

**JURISTISCHE  
STUDIENGESELLSCHAFT  
HANNOVER**

**Wolfgang Däubler**

**Legalität  
und Legitimität der  
Aussperrung**

**GIESE  
KING**

**2**

Schriftenreihe der  
Juristischen Studiengesellschaft Hannover  
Heft 2

---

**Wolfgang Däubler**

---

**Legalität  
und Legitimität der  
Aussperrung**

---

Giesecking Verlag Bielefeld 1979

## Vorwort

Aus verschiedenen Gründen kann in absehbarer Zeit nicht mit einer Kodifikation des individuellen und des kollektiven Arbeitsrechts in der Bundesrepublik Deutschland gerechnet werden. Alle um die Rechtsentwicklung bemühten Instanzen tragen deshalb erhöhte Verantwortung, auf diesem für die Wahrung des sozialen Friedens in unserem Lande so wichtigen Rechtsgebiet zu einer Klärung offener und umstrittener Probleme beizutragen. Die Juristische Studiengesellschaft Hannover hat sich dieser Aufgabe dadurch gestellt, daß sie zwei Vortragsveranstaltungen über Legalität und ordnungspolitische Legitimität der Hauptkampfmittel in der Tarifaueinandersetzung durchgeführt bzw. geplant hat. Mit diesem zweiten Heft ihrer Schriftenreihe veröffentlicht sie die erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, den Herr Prof. Dr. *Wolfgang Däubler* am 16. November 1978 vor der Studiengesellschaft gehalten hat und der schon in der Diskussion lebhaftere Reaktionen verbuchen konnte. Im Winterhalbjahr 1979/80 soll dann von Herrn Prof. Dr. *Reinhard Richardi* ein Vortrag über die Grenzen der Zulässigkeit des Streiks folgen, der ebenfalls zur Veröffentlichung in der Schriftenreihe vorgesehen ist.

Die Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover kann über den Buchhandel oder direkt von der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Hanomagstr. 8, 3000 Hannover 91, bezogen werden. Für die Mitglieder der Gesellschaft besteht die Möglichkeit eines Abonnements zum Vorzugspreis.

Hannover, im Juni 1979

Der Vorstand

© 1979 by Juristische Studiengesellschaft Hannover,  
Hanomagstr. 8, D-3000 Hannover 91.  
Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld  
Druck: Ernst Gieseking, Graphischer Betrieb, Bielefeld

## I. Einleitung

1. Die Aussperrung ist in aller Munde. Die erbitterten Auseinandersetzungen in der Metall- und der Druckindustrie im Frühjahr 1978 sowie der Stahlarbeiterstreik im Winter 1978/79 haben aus einem latenten ein aktuelles Problem gemacht. Die betroffenen Gewerkschaften haben – ein Novum im Umgang mit den Arbeitsgerichten – ca. 40.000 Klagen erhoben, die allesamt das Ziel verfolgen, Lohnansprüche für die Zeit der Aussperrung durchzusetzen.<sup>1</sup> Zu Beginn der Aktion schien es, als wolle man das für den Arbeitskampf selbstverständliche kollektive Vorgehen in das gerichtliche Verfahren hineinragen und so die traditionellen Spielregeln der Auseinandersetzung verändern. Daß man davon sehr schnell Abstand nahm und nur eine Reihe von Musterprozessen bis zum BAG treiben will, hatte sicherlich organisatorische Gründe; daneben mag die Erwägung gestanden haben, die Arbeitsgerichte nicht auf längere Zeit für andere Verfahren zu blockieren. Dennoch wird im Kontext jeder einzelnen Klage deutlich, daß es um mehr geht als um einige 100,- DM rückständigen Lohn, daß das die gesamte Gewerkschaftsbewegung betreffende politische Problem der Aussperrung zu entscheiden ist.

2. Warum gab es – so möchte man fragen – vergleichbare Initiativen nicht schon 1963, 1971 oder 1976, wo ebenfalls Massenaussperrungen erfolgten? Ein wichtiger, vielleicht der wichtigste Grund liegt darin, daß in den Konflikten des Frühjahrs 1978 zum ersten Mal eine neue Dimension sichtbar wurde: Die Gefahr, daß der Streikfonds nicht mehr zur Unterstützung aller Betroffenen ausreicht, daß die Gewerkschaft finanziell ausblutet.

Krasses Beispiel ist die IG Druck und Papier, die bereits 1976 einen großen Teil ihres Vermögens durch den damaligen Arbeitskampf verloren hatte und die 1978 mit den verbleibenden 5 Mio. DM eine Auseinandersetzung bestehen mußte, die sie wiederum nahezu 15 Mio. DM gekostet hat.<sup>2</sup> Der einzige Ausweg lag unter diesen Umständen in der Unterstützung durch andere Gewerkschaften und in der Aufnahme von Bankkrediten. Berücksichtigt man, daß der Jahresüberschuß der IG Druck und Papier bei etwa 1,8 Mio. DM liegt, so kann man ermessen, daß es Jahre dauert, bis sie wieder aus den roten Zahlen heraus ist. Bei der IG Metall ist die Situation gleichfalls alarmierend: Für den Arbeitskampf im Frühjahr 1978 mußte sie insgesamt etwa 130 Mio. DM aufwenden, was die Beitragsüberschüsse von mehr als 3 Jahren aufzehrte;<sup>3</sup> der Stahlarbeiterstreik an der Jahreswende 1978/79 dürfte vergleichbare Dimensionen besessen haben. Eine ähnliche Auseinandersetzung scheint daher erst wieder in einigen Jahren vertretbar zu sein – vorher ist aus wirtschaftlichen Gründen Nachgiebigkeit auch dort angezeigt, wo von der Sache her längere Zeit gekämpft werden

müßte. Unmittelbare Ursache dieser Situation war nicht der Streik, sondern die Aussperrung; die Zahl der Ausgesperrten lag – abgesehen vom Stahlbereich – erheblich über der der Streikenden.<sup>4</sup> Die Perspektive erscheint klar: Durch eine noch weitere Ausdehnung der Aussperrung kann die Gewerkschaft kampfunfähig gemacht und so – etwas drastisch formuliert – zu einem Vertragsabschluß gezwungen werden, den man im Völkerrecht als Diktatfrieden bezeichnet.

3. Der Konflikt hat seiner großen Bedeutung wegen neben der Prozeß- auch eine Publikationslawine ausgelöst. Allein in den letzten Monaten des Jahres 1978 erschien eine Reihe von Aufsätzen,<sup>5</sup> daneben stehen verschiedene Monographien<sup>6</sup> sowie die rechtsvergleichende Studie des ehemaligen Bundesarbeitsministers *Walter Arendt*.<sup>7</sup> Die Überlegungen kreisen im wesentlichen um die Frage, ob Art. 9 Abs. 3 GG als reines Arbeitnehmergrundrecht aufzufassen ist mit der fast zwangsläufigen Folge, daß die Aussperrung als Angriff auf das dort garantierte Streikrecht verboten wäre. Soweit dies nicht akzeptiert wird – und das ist bei der weit überwiegenden Mehrzahl der Autoren der Fall – geht es um die Tragweite des viel beschworenen Paritätsprinzips: Verlangt es nur formale Gleichbehandlung von Arbeitgebern und Gewerkschaften („formelle Parität“) oder müssen „gleiche Durchsetzungschancen“ („materielle Parität“) gegeben sein? Neigt man wie das BAG der 2. Alternative zu, so ergeben sich neue Meinungsverschiedenheiten: Benötigt die Arbeitgeberseite die Aussperrung, um ihre Chance zu wahren, oder ist diese ein Schritt zu noch mehr „Überparität“, zur unerträglichen Stärkung des eh schon Starken?

4. Die Diskussion zeichnet sich durch ein hohes Maß an Polarisierung aus, so daß Kompromißlösungen kaum erörtert werden. Die völkerrechtlichen Arbeitskampfgarantien fristen noch immer ein Schattendasein; selbst in längeren Abhandlungen und Urteilen werden sie allenfalls als letzter oder vorletzter Punkt in einigen wenigen Sätzen angesprochen. Schließlich bleibt auch die gewerkschaftspolitische Frage ausgeklammert, was eigentlich geschieht, wenn es bei der bisherigen Rechtsprechung bleibt und die Arbeitgeber ihre Möglichkeiten in künftigen Konflikten voll ausschöpfen. Droht wirklich ein Zusammenbruch der Gewerkschaften mit allen Konsequenzen, die dies für die Lohnbildung, aber auch für den sozialen Frieden in unserem Land hätte, oder würde sich nur die Strategie ändern, würde man etwa wie im westlichen Ausland auf Streikunterstützungen verzichten oder gar Betriebsbesetzungen erwägen?

Ohne den Anspruch zu erheben, diese Fragen erschöpfend beantworten zu können, soll im folgenden der Versuch unternommen werden, zunächst den sozialen Sachverhalt zu klären, der dem Streit um die Zulässigkeit der Aussperrung zugrunde liegt (unten II). Im Anschluß daran wird uns die Frage be-

schäftigen, ob angesichts der beiderseitigen Machtpositionen das Grundgesetz sowie völkerrechtliche Abkommen die Aussperrung garantieren oder ob sie sie verbieten (unten III und IV). In einem Exkurs soll dann untersucht werden, ob eine Entschärfung der bestehenden Konflikte auch auf der Grundlage der bisherigen BAG-Rechtsprechung möglich wäre (unten V). Zum Abschluß werden dann die gesellschaftspolitischen Perspektiven skizziert, die eine Beibehaltung des bisherigen Rechtszustands aufwerfen würde (unten VI).

## II. Der soziale Sachverhalt

1. Nach unserer Eigentumsverfassung fallen die Arbeitsergebnisse automatisch dem Arbeitgeber zu. Erhöhte Produktivität wirkt daher ebenso zu seinen Gunsten wie eine besonders vorteilhafte Konstellation auf dem Markt. Wollen die Arbeitnehmer auch nur ihren bisherigen Anteil an den geschaffenen Werten halten, müssen sie mit dem Arbeitgeber über eine Lohnerhöhung, über eine „Verbesserung“ verhandeln. Ein sinnvolles Gespräch und ein halbwegs tragbarer Kompromiß kommen dabei nur dann zustande, wenn sie sozialen Druck ausüben können. Dies setzt gemeinsames Handeln sowie die Möglichkeit voraus, wie im Bereich wirklicher Mitbestimmung Unternehmerentscheidungen blockieren oder vorübergehend die weitere Zusammenarbeit verweigern zu können. Die Arbeitnehmer sind notwendigerweise in die Rolle des Angreifers gedrängt; ihr Streikrecht ist die fundamentale Voraussetzung dafür, daß es überhaupt zu Tarifverhandlungen und damit zu einem gewissen Umverteilungseffekt kommt.

2. Über diese Feststellungen ist man sich im wesentlichen einig. Wenig beachtet wird dabei allerdings, daß die Existenz handlungsfähiger Gewerkschaften und die Streikbereitschaft der Mitglieder alles andere als selbstverständlich sind. Hinter beidem steht vielmehr ein langwieriger und schwieriger Prozeß der Bewußtseinsbildung, der noch keineswegs abgeschlossen ist: Den um Arbeitsplätze und Aufstiegschancen konkurrierenden Arbeitnehmern muß plausibel werden, daß nicht die Konkurrenz des „jeder gegen jeden“, sondern die gemeinsame Aktion allen Vorteile bringt. Die Tatsache, daß weniger als 40 % aller abhängig Beschäftigten in einer Gewerkschaft organisiert sind,<sup>8</sup> sowie die relativ widerspruchslöse Hinnahme vieler sozialer Verschlechterungen<sup>9</sup> machen deutlich, daß viele auch heute noch die individuelle Anpassung für aussichtsreicher halten als den solidarischen Kampf. Es ist daher ein wenig vordergründig, wenn man nur nach den Durchsetzungschancen jeder Seite im Arbeitskampf fragt; zunächst sollte die Ausgangsposition in Erinnerung gerufen werden, wonach die eine Seite über den „lautlosen Zwang“ der Eigentumsordnung

alles erhält, während die andere Seite erst zahlreiche objektive wie auch (in der beruflichen Sozialisation liegende) subjektive Schwierigkeiten zu überwinden hat, um überhaupt ein ernstzunehmender Verhandlungspartner zu werden.

3. Kommt es unter diesen Bedingungen gleichwohl zum Streik, so liegen die größeren Nachteile auch hier auf Arbeitnehmerseite. Dies bedarf – da keineswegs allgemein anerkannt<sup>10</sup> – der Begründung. Macht ein Arbeitnehmer von seinem Streikrecht Gebrauch, so verliert er automatisch seinen Lohnanspruch für die Zeit der Arbeitsniederlegung. Bei *Gewerkschaftsmitgliedern* tritt an seine Stelle die Streikunterstützung, die etwa 2/3 des Nettolohnes, in Einzelfällen auch mehr ausmacht.<sup>11</sup> Auf sie besteht jedoch kein Anspruch; bei längeren Arbeitskämpfen kann es daher unsicher werden, ob sie noch in voller Höhe ausbezahlt wird. Dazu kommt, daß ein Streik um eine verhältnismäßig geringe Lohnerhöhung zu einem Verlustgeschäft werden kann, wenn man ausschließlich die finanziellen Auswirkungen für die Betroffenen (und nicht die Vorbildfunktion für andere Bereiche und die Verbesserung künftiger Verhandlungsmöglichkeiten) betrachtet. Wer einen Monat lang auf ein Drittel seines Lohnes verzichtet und am Ende 0,5 % zusätzlich erhält, stellt sich im Ergebnis durch den Streik nicht besser, sondern schlechter.<sup>12</sup> Erst recht gilt dies für die *Außen-seiter*, ohne die in vielen Fällen eine Arbeitsniederlegung gar nicht möglich wäre: Sie erhalten keine Unterstützung und müssen daher die Zeit des Lohnwegfalls mit Hilfe ihrer Ersparnisse überbrücken.

Der teilweise bzw. völlige Wegfall der Einkünfte reduziert entscheidend die Dispositionsmöglichkeiten im privaten Bereich. Die kurzfristig verfügbaren Ersparnisse sind meist so gering, daß der Lebensstandard vorübergehend absinkt, ja selbst Verbindlichkeiten wie etwa Ratenzahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllt werden können.<sup>13</sup> Der Arbeitnehmer ist in seiner persönlichen Lebensführung unmittelbar betroffen, und zwar um so stärker, je länger der Streik dauert. Dazu kommt, daß der Versicherungsschutz aus der gesetzlichen Krankenversicherung nach 3 Wochen endet und nur dann fortgesetzt wird, wenn sich der Arbeitnehmer auf eigene Kosten, d.h. unter Übernahme auch der Arbeitgeberbeiträge freiwillig weiterversichert.

4. Für den Arbeitgeber hat der Streik sehr unterschiedliche Konsequenzen.<sup>14</sup> Denkbar ist, daß die Arbeitsniederlegung wegen drohender Überproduktion geradezu willkommen ist und die Einführung von Kurzarbeit überflüssig macht. Im Normalfall wird sie allerdings zunächst einen unerwünschten Produktionsausfall zur Folge haben. Seine Bedeutung wird jedoch meist überschätzt.<sup>15</sup> Insbesondere im produzierenden Gewerbe kann die ausgefallene Arbeitszeit oft durch Sonderschichten nachgeholt werden. Auch wo dies wie bei manchen Dienstleistungen ausscheidet, beschränkt sich der Schaden auf

den Gewinn, der durch die Abwicklung in die Streikzeit fallender Aufträge gemacht worden wäre. Jeder weitergehende Nachteil wird vermieden; die Abwerbung von Kunden durch nichtbestreikte Betriebe läßt sich dadurch verhindern, daß der Wettbewerb für die Streikzeit „eingefroren“ wird.<sup>16</sup> Meist werden auch die fixen Produktionskosten aus dem Streikhilfefonds des Arbeitgeberverbands ersetzt,<sup>17</sup> so daß die Einbußen sich im Regelfall in sehr engen Grenzen bewegen. Ähnlich wie auf Arbeitnehmerseite nimmt die Belastung allerdings mit der Dauer des Arbeitskampfes zu – wird 3 Monate lang nicht produziert, ist ein Nachholen der ausgefallenen Stunden illusorisch und der entgangene Gewinn schlägt sich deutlich in der nächsten Bilanz nieder. Auch dann wird jedoch die Lebensführung des Arbeitgebers bzw. seiner führenden Repräsentanten nicht beeinträchtigt; nur in der Rolle als Unternehmer, nicht aber als Person sehen sie sich einem Druck ausgesetzt.

5. Angesichts der unterschiedlichen Ausgangsposition der Beteiligten ist es nicht unproblematisch, die Opfer des Arbeitnehmers zu den Nachteilen des Arbeitgebers in Relation zu setzen. Vieles spricht dafür, daß das persönliche Betroffensein erheblich stärker wirkt und damit eher einen Anreiz zu Nachgiebigkeit und Unterwerfung schafft, als das Betroffensein nur in der Position des Unternehmers. Im Ergebnis kann dies allerdings dahinstehen, da die auf beiden Seiten eintretenden Streikfolgen jedenfalls so geartet sind, daß nicht die eine Seite der anderen das Verhandlungsergebnis diktieren kann.<sup>18</sup> Insofern besteht ein ausreichendes Maß an Einwirkungsmöglichkeiten.

6. Das bislang gezeichnete Bild ist insofern unvollständig, als der Arbeitgeber nicht auf die stillschweigend zugrunde gelegte Durchhaltetaktik beschränkt ist. Unter bestimmten Voraussetzungen kann er vielmehr weitere, zum Teil außerordentlich wirksame Mittel einsetzen.

- Zum einen kann er in Verhandlungen auf die ihm von der Rechtsprechung eingeräumte Befugnis verweisen, übertarifliche Arbeitsbedingungen durch Massenänderungskündigung abzubauen.<sup>19</sup> Da diese kein Geschenk, sondern – pauschal gesprochen – ein Ergebnis der Kampfkraft einzelner Belegschaften und der Situation auf dem Arbeitsmarkt sind,<sup>20</sup> bedeutet dies im Klartext, daß er vereinbarte Tariflohnerhöhungen im wirtschaftlichen Ergebnis gegenstandslos machen kann.
- Zum zweiten bestehen in vielen Sektoren sog. administrierte Preise, die es den Unternehmern ermöglichen, gestiegene Lohnkosten automatisch auf den Verbraucher abzuwälzen. Wird dies in zahlreichen Bereichen praktiziert, so wird die Lohnerhöhung entwertet, ohne daß sich die Arbeitnehmerseite hiergegen wirksam zur Wehr setzen könnte.<sup>21</sup>

- Zum dritten kann der Unternehmer von seiner „Beschäftigungsautonomie“ Gebrauch machen und beispielsweise ankündigen, Lohnerhöhungen hätten verstärkte Rationalisierungen und damit die Einsparung zahlreicher Arbeitsplätze zur Folge.<sup>22</sup> Auch ist nicht auszuschließen, daß er die erreichten Ergebnisse durch Intensivierung der Arbeit unterläuft, daß er die Bandgeschwindigkeit erhöht oder die Vorgabezeiten nach einer für ihn günstigeren Methode neu bestimmt.<sup>23</sup>
- Zum vierten hat der Arbeitgeber unter Umständen die Möglichkeit, die Produktion ganz oder teilweise in „Billig-Lohn-Länder“ zu verlagern. Dies ist nicht nur bei multinationalen Konzernen von Bedeutung,<sup>24</sup> sondern etwa auch im Rahmen der sehr viel weniger konzernierten Textil- und Bekleidungsindustrie, die mehr als 10 % ihrer Arbeitskräfte im Ausland beschäftigt.<sup>25</sup> Wo bleiben die Durchsetzungschancen deutscher Belegschaften, wenn ihnen der Arbeitgeber entgegenhalten kann, in Südkorea oder in Singapur würde er nur 8–10 % der hiesigen Lohnkosten aufwenden müssen?<sup>26</sup>

Es wäre sicherlich übertrieben, wollte man unterstellen, jeder mit einem Arbeitskampf konfrontierte Unternehmer könne alle diese Möglichkeiten ins Spiel bringen. Sicherlich gibt es Fälle, in denen Tariflohn und Effektivlohn übereinstimmen, bei denen keine Überwälzung von Lohnerhöhungen auf die Preise möglich ist, wo auch nicht rationalisiert und die Produktion nicht in Entwicklungsländer ausgelagert werden kann. Dennoch wird man davon ausgehen können, daß nur ausnahmsweise *keines* dieser Mittel greift. Insbesondere Großunternehmen werden häufig in der Lage sein, die Arbeitnehmer auf die eine oder andere Weise unter Druck zu setzen. Im Regelfall liegt daher schon aus diesem Grund ein Übergewicht der Arbeitgeberseite vor, so daß es gar nicht mehr darauf ankommt, daß sie auch im gesamtgesellschaftlichen Rahmen die ungleich besseren Einflußchancen besitzt.<sup>27</sup> Im Einzelfall, insbesondere bei geringer Konfliktsbereitschaft der Belegschaften und/oder der gewerkschaftlichen Organisation kann dies dazu führen, daß die Arbeitgeber das Verhandlungsergebnis mehr oder weniger diktieren können.

7. Was bedeutet es nun für den Durchschnitt der Fälle, wenn dem Arbeitgeber das Recht zur Aussperrung eingeräumt wird? Durch die Ausweitung des Arbeitskampfes wird die Streikkasse unter Umständen so stark belastet, daß die Auszahlung der Streikunterstützung noch schneller als bei einer bloßen Arbeitsniederlegung gefährdet ist. Das sowieso gegebene Risiko der Arbeitnehmer wird noch um einiges erhöht. Dazu kommt, daß eine eingestandene „Zahlungsunfähigkeit“ das Ansehen der Gewerkschaft bei ihren Mitgliedern erschüttern könnte; die offenkundige Schwäche würde unter Umständen gerade

jene Arbeitnehmer stärken, die ihr Heil in erster Linie in individueller Anpassung suchen. Da die Arbeitgeberseite den Eintritt dieses Zeitpunkts innerhalb gewisser Grenzen vorausbestimmen kann, wird die Gewerkschaft erpressbar; will sie nicht die Spielregeln grundlegend ändern und etwa auf Streikunterstützung verzichten oder zu Betriebsbesetzungen übergehen, so bleibt ihr nur der Abschluß eines außerordentlich bescheidenen Kompromisses übrig. Die Aussperrung vergrößert also die Überlegenheit der Arbeitgeberseite.

8. Unerwähnt blieb bisher ein letztes Mittel der Arbeitgeber, die Einbehaltung des Lohnes aufgrund der durch die Sphärentheorie modifizierten Betriebsrisikolehre: Kann ein nicht unmittelbar betroffener Arbeitgeber seine Belegschaft wegen des Arbeitskampfes (z.B. wegen Ausbleibens von Vorprodukten) nicht mehr beschäftigen, so wird er nach der Rechtsprechung grundsätzlich von seiner Lohnzahlungspflicht frei.<sup>28</sup> Diese sog. kalte Aussperrung ist der „eigentlichen“ Aussperrung insofern ähnlich, als sich in der Praxis nur schwer kontrollieren läßt, ob wirklich eine streikbedingte Störung vorlag.<sup>29</sup> Ein schlichtes Aussperrungsverbot könnte daher unter Umständen durch verstärkte Berufung auf die Betriebsrisikolehre unterlaufen werden. Dies wird im folgenden zu berücksichtigen sein.

9. Die Überlegenheit der Arbeitgeberseite schlägt sich in der Tarifpraxis nieder. Die seit 1950 leicht gesunkene Bruttolohnquote und die erheblich stärker gesunkene Nettolohnquote<sup>30</sup> werden häufig als Beleg hierfür angeführt. Dies könnte nur dann voll überzeugen, wenn gleichzeitig bewiesen wäre, daß auch unter den bestehenden ökonomischen Bedingungen ein höherer Lohnzuwachs ohne nachteilige Folgen für die Arbeitnehmer erreichbar war. Gravierender erscheint demgegenüber die Tatsache, daß sich die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften im wesentlichen auf die Lohnhöhe und neuerdings auch auf massive Arbeitsplatzgefährdungen beschränkt. Die meisten sonstigen Gegenleistungen des Arbeitgebers, die üblicherweise in Manteltarifverträgen geregelt werden, sowie die konkreten Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz einschließlich der Lohnformen sind nur ausnahmsweise Gegenstand eines Arbeitskampfes. Was dies im Ergebnis bedeutet, zeigt die so ausgiebig geführte Diskussion um das tarifdispositive Richterrecht: Sie konnte überhaupt nur entstehen, weil es zahlreiche Tarifverträge gibt, die von dem durch die Rechtsprechung entwickelten Schutzstandard (etwa bei Gratifikationen, beim befristeten Arbeitsverhältnis und bei der Lohnfortzahlung nach § 616 Abs. 1 BGB) zu Lasten der Arbeitnehmer abweichen.<sup>31</sup> Daß auch Unfallverhütung und Gesundheitsschutz trotz ihrer unbestrittenen Mängel<sup>32</sup> so gut wie nie in Tarifverträgen auftauchen, ist gleichfalls ein Zeichen der Schwäche. Erklärbar sind diese Defizite durch das umfassende Waffenarsenal der Arbeitgeber, das das Risiko der Arbeitnehmer

drastisch erhöht: Es bedarf unter den gegebenen Umständen eines besonders hohen Maßes an Kampfschlossenheit, um den Schritt zur Kooperationsverweigerung zu wagen – sie wird beim Lohn und neuerdings auch bei drohenden Massenentlassungen, nicht jedoch bei sonstigen Arbeitsbedingungen oder gar bei Fragen der Unternehmenspolitik erreicht. Hier (und nicht in der Lohnentwicklung) liegt auch der gravierende Unterschied zu jenen westlichen Nachbarn, bei denen die Aussperrung verboten ist oder jedenfalls keine große praktische Bedeutung besitzt.<sup>33</sup>

### III. Verfassungsgarantie der Aussperrung?

1. Wie hat das Grundgesetz diesen sozialen Sachverhalt geregelt? Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG ist seinem Wortlaut wie seiner Entstehungsgeschichte nach relativ unergiebig. Wie jedes andere Grundrecht kann daher auch die Koalitionsfreiheit nur als Teil und konkrete Ausprägung des gesamten geltenden Verfassungssystems begriffen werden.<sup>34</sup>

Dieses ist primär durch die auch im Wege der Verfassungsänderung nicht zu beseitigenden Grundsätze der Wahrung der Menschenwürde (Art. 1 GG) und des demokratischen Sozialstaats (Art. 20 GG) charakterisiert. Beide sind ihrerseits nur aus den Vorstellungen heraus zu erfassen, die im Parlamentarischen Rat geherrscht haben.<sup>35</sup> Danach wurde das neugeschaffene Verfassungswerk durch zwei nie in Zweifel gezogene Grundentscheidungen getragen:

- Das Grundgesetz ist gegen die nationalsozialistische „Ordnung“, ihre Theorie wie ihre Praxis gerichtet. Es will, wie seine Präambel ausdrücklich sagt, eine „neue Ordnung“ schaffen, die den einzelnen aus den Zwängen des verflossenen Systems befreit und ihn als demokratischen Staatsbürger zum Herrn seines eigenen Schicksals macht. Das Grundgesetz ist eine antifaschistische und deshalb eine „Kontrastverfassung“.<sup>36</sup>
- Das Grundgesetz hat die soziale Ordnung nur in groben Umrissen geregelt. Als Kompromiß zwischen einer sich sozialistisch verstehenden SPD und einer immer stärker der sozialen Marktwirtschaft zuneigenden CDU war die Ausklammerung der sog. Lebensordnungen, insbesondere der Verzicht auf soziale Grundrechte das einzige Mittel, um überhaupt innerhalb relativ kurzer Zeit das Verfassungswerk zustande zu bringen. Die weitere wirtschaftliche und soziale Entwicklung wurde somit bewußt offengelassen; wie die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG sowie andere Bestimmungen zeigen, sollte ein sozialistischer Entwicklungsweg ebenso möglich bleiben wie ein die Grundrechte achtendes kapitalistisches System.<sup>37</sup>

Für die im demokratischen Sozialstaat zu verwirklichende Menschenwürde bedeutet dies, daß der einzelne in Selbstbestimmung über seine Lebensverhältnisse entscheiden darf („antifaschistische Komponente“), daß damit aber nicht etwa eine volle Demokratisierung des gesellschaftlichen Lebens (das wäre eine Festlegung auf eine sozialistische Ordnung), sondern nur als Mindeststandard eine Beteiligung der Betroffenen an den in einer kapitalistischen Wirtschaft fallenden Entscheidungen gefordert wird („Offenheitspostulat“).<sup>38</sup> Dieses bescheideneren Prinzip gilt freilich – und das muß mit aller Deutlichkeit betont werden – nicht nur im politischen Bereich, sondern auch und gerade im Produktionsprozeß; Selbstbestimmung muß auch am Arbeitsplatz, im Betrieb und Unternehmen sowie in der Gesamtwirtschaft verwirklicht werden, würde sie doch andernfalls für einen großen Teil der Bevölkerung ohne wesentliche Bedeutung bleiben.<sup>39</sup>

2. Dieses Grundprinzip hat in unserer Verfassung verschiedene Konkretisierungen erfahren. So kann nach Art. 12 Abs. 1 GG jeder Deutsche in prinzipiell freier Weise seinen Beruf wählen, was – wie die ebenfalls in Art. 12 angesprochene freie Wahl des Arbeitsplatzes zeigt – auch die abhängige Beschäftigung umfaßt. Mit Recht hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, daß Art. 12 die Arbeit „in ihrer Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen im ganzen“ sieht, „die sich erst darin voll ausformt und vollendet, daß der einzelne sich einer Tätigkeit widmet, die für ihn Lebensaufgabe und Lebensgrundlage ist und durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt“. Das Grundrecht gewinne Bedeutung so „für alle sozialen Schichten“; die Arbeit habe für alle „gleichen Wert und gleiche Würde“.<sup>40</sup> Persönlichkeitsentfaltung in der Arbeit ist freilich nicht schon dadurch gesichert, daß der einzelne den Arbeitsplatz frei wählen kann. Wie die historische Erfahrung zeigt, ist außer der in Art. 74 Nr. 12 GG vorgesehenen arbeitsrechtlichen Gesetzgebung hierfür die kollektive, solidarische Interessenvertretung unerläßlich. Dem hat Art. 9 Abs. 3 Rechnung getragen, der damit ein weiteres, entscheidendes Mittel zur Realisierung des Selbstbestimmungsprinzips enthält: Aus dem Gesamtsystem der Verfassung heraus verstanden hat die Koalitionsfreiheit den Sinn, dem einzelnen abhängig Beschäftigten die Möglichkeit zur gleichberechtigten, jede Objektstellung ausschließenden Einwirkung auf seine Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu verschaffen.<sup>41</sup>

3. Was folgt daraus konkret für die Zulässigkeit der Aussperrung? Wie die oben versuchte Analyse des Status quo ergab, stellt sie gerade ein Hindernis für die Schaffung vergleichbarer Einflußmöglichkeiten dar. Die Aussperrung ist unparitätisch, sie verschiebt die Gewichte hin zur Arbeitgeberseite und verabsolutiert so ein Partialinteresse, wo in Wirklichkeit die Selbstbestimmung

aller Betroffenen Platz greifen müßte. Die Tatsache, daß die Gewerkschaften faktisch nicht den Gesamtbereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ausfüllen können, sondern daß sie im wesentlichen auf den Kampf um höhere Löhne und die Erhaltung von Arbeitsplätzen beschränkt sind, unterstreicht, wie sehr die bisherige Arbeitskampfordnung hinter dem grundgesetzlichen Modell zurückbleibt.

4. Die hier vertretene Auffassung steht nicht im Widerspruch zu der Tatsache, daß Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG seinem Wortlaut und Sinn nach auch den Zusammenschluß von Arbeitgebern zu Arbeitgeberverbänden schützt. Die berechnete Feststellung, die Koalitionsfreiheit sei von der Arbeiterbewegung erkämpft und durchgesetzt worden,<sup>42</sup> kann nicht den Schluß rechtfertigen, daß sie auch im geltenden Recht als reines Arbeitnehmergrundrecht garantiert wäre. Das Grundgesetz schreibt nicht einen Sieg der Arbeiterbewegung fest – dann wäre diese Konzeption in sich schlüssig –, sondern es stellt einen Kompromiß divergierender gesellschaftlicher Kräfte dar. Auch dann wäre zwar denkbar, daß ein Grundrecht ausschließlich die eine, ein anderes Grundrecht ausschließlich die andere Seite schützt, doch müßten hierfür aus dem Wortlaut wie aus der Entstehungsgeschichte wenigstens einige Anhaltspunkte zu gewinnen sein. So spricht viel mehr für die These, daß Art. 9 Abs. 3 GG nicht über Art. 165 der Weimarer Reichsverfassung hinausgehen wollte, der den Gewerkschaften wie den Arbeitgebern eine gleichberechtigte Mitwirkung bei der Entwicklung der Wirtschaft garantierte. Unberechtigt ist deshalb auch *Wahsners* Vorwurf,<sup>43</sup> das Paritätsprinzip stehe im Widerspruch zur Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG, da es nicht mehr existieren könne, wenn das Kapitalverhältnis als gesellschaftliches Machtverhältnis aufgehoben wäre. In Wahrheit geht es nur darum, die in der Verfassung getroffene, sehr abstrakte Wertentscheidung zugunsten der Selbstbestimmung im Hinblick auf die bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse so zu konkretisieren, daß sie im Rahmen des Möglichen ihr Ziel erreicht.<sup>44</sup> Ändern sich aufgrund einer vom Gesetzgeber zu treffenden Entscheidung diese Verhältnisse, so sind neue Konkretisierungsformen möglich;<sup>45</sup> die Parität heutigen Zuschnitts besitzt deshalb durchaus keinen Ewigkeitswert. Im übrigen bedeutet die Einbeziehung der Arbeitgeberkoalition in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nur, daß sie funktionsfähig und mit vergleichbaren Verhandlungschancen wie die Arbeitnehmerseite ausgestattet sein muß. Diese Voraussetzung ist jedoch auch dann noch (reichlich) gegeben, wenn die Aussperrung nicht mehr zur Verfügung steht.

5. Entgegen *Zöllner*<sup>46</sup> läßt sich eine Aussperrungsgarantie auch nicht aus der Rechtsauffassung des Bundesverfassungsgerichts herleiten, wonach Art. 9

Abs. 3 GG einen Kernbereich der Tarifvertragsfreiheit garantiert. Die Teilhabe des Arbeitgeberverbands am Tarifsysteem ist danach zwar im Grundsatz gewährleistet, jedoch durch einen Ausschluß der Aussperrung nicht gefährdet: Der Verband hat aufgrund der Solidarität seiner Mitglieder genügend Mittel, um eine Aufspaltung der Regionaltarife in lauter von ihm nicht mehr zu beeinflussende Firmentarife zu verhindern, ganz abgesehen davon, daß eine solche Atomisierung der Tarifpolitik vom gewerkschaftlichen Standpunkt aus weder erstrebenswert noch auch nur organisatorisch zu bewältigen wäre. Im übrigen ist die Teilhabe am Tarifsysteem nur als „Grundsatz“, nicht aber für jeden denkbaren Einzelfall garantiert; so nimmt etwa niemand Anstoß, wenn es einer Gewerkschaft nicht gelingt, in einem bestimmten Bereich genügend Mitglieder zu finden, um den Abschluß eines Tarifvertrags auch gegen den Willen der Arbeitgeber zu erzwingen.

6. Schließlich kann auch die Notstandsklausel des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG kein Argument für die Aussperrung liefern.<sup>47</sup> Zwar spricht sie von „Arbeitskämpfen“, die von Vereinigungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geführt werden, und sieht somit auch die Arbeitgeberkoalition als „Kampfverband“, doch sagt dies nichts über die Mittel, die bei Auseinandersetzungen mit den Gewerkschaften eingesetzt werden dürfen. Von der Wirkung wie von der Absicht der Arbeitgeberseite her stellen die Einbehaltung des Lohnes sowie die beschriebenen weiteren Vorgehensweisen effiziente Druckmittel dar, die die Arbeitnehmerseite zum Nachgeben veranlassen sollen und auch veranlassen.

7. Als Ergebnis steht somit fest: Art. 9 Abs. 3 GG garantiert die Aussperrung nicht, sondern verbietet sie. Damit erledigen sich gleichzeitig einige Kontroversen, die von einem anderen Ausgangspunkt her notwendigerweise auftauchen. So besteht an der Gültigkeit des Art. 29 Abs. 5 der hessischen Landesverfassung kein Zweifel,<sup>48</sup> und der vom Gesetzgeber an verschiedenen Stellen (unter anderem in § 74 Abs. 2 BetrVG) verwandte Begriff „Arbeitskampf“ kann nicht im Sinne einer Aussperrungsgarantie interpretiert werden. Auch aus § 18 Abs. 7 Schwerbehindertengesetz lassen sich keine abweichenden Folgerungen ziehen; obwohl er die Aussperrung ausdrücklich erwähnt,<sup>49</sup> läßt er insoweit keine Rückschlüsse zu, da er entweder auf einen sozialen Sachverhalt verweist oder allein die (hier nicht behandelte) Aussperrung als Abwehrmaßnahme gegen einen rechtswidrigen Streik meint.<sup>50</sup>

8. Läßt sich das hier Gesagte auch auf die „kalte“ Aussperrung ausdehnen? Dies würde bedeuten, daß der von den Möglichkeiten der Betriebsrisikolehre ausgeschlossene Arbeitgeber zur unbefristeten Lohnfortzahlung auch dann verpflichtet wäre, wenn er die Produktion effektiv nicht aufrechterhalten kann. Damit hätte er wirtschaftliche Nachteile zu tragen, die weit über den

Gewinnentgang beim Streik hinausgehen. Dazu kommt, daß die ersatzlose Abschaffung der Sphärentheorie eine Streiktaktik nahelegen würde, die mit minimalem Aufwand ein Maximum an Erfolg erreicht: Durch „Schwerpunktstreiks“ in einzelnen Abteilungen oder einzelnen Unternehmen könnten weite Bereiche des Wirtschaftslebens lahmgelegt werden, ohne daß die Streikkasse mit einem einzigen Pfennig belastet würde. Dies als geltendes Recht auszugeben, wäre zumindest extrem unplausibel. Auf der anderen Seite läßt es sich mit dem Grundsatz vergleichbarer Durchsetzungschancen ebenfalls nicht vereinbaren, dem Arbeitgeber das Recht zur Lohnverweigerung schon auf seine schwer nachprüfbar behauptung hin zu gewähren, er sei wegen des Streiks nicht mehr zur Fortsetzung seiner Produktion in der Lage. Ein sinnvoller Kompromiß wäre am ehesten dann erreicht, wenn der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG voll ausüben könnte.<sup>51</sup> Allein durch seine Einschaltung wäre sichergestellt, daß von der Sphärentheorie nur dann Gebrauch gemacht würde, wenn tatsächlich nicht weitergearbeitet werden kann.<sup>52</sup> Das Arbeitskampfrecht suspendiert insoweit die Betriebsratsbefugnisse nicht, sondern verlangt gerade ihre volle Inanspruchnahme.<sup>53</sup> Mit einer solchen Praxis ließen sich auch die Auswirkungen eines auf wenige Unternehmen konzentrierten Streiks in Grenzen halten; da der Arbeitskampffonds der Gewerkschaften belastet würde, wäre die relative Gleichheit der Verhandlungschancen nicht gestört. Im übrigen ist in diesem Zusammenhang auf § 2 Abs. 1 TVG hinzuweisen, der den Firmentarif ausdrücklich gestattet, paritätische Machtverhältnisse also auch dann annimmt, wenn auf Arbeitgeberseite nur ein Unternehmen bestreikt wird. Wenn dies selbst bei einem isoliert vorgehenden Arbeitgeber angenommen wird, ist nicht einzusehen, weshalb der auf einige verbandsangehörige Unternehmen beschränkte Streik zu einer verbotenen gewerkschaftlichen Übermacht führen sollte.

#### IV. Völkerrechtliche Garantie der Aussperrung?

1. Die Frage nach einer möglichen Aussperrungsgarantie in völkerrechtlichen Verträgen kann trotz der hier eingenommenen Position nicht auf sich beruhen: Nach allgemeiner Auffassung ist innerstaatliches Recht einschließlich der Verfassung völkerrechtskonform auszulegen.<sup>54</sup> Das bedeutet, daß überall dort, wo dem Richter ein Interpretationsspielraum zusteht, diejenige Lösung gewählt werden muß, die die Bundesrepublik nicht in völkerrechtliche Schwierigkeiten bringt. Hätte sich also das Völkerrecht für eine nicht-paritätische, den Arbeitgeber begünstigende Verteilung der Kampfmittel entschieden, so wäre dies

möglicherweise auch im Rahmen der Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsprinzips beachtlich. Ob dies wirklich der Fall ist, ob also eine so starke Verschiebung der Gewichte allein aufgrund einer völkerrechtskonformen Auslegung möglich ist, braucht uns hier allerdings nicht zu interessieren: Das geltende Völkerrecht kennt entgegen verbreiteter Auffassung keine Aussperrungsgarantie.

2. Was die von der Bundesrepublik ratifizierten ILO-Übereinkommen betrifft, so könnte das Übereinkommen Nr. 87 einschlägig sein, das in den Art. 2 und 10 das Recht garantiert, Organisationen von Arbeitnehmern oder von Arbeitgebern, „welche die Förderung und den Schutz der Interessen der Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber zum Ziele haben“, zu bilden. Daraus allein abzuleiten, es gäbe auch eine Aussperrungsgarantie, erscheint wenig überzeugend: Anders als das innerstaatliche Recht haben völkerrechtliche Verträge nicht die Funktion, einen bestimmten Lebensbereich erschöpfend zu regeln, sondern sie halten mangels anderweitiger Anhaltspunkte lediglich einen Konsens in Bezug auf bestimmte Einzelpunkte fest. Wenn man deshalb aus dem ähnlich formulierten Art. 9 Abs. 3 GG ein Tarif- und ein Arbeitskampfsystem ableitet, so kann daraus nicht geschlossen werden, daß bei völkerrechtlichen Garantien dasselbe erfolgen müsse. Im konkreten Fall kommt hinzu, daß in dem später abgeschlossenen und ratifizierten Übereinkommen Nr. 135 bestimmte gewerkschaftliche Rechte, insbesondere die Absicherung von Vertrauensleuten, ausdrücklich geregelt wurden; dies wäre wenig sinnvoll, wenn das Übereinkommen Nr. 87 über die Bildung und Existenz von Koalitionen hinaus auch bereits bestimmte Betätigungsformen garantieren würde? Schließlich hat auch der Ausschuß, der die Einhaltung des Übereinkommens Nr. 87 zu überwachen hat, lediglich das Streikrecht bejaht und z. B. einmal geprüft, ob ein faktisches Streikverbot, wie es während der Zeit der Militär-Junta in Griechenland bestand, gegen das Übereinkommen verstoße, diese Frage jedoch im Ergebnis verneint; von der Aussperrung war nie die Rede.<sup>55</sup>

3. Ähnlich unergiebig ist auch die Arbeitskampfgarantie in Art. 8 des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.<sup>56</sup> Er beschränkt sich seinem Wortlaut nach auf die Garantie des Streikrechts, dessen Inhalt und Grenzen jedoch der nationale Gesetzgeber bestimmen kann. Die Aussperrung wird an keiner Stelle erwähnt, so daß sich insoweit kein das nationale Recht bindender Auslegungsgrundsatz ergibt.<sup>57</sup>

4. Nicht genannt wird die Aussperrung weiter in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Diese garantiert in ihrem Art. 11 lediglich die Vereinigungsfreiheit einschließlich des Rechts zur Bildung von Gewerkschaften. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat daraus eine Reihe von Grund-

anforderungen an die nationalen Rechtsordnungen abgeleitet; insbesondere müssen die Gewerkschaften in der Lage sein, „zum Schutze der Interessen ihrer Mitglieder zu kämpfen“. <sup>58</sup> Darin kann man eine stillschweigende Streikgarantie erblicken. Nirgends in den Entscheidungen des Gerichtshofs ist jedoch von der Aussperrung die Rede, was sich unschwer damit erklären läßt, daß schon der Wortlaut des Art. 11 nur auf Gewerkschaften, nicht aber auf Arbeitgeberverbände abstellt.

5. Die größte Aufmerksamkeit hat schließlich die Arbeitskampfgarantie des Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta erfahren. Ihrem Wortlaut nach enthält sie die Anerkennung „kollektiver Maßnahmen“ auch der Arbeitgeberseite, was von der Sachverständigenkommission des Europarats und von einigen Autoren als Aussperrungsgarantie interpretiert wurde. <sup>59</sup> Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift ist lediglich insofern von Interesse, als sie zeigt, wie man zu Kompromissen kommt, ohne diese eindeutig formulieren zu müssen. <sup>60</sup>

Die bei den Vorarbeiten zur Sozialcharta beteiligte Arbeitgeberseite hatte verschiedentlich versucht, die Aufnahme einer ausdrücklichen Aussperrungsgarantie in die Charta durchzusetzen, drang damit jedoch wegen des Widerstands der Gewerkschaften nicht durch. Als sie dem endgültigen Text zustimmte, wies sie darauf hin, sie sehe nunmehr auch die Aussperrung als garantiert an.

Gegen eine Aussperrungsgarantie sprechen im Grunde dieselben Erwägungen, die uns für das innerstaatliche Recht zu diesem Ergebnis geführt haben: Der Arbeitgeber besitzt zahlreiche andere, weniger umstrittene Mittel wie z. B. die Durchhaltetaktik, um seine Interessen im Rahmen von Kollektivverhandlungen zu wahren. Daß es nicht darüber hinaus um einen spezifischen Arbeitgeberschutz geht, wird mittelbar aus Art. 32 der Sozialcharta deutlich: Dort werden ausdrücklich Vorschriften zugelassen, die den „geschützten Personen eine günstigere Behandlung einräumen“. Würde man dazu auch die Arbeitgeber zählen, so würden sich automatisch Widersprüche ergeben, da die Ausdehnung ihrer Rechte – etwa die Einräumung einer Befugnis zur lösenden Aussperrung – automatisch zu Lasten der Arbeitnehmerseite, hier des Streikrechts, gehen und damit den von der Sozialcharta zwingend vorgeschriebenen Mindeststandard unterschreiten würde. <sup>61</sup> Unverzichtbar ist lediglich, daß die Arbeitgeberseite irgendein Druckmittel besitzt, das auch im Durchhalten des Streiks und in der Lohnverweigerung bei streikbedingten Produktionsstörungen bestehen kann. <sup>62</sup>

## V. Weiterentwicklung der BAG-Rechtsprechung?

1. Die hier dargestellte Konzeption entfernt sich relativ weit von der bisherigen Rechtsprechung des BAG und von der in der Literatur herrschenden Meinung, die zumindest die suspendierende Abwehraussperrung für verfassungsrechtlich gewährleistet ansieht. <sup>63</sup> Es erscheint deshalb alles andere als sicher, daß das BAG zu einem totalen Aussperrungsverbot gegenüber rechtmäßigen Streiks kommen wird. Dagegen spricht u. a. die nicht fernliegende Erwägung, im Interesse der Rechtssicherheit keine totale Kehrtwendung zu vollziehen, sondern neuen Situationen durch allmähliche Anpassung Rechnung zu tragen. Dies ist insbesondere dort denkbar, wo auch in Zukunft mit Auseinandersetzungen zu rechnen ist, die die Weiterentwicklung des einmal eingenommenen Standpunkts ermöglichen. <sup>64</sup> In welcher Weise könnte das BAG daher den aufgetretenen Problemen wenigstens notdürftig Rechnung tragen, ohne sich mit dem herrschenden Konsens in Widerspruch zu setzen?

2. Relativ wenige Schwierigkeiten sollte es machen, die immer noch für zulässig gehaltene Angriffsaussperrung fallenzulassen. Wie von einigen Autoren betont wird, die ansonsten der BAG-Rechtsprechung keineswegs kritisch gegenüberstehen, ist die Angriffsaussperrung kein „erforderliches“ Kampfmittel und deshalb nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert. <sup>65</sup> Selbst wenn eine gravierende Verschlechterung der Ertragslage eintritt und die Gewerkschaft deshalb lediglich am bisher Bestehenden festhalten will, besitzt der Arbeitgeber genügend andere Mittel, um eine Anpassung nach unten durchzusetzen: Da der ausgelaufene Tarifvertrag nur noch nachwirkt, kann in Einzelarbeitsverträgen von ihm abgewichen werden, was sich auch im Wege der Massenänderungskündigung erzwingen läßt. <sup>66</sup> Der Unternehmer bekommt also sowieso das, was er will; ihm auch noch die Angriffsaussperrung an die Hand zu geben, ist völlig überflüssig. Mittelbar wird das dadurch bestätigt, daß dieses Kampfmittel in der Bundesrepublik bislang so gut wie keine Anwendung fand.

3. Weiter ist auch von der Position des BAG aus nicht unmittelbar einsichtig, weshalb man eine Sympathieaussperrung zulassen sollte. Schon vom Wortsinn her liegt sie allerdings nur dann vor, wenn außerhalb des umkämpften Tarifgebiets ausgesperrt wurde, da bei unmittelbarem eigenem Betroffensein schwerlich von einer „Sympathie-“ oder „Solidaritäts-“ Aktion die Rede sein kann. Die Auseinandersetzung über das Tarifgebiet hinauszutragen, erscheint jedoch nach den eigenen Wertungen des BAG nur dann vertretbar, wenn dort arbeitskampfbedingte Produktionsstörungen auftreten. Für diesen Fall besteht aber nach der Rechtsprechung die Möglichkeit der Lohnverweigerung aufgrund der

Betriebsrisikolehre,<sup>67</sup> so daß es der Aussperrung insoweit nicht bedarf. Würde man anders entscheiden, so hätte es die Arbeitgeberseite in der Hand, einen relativ kleinen Konflikt zum Anlaß zu nehmen, um die Gewerkschaften insgesamt niederzukämpfen. Dies wäre mit dem vom BAG immer wieder betonten Anliegen nicht vereinbar, auch das Arbeitskämpfrecht müsse zur Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens beitragen.<sup>68</sup>

4. Etwas größere Probleme könnte die Frage aufwerfen, ob auf die lösende Aussperrung endgültig verzichtet werden kann. Soweit ersichtlich hat sie bei den Tarifikämpfen der letzten Jahre keine unmittelbare Rolle gespielt. Dennoch ist nicht auszuschließen, daß sie als „drohende Eventualität“ in Verhandlungen eingeführt wurde oder in Zukunft eingeführt wird. Die Folge ist, daß sich das Risiko der Arbeitnehmer noch weiter erhöht, da gerade in Zeiten der Arbeitslosigkeit die Gewinnung neuer Arbeitskräfte für den Unternehmer relativ einfach ist und damit die endgültige Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu einer unmittelbaren Gefahr wird. Im Ergebnis bedeutet dies, daß die konkrete betriebliche Existenz des Arbeitnehmers zur Disposition des sozialen Gegenspielers gestellt wird, während umgekehrt ein Streik, der die Existenz des Unternehmens gefährdet, allgemein als rechtswidrig angesehen wird.<sup>69</sup> Eine solche evidente Ungleichbehandlung kann nicht hingenommen werden. Auch hat das Bundesverfassungsgericht zu erkennen gegeben, daß es jedenfalls die lösende Aussperrung nicht als verfassungsrechtlich garantiert ansieht;<sup>70</sup> in der Literatur wächst ebenfalls die Skepsis.<sup>71</sup>

5. Die aktuellen Probleme stellen sich allerdings nicht im Zusammenhang mit diesen Sonderformen der Aussperrung. In den Arbeitskämpfen des Jahres 1978 ging es „nur“ um suspendierende Abwehraussperrungen, die nach verbreiteter Auffassung von der Verfassung garantiert sind.<sup>72</sup> Diese Auffassung einmal zugrunde gelegt, kann es allein darum gehen, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu konkretisieren und so handhabbare Maßstäbe für künftiges Verhalten im Arbeitskampf zu gewinnen.

Unbestreitbar ist eine Aussperrung dann rechtswidrig, wenn sie auf eine Vernichtung der Gewerkschaften oder auf ihre Kampfunfähigkeit abzielt.<sup>73</sup> Dieser Grundsatz bietet jedoch nur ungenügenden Schutz: Für die Gewerkschaft ist es nicht zumutbar, zunächst die eigene Zahlungsunfähigkeit in Kauf zu nehmen und auf eine gerichtliche Entscheidung zu hoffen, die bei einem Gang durch alle drei Instanzen erst nach ca. 4 Jahren rechtskräftig ist.<sup>74</sup> Die ausschließliche Verweisung auf den Rechtsweg ist auch deshalb fragwürdig, weil angesichts der Unbestimmtheit des Verhältnismäßigkeitsprinzips niemand mit Sicherheit voraussagen kann, wie die Entscheidung ausfällt – soll die gesamte Streikkasse oder gar das gesamte Gewerkschaftsvermögen verloren gehen, nur weil man

vielleicht vor Ausrufung des Streiks nicht alle Verständigungsmöglichkeiten ausgeschöpft und deshalb gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen hat? Im Interesse der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems müssen vielmehr Vorkehrungen getroffen werden, um den Eintritt eines solchen Falles nach Möglichkeit auszuschließen. Das LAG Baden-Württemberg hat in einer ansonsten viel kritisierten Entscheidung<sup>75</sup> den interessanten Gedanken aufgenommen, man müsse die durch Streik und die durch Aussperrung verlorenen Arbeitstage einander gegenüberstellen: Eine Aussperrung, die einen höheren Arbeitsausfall als der bekämpfte Streik zur Folge hätte, wäre – so die Andeutung des Gerichts – unverhältnismäßig und daher rechtswidrig. Der Maßstab der ausgefallenen Arbeitstage erscheint allerdings weniger geeignet, da diese in dem Moment, wo über die Aussperrung entschieden wird, nicht vor auszusehen sind. Sinnvoller ist es deshalb, einem Vorschlag von *Thomas Raiser*<sup>76</sup> entsprechend die Zahl der streikenden und die der ausgesperrten Arbeitnehmer in Relation zu setzen und ein Verhältnis von 1 : 1 zu verlangen. Dabei muß man sich freilich im klaren darüber sein, daß das konkrete Zahlenverhältnis letztlich auf einer bewußten Wertentscheidung beruht: Der vom BAG immer wieder betonte Gedanke, Arbeitskämpfe nicht ausufern zu lassen,<sup>77</sup> würde auch eine Relation von 1,5 : 1 oder 0,5 : 1 rechtfertigen können. Für eine Berechenbarkeit der Risiken und damit für ein rationales Verhalten im Arbeitskampf ist eine derartige Quantifizierung jedenfalls unerlässlich.

Auch eine auf diese Weise beschränkte Aussperrung kann allerdings eine unangemessene Ausweitung des Kampfgeschehens und damit eine vermeidbare Eskalierung des Konflikts zur Folge haben. Zahlreiche Arbeitskämpfe, bei denen nur gestreikt, nicht aber ausgesperrt wurde, führten keineswegs zu einem Gewerkschaftsdiktat, sondern zu einem von allen Seiten bejahten Kompromiß.<sup>78</sup> Daraus läßt sich schließen, daß die Arbeitgeber auch unter den bisherigen Bedingungen die Aussperrung keineswegs immer, sondern nur in besonders gravierenden Fällen benötigen. Dem müßte dadurch Rechnung getragen werden, daß die Aussperrung nur dann zugelassen wird, wenn der Arbeitskampf besonders lange dauert oder besonders erbittert geführt wird.<sup>79</sup>

6. Eine weitere „Einzelfrage“ hat der Arbeitskampf in der Druckindustrie aufgeworfen. Ist es zulässig, die Aussperrung ausschließlich auf die Organisierten zu beschränken und die Außenseiter weiter zu beschäftigen oder sie bei voller Lohnfortzahlung zu „beurlauben“? *Heide Pfarr* hat in einer neueren Arbeit den Nachweis geführt, daß ein solches Vorgehen der Arbeitgeberseite eine Diskriminierung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit darstellt, die Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG ausdrücklich verbietet.<sup>80</sup> Eine derartige Spaltung in Organisierte und Nichtorganisierte bewirkt zudem, daß die Lasten des Arbeitskampfes

allein von den Gewerkschaftsmitgliedern getragen werden, die Außenseiter jedoch allgemeiner Übung entsprechend an den Erfolgen ohne Abstriche beteiligt sind. Verletzt ist deshalb nicht nur die Koalitionsfreiheit des einzelnen, der sich wegen seiner Zugehörigkeit zur Gewerkschaft benachteiligt sieht, sondern auch die „kollektive Koalitionsfreiheit“ der Organisation selbst, da ihr Bestand auf diese Weise langfristig gefährdet wird.<sup>81</sup>

## VI. Gesellschaftspolitische Perspektiven

1. Was geschieht, wenn das BAG auch im Rahmen der jetzt anhängigen Verfahren alles beim alten läßt? Sicherlich würde eine solche Entscheidung angesichts der Erfahrungen des Frühjahrs 1978 von vielen Gewerkschaftern als Parteinahme für die Arbeitgeberseite empfunden. Dies allein hätte vermutlich jedoch keine unmittelbaren Reaktionen zur Folge. Relevant wäre ein derartiges Ergebnis jedoch insofern, als es die Gewerkschaften zwingen würde, ihre Strategie und Taktik angesichts drohender Totalaussperrungen zu überdenken. Faktisch würden sie sich wohl kaum der Erkenntnis verschließen können, daß nur mit neuen Kampfformen auch in Zukunft Erfolge zu erreichen sind.<sup>82</sup> Wie könnte ein neues Instrumentarium beschaffen sein?

2. Bei aller Unsicherheit, die Prognosen dieser Art anhaftet, scheint es mir relativ unwahrscheinlich, daß Solidaritätsstreiks in anderen Branchen – ungeachtet ihrer rechtlichen Zulässigkeit<sup>83</sup> – ein taugliches Gegenmittel sind. Zum einen sind Arbeitskämpfe in der Bundesrepublik bislang immer branchenbezogen geführt worden, was sicherlich nicht zuletzt auf die Organisationsform der DGB-Gewerkschaften zurückzuführen ist: Wie wenig man an weitergehende Aktionen dachte, zeigt sich u.a. daran, daß das Phänomen des Solidaritätsstreiks bisher fast nur im Rahmen grenzüberschreitender Aktionen in der Seeschifffahrt<sup>84</sup> und im Rahmen multinationaler Unternehmen<sup>85</sup> untersucht wurde. Das Bewußtsein vieler Gewerkschaftsmitglieder müßte sich daher entscheidend ändern, wollte man die an sich gegebenen rechtlichen Möglichkeiten voll ausschöpfen. Zum zweiten ist der Solidaritätsstreik dann eine relativ stumpfe Waffe, wenn er nicht nur als Demonstrationsform, sondern auch als Druckmittel eingesetzt werden soll: Geht man davon aus, daß jede Arbeitsniederlegung automatisch mit Streikunterstützung verbunden ist, so leuchtet es nicht ein, bei zur Neige gehenden Gewerkschaftskassen eine halbe Million Beschäftigter zu einem zweitägigen Solidaritätsstreik aufzurufen.

3. Ähnliches gilt für Betriebsbesetzungen: Auch sie haben in erster Linie Demonstrationseffekt, die gefährdete Streikunterstützung vermögen sie nicht

zu garantieren. Inwieweit sie die Arbeitgeberseite zum Nachgeben zwingen, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Auch sie können sich im übrigen nicht auf die bisherige Arbeitskämpftradition stützen, weshalb im Einzelfall mit beträchtlichen bewußtseinsmäßigen Barrieren zu rechnen ist.<sup>86</sup>

4. Die wahrscheinlichste Gegenstrategie scheint mir unter diesen Umständen darin zu bestehen, die scheinbar „naturegegebene“ Verknüpfung von Arbeitskämpf und Streikunterstützung zu lockern und nur noch geringere oder gar keine Zahlungen mehr vorzusehen. Damit wäre die Organisation nicht mehr erpreßbar, sondern könnte mit einer längeren Arbeitsniederlegung drohen. Auch dies setzt allerdings ein verändertes Bewußtsein voraus, da den Streikenden sehr viel größere Opfer zugemutet werden. Zwar kann man höhere Forderungen erheben oder Lohnfortzahlung für die Streikzeit verlangen wie dies bei spontanen Arbeitsniederlegungen üblich ist, doch bleibt das Risiko, daß man damit nicht durchdringt, daß der einzelne definitiv von seinen Ersparnissen oder der Hilfe von Familienangehörigen leben muß. Ein solches Opfer erbringt man nur dann, wenn man den bisherigen Zustand als unerträglich empfindet, wenn man die Vorstellung hat, sowieso mit dem Rücken zur Wand zu stehen. Eine derartige Grundhaltung wird sich bei der großen Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder nur dann bilden, wenn die Gewerkschaften als Institution ungleich mehr als bisher auf ungelöste Probleme, auf Unterprivilegierungen und Ungerechtigkeiten hinweisen und wenn sie dies mit der Perspektive einer unmittelbaren praktischen Umsetzung von Forderungen tun. Gleichzeitig müßten sie die Vorstellung abbauen, die im Prinzip voll akzeptierte heutige Ordnung lasse die Lösung aller Probleme zu. Plakativer und deutlicher gesagt: Ein Streik ohne Streikunterstützung ist nur möglich auf der Basis eines klassenkämpferischen Bewußtseins, nicht jedoch auf der Grundlage einer Sozialpartnerschaftsideologie. Wollen die Gewerkschaften ihre Rolle als zentrale Interessenvertretung nicht aufs Spiel setzen, so sind sie als Institution geradezu gezwungen, eine derartige neue Grundhaltung zu propagieren: Allein hier liegt die Chance, trotz Erschöpfung der finanziellen Mittel auch in Zukunft eine effiziente Tarifpolitik betreiben zu können. Der rücksichtslose Gebrauch der Aussperrungswaffe wäre der entscheidende Hebel, um die Politik der deutschen Gewerkschaften an die der wichtigsten französischen, italienischen, englischen und spanischen Organisationen anzugleichen. Es ist Aufgabe der Wissenschaft, alle Beteiligten auf diese Konsequenz hinzuweisen.

## Anmerkungen

- 1 *Kittner*, Verbot der Aussperrung. 7 Fragen – 70 Antworten, Schriftenreihe der IG Metall, Heft 80, Frankfurt/M. o.J. (1978) spricht S. 48 von 30 000 Klagen aus dem Metallbereich, *Erd* (Der „Kampf“ um das Verbot der Aussperrung, in: *Jacobi/Müller-Jentsch/Eberhard Schmidt*, Arbeiterinteressen gegen Sozialpartnerschaft, Berlin 1979, S. 88) spricht von 12 000 Verfahren aus dem Organisationsbereich der IG Druck. Die bis November 1978 ergangenen Entscheidungen der ersten Instanz, von denen die Mehrzahl die Aussperrung im Druckgewerbe für unzulässig erklärte, sind in BB 1978, 1777 zusammengestellt. Vgl. auch den Rechtsprechungsbericht von *Etzel*, Zur Frage der Rechtmäßigkeit der Aussperrung, J A 1979, 100.
- 2 Angaben nach *Thomas Raiser* ZRP 1978, 204, der sich auf Aussagen der IG Druck stützt. Der finanzielle Aspekt bleibt völlig unberücksichtigt in dem Beitrag von *Erd*, aaO, S. 82 f.
- 3 Mitgeteilt bei *Kittner*, aaO, S. 11.
- 4 Zahlen bei *Thomas Raiser* ZRP 1978, 202. Die Behauptung, Aussperrungen würden Arbeitskämpfe verkürzen, läßt sich nicht halten (*Wohlgemuth*, Staatseingriff und Arbeitskampf, Köln/Frankfurt/M. 1977, S. 162) – die große Länge des Stahlarbeiterstreiks kam z.B. trotz verhängter Aussperrung von 20 000 Beschäftigten und drohender weiterer Aussperrungen zustande.
- 5 *Richardi* NJW 1978, 2057; *Seeger* BfStR 1978, 337 f.; *Seiter* JZ 1978, 413 f.; *Thomas Raiser* ZRP 1978, 201 f.; *Wahsner* Vorgänge Heft 35/1978 S. 41 f.; *Wohlgemuth*, AuR 1978, 325 f u. jetzt ders. BB 1979, 111 f. sowie *Mayer-Maly* DB 1979, 95 ff.
- 6 *Kittner*, aaO; *Wohlgemuth*, aaO; *Zachert-Metzke-Hamer*, Die Aussperrung. Zur rechtlichen Zulässigkeit und praktischen Durchsetzungsmöglichkeit eines Aussperrungsverbots, Köln 1978.
- 7 Siehe die Wiedergabe in: Der Gewerkschafter Heft 9/1978 S. 24 f und Der Betriebsrat 1978, 379 f. In einer Reihe von Punkten bedürfte sie allerdings noch der Vertiefung.
- 8 Am 31.12.1977 hatten die dem DGB angeschlossenen Gewerkschaften insgesamt 7,47 Mio. Mitglieder, wozu ca. 1,3 Mio. Mitglieder anderer Gewerkschaften (DAG, Beamtenschaft, Splittergruppen) kamen. Angesichts einer Gesamtzahl von 22,54 Mio. abhängig Beschäftigter entspricht dies einem Organisationsgrad von 38,9% (Angaben nach *Statist. Jahrbuch* 1978, S. 92, 552).
- 9 Vgl. den Überblick bei *Hildebrandt* Prokla Heft 26/1976, S. 151 ff.
- 10 Vgl. jedoch *Seiber*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975, S. 279, wonach die ungleiche Betroffenheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern bereits durch den Streik eintrete.
- 11 Siehe die Zahlenangaben bei *Wohlgemuth* (aaO, oben Fn 4) S. 133 Fn 122. Danach erreichte die Streikunterstützung bei der IG Metall – Beitragsehrlichkeit vorausgesetzt – 73,86% des Netto-Arbeitsentgelts, doch muß sie grundsätzlich versteuert werden.
- 12 Zahlenbeispiel: Arbeitnehmer X verdient bislang netto 1500,- DM. Während des Streikmonats erhält er 1000,- DM Streikunterstützung, verliert also 500,- DM. 0,5% Lohnerhöhung für 12 Monate machen 7,50 DM x 12 = 90,- DM aus. Auch wenn man berücksichtigt, daß die 0,5%-Erhöhung in künftigen Tarifverträgen „durchschlägt“, kann schwerlich von einem Äquivalent die Rede sein.
- 13 Vgl. *Wohlgemuth* S. 135.
- 14 *Seiter*, aaO, (oben Fn 10) S. 286.
- 15 Näher dazu *Däubler*, Das Arbeitsrecht, 2. Aufl., Reinbek 1977, S. 143 f.
- 16 Dazu *Wohlgemuth*, S. 145. Für kartellrechtliche Zulässigkeit die wohl herrschende Meinung (Nachweise bei *Zöllner*, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974, S. 45 f). Dagegen insbesondere *Hendriks* ZHR 141 (1977), 1 f und *Säcker* ZHR 137 (1974), 455 f.
- 17 Siehe die Nachweise bei *Wohlgemuth* S. 140 Fn 172. Vgl. weiter *Seiter* S. 284.
- 18 Deshalb kommt es auch nicht auf das Argument *Seiters* (aaO, S. 290) an, wonach der letztlich Stärkere den Kampf auch dann vermeidet, wenn sich ein Nachgeben für ihn als das kleinere Übel darstellt.
- 19 BAGE 3, 266, 269 f. Zur Kritik s. *Säcker* BB 1971, 964 f.
- 20 Zu den Ursachen übertariflicher Löhne s. den Überblick bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht, S. 85 f.
- 21 Vgl. etwa *Külpe*, Der Lohnfindungsprozeß der Tarifpartner, Darmstadt 1977, S. 46, 69 sowie den Bericht des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit im Jahre 1973 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BT-Drucksache 7/2250 S. 59 f.
- 22 Näher *Zachert-Metzke-Hamer* (aaO, oben Fn 6) S. 147.
- 23 Vgl. *Paasche*, Zeitgemäße Entlohnungssysteme, Essen 1978; *Teschner*, in: Gewerkschaften und Klassenkampf, Kritisches Jahrbuch, Frankfurt/M. 1974, S. 208 f. Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einführung neuer Lohnformen s. § 87 Abs. 1 Ziff. 10 + 11, zum nur ausnahmsweise eingreifenden korrigierenden Mitbestimmungsrecht nach § 91 BetrVG bei Änderungen der Bandgeschwindigkeit s. *Fitting-Auffarth-Kaiser*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar, 12. Aufl., München 1977, § 87 Rn 57, § 91 Rn 9 mwN.
- 24 Näher dazu *Jungnickel-Matthies*, Multinationale Unternehmen und Gewerkschaften, Hamburg 1973, S. 18, 21 f.; *Warner-Turner*, Gewerkschaften und Multinationale Konzerne, in: *Tudyka* (Hrsg.), Multinationale Konzerne und Gewerkschaftsstrategie, Hamburg 1974, S. 189. Meist reicht es aus, nur damit zu drohen, künftige Investitionen im Ausland zu tätigen oder auf ausländische Parallelproduktionen zurückzugreifen.
- 25 *Fröbel-Heinrichs-Kreye*, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek 1977, S. 34. Davon sind 45% in Entwicklungsländern beschäftigt – *Fröbel-Heinrichs-Kreye* S. 124.
- 26 Siehe *Breidenstein*, Internationale Konzerne, Reinbek 1977, S. 70 f.; *Fröbel-Heinrichs-Kreye* S. 523 f, 633.
- 27 Zur Beeinflussung der öffentlichen Meinung s. *Wohlgemuth* AuR 1978, 325; einen „Gesamtvergleich“ bringt *Zachert* AuR 1977, 3 f.
- 28 *Udo Mayer* DuR 1975, 15 f.; *Weiss* AuR 1974, 37 f.
- 29 *Wohlgemuth* S. 149.
- 30 Siehe die Nachweise bei *Wohlgemuth* S. 158/159
- 31 Vgl. etwa BAG AP Nr. 32 und 37 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag. Aus der Literatur s. *Birk* ZfA 1974, 446 f.; *Herschel* AuR 1972, 129; *Lieb* RdA 1972, 129; *Reuss* AuR 1972, 136; *Seiter* ZfA 1970, 363.
- 32 Überblick bei *Kasiske* (Hrsg.), Gesundheit am Arbeitsplatz, Reinbek 1976 und *Klee*, Gefahrenzone Betrieb, Frankfurt/M. 1977
- 33 Einen Überblick über die Rechtslage bringt *Arendt* (aaO, oben Fn 7). Zum Stellenwert der Humanisierung der Arbeitsbedingungen im französischen und italienischen Tarifsystem s. *Delamotte*, in: *Vetter* (Hrsg.), Humanisierung der Arbeit als gesellschaftspolitische und gewerkschaftliche Aufgabe, Frankfurt/M.-Köln 1974, S. 97 f. Dabei dürfte auch das sehr viel weitergehende Streikrecht eine Rolle spielen.
- 34 Dies bedeutet nicht, daß man damit in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht ein „Wertsystem“ konstruiert, das alle Lebensbereiche durchdringt und jeden Konflikt zum Verfassungsproblem macht – es geht nur darum, Widersprüche zwischen einzelnen Grundrechtsnormen dort zu vermeiden, wo sich ihr Anwendungsbereich (möglicherweise) überschneidet. Die folgenden Ausführungen stimmen weithin mit den in: Das Arbeitsrecht, S. 47 f gemachten überein.
- 35 Zur Notwendigkeit einer entstehungszeitlichen Interpretation *Abendroth*, Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme, Pfullingen 1966, S. 13; *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1975, S. 143 f.; *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat, nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960, S. 5

- 36 BVerfGE 2,1,12; 5,85,122; 6,309,361; 8,71,78; aus der umfangreichen Literatur s. *Hamann-Lenz*, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970, Einführung C1; *Gerhard Müller* RdA 1964, 125; *Ramm*, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965, S. 71 f.
- 37 Statt aller *Sörgel*, Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1969, S. 109 f; *Hartwich*, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, 2. Aufl., Opladen 1977, S. 49 f.
- 38 Zur These *Ramms* (JZ 1978, 186), ich würde durch Reduzierung des Grundgesetzes auf Antifaschismus Geschichtsklitterung betreiben, s. *Derleder* JZ 1978, 792.
- 39 So auch die Mitbestimmungskommission, BT-Drucksache VI/334, S. 56; *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, Berlin 1974, S. 50 f.
- 40 BVerfGE 7, 377, 397.
- 41 Ähnlich BVerfGE 34, 308, 317.
- 42 *Zachert-Metzke-Hamer* S. 114 f.
- 43 Vorgänge Heft 35/1978, S. 52. Die Arbeit enthält auch sonst eine Reihe erstaunlicher Behauptungen, so etwa die, daß Zehntausende von Arbeitern „gegen das herrschende Arbeitsrechtskartell“ demonstriert hätten (S. 41) und daß die Weimarer Verfassung ein generelles Aussperrungsverbot enthalten habe (S. 45). Das letztere ist diskutabel, bedürfte aber einer (von *Wahsner* nicht gegebenen) Begründung, die über ein subjektives Für-Wahr-Halten hinausgeht.
- 44 Näher zu dieser Form der Verfassungskonkretisierung *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 145 f.
- 45 Vgl. auch *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971, 295 f, 312 f.
- 46 Aussperrung (aaO, oben Fn 16) S. 19 f.
- 47 Ebenso *Thomas Raiser*, Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, Berlin 1975, S. 28. Siehe weiter *Wohlgemuth* S. 94.
- 48 Zum Streitstand s. *Groß* BfStR 1976, 353 f.
- 49 § 18 Abs. 7 SchwBG: „Schwerbehinderte, denen lediglich aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt worden ist, sind nach Beendigung des Streiks oder der Aussperrung wieder einzustellen.“
- 50 Ebenso im Ergebnis *Seiter* S. 315.
- 51 So im Ergebnis auch *Borrmann* DB 1978, 1978 ff. mit Nachweisen aus der nicht veröffentlichten neuesten Rechtsprechung.
- 52 Entsprechend der „mise en chômage technique“ des französischen Rechts – dazu *Camerlynck/Lyon-Caen*, Droit du travail, 7<sup>e</sup> édition, Paris 1978, S. 299.
- 53 Wo kein Betriebsrat besteht, bleibt es allerdings bei der bisherigen Lösung.
- 54 So im arbeitsrechtlichen Schrifttum *Frowein*, Zur völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung, Tübingen 1976, S. 18; *Säcker*, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliches Grundprinzip des Arbeitskampfrechts, Heidelberg 1974, S. 82 und passim; *Schwerdtfeger*, Arbeitslosenversicherung und Arbeitskampf, Berlin 1974, S. 67; *Seiter* (aaO, oben Fn 10) S. 138; *Zöllner* (aaO, oben Fn 16) S. 11.
- 55 Im Ergebnis ähnlich *Frowein*, S. 9/10.
- 56 Der Pakt wurde von der Bundesrepublik aufgrund des Gesetzes vom 23.11.1973 (BGBl II, 1569) ratifiziert und ist am 3.1.1976 in Kraft getreten (BGBl II, 428).
- 57 *Kittner* (aaO, oben Fn 1) S. 20.
- 58 EGMR EuGRZ 1975, 564; EuGRZ 1976, 65 und 71.
- 59 Siehe die Nachweise bei *Mitscherlich*, Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta, Baden-Baden 1977, S. 60 f. Für eine Aussperrungsgarantie insbesondere *Gitter* ZfA 1971, 141; *Kaiser*, Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe 1973, S. 56; *Simitis*, 51. DJT, S. R 38.
- 60 Näher dazu *Zachert-Metzke-Hamer*, aaO, S. 182 f.
- 61 Eingehender *Däubler*, in: *Agnelli-Berenstein-Däubler* u.a., Die Europäische Sozialcharta. Weg zu einer europäischen Sozialordnung, Baden-Baden 1978, S. 139–145.
- 62 Ebenso der Tendenz nach *Seiter* S. 319. Ähnlich wie hier *Wohlgemuth* S. 165; *Zachert-Metzke-Hamer* S. 184. Zur Nichtexistenz einer Aussperrungsgarantie im Recht der europäischen Gemeinschaften siehe *Däubler*, Das Arbeitsrecht, S. 160.
- 63 Siehe etwa *Thomas Raiser* (aaO, oben Fn 47) S. 92; *Seiter* (aaO, oben Fn 10) S. 330; *Zöllner* (aaO, oben Fn 16) S. 52 f.
- 64 Anders liegt der Fall z.B. im Gesellschaftsrecht, wo sich etwa die Notare völlig an die bisherige Rechtsprechung halten, so daß keine Konfliktfälle auftreten und deshalb auch kaum eine Chance zur Revidierung bisheriger Positionen besteht.
- 65 *Evers*, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, Hamburg 1969, S. 75; *Thomas Raiser*, aaO, S. 86; *Zöllner*, aaO, S. 22.
- 66 Die bisherige Kritik bezog sich allein auf die während der Laufzeit eines Tarifvertrages ausgesprochene Massenänderungskündigung – vgl. *Säcker* DB 1967, 1090; *Söllner*, Arbeitsrecht, 6. Aufl., Stuttgart Berlin u.a. 1978, S. 83. Der Einwand *Thomas Raisers* (aaO, S. 87) greift deshalb nicht. Der auf diese Weise erfolgende soziale Abbau ist auch kein von der Verfassung verbotener sozialer Rückschritt, da sich dieser nur auf Rechtspositionen, nicht auf marktmanente Veränderungen bezieht. Insofern ist die Kritik *Seiters* (aaO, S. 332 Fn 76) unberechtigt.
- 67 Siehe oben III 8.
- 68 Vgl. etwa BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 Arbeitskampf.
- 69 Näher *Däubler* JuS 1972, 647.
- 70 BVerfGE 38, 386 f.
- 71 Vgl. *Raiser* S. 88; *Zöllner* S. 58, wonach die lösende Aussperrung durch den Gesetzgeber oder den an seiner Stelle handelnden Richter verboten werden kann.
- 72 Siehe oben Fn 63.
- 73 Vgl. BAGE 23, 484, 501; *Brox-Rüthers*, Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965, S. 150; *Gerhard Müller* AuR 1972, 5 u.a. für die „Gefahr“ einer Vernichtung des Arbeitskampfbegriffs.
- 74 So die vom BAG erstellte Statistik, mitgeteilt bei *Notter* DB 1976, 772 Fn 3. Vgl. weiter *Becker-Rommelspacher* ZRP 1976, 41; *Kempff* DB 1976, 2112.
- 75 BB 1978, 1568.
- 76 ZRP 1978, 205.
- 77 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *G. Müller* RdA 1971, 324 li.Sp.
- 78 Siehe die Übersicht bei *Kittner* (aaO, oben Fn 1) S. 40.
- 79 Dies entspricht in etwa den Voraussetzungen, die nach bisheriger Rechtsprechung für die lösende Aussperrung verlangt werden – BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
- 80 *Pfarr* AuR 1977, 43.
- 81 Ahnl. *Seiter* S. 348: „Man kann daher wohl ohne Übertreibung sagen, daß die Befreiung der Außenseiter von negativen Kampfeinwirkungen den subtilsten und gefährlichsten Anschlag auf den gewerkschaftlichen Mitgliederstand darstellen würde.“
- 82 Vgl. *Janzen* Der Gewerkschafter Heft 9/1978 S. 21 ff, der sich jedoch in Bezug auf konkrete Vorschläge stark zurückhält.
- 83 *Zachert-Metzke-Hamer* S. 196 f.
- 84 *Säcker*, Zur Rechtmäßigkeit des Boykotts von Außenseiter-Reedereien zum Zwecke des Abschlusses von Anschluß-Tarifverträgen, Stuttgart 1976.
- 85 *Däubler*, in: *Daubler-Wohlmuth*, Transnationale Konzerne und Weltwirtschaftsordnung, Baden-Baden 1978, S. 231 f. Zum ganzen siehe *Birk*, Die Rechtmäßigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungskampfmaßnahmen, Stuttgart 1978.
- 86 Zur rechtlichen Zulässigkeit s. BAG DB 1978, 1403 und *Seiter* S. 523 (verneinend) sowie *Däubler*, Das Arbeitsrecht, S. 182 (im Grundsatz bejahend). Zur Betriebsbesetzung bei der „Frankfurter Rundschau“ im Arbeitskampf 1978 s. das Gespräch mit dem Betriebsratsvorsitzenden in: *Jacobi/Müller-Jensch/Eberhard Schmidt*, (aaO, oben Fn 1) S. 33 f.

#### **Über den Autor:**

Däubler, Wolfgang, Prof. Dr. iur.

Geb. am 5.5.1939 in Berlin. Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Tübingen, Hamburg, Berlin und Dijon. 1965 Promotion zum Dr. iur., danach wissenschaftlicher Assistent an der Universität Tübingen. 1971 Ruf auf eine Professur für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Universität Bremen, Lehrbeauftragter für Arbeitsrecht an der Akademie der Arbeit in Frankfurt und an der Sozialakademie Dortmund.

#### **Veröffentlichungen:**

Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. A., Tübingen 1971.

Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 3. unveränd. A., Frankfurt/M. 1975.

Das Arbeitsrecht. Von der Kinderarbeit zur Betriebsverfassung, Band 1 2. A., Reinbek 1977; Band 2, Reinbek 1979.

Eigentum und Recht, Darmstadt/Neuwied 1976 (zus. mit Ulrike Sieling-Wendeling und Horst Welkoborsky).

Schulung und Fortbildung von Betriebsratsmitgliedern und Jugendvertretern nach § 37 BVG, 3. A., Köln 1978.

Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Neuwied 1978.

#### **Anschrift:**

Geierweg 20, 7401 Dußlingen