

Streikrecht und Rechtsprechung

Zum politischen Charakter des sogenannten Arbeitskampfrechts nach dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4.1971

Assessor Lorenz Schwegler, geboren 1944 in Hamburg, studierte dort, in Lausanne und Berlin Rechts- und Sozialwissenschaften. Seit 1971 ist er im Wirtschaftsund Sozialwissenschaftlichen Institut des DGB (WSI) als Referent für Arbeits- und Wirtschaftsrecht tätig.

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Beschluß vom 21. 4. 1971 ¹⁾ anlässlich eines Rechtsstreits, der aus dem Streik und der darauffolgenden Aussperrung von Croupiers der Spielbank in Bad Neuenahr erwachsen war, die

1) Bundesarbeitsgericht, Arbeitsrechtliche Praxis (AP) Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG SAE 1972, S. 1 ff.

gesamte Problematik des sogenannten Arbeitskampsrechts weitgehend neu überdacht. Er hat sich nicht darauf beschränkt, zu den im konkreten Fall in Frage stehenden Rechtsfragen der Aussperrung Stellung zu nehmen, sondern hat sich ganz allgemein zu Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen und Rechtsfolgen von Streik und Aussperrung geäußert.

Verschiedentlich ist bezweifelt worden, ob dem Großen Senat die von ihm angenommene Befugnis, „im Interesse der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine differenziertere Antwort zu geben²⁾“, in dem beanspruchten Maße zusteht³⁾. Das soll hier dahingestellt bleiben. Vielmehr soll der Überblick, den der Beschluß des Großen Senats und in seiner Folge mehrere Aufsätze des Präsidenten des BAG, *Gerhard Müller*⁴⁾, über den derzeitigen offiziellen Stand des sogenannten Arbeitskampsrechts gegeben haben, zum Ansatzpunkt genommen werden, um die Grundlinien dieses Rechts unter gewerkschafts- und verfassungspolitischen Gesichtspunkten zu analysieren und zu kritisieren.

Die Ausgestaltung des Rechts von Streik und Aussperrung ist für die Arbeitnehmer und ihre Organisationen, die Gewerkschaften, eine Frage von größter Bedeutung. Denn erst durch Zusammenschluß und Streik können die Interessen der Arbeitnehmer — und zwar gleichermaßen der Organisierten wie der Unorganisierten —, die als einzelne und Vereinzelte dem Eigentümer der Produktionsmittel in hoffnungsloser Unterlegenheit gegenüberstehen würden, wirksam verteidigt werden. Für die Arbeitnehmer findet deshalb die Koalitionsfreiheit, die Freiheit des Zusammenschlusses, in der Streikfreiheit ihre notwendige Ergänzung und Vervollständigung. Erst die Streikfreiheit gewährleistet die mit dem Zusammenschluß verfolgten Schutzzwecke.

Aus der Zuordnung der Streikfreiheit der Arbeitnehmer zum Interessengegensatz der sozialen Gegenspieler folgt, daß die Möglichkeit einer kampfwisen Interessenvertretung prinzipiell überall dort in Betracht kommt, wo der soziale Interessengegensatz in Erscheinung tritt. Das ist zum einen sicher am Arbeitsmarkt der Fall. Dort bedeuten geringerer Lohn, längere Arbeitszeit und kürzerer Urlaub des Arbeitnehmers gleichzeitig höheren Profit für den Unternehmer. Innerhalb des Betriebes verbessert ein erhöhtes Arbeitstempo zwar die Ertragslage des Unternehmers, verschlechtert aber zugleich Gesundheit und Lebenskraft des Arbeitnehmers. Der soziale Interessengegensatz spielt aber auch überall dort eine Rolle, wo über die Faktoren entschieden wird, die ihrerseits für die Angebot-Nachfrage-Situation auf dem Arbeitsmarkt maßgebend sind, insbesondere also

2) BAG AP a.a.O. Bl. 306 R.

3) Vgl. Ramm, Das Recht des Arbeitskamps nach der Rechtsprechung des BAG, Juristen-Zeitung (JZ) 1961, S. 273; dergl., Die Rechtsprechung des BAG, JZ 1964, S. 546; sowie den Beitrag von Säcker in diesem Heft.

4) Müller, Das Arbeitskampsrecht im Beschluß des Großen Senats, Recht der Arbeit (RdA) 1971, S. 321 ff; dergl., Der Arbeitskamps als Rechtsinstitution, Arbeit und Recht (ArbuR) 1972, S. 1 ff.

bei den unternehmerischen Investitionen. Schließlich tritt er — wenn auch in versteckter Form — in Erscheinung, wenn es um die Entscheidung geht, ob staatliche Haushaltsmittel für Gesundheit, Erholung und Bildung der Bevölkerung, also auch für Qualifizierung, Erhaltung und Wiederherstellung der Arbeitskraft, oder aber für die Finanzierung und Subventionierung bestimmter Produktionsvorhaben aufgewendet werden.

In der beispielhaften Aufzählung seiner Erscheinungsformen kommt der soziale Interessengegensatz von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in unterschiedlicher Reinheit zum Ausdruck. Insbesondere in den letztgenannten Bereichen spielen außer den Macht- und Verteilungsinteressen der sozialen Gegenspieler noch andere Gesichtspunkte und die Bedürfnisse dritter Gruppen eine Rolle: An Investitionsentscheidungen sind nicht nur die Arbeitnehmer im Hinblick auf die Sicherheit ihrer Arbeitsplätze interessiert, sondern auch alle diejenigen, deren materielle Bedürfnisse durch die damit ermöglichte Produktion befriedigt oder aber auch nicht befriedigt werden. Bildung, Erholung und Gesundheit interessieren nicht nur den tätigen Arbeitnehmer, sondern die gesamte Bevölkerung; Arbeitnehmer ebenso wie Kinder, Auszubildende, Hausfrauen und Rentner. Die damit erfolgte Einbeziehung weiterer Probleme und anderer Bevölkerungsschichten bedeutet indessen nicht, daß dadurch der soziale Interessengegensatz aufgehoben würde. Die Interessenvertretung erfordert lediglich die Berücksichtigung weiterer Faktoren und weiterer sozialer Kräfte auf der eigenen oder der Gegenseite und gewinnt damit einen komplizierteren Charakter. Eine Konsequenz dessen ist es, daß als Regelungsinstrument bei diesen Gestaltungen nicht mehr der Tarifvertrag oder ein — theoretisch denkbarer⁵⁾ — von den Spitzenverbänden abgeschlossener allgemeiner Tarifvertrag in Betracht kommt, sondern nur noch das Gesetz. Dieser Übergang auf ein Regelungsinstrument von höherem Allgemeingrad schließt indessen prinzipiell-politisch nicht Formen der kampfwisen Interessenvertretung mit dem Streik bzw. der demonstrativen Arbeitsniederlegung der Arbeitnehmer als Rückgrat dieses Kampfes aus. Beispiele für die Möglichkeit derartiger Formen gewerkschaftlicher Interessenvertretung sind die Aktionen der italienischen Gewerkschaften um Steuerreformen und verbesserten staatlichen Gesundheitsschutz⁶⁾ sowie die Maßnahmen der französischen Gewerkschaften für eine umfassende Rentenreform⁷⁾.

Auch die deutschen Gewerkschaften haben ihrem Anspruch gemäß, nicht nur *Schutzfunktionen* für die wirtschaftlich und gesellschaftlich abhängigen Arbeitnehmer wahrzunehmen, sondern darüber hinaus *soziale Gestaltungsfunktionen* zu haben⁸⁾, in den ersten Nachkriegsjahren das Streikrecht nicht nur für die

5) Vgl. dazu Ramm, Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidungen, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1972, S. 13 ff., 16.

6) Vgl. Albers/Goldschmidt/Oehlke, Klassenkämpfe in Westeuropa, S. 164 ff.

7) Vgl. Albers/Goldschmidt/Oehlke, a.a.O., S. 89 f.

8) Vgl. Heinz O. Vetter, Gedanken zur Satzungs- und Gewerkschaftsreform, Referat, gehalten auf dem 3. Außerordentlichen Bundeskongreß des DGB am 14. 5. 1971 in Düsseldorf, Protokoll S. 15 ff., 21 ff.

Erkämpfung von Tarifverträgen eingesetzt, sondern auch gegen die Demontageabsichten der Alliierten und für die Durchsetzung von Sozialisierung und Mitbestimmung⁹). Angesichts der unverhohlenen Bestrebungen, die alten Machtverhältnisse wiederherzustellen, die mit einer Mangellage für die arbeitende Bevölkerung verbunden waren, legten am 12. 11. 1948 neun Millionen Arbeitnehmer für einen Tag demonstrativ die Arbeit nieder¹⁰). Gegen die Versuche der Bundesregierung, die Mitbestimmung, soweit sie bereits eingeführt war, wieder abzubauen und in ihrer weiteren Durchsetzung zu blockieren, faßte der DGB den Beschluß, „zur Erreichung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Wirtschaft gewerkschaftliche Kampfmittel anzuwenden“. Dementsprechend kam es im Dezember 1950 und im Januar 1951 zu Urabstimmungen der IG Metall und der IG Bergbau und in deren Folge zur Durchsetzung der Montanmitbestimmung¹¹). Gegen den Entwurf des Betriebsverfassungsgesetzes von 1952 — allerdings halbherzig — eingeleitete Kampfaktionen blieben erfolglos und endeten mit einer politischen Niederlage der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften¹²).

II

Der politischen folgte die rechtliche Niederlage. In den gerichtlichen Verfahren, die dem gegen das Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik folgten, kamen die Landesarbeitsgerichte — damals die höchsten Instanzen — mit einer Ausnahme zu einer engen Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG und nur zu einem ganz erheblich eingeschränkten Streikrecht der Arbeitnehmer¹³). Im Anschluß an ein Gutachten *Nipperdeys*¹⁴) ordneten die Gerichte das Streikrecht dem Regelungsinstrument „Tarifvertrag“ zu: Der Streik sei nur dann sozialadäquat und damit rechtmäßig, wenn er um *Arbeitsbedingungen* geführt werde und auf *privatrechtliche Vereinbarungen* mit dem Arbeitgeber abziele, also auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sei.

Diese Rechtsprechung fand nach ihrer Bekräftigung durch den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955¹⁵) allgemeine Anerkennung. Sie bewirkte eine erhebliche Schwächung der Arbeitnehmerschaft im Verhältnis zum Regelungsinstrument „Gesetz“. Den gewaltigen finanziellen, organisatorischen und publizistischen Möglichkeiten der Unternehmer¹⁶) zur Beeinflussung der Zusammensetzung der Parlamente, der Programme und des Verhaltens der dort

9) Vgl. Die Gewerkschaftsbewegung in der britischen Besatzungszone 1945—1949, S. 145; Eberhard Schmidt, Die verhinderte Neuordnung 1945—1952, S. 134 ff.

10) Die Gewerkschaftsbewegung . . . , a.a.O., S. 278.

11) Eberhard Schmidt, a.a.O., S. 182 ff.

12) Eberhard Schmidt, a.a.O., S. 193 ff.

13) LAG Frankfurt RdA 1953, S. 198 ff.; 1953, S. 354 ff.; LAG München RdA 1953, S. 278; LAG Freiburg Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1953, S. 1278.

14) Nipperdey, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 entstanden sind, Köln 1953.

15) BAGE (Amtl. Entscheidungssammlung) 1, S. 291 ff.; BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

16) Vgl. dazu nähere Angaben bei Höhn/Koubek/Scheibe-Lange, Quantitative und qualitative Aspekte der ökonomischen Konzentration und gesellschaftliche Machtverteilung in der BRD, WWI-Mitteilungen 8—9/1971, S. 234 ff., 258 ff.

vertretenen Parteien, des Geschehens in Ministerien und Ausschüssen konnten die Arbeitnehmer nur noch den beschränkten Einfluß des Stimmzettels, die persönliche Initiative nach Feierabend, gewerkschaftliche Appelle und parteipolitische Aktivitäten einzelner Gewerkschafter entgegensetzen. Auf der Grundlage der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung konnte der Einsatz gewerkschaftlicher Kampf- bzw. Demonstrationsmittel stets als sozialunadäquat und damit rechtswidrig qualifiziert werden und das Einschreiten der Staatsgewalt provozieren: in Form gerichtlicher Verbotsverfügungen, Schadensersatz- und Strafverfahren, aber möglicherweise auch in Form polizeilicher und militärischer Zwangsmaßnahmen und behördlicher Auflösungsverfügungen gegen die verantwortlichen Gewerkschaften¹⁷⁾.

An der Beschränkung des Streikrechts auf tarifvertraglich vereinbare Zielsetzungen hält auch der Beschluß des Großen Senats vom 21. 4. 1971 fest. Der Übergang von der bisherigen, privatrechtlich orientierten Terminologie der Sozialadäquanz zu dem öffentlich-rechtlichen Begriff der *Verhältnismäßigkeit* ändert insoweit am Ergebnis nichts. Er rückt indessen die ganze verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Bedenklichkeit dieser Rechtsprechung, die durch die entpolitisierende privatrechtliche Begründung Nipperdeys überdeckt war, nunmehr offen ins Blickfeld.

Die verfassungsrechtliche Zweifelhaftigkeit der Arbeitskampf-Rechtsprechung des BAG — der Umfang der Kompetenzen des Gerichts, das Verhältnis von grundsätzlicher Freiheitsverbürgung und Verhältnismäßigkeitsprinzip — ist wiederholt dargestellt worden¹⁸⁾. Deshalb soll an dieser Stelle lediglich festgehalten werden, daß die Form, in der das BAG sein und damit das rechtlich verbindliche System des Arbeitskampfrechts aus der Verfassung abgeleitet hat, „offensichtlich faktisch und vielleicht auch rechtlich¹⁹⁾ möglich war, daß sie jedoch keineswegs zwingende Konsequenz der Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes ist. Aus der Gewährleistung des Rechts für jedermann und für alle Berufe, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden (Art. 9 Abs. 3 GG) und aus der Vorgeschichte dieser Bestimmung ist durchaus eine weitergehende Streikfreiheit ableitbar, als es Nipperdey und ihm folgend die Arbeitsrechtsprechung und zum überwiegenden Teil die Arbeitsrechtswissenschaft für richtig erachtet haben. Das gilt zumindest dann, wenn man nicht in einem verengten formalen Verständnis die Entstehungsgeschichte von Gesetzen nur in offiziellen Äußerungen, die sich in Quellen und Materialien finden, stattfinden läßt²⁰⁾, sondern — wie es gerade für die Auslegung von Verfassungen maßgeblich sein muß — die Normen sowie die dazu in den Gremien oft mit taktischen Absichten gemachten Bemerkungen auf dem

17) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1965, S. 56—216.

18) Vgl. die in Fn 3) Genannten sowie weitere Nachweise dort.

19) Erhebliche rechtliche Bedenken bringt Ramm, JZ 1961, S. 273 ff., vor.

20) So allerdings Brox-Rüthers, a. a. O., S. 40 f.

Hintergrund der zu jener Zeit bestehenden sozialen Auseinandersetzungen, Spannungen, Kräfteverhältnisse und Rechtsauffassungen interpretiert. Bezeichnenderweise hat denn auch der Große Senat im Jahre 1955 seine Überlegungen zur Einschränkung der Streikfreiheit im privatrechtlichen Raum angesiedelt und verfassungsrechtliche Fragen dahinstehen lassen. Die von ihm angestellte Erwägung, daß Arbeitskämpfe zwar im allgemeinen unerwünscht seien, weil sie volkswirtschaftliche Schäden bringen und den sozialen Frieden beeinträchtigen, daß sie aber zur Balancierung des Arbeitsmarktes notwendig sein könnten und deshalb als ultima ratio, nach Ausschöpfung aller friedlichen Mittel, zulässig seien²¹⁾, ließe sich auch schwerlich zwingend aus der Verfassung ableiten; hier wurde eine politische Auffassung in das Gewand einer privatrechtlichen Konstruktion gehüllt und zur Rechtsgrundlage erklärt.

Geht man indessen, wie es der Beschluß vom 21. 4. 1971 anscheinend und *Gerhard Müller* offen macht²²⁾, von einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes im Rahmen der Tarifautonomie aus, betrachtet man also die Ebene des Verfassungsrechts, dann ist doch schon angesichts des einfachen Wortlauts des Art. 9 Abs. 3 GG die Frage zu stellen, ob der Begriff der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ der Arbeitnehmer die Anwendung gewerkschaftlicher Kampfmittel nur auf den Rahmen des Regelungsinstruments „Tarifvertrag“ beschränkt, genauer gesagt: auf den Rahmen, der sich aus der herrschenden engen Auslegung des Umfangs der Tarifmacht nach dem Tarifvertragsgesetz ergibt²³⁾, oder ob nicht auch eine weitere Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG möglich ist. Selbst ohne die juristische Kühnheit zu besitzen, die erforderlich war, um solche — unternehmerfreundlichen — juristischen „Entdeckungen“ wie die Lehre vom Betriebsrisiko oder vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu machen²⁴⁾, wird man diese Frage bejahen müssen.

Von einem solchen weiten Verständnis des Art. 9 Abs. 3 GG ging *Hans Böckler* aus. Anlässlich der Mitbestimmungsauseinandersetzung schrieb er an den Bundeskanzler: „Es wird also den Arbeitnehmern nicht nur das Recht zugestanden, sich zu vereinigen zur Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, sondern auch, um ihren Auffassungen und ihren Interessen entsprechende Wirtschaftsbedingungen zu gestalten.“ Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer sei eine wirtschaftspolitische Forderung, und der Streik falle daher in den Bereich der legalen Ausübung des Koalitionsrechts²⁵⁾. Dieser gewerkschaftlichen Argumentation entsprach das ebenfalls zum Zeitungsstreik ergangene Urteil des LAG Berlin, das den Gewerkschaften das Recht zuerkannte, auf das Gesetzgebungs-

21) BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 220 R.

22) Müller, *ArbuR*, a.a.O., S. 3.

23) Vgl. dazu Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, *Tarifvertragsgesetz*, 4. Aufl., § 1 Rn 155 ff.

24) Vgl. Biedenkopf, *Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung*, 1970; Wiethölter, *Zur politischen Funktion des Rechts am Gewerbebetrieb*, *Kritische Justiz* 1970, S. 121 ff.

25) Zitiert nach Rajewsky, *Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik*, S. 32; vgl. auch E. Schmidt, a.a.O., S. 189.

verfahren zum Betriebsverfassungsgesetz Einfluß zu nehmen²⁶⁾: „Wollte man den Gewerkschaften die Einflußnahme auf die Gestaltung der die Arbeitnehmer betreffenden Gesetze durch Maßnahmen, wie sie anlässlich der Beratung des BetrVG ergriffen wurden, verbieten, so würde ihre Betätigungsfreiheit nach Art. 9 GG in einer unerträglichen Weise eingeengt.“

III

Das BAG und die Arbeitsrechtswissenschaft sind bei der gegenständlich-thematischen Einschränkung des Streikrechts auf den Umfang der Tarifmacht nicht stehengeblieben. Mit der Ausgestaltung des Systems des sogenannten Arbeitskampfrechts ist vielmehr der Versuch unternommen worden, auch auf das Ergebnis der tariflichen Auseinandersetzungen Einfluß zu nehmen.

Im Jahre 1955 hatte der Große Senat den Arbeitgebern die Waffe der lösenden Aussperrung zugestanden, um „das freie Spiel der wirtschaftlichen Kräfte, das die gegensätzlichen Interessen der am Wirtschafts- und Sozialleben Beteiligten ausbalanciert²⁷⁾“, in der vom Gericht als angemessen erachteten Weise herzustellen: „Die sachgerechte Verteilung des Risikos des Arbeitskampfes in der Hand der Sozialpartner ist ebenfalls ein Gebot der Kampfparität, gleichzeitig aber eine staatspolitische Notwendigkeit, die es gebietet, Arbeitskämpfe im Interesse des Gemeinwohls nicht zu erleichtern.“ Richtete sich der Stoß des Großen Senats damals gegen die unerwünschten Arbeitskämpfe — faktisch gegen Streiks — überhaupt, so denkt man heute moderner: Präsident Müller sieht die positive Wirkung der sozialen Ventilfunktion von Arbeitskämpfen²⁸⁾; der Große Senat sorgt sich um die Gemeinwohlverträglichkeit der Kampf ergebnisse²⁹⁾. Nach Müllers Ansicht würden „Eingriffe des Staates ..., von Extremsituationen abgesehen, immer einen gewissen Willkürcharakter tragen“ und zu der Gefahr führen, daß „sich nur zu leicht gefährlicher Mißmut gegen den Staat und seine Organe aufladen“ könnte³⁰⁾. Trotz dieser Gefahren mag das BAG jedoch das Eingreifen und Regeln nicht ganz lassen. Es wählt indessen indirekte Wege, um sein Vorhaben, nämlich Tarifabschlüsse, die mit dem Gemeinwohl und den wirtschaftlichen Gegebenheiten vereinbar sind³¹⁾, zu erreichen. Das hat *Richardi* in seiner Anmerkung zum Beschluß des Großen Senats genau herausgearbeitet³²⁾: „Die Wahrung des Gemeinwohls ist also dem antagonistischen Zusammenwirken der Sozialpartner anvertraut. Die Gemeinwohlbindung bezieht sich daher *nicht* auf den *materiellen Interessenausgleich*, der im Rahmen der Tarifautonomie

26) LAG Berlin NJW 1954, S. 124.

27) BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 224 R.

28) Müller ArbuR, a.a.O., S. 2.

29) BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 309 R.

30) Müller ArbuR, a.a.O., S. 2.

31) Vgl. BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 309 R, 310 R.

32) Rithardi, Anmerkung zum Beschluß Tom 21. 4. 1971, SAE 1972, S. 10 ff., 11.

zustande kommt, sondern sie bezieht sich auf das *Verfahren*, das die Sozialpartner vereinbaren müssen, um zu dem Interessenausgleich zu kommen."

Das BAG nimmt mithin mittelbar auf die Ergebnisse der Tarifauseinandersetzungen Einfluß, indem es die Waffen verteilt und bestimmt, wer welche Waffe wann und in welcher Weise gebrauchen darf. Das Gericht ist damit von der undankbaren „Aufgabe" befreit, in Form endgültiger, konkreter Entscheidungen über den Prozentsatz möglicher Lohn- und Gehaltsänderungen das Gemeinwohl zu wahren, hat aber zugleich die formal von den sozialen Gegenspielern getroffene Entscheidung durch die detaillierte Festlegung des Verfahrens programmiert und damit die Erfolgchancen zugemessen. Wenn *Emge*³³): „Der Machthaber steht schmunzelnd neben dem Automaten, aus dem der Jurist nach allerlei wichtigen Manipulationen ... schließlich die Bonbons herauszieht, die der Inhaber des Automaten und Verleiher, der Machthaber, hineingesteckt hat", so drängt sich die Analogie auf, daß das BAG mit dem von ihm entwickelten Arbeitskämpfrecht einen entsprechenden Bonbon-Automaten für die Arbeitnehmer und ihre Organisationen aufgestellt hat.

Waffenverteilung und Festlegung der Kampfregeln nimmt das Gericht mit der Zielsetzung vor, es müsse „vorbehaltlich der konkreten, insbesondere auch der wechselnden wirtschaftlichen Situation, die vorgegeben ist, im Prinzip sichergestellt sein, daß nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen. Auf andere Weise könne „die Tarifautonomie unter Ausschluß der staatlichen Zwangsschlichtung nicht funktionieren"³⁴). Es soll an dieser Stelle trotz erheblicher Zweifel dahingestellt bleiben, ob der Versuch, für eine letztlich kampfwaise, nach Stärkeverhältnissen zu entscheidende Auseinandersetzung ein System gleicher Verhandlungschancen herzustellen, nicht auf etwas theoretisch wie praktisch Unmögliches abzielt; und ob es sich bei derartigen Bemühungen nicht vielmehr um staatliche Eingriffe in soziale Kräfteverhältnisse nach Maßgabe bestimmter Gesellschaftsmodelle handelt, die eine Begrenzung des Rahmens der Auseinandersetzung und damit, die Aufrechterhaltung der prinzipiellen Abhängigkeit der Arbeitnehmer zum Gegenstand haben. Hier soll allein der Frage nachgegangen werden, welche rechtliche Korrekturen des „archaischen" Arbeitskampfes³⁵) das BAG für notwendig hielt, um die von ihm angestrebte Gleichheit der Verhandlungschancen herzustellen, und welche Wirkungen diese Maßnahmen haben.

Unter den Stichworten „Kampfparität" und „Waffengleichheit" hat der Große Senat bereits 1955 die Aussperrung zugelassen. Maßgebend war dabei

33) Emge, Philosophie der Rechtswissenschaft, 1961, S. 232.

34) BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 310 R.

35) Vgl. Müller ArbuR, a.a.O., S. 1.

für ihn das Ziel, das Streikrisiko der Arbeitnehmer zu erhöhen³⁶). Zur Rechtfertigung wurde der Gedanke entwickelt, daß dem Streik als Kampfmittel der organisierten Arbeitnehmer die Aussperrung als Kampfmittel der organisierten Arbeitgeber gegenüberstehen müßte. In seinem formalen Gleichheitsverhältnis bedachte der Große Senat nicht, daß erst Organisation und Streikrecht der Arbeitnehmer das Gegengewicht zur wirtschaftlichen Macht der Unternehmer herstellen; daß der Entzug der Arbeitskraft nur auf den Profit zielt, während der Entzug des Arbeitsplatzes unmittelbar gegen den Menschen gerichtet ist; kurz, daß mit der Gleichstellung von Streik und Aussperrung unter dem verschleiern den Begriff „Arbeitskampf“³⁷) Ungleiches gleich behandelt wird. Das nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich: Die Entscheidung des Konflikts Eigentum — Mensch durch das Grundgesetz zugunsten des Menschen ist deutlich ausgefallen. Während die Würde des Menschen in Art. 1 GG für unantastbar erklärt und dem staatlichen Schutz anvertraut wird, unterliegt das Eigentum nach Art. 14 Abs. 2 GG der Bindung an das allgemeine — menschliche — Wohl. Diese Wertentscheidung hat das BAG in seinem Bestreben, Streiks zu verhüten, außer acht gelassen. Damit ist es zu einem anderen Ergebnis als das belgische, französische und italienische Recht gekommen: Dort ist die Aussperrung verboten³⁸).

Die Zulassung der Aussperrung stellt ein schwerwiegendes Zugeständnis des BAG an die Unternehmenseite dar. Zugleich steht sie zu dem Anliegen des BAG und seines Präsidenten, den Arbeitskampf als Rechtsinstitut zu erfassen und so mit der Rechtsordnung als Friedenordnung zu vermitteln³⁹), in Widerspruch, oder aber beleuchtet in erschreckender Weise die menschliche und gesellschaftliche Qualität dieser Friedensordnung; denn die Zulassung der Aussperrung bedeutet, ein Sozialphänomen barbarischer wirtschaftlicher Machtausübung zu legalisieren: Die Aussperrung ist „ein Instrument der Willkür und der Gewalt, sie ist unsozial und undemokratisch“⁴⁰).

Neben der Schwächung des Streikrechts durch die Zulassung der Aussperrung — die im übrigen den Arbeitskämpfen erst den vom BAG behaupteten volkswirtschaftlich unerwünschten Umfang gibt —, steht die Beeinträchtigung durch das vom BAG verordnete Streikritual. Entsprechend der von Richardi aufgedeckten Maxime „Beeinflussung durch Verfahrensregelung“ werden auf der Grundlage des Ultima-ratio-Prinzips für diejenige Partei, die den Arbeitskampf eröffnen will, eine Reihe von Erschwernissen aufgestellt. Neu in dieser Deutlichkeit ist dabei die Forderung, vor der Einleitung des Arbeitskampfes müsse ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden, wobei es den Tarifvertragsparteien

36) Vgl. oben bei Fn.27).

37) Vgl. Richard Schmid, Geschäftsmoral im Arbeitsrecht, in: DIE ZEIT 13/1972 vom 31. 3. 1972, S. 52.

38) Vgl. R. Schmid, a.a.O. mit weiteren Nachweisen.

39) Vgl. Müller ArbuR, a.a.O., S. 1.

40) Eugen Loderer, zitiert nach „Aussperrung ist undemokratisch“, Frankfurter Rundschau vom 13. 3. 1972; vgl. auch: HBV-Hauptvorstand fordert gesetzl. Verbot der Aussperrung, DGB-Nachrichtendienst 75/72.

obliege, über ein solches Verfahren Vereinbarungen zu treffen⁴¹). Diese obligatorische Schlichtung erweitert die Friedenspflicht, kann immer wieder zur Quelle rechtlicher Ungewißheit werden und schränkt damit wiederum die Streikmöglichkeiten der Gewerkschaften ein; denn angesichts der Produktivitäts- und Preisentwicklungen sind sie immer wieder genötigt, die Löhne und Gehälter den veränderten Bedingungen anzupassen. Wie überhaupt das vorgeschriebene Ritual weitgehend ein Streikritual ist: Während die Arbeitnehmer genötigt sind, ihre wirtschaftlichen Interessen in Lohnverhandlungen und -kämpfen durchzusetzen, stehen den Unternehmern vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung. Sie können die Preise erhöhen, Arbeitsplätze wegrationalisieren, billigere Arbeitskräfte importieren, Kapital exportieren und schließlich — wie der letzte Lohnkonflikt gezeigt hat — unter Berufung auf die Betriebsrisikolehre ganz ohne Ritual Quasi-Aussperrungen durchführen.

IV

Die vom BAG vorgenommene „Erfassung des Arbeitskampfes als Rechtsinstitut⁴²)“ stellt sich politisch als massiver Eingriff in das soziale Kräfteverhältnis zugunsten der Arbeitgeber dar. Ausgehend von einem patriarchalisch-konservativen Sozialstaatsmodell, dem Ordnung „dem Menschen gemäße und für ihn notwendige sinnvolle Ruhe (ist), die eintritt und gegeben ist, weil jeder die ihm von der Sache her zukommende Position erhält und bewahrt⁴³)“, werden der Arbeitnehmerschaft zunächst alle diejenigen Waffen aus der Hand geschlagen, die dazu beitragen könnten, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegenüber dem gegenwärtigen Zustand umzugestalten. Aber auch innerhalb des Status quo wird es für die Aufrechterhaltung der dem Arbeitnehmer „von der Sache her zukommenden Position“ für notwendig gehalten, die Streikfreiheit nur in solchem Maße zu gewähren, daß die Arbeitnehmer sich zwar nicht völlig hilflos fühlen, andererseits aber nicht die Tarifpolitik zum Hebel für die Durchsetzung gesellschaftsgestaltender Zielsetzungen machen können: Der Vater hat den Kindern nur garantiert ungefährliches Spielzeug gegeben.

Sozialstaatsmodell und Grundgesetzinterpretation, damit aber auch die sogenannte Arbeitskampf-Rechtsprechung des BAG sind nicht Ausdruck zwingender Verfassungsgebote, sondern politischer Entscheidungen und arbeitsgerichtlicher Tradition⁴⁴). Diese Rechtsprechung bewirkt, daß für die Gewerkschaften die Wahrnehmung ihrer sozialen Gestaltungsaufgaben⁴⁵), aber auch ihrer ökonomischen Schutzfunktionen angesichts der zunehmenden Beschneidung ihrer Macht-

41) BAG, a.a.O., Bl. 309 R, 310.

42) Müller ArbuR, a.a.O., S. 1.

43) Müller RdA 1971, S. 321 ff., 327.

44) Vgl. zu den ähnlichen Vorstellungen des Reichsarbeitsgerichts: Kahn-Freund, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, S. 149 ff.

45) Vgl. Grundsatzprogramm des DGB, 1963, S. 3 ff.

mittel immer schwieriger wird. Die Einengung und Ritualisierung des Streikrechts bedeutet nicht nur unmittelbaren Machtverlust, sondern zielt mit der Tendenz zur Verrechtlichung sozialer Konflikte zugleich auf Entaktivierung und Bürokratisierung und damit auf eine langfristig sehr tiefgreifende Schwächung der Gewerkschaftsbewegung.

In den Gewerkschaften muß der machtpolitische Charakter der Verfahrensregeln des BAG stärker als bisher zur Kenntnis genommen werden. Für das Streikrecht bedeutet das, daß der unauffälligen, rechtsförmig erscheinenden, in Wirklichkeit jedoch höchst politischen Gesellschaftsgestaltung durch das BAG entgegenzutreten ist. Die Forderung *des* Hauptvorstands der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen⁴⁶⁾ nach einem gesetzlichen Verbot der Aussperrung gibt die Richtung an: Das parlamentarische Gesetz. Nur auf diesem Wege wird es möglich sein, die zunehmende politische Einschnürung der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen aufzuhalten und die Voraussetzungen für mehr soziale und demokratische Rechte in Betrieb und Gesellschaft zu schaffen. Voraussetzung dafür wäre allerdings eine breite öffentliche Diskussion des Gesetzgebungsvorhabens in allen seinen Entwicklungsstufen in Belegschaften, gewerkschaftlichen Vertrauensleutekörpern, gewerkschaftlichen Gremien aller Ebenen sowie den verschiedensten gesellschaftlichen und politischen Organisationen. Auch das ist Konsequenz der Einsicht, daß Verfahrensfragen Machtfragen sind. Das geheime, so/wedt wie möglich vor den Augen der Öffentlichkeit verborgene Vorgehen von Bürokratien und Sachverständigen kann nicht im Interesse der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften liegen. Dem Charakter der Gewerkschaften als demokratischen und auf mehr Demokratie zielenden Vereinigungen entspricht vielmehr die Forderung nach größtmöglicher Öffentlichkeit als Voraussetzung für Information und Aufklärung, aber auch für Mitwirkung der Betroffenen. In diesem Sinne ist zunächst eine größere Transparenz der Arbeit der seit 1970 tätigen Sachverständigen-Kommission für die Erstellung eines Arbeitsgesetzbuches zu fordern. Denn auch insoweit gelten die Worte *Heinz O. Vetter*⁴⁷⁾: „Wenn wir im gegenwärtigen gesellschaftlichen System Macht, und zwar Gegenmacht gegen die Vorherrschaft der Unternehmer bilden und ausüben wollen, so allein auf dem Wege über die Bereitschaft unserer Mitglieder zu aktiver Solidarität. Ziele, die nicht von der Mitgliedschaft getragen werden, für die die Arbeitnehmerschaft sich nicht einsetzt, werden leere Formeln bleiben.“

46) HBV-Hauptvorstand fordert gesetzliches Verbot der Aussperrung, in: DGB-Nachrichtendienst 75/72.

47) Heinz O. Vetter, Gedanken zur Satzungs- und Gewerkschaftsreform, a.a.O., S. 28.