

## Bemerkungen zum Thema Aussperrung

*Das Gesetz in seiner majestätischen Gleichheit verbietet den Reichen wie den Armen, unter den Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen.*  
Anatole France

Bernhard Tacke hat sich in GM 1/64 („Waffengleichheit im Arbeitskampf?“) vom Standpunkt der katholischen Soziallehre und des gewerkschaftlichen Praktikers zum Thema Aussperrung geäußert. Der Gegenstand ist wichtig genug, um ihn auch vom rechtlichen Standpunkt aus zu beleuchten und dabei vor allem die durch den bekannten Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 28. 1. 1955 (Entsch. des BAG, Bd. 1, S. 291 ff.) bestimmte Praxis der Arbeitsgerichte in der Bundesrepublik ins Auge zu fassen.

Es ist jene Entscheidung, die mit den Stichworten „Kampfparität“ und „Freiheit der Kampfmittel“ glaubt rechtfertigen zu können, daß Aussperrungen nicht nur generell als kollektive Kampfmittel zulässig sind, sondern sogar die Lösung der Arbeitsverhältnisse zur Folge haben, sowohl zu den arbeitswilligen, wie den streikenden und auch den unter Kündigungsschutz stehenden Arbeitnehmern mit allen weitreichenden Folgen der Auflösung. Dies gilt nach dem BAG nicht nur für die defensive Aussperrung, sondern auch für die aggressive und Sympathieaussperrung, mit anderen Worten, die Aussperrung in nicht bestreikten Betrieben.

Das BAG hat seine Auffassung neuerdings in einer Entscheidung vom 25. 1. 63 festgehalten. Dieser Standpunkt ist von einem Teil der arbeitsrechtlichen Literatur, ohne Erfolg, bekämpft worden. Von Seiten der Arbeitgeber wurde die Entscheidung nicht nur lebhaft begrüßt, sondern als höchst wirksame Stärkung ihrer Position erkannt und in der Folge taktisch und strategisch in großem Umfang verwertet.

Der Beschluß vom 28. 1. 55 spricht von der „praktisch seltenen“ legitimen aggressiven Aussperrung. Es liegt auf der Hand, warum sie selten war: weil die Aussperrung von der öffentlichen Meinung moralisch nicht gedeckt ist und verurteilt wird. Allerdings ist diese öffentliche Meinung in anderen westlichen Ländern viel deutlicher ausgeprägt als bei uns. Das BAG hat der Aussperrung die höchstrichterliche Rechtfertigung erteilt und die Arbeitgeber haben sich das nicht zweimal sagen lassen und aus dem „praktisch seltenen“ Vorgang eine Massenerscheinung und ein höchst beliebtes Kampfmittel gemacht. Es ist also das zweifelhafte Verdienst des Bundesarbeitsgerichts, den praktisch seltenen Vorgang zu einem praktisch häufigen Vorgang gemacht zu haben.

Es handelt sich um zwei voneinander zu trennende Fragen:

I. Ist die Aussperrung überhaupt ein erlaubtes Kampfmittel? Auch gegenüber einem legalen Streik? Auch als aggressive oder Sympathieaussperrung in nichtbestreikten Betrieben?

II. Wenn dies zu bejahen wäre, ist die Auffassung des BAG über die Rechtsnatur und Tragweite der Aussperrung, insbesondere die Auflösungswirkung, zu billigen?

### I

Die erste Frage macht es nötig, weiter auszuholen und die historische Seite der Sache zu betrachten.

1. Das BAG stellt in seinem Beschluß mit Recht auf die „geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens“ ab. Es unterläßt es aber, den Vorgang des Streiks und den Vorgang der Aussperrung in ihrem Verhältnis zueinander

unter dem historischen Gesichtspunkt zu betrachten. Der Streik und seine Legalität ist mehr als ein Jahrhundert lang Gegenstand heftiger sozialer und rechtlicher Kämpfe gewesen. Die Geschichte des Streiks deckt sich weithin mit der Geschichte der Gewerkschaften und der Arbeiterbewegung, der sozialistischen und der christlichen. Der Streik, und zwar sowohl der wirkliche Streik wie der mögliche Streik, war ihre einzig wirk-same und gefürchtete Waffe. Ohne diese Waffe ist das Koalitionsrecht wertlos.

Weit über die Kreise der Arbeiterbewegung hinaus ist man sich heute allenthalben über folgendes einig: Ohne die politische und soziale Kraft, die in der Koalition der Arbeit-nehmer steckt, wäre die soziale und ökonomische Besserung der Lage der Arbeiter, so-weit sie erreicht ist, nie zustande gekommen. Das gilt nicht nur von den Fortschritten in der Frage der Arbeitszeit und der Entlohnung, sondern mittelbar auch von den Fort-schritten in der Kranken- und Unfallversicherung, die erst zustande kam, als die poli-tische Kraft der Arbeiterbewegung schon hoch am Horizont sichtbar war. Die im ge-werkschaftlichen Zusammenschluß latent beschlossene Streikdrohung war der wirksam-ste politische und ökonomische Druck in dieser Richtung. Dieser gewerkschaftliche Zu-sammenschluß hat das ökonomische und soziale Übergewicht zwar nicht ganz, aber doch teilweise eingeschränkt, über das der Arbeitgeber durch den Besitz der Produktions-mittel verfügt. (Es ist klar, daß wir dabei von der Normalsituation der letzten hundert Jahre auszugehen haben, nicht von dem anomalen Arbeitskräftemangel der letzten Jahre, der übrigens die kollektive Solidarität der Arbeitnehmer erst recht notwendig macht.) Wenn man die Kämpfe um die Arbeitsbedingungen im Bergbau um die Jahrhundert-wende und später verfolgt oder die Kämpfe um die Arbeitszeit in der Textilindustrie, so wird klar, daß ohne die gewerkschaftliche Solidarität jene Verbesserungen nicht er-zielt worden wären, auf die sich heute beide Seiten, auch die Seite der Arbeitgeber, etwas zugute tun. Der Vergleich mit den Reingewinnen der Bergwerksgesellschaften in den-selben Jahren, in denen um die primitivsten Verbesserungen für den Bergmann gekämpft und gestreikt werden mußte, ist erschütternd.

Was erreicht wurde, ist durch gewerkschaftlichen Kampf erreicht worden. Auch die päpstlichen Sozialzyklen waren mehr oder minder von diesem Kampf ausgelöst. Mit Belehrungen und Ermahnungen war gegen die ökonomischen Naturgesetze nicht anzukommen; es mußten reale Gegenkräfte geschaffen werden. Das Hauptstück dieser Gegenkräfte ist historisch der Streik gewesen, dessen Durchsetzung als legales Kampf-mittel in Deutschland und anderswo unendlich viel Opfer und Verfolgung gekostet hat. Bis kurz vor dem 1. Weltkrieg hat die deutsche Rechtsprechung die Drohung mit Streik zur Durchsetzung von Lohnforderungen noch als strafbare Erpressung behandelt. Von diesem Kampf um die Durchsetzung des Streiks nicht zu trennen ist der ebenso lange und schwierige Prozeß der Anerkennung der Gewerkschaften als Tarifpartei. Streik und Streikfreiheit haben die Position der schwächeren Seite gestärkt. Sie blieb zwar weiterhin die schwächere, aber schon diesem Zuwachs an Stärke galt ein erbitter-ter Widerstand.

2. Das ist die geschichtliche Legitimation des Streiks. Welches ist die der Aussperrung? Sie war das Mittel, jenes endlich gebildete Gegengewicht wieder zu beseitigen, den so-zialen Fortschritt zu hindern, die gewerkschaftliche Solidarität zu vereiteln oder zu schwächen. Die erste Aussperrung in Deutschland, die ich feststellen konnte, ist die durch eine Hamburger Werft am 2. Mai 1890 als Vergeltung dafür, daß die Arbeiter-schaft der Werft den 1. Mai gefeiert hatte, der seinerzeit das Symbol der gewerkschaft-lichen Solidarität war. Dieses Charakteristikum, nämlich die Tendenz gegen die ge-werkschaftliche Solidarität, blieb der Aussperrung bis heute: In der einen oder anderen Form soll jenes Gegengewicht, das die Arbeiterschaft gegen die ökonomische Übermacht des Kapitalbesitzers braucht, um menschenwürdige und der Produktivkraft der Wirt-

schaft entsprechende Lebens- und Arbeitsbedingungen durchzusetzen, unschädlich gemacht werden. Die „sozialethische“ Geschichte der Aussperrung ist also rein negativ.

3. Schon aus diesem Grund ist die rechtliche Gleichsetzung und Gleichbehandlung beider Erscheinungen verfehlt. Die Frage der Rechtsgleichheit stellt sich nicht, weil es sich um historisch, faktisch, sozial und ethisch vollkommen verschiedene Vorgänge handelt. Die Rechtsgleichheit ist im Gegenteil verletzt, wenn Ungleiches gleich behandelt wird. Deshalb sind Schlagworte wie „Waffengleichheit“, oder, wie der andere Ausdruck des BAG lautet, „Kampfparität“, fehl am Platze. Zwar handelt es sich je um ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Tarifparteien und um zweiseitige Dienstverträge; aber das ist nur die formale Seite der Sache und entbindet weder den Gesetzgeber noch den Richter von der Verpflichtung, dem materiellen und sozialen Inhalt des Lebensvorgangs gerecht zu werden. Der Begriff der Kampfparität ist unverwendbar, weil der soziale Gedanke, der durch das Grundgesetz (Artikel 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang hat, gerade darin besteht, dem wirtschaftlich Schwächeren eine um dieser Schwäche willen stärkere Rechtsposition zu geben. Dieser Gedanke liegt der ganzen Sozialgesetzgebung zugrunde; er ist der innere Grund für die Lösung von der alten, römisch rechtlichen paritätischen Gleichstellung der Kontrahenten und für die Anerkennung des kollektivrechtlichen Wesens sowohl des Arbeitsvertrags wie des Arbeitskampfes.

Die formale Parität, bestehend in der Außerachtlassung der verschiedenen sozialen und ökonomischen Position der Partner, hat schon auf zahlreichen Rechtsgebieten aufgegeben werden müssen. Ich erinnere beispielsweise an die Abzahlungsgeschäfte, bei denen die Rechtsposition des Käufers anders und stärker ist als die des Verkäufers. Ich erinnere an die Einrichtung des Armenrechts, das dem sozial Schwächeren das Kostenrisiko des Prozesses in weitem Umfang abnimmt und den Gegner insoweit einseitig belastet. Längst mußte auch, zum Schutz des sozial Schwächeren, auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts der Grundsatz der Vertragsfreiheit als beherrschendes Prinzip aufgegeben werden. Darüber weiter unten.

Die formelle Parität bedeutet also in Wirklichkeit materielle Disparität und macht auf dem wichtigsten Gebiet des Arbeitswesens, dem industriellen Arbeitsverhältnis, die sozialstaatliche Idee zunichte. Interessant ist, daß diese Idee auf Nebengebieten, wie etwa auf dem Gebiet der Abzahlungsgeschäfte oder des Armenrechts, heute keinen Widerstand mehr findet. Dagegen findet sie wirksamen Widerstand auf dem Gebiet des industriellen Arbeitslebens; hier stehen nämlich auf der anderen Seite mächtige und kompakte Interessen, die der Arbeitgeber.

4. Das sind Binsenwahrheiten, die jedem, der nicht interessen- oder klassenmäßig befangen ist, ohne weiteres gegenwärtig sein müßten. Es kommt auf die materielle Parität an. Diese Parität ist nach den Folgen, die sie für die Beteiligten hat, zu beurteilen.

Das BAG erörtert auch tatsächlich mit Recht diese Folgen, aber eigenartigerweise nur diejenigen Folgen, die auf der Seite des Arbeitgebers eintreten. Das BAG ist der Meinung, daß das den Arbeitnehmer mit dem Lohnausfall allein treffende Risiko nicht genüge; dieses Risiko entspreche dem Produktionsausfall des Arbeitgebers. „Darüber hinaus trägt der Arbeitgeber aber namentlich bei länger dauerndem Streik das Risiko steigender großer Verluste und Schäden bis zum wirtschaftlichen Zusammenbruch. Könnten die Arbeitgeber nicht im Wege des Abwehrkampfes die Arbeitsverhältnisse sofort lösen, wären die Arbeitnehmer auch für den Fall ihrer Niederlage sicher, daß die Arbeitsverhältnisse weiterbestehen, so trügen sie kein entsprechendes Risiko, eben nicht das Risiko des Verlustes der Arbeitsstellen“ (a. a. O. S. 311).

Was Lohnausfall beim Arbeitnehmer bedeutet, wird mit keinem Wort erörtert. Auch wenn man große Verluste und Schäden des Arbeitgebers einräumt, so sind doch Fälle des wirtschaftlichen Zusammenbruchs wegen Streiks kaum je bekannt geworden. Immer-

## BEMERKUNGEN ZUM THEMA AUSSPERRUNG

hin handelt es sich dabei nur um Folgen für den Betrieb. Die Folgen für den Arbeiter, die unmittelbar den Menschen in seiner täglichen Existenz treffen, liegen, wie es scheint, jenseits des Vorstellungskreises des BAG. Hier kommt es allerdings nicht zu Betriebsverlusten und Zusammenbrüchen. Es ist nichts da, was zusammenbrechen könnte. Es hätte nun untersucht werden müssen, welches die Wirkungen nur des Lohnausfalls für den Arbeitnehmer und seine Familie sind, auch ohne Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Ein Metallarbeiter mit Frau und kleinem Kind, der 650 DM brutto verdient und drei Jahre lang Gewerkschaftsmitglied war, erhält nach den Satzungen von IG-Metall wöchentlich etwa 84 DM Unterstützung aus den Beiträgen, die er sich vorher abgespart hatte. Er hat also jetzt etwa von der Hälfte seines Lohnes zu leben, von dem er bisher schon in der Regel keine Reserven bilden konnte. Das bedeutet u. a., daß er Zahlungen auf Abzahlungskäufe einstellen muß (mit allen weitgehenden Folgen!), daß Anschaffungen unmöglich werden, daß auch die Mietzahlung gefährdet wird. Erst recht werden kulturelle Ausgaben unmöglich; es reicht nur noch für das nackte Leben. Er erreicht das Niveau der Fürsorgeunterstützungssätze. Hätte das BAG sich mit diesen Trivialitäten abgegeben, so wäre ihm die alte Erkenntnis begegnet, daß die Verminderung des Einkommens um einen bestimmten Betrag bei *geringem* Einkommen auf die Lebenshaltung viel stärker einwirkt als bei höherem Einkommen. Die Grenze der Not oder sogar des Elends ist sofort erreicht. Nicht unwichtig ist auch, daß es sich dabei um eine Erscheinung in vielen Tausenden von Familien und Haushalten handelt. Das Absinken zum Existenzminimum oder zum Fürsorgeunterstützungssatz ist daher eine Massenerscheinung auf der einen Seite; auf der anderen Seite dürfte sogar der Einzelfall als Folge eines Streiks „praktisch selten“ vorkommen.

Auf dieser Ebene des menschlichen täglichen Daseins entscheidet sich die Frage der Parität.

Das „Risiko“ des Arbeitskampfes ist also beim Arbeitnehmer schon im bloßen Durchhalten des Arbeitskampfes höher als dasjenige des Arbeitgebers. Es ist maximal hoch und viel mehr an die Existenz greifend als der Betriebsverlust des Arbeitgebers. Es liegt wahrhaftig kein Grund vor, es „entsprechend“ zu steigern.

5. In den *anderen Ländern Westeuropas* ist das ethische Augenmaß und das Vorstellungsvermögen besser entwickelt. Dort ist klar erkannt, daß in der Gleichbehandlung des scheinbar Gleichen die Ungleichheit und die Ungerechtigkeit beschlossen liegt. Dafür einige Belege.

Die Hohe Behörde der Montanunion hat eine Darstellung des Rechtszustands der Mitgliederstaaten in Sachen Streik und Aussperrung herausgegeben.<sup>1)</sup> Aus dem zusammenfassenden Bericht von Professor *Horion*, Lüttich, sei folgendes wiedergegeben:

„In *Frankreich* und *Italien* wird die Aussperrung, sogar die Abwehraussperrung, entweder als rechtswidriger und zu Schadensersatz verpflichtender Bruch der Arbeitsverträge oder als ein Ruhen der Arbeitsverträge bei fortdauernder Pflicht zur Lohnzahlung angesehen. Wahrscheinlich dürfte in *Belgien* die Aussperrung ebenfalls als Bruch der Arbeitsverträge aus Verschulden des Arbeitgebers beurteilt werden; es liegen jedoch keine gerichtlichen Entscheidungen hierüber vor. In *Deutschland*, wo das Aussperrungsrecht dem Streikrecht gleichgesetzt ist, ist die Rechtslage eine völlig andere. In den *Niederlanden* ist auf diesem Gebiet keinerlei Entwicklung festzustellen; vielleicht ist dies auf das ausgezeichnete soziale Klima in diesem Lande seit dem zweiten Weltkrieg zurückzuführen: In der *Stichting voor de Arbeid* haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem Geist zusammengearbeitet, der eine Entwicklung zum Verzicht auf kollektive Arbeitskämpfe einleitet; Streiks sind so selten, daß es kaum einer gesetzlichen Regelung bedarf.

In der Literatur lassen sich zwei Richtungen erkennen. Einige Autoren schlagen gesetzliche Anerkennung und Regelung des Streikrechts vor. Es wird allgemein anerkannt, daß der Streik

1) Streik und Aussperrung, in: Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, Luxemburg 1961.

einen ethischen Wert hat, da er manchmal von den Arbeitnehmern, die eine Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen erzielen wollen, schwere Opfer verlangt. Die Lohneinbuße und das Solidaritätsgefühl, die den Streik kennzeichnen, machen ihn zu einer außerordentlich achtungswürdigen Erscheinung. Die Streikbefugnis besteht überall, wenn auch mit ziemlich weitgehenden Einschränkungen.“ (S. 77)

„In dem *französischen* Bericht wird darauf hingewiesen, daß moralische Unterschiede zwischen dem Streikbeschluß und dem Aussperrungsbeschluß eine unterschiedliche Behandlung der beiden Formen des Arbeitskampfes rechtfertigen: Der Streik besitzt einen ethischen Wert, da er manchmal von den Arbeitnehmern, die eine Verbesserung ihrer Lage erzielen wollen, sehr schwere Opfer fordert. Die Aussperrung dagegen erscheint als Mißbrauch der wirtschaftlichen Überlegenheit des Arbeitgebers, der den Arbeitnehmern ihre Existenzgrundlage nimmt. Beim Streik erleiden nur diejenigen Arbeitnehmer einen Lohnausfall, die am Streik teilnehmen und daher mit diesem Verlust einverstanden sind. Die Aussperrung dagegen berührt sämtliche von ihr betroffenen Belegschaftsmitglieder, auch die, die mit dem Arbeitgeber nicht im Streit sind.

Der *italienische* Bericht enthält analoge Erwägungen, wobei jedoch Rahmen und Zielsetzung genauer festgelegt sind: Hinweis auf die zivilrechtlichen Folgen der Tatsache, daß die Verfassung das Streikrecht, nicht aber das Aussperrungsrecht proklamiert, ferner der Nachweis, daß die Aussperrung stets einen Vertragsbruch des Arbeitgebers darstellt.

Im *deutschen* Recht ist von einer derartigen Unterscheidung und deren Berechtigung keine Rede. Die Abwehraussperrung, die ipso jure zur Lösung der Einzelarbeitsverträge führt, gilt vielmehr als legitime Waffe des Arbeitgebers, in dessen Betrieb gestreikt wird, selbst wenn der Streik zulässig und gerechtfertigt ist.“ (S. 71)

Aus den *Niederlanden* wird noch positiv berichtet (S. 73), daß die Aussperrung den Arbeitgeber nicht von seinen Vertragspflichten, vor allem nicht von seiner Lohnzahlungspflicht, befreit. Darin liegt sowohl das rechtsethische Urteil über die Aussperrung, wie die Erklärung dafür, daß es dort keine Aussperrung gibt.

In den *Vereinigten Staaten von Amerika* scheint es kaum Rechtsprechung zur Aussperrung zu geben. Offenbar kommt auch dort die Aussperrung gegen die öffentliche Meinung nicht auf. Ganz unmöglich und unbekannt ist die vom BAG gerechtfertigte Aggressivaussperrung. So erklärt es sich, daß in dem maßgebenden amerikanischen Textbuch des Arbeitsrechts von der Aussperrung nicht die Rede ist.

6. Bekanntlich ist, im Unterschied zu einzelnen Landesverfassungen, das Streikrecht im Grundgesetz nicht ausdrücklich eingeräumt. Das hat zu immer noch andauernden staatsrechtlichen Erörterungen darüber geführt, ob das Streikrecht verfassungsmäßig gewährleistet ist. Für unsere Frage ist dies ohne Bedeutung; denn das Streikrecht selbst wird nicht mehr bestritten. Nur wird es auf gewisse Ziele beschränkt und gewissen Regelungen unterworfen. Zur Durchsetzung tarifmäßiger Arbeitsbedingungen ist es anerkannt. Diese Anerkennung als kollektivrechtliches Kampfmittel wird aber durch die gleichzeitige Anerkennung der Aussperrung, und überdies der Aussperrung mit Auflösungs Wirkung, in ihrem sozialen Wert ausgehöhlt.

Der oberflächlichen formellen Gleichsetzung beider Kampfmittel, die anderswo längst als ungleich erkannt sind, liegt auch die häufig vertretene Meinung zugrunde, daß das in der hessischen Verfassung enthaltene Verbot der Aussperrung gegen den Gleichheitsgrundsatz des Grundgesetzes verstoße. Man muß aber im Gegenteil sagen, daß das Grundgesetz, nämlich die Erklärung der Bundesrepublik zum sozialen Bundesstaat (Artikel 20, Abs. 1), die Gleichstellung von Aussperrung und Streik verbietet. Die hessische Verfassungsbestimmung steht, wie wir gesehen haben, mit der in Europa vorherrschenden Vorstellung des modernen Sozialstaats in Einklang. Aus der oben erwähnten, von der Montanunion herausgegebenen Darstellung des Streik- und Aussperrungsrechts sei in diesem Zusammenhang noch das wiedergegeben, was der Professor für Arbeitsrecht an der katholischen Universität Mailand, *Luigi Mentoni*, zum Gegenstand sagt:

## BEMERKUNGEN ZUM THEMA AUSSPERRUNG

„Nach überwiegender Mehrheit der Rechtswissenschaft sowie des Zivilsenats des Kassationshofes (Entscheidung Nr. 1841 von 1953) hat das Schweigen der Verfassung über die Frage der Aussperrung auf der Ebene der privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse eine klare Bedeutung. In diesem Bereich wurde durch die Verfassung von 1948 eine von Grund auf verschiedene rechtliche Bewertung der Aussperrung und des Streiks eingeführt und mit dem Grundsatz der Wechselseitigkeit der Rechtsstellung der Vertragspartner gebrochen. Den Arbeitnehmern wurde zwar ein subjektives Streikrecht gegenüber den Arbeitgebern zuerkannt, dagegen erhielten die letzteren kein entsprechendes Aussperrungsrecht. Während der in den gesetzlich festgelegten Grenzen durchgeführte Streik nicht mehr den gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Erfüllung der Verträge unterliegt, fällt indessen die Aussperrung weiterhin unter diese Bestimmungen.

Die Gründe zur Rechtfertigung dieser unterschiedlichen Behandlung sind einleuchtend. Die *Symmetrie* zwischen Streik und Aussperrung ist *nur scheinbarer* Natur, weil die Arbeitsvertragspartner nur formal gleichgestellt sind, während in Wirklichkeit zwischen ihnen eine tiefgehende wirtschaftlich-soziale Ungleichheit besteht. Nun ist aber das Streikrecht ein formelles Vorrecht, das die Verfassung den Arbeitnehmern gerade als Mittel zur Herstellung eines gewissen materiellen Gleichgewichts in ihren Beziehungen mit den Arbeitgebern gewährt hat. Diese Funktion des Streiks würde jedoch aufgehoben bzw. weitgehend eingeschränkt werden, wenn die Arbeitgeber sich ihrerseits auf ein Aussperrungsrecht berufen könnten. Auf diese Weise ergäbe sich der widersinnige Zustand, daß gegenüber einer vom Gesetz für erlaubt erklärten Handlung eine private Gegenmaßnahme zulässig wäre. Gegenüber dem begrenzten Aushaltevermögen der streikenden Arbeiter wäre das Aushaltevermögen des Unternehmers, der seinen Betrieb als Vergeltungsmaßnahme gegen einen Streik schließt, nahezu unbegrenzt, falls er nicht zur Weiterzahlung der Löhne verpflichtet wäre. Ein Aussperrungsrecht würde somit den Arbeitgeber in die Lage versetzen, die kollektive Arbeitseinstellung über eine weit längere Dauer auszudehnen, als es das Aushaltevermögen der Arbeiter zuließe; diese würden in eine verzweifelte Lage gebracht werden, was mit ernststen Gefahren für die öffentliche Ordnung verbunden wäre. ... Abgesehen von dem praktischen Aspekt der Aussperrung als Vergeltungswaffe gegen den Streik, gibt es noch eine andere Überlegung, die eine positiv ethische Beurteilung dieses Mittels zum Schutz der Arbeiterinteressen ausschließt. Die Durchführung eines Streiks ist für die Arbeitnehmer sehr kostspielig, da sie den Lohnausfall während des Ausstands zur Folge hat. Würde hingegen dem Arbeitgeber ein Aussperrungsrecht zuerkannt werden, so würde der Aussperrung lediglich der Verlust der Leistung der ausgesperrten Arbeitnehmer, d. h. praktisch nichts, gegenüberstehen, da ja die Aussperrung ihrer Natur nach gerade eine Weigerung zur Annahme der Arbeitsleistung darstellt.“

## II

Eine wirkliche Parität schließt danach die Aussperrung als Kampfmittel aus, weil die beiderseitigen Risiken nicht vergleichbar, geschweige denn gleich sind. Nun will aber das BAG das Risiko des Arbeitnehmers über das Durchhalterisiko hinaus noch dadurch vergrößern, daß die Arbeitgeber das Recht haben sollen, durch die Aussperrung die Arbeitsverhältnisse zu lösen. Nach den Gründen des Beschlusses soll dies für jede „legitime“ Aussperrung gelten; nach dem Bundesarbeitsgericht ist auch die Aussperrung in nichtbestreikten Betrieben, also die Aggressivaussperrung, legitim. Daß der Grundsatz der Waffengleichheit, der Kampfparität und auch der Neutralität des Staates hier nicht einschlägt, habe ich oben dargelegt. Nun mißachtet aber das BAG zugunsten des Arbeitgebers sofort wieder seinen eigenen Grundsatz, indem es nicht nur, wie beim Streik, die Suspension des Arbeitsverhältnisses annimmt, sondern im Falle der Aussperrung das Recht zu dessen Auflösung gibt. Zu diesem Zweck hat das BAG den Grundsatz der Freiheit der Wahl der Kampfmittel erfunden. Woraus wird dieser Grundsatz hergeleitet? Antwort: „Aus den Grundsätzen des freiheitlichen Sozial- und Rechtsstaats, insbesondere aus der *allgemeinen Entfaltungsfreiheit* (Artikel 2, Abs. 1, GG) und aus

dem Gesamtzusammenhang unserer wirtschafts- und sozialverfassungsrechtlichen Grundprinzipien.“

Aus solch vagen, in ihrer Tragweite strittigen Prinzipien, läßt sich schlechtweg alles herleiten. Besonders bemerkenswert ist, daß das Bundesarbeitsgericht glaubt, das Recht auf Lösung des Arbeitsverhältnisses ergebe sich aus dem Recht des Arbeitgebers, seine Persönlichkeit frei zu entfalten. Das ist kein Zynismus, sondern ernst gemeint. Das Persönlichkeitsrecht des Arbeiters, seine Beziehungen zum Betrieb, seine Anwartschaften aus vielleicht jahrzehntelanger Betriebszugehörigkeit, alles dies wird nicht einmal wahrgenommen, geschweige denn erörtert. Das Persönlichkeitsrecht des Arbeiters ist in der Perspektive des BAG nicht vorhanden. Das BAG sagt weiterhin, daß „jede Gruppe das ihr gemäße, historisch überkommene, der Natur entsprechende Kampfmittel wählen dürfe“. Ich habe bereits nachgewiesen, wie es mit der historischen Rechtfertigung beschaffen ist; erst recht sagt diese Tradition nichts über die Frage: Suspension oder Auflösung? Jener Hamburger Werftbesitzer von 1890 hat nach der Auffassung des BAG nur eben seine Persönlichkeit frei entfaltet, indem er als Strafe und Sanktion gegen die Maifeier seine Arbeiter am 2. Mai aussperrte.

Eine ernsthafte Diskussion über eine solch vage und willkürliche Beweisführung ist nicht möglich. Halten wir daran fest, daß das BAG, nachdem es die Kampfparität durch die Zulassung der Aussperrung als Kampfmittel hergestellt zu haben glaubt, diese Parität sofort wieder aufhebt, indem es dem Arbeitgeber das weitergehende Recht auf Auflösung einräumt. Der Arbeitgeber, sagt das Gericht, müsse den Arbeitnehmern das „volle Risiko“ des Arbeitskampfes vor Augen führen dürfen. Das Risiko, eine Zeitlang der Not ausgesetzt zu sein, scheint dem BAG nicht genug. Es gehört dazu auch die Befugnis, „die Arbeitsverhältnisse kampfwise zu lösen, ohne eine rechtliche Verpflichtung zu übernehmen, sie nach Beendigung des Kampfes unter allen Umständen wieder herzustellen“, a. a. O. S. 311. Denn, so heißt es, „es muß dem Arbeitgeber freistehen, das Kampfmittel zu wählen, das in der konkreten Situation nötig und wirksam ist“.

Der vom BAG aufgestellte Grundsatz der Freiheit des Kampfmittels entpuppt sich also schlicht als der Grundsatz, daß der Zweck das Mittel rechtfertigt, denn etwas anderes ist mit diesem Satz nicht gesagt. Der Arbeitgeber darf das Mittel wählen, das zur Erreichung seines Zweckes wirksam ist. Weil der Zweck, den Arbeitnehmer entweder vom Streik abzuhalten oder den Streik wirkungslos zu machen, eher erreicht wird, wenn der Arbeitnehmer von der Lösung des Arbeitsverhältnisses bedroht ist, so ist auch dieses Mittel recht. Das BAG nennt dies die „staatspolitische Notwendigkeit, Arbeitskämpfe im Interesse des Gemeinwohls nicht zu erleichtern“. Gediene ist dabei allerdings nur dem Interesse des Arbeitgebers. Denn das Kampfmittel des Streiks kann sowohl dem Gemeinwohl dienen wie ihm schaden; das kommt auf den Einzelfall an. In der Vergangenheit hat der wirkliche oder potentielle Streik, wie wir oben gesehen haben, große Verdienste um die Hebung des Lebensniveaus der Arbeiterschaft gehabt, was zweifellos dem Gemeinwohl gedient hat. Man kann also nicht behaupten, daß schlechtweg eine staatspolitische Notwendigkeit bestehe, Arbeitskämpfe zu erschweren, noch viel weniger läßt sich vertreten, daß dies einseitig auf Kosten der Arbeitnehmer geschieht.

Von seinem Standpunkt aus verneint denn auch das BAG die Frage, ob der Arbeitgeber nach Kampfeinstellung zur Wiedereinstellung verpflichtet sei. Das folge aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Auch diesen Grundsatz leitet es aus dem Grundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit ab. Das BAG hat offenbar nicht erkannt, daß das Arbeits- und Sozialrecht längst nicht mehr von dem liberalen Prinzip der Vertragsfreiheit, sondern überwiegend von zwingenden unabdingbaren Regelungen dominiert wird, seien es Arbeitszeit, Versicherung, Kündigung usw. Ich erinnere an den berühmten, vom US-Supreme Court im Jahre 1905 entschiedenen *Fall Lochner/Staat New York*.

## BEMERKUNGEN ZUM THEMA AUSSPERRUNG

Mit dieser Entscheidung hat der Supreme Court den Versuch gemacht, eine Arbeitszeitverordnung des Staates New York für das Bäckergewerbe mit dem Verfassungsgrundsatz der Vertragsfreiheit zu Fall zu bringen und damit die Sozialgesetzgebung für die Zukunft unmöglich zu machen. Damals hat *O. W. Holmes* dissentierte; dieser Dissent hat sich später durchgesetzt. Das ganze Sozialrecht besteht zu einem guten Teil in der Abdingung der Vertragsfreiheit. Man kann also nicht auf sozialrechtlichem Gebiet die Vertragsfreiheit zum herrschenden Prinzip erklären.

Der konkrete Fall übrigens, demzuliebe das BAG zu solch weitgehenden und vagen Folgerungen kommt, betraf schlicht die Frage, ob ein Arbeitgeber nach einer Aussperrung einzelne, ihm mißliebige Arbeitnehmer nicht wieder einzustellen brauche, und ob er insbesondere auch von Kündigungsschutzbestimmungen nicht an der Lösung des Arbeitsverhältnisses gehindert sei. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitgebers macht es nach dem BAG notwendig, den Arbeitgeber von solchen Kündigungsschutzbestimmungen freizustellen. Der Arbeitnehmer seinerseits muß nun seine Persönlichkeit, von der in der Entscheidung des BAG nirgends die Rede ist, anderswo entfalten, ohne Rücksicht auf seine Lebensbeziehungen, seine Rechte und seine Interessen. Diese Seite des Verhältnisses wird also vom BAG ignoriert; In der Praxis des Arbeitskampfes läuft diese Einseitigkeit darauf hinaus, daß die Arbeitgeber die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer mit ihren bisherigen Rechten und Anwartschaften (z. B. aus Pensionskassen o. ä.) als eine durch Gegenleistungen einzuhandelnde Verhandlungskonkession ansehen können.