

Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampf-Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April und 26. Oktober 1971 *)

Professor Dr. jur. Dr. rer. pol. Franz Jürgen Säcker, 1941 in Recklinghausen geboren, studierte Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in Münster, Köln, Bonn, Genf und Speyer. Er war Assistent an den Universitäten in Köln und Bochum und habilitierte sich im Sommer 1970 für Zivil-, Handels-, Wirtschafts-, Arbeits-, Sozialversicherungs- und Zivilprozeßrecht. Seit Ende 1971 ist er Professor an der Freien Universität Berlin.

Bedeutung der Entscheidung

Das geltende deutsche Arbeitskampfrecht, bislang im wesentlichen bestimmt durch die Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28. Januar 1955¹⁾, hat durch den Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971 und das Folgericht des Ersten Senats vom 26. Oktober 1971 keine grundlegende Änderung, sondern nur eine zeitgemäßere Formulierung erfahren. Der Wandel bezieht sich mehr auf den Stil als auf die Substanz des bisherigen Rechts. Der Große Senat verabschiedet stillschweigend die Formel von der *Sozialadäquanz* und ersetzt sie durch das inhaltlich genauso unbestimmte, regulative Prinzip der *Verhältnismäßigkeit*, an dem sich künftig jeder Arbeitskampf zu orientieren habe. Die Änderung der Nomenklatur bedeutet noch keine Änderung in der Sache. All die Aussagen, die der Große Senat aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit ableitet, hätten ebensogut (und schlecht) mit der Sozialadäquanztheorie begründet werden können.

*) Vollständig abgedruckt in *Recht der Arbeit* 1971, S. 185 ff. (= *Arbeitsrechtliche Praxis* Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen 1972, S. 1 ff. mit zustimmender Anmerkung von Richardi = *Arbeitsrecht-Blätter*: D-Blatt „Arbeitskampf I, Entsch. 3“ mit zustimmender Anmerkung von Löwisch und *Recht der Arbeit* 1972, S. 55 ff. (= *Arbeitsrechtliche Praxis* Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Die Entscheidung des Großen Senats ist zustimmend von Scheuner, *Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskampfrechts im Beschluß des Großen Senats vom 21. April 1971*, *Recht der Arbeit* 1971, S. 327 ff.; Richardi, *Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971*, *Recht der Arbeit* 1971, S. 334 ff.; Löwisch, *Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht*, *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1971, S. 319 ff., im wesentlichen kritisch von Reuß, *Das neue Arbeitskampfrecht*, *Arbeit und Recht* 1971, S. 353 ff. besprochen worden. Der folgende Beitrag beruht auf Gedankengängen, die ausführlicher und eingehend belegt in meinem Aufsatz, *Von der Sozialadäquanz zur Verhältnismäßigkeit*, im *Arbeitskampfrecht* (*Juristenzeitung* 1972, Heft 11) dargelegt sind.

1) Abgedruckt in der *Arbeitsrechtlichen Praxis* Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Um alle Zweifel hinsichtlich der grundsätzlichen Kontinuität der richterlichen Bewertungsmaßstäbe im Arbeitskampfrecht auszuschließen, bekräftigt das Bundesarbeitsgericht nachdrücklich, daß der Arbeitskampf nur um solche Ziele rechtmäßig geführt werden kann, die Gegenstand eines Tarifvertrages sein können. Wilde Streiks sind rechtswidrig. Die Kampfparteien sind an das Gemeinwohl gebunden. Abwehr- wie Angriffsaussperrungen sind zulässig. Die Aussperrung kann sich sowohl gegen Streikteilnehmer wie gegen unorganisierte, arbeitswillige Arbeitnehmer richten.

In Fortführung der bisherigen Rechtsprechung des Ersten Senats²⁾ wird der Lösungseffekt der Aussperrung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt. Der Große Senat hält aber an der Lösungswirkung der Aussperrung für die Sachverhalte fest, wo ein essentielles Interesse der Arbeitgeberseite am Einsatz lösender Kampfmittel besteht. Die Rücknahme des Lösungseffekts in den übrigen Fällen fällt daher rechtspolitisch kaum ins Gewicht. Die Stufung der Rechtswirkungen der Aussperrung nimmt das Bundesarbeitsgericht zum Anlaß, zugleich ein Gesamtsystem abgestufter Kampfmaßnahmen zu entwickeln und engmaschigeren Spielregeln zu unterwerfen; der Arbeitskampf ist damit, wie sein jetziger Präsident deutlich herausgestellt hat, endgültig verrechtlicht und zu einer ausgebauten, damit aber zugleich rechtlich „kanalisierten“, sozial gebändigten und in die bestehende Gesamtrechtsordnung integrierten Rechtsinstitution geworden³⁾.

Zur Problematik richterlicher Regelaufstellung im Arbeitsrecht

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts versteht seinen Beschluß selbst als „gesetzesvertretendes Richter recht“, das sich vom Gesetzesrecht nur dadurch unterscheidet, daß es lediglich „an Hand des an die Gerichte herangetragenen Falles entwickelt und geändert werden kann und der Richter nicht wie der Gesetzgeber frei ist, eine Änderung sofort bei auftretender Notwendigkeit und zu einem von ihm zu bestimmenden Zeitpunkt vorzunehmen“. Im Rahmen dieses Aufsatzes ist kein Raum, auf die allgemeinen verfassungsrechtlichen, namentlich auf die rechtsquellen- und demokratietheoretischen Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung einzugehen⁴⁾ oder erneut die Frage zu stellen, ob das Bundesarbeitsgericht immer die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung beachtet hat. Richtig ist jedenfalls die Feststellung, daß der Große Senat keine allgemeine Rechtsetzungskompetenz hat, sondern nur zu fallbezogener Rechtsfortbildung befugt ist, das heißt nur solche Ausführungen machen darf, die zur Begründung

2) Vgl. die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts in der Arbeitsrechtlichen Praxis Nr. 6, 24, 31 und 36 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

3) Vgl. den Beitrag G. Müllers in diesem Heft S. 273 ff., sowie seine Aufsätze: Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, *Recht der Arbeit* 1971, S. 321 ff.; Der Arbeitskampf als Rechtsinstitution — Gedanken zum Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland, *Arbeit und Recht* 1972, S. 1 ff.

4) Vgl. dazu näher Säcker, *Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit*, 1969, S. 95 ff.; Scholz, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1971, S. 91 ff., und allgemein Hans Peter Schneider, *Richterrecht, Gesetzesrecht, Verfassungsrecht*, 1969; H. W. Kruse, *Das Richterrecht als Rechtsquelle innerstaatlichen Rechts*, 1971.

der Antwort auf die an ihn gerichtete Frage erforderlich sind. Diese limitierende und disziplinierende, zu Exaktheit und Begrenzung der richterlichen Regelbildung zwingende Funktion des konkreten Sachverhalts bzw. der konkreten Anfrage geht indes verloren, wenn der Richter die ihm durch den konkreten Anlaßfall gesetzten Schranken zur Rechtsetzung überschreitet.

Deshalb muß kritisiert werden, daß der Große Senat zu Problemen Stellung nimmt, die durch die Anfrage des Ersten Senats nicht berührt werden, und — dazu noch ohne jede Begründung — frühere, nicht fallbezogene Aussagen des Ersten Senats zu anderen Arbeitskampfproblemen (sogenannte *obiter dicta*) bekräftigt. Auf diese Weise sichert sich das Gericht eine ständige, scheinbar gefestigte Rechtsprechung, mit der es dann, wenn es später einmal einen vom *obiter dictum* erfaßten Sachverhalt tatsächlich zu entscheiden hat, rein formal argumentieren kann, ohne daß triftige Gegenargumente dann noch ernsthaft sachlich in Erwägung gezogen werden. Die im großen und ganzen legalistisch (richterpositivistisch) denkenden, zumindest handelnden deutschen Gewerkschaften z. B. werden durch solche beiläufigen Rechtsansichten in höchstrichterlichen Entscheidungen nicht unerheblich „ferngesteuert“, weil sie das Risiko scheuen, mit Mitgliederbeiträgen hohe Schadenersatzforderungen der Gegenseite erfüllen zu müssen, wenn sie dem *obiter dictum* zuwiderhandeln und verklagt werden. Gerade dieser letztere Aspekt zeigt sehr deutlich den negativen Effekt bloßer „*obiter dicta*“. Demnach war es überflüssig, daß das Bundesarbeitsgericht in Nebensätzen und ohne jede Begründung auf die Zulässigkeit aggressiver Verbands- und Firmenaussperrungen hinwies, wilde Streiks für rechtswidrig erklärte (so, als ob es keine an die September-Streiks des Jahres 1969 anknüpfende, eingehende rechtswissenschaftliche Diskussion um die Rechtmäßigkeit nicht gewerkschaftlicher Streiks gegeben hätte) und — erstmals — das Erfordernis eines vorgängigen Schlichtungsverfahrens und offenbar auch der Urabstimmung als unerläßliche Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen postulierte.

Weiterhin muß gerügt werden, daß der Beschluß jeder inhaltlichen Auseinandersetzung mit grundsätzlichen Gegnern⁵⁾ der bisherigen Arbeitskampf rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Wege geht. Nicht unbedenklich ist schließlich die unvermittelte und unkontrollierte Einführung außertatbestandlichen Erfahrungswissens in die Entscheidung mit dem offensichtlichen Ziel, die begrenzte Anschauungskraft des singulären Anlaßfalls zu erweitern und eine breitere empirische Basis für rechtliche Schlußfolgerungen zu gewinnen. Schon die

4) Vgl. etwa Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, 1965, S. 190 ff.; ders., Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, 1971, S. 120 ff., 144 ff., 163 ff.; ders., Arbeit und Recht 1967, S. 97 ff.; Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl. 1971, S. 80 ff., 135 ff., 242 ff.; Rajewski, Arbeitskämpfrecht in der Bundesrepublik, 1970, S. 63 ff.; R. Schmid, Streik und Aussperrung, o. J., S. 5 ff.; R. Hoffmann, Archiv für öffentliches Recht, Bd. 91 (1966), S. 142 (189); Abendroth, Gewerkschaftliche Monatshefte 1954, S. 634 ff.; Richter, Gewerkschaftliche Monatshefte 1966, S. 434 ff.; Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. 1971, S. 188; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 241; Evers, Arbeitskämpffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, 1969, S. 19 ff.; Barwinsky, in: Zinn-Stein, Die hessische Verfassung, 1954, Art. 29 Anm. 18; Hamann-Lenz, Das Grundgesetz für die BRD, 3. Aufl. 1970, Art. 9 Anm. 5; Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 42 ff. Das Bundesarbeitsgericht erwähnt keinen dieser Autoren.

Entscheidung des Großen Senats⁶⁾ zur Frage der Zulässigkeit tarifvertraglicher Differenzierungsklauseln krankte bei der Einführung außertatbestandlicher Fakten in die Entscheidungsgründe an erheblichen Mängeln⁷⁾. So wie die Richter sich bei jenem Beschluß ohne empirische Absicherung durch tatsächliche Erhebungen auf eine vorrechtliche, sozialetische Wertungshomogenität kraft gemeinsamer, durch das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden vermittelter kollektiver Wertvorstellungen beriefen, um ihr eigenes Werturteil abzustützen, so verweisen sie in diesem Beschluß einmal „auf die soziale Wirklichkeit des Kampfgeschehens“, die nicht ohne rechtliche Folgen bleiben dürfe (dazu unter a), zum anderen auf die in den letzten Jahren „in verstärktem Maße“ zu beobachtende Taktik der Gewerkschaften, Schwerpunktstreiks zu führen (dazu unter b).

a) Die erste Aussage ist inhaltsleer. Blanke Berufung auf die soziale Realität des Arbeitslebens als Orientierungspunkt für die Reditsfortbildung ist angesichts der Vieltätigkeit und vielfältigen Deutbarkeit eben dieser Realität unergiebig und gerade im Arbeitsrecht ein Verstoß gegen den „Geist“ dieses Rechtsgebietes. Das Arbeitsrecht ist als Protest gegen die soziale Wirklichkeit entstanden; es ist beherrscht von dem Anspruch, diese Realität nicht unverändert hinzunehmen, sondern sie in Richtung auf mehr sozialen Fortschritt und mehr reale Freiheit für alle zu verändern⁸⁾. Aus eben dieser sozialen Realität dann aber zu folgern, daß der Arbeitgeber (anders als die Gewerkschaften, denen der Große Senat jedes Einwirken auf die Rechtsstellung des Außenseiters verwehrt) berechtigt sei, die Arbeitnehmer als „Einheit“ zu behandeln und alle, auch die anders- und unorganisierten arbeitswilligen Arbeitnehmer auszusperrern, weil er es auch bisher so gehandhabt hat, bedeutet Verzicht auf eine Begründung dafür, warum der Richter in diesem Falle vor der historisch gewachsenen Faktizität kapituliert. Der Große Senat stand vor der Aufgabe, die vorgefundene soziale Realität zu bewerten und zu prüfen, ob die arbeitskampfrechtlichen Spielregeln, die sich nicht zuletzt auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung eingependelt hatten, fortbestehen sollen und angesichts der tarifrechtlichen Wertentscheidung für den begrenzten, den Außenseiter nicht mit in den normativen Geltungsbereich einbeziehenden Tarifvertrag (§ 3 Abs. 1 des Tarifvertragsgesetzes) fortbestehen können.

b) Das zweite Argument ist in seiner Allgemeinheit empirisch unzutreffend. In den letzten Jahren sind nirgendwo echte Schwerpunktstreiks geführt worden. Nirgendwo sind einzelne Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen eines Betriebes vorgeschickt worden, um den Gesamtbetrieb lahmzulegen, während die übrigen sich „arbeitswillig“ meldeten⁹⁾. Soweit dagegen die Gewerkschaften Streiks räumlich (und zeitlich) auf einzelne Betriebe (und Tage) beschränken, wie es z. B. bei den Auseinandersetzungen in der chemischen und metallverarbeitenden Industrie im Jahre 1971 der Fall war, kann nicht einfach von Schwerpunktstreiks gesprochen werden, gegen die in beliebiger (Breite das Instrument der Abwehraussperrung eingesetzt werden könne. Gerade von seinem Ausgangspunkt aus hätte das Bundesarbeitsgericht die Aufgabe gehabt zu prüfen, ob es nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit rechtlich geboten ist, den Streik zunächst einmal nur

6) Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 13 zu Art. 9 GG.

7) Vgl. E. H. Ritter, Juristenzeitung 1969, S. 111 ff.

8) Vgl. dazu Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 41 ff.; speziell für das Streikrecht Matthöfer, Streik und streikähnliche Formen des Kampfes der Arbeitnehmer im Kapitalismus, in: D. Schneider, Zur Theorie und Praxis des Streiks, 1971, S. 155 (163 ff.); R. Hoffmann, Streik als gesellschaftsverändernde Praxis, ebda., S. 210 (222 ff.).

9) Ein solches Beispiel für einen solchen Schwerpunktstreik bietet die Entscheidung des OLG Jena, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, S. 190.

mit begrenzter Breitenwirkung zu führen bzw. die auf ihn reagierende Abwehr nur in angemessener, verhältnismäßiger Breite zu dosieren, z. B. die Kampfzone auf den tariflichen Regelungsbereich zu beschränken. Die Unterstellung immer zahlreicher werdender Schwerpunktstreiks und die daran anknüpfende, nicht substantiierte Furcht vor bloß simulierter Arbeitsbereitschaft dient dem Bundesarbeitsgericht dann als Basis für die Folgerung, daß der Arbeitgeber das Recht haben müsse, die Arbeitnehmer als Einheit zu behandeln und jederzeit auch alle arbeitswilligen Arbeitnehmer auszusperrern. Eine juristische Begründung dafür fehlt¹⁰).

Analyse der zur Rechtfertigung der Rechtsfortbildung angeführten Gründe

Der Große Senat begründet die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung durch Hinweis auf fünf Probleme, die bislang nicht befriedigend gelöst worden seien:

1. Die lösende Wirkung der Aussperrung sei mit dem Ziel des Arbeitskampfes, der nur auf vorübergehende Unterbrechung der beiderseitigen Rechte und Pflichten angelegt sei, unvereinbar. Diese These ist jedoch nur auf den ersten Blick einleuchtend. Rechtstechnisch besteht zwischen der Konstruktion einer Gesamtlösung mit Pflicht zur Wiedereinstellung bei Fehlen sachlich-betrieblicher Gründe für die Aufrechterhaltung der Lösung (deren der Große Senat sich ja ebenfalls bedient) und der Konstruktion einer Suspendierung mit dem Recht zu nachfolgender Einzellösung bei Vorliegen sachlich-betrieblicher Gründe kein Unterschied. Der Lösungseffekt muß in seinem funktionellen Zusammenspiel mit der nach Kampfende bestehenden Wiedereinstellungspflicht gesehen werden. Denn mit Kampfende entbehrt die Lösung der inneren Rechtfertigung; sie steht als Maßnahme des transitorischen Arbeitskampfes von Anfang an unter der auflösenden Bedingung der Wiedereinstellung nach Kampfende, sofern dem dann nicht sachlich-betriebliche Gründe entgegenstehen.

2. Die Lösungstheorie könne — so meint der Große Senat — nicht erklären, wieso die Ämter der Betriebsratsmitglieder und der Unternehmensangehörigen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Arbeitskampfes fortbestehen. Die Funktionsfähigkeit dieser Gremien könne gerade in einem Arbeitskampf für den Arbeitgeber besonders wichtig sein. Die Sorge um den Arbeitgeber kann indes getrost ihm selber überlassen bleiben. Liegt ihm an der Funktionsfähigkeit von Betriebs- und Aufsichtsrat, so braucht er deren Mitglieder, soweit sie Angehörige des Unternehmens sind, eben nicht lösend auszusperrern. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 26. 10. 1971 den Betriebsrat zudem im Arbeitskampf in seinen wichtigsten Funktionen ausgeschaltet, so daß das Fürsorgeargument vollends unverständlich wird.

3. Das dritte Argument des Bundesarbeitsgerichts gegen die Lösungstheorie ist, daß die Arbeitnehmer bei Lösung der Arbeitsverhältnisse den Schutz des Kündigungs- und Mutterschutzgesetzes sowie ihre betrieblichen Anwartschafts-

10) Vgl. dazu näher meinen in Fußnote *) angeführten Aufsatz.

rechte verlören. Diese Rechtsfolgen gingen weit über das hinaus, was als rechtmäßiges Ziel eines Arbeitskampfes bezeichnet werden könne.

Der Hinweis auf den *Kündigungsschutz* ist rechtlich nicht einzuordnen, erklärt doch § 25 KSchG die Kündigungsschutzbestimmungen auf Kündigungen (= lösende Aussperrungen), die „als Maßnahmen in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern“ erfolgen, für unanwendbar. Der Schutz, den das Mutterschutzgesetz gewährt, geht beim Arbeitskampf ebenfalls nicht verloren. Lediglich eine verfehlte, heftig angegriffene und später nur sehr mühsam korrigierte Entscheidung des Ersten Senats hatte dies angenommen¹¹⁾.

Den Verlust *betrieblicher Anwartschaftsrechte* schließlich haben auch die Anhänger der Lösungstheorie nie befürwortet. Und auch in der Praxis sind, soweit ersichtlich, Anwartschaftsrechte bislang nie entzogen worden. Die Lösungstheorie „spuckt“ freilich dies Ergebnis nicht automatisch als Produkt logisch unausweichlicher Schlußfolgerung aus; man muß schon zu der Hilfskonstruktion greifen, daß die Lösung von Anfang an entsprechend der Zielrichtung des Arbeitskampfes unter der auflösenden Bedingung der Wiedereinstellung nach Kampfbende erklärt wird. Soweit das Bundesarbeitsgericht seinerseits lösende Aussperrungen zuläßt, scheint es sich gleichfalls von dieser Ansicht leiten zu lassen.

4. Vom Standpunkt der Lösungstheorie — so meint der Große Senat weiter — könne das rechtliche Gebot, *Erhaltungsarbeiten* auszuführen, nicht begründet werden, weil alle arbeitsvertraglichen Pflichten, nicht nur die synallagmatischen Hauptpflichten entfielen. Auch diese Einwendung gegen die Lösungstheorie ist nicht stichhaltig. Dem individuellen Arbeitsvertrag wohnt keine Verpflichtung inne, in Zeiten des Arbeitskampfes Erhaltungsarbeiten auszuführen. Das ist zwar häufig behauptet¹²⁾, nie aber begründet worden. Der Große Senat postuliert eine Rechtspflicht des einzelnen Arbeitnehmers, im Arbeitskampf nach Weisung des Arbeitgebers Erhaltungsarbeiten durchzuführen, allein vom erwünschten Ergebnis her, d. h., es scheint dem Großen Senat wünschenswert, daß die Arbeitnehmer Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf durchführen, wobei, leider nicht gesagt wird, was Erhaltungsarbeiten überhaupt sind. Fällt darunter, wie gelegentlich behauptet wird, etwa auch die Erhaltung des Kundenstammes? Dann könnte praktisch überhaupt nicht mehr gestreikt werden. Dabei wird offensichtlich nicht überlegt, ob nicht dem Arbeitskampf als kollektiver Arbeitseinstellung die zu seiner Effektivität erforderliche intensive Druckwirkung auf den Kampfgegner gerade genommen wird, wenn den Arbeitnehmern zugemutet wird, auf die totale kollektive Arbeitseinstellung als ihre einzige wirkungsvolle Waffe — aktive Betriebsbesetzung und Betriebsfortführung in eigener Regie ist den Arbeitnehmern im Rahmen der geltenden Rechtsordnung ja nicht erlaubt — gerade da zu verzichten, wo diese dem sozialen Gegenspieler besonders weh tut. Daß die Arbeitnehmer aus Gründen der Arbeitsplatzzerhaltung im eigenen Interesse (siehe die gewerkschaftlichen Kampffreglements, die sämtlich Bestimmungen zur Ordnung des Not- und Erhaltungsdienstes beim Arbeitskampf kennen) in aller Regel zur

11) Vgl. dazu näher Gamillscheg, in: Festschrift für Molitor, 1962, S. 57 (81 ff.).

12) Vgl. dazu die Nachweise bei Apfel, Die Sicherung und Erhaltung des Betriebs bei Arbeitskämpfen, 1970.

Durchführung objektiv erforderlicher Erhaltungsarbeiten bereit sein werden, bedeutet nicht, daß auch eine entsprechende Rechtspflicht besteht. Die Gewerkschaften werden an der Aufnahme gesellschaftspolitisch vernünftiger Regelungen in ihre Satzungen und Kampfbekämpfungen gehindert, wenn später die Rechtsprechung diese moralischen-politischen Selbstverpflichtungen zu Rechtspflichten gegenüber dem sozialen Gegenspieler anhebt. Das zeigt sich auch in den gegenwärtigen Auseinandersetzungen um das Erfordernis der Urabstimmung vor gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen. Der Richter ist nicht dazu berufen, die Arbeitnehmer aus dem Geiste einer patriarchalischen Bevormundung „in ihrem wohlverstandenen Eigeninteresse“ auch rechtlich dazu zu verpflichten, Erhaltungsarbeiten zu ihrem allgemeinen Besten auszuführen. Von einer solchen individualvertraglichen Rechtspflicht kann m. E. im Streikfall keine Rede sein. Was betriebstechnisch erforderlich ist, kann der einzelne Arbeitnehmer nach eigener Einsicht im Normalfall gar nicht ermessen. Die Frage kann vielmehr sinnvoll nur im Einvernehmen mit der gegnerischen Kollektivpartei geregelt werden. Jeder andere Standpunkt lastet dem einzelnen, vom Arbeitgeber angesprochenen Arbeitnehmer Mut und Risiko der Falschbeurteilung auf, da er ihn der individuellen Direktion des Arbeitgebers unterwirft und ihn so aus dem Schutz des Kollektivs im Arbeitskampf herausreißt. Sinnvoll sind deshalb, worauf der Große Senat hinweist, präventive Rahmenabsprachen zwischen den potentiellen Kampf- und Tarifparteien, um die Frage adäquat zu regeln. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, so muß der Arbeitgeber sich bemühen, Arbeitswillige, „Newcomer“ oder Aushilfskräfte von Leiharbeitsunternehmen für die Ausführung der erforderlichen Erhaltungsarbeiten zu gewinnen.

Nicht ohne gewisse Pikanterie ist, daß das Bundesarbeitsgericht an dieser Stelle den Übergang von einer entschärften Lösungstheorie zu einer durch Lösungseffekte (in all den Fällen, in denen auf Arbeitgeberseite am Lösungseffekt ein Interesse besteht) verschärften Suspendierungstheorie mit Argumenten rechtfertigt, die allein auf das Arbeitgeberinteresse abstellen.

5. Soweit schließlich der Große Senat meint, daß der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses gebiete, die dem Arbeitgeber eingeräumte Gestaltungsfreiheit dahin einzuengen, daß er den Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nur nach billigem Ermessen im Sinne des § 315 BGB ablehnen könne, hätte dem durch Fortbildung der Lösungstheorie ohne weiteres Rechnung getragen werden können. An die Stelle der vom Großen Senat in seiner Entscheidung vom 28. Januar 1955 verwandten Formulierung, es bestehe ein Wiedereinstellungsanspruch, wenn der Arbeitgeber sein Ermessen offensichtlich mißbräuchlich ausübe, hätte bloß die jetzt verwandte Formulierung zu treten brauchen, der Arbeitnehmer habe einen Wiedereinstellungsanspruch, wenn dies billigem Ermessen entspreche.

Die kritische Analyse der die Rechtsfortbildung nach Ansicht des Großen Senats rechtfertigenden Gründe zeigt, wie schwach im Grunde genommen die Gesamtheit der Argumente war, die für eine prinzipielle Abänderung der Recht-

sprechung ins Feld geführt werden konnte. Das Ergebnis der Entscheidung des Großen Senats muß denn auch alle die enttäuschen, die einen totalen Bruch mit der bisherigen Judikatur erwartet oder erhofft hatten. Das vom Großen Senat entwickelte System der Reaktionsmöglichkeiten auf Streiks muß wegen der neu hinzugekommenen, vielfältig differenzierenden Elemente dagegen unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten beunruhigen. Es gestattet die sichere Prognose, daß es auch künftig wiederum vieler Entscheidungen des für das Arbeitskampfrecht zuständigen Ersten Senats bedürfen wird, um näher zu bestimmen, wann ein rechtmäßiger Streik „längerdauernd“ ist oder „intensiv“ geführt wird oder wann ein rechtswidriger Streik „nicht ganz kurz“ oder „zweifelsfrei rechtswidrig“ ist, was „normales“ billiges Ermessen bei der Wiedereinstellungspflicht nach Ende eines rechtmäßigen Streiks bedeutet und was „freieres“ billiges Ermessen des Arbeitgebers bei Wiedereinstellung nach einem rechtswidrigen Streik bedeutet.

Analyse der rechtspolitischen Entscheidungsgrundlagen

Vorstehend geäußerte pragmatische Bedenken gegen die vom Großen Senat im einzelnen genannten Abgrenzungsmerkmale müßten allerdings dann zurücktreten, wenn diese aus den vom Großen Senat gewählten Axiomen zwingend abgeleitet wären. An der Spitze der rechtlichen Erwägungen des Beschlusses steht der Satz:

„Arbeitskämpfe müssen zwar nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem möglich sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können. In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren aber Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch NichtStreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Arbeitskämpfe müssen deshalb unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden.“

Dieser Satz enthält den Kerngedanken des ganzen Beschlusses. Nur derjenige, der die Dogmengeschichte und politische Dimension der arbeitskampfrechtlichen Lehrmeinungen und Judikate kennt, vermag seine volle Tragweite zu ermessen.

1. Der Große Senat ordnet mit diesem Satz den Arbeitskampf dem Institut des *Tarifvertrages* zu. Der Arbeitskampf wird als „ultima ratio“, als Druckmittel angesehen, das in einer freiheitlichen Ordnung ohne Zwangsschlichtung hinter den Tarifverhandlungen steht und einen sozial gerechten Tarifvertragsschluß verbürgen soll. Dogmengeschichtlich und funktionell ist diese ausschließliche Orientierung des Arbeitskampf rechts am Tarif recht umstritten. Im Jahre 1955 wäre ein solcher Satz zweifelsohne noch revolutionär gewesen; von der heute herrschenden Lehre wird er dagegen, m. E. zu Recht, akzeptiert, ohne indes völlig unbestritten zu sein. Eine nähere Begründung wäre daher wünschenswert gewesen.

2. Der Große Senat betont, in voller Übereinstimmung mit seiner Vorentscheidung aus dem Jahre 1955, die möglichen negativen Auswirkungen des Arbeitskampfes auf Dritte bzw. auf die *Allgemeinheit*. Denn der Arbeitskampf gerät mit ebenfalls grundrechtlich geschützten Freiheits- und Rechtsgütersphären anderer in Konflikt, weil er nicht nur im Innenverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer, sondern auch auf der gesamtgesellschaftlichen Ebene Wirkungen entfaltet und typischerweise Rechtsgüter Dritter (das Recht des arbeitswilligen Kollegen auf Arbeit und Lohn im eigenen wie im mittelbar streikbetroffenen Betrieb, das Recht des fremden Unternehmers auf ungestörte berufliche Betätigung, das Interesse der Kunden und Verbraucher an störungsfreier Versorgung und Belieferung, der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts) beeinträchtigt und daraus seine willensbeugende Druckwirkung auf die gegnerische Kampfpartei ableitet. Deshalb bedarf es arbeitskampfbegrenzender, den Streik zugleich aber nicht unverhältnismäßig einschränkender Gesetze („Spielregeln“), die den Interessenkonflikt zwischen verschiedenen Rechtsgütern lösen. Auch wer das System der durch Art. 9 Abs. 3 GG inaugurierten Koalitionsfreiheit als ein prinzipiell staatsfreies, autonomes Handlungssystem begreift, das der Sicherung einer offenen, differenzierten und dezentralisierten Sozialordnung dient, muß dem Bundesarbeitsgericht angesichts der ökonomisch evidenten Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf die Allgemeinheit jedenfalls im Ansatz zustimmen. Gerade derjenige aber, der insoweit den Ausgangspunkt des Bundesarbeitsgerichts teilt, vermißt schmerzlich die allen Aussagen über mögliche Begrenzungen der Arbeitskampffreiheit vorgelagerte, im Sinne der grundrechtlichen Wertordnung vorrangige (bislang zwar noch nicht vom höchsten deutschen Arbeitsgericht, wohl aber vom Bundesfinanzhof¹³) in aller Selbstverständlichkeit getroffene) Feststellung, daß das Gruppengrundrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit das Streikrecht mitumfaßt und daß die Allgemeinheit deshalb grundsätzlich die typischen Folgewirkungen von Arbeitskämpfen ertragen muß, eben weil der Streik durch Art. 9 Abs. 3 GG als Instrument zur Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geschützt ist. Erst soweit die Auswirkungen auf die Allgemeinheit „unverhältnismäßig“ werden, z. B. wenn die Verweigerung von Notarbeiten zu einer für die Allgemeinheit gefährlichen Erhöhung der Immissionen chemischer Anlagen führt, stellt sich die Frage, mit welchen Mitteln der Staat diesen negativen Auswirkungen der Arbeitskampffreiheit begegnen kann.

Unter diesem Gesichtspunkt des Schutzes der Allgemeinheit aber ist es unzutreffend, wenn das Bundesarbeitsgericht die Tarifvertragsparteien immer wieder dazu aufruft, in Tarifverträgen selbst Arbeitskampf recht zu schaffen, das verbindliche Spielregeln für die kampfwise Austragung kollektiver Regelungsstreitigkeiten

13) Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 42 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; das Bundesarbeitsgericht (Arbeitsrechtliche Praxis Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) hat die Frage einer verfassungsrechtlichen Streikgarantie ausdrücklich offengelassen.

ten aufstellt. Es ist nicht Aufgabe der Tarifvertragsparteien, durch arbeitsrechtliche Normen den Schutz von Dritt- und Allgemeininteressen sicherzustellen. Das ist die Aufgabe des Staates. Der tariflichen und arbeitskampfrechtlichen Autonomie der Koalitionen unterliegt lediglich der eigene Wirkungsbereich, nicht die Regelung der Auswirkungen auf Dritte¹⁴). Der Appell des Bundesarbeitsgerichts an die Koalitionen, selber Regelungen zu treffen, kann nur insoweit gelten, als es allein um die Belange der Koalitionen, ihrer Mitglieder und der am Kampf beteiligten Arbeitnehmer geht. So haben es die Koalitionen mit Recht seit jeher als ihre Aufgabe betrachtet, in den Tarifverträgen, die nach Abschluß von Arbeitskämpfen geschlossen werden, Wiedereinstellungsklauseln und Maßregelungsverbote zugunsten aller am Kampf Beteiligten zu vereinbaren.

3. Das Bundesarbeitsgericht stellt erstmalig den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* zentral in den Mittelpunkt seiner Überlegungen zum Arbeitskampfrecht. In der Tat ist die Bedeutung dieses Grundsatzes gerade im Arbeitskampfrecht, wo Kollisionen zwischen verschiedenen Rechtsgüter- und Interessensphären auf die normative Auflösung harren, bislang unterschätzt worden oder unbeachtet geblieben. Das Bundesarbeitsgericht begründet seine Anwendung allerdings nicht juristisch, sondern politisch. Grundrechtsdogmatisch gewinnt das Übermaßverbot für das Arbeitskampfrecht Bedeutung aus der Überlegung heraus, daß die Verfassung Koalitionsfreiheit und Arbeitskampf nicht schlechthin, d. h. vor allen anderen Rechtsgütern schützt, sondern solche Begrenzungen zuläßt, die zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind¹⁶).

Der Vorbehaltlosigkeit des Grundrechts kommt die Bedeutung zu, daß die Grenzen der Koalitionsfreiheitsgarantie nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind. Ein im Rahmen der Koalitionsfreiheitsgarantie zu berücksichtigender Konflikt ist daher „nach Maßgabe der grundgesetzlichen Wertordnung und unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems durch Verfassungsauslegung“¹⁷) zu lösen.

Bei dieser Aufgabe hat das Bundesarbeitsgericht allerdings m. E. versagt, und zwar aus folgenden Gründen: Der (nach seinem eigenen Selbstverständnis) an Gesetzgebers statt entscheidende Große Senat hätte prüfen müssen, ob die von ihm im Hinblick auf die Außenwirkungen des Arbeitskampfes für erwünscht gehaltenen und dann im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu postulierenden arbeitskampffragmentierenden Normen mit der grundgesetzlichen Wertordnung unter Berücksichtigung der Einheit dieses grundlegenden Wertsystems vereinbar sind. Wie der Gesetzgeber, so hätte sich der Große Senat fragen müssen, welche verfassungskonformen Begrenzungen der Arbeitskampffreiheit im Interesse der

14) Näher dazu Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 125 ff.

15) Darauf hat G. Müller, Recht der Arbeit 1971, S. 321 (324) zu Recht aufmerksam gemacht; vgl. aber auch bereits Nipperdey, Der Betriebs-Berater 1969, S. 321 (322).

16) So die Formel des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung Bd. 28, S. 295.

17) Vgl. dazu näher Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969, S. 32 ff., 70 ff.; ders., Beamtenstreik 1971, S. 19.

Allgemeinheit gesetzt werden dürfen. Soweit er unter diesem Gesichtspunkt bestimmte Begrenzungen von Kampfformen und Kampfaktiken für erforderlich hielt, hätte er im Sinne des übermäßige Eingriffe in Grundrechte verbietenden Verhältnismäßigkeitsprinzips weiter zu prüfen gehabt, ob der durch Aufstellung einer bestimmten Beschränkungsnorm bewirkte Eingriff in das Grundrecht der Arbeitskampffreiheit verhältnismäßig ist, d. h. ob er nicht die Ausübung des Freiheitsrechts im Verhältnis zu dem Nutzen der Einschränkungsnorm für das Gemeinwohl allzusehr einschränkt. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist „Schranke", nicht aber selbst Schranke grundrechtlicher Freiheitsrechtsausübung¹⁷⁾.

Das allein ist der von der Verfassung im Bereich der Grundrechtsnormen vorgezeichnete und vom Bundesverfassungsgericht¹⁸⁾ in ständiger Rechtsprechung beschrittene Weg der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Große Senat hat sich dies offenbar nicht klargemacht. Statt zu prüfen, ob die von ihm im Interesse überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter für erforderlich gehaltenen Arbeitskampfnormen nicht unverhältnismäßige Eingriffe in das Koalitionsfreiheitsrecht darstellen, dekretiert er, daß *nur* verhältnismäßige Arbeitskämpfe zulässig sind. Mit anderen Worten: *Die Freiheitsausübung selbst soll nur noch in den Grenzen des Verhältnismäßigkeitsgebots rechtmäßig sein.* Nur verhältnismäßige, maßvolle Arbeitskämpfe (ein Gleiches müßte entsprechend für Betätigungen im Rahmen der übrigen Kommunikationsrechte, für den wirtschaftlichen Wettbewerb, die Demonstrations-, Presse- und Meinungsfreiheit gelten) sollen zulässig sein. Das bedeutet, daß nicht mehr der im Gemeinwohlinteresse für notwendig erachtete freiheitseinschränkende *Eingriff* am Übermaß verbot gemessen wird, sondern, daß die Freiheitsausübung selbst dem Gebot der Verhältnismäßigkeit unterworfen wird.

Damit verfestigt das Bundesarbeitsgericht seine durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁹⁾ und die neuere Judikatur des Bundesgerichtshofs²⁰⁾ aber inzwischen überrollte restriktive Interpretation grundgesetzlicher Kommunikationsrechte. Mit seiner grundrechtsdogmatisch unabgesicherten, rein politisch begründeten Argumentation aus dem Übermaßgedanken hat sich das höchste Arbeitsgericht in eine Position hineinmanövriert, die es unter den übrigen deutschen Höchstgerichten völlig isoliert. Seine enge, ja ängstliche, von der Furcht vor unkontrollierten, „übermäßigen“ Entwicklungen diktierte Seh- und Wertungsweise im Bereich dieser Grundrechte ließe, wenn sie sich generell durchsetzte, die liberal-demokratisch verfaßte Gesellschaft, die Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur durch den „Filter“ eines allgemeinen Gesetzes duldet (Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG), in eine staatlich mediatisierte, „gelenkte“ („formierte“) Gesellschaft umschlagen, die Freiheitsausübung von vornherein nur hinnimmt,

18) Vgl. die Nachweise bei Gentz, Neue Juristische Wochenschrift 1968, S. 1600 ff.

19) Amtliche Sammlung Bd. 7, S. 198 ff. (Lüth-Entscheidung), Bd. 25, S. 256 ff. (Blinkfüer-Entscheidung).

20) Amtliche Sammlung Bd. 45, S. 296 ff. (HSIIenfeuer-Urteil), und Bd. 50, S. 133 ff. (Mephisto-Urteil).

solange sie „harmlos“ und „maßvoll“ ist, ohne sich der Mühe der Aufstellung präzise formulierter, allgemeiner, Eingriffe gestattender, sie damit aber auch zugleich begrenzender, vorhersehbar und berechenbar machender, maßvoller Gesetze zu unterziehen. Diese Umwertung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vom Kontrollinstrument des Eingriffs zum Kontrollinstrument der Kommunikations- und Betätigungsfreiheit als solcher wird vom Bundesarbeitsgericht allerdings nicht näher (zumindest nicht offen) reflektiert, sondern in Methode und Begründung verheimlicht.

Den privatrechtlichen, aus der Sicht des betroffenen Kampfgegners argumentierenden Denkansatz hat das Bundesarbeitsgericht aber gerade nicht zur Rechtfertigung des Übermaßverbotes im Arbeitskampfrecht gewählt, vielleicht, um sich nicht all den Einwendungen auszusetzen, die gegen eine Messung des Streiks am Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geltend gemacht worden sind. Es stellt vielmehr ganz dezidiert auf die Drittinteressen und auf den Schutz der Allgemeinheit ab und bindet deshalb die Ausübung des Streikrechts an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, ohne den im Sinne der geltenden Verfassungsordnung allein möglichen Weg zu wählen, die nach seiner Sicht mit der Verfassung vereinbaren Begrenzungsnormen für Arbeitskämpfe klar zu formulieren und im Rahmen dessen zu prüfen, ob diese Normen noch als verhältnismäßige Eingriffe in das grundrechtliche Freiheitsrecht des Arbeitskampfes angesehen werden können.

Davon abgesehen, ist es aber auch *Löwisch* nicht gelungen, die vom Bundesarbeitsgericht angestrebte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Bereich des Arbeitskampfrechts vom privaten Vertrags- oder Deliktsrecht her zu rechtfertigen. Auch seine „privatrechtliche“ Verhältnismäßigkeitstheorie im Arbeitskampfrecht ist dogmatisch anzweifelbar. Besteht der Inhalt von Freiheitsrechten, wie es beim Arbeitskampf, bei der Demonstration und beim Wettbewerb der Fall ist, gerade darin, anderen in einer konfliktreichen, nicht harmoniegetränkten Welt notfalls auch weh tun zu können, so wird der Inhalt dieses Freiheitsrechts in Frage gestellt, wenn gegenüber diesem Freiheitsrecht ein inhaltlich genau entgegengesetztes Gegenrecht des Konfliktgegners aus der „Wundertüte“ der Dogmatik hervorgezaubert und richterrechtlich sanktioniert wird, konkret: wenn der Freiheit zum Arbeitskampf und zum Wettbewerb (und d. h. doch der Freiheit zu Eingriffen in die Betätigungssphären von Unternehmen) ein solche Eingriffe verbotendes Abwehrrecht des Unternehmers in Form des Rechts am Gewerbebetrieb zu dem Zweck entgegengesetzt wird, Arbeitskämpfe und Wettbewerb als Eingriffe in eben dieses Recht zu verbieten. Der auf solche Weise konstruierte Konflikt zwischen zwei Rechtsgütern läßt dann „natürlich“ nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlichtungsmechanismus zur Lösung der Kollision rufen. Damit aber ist der Inhalt des Freiheitsrechts prinzipiell durch Dritte kontrollierbar geworden; seine Inanspruchnahme kann angesichts der inhaltlichen Unbestimmtheit des Verhältnismäßigkeitsprinzips und der konkreten Verhältnismäßigkeitsrelationen

jederzeit eingeschränkt werden. Damit aber ist die Ausübung von Freiheitsrechten grundsätzlich mediatisiert, eine Entwicklung, die auf anderer Ebene von denen vorangetrieben wird, die die Ausübung des Streikrechts von der vorherigen Urabstimmung aller Arbeitnehmer abhängig machen wollen, die zum Kampf aufgerufen werden. Die Ausübung von Freiheitsrechten wird damit von der Zustimmung der Mehrheit bzw. der jeweils Herrschenden abhängig. Das bedeutet indes nichts anderes, als daß der Schutz der Grundrechte als eines letzten Bollwerks der Minderheit gegen die Mehrheit unterlaufen wird. Denn Grundrechtsschutz ist vor allem Schutz dissidenter Minderheiten vor der Reglementierung durch die Mehrheit. Soweit der grundrechtliche Freiheitsschutz reicht und nicht in zulässiger Weise durch Gesetze eingeschränkt ist, soll die Freiheitsausübung gerade von der Zustimmung und Kontrolle durch Dritte unabhängig sein. Das entspricht dem Sinn der Gewährleistung autonomer Handlungssysteme durch die grundrechtlichen Freiheitsrechte. Um eine Aushöhlung grundrechtlicher Freiheitsrechte zu verhindern, ist diese scharfe, grundsätzliche Absage an jedes Denken, das Koalitionsfreiheit und Streikfreiheit nur in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit zuläßt, geboten.