisionen stellt keine plausible Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Seiner Funktion nach ist der Arbeitskampf in unserer heutigen Rechts- und Gesellschaftsordnung nichts anderes als eine Auseinandersetzung auf dem Arbeitsmarkt: Um die im Individualarbeitsverhältnis bestehende Unterlegenheit des Arbeitnehmers aufzuheben, werden die Arbeitsbedingungen für alle (organisierten) Beschäftigten gemeinsam und unter Einsatz kollektiver Machtmittel festgelegt. Der Streik entspricht dabei der Leistungsverweigerung auf dem Gütermarkt; um einen höheren Preis zu erhalten, werden die bisherigen „Lieferungen“ eingestellt. Mit Rücksicht auf den ökonomischen Zwang zum Verkauf der Ware Arbeitskraft ist das auf jedem Markt selbstverständliche Recht, die Leistung zu den bisherigen Bedingungen abzulehnen, nur in der Weise realisierbar, daß eine größere Zahl von Arbeitnehmern den im Arbeitsvertrag übernommenen Verpflichtungen formal zuwiderhandelt. Als Ausgleich dient die Friedenspflicht, die jeden Bruch der vereinbarten kollektiven Arbeitsbedingungen mit Schadensersatzsanktionen belegt. Würde man nun weiter gehen, und die Verweigerung der Leistung nur als letztes Mittel und nur zu „angemessenen“, nicht unverhältnismäßigen Zielen zulassen, so wäre damit der Arbeitsmarkt gegenüber allen Gütermärkten diskriminiert. Die Gewerkschaften stünden dann so wie ein Unternehmen, das seine Lieferungen trotz Vertragsablaufs erst nach langen Verhandlungen und nur wegen „vernünftiger“ Preisforderungen einstellen darf. Derartige Anforderungen werden aber grundsätzlich an keinen Marktteilnehmer gestellt; *Belke* beginnt seine einschlägige Monographie²¹ daher völlig zu Recht mit der Feststellung, die Geschäftsverweigerung stelle in einer Wettbewerbsordnung „eine geradezu selbstverständliche Erscheinung“ dar, denn hier sei es per definitionem der freien Initiative des einzelnen vorbehalten, ob es zum Abschluß kommt oder nicht.

11) Zu ihr *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. (1971), S. 66 ff.; *Hueck-Nipperdey*, ArbR II/2, 7. Aufl. (1970), § 47 B I, jeweils m. Nachw.

12) Richtig *Schwegler*, Gewerkschaftliche Monatshefte (GMH) 1972, 307 ff.

13) *BVerfG*, JuS 1971, 651 Nr. 2; s. weiter *Däubler*, S. 81 ff.; *Reuß*, ZfA 1970, 319 ff.

14) So *Lerche*, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfs, 1968, S. 32 ff.; krit. dazu *Däubler*, S. 85 f.; *Lenz*, in: *Hamann-Lenz*, GG, 3. Aufl. (1970), Art. 9 Anm. A 3.

15) Vgl. o. Fußn. 14.

16) Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, 1969.

17) Richtig *Löwisch*, ZfA 1971, 322.

18) Dieser Interpretation folgt *Löwisch*, ZfA 1971, 322.

19) So die (wohl authentische) Interpretation durch *G. Müller*, RdA 1971, 324, sowie die eigene Auff. von *Löwisch*, ZfA 1971, 324.

20) Vgl. *Gamillscheg*, AcP 164, 436, der mit Rücksicht auf das bestehende Machtgefälle das Übermaßverbot auf den ArbG. anwendet.

21) *Belke*, Die Geschäftsverweigerung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1966.

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn wirtschaftliche Macht ausgeübt und der Wettbewerb beschränkt werden soll²² – eine Situation, die auf dem bilateral-monopolisierten Arbeitsmarkt nicht auftaucht, da das (noch zu besprechende) Paritätsprinzip dafür sorgen soll, daß zwischen den sozialen Gegenspielern kein signifikanter Machtunterschied entsteht. Wenn demgegenüber auf das Recht am Unternehmen verwiesen wird, so zeigt dies nur, wie sehr dieses Recht gerade die „Marktfreiheit“ des Arbeitnehmers beschränkt. Nicht die Befugnis zur Leistungsverweigerung, sondern das *contra legem* entwickelte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb²³ bedarf der Beschränkung, will man nicht in Kauf nehmen, daß die Gewerkschaften von vornherein zu Marktburgern minderen Ranges werden. Solange die Gesetze des Arbeitsmarkts beachtet werden, ist für das Übermaßverbot kein Platz; erst wenn es darum geht, auf eine rechtswidrige, das freie Aushandeln der Bedingungen störende Maßnahme zu antworten, kann ernsthaft seine Heranziehung in Betracht kommen²⁴.

II. Die Zulässigkeit der Aussperrung bei rechtmäßigem Streik

1. Die Thesen des BAG

Nach Auffassung des GS sind „im Rahmen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit“ auch Aussperrungen zulässig, da „anderenfalls nicht gewährleistet wäre, daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch Ausübung von Druck und Gegendruck zum Abschluß von Tarifverträgen kommt“. Könnte die eine Seite, nämlich die Arbeitnehmerschaft, das Kampfgeschehen allein bestimmen und wäre der Arbeitgeber auf ein Dulden und Durchstehen des Arbeitskampfs beschränkt, bestünde die Gefahr, daß die Regelung der Arbeitsbedingungen nicht mehr auf einem System freier Vereinbarungen beruhe. „Vorbehaltlich der konkreten, insbesondere auch der wechselnden wirtschaftlichen Situation, die vorgegeben ist, muß im Prinzip sichergestellt sein, daß nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen.“ Damit hat das BAG deutlich gemacht, daß nach seiner Auffassung nicht eigentlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern die Notwendigkeit, dem Arbeitgeber gleiche Durchsetzungschancen zu gewähren, tragender Grund für die Bejahung der Aussperrung ist²⁵. Seine Ausführungen können daher nicht schon mit Rücksicht auf die oben versuchte Kritik der Ablehnung verfallen.

2. Das Paritätsprinzip

Mit dem Votum für „möglichst gleiche Verhandlungschancen“ hat sich das BAG zum Grundsatz der materiellen Kampfparität bekannt und so Übereinstimmung mit der h. M. in der Literatur hergestellt²⁶. Der GS hat sich damit von seiner früheren Rechtsprechung gelöst, die schon in den (angeblich) überkommenen Arbeitskämpfungsmitteln Streik und Aussperrung ausreichende Garantien für eine sinnvolle Auseinandersetzung sah²⁷. Mit Recht stellt sich das BAG auch in Gegensatz zur Theorie von der sog. formellen Kampfparität, die lediglich gleiche juristische Wirkungen der Kampfmittel beider Seiten, nicht aber gleiche Durchsetzungsmöglichkeiten fordert²⁸. Sieht man in der Tarifautonomie und dem Abschluß etwaiger anderer Verträge zwischen den Koalitionen eine Fortsetzung der Privatautonomie mit anderen, kollektiven Mitteln²⁹, so muß sich die Ausgestaltung dieser kollektiven Vertragsordnung am Selbstbestimmungsprinzip orientieren³⁰.

Das bedeutet, daß das jeder Seite zur Verfügung stehende Instrumentarium des Drucks und Gegendrucks so beschaffen sein muß, daß der Wille aller Beteiligten optimal zur Geltung kommen kann. Dem ist am besten dann Rechnung getragen, wenn die Machtmittel beider Parteien gleich stark sind oder – negativ gewendet – wenn keine Seite ein solches Übergewicht gewinnt, daß sie die Vertragsbedingungen einseitig diktieren kann. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so kann auch am ehesten mit einem inhaltlich gerechten, „richtigen“ Ergebnis gerechnet werden, ohne daß es insoweit eines Rückgriffs auf das die Waffengleichheit angeblich fordernde Gemeinwohl bedarf³¹. Nur materielle Chancengleichheit beider Parteien wird daher der von Art. 9 III GG intendierten Arbeits- und Wirtschaftsverfassung gerecht³².

3. Die Konkretisierung des Paritätsprinzips

Ein richtiger Ausgangspunkt garantiert nicht immer ein richtiges Ergebnis. Die Frage, ob die Aussperrung zur Herbeiführung eines Zustands der Chancengleichheit erforderlich ist, wird vom BAG pauschal mit ja beantwortet, ohne daß ein einziges Wort über die empirische Bestimmung oder Bestimmbarkeit des Kampfpotentials, über die Kriterien der Messung von Verhandlungsmacht verloren wird. Diese Unbekümmertheit erscheint um so erstaunlicher, als sich bei verschiedenen Autoren Hinweise auf die Rechtslage in Frankreich und Italien finden, wo die Aussperrung nur in sehr engen Grenzen zulässig bzw. verboten ist³³. Da dort jedoch offensichtlich kein Lohndiktat der Gewerkschaften existiert – was sich unschwer an der Lohnentwicklung ablesen läßt – hätte man zumindest auf Grund dieses Anschauungsmaterials die eigene Position einer kritischen Prüfung unterziehen müssen.

22) S. die Fallgruppen bei *Belke*, S. 9 ff.

23) Zur Kritik insb. *Wiethölter*, *KritJ* 1970, 121 ff.; zur Verteidigung *Buchner*, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, 1971. – Eine gute Übersicht über den Diskussionsstand gibt *Ramm*, *Allg. Teil II*, 1969, S. L 580.

24) Dazu u. III. Krit. zum Verhältnismäßigkeitsprinzip insb. *Säcker*, *GMH* 1972, 296 ff.

25) Ebenso *Richardi*, *RdA* 1971, 336.

26) *Evers* S. 84; *Frey*, *AuR* 1963, 304; *Reuß*, *AuR* 1969, 132; *Säcker*, *Betr.* 1969, 1892 Fußn. 34; *Scheuner*, *RdA* 1971, 332.

27) BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 1.

28) So insb. *Hueck-Nipperdey II/2*, S. 1637; zur Kritik *M. Wolf*, *ZfA* 1970, 152 ff. Vermittelnd *Scholz*, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, S. 264 f.

29) So BAG AP Art. 3 GG Nr. 18; AP Art. 9 GG Nr. 5 (Bl. 3); *Bartholomeyczik*, *AcP* 166, 65; *Bogs*, *Festschr. f. J. v. Gierke*, 1950, S. 39 f. (Wiederherstellung der Vertragsfreiheit auf kollektiver Ebene); *Galperin*, *AuR* 1965, 6; *G. Küchenhoff*, *RdA* 1959, 203; *Richardi*, *Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*, 1968, S. 178; *Rüthers*, *JurA* 1970, 109 (Tarifautonomie als modifizierte, auf die kollektivrechtliche Ebene gehobene Privatautonomie zu verstehen); *Söllner*, *AuR* 1966, 258 (Vertragsfreiheit wird auf die Ebene der Verbände verlagert); *Zöllner*, *RdA* 1964, 448 (Vertragsfreiheit auf kollektiver Ebene).

30) Dies wird nur selten ausdrücklich betont (vgl. jedoch *Säcker*, *Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit*, 1969, S. 70), während die Verankerung der Individualvertragsfreiheit im von der Verf. gewährleisteten Selbstbestimmungsprinzip allenthalben unterstrichen wird (vgl. statt aller *Flume*, *Allg. Teil II*, 1965, 17 ff.; *L. Raiser*, *Verh. d. 46. DJT*, Bd. II, S. B 18 ff.).

31) So aber *Zöllner-Seiter*, *ZfA* 1970, 156 f.

32) Für Ableitung der Kampfparität aus Art. 9 III GG auch *Scheuner*, *RdA* 1971, 332.

33) *Frey*, *AuR* 1963, 307; *Rüthers*, *JurA* 1970, 94 Fußn. 27; *R. Schmid*, *GMH* 1964, 329.

4. Umfassende oder marktwirtschaftsimmanente Parität?

Der erste Schritt zur Konkretisierung des (materiellen) Paritätsprinzips muß in der Bestimmung der Größe liegen, auf die sich die „gleichen Durchsetzungschancen“ beziehen. Es leuchtet ein, daß es bestimmte Forderungen geben kann, die auf sehr viel stärkeren Widerstand stoßen als andere, die vom Gegenspieler ohne viel Aufhebens bewilligt werden. So liegt die Annahme nahe, daß eine die Geldentwertungsrate nur um 1–2% übersteigende Lohnforderung bei guter Konjunktur sehr viel leichter erfüllt wird als der mit Streikdrohung verbundene Wunsch, die Unternehmensstruktur zu ändern und die Vertreter der Belegschaft mit einem Vetorecht gegen alle im Unternehmen fallenden Entscheidungen auszustatten. Muß Chancengleichheit in beiden Fällen gegeben sein oder verlangt der Paritätsgrundsatz nur gleiche Startpositionen im „Verteilungskampf“?

Die Beantwortung dieser Frage hängt offensichtlich davon ab, was Ziel eines rechtmäßigen Streiks sein kann.

Betrachtet man die Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG als rechtssystematischen Standort des Streikrechts, so muß sich das Streikziel jedenfalls im Rahmen der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ bewegen. Dieser Zwillingsbegriff wird nun freilich von der h. M. unter Verwendung unterschiedlicher Formulierungen auf „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ verkürzt³⁴, so daß alle Fragen der unternehmerischen Autonomie ausgeklammert bleiben³⁵. Diese Beschränkung auf die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen³⁶, die die Unternehmerfunktion ausnimmt, unterstellt unausgesprochen eine Verfassungsgarantie zugunsten einer durch Privatunternehmer getragenen Wettbewerbswirtschaft, deren Modell jedes Hineinregieren von Nicht-Eigentümern verbietet. Damit wird jedoch dem Grundgesetz eine Entscheidung unterschoben, die seine Verfasser nicht treffen wollten und die bis heute von der ganz h. M. abgelehnt wird³⁷. Im Ergebnis läuft eine derartige Einengung der den Koalitionen eingeräumten Betätigungsfreiheit auf einen entsprechend weiten Schutz der Unternehmerfreiheit hinaus: Wo die durch Art. 9 III GG gewährte Kompetenz zur paritätischen Festlegung von produktionsbezogenen Entscheidungen endet, beginnt automatisch die aus Art. 14 GG folgende Alleinzuständigkeit des „Faktors Kapital“, d. h. der Anteilseigner und ihrer Beauftragten. Der gelegentlich gegebene Hinweis auf die historische Entwicklung³⁸, die in der Tat keine über den heutigen Umfang hinausgehende Tarifautonomie kannte, perpetuiert eine Situation der Unterlegenheit des „Faktors Arbeit“, deren Auswirkungen gegen Ende der Weimarer Zeit besonders deutlich wurden; als Argument besitzt dieser Hinweis keine Legitimität in einer Verfassungsordnung, die die Fehler von Weimar vermeiden wollte³⁹ und überdies einem politischen Kompromiß verstrang⁴⁰.

Ergreift somit die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit auch die Wirtschaftsbedingungen, so kann – im Rahmen der mit Art. 9 III GG vereinbarten Gesetze – jede im Produktionsprozeß fallende Entscheidung zum Gegenstand einer tariflichen Auseinandersetzung gemacht werden, sofern dadurch nicht ein Grundrecht wie etwa die freie Wahl des Arbeitsplatzes nach Art. 12 GG beeinträchtigt wird.

Geht man davon aus, so ist dem Paritätsprinzip erst dann Rechnung getragen, wenn in bezug auf alle diese Ziele gleiche Durchsetzungschancen auch für die Arbeitnehmerseite bestehen. Daß dem nicht so ist, bedarf auch gegenüber einem Skeptiker kaum des Beweises. Die Tatsache daß die Gewerkschaften eine so weit gefaßte Tarif- und Arbeitskämpfungsfreiheit gar nicht in Anspruch nehmen⁴¹ sowie die Feststellung, daß nur 30% der (befragten) Arbeitnehmer bereit wären, für eine erweiterte Mitbestimmung in den Streik zu treten⁴², macht zur Genüge deutlich, daß es offensichtlich der Aussperrung

nicht bedarf, um den Arbeitgebern „gleiche Durchsetzungschancen“ zu erhalten. Von einem so konzipierten Paritätsprinzip her kann allein ein weit gefaßtes Streikrecht die von der Verfassung intendierte Gleichgewichtsordnung herbeiführen⁴³.

5. Parität bei marktwirtschaftsimmanenten Zielen

Eine realistische, den Dialog mit der h. L. nicht völlig abschneidende Kritik der Paritätsvorstellungen sollte indessen zumindest als Arbeitshypothese die Prämisse des Adressaten übernehmen. Das bedeutet, nach Chancengleichheit angesichts von Tarifverhandlungen zu fragen, die im wesentlichen nur die Lohnhöhe, die Gewährung von Sozialleistungen sowie einige Fragen der sozialen Sicherheit zum Gegenstand haben.

a) Der Streik bringt dem Unternehmer einen Produktionsausfall und damit – von der Sondersituation einer Überproduktionskrise abgesehen – eine Minderung seines Gewinns. Der Höhe nach wird dieser Verlust häufig durch Streikunterstützung seitens des Arbeitgeberverbands und durch praktisches „Einfrieren“ des Wettbewerbs gemindert⁴⁴. Hinzu kommen „Streikklauseln“, die bei streikbedingten Lieferverzögerungen jeden Schadensersatzanspruch ausschließen und damit die Möglichkeit offenlassen, durch nachträgliche Überstunden den Produktionsrückstand wieder auszugleichen.

Neben diesem finanziellen Verlust wird häufig auf den drohenden Zusammenbruch des Unternehmens und damit den Existenzverlust seines Inhabers hingewiesen⁴⁵. Dabei wird übersehen, daß in unserem Wirtschaftssystem keine irgendwie relevante Gruppe von Arbeitnehmern bereit ist, mit der Vernichtung des Unternehmens auch die eigenen Arbeitsplätze zu zerstören. Trotz aller Antagonismen bestehen unter den Bedingungen der Marktwirtschaft insoweit konvergierende Interessen⁴⁶. Nur in dem absoluten Aus-

34) So *BVerfGE* 18, 26; *Hueck-Nipperdey*, *ArbR* II/1, 7. Aufl. (1963), § 19 A I. Krit. dazu *Schwegler*, *GMH* 1972, 302ff.

35) So auch *Biedenkopf*, *Verh. d. 46. DJT*, Bd. I, S. D 161ff., der an sich eine weite Konzeption der Tarifautonomie vertritt.

36) So ausdr. *G. Müller*, *AuR* 1972, 3.

37) Für wirtschaftsverfassungsrechtliche Neutralität des GG *BVerfGE* 4, 17, st. Rspr.; *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1959, S. 18 ff.; *Hamann*, in: *Hamann-Lenz*, Einf. S. 47; *Hesse*, *VerfR*, 5. Aufl. (1972), S. 12; *Maunz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog*, GG, 3. Aufl. (1971), Art. 14 Rdnr. 8; *Raisch*, *BB* 1971, 232; *L. Raiser*, *Verh. d. 46. DJT*, S. B 18; *Ritter*, *BB* 1968, 1396.

38) *G. Müller*, *AuR* 1972, 3.

39) *Čopić*, GG und politisches StrafR neuer Art, 1967, S. 1ff.; *Sörgel*, *Konsensus und Interessen*, 1969, S. 55; *W. Weber*, *Kräfte und Spannungen im westdeutschen Verfassungssystem*, 3. Aufl. (1970), S. 7 ff., 18 f. S. auch *Carlo Schmid*, *DÖV* 1949, 202ff.

40) *Abendroth-Dietrich*, in: *Hitzer-Opitz*, (Hrsg.), *Alternativen der Opposition*, 1969, S. 90; *Hartwich*, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo*, 1970, S. 49 ff.; *Scheuner*, *AöR* 95, 402; *Sörgel*, S. 109ff.

41) So wird etwa die tarifliche Veränderung der Unternehmensverfassung de lege lata überhaupt nicht, de lege ferenda nur sehr selten gefordert. S. dazu *Spieker*, *Mitbestimmungs-Gespräch* 1962, 186; *Hensche*, *AuR* 1971, 33 ff., sowie für die Europ. Handelsgesellschaft *Lyon-Caen*, Beitrag zu den Möglichkeiten der Vertretung der Interessen der ArbN. in der Europ. AG, *Brüssel* 1970, S. 68 ff.

42) Mitgeteilt bei *Thomssen*, *Wirtschaftliche Mitbestimmung und sozialer Konflikt*, 1970, S. 61.

43) *R. Hoffmann*, *Hamburger Jahrbuch* 1971, 262ff.; *Schwegler*, *GMH* 1972, 300ff.

44) S. die Nachw. bei *Ramm*, *Festschr. f. Abendroth*, 1968, S. 279 ff.

45) So etwa *Rüthers*, *JurA* 1970, 99.

46) *Zutr. Evers*, S. 59.

nahmefall eines grob unvernünftigen Verhaltens oder einer in allen Punkten gleichwertigen anderen Arbeitsmöglichkeit für eine größere Gruppe von Beschäftigten könnte Abweichendes gelten – sie hier zu berücksichtigen, scheint ebenso wenig sinnvoll wie die Ausrichtung des Arbeitskampfes an der relativ wahrscheinlicheren Situation, daß die Arbeitsniederlegung dem Arbeitgeber wegen der Möglichkeit zum Abbau übergroßer Vorräte nicht unwillkommen ist.

Zum Ausgleich dieser Gewinnminderung verliert der streikende Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch. Ist er gewerkschaftlich organisiert, erhält er eine Streikunterstützung, ist er Außenseiter, muß er im Normalfall die staatliche Sozialhilfe in Anspruch nehmen. In beiden Fällen tritt eine fühlbare Beschränkung des Lebensstandards ein, die sich unmittelbar auf die Handlungsmöglichkeiten des Betroffenen und seiner Familie auswirkt⁴⁷. Insofern besteht ein deutlicher Unterschied zu den Streikkonsequenzen, die dem Unternehmer erwachsen: Geminderter Gewinn läßt in 99 von 100 Fällen die Lebensführung unangetastet.

Die größere „Persönlichkeitsnähe“ der beim Arbeitnehmer eintretenden Sanktionen legt den Schluß nahe, daß schon der Lohnausfall ein ausreichendes Korrektiv gegen ein einseitiges Diktat der Arbeitsbedingungen durch die Gewerkschaften darstellt. Den mit dem auf den Unternehmer ausgeübten Druck verbundenen Chancen auf Lohnerhöhung steht die sichere Aussicht (nicht nur das Risiko⁴⁸) einer Einbuße an Lebensstandard gegenüber, was einen vernünftigen Mitarbeiter in vielen Fällen davon abhalten kann, das Wagnis eines Arbeitskampfes einzugehen.

b) Die Verteilung der Gewichte wird noch deutlicher, wenn man dem Streik die Machtmittel gegenüberstellt, die dem Arbeitgeber de lege lata neben der Aussperrung zustehen.

Entgegen der Auffassung des GS muß bereits das „Durchhalten“ des Arbeitskamps, d. h. der Nichtabschluß eines neuen Tarifvertrags als Druckmittel angesehen werden. Wie Evers⁴⁹ und Frey⁵⁰ im einzelnen dargetan haben, überwiegt das Interesse der Arbeitnehmer an einer neuen Kollektivvereinbarung bei weitem das des Arbeitgebers: Für sie ist der Tarifvertrag das wichtigste Mittel, um einen Teil der von ihnen erwirtschafteten Produktivitätssteigerungen für sich selbst nutzbar zu machen. Mißlingt ihnen daher ein geplanter Tarifabschluß, so kommt der gesamte Ertrag des Unternehmens einschließlich der erhöhten Produktivität kraft unserer Eigentumsverfassung dem Unternehmer zugute⁵¹. Um nur den bisherigen Anteil am Sozialprodukt zu halten, müssen sie daher „offensiv“ vorgehen, Lohnerhöhungen fordern und notfalls erzwingen⁵², ein Faktum, das sicherlich nicht unberücksichtigt bleiben darf, wenn man den relativen Rückgang der Arbeitnehmer-einkommen⁵³ und die noch stärkere Polarisierung der Vermögensverteilung⁵⁴ konstatiert.

Darüber hinaus gibt die Lehre vom Betriebsrisiko der Arbeitgeberseite die Möglichkeit, bei Schwerpunktstreiks auch den Lohn nicht im Ausstand befindlicher Arbeitnehmer einzubehalten, sofern eine Weiterbeschäftigung nicht mehr zumutbar ist⁵⁵. Damit wird auch ohne Aussperrung im Grunde eine Suspendierung der Arbeitsverhältnisse in all den Fällen erreicht, in denen ein „berechtigtes Arbeitgeberinteresse“ der Lohnfortzahlung entgegensteht. Daneben steht es dem Arbeitgeber frei, unabhängig von der kampfwisen Auseinandersetzung Rationalisierungsmaßnahmen vorzunehmen, die nach § 1 II KSchG zur Kündigung wegen „dringender betrieblicher Erfordernisse“ berechtigen. Er hat daher legaliter die Möglichkeit, die konkrete wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers zu vernichten, wobei die Vorschrift des § 112 IV BetrVG nur eine Milderung der finanziellen Folgen durch den obligatorisch gewordenen Sozialplan bringt, ohne die Dispositionsfreiheit des Unternehmers im Prinzip zu tangieren⁵⁶. Dem Arbeitgeber wird

schließlich die Befugnis zugestanden, zum Abbau übertariflicher Arbeitsbedingungen Änderungskündigungen auszusprechen; nach der Rechtsprechung des BAG steht dem die tarifliche Friedenspflicht selbst dann nicht entgegen, wenn der Ausspruch der Kündigungen massenweise erfolgt⁵⁷.

Auch wenn die zuletzt genannten Maßnahmen nicht unmittelbar auf den Arbeitskampf bezogen werden, schwächen sie im Ergebnis doch die Verhandlungsposition der Arbeitnehmer und müssen daher bei der Bestimmung der Durchsetzungschancen mitberücksichtigt werden. Stellt man somit in einem Gesamtvergleich die streikbedingte Gewinneinbuße des Unternehmers dem Lohnverlust des Arbeitnehmers und den weiteren aus möglichen Arbeitgeberreaktionen folgenden Risiken gegenüber, so wird deutlich, daß von einem Übergewicht der Arbeitnehmer und Gewerkschaften auch bei einem Streit um Lohn und Sozialleistungen nicht die Rede sein kann. Die Aussperrung wird damit überflüssig; man muß sich im Gegenteil fragen, ob nicht die Betriebsrisikolehre und das Kündigungsschutzrecht einer Revision bedürfen – ein Problem, dem an dieser Stelle freilich nicht nachgegangen werden kann.

c) Die Entbehrlichkeit der Aussperrung wird noch augenfälliger, wenn der auch nach der jetzigen Rechtsprechung mögliche Verlust des Arbeitsplatzes ins Blickfeld gerückt wird:

Für den einzelnen Arbeitnehmer bedeutet er die Vernichtung seiner konkreten Existenz im Betrieb. Der Betroffene wird aus der sozialen Umwelt herausgerissen, in der er rund die Hälfte seines wachen Daseins verbrachte; bestehende menschliche Bindungen werden gelockert, wenn nicht zerrissen. Die bisherige Tätigkeit, die ihm möglicherweise eine gewisse Selbstbestätigung brachte, ist ihm unmöglich gemacht⁵⁸. Darüber hinaus wird häufig auch die wirtschaftliche Existenz vorübergehend oder auf Dauer beeinträchtigt. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bringt in der Regel den Verlust betrieblicher Anwartschaften und damit einen wirtschaftlichen Dauerschaden mit sich. Dazu kommt, daß ein neuer Arbeitsplatz meist nicht dieselben Bedingungen wie der verlassene bietet; die Notwendigkeit einer Einarbeitung, ein betriebliches „Anciennitätsprinzip“ oder generell die Lage auf dem Arbeitsmarkt können es dem einzelnen auch in Zeiten der Hochkonjunktur ungemein erschweren, eine finanziell gleichwertige

47) Dazu eingehend und überzeugend R. Schmid, GMH 1964, 329. Etwas dramatisierend Ramm, JZ 1961, 276, der von der Gefährdung der physischen Existenz spricht.

48) Richtig insoweit Bertele, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, 1960, S. 88 Fußn. 9.

49) S. 61 ff.

50) AuR 1963, 304.

51) Lenz, Festschr. f. Abendroth, S. 209 ff., 213 ff.

52) Das verkennt Evers, S. 54, wenn er meint, „in ihrem Streben nach Aufstieg“ sei die Arbeitnehmerschaft der fordernde Teil.

53) S. die Angaben bei Huffschild, Die Politik des Kapitals, 2. Aufl. (1969), S. 14 f.; Jaeggi, Macht und Herrschaft in der Bundesrepublik, 1969, S. 40 ff.; W. Müller, in: Schäfer-Nedelmann (Hrsg.), Der CDU-Staat, 1967, S. 15.

54) Gleitze, Sozialkapital und Sozialfonds als Mittel der Vermögenspolitik, 1968, S. 6.

55) Zur Kritik s. etwa Ramm, in: Naucke-Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, 1969, S. 157 ff.

56) Zutr. Ekk. Stein, StaatsR, 2. Aufl. (1971), S. 188, der den Streik als Gegenstück zum KündigungsR (und nicht zur Aussperrung) sieht.

57) BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 1; § 56 BetrVG Nr. 4; § 123 GewO Nr. 25 u. a.

58) Auf diesen Aspekt wird im vorliegenden Zusammenhang nie hingewiesen, obwohl andererseits die „betriebliche Verbundenheit“ als Mittel zur Haftungsbegrenzung herangezogen wurde (BAG, AP §§ 898, 899 RVO Nr. 4 – jetzt gesetzlich geregelt in § 637 I RVO). Eine Ausnahme bildet insoweit nur R. Schmid, GMH 1964, 332, der zu Recht meint, das PersönlichkeitsR des Arbeiters sei in der Perspektive des BAG nicht vorhanden.

Tätigkeit zu finden. In der Rezession drohen weitergehende Nachteile: Der Betroffene hat mit Arbeitslosigkeit und daher mit einer Reduzierung seines Lebensstandards bis auf das physische Existenzminimum zu rechnen. Für einzelne Gruppen von Arbeitnehmern droht Entsprechendes schon in der Phase des Aufschwungs: Ältere Arbeitnehmer etwa⁵⁹, Spezialisten mit wenigen Beschäftigungsmöglichkeiten oder solche Arbeitnehmer, die sich bei der Organisation des Arbeitskampfes besonders hervorgetan haben⁶⁰, riskieren immer, keinen neuen Arbeitsplatz zu finden. Besonders gefährdet sind schließlich Gastarbeiter⁶¹: Ihnen droht bei vorübergehender Arbeitslosigkeit die Ausweisung⁶¹ und damit die Notwendigkeit, im Heimatstaat unter Bedingungen zu leben, die oft unter dem durch die deutsche Sozialhilfe Gewährten bleiben.

Für das Gleichgewichtssystem zwischen den sozialen Gegenspielerinnen bedeutet dies eine entscheidende Verschiebung: Der Unternehmer kann über die Existenz seines Gegners verfügen, während dieser ihm nur einen gewissen Vermögensschaden zufügen kann. Dies gibt ein zusätzliches Argument dafür, schon im Lohnausfall und den übrigen Arbeitgeberkampfmitteln ein ausreichendes Äquivalent für die „Streikwaffe“ zu erblicken und bei rechtmäßigen Streiks auf die Aussperrung völlig zu verzichten.

d) Gegen das hier gefundene Ergebnis kann auch nicht § 25 KSchG ins Feld geführt werden, der Kampfkündigungen ausdrücklich ausnimmt⁶². Seinem Wortlaut nach könnte er zwar so verstanden werden, daß er nicht nur den Anwendungsbereich des Gesetzes festlegt, sondern auch eine positive Aussage zur Zulässigkeit von Kündigungen (bzw. der an ihre Stelle tretenden lösenden Aussperrung) macht. Täte er dies, so wäre er jedoch wegen Verstoßes gegen das von Art. 9 III GG intendierte Paritätsprinzip verfassungswidrig. Zumindest kraft verfassungskonformer Interpretation ist er daher als eine bloße Grenzziehungsnorm ohne sachlichen Gehalt aufzufassen.

III. Die Zulässigkeit der Aussperrung gegenüber dem rechtswidrigen Streik

1. Angemessenheit des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Die oben formulierten Einwände gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz stellten entscheidend darauf ab, daß eine freie Auseinandersetzung auf dem Arbeitsmarkt derartige Reglementierungen nicht vertrage. Sie schlagen naturgemäß nicht durch, wenn sich ein Partner außerhalb der Gesetze dieses Marktes stellt und z. B. eine ausdrücklich oder stillschweigend übernommene Friedenspflicht bricht. In diesem Fall scheint das Übermaßverbot sehr viel eher angebracht zu sein, wobei wiederum dahinstehen kann, auf welchen Grundgedanken man sich stützt:

Sieht man in ihm ein Mittel zur generellen Beschränkung von Machtausübung, so verträgt es sehr wohl eine Übertragung auf die Handlungen des de iure wie de facto überlegenen Unternehmers. Betrachtet man es andererseits als Maxime zur Lösung von Rechtsgüterkollisionen ähnlich wie bei Notwehr und Notstand, so ist das Ergebnis kein anderes: Die Abwehr des Unternehmers muß geeignet und erforderlich sein und darf nicht außer Proportion zu dem erstrebten Ziel stehen.

Die insoweit bestehende Übereinstimmung mit dem BAG sieht sich freilich dadurch relativiert, daß der Bezugspunkt, das Ziel, an dem das angewandte Mittel gemessen wird, vom GS nicht benannt wird⁶³. Da es sich um eine Abwehrmaßnahme des Arbeitgebers handelt, können m. E. nur diejeni-

gen Mittel eingesetzt werden, die zur Herstellung eines rechtmäßigen Zustands erforderlich und geeignet sind und deren Nachteile nicht außer Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg des Rechtsfriedens stehen. Will der Unternehmer mehr, nimmt er etwa die rechtswidrige Arbeitsniederlegung zum Anlaß, seinerseits Forderungen zu erheben, so liegt darin ein aggressives Vorgehen, dessen Zulässigkeit im Anschluß zu untersuchen sein wird.

2. Die verhältnismäßigen Mittel

a) Rechtswidrig Streikende erhalten keinen Lohn. Darin liegt die stärkste „Bremse“ gegen allzu häufige Arbeitsniederlegungen. Wirkt sie im konkreten Fall nicht, kann der Arbeitgeber den Streikteilnehmern gegenüber eine suspendierende Aussperrung erklären und damit die Wiederaufnahme der Arbeit auch von seinem Willen abhängig machen. Gegenüber Arbeitswilligen scheidet eine derartige Maßnahme jedoch aus; der rechtswidrige Zustand wird im Normalfall nicht dadurch ausgeräumt, daß bisher Unbeteiligte in die Auseinandersetzung einbezogen werden. Auch soweit eine solche Maßnahme intendiert, eine pflichtwidrig handelnde Gewerkschaft unter Druck zu setzen, indem sie zur Ausgabe von Streikgeldern gezwungen wird, ergibt sich keine Rechtfertigung, da hier der einfachere Weg der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zur Verfügung steht.

b) Führt eine Suspendierung nicht zum Ziel, so fragt sich, ob nunmehr nicht das nächststärkere Mittel einer lösenden Aussperrung angemessen erscheint. Dies wird man jedenfalls dann bejahen können, wenn sonst die eigene Existenz des Unternehmers in Gefahr käme. Werden etwa von den Streikenden keinerlei Erhaltungsarbeiten übernommen und treten deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit Dauerschäden ein, so muß der Unternehmer – von den liberalen Prämissen des bestehenden Rechtssystems aus gedacht – die Möglichkeit zur Anstellung der notwendigen Arbeitskräfte und damit zur Lösung einer entsprechenden Zahl von Arbeitsverhältnissen haben. Darüber hinaus besteht das Recht zur lösenden Aussperrung nur dann, wenn die Streikenden die Rechtswidrigkeit ihres Tuns positiv kannten, da sonst die schwere Sanktion der Existenzvernichtung nicht angemessen erscheint⁶⁴. Im übrigen wäre zu erwägen, ob im Einzelfall nicht die Bewilligung der Forderungen das verhältnismäßigere Mittel zur Wiederherstellung des Arbeitsfriedens ist und deshalb die lösende Aussperrung ausscheidet.

Trotz Auflösung des Arbeitsverhältnisses besteht ein Wiederstellungsanspruch, es sei denn, der Unternehmer hätte die Arbeitsplätze zur Erhaltung seiner eigenen Existenz neu besetzt. Zwischenzeitlich vorgenommene Rationalisierungsmaßnahmen berechtigen nur dann zur Ablehnung, wenn die Voraussetzungen des § 1 II, III KSchG vorliegen und die Rechte des Betriebsrats, insbesondere der Anspruch auf Ausarbeitung eines Sozialplans gem. § 112 IV BetrVG gewahrt sind. In Übereinstimmung mit dem BAG sind besonders geschützte Arbeitnehmergruppen wie Be-

59) So auch *Musa*, RdA 1971, 348.

60) Zahlenangaben in RdA 1971, 182 (z. Z. ca. 2,2 Millionen).

61) Zur Praxis der Ausländerbehörden s. *Rittstieg*, JZ 1971, 113 ff.

62) So aber *Säcker*, Betr. 1969, 1942; gegen ihn *Kunze*, AuR 1969, 290 Fußn. 10; *Herschel*, Betr. 1970, 253; *Rüthers*, JurA 1970, 101 Fußn. 51; *van Gelder*, Betr. 1970, 207.

63) *Zutr. Reuß*, AuR 1971, 357. Vgl. auch *Löwisch*, ZfA 1971, 326.

64) Anders *G. Müller*, RdA 1971, 326, der schon das Kennenmüssen genügen lassen will.

etriebsratsmitglieder, Schwerbeschädigte und werdende Mütter in jedem Fall wieder einzustellen.

Der Streit um die Zulässigkeit der lösenden Aussperrung und den Umfang des Anspruchs auf Neuabschluß eines Arbeitsvertrags wäre reichlich akademisch, könnte der Arbeitgeber statt der Aussperrung die Kündigung aus wichtigem Grund wählen und die Streikteilnehmer fristlos entlassen. Tut man einmal den Schritt von der individuellen zur kollektiven Ebene, um der Arbeitnehmerseite eine ausreichende Position zu sichern, und entwickelt für die dort stattfindenden Auseinandersetzungen Sonderregeln, so ist es inkonsequent, die damit bejahte neuartige Ordnung durch Rückgriff auf individualrechtliche Sanktionen wieder gegenstandslos zu machen. Die Aussperrung bleibt daher einziges Gegenmittel, womit auch eine unzulässige Individualisierung des Streikgeschehens durch Verhängung von Sanktionen gegen Einzelne vermieden wäre⁶⁵.

IV. Die Aggressivaussperrung

Im Wege des obiter dictums hat sich der GS auch zur Angriffsaussperrung bekannt. Daß sie zunächst nur suspendierende Wirkung haben sollte, liegt nach dem Gesamtzusammenhang des Beschlusses auf der Hand; ob der Unternehmer bei entsprechender Dauer des Arbeitskampfes auch zur Lösung schreiten kann, wird nicht ausdrücklich gesagt, dürfte aber zu bejahen sein. Für die Aggressivaussperrung könnte angeführt werden, daß der Arbeitgeber bei rückläufiger Konjunktur die Möglichkeit haben müsse, die während der Aufschwungphase vereinbarte Lohnhöhe den geänderten wirtschaftlichen Umständen anzupassen; bloßes „Durchhalten“ reiche hier nicht aus. Dagegen ist einzuwenden, daß er schon im Wege der Änderungskündigung dieses Ziel erreichen kann; sollen tarifliche Mindestnormen unterschritten werden, so kann er den Tarifvertrag kündigen und ist dann von der zwingenden Wirkung der Tarifnormen frei⁶⁶. Wichtiger jedoch ist *Ramm*'s Hinweis auf das Verbot des sozialen Rückschritts, das den Abbau einmal erreichter sozialer Errungenschaften verbietet⁶⁷. Zwar wird man nie ausschließen können, daß Tarifverhandlungen ein den Status quo verschlechterndes Ergebnis haben, doch steht es einem demokratischen Sozialstaat schlecht an, dem Arbeitgeber neben seinem sonstigen wahrlich nicht unbescheidenen Waffenarsenal auch noch ein Mittel an die Hand zu geben, das den ausschließlichen Zweck hat, die Lebensbedingungen der Arbeitnehmer zu verschlechtern.

V. Gesellschaftspolitischer Stellenwert

Die hier ansatzweise versuchte Kritik bliebe ein wenig vordergründig, wollte man nicht auch die allgemeinen Ordnungsvorstellungen ins Blickfeld rücken, die ausgesprochen oder unausgesprochen dem Beschluß des GS zugrunde liegen. Trotz einiger Vorarbeiten⁶⁸ kann es dabei freilich nicht unsere Aufgabe sein, etwa nach dem Vorbild *Kahn-Freunds*⁶⁹ das „Sozialideal“ des BAG zu bestimmen; empirische Basis und zur Verfügung stehender Raum reichen hierfür bei weitem nicht aus.

Dominierender Gedanke des Beschlusses ist die Option für Arbeitsfrieden und Ordnung. Der Streik wird zwar als Rechtsinstitut anerkannt, doch orientiert sich seine juristische Behandlung nicht am Gedanken potentiellen sozialen Wan-

dels, sondern an der Notwendigkeit zur Wiederherstellung des „Friedens“. Die Ordnung wird als eine statische verstanden; sie hat Eigenwert und wird nicht auf ihre Interessenbindung hin befragt. In diesem Ordnungsgefüge haben neben den Unternehmern auch die Gewerkschaften ihren Platz, Gewerkschaften freilich, die auf die Wahrung des Status quo fixiert sind⁷⁰. Ihre Tätigkeit soll sich daher nach Möglichkeit auf den Abschluß von Verbandstarifen beschränken, die alle betrieblichen Konflikte ausklammern⁷¹ und zu einer weitgehenden Bindung aufgrund der extensiv interpretierten Friedenspflicht führen. Unternehmenstarife werden entgegen dem Wortlaut des § 2 I TVG in einem obiter dictum auf „große“ Arbeitgeber beschränkt; das Verbot des sog. wilden Streiks wird erneut bestätigt, so daß sich eine Mobilisierung der „Basis“ in der Regel nur außerhalb der Legalität – wie sie des BAG interpretiert – erreichen läßt. Das Streikrecht wird nicht nur mehr oder weniger deutlich auf die Er kämpfung derartiger Tarife beschränkt⁷²; auch ein unerwünschter Gebrauch zu diesem Zweck kann als „unverhältnismäßig“ und „gemeinwohlwidrig“ illegalisiert werden. Die Tendenz zur weitestmöglichen Einschränkung des Streiks und darüber hinaus jeder gewerkschaftlichen Machtentfaltung, die sich schon in anderen Entscheidungen gezeigt hatte⁷³, findet hier eine erneute Bestätigung.

Die Option für „Frieden“ und „Ordnung“ wäre erträglich, würde wenigstens eine Legitimation des Status quo versucht, deren Kritisierbarkeit immerhin problematisierend wirken könnte. Wie weit man jedoch von einer damit verbundenen selbstkritischen Reflexion der eigenen Position entfernt ist, zeigt die Definition der Ordnung bei *Gerhard Müller*⁷⁴:

„Ordnung, das ist zutiefst kein polizeistaatlicher Begriff und noch weniger ein Leerbegriff. Ordnung ist vielmehr dem Menschen gemäß und für ihn notwendig sinnvolle Ruhe, die eintritt und gegeben ist, weil jeder die ihm von der Sache her zukommende Position erhält und bewahrt.“

Was ist die „Sache“? Es mag sein, daß sich hinter dieser evidenten Leerformel Ordnungsvorstellungen des Thomismus verbergen, der bisweilen ähnliche Formulierungen gebraucht – sehr viel entscheidender ist der Einwand, daß die bestehende Ordnung samt ihren Unterprivilegierungen und Ungerechtigkeiten unbefragt bleibt. Daran können nur diejenigen interessiert sein, denen der Status quo am meisten nützt – sie zu stärken scheint eines der vornehmsten Anliegen der BAG-Rechtsprechung zum Arbeitskampf zu sein.

65) Im Erg. übereinstimmend *Richardi*, RdA 1971, 343, der allerdings in sehr viel weiterem Umfang die lösende Aussperrung zuläßt. A. A. *Evers*, S. 63; *Reuß*, AuR 1971, 360, u. a.

66) *Hueck-Nipperdey-Stahlhacke*, TVG, 4. Aufl. (1964), § 4 Rdnr. 68.

67) *Ramm*, Das Koalitions- und StreikR der Beamten, 1970, S. 164 m. Nachw.

68) *Rajewsky*, ArbeitskampfR in der Bundesrepublik, 1970; *Ramm*, JZ 1964, 494 ff., 546 ff., 582 ff.

69) In: *Ramm* (Hrsg.), ArbR und Politik, 1966, S. 149 ff.

70) Insofern besteht völlige Übereinstimmung mit den Erg. *Kahn-Freunds*, der die Ordnungsvorstellungen des ital. Faschismus in der Rspr. des RAG wiederfand. Ebenso *Giugni*, Il diritto sindacale e i suoi interlocutori, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 1970, 376, in bezug auf die bundesrepublikanische Arbeitsrechtswissenschaft.

71) *Rajewsky*, S. 57.

72) Krit. dazu *Reuß*, AuR 1971, 360. S. aber auch *van Gelder-Böttner*, JuS 1969, 115.

73) Neben der Rspr. zum Arbeitskampf sind hier insb. zu nennen: BAG (GS) AP Art. 9 GG Nr. 13 (Verbot der Differenzierungsklausel; krit. dazu *Hanau*, JuS 1969, 213); BAG, AP § 4 TVG – Effektivklausel – Nr. 7 (Unzulässigkeit auch der begrenzten Effektivklausel).

74) RdA 1971, 327.