Arbeit und Recht

Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
Herausgeber: Deutscher Gewerkschaftsbund

1/92

Januar 1992 · Jahrgang XL

Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Arbeitskampfrecht mit neuen Konturen?*

I. Einleitung

Zwei Arbeitnehmer waren während des Arbeitskampfes in der Druckindustrie im Jahre 1978 ausgesperrt worden. In Höhe der erhaltenen Unterstützung traten sie ihre auf § 615 BGB gestützten Lohnfortzahlungsansprüche an ihre Gewerkschaft ab. Diese erhob Klage mit dem Argument, die Aussperrung sei rechtswidrig und die Kläger seien arbeitsbereit gewesen. Mit Urteil v. 12. 3. 1985¹ gab das *Bundesarbeitsgericht* der Klage statt. Die dagegen von dem betroffenen Arbeitgeber eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde nunmehr vom *Bundesverfassungsgericht* zurückgewiesen².

Gerechtigkeit läßt bisweilen auf sich warten. Dreizehn Jahre sind eine unzumutbar lange Frist. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß niemandem materielle Not drohte – auch die Rechtsunsicherheit für Gewerkschaften wie Arbeitgeber hat ihren (noch zu erörternden) Preis. Die Gründe in mangelndem Einsatz der Richter zu sehen, geht an der Realität allerdings völlig vorbei.

Im Vergleich zu anderen Entscheidungen des Gerichts ist der vorliegende Beschluß knapp gefaßt. Es fällt auf, daß –

von einer relativ marginalen Ausnahme abgesehen – an keiner Stelle auf die juristische Literatur Bezug genommen wird. Man ist versucht, nach psychologisierenden Erklärungen zu suchen: War es angesichts der unüberschaubaren Masse von Aussperrungsliteratur ein Akt richterlicher Notwehr? Ging es darum, Empfindlichkeiten zu schonen, indem alle gleich (schlecht) behandelt wurden? Oder empfand der Verfasser gar klammheimliche Freude darüber, durch seine Federstriche halbe Bibliotheken zu Makulatur zu machen? Wie dem auch sei, niemand kann dem *Bundesverfassungsgericht* verbieten, sich dem Stil der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Frankreich, Spanien oder Italien anzuschließen, wo niemals wissenschaftliche Autoren zitiert werden³. Im Ergebnis bedeutet dies, daß der Einfluß der gerne als vierte Gewalt apostrophierten Wissenschaft zurückgedrängt wird – tauchen Lehrmeinungen allenfalls noch in vorbereitenden Papieren von Mitarbeitern auf, fehlt der moralische Zwang, sich mit ihnen in extenso auseinanderzusetzen. Dies birgt die Gefahr in sich, daß manches gute Argument unter den Tisch fällt. Auf der anderen Seite setzt sich die Disparität von „herrschender Meinung“ und „abweichender Minderheit“ nicht in die Urteile hinein fort. Das ist eine durchaus erfreuliche Erscheinung überall dort, wo die wissenschaftliche Diskussion noch weit vom herrschaftsfreien Diskurs entfernt ist⁴.

In der Sache selbst setzt das Gericht eine Reihe neuer Akzente. Sein sparsamer Umgang mit Worten führt freilich dazu, daß keine neue Gesamtkonzeption präsentiert wird. Dem Leser erschließen sich nur einzelne Elemente, die er – den Aufgaben mancher Rätelecken nicht unähnlich – zu einem Gesamtbild vervollständigen kann. Im Folgenden sollen diese Elemente zunächst nachgezeichnet und kritisch bewertet werden (unter II). Im Anschluß soll es um die Konsequenzen für die Aussperrung gehen (unter III), während unter IV ein wenig über die weiteren Perspektiven nachgedacht wird.

* Zugleich Besprechung der Entsch. des *BVerfG* v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, abgedruckt in diesem Heft S. 29 ff.

1 *BAG* v. 12. 3. 85, *BAGE* 48, 195 = AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = *ArbuR* 1985 S. 259

2 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *).

3 Vgl. *Kötz*, *RebelsZ.*, Bd. 52 (1988), S. 647 ff. mit hübschen Details: Während im (wahllos herausgegriffenen) 95. Band der Amtlichen Sammlung des *BGH* pro Fall durchschnittlich 13 Zitate enthalten waren, belief sich diese Zahl beim US-Supreme Court auf 7,1 und bei britischen Gerichten auf 1,45. Italienische, spanische und französische Juristen müssen sich damit abfinden, niemals erwähnt zu werden.

4 Vgl. *Däubler*, „Arbeitsrechtliche Forschung in der Bundesrepublik“, *WSI-Mitt.* 1985 S. 64 ff.; in historischer Perspektive vgl. *Dubischar*, „Zur Entstehung der Arbeitsrechtswissenschaft als Scientific Community“, *RdA* 1990 S. 83 ff.

II. Die Struktur der Koalitionsfreiheit

1. Art. 9 Abs. 3 GG als einheitliches Grundrecht

Das *Bundesverfassungsgericht* erschließt den Garantiegehalt des Art. 9 Abs. 3 GG von seinem Zweck, der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ her. Durch seine Einbeziehung in den grundrechtlichen Schutz unterscheidet sich Art. 9 Abs. 3 GG von der allgemeinen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG. Daraus ergebe sich, daß nicht nur der Einzelne geschützt sei, sondern „ebenso die Koalition selber in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihrer Betätigung“. Soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt, würden auch diese vom Schutz des Grundrechts umfaßt. Dazu gehöre auch der tarifbezogene Arbeitskampf⁵.

Damit hat das Gericht erstmals ausdrücklich anerkannt, daß Art. 9 Abs. 3 GG ein gewerkschaftliches Streikrecht beinhaltet. Inwieweit eine generelle Aussperrungsgarantie besteht, blieb dagegen unentschieden. Die Begründung weicht in zwei nicht unwesentlichen Punkten von der bisherigen Rechtsprechung ab.

Zum einen dominiert in der vorliegenden Entscheidung die Wortlautinterpretation, der Rekurs auf den in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Vereinigungszweck. Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes und die historische Entwicklung haben im Grunde nur illustrierenden Charakter. Die ausdrücklich erwähnte Tatsache, daß die Bildung von Koalitionen „in der Vergangenheit vom Staat zeitweilig besonders heftig bekämpft wurde“, wird nur als „Erklärung“ dafür herangezogen, daß Art. 9 Abs. 3 GG über die allgemeine Garantie des Art. 9 Abs. 1 GG hinausgeht. Die kollektive Koalitionsfreiheit sei zwar „im Gegensatz zur Weimarer Verfassung“ nicht ausdrücklich angesprochen, ergebe sich aber aus der Aufnahme des Vereinigungszwecks in den Schutzbereich des Grundrechts. Anders hatte es noch in der Entscheidung v. 18. 11. 1954⁶ geheißen, das Grundgesetz habe „unter Berücksichtigung des bestehenden verfassungs- und arbeitsrechtlichen Zustandes in den Ländern von der rechtlichen Anerkennung der Sozialpartner als selbstverständlich ausgehen“ können.

Außerdem schließe es das ausdrückliche Bekenntnis des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat aus, „ein Grundrecht, dessen Ausdehnung auf soziale Gemeinschaften sich bereits in der Weimarer Zeit angebahnt hatte, nunmehr ohne zwingenden Grund in seiner Wirksamkeit auf Einzelpersonen zu beschränken“. Die andersartige Vorgehensweise wird als solche nicht kenntlich gemacht, sondern durch ein „vgl. BVerfGE 4, 96, 101f.“ eher verdeckt. Auch beim *Bundesarbeitsgericht* finden sich bisweilen ähnliche Formen der verheimlichten Revision früherer Auffassungen⁷. Inhaltlich hätte sich das *Bundesverfassungsgericht* evtl. auf die durch den Einigungsvertrag geänderte Präambel des Grundgesetzes berufen können: Während die frühere Fassung bewußt an die historische Entwicklung anknüpfte („... für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben...“), ist dies seit 1990 nicht mehr der Fall. Allerdings dürfte es schwer vorstellbar sein, dem Bürger in der Gegenwart weniger Freiheitsrechte als zu einer Zeit einzuräumen, in der man noch wie selbstverständlich an die historische Entwicklung anknüpfte.

Die zweite, wichtigere Neuerung besteht darin, daß die Koalitionsfreiheit als einheitliches Grundrecht begriffen wird. Die Gründungs- und Beitrittsfreiheit ist in gleicher Weise Grundrechtsausübung wie der Abschluß eines Tarifvertrags oder die Durchführung eines gewerkschaftlichen Arbeitskampfes. Dies bedeutet, daß auch Einschränkungen nur insoweit möglich sind, wie sie Art. 9 Abs. 3 GG insgesamt zuläßt. Geht man statt dessen davon aus, „eigentlich“ garantiere die Verfassung nur die individuelle Koalitionsfreiheit, Bestands- und Betätigungsgarantie der Koalitionen wollten diese nur effektiv machen, so gelangt man sehr schnell zu einer abgeschwächten Garantie der kollektiven Koalitionsfreiheit. Diese ist dann nur noch in einem „Kernbereich“ garantiert, über dessen Inhalt sich trefflich streiten läßt⁸. Jede Betätigungsform, die über ihn hinausgeht, bedarf gesetzlicher Grundlage⁹ – eine Voraussetzung, die nach Lage der Dinge in weiten Bereichen des kollektiven Arbeitsrechts nicht erfüllbar ist.

2. Die Rechte des einzelnen

Träger der Koalitionsfreiheit sind gleichermaßen Arbeitnehmer wie Arbeitgeber. Auch hier stützt sich das Gericht in erster Linie auf den Wortlaut („für jedermann und alle Berufe“) und verweist zusätzlich darauf, das Grundgesetz habe sich an Art. 165 WeimRV angeschlossen¹⁰. Dies verdient keinen Widerspruch¹¹. Allerdings ist zu beachten, daß die Arbeitgeberkoalition schon mit sehr viel bescheideneren Mitteln (wie z.B. der Einbehaltung des Lohnes während des Streiks) ihre Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erfolgreich fördern kann¹². Die unterschiedliche Ausgangsposition beider Seiten wird auch vom *Bundesverfassungsgericht* anerkannt, wenn es an späterer Stelle des Beschlusses ausführt, Tarifautonomie sei darauf angelegt, „die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen“¹³.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die weitere Aussage, von der Koalitionsfreiheit werde auch dann Gebrauch gemacht, wenn ein Außenseiter ein „Kampfbündnis“ mit einem tariffähigen Verband eingehe, wenn er also dessen Kampfmaßnahme durch eigenes Tun unterstütze¹⁴. Anlaß für diese Feststellung war die Tatsache, daß das aussperrende Arbeitgeberunternehmen nicht dem Ver-

5 So *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la der Gründe.

6 *BVerfG* v. 18. 11. 54, BVerfGE 4, 96 (102).

7 Siehe etwa den Übergang des *BAG* zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in *BAG* v. 20. 12. 84 (AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht = *ArbuR* 1986 S. 379), wo die Distanz zur „Vorgängerentscheidung“ v. 29. 1. 60 (AP Nr. 12 zu § 123 GewO = *ArbuR* 1962 S. 30) kaum angedeutet wird.

8 Vgl. die Nachweise bei *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie (1987).

9 *BVerfG* v. 17. 2. 81, BVerfGE 57, 220 (246). So selbst noch nach der *BVerfG*-Entsch. *Konzen*, Anm. zu *BVerfG*, SAE 1991 S. 338.

10 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la der Gründe; gemeint ist wohl Art. 165 Abs. 1 Satz 2 WeimRV.

11 Näher *Däubler/Hege*, Koalitionsfreiheit (1976), Rdz. 99.

12 *Kittner* (Alternativ-Komm. zum GG, 2. Aufl., Art. 9 Abs. 3 Anm. 24) spricht zu Recht von einem „Bedeutungsgefälle“.

13 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 3b aa der Gründe.

14 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 1b der Gründe.

band angehört hatte. Damit sind auch nichtorganisierte Arbeitnehmer von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, wenn sie sich einem gewerkschaftlich organisierten Streik anschließen. Die Tatsache, daß die „Vereinigung“ nicht länger dauert als der Arbeitskampf selbst, ist ohne Bedeutung. Damit ist auch die sog. ad-hoc-Koalition dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterstellt¹⁵. Wie ihre Betätigungsfreiheit beschaffen ist, läßt sich der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* allerdings nicht entnehmen¹⁶.

3. Die Rechte der Koalitionen

Art. 9 Abs. 3 GG schützt „Bestand, organisatorische Gestaltung und Betätigung“ der Koalitionen¹⁷. Neu an dieser Formulierung ist die ausdrückliche Erwähnung der „organisatorischen Ausgestaltung“¹⁸, womit wohl in erster Linie die Satzungsautonomie gemeint ist. In der Tat ist es vom Wortsinn her nicht unbedingt zwingend, aus dem Begriff „Bestand“ das Gebot herzuleiten, die innere Willensbildung müsse sich frei von Eingriffen Dritter vollziehen können¹⁹. Insofern ist die Klarstellung zu begrüßen.

Dem konkreten Fall entsprechend bestand lediglich Anlaß, die Betätigungsgarantie näher zu konkretisieren. Sie bezieht sich auf die Freiheit zum Abschluß von Tarifverträgen, doch erschöpft sie sich nicht in dieser Handlungsform²⁰. Im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung wird betont, die Koalitionen könnten frei entscheiden, mit welchen Mitteln sie zum Abschluß von Tarifverträgen kommen wollen. Soweit die „Verfolgung des Vereinigungszwecks“ von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt, würden auch diese vom Schutz des Grundrechts erfaßt. Bemerkenswert ist, daß das Gericht insoweit weder von „notwendigen“ noch gar von „unerläßlichen“ Mitteln spricht. Angesichts der im vorangegangenen Satz betonten Wahlfreiheit wird man vielmehr davon ausgehen können, daß alle „wichtigen“ und nützlichen Mittel erfaßt sind, was

beispielsweise für den zulässigen Umfang gewerkschaftlicher Werbung und Information im Betrieb von erheblicher Bedeutung ist²¹. Das *Bundesverfassungsgericht* nahm jedoch nur zum Recht auf Arbeitskampf Stellung: Kampfmaßnahmen würden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, „als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.“ Zur Begründung wird ergänzend auf Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG hingewiesen²². Dazu gehörte der tarifbezogene Streik und – in eingeschränktem Umfang – auch die Aussperrung.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat es vermieden, das Streikrecht von vornherein auf den Abschluß von Tarifverträgen zu beschränken. Es hat sich nicht der zu Recht kritisierten funktionalistischen Interpretation der Koalitionsfreiheit²³ angeschlossen, sich von ihr freilich auch nicht ausdrücklich distanziert. Immerhin spricht der Satz „soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt, werden daher auch diese vom Schutz des Grundrechts erfaßt“ dafür, daß Streiks auch außerhalb von Tarifverträgen zulässig sein können. So wäre etwa der Protest gegen den gesetzlichen Abbau sozialer Sicherungen sicherlich „Verfolgung des Vereinigungszwecks“; von Art. 9 Abs. 3 GG miteerfaßt sind daher Demonstrationen, aber m.E. auch ein kurzfristiger Proteststreik²⁴.

4. Einschränkung der Koalitionsfreiheit

Die wichtigste Klarstellung, die der Beschluß des *Bundesverfassungsgerichts* gebracht hat, liegt in der Bestimmung jener Schranken, die dem Gesetzgeber (bzw. dem an seiner Stelle handelnden Richter) bei der Einschränkung und Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit gezogen sind. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit sei vorbehaltlos gewährleistet; eine Einschränkung sei daher nur zum Schutze der Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte möglich²⁵. Ausdrücklich verweist das Gericht auf seine Rechtsprechung zu anderen vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten²⁶. Ob auch Eingriffe zum Schutz „sonstiger Rechtsgüter“ zulässig sind, blieb ausdrücklich dahingestellt; Leitsatz 3 der Entscheidung nimmt diesen Vorbehalt nicht auf. In der Tat wäre eine solche Auffassung inkonsequent und würde auf einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt hinauslaufen, der zuvor gerade abgelehnt wurde. Neben den „Eingriffen“ steht die Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers. Wie beide abzugrenzen sind, kann im Einzelfall zu Zweifeln Anlaß geben; entscheidend kommt es darauf an, daß die Wirksamkeit der Interessenvertretung im Verhältnis zum Staffis quo ante nicht beeinträchtigt wird²⁷.

Eingriffe in die Koalitionsfreiheit finden ihre Grenze im unantastbaren „Kernbereich“, dessen inhaltliche Bestimmung erneut dahingestellt blieb. Sicherlich gehöre dazu die „Verhandlungsfähigkeit beider sozialer Gegenspieler“ sowie die Fähigkeit, einen wirkungsvollen Arbeitskampf zu führen. Weiter werden der Wesensgehalt der Koalitionsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 GG) sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenzen zulässiger Eingriffe genannt²⁸. Das Verhältnis zur Kernbereichsgarantie wird nicht ausdrücklich angesprochen. Es liegt nahe, beide als identisch zu begreifen: Wenn die Freiheit zum Abschluß von Tarifverträgen oder die Durchführung eines gewerkschaftlichen Streiks eine ganz normale Ausübungsform der Koalitions-

15 Anders noch *Seiter*; Streikrecht und Aussperrungsrecht (1975), S. 76 ff. mit weit. Nachweisen.

16 Zu dieser Problematik vgl. *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 11. Aufl., S. 232, 255 mit weit. Nachweisen.

17 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la der Gründe.

18 Leitsatz 1 des Beschl. v. 26. 6. 91 (Fußnote *) beschränkt sich allerdings auf die traditionellen Begriffe Bestand und Betätigung.

19 Zu den sonstigen Konsequenzen des Bestandsschutzes vgl. *Däubler* (Fußnote 16) S. 91 ff.

20 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la der Gründe („Ein wesentlicher Zweck“), auch zum folgenden.

21 Ebenso schon auf der Basis der früheren Rspr. *Rüthers*, Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb (1967), S. 37; *Pfarr*, „Zur Wahl gewerkschaftlicher Vertrauensleute im Betrieb“, *ArbuR* 1978 S. 291. Zur einengenden Rspr. des *BAG* vgl. *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 6. Aufl., Rdz. 268 ff. mit weit. Nachweisen.

22 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la der Gründe.

23 Vgl. *Blanke*, „Koalitionsfreiheit und Streikrecht im öffentlichen Dienst“, *ArbuR* 1989 S. 1 ff.

24 Ähnlich *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 9. Aufl., C II 13 gegen die bisher h. M.

25 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 3a der Gründe.

26 Ebenso in der Literatur z.B. *Küttner* (Fußnote 12) Art. 9 Abs. 3 Anm. 36.

27 Vgl. *BVerfG* v. 26. 5. 70, *BVerfGE* 28, 243 (260) zur Abgrenzung von Verfahrensregelung und Eingriff bei Art. 4 Abs. 3 GG.

28 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) C I 3a der Gründe.

freiheit des Art. 9 Abs. 3 GG ist, besteht kein Anlaß mehr, neben der Wesensgehaltsgarantie eine weitere „Schranken-Schranke“ zu konstruieren. Das Grundgesetz kennt einen solchen Dualismus nicht, auch bei anderen Grundrechten wie bei der Meinungs- oder Versammlungsfreiheit ist ein „Kernbereich“ schwer vorstellbar. Für die weitere Diskussion um die Konkretisierung des Art. 9 Abs. 3 GG ist die Feststellung wichtig, daß der Kernbereich/Wesensgehalt eben ausschließlich Schranke für Grundrechtseingriffe und nicht etwa die verbindliche Beschreibung des verfassungsrechtlichen Garantiegehalts der kollektiven Koalitionsfreiheit ist²⁹. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts³⁰ und ist neuerdings auch vom Bundesarbeitsgericht zugrunde gelegt worden³¹.

Der Begriff der „Verhandlungsfähigkeit“ dürfte neu sein und Gestaltungen des Tarifvertragssystems ausschließen, die die Koalitionen „atomisieren“. In der Bundesrepublik ist dies glücklicherweise bislang nicht zum Problem geworden, doch kann man auf ein chilenisches Gesetz vom Juli 1991 verweisen, das Tarifverhandlungen überhaupt nur auf Unternehmensebene zuläßt und Branchentarife von der freiwilligen „Einlassung“ der Arbeitgeberseite abhängig macht³². Eine solche gesetzliche Regelung, die die neoliberale Wirtschaftsphilosophie auf die Spitze treibt, wäre unter dem Grundgesetz eine von der Verfassung verbotene Zerstörung der Verhandlungsfähigkeit. Ungleich größere Bedeutung kommt unter unseren Bedingungen der zweiten Konkretisierung des Kernbereich/Wesensgehalts zu: Die Fähigkeit, einen wirkungsvollen Arbeitskampf zu führen, kann dadurch beeinträchtigt sein, daß die Organisierung von Streiks mit unzumutbar hohen finanziellen oder sonstigen Risiken verbunden wird. Eine gesetzliche Regelung, die wie der neugefaßte § 116 Abs. 3 AFG die Gewerkschaft vor die Alternative stellt, entweder finanziell auszubluten oder Massenaustritte der nichtunterstützten mittelbar vom Streik betroffenen Mitglieder in Kauf zu nehmen, läßt sich mit diesem Grundsatz nicht vereinbaren³³. Insofern ist bereits eine gewisse Vorentscheidung in bezug auf das anhängige Verfahren zur Verfassungsmäßigkeit der Neufassung des § 116 AFG gefallen.

5. Die eingeschränkte Garantie der Aussperrung

Während die Notwendigkeit von Streiks angesichts der strukturellen Unterlegenheit des einzelnen Arbeitnehmers für das Gericht unproblematisch war, war dies für die Aussperrung völlig anders. Ob Art. 9 Abs. 3 GG als Mittel zur Interessenwahrung der Arbeitgeberkoalition generell die Aussperrung garantiere, blieb dahinstehen³⁴. Erfaßt seien jedenfalls suspendierende Aussperrungen, die zur Abwehr von Teil- oder Schwerpunktstreiks zur Herstellung der Verhandlungsparität eingesetzt würden. Sie seien „nicht generell geeignet, die durch die Anerkennung des Streikrechts angestrebte Herstellung von Verhandlungsparität wieder zu Lasten der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen“. Methodisch wie inhaltlich vermögen diese Ausführungen nicht zu überzeugen. Der Hinweis, die Verhandlungsparität sei nicht generell gefährdet, räumt einen potentiellen Einwand aus, stellt aber keine eigene Begründung dar. Historische Entwicklung und Praxis sind für das Gericht keine Richtschnur. An späterer Stelle wird in dem Beschluß sogar ausdrücklich hervorgehoben, bei der Schaf-

fung des Grundgesetzes habe noch kein gesicherter Bestand rechtlicher Erkenntnisse zu Streik und Aussperrung bestanden, der vom Verfassungsgeber hätte rezipiert werden können³⁵. Das Paritätsprinzip als solches, aus dem man mit einiger Fantasie ein Aussperrungsrecht herleiten kann, wird nirgends als verfassungsgarantiert bezeichnet; vielmehr bleibt lediglich die entsprechende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vom Grundgesetz her „unbeanstandet“³⁶. Man kann vermuten, daß der außerjuristische Gesichtspunkt der Akzeptanz der Entscheidung durch die Arbeitgeberseite eine ausschlaggebende Rolle gespielt hat: Während die Grundaussagen zu Art. 9 Abs. 3 GG eher der Arbeitnehmerseite entgegenkommen, wird im Hauptpunkt des Verfahrens der Arbeitgeberseite Recht gegeben³⁷. Offen bleibt, ob unter veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen eine andere Auslegung geboten wäre: Dafür spricht, daß die zur Überprüfung stehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausdrücklich mit dem Vorbehalt referiert wird, „unter den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen“ sei eine suspendierende Abwehraussperrung rechtmäßig. Dagegen spricht, daß in den eigenen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts eine entsprechende Relativierung nicht auftaucht³⁸.

III. Die Rechtsprechung des BAG auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand

1. Richterrecht im gesetzefreien Raum

Das Bundesverfassungsgericht beginnt die Schilderung des Sachverhalts mit der apodiktischen Feststellung, daß Arbeitskampfrecht sei gesetzlich nicht geregelt³⁹. Die vom Bundesarbeitsgericht vorgenommene Begrenzung der suspendierenden Aussperrung sei gleichwohl nicht zu beanstanden. Die sog. Wesentlichkeitstheorie, wonach der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen (Beispiel: Zulassung der Kernkraft) alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen müsse, gelte nur für das Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Im vorliegenden Fall gehe es jedoch um das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger. Denkbar sei, daß auch dort, etwa wegen einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht, eine gesetzliche Regelung notwendig wäre. Soweit sie fehle, müßten die Gerichte gleichwohl ihre Pflicht erfüllen, „jeden vor sie

29 So etwa die „Unerläßlichkeitsrechtsprechung“ des BAG; vgl. dazu meine Ausführungen unter IV 1.

30 Überblick über die Rspr. bei Däubler, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Rdz. 90 b ff.

31 BAG v. 3. 4. 90, ArbuR 1991 S. 93 ff. mit Anm. v. Weyand.

32 Art. 79 des Gesetzes N° 19 069, Diario Oficial N° 34 030 de 30 de julio de 1991; dazu Thayer Arteada, Sindicatos y Negociación colectiva, (Santiago de Chile 1991).

33 Näher zu dieser Frage Colneric in Arbeitskampfrecht (Hrsg. Däubler), 2. Aufl., Rdz. 830i bis 830o. Für die Gegenmeinung vgl. Ossensühl/Richardi, Neutralität im Arbeitskampf (1987).

34 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la der Gründe.

35 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 3b aa der Gründe.

36 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la Abs. 4 a. E. der Gründe.

37 Zum vergleichbaren Kompromißcharakter der Aussperrungs-Rspr. des BAG im Jahre 1990 vgl. Däubler, „Perspektiven des Arbeitskampfrechts“, ArbuR 1982 S. 361, 366 ff.

38 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I la Abs. 4 a.E. und Abs. 5 der Gründe.

39 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter A I der Gründe.

gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden“. Bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben müßten sie „das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebend sind“⁴⁰.

Dem kann man im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zustimmen.

Fragwürdig – wenn auch fast allgemein geteilt – ist der Ausgangspunkt, d. h. der konstatierte Mangel an geschriebenem Recht. Zum einen ist Art. 9 Abs. 3 GG nicht anders als z. B. die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG oder die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG in allen seinen Ausstrahlungen unmittelbar geltendes Recht. Niemand ist bislang auf die Idee verfallen, ein „Meinungsfreiheits-“ und ein „Kunstfreiheitsgesetz“ zu reklamieren und die richterliche Entscheidung von Einzelfragen als insgesamt zweifelhaftes Tun eines „Ersatzgesetzgebers“ zu qualifizieren⁴¹. Zum zweiten kennt das Arbeitsvölkerrecht eine Reihe von Streikgarantien, die innerstaatliche Verbindlichkeit besitzen und die z. T. Eingang in die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* gefunden haben⁴². Zwar ist dort (wie in Art. 9 Abs. 3 GG) nur die Berechtigung zur Arbeitsniederlegung ausgesprochen, jedoch nichts zu den Rechtsfolgen gesagt, doch folgt der Wegfall des Lohnanspruches bei den Streikenden entweder aus § 323 BGB oder aus Gewohnheitsrecht⁴³.

Sieht man davon einmal ab, so stellt sich in der Tat das Problem der Wesentlichkeitstheorie. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts wird sie zutreffenderweise nicht auf die Regelung von „Grundrechtskollisionen“ erstreckt⁴⁴, obgleich Abgrenzungsprobleme nicht zu übersehen sind. Auch in der vom *Bundesverfassungsgericht* in Bezug genommenen Kalkar-Entscheidung⁴⁵ ging es u. a. um die Frage, wie die Grundrechte potentieller Betreiber von Kernkraftwerken mit denen der

gefährdeten Bevölkerung zu vereinbaren sind. Daß dort, wo der Gesetzgeber an sich einer Schutzpflicht nachkommen müßte, der Richter in die Bresche springt, ist im Grunde selbstverständlich; andernfalls würden aus der Verfassung hergeleitete Verpflichtungen nur „nach Maßgabe des Gesetzes“ gelten, das Verhältnis Verfassung-Gesetzgeber wäre auf den Kopf gestellt. Auch entspricht es der bisherigen Judikatur des *Bundesverfassungsgerichts*, der richterlichen Rechtsfortbildung durchaus Raum zu geben; erinnert sei an die Entscheidung zu den Rundfunk-Mitarbeitern, wo die Arbeitsgerichte ausdrücklich ermächtigt wurden, den Arbeitnehmerbegriff selbst zu entwickeln und damit den personellen Geltungsbereich aller arbeitsrechtlichen Normen zu bestimmen⁴⁶.

Für ihre konkrete Tätigkeit erhalten die Fachgerichte vom *Bundesverfassungsgericht* allerdings so gut wie keine Anleitungen. Daß sie sich der „anerkannten Methoden der Rechtsfindung“ bedienen müssen, wird niemand bestreiten, doch liegt das eigentliche Problem darin, daß über die Anerkennung als solche durchaus Meinungsverschiedenheiten bestehen⁴⁷. Die als oberster Bezugspunkt genannten „allgemeinen Rechtsgrundlagen“ sind nicht überall vorhanden oder jedenfalls nicht ohne individuelle Wertung konstruierbar. Auch wo es sie gibt, ist ihre Konkretisierung kein reiner Subsumtionsakt – wie das *Bundesverfassungsgericht* anzudeuten scheint –, sondern ein wertender Vorgang, der nicht zuletzt vom gesellschaftspolitischen Vorverständnis der Richter abhängt. Gegenüber allen diesen (und weiteren) Fragen hat sich das *Bundesverfassungsgericht* mit seiner kurzen Formulierung immunisiert. Ein weiteres kommt hinzu. Wenn man – was unvermeidlich und m. E. weithin sogar zu begrüßen ist – den richterlichen Ersatzgesetzgeber akzeptiert, muß man von ihm auch ein Verfahren verlangen, das dem des Gesetzgebers einigermaßen äquivalent ist. Es ist nicht akzeptabel, daß Rechtssetzung nicht nur durch eine demokratisch weniger legitimierte Instanz, sondern auch noch gewissermaßen im vereinfachten Verfahren erfolgt. Dies bedeutet konkret, daß der fragliche Lebensbereich umfassend aufgeklärt werden muß; der Richter sollte sich z. B. Kenntnis davon verschaffen, ob der zu entscheidende Einzelfall repräsentativen oder atypischen Charakter trägt. Dies bedeutet, daß Erkenntnisquelle nicht allein der von den Parteien vorgetragene Streitstoff sein darf; geht es um Normenbildung über den Einzelfall hinaus, ist die Verhandlungsmaxime fehl am Platz. Im *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* ist dem durch Einschaltung von Verfassungsorganen und durch (großzügig praktizierte) Anhörung von Verbänden Rechnung getragen⁴⁸. Bei obersten Bundesgerichten müßte Entsprechendes vorgesehen werden. Es wäre schön, wenn sich das *Bundesverfassungsgericht* bei nächster Gelegenheit zu diesem Problembereich äußern könnte.

Im Ergebnis ist allerdings die Diskussion um ein Arbeitskampfgesetz ausgestanden; die von verschiedenen Autoren behauptete Handlungspflicht des Gesetzgebers⁴⁹ hat in Karlsruhe keine Zustimmung gefunden.

2. Vertrauensschutz bei einer Änderung der Rechtsprechung?

Das Urteil des *Bundesarbeitsgerichts* war von dem Beschwerdeführer weiter mit dem Argument angegriffen

40 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 2a der Gründe.

41 Die im Zusammenhang etwa mit Art. 5 Abs. 1 GG zu entscheidenden Fragen sind vermutlich nicht weniger zahlreich als bei Art. 9 Abs. 3 GG. Sind Meinungen und Tatsachenbehauptungen gleichzubehandeln, bestehen unterschiedliche Grundsätze für Aussagen im politischen Meinungskampf, in der Werbung und im Privatbereich? Was bedeutet es, wenn Rechte Dritter z. B. das Recht am Gewerbebetrieb „im Lichte“ der Meinungsfreiheit zu interpretieren sind? Gilt die Meinungsfreiheit auch im Arbeitsverhältnis?

42 BAG v. 12. 9. 84, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = ArbuR 1985 S. 28 = RdA 1985 S. 59.

43 Der *EuGH* nimmt in seinem Urt. v. 18. 3. 75 (ArbuR 1975 S. 220 mit Anm. v. *Däubler*) insoweit sogar einen allgemeinen Rechtsgrundsatz der EG-Mitgliedstaaten an.

44 Ebenso *Kloepfer*, „Arbeitsgesetzgebung und Wesentlichkeitstheorie – Zur Verfassungspflicht einer Gesetzgebung insbesondere im Arbeitskampfrecht“, NJW 1985 S. 2497, 2500; zustimmend *Konzen* (Fußnote 9) S. 337.

45 BVerfG v. 8. 8. 78, BVerfGE 49, 89 ff.

46 BVerfG v. 13. 1. 82, BVerfGE 59, 231 (257, 264).

47 Vgl. nur *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970).

48 Vgl. § 94 BVerfGG.

49 *Friauf*, „Die verfassungsrechtlichen Vorgaben einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Arbeitskampfordnung“, RdA 1986 S. 188 ff.; *Kloepfer* (Fußnote 44) S. 2497; *Seiter*, „Zur Gestaltung der Arbeitskampfordnung durch den Gesetzgeber“, RdA 1986 S. 165 ff.

worden, es stehe im Widerspruch zur Entscheidung des *Großen Senats* des *Bundesarbeitsgerichts* v. 21. 4. 1971⁵⁰. Daraus leitete der Beschwerdeführer drei Konsequenzen ab.

- Der erkennende Senat hätte nicht ohne erneute Vorlage an den *Großen Senat* entscheiden dürfen. Die Verletzung dieser Pflicht verstoße gegen das in Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG garantierte Recht auf den gesetzlichen Richter⁵¹. Im vorliegenden Verfahren war diese (angebliche) Grundrechtsverletzung allerdings erst nach Ablauf der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 BVerfGG gerügt worden, so daß sich das *Bundesverfassungsgericht* nicht zur Sache äußern konnte⁵².

- Eine Abweichung von früheren höchstrichterlichen Urteilen sei nur bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen zulässig. Dem widersprach das *Bundesverfassungsgericht*⁵³: Da höchstrichterliche Urteile kein Gesetzesrecht seien, verstoße eine Abweichung grundsätzlich nicht gegen Art. 20 Abs. 3 GG. Das Gericht kann sich also jederzeit eines Besseren besinnen. M.E. hätte der Hinweis genügt, daß ja auch vom parlamentarischen Gesetzgeber nicht verlangt wird, nur bei Änderung der Verhältnisse tätig zu werden; auch ihm wird jederzeit ein Lernprozeß zugestanden.

- Schließlich sei der Grundsatz des Vertrauensschutzes verletzt. Für ihn, den Beschwerdeführer, sei es nicht voraussehbar gewesen, daß die Aussperrung des Jahres 1978 nach anderen Grundsätzen als denen des *Großen Senats* des *Bundesarbeitsgerichts* von 1971 beurteilt würde. Das *Bundesverfassungsgericht* lehnte eine generelle Stellungnahme zum Vertrauensschutz bei Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ab⁵⁴. Die angegriffene Entscheidung habe die Grundsätze des *Großen Senats* lediglich fortentwickelt. Außerdem seien diese auf so erhebliche Kritik gestoßen, daß ihr unveränderter Fortbestand nicht hätte als gesichert erscheinen können.

Im hier entschiedenen Fall ist dem *Bundesverfassungsgericht* uneingeschränkt zuzustimmen. In der Tat lag keine Abweichung vom *Großen Senat* des *Bundesarbeitsgerichts*, sondern nur eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf den Einzelfall vor. Auch die (im vorliegenden Verfahren nicht relevante) Quotenregelung⁵⁵ hält sich in diesem Rahmen. Anderes würde nur dann gelten, wenn die Aussperrungsgrenze der Verhältnismäßigkeit einen völlig neuen Inhalt bekommen oder insgesamt negiert würde. Die am *Großen Senat* des *Bundesarbeitsgerichts* geübte Kritik war zwar „erheblich“, doch muß man sich die Frage stellen, ob sie einen etwaigen Vertrauensschutz zerstören könnte: Ist ein nicht-organisierter Arbeitgeber wirklich gezwungen, einen Anwalt zu konsultieren, der einen umfassenden Überblick über die arbeitskampfrechtliche Diskussion besitzt? Daß der Bürger das geltende Recht samt der dazugehörigen Rechtsprechung vollständig kennt, ist eh eine Fiktion⁵⁶. Daß er auch noch die gewiß klugen und tiefgründigen Betrachtungen der Arbeitskampfrechtler zur Kenntnis nimmt und bewertet, ist vollends unreal. Möglicherweise könnte eine Lösung in der Richtung liegen, daß man gar nicht nach dem psychologischen Phänomen des Vertrauens, sondern danach fragt, ob die Erstreckung einer geänderten Rechtsprechung auf in der Vergangenheit liegende Sachverhalte zu unzumutbaren Belastungen für den einzelnen führt⁵⁷.

3. Die Verhandlungsparität als verfassungskonformer Bezugspunkt

Nach Auffassung des *Bundesverfassungsgerichts* ist es „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“, daß sich das *Bundesarbeitsgericht* bei der Ausgestaltung des Aussperrungsrechts am Gedanken des Verhandlungsgleichgewichts bei Tarifauseinandersetzungen orientiert. Würden Arbeitskämpfe zu einem Ungleichgewicht führen, wäre die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt⁵⁸. „Verfassungsrechtlich unbedenklich“ sei es auch, daß das *Bundesarbeitsgericht* nicht alle denkbaren Einflußfaktoren einbeziehe, sondern nur auf die in einer Tarifauseinandersetzung konkret mobilisierbaren Kräfte abstelle⁵⁹. Dabei sei auch eine „vereinfachende Sicht“, wonach die Einschätzung des Kampfesgeschehens auf wenige Kriterien beschränkt wäre, möglich. Schließlich sei es auch unbedenklich, daß nur die Aussperrung, nicht jedoch der Streik am Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessen würde⁶⁰ und daß die Beurteilung allein auf den Aussperrungsbeschluß abstelle, während es beim Streik auf die Zahl der tatsächlich in den Ausstand Treten den ankomme⁶¹.

Von außerordentlich weitreichender Bedeutung ist die Tatsache, daß dem Paritätsprinzip entgegen der herrschenden Meinung in der Literatur⁶² kein Verfassungsrang eingeräumt wird. Der Arbeitsgerichtsbarkeit steht es daher von Verfassungen wegen jederzeit frei, zu einer anderen Konzeption überzugehen. So könnte sie sich beispielsweise mit einer reinen Mißbrauchskontrolle begnügen, die Streik und Aussperrung nur dann für rechtswidrig erklärt, wenn die wirtschaftliche Existenz des Gegenspielers ernsthaft gefährdet ist.

Auch bei der Handhabung des Paritätsprinzips haben die Fachgerichte freie Hand. So wäre es etwa zulässig, das Konzept der „tarifbezogenen Parität“ aufzugeben und statt dessen auf die sog. Gesamtparität abzustellen, d. h. nach allen Faktoren zu fragen, die die tatsächliche Durchsetzungsmacht im Rahmen der Tarifverhandlungen bestimmen⁶³. Der Einschätzungs- und Regelungsspielraum der

50 BAG (GS) v. 21. 4. 71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = ArbuR 1971 S. 384 mit Anm. v. Reuß.

51 So insbes. auch Rütters, Grauzone Arbeitsrechtspolitik (1986), S. 84.

52 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter B der Gründe.

53 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 2b der Gründe.

54 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 2c der Gründe, auch zum folgenden.

55 BAG v. 10. 6. 80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

56 Dazu Dimmel, „Überlegungen zur Funktion des Nicht-Wissens von Recht“, ZRSoz., Bd. 7 (1986), S. 143 ff. Nur zur Illustration: Bei Palandt (BGB, 35. Aufl.), findet sich in den Vorbemerkungen vor § 620 lediglich eine kommentarlose Wiedergabe der Entscheidung des *Großen Senats* (Anm. Ie bb).

57 So etwa bei der unechten Rückwirkung von Gesetzen BVerfG v. 23. 3. 71, BVerfGE 30, 392 (402) mit weit. Nachweisen.

58 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 3b aa der Gründe.

59 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 3b bb der Gründe.

60 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 3b cc der Gründe.

61 BVerfG v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 3b dd der Gründe.

62 Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht (1980), S. 168 mit weit. Nachweisen in Fußn. 1.

63 Für diese Konzeption insbes. Däubler, „Die unverhältnismäßige Aussperrung“, JuS 1972 S. 642 ff.; Kittner, „Parität im Arbeitskampf?“

Arbeitsgerichte ist insoweit fast unbeschränkt⁶⁴. Die Grenzen sind – abstrakt gesprochen – erst dann überschritten, wenn die Bemessung von Rechten im Arbeitskampf die Tarifautonomie funktionsunfähig macht, also jenen schon vom *Bundesarbeitsgericht* beschworenen Zustand herbeiführt, wo die eine Seite der anderen das Ergebnis diktieren kann. Da in einem solchen (hoffentlich nie eintretenden) Fall vermutlich jede rechtliche Hilfe zu spät käme, hat die Arbeitsgerichtsbarkeit im Grunde einen Blankoscheck. Dies bedeutet zugleich, daß auch der Gesetzgeber – etwa in Einzelfragen – intervenieren kann, um für ein Stück mehr Rechtssicherheit zu sorgen. Den naheliegenden Versuch, die Paritätsvorstellung des *Bundesarbeitsgerichts* am Rechtsstaatsprinzip, insbesondere am Bestimmtheitsgrundsatz zu messen⁶⁵, hat das *Bundesverfassungsgericht* nicht unternommen. Die Verantwortung für die künftige Handhabung des Paritätsprinzips liegt allein bei den Arbeitsgerichten.

IV. Perspektiven

1. Unmittelbare Konsequenzen der Entscheidung

In der „Hauptfrage“, der Zulässigkeit der Aussperrung, bleibt alles beim alten. Die Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* hat zwar keine generellen verfassungsrechtlichen Weihen erhalten, ist als solche aber ungeschoren davongekommen.

Völlig anders stellt sich die Situation bei all jenen Fragen dar, die bisher unter Rückgriff auf den „Kernbereich“ gelöst wurden. Die Auffassung des *Bundesarbeitsgerichts*, die Wahl von gewerkschaftlichen Vertrauensleuten im Betrieb⁶⁶, das Aufkleben eines Gewerkschaftsblems auf

den dem Arbeitgeber gehörenden Schutzhelm⁶⁷ und die Verteilung von Gewerkschaftszeitungen an Mitglieder im Betrieb⁶⁸ würden nicht in den „Kernbereich“ der spezifisch koalitionsmäßigen Betätigung fallen und seien deshalb nicht von Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt, gehört nunmehr der Vergangenheit an. In allen drei Fällen geht es um normale Mittel der Interessenvertretung, für deren Einschränkung keine Rechtfertigung ersichtlich ist⁶⁹. Auch das koalitionsrechtliche Zugangsrecht zum Betrieb⁷⁰ erscheint nunmehr in anderem Licht; ausgeschlossen ist es nach Auffassung des 2. *Senats* des *Bundesverfassungsgerichts* nur in kirchlichen Einrichtungen⁷¹. Davon, daß der Richter im Gegensatz zum Gesetzgeber nur eine Art Minimalschutz sicherstellen solle⁷², ist in der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* nicht die geringste Andeutung zu finden.

Stillschweigend korrigiert wurde weiter die These des *Großen Senats* des *Bundesarbeitsgerichts*, alle Arbeitskampfmaßnahmen, d.h. also auch Streiks seien am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen⁷³. Die Freistellung von Streiks und anderen Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitnehmer hat zwar in der gegenwärtigen Praxis der langsam eskalierenden „Warnstreiks“ keine große Bedeutung, kann jedoch unter veränderten Umständen wichtig werden: Der sehr schnelle Einsatz eines Flächenstreiks sähe sich jedenfalls nicht dem Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit ausgesetzt.

Nicht ausdrücklich angesprochen ist der Solidaritätsstreik. Für seine grundsätzliche Zulässigkeit spricht die Auffassung des *Bundesverfassungsgerichts*, daß auch ein „vorübergehendes Kampfbündnis“ eines Außenseiters mit einem tariffähigen Verband von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sei⁷⁴. Wenn sich unorganisierte Arbeitgeber oder Arbeitnehmer einem Arbeitskampf anschließen dürfen, warum sollte dies nicht auch für die (organisierten oder unorganisierten) Belegschaften anderer Betriebe der Fall sein? Eine Begrenzung des Streiks auf das Tarifgebiet ist nirgends angedeutet; die Freistellung vom Verhältnismäßigkeitsprinzip spricht im Gegenteil eher für die Zulässigkeit der „Grenzüberschreitung“.

2. Zulässigkeit eines gesetzlichen Aussperrungsverbots?

Das seit Ende der 70er Jahre geforderte gesetzliche Aussperrungsverbot⁷⁵ läßt sich auf der Basis der vorliegenden Entscheidung schwerlich durchsetzen. Zwar ist es nicht verboten, ein Gesetz zu erlassen, das der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* widerspricht⁷⁶, doch ist das „Verwerfungsrisiko“ in diesem Falle außerordentlich hoch. Möglich wäre dagegen, solche Aussperrungsformen zu verbieten, die auch nach Auffassung des *Bundesarbeitsgerichts* nichts mit der Abwehr eines Teil- oder Schwerpunktstreiks zu tun haben: Dies gilt für die Angriffsaussperrung ebenso wie für die Sympathieaussperrung außerhalb des Tarifgebiets sowie für die lösende Aussperrung.

3. Verbleibende Unsicherheiten

Das *Bundesverfassungsgericht* hat eine Reihe von Fragen geklärt. Der freiheitsrechtliche Charakter des Art. 9 Abs. 3 GG wurde – insgesamt gesehen – ein wenig gestärkt. Das Hauptproblem des derzeitigen Arbeitskampfrechts bleibt freilich unverändert: Die Neufassung des § 116 AFG macht jeden größeren Streik in der

GewerkMH 1973 S. 91 ff.; Zichert/Metzkel/Hamer, Die Aussperrung (1978) S. 125 ff.; Wolter, „Aussperrung, Parität und Verhältnismäßigkeit“, *ArbuR* 1979 S. 193 ff.

64 Vgl. auch Löwisch/Rieble in Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht (Hrsg. Löwisch) (1989), Rdz. 50.

65 Kritisch wegen zu großer Unbestimmtheit Zöllner, „Die Fortentwicklung des Richterrechts zum Arbeitskampf, insbes. zur Aussperrung“, *DB* 1985 S. 2453; ähnlich Rütters, „Zur Beseitigung von Arbeitsverträgen durch die Aussperrung“, *DB* 1969 S. 967 ff.; anders ders. in Brox/Rütters, *Arbeitskampfrecht*, 2. Aufl., Rdz. 168.

66 *BAG* v. 8. 12. 78, *ArbuR* 1979 S. 254 mit Anm. v. Pfarr.

67 *BAG* v. 23. 2. 79, *ArbuR* 1979 S. 381 mit Anm. v. Zichert.

68 *BAG* v. 23. 2. 79, AP Nr. 29 zu Art. 9 GG = *ArbuR* 1979 S. 350 = *DB* 1979 S. 1185.

69 Näher zur neuen Kernbereichslehre oben II 4; wie hier auch Schmalz, „Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Aussperrung“, *PersR* 1991 S. 403.

70 Abgelehnt in *BAG* v. 19. 1. 82, AP Nr. 10 zu Art. 140 GG = *ArbuR* 1982 S. 162 = *DB* 1982 S. 1015 und *BAG* v. 26. 1. 82, AP Nr. 35 zu Art. 9 GG = *ArbuR* 1982 S. 293 mit Anm. v. Herschel = *DB* 1982 S. 1327.

71 *BVerfG* v. 17. 2. 81, *BVerfGE* 57, 220 ff.

72 Kissel, „Die Rechtsprechung des BAG in Arbeitskampfsachen im Jahre 1988“, *NZA* 1989 S. 81.

73 *BAG* v. 21. 4. 71 (Fußnote 50); die entsprechenden Ausführungen des *BVerfG* (Fußnote *) finden sich unter C I 3b cc der Gründe; kritisch dazu Konzen (Fußnote 9) S. 337.

74 *BVerfG* v. 26. 6. 91 (Fußnote *) unter C I 1b der Gründe.

75 Dazu Bobke, *Gewerkschaften und Aussperrung* (1982), S. 41 ff.; vgl. weiter den Gesetzentwurf der Grünen, abgedruckt in *GewerkMH* 1984 S. 443.

76 *BVerfG* v. 6. 10. 87, *BVerfGE* 77, 84.

Metallindustrie und in einigen anderen Branchen zu einem Abenteuer mit ungewissem Ausgang. Dazu kommt ein hohes Haftungsrisiko⁷⁷, das übrigens auch die Arbeitgeberseite trifft: Schätzt sie das zulässige Maß der Aussperrung falsch ein, muß sie ohne Rücksicht auf Verschulden nach § 615 BGB den Lohn der zu Unrecht ausgesperrten Beschäftigten weiterbezahlen. „Streikbekämpfung durch Rechtsunsicherheit“ wäre ein zutreffendes Motto für die

bisherige Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts*. Rechtsunsicherheit ist im Rechtsstaat jedoch kein zulässiges Steuerungsmittel. Dies gilt um so mehr, als die Ausübung eines Grundrechts in Rede steht.

77 Vgl. *Blanke*, „Das Arbeitskämpfrecht des Grundgesetzes und das neue Arbeitskämpfkonzepkt des BAG“, *NZA* 1990 S. 213.

Professor Dr. Eugen Stahlhacke, Köln

Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis*

I. Allgemeines

Die Erfüllung des Arbeitsverhältnisses ist wegen seines Charakters als Dauerschuldverhältnis von Leistungs- und Mitwirkungshandlungen des Arbeitnehmers und Arbeitgebers abhängig. Diese Handlungen sind Störungen ausgesetzt, die zum Annahmeverzug des Arbeitgebers führen, wenn er notwendige Mitwirkungshandlungen bei der Erfüllung des Arbeitsverhältnisses unterläßt. § 615 Satz 1 BGB bestimmt: Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. § 615 BGB ist eine Ausnahme vom Prinzip „ohne Arbeit keinen Lohn“ und bestätigt somit das Synallagma von Lohn und Arbeit im Dienst- und Arbeitsvertragsrecht.

Der Annahmeverzug des Arbeitgebers war bis 1984 ein relativ ruhendes Problem. Man beschäftigte sich gelegentlich mit ihm¹, beklagte, daß die Regelung des Annahmeverzuges im BGB (§§ 293 ff.) auf das Arbeitsverhältnis nicht recht paßte, jedoch blieb man, vor allem die Rechtsprechung, auf der alten jahrzehntelang gehaltenen Linie. Im Jahre 1984 vollzog das *Bundesarbeitsgericht* eine erste Wende in der Frage der Notwendigkeit eines Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer nach einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung. Die zweite Wende wurde 1990 eingeleitet. Sie betraf die Wirkung von Krankheitszeiten im Annahmeverzugszeitraum, d. h. die Frage, ob der Arbeitnehmer nach seiner Wiedergenesung dem Arbeitgeber seine Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit erneut anzeigen mußte, damit sein Anspruch aus § 615 BGB erhalten blieb. Fortgesetzt wurde die zweite Wende in einer Entscheidung v. 24. 10. 1991. Ob die Wendemanöver gelungen sind, das werden wir sehen. In beiden Fällen ist eine lange Rechtsprechung aufgegeben worden. Die Beschäftigung mit dem Annahmeverzug ist also wieder spannender geworden.

II. Voraussetzungen des Annahmeverzuges

Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind:

- ein Angebot der Arbeitsleistung,
- Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit,
- Nichtannahme der Leistung durch den Arbeitgeber.

1. Angebot der Arbeitsleistung

Der Arbeitnehmer muß seine Arbeitsleistung grundsätzlich tatsächlich anbieten (§ 294 BGB). Er muß also zur rechten Zeit am rechten Ort erscheinen und bereit sein, im Rahmen seiner vertraglichen Tätigkeit zu arbeiten. Ob zu Beginn der Arbeitszeit eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers, d. h. eine Arbeitsanweisung des Arbeitgebers oder eines Vertreters notwendig ist, kann abstrakt nicht gesagt werden. Das ist eine Frage, die aus dem Arbeitsvertrag durch Auslegung zu ermitteln ist. In vielen, ja wohl den meisten Fällen kann der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichten, ohne daß jeweils eine konkrete Arbeitsanweisung erfolgt. Das gilt erst recht für Arbeitnehmer, die weitgehend selbständig ihre Arbeit einteilen und ausüben². Es kann aber ebenso z. B. für Kanzleikräfte gelten, die die ihnen an den Arbeitsplatz gebrachten Arbeiten abarbeiten.

Warum erwähne ich das? Die gegebenenfalls notwendigen fortdauernden Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers im Rahmen des Arbeitsvertrages sind keine Mitwirkungshandlungen i. S. des § 295 Satz 1 zweite Alternative BGB; denn andernfalls müßte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erst mitteilen, was er am Arbeitsplatz zu tun hat, bevor dieser die Pflicht hat, sich einzufinden. Sonst würde ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers auch in diesem Falle genügen. Das wäre, wie *Löwisch* meint, eine lebensfremde Verkehrung von Regel und Ausnahme³. Also, der Arbeitnehmer hat vorzuleisten, tatsächlich seine Dienste anzubieten, ggf. erfolgen dann Direktionsanweisungen des Arbeitgebers, sofern sie notwendig sind oder werden. Im laufenden Arbeitsverhältnis ist das nicht streitig; wenig beachtet wird aber, daß die Mitwirkungshandlungen des Arbeitgebers nach § 295 BGB die gleichen sind wie die nach § 296 BGB, d. h. der Begriff im § 296 BGB ist mit dem im § 295 BGB identisch. Darauf komme ich noch zurück.

* Referat, das der Verfasser auf der 3. Arbeitsrechtlichen Jahresarbeitsstagung des Deutschen Anwaltsinstituts e. V. Bochum am 18. 11. 1991 in Bad Homburg gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten.

1 Vgl. vor allem *Blomeyer*, Anm. zu *BAG*, AP Nr. 26 zu § 615 BGB.

2 Vgl. dazu *Staudinger/Richardi*, *BGB*, § 615 Anm. 71, die in diesem Falle bei grundsätzlicher Anerkennung der neuen Rechtsprechung des *BAG* über die Beweislastverteilung ein Angebot des Arbeitnehmers verlangen.

3 *Löwisch*, Anm. zu *BAG*, *EzA* § 615 BGB Nr. 66.