

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Ass. iur. Eva-Maria Rieger

2004

Erstberichterstatter:

Prof. Dr. iur. [REDACTED]

Zweitberichterstatter:

Prof. Dr. iur. [REDACTED]

Tag der mündlichen Prüfung:

[REDACTED]

*„Richterliche Rechtsfortbildung,
die den Vorwurf der „Willkür“ nicht zu scheuen braucht,
setzt die Kenntnis und Beherrschung dieser (Rechtsfindungs-)Methoden voraus.“¹*
(Karl Larenz)

VORWORT

Anlaß dieser Arbeit ist die umstrittene „Stilllegungsrechtsprechung“ des BAG, eine Reihe von insgesamt neun Entscheidungen aus den Jahren 1994 bis 1998, in denen das BAG die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung bzw. das Recht auf Betriebsstilllegung im Arbeitskampf im Wege richterlicher Rechtsfortbildung (er)findet und fest schreibt.

Die Arbeit untersucht die Zulässigkeit dieses neuen bzw. neuartigen Rechtsinstituts im Gefüge des geltenden deutschen Arbeitskampfsystems mit Blick auf die anerkannte Methodik richterlicher Rechtsfortbildung.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 04/05 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2004 berücksichtigt.

Ich danke meinem Doktorvater, [REDACTED], für die Anregung zu diesem Thema sowie die nachhaltige Betreuung und Unterstützung der Arbeit. Meiner Zweitberichterstatterin, [REDACTED], danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mainz, im Mai 2005

Eva-Maria Rieger

¹ Larenz, NJW 1965, 1, 10.

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	I
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VII
EINLEITUNG	1
A. Problemstellung	1
B. Gang der Untersuchung	3
1. Teil: Die Betriebsstilllegung in Judikatur und Literatur	5
1. Kapitel: Die „Stilllegungsrechtsprechung“	5
A. Kontext	5
B. Die Konzeption der Betriebsstilllegung	8
I. Begriff und Rechtsnatur	8
II. Voraussetzungen	8
1. Erklärung	8
a) Eindeutigkeit	9
b) Adressaten	10
2. Gewerkschaftlicher Streikbeschluß	11
a) Räumlicher Anwendungsbereich	13
b) Persönlicher Anwendungsbereich	13
c) Zeitlicher Anwendungsbereich	14
3. Rechtmäßige und rechtswidrige Kampfmaßnahmen	15
4. Andere Kampfmaßnahmen	17
5. Beteiligung des Betriebsrats	18
III. Rechtsfolgen	21
2. Kapitel: Stellungnahmen der Literatur	23
A. Zustimmende Literatur	23
B. Kritische Literatur	25
I. Rechtsnatur	25
II. Rechtsgrundlage	26
III. Außenseiterproblematik	29
IV. Unzulässige Rechtsfortbildung	30

2. Teil: Grundlagen des Arbeitskampfes.....	32
1. Kapitel: Bundes-, Landes- und Europarecht.....	32
2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grundlage.....	34
A. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG).....	34
I. Inhalt der Koalitionsfreiheit.....	35
1. Individuelle Koalitionsfreiheit.....	35
a) Positive Koalitionsfreiheit.....	35
b) Negative Koalitionsfreiheit.....	36
2. Kollektive Koalitionsfreiheit.....	38
a) Bestands- und Betätigungsgarantie.....	39
b) Tarifautonomie.....	40
c) Arbeitskampf.....	41
aa) Positive Arbeitskampffreiheit.....	41
(1) Individuelle Grundrechtsträgerschaft.....	41
(α) Art. 9 Abs. 3 GG.....	41
(β) Art. 9 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 GG.....	43
(χ) Art. 9 Abs. 3 und Art. 12, 14, 19 GG.....	44
(2) Kollektive Grundrechtsträgerschaft.....	44
(α) Kollektivrechtliche Einheitstheorie.....	47
(β) Suspendierungstheorie.....	48
bb) Negative Arbeitskampffreiheit.....	49
cc) Arbeitskampfgarantie.....	50
(1) Prinzip der Arbeitskampfparität.....	51
(α) Funktionstypik.....	51
(β) Abstrakt-materielle Parität.....	54
(2) Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot).....	58
(3) Umfassende Arbeitskampfgarantie?.....	60
II. Grundrechtssystematik.....	63
1. Schutzbereich.....	63
a) Kernbereichslehre.....	64
b) Ausgestaltung.....	65
aa) Ausgestaltung als Grundrechtskonkretisierung.....	65
bb) Grenzen der Ausgestaltung.....	66
2. Eingriff.....	68

a) Grundrechtsschranken.....	69
b) Abgrenzung zur Ausgestaltung.....	71
3. Grundrechtsschranken-Schranken.....	72
a) Verhältnismäßigkeitsprinzip	73
b) Wesensgehaltsgarantie	75
B. Ergebnis.....	76
3. Kapitel: Richterliche Rechtsfortbildung	76
A. Regelungskompetenz.....	77
B. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	78
I. Vorrang des Gesetzes.....	78
II. Prinzip der Gewaltenteilung.....	79
III. Wesentlichkeitstheorie	81
IV. Rechtsstaatsprinzip.....	83
V. Methodische Prinzipien.....	87
1. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	87
2. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	89
C. Ergebnis.....	91
3. Teil: Legitimation der Betriebsstillegung.....	92
1. Kapitel: Dogmatische Legitimation	92
A. Legitimation aus Art. 9 Abs. 3 GG	92
I. Legitimation als Kampfmittel sui generis	92
1. Paritätsfunktion der Betriebsstillegung?	93
a) Finanzielle Belastung der Arbeitnehmerseite	95
b) Binnendruck im Arbeitnehmerlager.....	97
c) Suspendierung der Vergütungspflicht.....	98
d) Druck auf den Arbeitgeber.....	100
2. Ergebnis.....	101
II. Legitimation als Sonderform der Aussperrung	101
1. Garantie der Aussperrung	102
2. Betriebsstillegung als Sonderform?.....	104
3. Formelle Vergleichbarkeit	104
a) Rechtsnatur	104
b) Anwendungsbereich.....	106

c) Anwendungsvoraussetzungen.....	107
aa) Erklärung	107
bb) Friedenspflicht	110
cc) Arbeitgeberverbandsbeschuß.....	113
dd) Differenzierungsverbot.....	115
ee) Aussperrungsquoten.....	117
4. Materielle Vergleichbarkeit.....	119
a) Grundsatz der Solidarität.....	119
b) Partizipation	120
c) Einheit der Belegschaft.....	123
aa) Kampfkraft des Arbeitgebers.....	123
bb) Koalitionsbestand	124
cc) „Taktik der offenen Tür“ als Alternative?	125
dd) Betriebsstillegung als Alternative?	127
5. Ergebnis.....	130
III. Legitimation als Ergänzung der Arbeitskampfrisikolehre. 130	
1. Arbeitskampfrisikolehre	131
a) Entwicklung und Stand der Rechtsprechung	132
b) Stand der Literatur	136
aa) Lehre von der Annahmehemöglichkeit.....	136
bb) Lehre von der Aussperrungsobliegenheit	138
cc) Partizipationsorientierter Ansatz.....	140
dd) Kausalitätsorientierter Ansatz.....	142
2. Formelle Vergleichbarkeit	144
a) Rechtsnatur	144
b) Anwendungsbereich.....	144
aa) BAG vom 27.06.1995 und 11.07.1997	144
bb) BAG vom 12.11.1996, 17.02.1998, 15.12.1998..	146
cc) Zwischenergebnis	150
c) Anwendungsvoraussetzungen.....	151
3. Materielle Vergleichbarkeit.....	152
a) Partizipation	152
b) Paritätsfunktion der Betriebsstillegung	153
aa) Beweisanforderungen.....	153

bb) Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber	157
cc) Notdienstvereinbarungen.....	159
(1) Begriff des Notdienstes.....	160
(2) Rechtsgrundlage des Notdienstes	161
(3) Regelungskompetenz	161
(4) Rechtsschutz.....	163
(5) Zulässiger Inhalt.....	164
(α) Vertragliche Eingriffsbefugnis.....	165
(β) Leistungsverweigerungsrecht.....	166
4. Ergebnis.....	167
B. Legitimation außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG	169
I. Betriebsstilllegung als richterliche Rechtsfortbildung	169
1. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	169
a) Gesetzeslücke	170
b) Planwidrigkeit	172
aa) Leistungsstörung	172
bb) Privatautonomie	173
2. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	175
a) Kollektives Streikgeschehen.....	175
b) Keine Pflicht zur aktiven Gegenwehr	177
c) Aktive Arbeitskampfbefugnis.....	178
II. Ergebnis.....	180
2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grenzen.....	180
A. Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG).....	181
I. Koalitionsfreiheit und Recht auf Betriebsstilllegung.....	181
1. Eingriff in den Schutzbereich.....	182
a) Beeinträchtigung der Außenseiter	182
b) Beeinträchtigung der Gewerkschaftsmitglieder	184
c) Beeinträchtigung der Gewerkschaft.....	185
2. Rechtfertigung des Eingriffs.....	186
a) Verhältnismäßigkeit.....	186
b) Wesensgehalt	188
II. Zwischenergebnis	190
B. Verstoß gegen die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)	190

C. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3, 2. HS GG	192
D. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG	193
E. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG	194
4. Teil: Gesamtergebnis	195
LITERATURVERZEICHNIS	202

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	andere Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfas- sungsgerichts
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	Dissertation
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
Gem.	Gemeinsame
GG	Grundgesetz
Habil.	Habilitation
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LS	Leitsatz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ÖTV	Gewerkschaft öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
PersVG	Personalvertretungsgesetz
R	Rückseite
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
S.	Seite

s. o., s. u.	siehe oben, siehe unten
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
st. Rspr.	stetige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
v.	vom
vgl.	vergleiche
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

EINLEITUNG

A. Problemstellung

Mit dem Urteil vom 22.03.1994² hat das BAG eine Rechtsprechungsänderung eingeleitet, die das Zentrum des Arbeitskampfrechts berührt, indem es die bisherigen Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers im Arbeitskampf um ein neuartiges Recht erweitert hat. Dieses Recht ist die sog. arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung, deren Synonyme etwa „Recht auf Betriebsstilllegung“, „suspendierendes Stilllegungsrecht“, „Stilllegungsbefugnis“ oder „Suspendierung“ sind. In weiteren Urteilen hat das BAG diese Rechtsprechungsänderung bis in die neueste Zeit bestätigt³.

Danach steht dem Arbeitgeber – *unabhängig von der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung und unabhängig von Arbeitgeberverbandsbeschuß und Aussperrungsquoten* – die Befugnis zu, einen bestreikten Betrieb oder Betriebsteil für die Dauer des Streiks *im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses* ganz stillzulegen mit der Folge, daß die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis suspendiert werden und auch die arbeitswilligen Arbeitnehmer ihren Entgeltanspruch verlieren.

Bis dahin war die Suspendierung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsvertrag im Arbeitskampf nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur nur infolge einer suspendierenden Abwehraussperrung durch den Arbeitgeber oder infolge des sog. Lohnverweigerungsrechts nach Arbeitskampfrisikogrundsätzen⁴ bzw. der sog. Arbeitskampfrisikolehre möglich. Mit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung wird dem Arbeitgeber also quasi das Recht zur „Präventivsuspendierung“⁵ eingeräumt – mit der Besonderheit, daß die Grenzen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses zu beachten sind.

Damit ergibt sich eine merkwürdige Ambivalenz: Einerseits scheint die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung als erleichterte Suspen-

² BAG, AP Nr.130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³ BAG, AP Nr. 130, 135, 137, 138, 139, 147, 152, 154 und 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴ BAG, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 588.

⁵ Der Begriff stammt von Hanau, NZA 1996, 841, 846.

dierungsmöglichkeit arbeitgeberfreundlich zu sein; andererseits scheint sie gewerkschaftsfreundlich zu sein, weil sie den Streikbeschluß der streikführenden Gewerkschaft perfekt vollzieht und ausschließlich sog. Streikbrecher betrifft, also diejenigen Arbeitnehmer, die zwar von der Gewerkschaft zum Streik aufgerufen wurden, sich diesem Aufruf aber verweigern und ihre Arbeitskraft weiterhin anbieten; dabei handelt es sich überwiegend um sog. Außenseiter.

Außenseiter auf Arbeitnehmerseite sind diejenigen Arbeitnehmer, die nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind und daher anders als die darin organisierten Arbeitnehmer nicht von der Tarifnormenwirkung der §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG erfaßt werden. Es handelt sich um Arbeitnehmer, die in den Geltungsbereich des umkämpften bzw. abzuschließenden Tarifvertrages fallen, aber entweder überhaupt nicht gewerkschaftlich organisiert (Nichtorganisierte) oder in einer anderen als der tarifschließenden Gewerkschaft organisiert sind (Andersorganisierte)⁶. Die Statistik zeigt, daß die Zahl der gewerkschaftlich nichtorganisierten Arbeitnehmer die Zahl der organisierten Arbeitnehmer mit einem Verhältnis von ca. zwei Dritteln zu einem Drittel weit überwiegt⁷.

Aufgrund dieser Ambivalenz hat die neuartige arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung eine kritische Diskussion in einer Vielzahl von literarischen Rezensionen⁸ und zwei Dissertationen⁹ erfahren. Im Zentrum der Kritik stehen vor allem die Außenseiterproblematik mit der Frage des Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit sowie die Vorgehensweise des BAG bei seiner Rechtsfortbildung.

⁶ vgl. Lembke, Außenseiter, S. 1, 9 f..

⁷ Institut der deutschen Wirtschaft, Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland, Ausgabe 1998, Rn. 128: Im Jahr 1996 betrug der Organisationsgrad der Gewerkschaften insgesamt 33,8 %, wobei Arbeiter zu 43,1 %, Angestellte zu 20,9 % und Beamte zu 60,3 % organisiert waren.

⁸ Ackmann, EWiR 95, 33 f.; Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Kalb, FS Stahlhacke, 213 ff.; Hanau, NZA 1996, 841 ff.; Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Lieb, SAE 95, 257 ff.; ders., SAE 96, 182 ff.; Löwisch, FS Gitter, 533 ff.; Rieble, Anm. zu BAG, SAE 1997, 285 ff.; ders., Anm. zu BAG, SAE 1996, 227 ff.; Streckel, Anm. zu BAG, EzA Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ders., DB 95, 2607 ff..

⁹ Kornbichler, Stilllegung, S. 1 ff.; Schultheis, Stilllegungs befugnis, S. 1 ff..

B. Gang der Untersuchung

Mit dieser Arbeit soll die Zulässigkeit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung im geltenden deutschen Arbeitskampsystem untersucht werden.

Die Auseinandersetzung mit der aufgezeigten Problematik erfordert zunächst eine Analyse der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung auf der Grundlage der Stellungnahmen von Judikatur und Literatur (1. Teil). Die anschließende Darstellung der Grundlagen des Arbeitskampsrechts sowie des heutigen Arbeitskampsystems mit den allgemein anerkannten Rechtsinstituten der Aussperrung und der Arbeitskampsrisikolehre veranschaulicht die Anforderungen, die an eine Rechtsgrundlage der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung zu stellen sind (2. Teil). Die Prüfung der dogmatischen und verfassungsrechtlichen Legitimation der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung innerhalb dieser Grundlagen bildet den Schwerpunkt der Arbeit (3. Teil).

Denkbare dogmatische Grundlagen für die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung sind zum einen das Arbeitskampsrecht, zum anderen das Leistungsstörungsrecht des BGB. Die Suche nach einer Rechtsgrundlage verfolgt also mehrere Ansätze innerhalb und außerhalb der zentralen Norm des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG.

Im Wege der Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG kommen folgende Rechtfertigungsmöglichkeiten in Betracht: (1) die Legitimation als eigenständiges Arbeitskampsmittel, (2) die Legitimation als Sonderform der Aussperrung sowie (3) die Legitimation als Ergänzung der Arbeitskampsrisikolehre. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit außerhalb des Art. 9 Abs. 3 GG ist die Legitimation als zivilrechtlicher Leistungsstörungstatbestand durch richterliche Rechtsfortbildung. In diesem Zusammenhang wird die Rechtsprechung des BAG zur arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung am Maßstab der anerkannten Methodik richterlicher Rechtsfortbildung überprüft.

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen wird schließlich die Verfassungsmäßigkeit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung im Hinblick auf betroffene Grundrechte Dritter und auf Verfas-

sungsprinzipien untersucht. Im Zentrum dieser Prüfung steht die Frage nach der Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit der arbeitswilligen Arbeitnehmer, insbesondere der Außenseiter, aber auch der Streikbrecher.

Den Schluß der Arbeit bildet eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (4. Teil).

1. Teil: Die Betriebsstilllegung in Judikatur und Literatur

1. Kapitel: Die „Stilllegungsrechtsprechung“

A. Kontext

Die Entscheidungsserie, in der das BAG die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung entwickelt hat, besteht im einzelnen aus dem Ausgangsurteil vom 22.03.1994¹⁰ sowie den Urteilen vom 31.01.1995¹¹, 27.06.1995¹², 11.07.1995¹³, 12.11.1996¹⁴, 17.02.1998¹⁵ und vom 15.12.1998¹⁶. Vier der Entscheidungen hatten Arbeitskämpfe im öffentlichen Dienst zum Gegenstand, drei Entscheidungen betrafen Arbeitskämpfe in der Privatwirtschaft. Alle Entscheidungen betrafen die Frage, ob einem arbeitswilligen Arbeitnehmer, dessen Betrieb oder Betriebsteil bestreikt wird, ein Vergütungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach §615 BGB zusteht. Es handelt sich also um das Problem der Verteilung des Lohnrisikos bei unverschuldeten Betriebsstörungen an der Schnittstelle zwischen dem individualrechtlichen Leistungsstörungenrecht und dem Arbeitskampfrecht.

Nach ständiger, vorheriger Rechtsprechung des BAG – zuletzt bestätigt durch das nur drei Monate vor dem ersten „Stilllegungsurteil“ ergangene Urteil vom 14.12.1993¹⁷ – entfällt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers im Arbeitskampf entweder infolge einer wirksamen Aussperrung oder infolge technischer Unmöglichkeit oder wirtschaftlicher Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung nach der sog. Arbeitskampftrisikolehre. Seit dem Urteil vom 22.03.1994 soll der Vergütungsanspruch jenseits dieser Tatbestände auch dann entfallen, wenn der Arbeitgeber seinen unmittelbar arbeitskampf betroffenen Betrieb oder Betriebsteil im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses stilllegt.

¹⁰ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹¹ BAG, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹² BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹³ BAG, AP Nr. 138 und 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 121 und 122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁴ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁵ BAG, AP Nr. 152 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁶ BAG, AP Nr. 154 und 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 131 und 132 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁷ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Dabei ist auffallend, daß der der Märzentscheidung zugrunde liegende Sachverhalt nahezu identisch mit dem Sachverhalt der Dezemberentscheidung ist: In beiden Fällen ging es um Vergütungsansprüche von gewerkschaftlich nicht organisierten Arbeitnehmern, deren Betrieb bzw. Betriebsteil im Rahmen der Tarifaueinandersetzung im Öffentlichen Dienst im Jahre 1992 bestreikt war. Die beklagten Arbeitgeber, Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs, hatten jeweils mit der Gewerkschaft vor Streikbeginn eine Notdienstvereinbarung geschlossen. Im ersten Fall hatte die Arbeitgeberin anlässlich der Unterzeichnung der Notdienstvereinbarung gegenüber der Gewerkschaft mündlich zugesichert, andere als die darin benannten Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Im zweiten Fall enthielt die Notdienstvereinbarung eine Klausel, wonach die Gewerkschaft an die Vereinbarung nicht mehr gebunden sein sollte, wenn die Arbeitgeberin über die Notdienstleistungen hinaus Arbeitnehmer in den bestreikten Bereichen arbeiten ließ.

Während der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers wegen Annahmeverzugs in der Dezemberentscheidung noch bejaht wurde, wurde er in der Märzentscheidung abgelehnt. Im ersten Fall habe der Arbeitgeber sich im Annahmeverzug befunden, da seine Vergütungs- und Beschäftigungspflicht nicht infolge der Arbeitskampsrisikolehre suspendiert gewesen sei. Diese gelte nicht nur bei Auftreten von Betriebsstörungen aufgrund der Fernwirkung in einem am unmittelbaren Kampfgeschehen nicht beteiligten Betrieb, sondern auch und *erst recht*, wenn die Betriebsstörung auf einen Arbeitskampf in demselben Betrieb zurückgehe¹⁸. Andernfalls würde dem unmittelbar kampfbetroffenen Arbeitgeber nicht nur das Risiko des Produktionsstillstandes durch den gegen ihn gerichteten Streik, sondern zusätzlich das Risiko der Fortzahlung des Arbeitsentgeltes an die nicht am Streik beteiligten Arbeitnehmer aufgebürdet, die infolge des Streiks nicht beschäftigt werden könnten. Hierdurch werde das Kräfteverhältnis der kampf führenden Parteien in gleicher Weise gestört¹⁹.

¹⁸ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1080.

¹⁹ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1080, 1080 R.

Dagegen habe der Arbeitgeber sich im zweiten Fall nicht im Annahmeverzug befunden, da die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis während des Streiks unabhängig von der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung der Klägerin infolge der Ausübung des Rechts auf Betriebsstillegung suspendiert gewesen seien. Die Arbeitskampsrisikolehre sei nicht anwendbar, wenn in dem bestreikten Betrieb oder Betriebsteil selbst arbeitswillige Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung anbieten würden. Dem bestreikten Arbeitgeber stehe es vielmehr frei, wie er auf die kampfbedingte Lage reagieren wolle. Er könne den unmittelbar kampfbetroffenen Betrieb oder Betriebsteil während des Streiks stilllegen und damit seine Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht auch gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern suspendieren²⁰. Daher sei die Notdienstvereinbarung auch kein unzulässiger Vertrag zu Lasten arbeitswilliger Außenseiter, weil diese während des Streiks keinen Anspruch auf Beschäftigung hätten, selbst wenn und soweit ihr Einsatz technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar gewesen sei²¹.

Im Gegensatz dazu betrachtete das BAG im ersten Fall die unmittelbare Aufhebung der Vergütungspflicht aus dem Arbeitsvertrag durch eine (Notdienst-)Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und der Gewerkschaft als unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter²². Eine mittelbare Aufhebung dieser Pflicht aufgrund Unzumutbarkeit der Beschäftigung im Sinne der Arbeitskampsrisikolehre wegen dieser Zusicherung bestehe auch nicht, da die Gewerkschaft zur Duldung der für die Sicherung und die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Betriebs unerlässlichen Arbeiten auch ohne eine entsprechende Vereinbarung verpflichtet sei²³; eine Vereinbarung über die Modalitäten des Notdienstes sei zwar möglicherweise geboten und sinnvoll, sei aber nicht konstitutive Voraussetzung für seine Durchführung.

²⁰ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 194 R.

²¹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195 R.

²² BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1081.

²³ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1081 R.

B. Die Konzeption der Betriebsstillegung

I. Begriff und Rechtsnatur

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung ist nach der Rechtsprechung des BAG die Befugnis des unmittelbar kampfbetroffenen Arbeitgebers, durch Erklärung auf einen nur teilweise befolgten Streikaufruf derart zu reagieren, daß er seinen Betrieb oder Betriebsteil während des Streiks im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses stilllegt und damit seine Vergütungspflicht unabhängig von der technischen Unmöglichkeit oder der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung auch gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern suspendiert²⁴.

Im Hinblick auf die Rechtsnatur der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung betont das BAG lediglich, daß diese kein Arbeitskampfmittel sei²⁵. Durch den Vergleich der Betriebsstillegung mit der Aussperrung im Urteil vom 27.06.1995 wird ebenfalls impliziert, daß die Betriebsstillegung gegenüber der Aussperrung ein aliud und damit kein Arbeitskampfmittel sein soll.

II. Voraussetzungen

1. Erklärung

Zur Ausübung des Rechts auf Betriebsstillegung fordert das BAG zunächst eine Erklärung des von einem Streik betroffenen Arbeitgebers („Stilllegungs- und Suspendierungserklärung“): Die dem Arbeitgeber eingeräumte Möglichkeit, seine arbeitsvertraglichen Pflichten der arbeitskampfrechtlichen Lage anzupassen, geschehe durch seine Erklärung, den bestreikten Betrieb oder Betriebsteil nicht aufrechterhalten zu wollen und die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Arbeitnehmer für die Dauer des Arbeitskampfes zu suspendieren²⁶. Da der Arbeitgeber somit eigene Entscheidungsfreiheit ausübt, handelt es sich dabei um eine gestaltende Willenserklärung, die wie Streik- und Aussperrungserklärung den Vorschriften des BGB über Rechtsgeschäfte und den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen un-

²⁴ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 194 R, 195.

²⁵ BAG, AP Nr. 138 (Bl. 626), Nr. 139 (Bl. 629 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁶ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195.

terliegt²⁷. Ein zusätzlicher Arbeitgeberverbandsbeschuß soll auch im Verbandsarbeitskampf nicht erforderlich sein.

a) Eindeutigkeit

In seinen Urteilen vom 27.06.1995 und 11.07.1995 präzisiert das BAG die inhaltlichen Anforderungen an die Stilllegungserklärung, die mangels gesetzlicher Vorgaben formfrei und damit auch konkludent abgegeben werden könne, aber eindeutig sein müsse: Der Arbeitgeber brauche seine Einschätzung der Lage nicht nachträglich zu begründen und zu rechtfertigen²⁸. Komme er zu dem Ergebnis, daß eine Beschäftigung nicht möglich oder unzumutbar sei und verzichte er deshalb auf die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer in eindeutiger Form, so sei dies als schlüssige Stilllegungserklärung zu werten²⁹.

Dies ist jedoch problematisch für den Fall, daß der Arbeitgeber seinen Betrieb während eines längeren Arbeitskampfes zunächst stilllegt, später aber wieder so weit wie möglich aufnimmt³⁰: Da die Wirksamkeit der Suspendierung hinsichtlich einzelner Arbeitnehmer entfallen könne, wenn der Arbeitgeber diese dann doch während des Arbeitskampfes zu Arbeitsleistungen heranzieht³¹, kann das Verhalten des Arbeitgebers dahingehend ausgelegt werden, daß er den Betrieb von Anfang an weiterführen wollte, wenn er keine ausdrückliche Stilllegungserklärung abgegeben hat. Die lediglich schlüssige Stilllegungserklärung wird so für den Arbeitgeber mit dem Risiko belastet, daß die Suspendierungswirkung rückwirkend entfällt. Die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers, den Betrieb fortzuführen oder sich dem Streik zu beugen wird dann praktisch eingeschränkt. Denn wenn er nicht hinreichend deutlich mache, ob er sich dem Streik beugen oder den Betrieb weiterführen wolle, so sei letzteres anzunehmen³². Das gelte auch, wenn der Betrieb zwar zum Erliegen komme, der Arbeitgeber aber den Eindruck erwecke, er wolle die

²⁷ Löwisch, FS Gitter, 533, 535; Löwisch/Krauß, AR-Blattei SD, 170.3.1 Rn. 7.

²⁸ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 625.

²⁹ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 623.

³⁰ vgl. Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 14.

³¹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195.

³² BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 626.

Arbeitnehmer so bald und so weit wie möglich zur Arbeit heranziehen, da sich die Arbeitnehmer in diesem Fall zur Verfügung halten müßten, solange sie sich nicht dem Streik anschließen, was einer Erklärung von ihrer Seite bedürfte³³. Deshalb dürfe der Arbeitgeber keine Unklarheit über seine Reaktion auf den Streik und damit über den aktuellen Stand der beiderseitigen Rechte und Pflichten entstehen lassen.

Eine solche Unklarheit hat das BAG etwa darin gesehen, daß der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmern zuvor die Weiterbeschäftigung zugesichert hat³⁴. Insoweit soll aber die bloße Absichtserklärung, daß Arbeitswillige so lange wie möglich beschäftigt würden, nicht ausreichen. Auch die Anweisung des Arbeitgebers an Arbeitswillige, sich in bereitstehende Listen einzutragen, enthalte keine konkludente Zusicherung der Weiterbeschäftigung. Anders könnte eine Ankündigung nur dann zu beurteilen sein, wenn sie die Voraussetzungen festlege, unter denen unabhängig von dem Verlauf eines Arbeitskampfes die Weiterbeschäftigung zugesichert werde.

Mangels Eindeutigkeit der Erklärung hat das BAG auch schon die Umdeutung einer Aussperrung in eine Betriebsstillegung vorgenommen, weil bei der Schließung des Betriebs unklar geblieben sei, ob der Arbeitgeber auf streikbedingte Betriebsstörungen reagieren oder selbst Kampfmaßnahmen ergreifen wollte³⁵. Der umgekehrte Fall einer Umdeutung einer arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung in eine Aussperrung ist dagegen bislang nicht vorgekommen; diese Umdeutung kommt allerdings auch nur bei der Erklärung eines Aussenseiterarbeitgebers in Betracht, dessen Aussperrungserklärung unabhängig von einem entsprechenden Arbeitgeberverbandsbeschluß wäre.

b) Adressaten

Neben der Eindeutigkeit der Stillegungserklärung hat das BAG im ersten Urteil vom 11.07.1997 auch den Adressatenkreis der Stille-

³³ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 626.

³⁴ BAG, AP Nr. 138, 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 626, 630.

³⁵ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, LS.

gungserklärung definiert. Die Erklärung müsse sich an die betroffenen Arbeitnehmer richten, deren Arbeitsverhältnisse dadurch suspendiert würden, während eine Erklärung gegenüber der kampfführenden Gewerkschaft weder erforderlich noch ausreichend sei; dies ergebe sich daraus, daß es sich nicht um eine Arbeitskämpfmaßnahme handele; Adressaten seien vielmehr die Arbeitnehmer, die Klarheit darüber haben müßten, ob ihre Arbeitspflicht suspendiert sei oder nicht³⁶.

Die Erklärung gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern entspricht bereits dem allgemeinen Grundsatz, daß die rechtsgestaltend auf ein Vertragsverhältnis einwirkenden Rechte gegenüber demjenigen erklärt werden müssen, dessen Rechtskreis hierdurch unmittelbar berührt wird (vgl. § 146 BGB). Insoweit ergibt sich eine Parallele zur Streikteilnahmeerklärung eines Arbeitnehmers, die nach herrschender Meinung die beiderseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen läßt³⁷. Ebenso wie der Arbeitgeber beim Streik wissen muß, ob seine Vergütungspflicht fortbesteht, muß der betroffene Arbeitnehmer bei der Betriebsstillegung wissen, ob er zur Arbeitsleistung verpflichtet bleibt. Die Streikteilnahmeerklärung allein gegenüber dem Arbeitgeberverband würde ebensowenig ausreichen wie die Stillegungserklärung allein gegenüber der Gewerkschaft. Die Erklärung gegenüber der Gewerkschaft könnte wie bei der Ausspernung nur dann genügen, wenn diese als von den Arbeitnehmern empfangsbevollmächtigt angesehen werden kann; dies trifft aber nur für die Mitglieder der Gewerkschaft und diejenigen Nicht- und Andersorganisierten zu, die sich dem Streik angeschlossen haben³⁸.

2. Gewerkschaftlicher Streikbeschluß

Als weitere Anwendungsvoraussetzung der Betriebsstillegung fordert das BAG die Bindung an den gewerkschaftlichen Streikbeschluß: Mit

³⁶ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 625 R, 626.

³⁷ BAG, AP Nr. 56 zu § 1 FLZG; Däubler, Arbeitskämpfrecht, Rn. 131; Lieb, RdA 1991, 145, 148; Löwisch/Krauß, AR-Blattei SD, 170.3.1 Rn. 5; Richardi, ZfA 1985, 101, 111; Seiter, Streikrecht, § 3, 16, 17; a. A.: Gamillscheg, KollArbR, S. 994, der die Streikteilnahme als Rechtfertigungsgrund für die Arbeitsniederlegung betrachtet.

³⁸ Löwisch, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 41, S. 6.

der Stilllegung im Umfang des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses vollziehe der Arbeitgeber nur das, was die kampfführende Seite anstrebe³⁹. Die Befugnis des Arbeitgebers, auf die aktive Abwehr eines gegen ihn geführten Arbeitskampfes zu verzichten und sich dem Streikbeschuß zu beugen, finde ihre Grenzen in dem räumlichen und zeitlichen Rahmen der gegnerischen Kampfmaßnahme⁴⁰. Wolle der Arbeitgeber aber den Kampfrahmen erweitern, müsse er eigene Kampfmaßnahmen ergreifen⁴¹.

Dies soll ausdrücklich auch für den sog. Wellenstreik gelten, da die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung nur als bloßes Erdulden der gegnerischen Kampfmaßnahme gerechtfertigt sei⁴². In Zeiten, für die nicht zum Streik aufgerufen sei, fehle es somit an einer Kampfmaßnahme der Arbeitnehmer, welcher sich der Arbeitgeber durch Nichtbeschäftigung beugen könne⁴³.

Dabei soll der Arbeitgeber die Kampfmaßnahme nicht abwarten müssen, sondern bereits auf den angekündigten Streik reagieren können⁴⁴: Der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet abzuwarten, ob und welchem Umfang sich Arbeitnehmer an dem von der Gewerkschaft beschlossenen Streik beteiligten. Dies gelte jedenfalls dann, wenn es sich um eine kurze Streikmaßnahme handele; bei einem Abwarten des Streiks könnte hier innerhalb der Streikzeit praktisch kaum noch reagiert werden. Entscheidend sei, daß der Streik beschlossen und angekündigt gewesen sei.

Obwohl das BAG teils vom *Streikbeschuß*, teils vom *Streikaufruf* spricht, ist wohl immer der Streikbeschuß gemeint. Denn der gewerkschaftliche Streikbeschuß legt im Streikbefehl an die Gewerkschaftsmitglieder regelmäßig die räumlichen, die personellen sowie die zeitlichen Grenzen fest⁴⁵. Während der Streikbefehl sich ausschließlich an die Gewerkschaftsmitglieder richtet, den diese nach der Satzung befolgen müssen, ergeht der Streikaufruf gegenüber

³⁹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195.

⁴⁰ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 622 R.

⁴¹ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 622 R.

⁴² BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 609 f..

⁴³ BAG, AP Nr. 154 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1082.

⁴⁴ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 623.

⁴⁵ Seiter, Streikrecht, S. 229.

allen streikwilligen – organisierten wie nichtorganisierten – Arbeitnehmern, z. B. in Form von Flugblättern, Mitteilungen in den Medien oder Aushängen am betrieblichen Gewerkschaftsbrett.

a) Räumlicher Anwendungsbereich

Die Bindung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung an den gewerkschaftlichen Streikbeschluß bedeutet in räumlicher Hinsicht, daß nur derjenige Betrieb oder Betriebsteil stillgelegt werden kann, dessen Arbeitnehmer vom Streikaufruf erfaßt sind, also der unmittelbar bestreikte Betrieb oder Betriebsteil. Werden die Arbeitnehmer eines Betriebsteils zum Streik aufgerufen, kann nur dieser Betriebsteil und nicht auch die nicht bestreikten Betriebsteile stillgelegt werden⁴⁶. Würden nur die Angehörigen einer bestimmten Abteilung für eine begrenzte Zeit zum Streik aufgerufen, so sei auch die damit begründete Stilllegung nur bezogen auf diese Abteilung und nur für die betreffende Zeit möglich⁴⁷.

Dies bedeutet, daß eine Ausdehnung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung auf andere Betriebe des Unternehmens oder andere Betriebsteile nicht möglich ist, weil es insoweit an einem gewerkschaftlichen Streikbeschluß fehlt. Bei einem Aufruf zum Vollstreik, den nur ein Teil der Arbeitnehmer befolgt, führt es dazu, daß der Arbeitgeber den Betrieb nur vollständig und nicht nur teilweise einstellen kann, wenn er sich für die Betriebsstilllegung als Reaktion auf den Streik entscheidet.

b) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung ist mit dem räumlichen Anwendungsbereich insoweit identisch, als nur diejenigen Arbeitnehmer von der Betriebsstilllegung betroffen sind, die in den zu bestreikenden Betrieben oder Betriebsteilen beschäftigt sind⁴⁸.

⁴⁶ vgl. BAG, AP Nr. 138, 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴⁷ BAG, AP Nr. 147 (Bl. 609, 609 R) und Nr. 152 (Bl. 1822) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴⁸ so auch Kornbichler, Stilllegung, S. 12.

Darüber hinaus bestimmt der persönliche Anwendungsbereich, daß nur diejenigen Arbeitnehmer von der Betriebsstillegung betroffen werden können, die sich am Streik beteiligen dürfen. Tatsächlich nicht vom Streikaufruf betroffene Arbeitnehmer – z. B. Beamte – müssen dagegen weiterbeschäftigt werden. Wollte sich der Arbeitgeber einem Streik beugen, indem er den Betrieb einstellt, so könne er dies unter Ausschluß des Arbeitskampfes, also ohne gerichtliche Nachprüfung, nur innerhalb des Rahmens tun, den der gewerkschaftliche Streikbeschluß vorgebe⁴⁹.

Da ein Beamteneinsatz auf Arbeitsplätzen streikender Arbeitnehmer aufgrund der Doppelrolle des öffentlichen Arbeitgebers als Hoheitsträger und Tarifgegner jedenfalls dann zulässig ist, wenn dafür eine gesetzliche bzw. eine vertragliche Grundlage in Form einer Notdienstvereinbarung existiert⁵⁰, hat dies zur Folge, daß im öffentlichen Dienst mit Hilfe der Beamten wenigstens teilweise weitergearbeitet werden kann. Dies läßt eine *Betriebsstillegung* im Sinne des Wortes anachronistisch erscheinen⁵¹.

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

In zeitlicher Hinsicht kann der Betrieb oder Betriebsteil nur für die Dauer des Streiks stillgelegt werden: Habe die kampfführende Gewerkschaft nur zu einem Kurzstreik aufgerufen, ergebe sich daraus, daß der Arbeitgeber auch nur für dessen Dauer die Stilllegung seines Betriebes als bloßes Erdulden einer gegnerischen Kampfmaßnahme rechtfertigen könne⁵².

Allerdings macht diese zeitliche Begrenzung den Umfang der Betriebsstillegung fraglich, wenn die einmal angekündigte Kampfmaßnahme nachträglich geändert wird, oder wenn die Gewerkschaft dem Arbeitgeber den genauen Umfang des Streiks aus kampftaktischen Gründen nicht mitteilt.

⁴⁹ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 626 R.

⁵⁰ vgl. BVerfG, EzA Nr. 107 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵¹ Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 13.

⁵² BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 622 R.

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte der Kampfbeschuß der Gewerkschaft in diesen Fällen nach dem Empfängerhorizont ausgelegt und das Risiko des Mißverstehens der Gewerkschaft auferlegt werden⁵³. Enthält der Kampfbeschuß der Gewerkschaft also keine zeitlichen oder räumlichen Beschränkungen, sollte der Arbeitgeber dies nach dem objektiven Erklärungswert als Aufruf zu einem unbeschränkten Streik verstehen und dementsprechend mit einer unbeschränkten Betriebsstilllegung reagieren. Denn die Gewerkschaft hat keinen Anspruch darauf, den Arbeitgeber über die Vorenthaltung der Arbeitskraft hinaus mit dem Überraschungseffekt unter Druck setzen zu können. Demzufolge ist sowohl für den Beginn eines Streiks als auch für die Beendigung eine Ankündigung in Form einer eindeutigen rechtsgestaltenden Willenserklärung erforderlich⁵⁴. Dem Arbeitgeber wäre sonst jegliche arbeitsorganisatorische Planung und damit der Gebrauch seiner arbeitskampfrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten unmöglich, zumal eine sofortige Anpassung der Stilllegungsentscheidung an das geänderte Streikausmaß unpraktikabel ist⁵⁵.

3. Rechtmäßige und rechtswidrige Kampfmaßnahmen

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ist nach Auffassung des BAG eine Reaktionsmöglichkeit auf einen Streik, die auch dann anwendbar sein soll, wenn der Arbeitgeber an der Weiterführung des Betriebs durch Blockaden der Zugänge des bestreikten Betriebs durch Streikposten gehindert wird⁵⁶: Es mache keinen Unterschied, ob die Arbeitskampfmaßnahme, der sich der Arbeitgeber beuge, rechtmäßig oder rechtswidrig sei. Auch bei einer rechtswidrigen Kampfmaßnahme müsse der Arbeitgeber frei in der Entscheidung darüber sein, wie er unter Berücksichtigung der gesamten Streiksituation reagieren wolle. Er könne nicht zu einem Vorgehen verpflichtet sein, das den Arbeitskampf noch verschärfe und unter Umständen die Einigung mit der Gewerkschaft erschwere. Der Ar-

⁵³ Rieble, SAE 1997, 285, 290; ders., SAE 1996, 224, 232.

⁵⁴ BAG, AP Nr. 146 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 606.

⁵⁵ Löwisch, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 41, S. 5 f..

⁵⁶ BAG, AP Nr. 138 (Bl. 626 R), 139 (Bl. 630 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

beitgeber müsse sich zwar im Interesse der Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer gegen rechtswidrige Kampfmaßnahmen, etwa durch gerichtliche oder sonstige Maßnahmen, zur Wehr setzen; dies sei letztlich aber eine Frage der Zumutbarkeit, bei der der Arbeitgeber die mit einem solchen Vorgehen verbundene Verschärfung der Arbeitskampsituation berücksichtigen dürfe⁵⁷.

Für die Anwendbarkeit der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung gegenüber einem insgesamt rechtswidrigen Streik, etwa einem nichtgewerkschaftlichen, sog. wilden Streik spricht außerdem, daß die Abwehrmöglichkeiten auf einen unzulässigen Streik generell weiter reichen als auf einen zulässigen Streik⁵⁸. Im Fall eines Streiks, dessen Rechtswidrigkeit für die streikenden Arbeitnehmer erkennbar ist, kann der Arbeitgeber wegen des Arbeitsausfalls sogar Schadenersatz wegen Nichtleistung, Pflichtverletzung und unerlaubter Handlung nach den allgemeinen Vorschriften verlangen⁵⁹. Dies entspricht auch der übrigen Rechtsprechung des BAG zur Abwehr rechtswidriger Kampfmaßnahmen, wonach unzulässigen Kampfmaßnahmen nicht nur mit individualrechtlichen Mitteln wie der außerordentlichen Kündigung und prozessualen Rechtsbehelfen wie dem Unterlassungsanspruch und der einstweiligen Verfügung, sondern auch mit Kampfmaßnahmen der Gegenseite begegnet werden kann, da der Arbeitgeber bei einem rechtswidrigen Arbeitskampf nicht schlechter stehen dürfe als bei einem rechtmäßigen Arbeitskampf⁶⁰. Es entspreche der Verteidigungsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG, daß einem kollektiven Angriff eine kollektive Abwehr entgegengesetzt werden könne, zumal prozessuale Rechtsbehelfe unter Umständen zu spät kämen, ihrerseits zu falschen Ergebnissen führen könnten sowie mit einem Haftungsrisiko verbunden seien (§ 945 ZPO), und weil die individualrechtliche Reaktion der Kündigung von Arbeitnehmern jedenfalls bei befristeten Streiks nicht ohne weiteres greife⁶¹. Dabei soll sich die Verteidigungsgarantie auch auf nicht angreifende Arbeit-

⁵⁷ BAG, AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 630 R.

⁵⁸ vgl. BAG, AP Nr. 140 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 920 R.

⁵⁹ vgl. Gamillscheg, KollArbR, S. 1208.

⁶⁰ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 313.

⁶¹ BAG, AP Nr. 78 zu § 626 BGB.

nehmer bzw. Arbeitgeber erstrecken, weil sonst der unzulässige Arbeitskampf gegenüber dem zulässigen privilegiert sei⁶². Dagegen liegt nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht insoweit bereits kein Regelungsstreit, sondern ein Rechtsstreit vor, der nicht umkämpft werden darf, sondern mit gerichtlichen Mitteln gelöst werden muß⁶³.

Unabhängig davon, ob man von einem Regelungs- oder einem Rechtsstreit ausgeht, ließe sich die Anwendbarkeit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung gegenüber rechtswidrigen Kampfmaßnahmen – vorbehaltlich ihrer generellen Zulässigkeit – aber immerhin unter dem Gesichtspunkt der positiven Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers bejahen⁶⁴.

4. Andere Kampfmaßnahmen

Ob die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung auch gegenüber anderen Arbeitskampfmaßnahmen als dem Streik anwendbar ist, etwa gegenüber Blockaden⁶⁵, Boykottaufrufen⁶⁶ und Massenänderungskündigungen⁶⁷, läßt das BAG offen.

Aufgrund ihres räumlichen Anwendungsbereichs scheidet eine Anwendbarkeit der Betriebsstilllegung jedenfalls bei überbetrieblichen Arbeitskampfmaßnahmen wie dem Boykottaufruf aus. Der Boykottaufruf ist die Aufforderung der Arbeitnehmerseite an dritte Personen, mit dem Arbeitskampfgegner keine Verträge zu schließen oder geschlossene Verträge nicht einzuhalten oder ihre Erfüllung tatsächlich zu verhindern⁶⁸. Er richtet sich regelmäßig nicht gegen bestimmte Betriebe, sondern gegen das Unternehmen als solches und somit gegen alle Betriebe des boykottierten Arbeitgebers. Folglich würde der Arbeitgeber mittels arbeitskampfbedingter Betriebsstilllegung weit mehr Arbeitsverhältnisse suspendieren, als dies gegenwärtig bei der

⁶² BAG, AP Nr. 6 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 776.

⁶³ Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 341; Däubler-Colneric, Arbeitskampfrecht, Rn. 1179 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 372 ff.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 424.

⁶⁴ Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 17.

⁶⁵ BAG, AP Nr. 108, 109 und 111 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶⁶ BAG, EzA Nr. 7 zu § 1 TVG.

⁶⁷ KassArbR-Kalb, S. 1798 Rn. 30 f.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 409.

⁶⁸ Gamillscheg, KollArbR, S. 916.

Aussperrung aufgrund der sog. Aussperrungsquoten möglich ist⁶⁹. Durch die faktische Erweiterung des Kampfrahmens wäre die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung in ihrer ihr zugedachten Bedeutung als Duldungsmaßnahme auch hier anachronistisch.

Gegenüber sonstigen Arbeitskampfmaßnahmen dürfte es aber keinen Unterschied machen, ob der Betriebsablauf im Gefolge eines Streiks durch Betriebsblockaden gestört wird, oder ob die jeweils andere Arbeitskampfmaßnahme den Streik ersetzt⁷⁰.

5. Beteiligung des Betriebsrats

Unklar ist nach der Rechtsprechung des BAG auch, ob die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung eine Beteiligung des Betriebsrats erfordert. Bei der Ausübung des Rechts auf Betriebsstilllegung kommt eine Beteiligung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG in Betracht. Im stillgelegten Betrieb bzw. Betriebsteil führt die Stilllegung zu einer vorübergehenden Verkürzung der betrieblichen Arbeitszeit auf Null. Im nicht stillgelegten Betrieb führt die (Teil-)Stilllegung je nach Einzelfall entweder ebenfalls zu einem temporären Arbeitsausfall oder aber zur Einführung von Kurzarbeit oder Überstunden.

Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang infolge eines Arbeitskampfes die Beteiligungsrechte des Betriebsrats hinsichtlich arbeitskampfbedingter Maßnahmen eingeschränkt sind, ist umstritten⁷¹. Teilweise wird eine Einschränkung der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungsrechte im Arbeitskampf grundsätzlich abgelehnt⁷². Demgegenüber ist eine solche Einschränkung nach überwiegender Meinung in Rechtsprechung und Literatur aufgrund einer arbeitskampfkongruenten Reduktion der Beteiligungsrechte geboten, um insbesondere die Arbeitskämpfparität der

⁶⁹ Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 19; zu den Aussperrungsquoten s. u. 3. Teil, 1. Kapitel A II 3 c) ee).

⁷⁰ vgl. Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 19.

⁷¹ vgl. Darstellung bei GK-Kreutz, BetrVG, § 74 Rn. 62 ff..

⁷² Däubler-Colneric, Arbeitskämpfrecht, Rn. 674; DKK-Berg, BetrVG, § 74 Rn. 20; GK-Kreutz, § 74 Rn. 64 m. w. N..

Tarifvertragsparteien zu gewährleisten⁷³. Teilweise wird die Ausübungsschranke für Beteiligungsrechte des Betriebsrats im Arbeitskampf auch aus der Neutralitätspflicht des Betriebsrats aus § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG hergeleitet, in dem die Auswirkungen des Betriebsverfassungsrechts auf das Arbeitskampfrecht geregelt seien, und der einer vorrangigen Anknüpfung an Arbeitskampfprinzipien entgegenstehe⁷⁴. Das BAG erkennt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats jedenfalls im Hinblick auf die Regelung der *Modalitäten* einer arbeitskampfbedingten Kurzarbeit an⁷⁵.

Klassifiziert man die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung als klassisches Arbeitskampfmittel, wären die Beteiligungsrechte des Betriebsrats – unabhängig vom dogmatischen Begründungsansatz – auf jeden Fall einzuschränken, da sich die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats in den Fällen des § 87 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BetrVG als arbeitskampfrelevante Maßnahme gegenüber dem Arbeitgeber darstellen würde, die einen über den von Beteiligungsrechten allgemein ausgehenden Druck ausübt und das Kampfziel der kampfführenden Gewerkschaft gegen den Arbeitgeber oder seinen Verband unterstützt.

Klassifiziert man die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung dagegen als bloße Duldungsmaßnahme, steht nicht eindeutig fest, daß die Arbeitszeitveränderung infolge der Betriebsstilllegung nicht mitbestimmungspflichtig ist. Entsprechend der Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfrisiko, könnte der Arbeitgeber den Betriebsrat in diesem Fall zu beteiligen haben, sobald eine Betriebsstörung mit ausreichender Sicherheit vorhersehbar ist. Die Regelungsmaxime besteht dort darin, das Arbeitskampfrisiko durch Arbeitsstreckung oder Umsetzung von Arbeitnehmern innerhalb der Belegschaft nach den Kriterien der betrieblichen Zweckmäßigkeit und sozialen Angemessenheit möglichst gleichmäßig und sozial zu verteilen⁷⁶: Dabei

⁷³ BAG, AP Nr. 57 (Bl. 274), 58 (Bl. 277), 59 (Bl. 284, 284 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit. gem. Anm. Konzen, Bl. 802, 803 R; BAG, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 308; BAG, AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972; Hess, BetrVG, § 74 Rn. 28; Richardi, BetrVG, § 74 Rn. 31 f. m. w. N..

⁷⁴ GK-Kreutz, BetrVG, § 74 Rn. 63 m. w. N..

⁷⁵ BAG, AP Nr. 70 (Bl. 591 R ff.), Nr. 71 (Bl. 596) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁶ BAG, EzA Nr. 7 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

dürfe der Betriebsrat seine Mitwirkung nicht von vornherein verweigern, weil er die rechtlichen Voraussetzungen der geplanten Maßnahme bestreite, sondern müsse gegebenenfalls unter dem Vorbehalt der Rechtmäßigkeit der Arbeitszeitverkürzung mitbestimmen; er dürfe das Mitbestimmungsrecht insbesondere im Fall der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Betriebsfortführung nicht mißbrauchen, indem er seine Zustimmung aus koalitionspolitischen Gründen verweigere oder eine Regelung sachwidrig verzögere. Dementsprechend könne der Betriebsrat dem Arbeitgeber eine Betriebseinschränkung in der Regel auch nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung untersagen lassen, da die Betriebseinschränkung als unternehmerische Ermessensentscheidung mitbestimmungsfrei sei⁷⁷. Eine Ausnahme komme nur in Betracht, wenn der Arbeitgeber die Arbeitskampfrikogrundsätze nur benutze, um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu umgehen, wenn also eine Betriebsstörung offensichtlich noch nicht eingetreten sei⁷⁸.

Da das BAG sich insoweit bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung nicht geäußert hat und sie auch nicht dogmatisch eingeordnet hat, ist anzunehmen, daß ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats vor der Ausübung der Betriebsstilllegung nicht bestehen soll. Zieht man die Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfisiko heran, liegt die mögliche Begründung darin, daß das Mitbestimmungsrecht im Hinblick auf die Neutralitätspflicht des Betriebsrats aus § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG entfalle, wenn Teile der vom Betriebsrat vertretenen Belegschaft selbst streiken oder ausgesperrt werden⁷⁹: Durch die Möglichkeit der Zustimmungsverweigerung sowohl zur Einführung als auch zu den Modalitäten der Kurzarbeit bestehe ein unmittelbares Konfrontationsverhältnis zwischen dem Betriebsrat und dem Arbeitgeber, das sich kampfbeeinträchtigend auswirke. Daher dürfe der Arbeitgeber hier und in betriebsratslosen Betrieben die Frage, wie der Arbeitsausfall auf die Arbeitnehmer zu verteilen sei,

⁷⁷ LAG Hamburg, DB 1984, 1579, 1581; Seiter, DB 1981, 578, 585.

⁷⁸ Kalb, Arbeitskampferecht, Rn. 381.

⁷⁹ vgl. BAG, AP Nr. 71 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.597 R.

unter Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes allein entscheiden⁸⁰.

III. Rechtsfolgen

Die Wirkung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung besteht nach den Worten des BAG in der „Suspendierung der beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis“ bzw. der „Suspendierung der Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht“ bzw. der „Suspendierung der Arbeitsverhältnisse“⁸¹.

Sofern das BAG vom Nichtbestehen der *Beschäftigungspflicht* auf die „Suspendierung der Arbeitsverhältnisse“ schließt, geht es allerdings von unzutreffenden Vorstellungen über das Verhältnis von Beschäftigungspflicht und Vergütungspflicht und Arbeitsleistungspflicht aus⁸². Denn die Befreiung von der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers führt weder automatisch zum Ruhen der Arbeitsleistungspflicht noch der Vergütungspflicht, da sie als bloße Nebenpflicht am vertraglichen Synallagma nicht teilnimmt⁸³. Grundsätzlich stellt die Beschäftigung durch den Arbeitgeber keine Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers dar. Die aus der Förderungspflicht des Arbeitgebers gemäß § 242 BGB abzuleitende Beschäftigungspflicht ist vielmehr – vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung – eine Nebenpflicht des Arbeitgebers, die „nur“ dem Interesse des Arbeitnehmers an der Entfaltung seiner Persönlichkeit im Arbeitsleben durch die vertragsgemäße Arbeitsleistung dient⁸⁴. Auch der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers besteht im Rahmen des § 615 BGB unabhängig vom Beschäftigungsanspruch⁸⁵. Zwar kommt der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn er berechtigt ist, die Arbeitsleistung abzulehnen. Hierfür genügt es jedoch nicht, daß den Arbeitgeber keine Beschäftigungspflicht trifft, da die Voraussetzun-

⁸⁰ Löwisch/Bittner, AR-Blattei SD, 170.3.2 Rn. 85.

⁸¹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 194 R f..

⁸² Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 18 ff..

⁸³ Erman-Hanau, § 611 Rn. 353; MünchArbR-Blomeyer, § 95 Rn.12; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 186.

⁸⁴ BAG, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, Bl. 106, 107; so auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 47.

⁸⁵ Erman-Hanau, § 611 Rn. 355; MünchArbR-Blomeyer, § 95 Rn.22.

gen für ihr Entfallen nicht denen des Ablehnungsrechts im Rahmen des § 615 BGB entsprechen⁸⁶. Während die Beschäftigungspflicht entfällt, wenn die schutzwerten Arbeitgeberinteressen an der Nichtbeschäftigung das ideelle Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegen⁸⁷, setzt das Ablehnungsrecht voraus, daß die Interessen auf der Seite des Arbeitgebers Vorrang vor den Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Vergütungsanspruchs haben⁸⁸. Die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten kann daher nicht mit dem Entfallen der Beschäftigungspflicht begründet werden.

Entsprechend der Rechtsfolgen beim Streik und bei der Aussperrung kommt insoweit nur die Suspendierung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis, nicht dagegen auch der Nebenpflichten in Betracht⁸⁹. Dies bedeutet zunächst, daß die Vergütungspflicht des Arbeitgebers und die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers entsprechend dem im Arbeitsrecht geltenden Grundsatz „ohne Arbeit, kein Lohn“ (§§ 275, 323 Abs. 1 BGB) entfallen. Darüber hinaus entfallen auch die Ansprüche auf Entgeltersatzleistungen, wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EFZG, Ansprüche auf Zuschuß zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 MuSchG und auf Entgeltfortzahlung an Feiertagen nach § 2 Abs. 1 EFZG.

Da es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung um ein Gestaltungsrecht handelt, beginnt die Suspendierung der Arbeitsverhältnisse mit der Stillegungserklärung des Arbeitgebers⁹⁰. Die suspendierende Wirkung der Betriebsstillegung endet – abgesehen von der „automatischen“ Beendigung in den zeitlichen Grenzen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses – durch einseitige, mindestens konkludente Willenserklärung, etwa durch die spätere Heranziehung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung⁹¹.

⁸⁶ Staudinger-Richardi, § 615 BGB Rn.87.

⁸⁷ BAG, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht, Bl. 111.

⁸⁸ BAG, AP Nr. 42 zu § 615 BGB.

⁸⁹ vgl. zu Streik und Aussperrung, KassArbR-Kalb, S. 1863 ff. Rn. 268 ff., 297 ff.; zuletzt BAG, AP Nr. 156 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁹⁰ s. o. 1. Teil, 1. Kapitel B II 1.

⁹¹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195.

Unklar bleibt dagegen, ob die Suspendierungswirkung der Betriebsstilllegung mit der Ersatzbeschaffung der ausgefallenen Arbeiten kombinierbar ist, etwa durch die Einstellung von Ersatzarbeitnehmern oder durch die Fremdvergabe der Arbeit. Nach der bisherigen „Stillegungsrechtsprechung“ wäre es konsequent, nur die Kombination des Rechts auf Betriebsstilllegung mit der Fremdvergabe der Arbeit zuzulassen, da die Fremdvergabe von bislang betriebsintern verrichteten Arbeiten ein reiner Gütermarktvorgang ist und sich damit jeder Steuerungsbefugnis des Arbeitsrechts einschließlich des Arbeitskampfrechts entzieht⁹². Demgegenüber ist die Einstellung neuer Arbeitnehmer zur Aufrechterhaltung des Betriebs naturgemäß ein Widerspruch zur Betriebsstilllegung, da der Streikbeschluss der Gewerkschaft, auf den sich die Betriebsstilllegung bezieht, alle Arbeitnehmer des umkämpften Tarifgebiets unabhängig von der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit erfaßt.

2. Kapitel: Stellungnahmen der Literatur

A. Zustimmungende Literatur

Die Anzahl der Befürworter der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung in der Literatur ist vergleichsweise gering⁹³.

*Buschmann*⁹⁴ hält die Rechtsprechungsänderung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht für gelungen: Es ehre ein Gericht, wenn es einen Kurswechsel nicht kaschiere, sondern offen darlege und zugleich die Schwächen der aufgegebenen Rechtsprechung aufzeige. Schon die Grundsätze des Arbeitskampfrisikos in nicht bestreikten Betrieben seien angesichts des § 615 BGB alles andere als gesichert. Die dogmatische Abstützung der Betriebsstilllegung auf den kollektiven Charakter des Streikgeschehens sei zutreffend, da sie dem Verständnis des Arbeitskampfes in der Rechtsprechung seit 1955, das die Streiklegitimität an den kollektiven Streikaufruf und

⁹² Rieble, SAE 1997, 285, 290.

⁹³ Bepler, AuA 1998, 228 ff.; Buschmann, AuR 1995, 39 f.; Gamillscheg, KollArbR, S. 1030 f.; ders., BB 1996, 212 ff.; Kirchner, WiB 1995, 209 f.; Reichold, JuS 1996, 1049 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 106; Unterhinninghofen, AiB 1996, 366 f.; Zachert, AiB 1996, 313 ff..

⁹⁴ Buschmann, AuR 1995, 39 f..

tariflich regelbare Ziele anbinde, entspreche. Wenn die Arbeitnehmer kollektiv von einem Grundrecht Gebrauch machten, bestimmten sich auch die Rechtsfolgen kollektiv, d. h. im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikaufrufs. Der Suspensiveffekt trete sodann durch die Streikteilnahme des Arbeitnehmers oder die entsprechende Stilllegung durch den Arbeitgeber ein. Dem stehe auch die *sogenannte* negative Koalitionsfreiheit nicht entgegen. Zunächst sei nach wie vor umstritten, *ob es eine solche überhaupt gebe* bzw. ob sie der ausdrücklich geschützten positiven Koalitionsfreiheit entgegengesetzt werden könne. Jedenfalls könne auch eine negative Koalitionsfreiheit den kollektiven Charakter des Arbeitskampfes nicht aufheben. Zum anderen gehe es hierum bei der Durchsetzung von Notdienstvereinbarungen gerade nicht, da sich Organisierte wie Unorganisierte gegenüber dem Arbeitgeber in exakt derselben Rechtssituation befänden. Unorganisierte würden nicht diskriminiert, denn das BAG hätte mit derselben Begründung auch die Klage eines Gewerkschaftsmitglieds abgewiesen.

*Gamillscheg*⁹⁵ hält die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung für gerechtfertigt, um den Arbeitgeber nicht den *Beweisschwierigkeiten über die Unzumutbarkeit* der Annahme der angebotenen Arbeitsleistung bei „Schachbrett- und Wechselstreiks“ auszusetzen. Der Sache nach sei sie eine Aussperrung, wenn auch das Wort vermieden werde. Die strengen Voraussetzungen der Aussperrung insbesondere hinsichtlich des Aussperrungsbeschlusses und der Trägerschaft des Arbeitgeberverbandes bräuchten hier nicht vorzuliegen, *weil sie nicht Teil der Strategie der Arbeitgeberseite seien*. Sobald sich die Arbeitgeberverbände aber auf die neue Rechtsprechung einstellen und ihren Mitgliedern vorsorglich grünes Licht geben würden, möge das Ganze auch wieder Aussperrung heißen. Der Umstand, daß vor allem Außenseiter –die „Mimosen des Arbeitsrechts“⁹⁶ – betroffen seien, sei unerheblich, *da auch Gewerkschaftsmitglieder frei über ihre Streikteilnahme entscheiden könnten*, und arbeitswillige Ge-

⁹⁵ Gamillscheg, BB 1996, 212, 213, der sich im übrigen mit seiner emotionalen Gegenkritik zur Kritik von *Lieb* (SAE 1995, 257 ff.) selbst als „Mimose des Arbeitsrechts“ darstellt.

⁹⁶ Gamillscheg, Gewerkschaftszugehörigkeit, S. 61.

werkschaftsmitglieder die gleichen Rechte wie Außenseiter hätten. Eine selektive Suspendierung liege darin nicht, da der Arbeitgeber im Kampfgetümmel in der Regel nicht wisse, wer in der Gewerkschaft sei („Sind Sie Mitglied? Dann betrachten Sie sich als ausgesperrt.“). *Kirchner*⁹⁷ hält die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung für ein neues, gegenüber der Aussperrung effektiveres Arbeitskampfmittel des Arbeitgebers, das seine Ursache darin haben möge, daß auch auf der Gegenseite letztlich der einzelne Arbeitnehmer erst durch einen individuellen Willensakt über seine Beteiligung am Streik entscheide.

B. Kritische Literatur

Die weitaus überwiegende Literatur lehnt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung aus formellen und materiellen Gründen ab⁹⁸.

I. Rechtsnatur

Bereits die Frage nach der Rechtsnatur der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung wird abweichend von der Rechtsprechung beantwortet: Teilweise wird sie als Fortbildung der Arbeitskampftrisikolehre eingestuft⁹⁹, obwohl eine solche Suspendierungsbefugnis bei fort-dauernder Beschäftigungsmöglichkeit dem geltenden Individualarbeitsrecht fremd ist¹⁰⁰. Wegen des Aussperrungseffekts gegenüber den nichtstreikenden Arbeitnehmern und der vom Willen des Arbeitgebers abhängigen Reaktionsmöglichkeit wird überwiegend ein Arbeitskampfmittel im weitesten Sinne angenommen¹⁰¹, sei es als

⁹⁷ Kirchner, WiB 1995, 209 f..

⁹⁸ Ackmann, EWiR 95, 33 f.; Bauer/Haußmann, DB 1996, 881 ff.; Fischer/Rüthers, Anm. zu EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Hergenröder, Gem. Anm. zu EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Konzen, Gem. Anm. zu AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ders., FS Prugberger, S. 155 ff.; Kornbichler, Stilllegung, S. 363; Lieb, SAE 1995, 257 ff.; ders., SAE 1996, 182 ff.; Löwisch, FS Gitter, S. 533 ff.; Rieble, SAE 1996, 227 ff.; ders., SAE 1997, 285 ff.; Streckel, Anm. zu EzA Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Schulte Westenberg, NJW 1996, 1256 f.; Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 294 ff.; Thüsing, Anm. zu EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ders., Außenseiter, S. 126 ff.; Treber, Anm. zu EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG.

⁹⁹ Gussone, AuR 1995, 377, 378; Hanau, NZA 1996, 841, 846.

¹⁰⁰ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 419 Rn. 115.

¹⁰¹ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 31; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 226; Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 419 Rn. 115; Konzen, FS Prugberger, 155, 161; Lieb, SAE 1996, 182, 185; a. A.: Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 22.

konkludente Aussperrung mit konkludenter Zustimmung des Arbeitgeberverbandes¹⁰², unbenannte Aussperrung¹⁰³, Sonderform der Aussperrung¹⁰⁴ oder „lauwarme Aussperrung“¹⁰⁵, sei es als eigenständiges Arbeitskämpfungsmittel¹⁰⁶ oder als „Zwitter“ zwischen echtem Arbeitskämpfungsmittel und Leistungsstörungstatbestand¹⁰⁷.

II. Rechtsgrundlage

Ein Hauptkritikpunkt betrifft die Begründung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung durch die Rechtsprechung, der eine Rechtsgrundlage aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu entnehmen sei. Die Begründung des BAG lautet im wesentlichen wie folgt:

Das Arbeitskämpfungrecht kenne *keine Pflicht zur aktiven Abwehr von Arbeitskämpfmaßnahmen*, so daß der Arbeitgeber nicht gehindert sei, sich den gegen ihn gerichteten Streikmaßnahmen zu beugen und den bestreikten Betrieb oder Betriebsteil stillzulegen¹⁰⁸. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur teilweisen Aufrechterhaltung des bestreikten Betriebs oder Betriebsteils im Rahmen des Zumutbaren und Möglichen folge auch nicht aus der den arbeitswilligen Arbeitnehmern gegenüber bestehenden arbeitsvertraglichen Beschäftigungspflicht¹⁰⁹. Angesichts der im Laufe des Arbeitskampfes jederzeit *möglichen Streikteilnahmeerklärung* der arbeitswilligen Arbeitnehmer müsse der Arbeitgeber seinerseits die Möglichkeit haben, seine arbeitsvertraglichen Pflichten der arbeitskampfrechtlichen Lage anzupassen¹¹⁰. Dies entspreche dem *„kollektiven Charakter des Streikgeschehens“*¹¹¹. Die Belastung der Außenseiter mit den Streikfolgen – wie sie in gleicher Weise auch bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen und bei Aussperrungen entstünden – werde schließ-

¹⁰² vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 226.

¹⁰³ Gamillscheg, BB 1996, 212, 213; ders., KollArbR, S. 916.

¹⁰⁴ KassArbR-Kalb, S. 1851 Rn. 220; Lieb, SAE 1995, 257, 260; Mayer, AiB 1995, 135 f.; Thüsing, Außenseiter, S. 129.

¹⁰⁵ Birk, FS Wiedemann, 199, 208; Kalb, FS Stahlhacke, 213, 223.

¹⁰⁶ vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 226; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG, Bl. 193; Peifer, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, S. 749.

¹⁰⁷ Rieble, SAE 1996, 227, 236.

¹⁰⁸ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, Bl. 195.

¹⁰⁹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, Bl. 195.

¹¹⁰ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, Bl. 195.

¹¹¹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, Bl. 195 R.

lich *durch die Vorteile* aufgewogen, die sich mittelbar auch für sie durch eine effiziente Tarifpraxis und die Erfolge der gewerkschaftlichen Tarifpolitik (Tarifabschluß) ergäben, so daß keine unzulässige Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit vorliege¹¹².

Diesen Argumenten wird ein gravierendes Begründungsdefizit attestiert: Das „kollektive Streikgeschehen“ könne keine normative Wertung ersetzen¹¹³. Und die Anpassung an die arbeitskampfrechtliche Lage bei der kampferweiternden Aussperrung sowie die Einbeziehung der Außenseiter in die Aussperrung und die Arbeitskampsrisikolehre beruhten gerade darauf, daß die Verhandlungs- und Arbeitskampsparität diese Befugnisse typischerweise erforderlich mache¹¹⁴. Ein Recht des Arbeitgebers auf eine Betriebsstilllegung sei zur Wahrung der Parität aber weder geeignet noch erforderlich, da es das Verhandlungsgleichgewicht der Tarifparteien unberührt lasse¹¹⁵. Angesichts ihres Eingriffs in bestehende fremde Rechte müßte die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung an der Funktion des Arbeitskampfes auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG, also an der Druckausübung durch Schadenszufügung zur Herbeiführung eines Tarifabschlusses, zu messen sein¹¹⁶. Dazu sei aber die Betriebsstilllegung nicht geeignet, da sie nicht den durch den Streik auf den Arbeitgeber ausgeübten Druck mildere, sondern nur dessen Nachteile durch Ausweitung der Betriebsstörung verstärke; die durch die Betriebsstilllegung benachteiligten Arbeitswilligen seien in der Regel Außenseiter, die keinen Einfluß auf die kampfführende Gewerkschaft hätten¹¹⁷.

Angesichts der bestehenden Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers in Form der Arbeitskampsrisikolehre und der Abwehraussperrung passe sie überdies nicht ins System¹¹⁸. Auch lasse sich allein

¹¹² BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195 R.

¹¹³ Fischer/Rüthers, Anm. zu EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 16; Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 912; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 192 R.

¹¹⁴ Lieb, SAE 1995, 257, 259 f.; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 193 R.

¹¹⁵ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 913 R.

¹¹⁶ Kissel, Arbeitskampsrecht, S. 419 Rn. 115.

¹¹⁷ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 32.

¹¹⁸ Kissel, Arbeitskampsrecht, S. 420 Rn. 117.

aus der Tatsache, daß der Arbeitgeber keinen Widerstand gegen die Gewerkschaft leisten müsse, noch nicht auf ein Recht des Arbeitgebers schließen, dem Streikaufruf der Gewerkschaft nachzuhelfen und die Arbeitnehmer, die diesem Aufruf nicht gefolgt sind, von sich aus nicht zur Arbeit zuzulassen. Ein solches Recht zur Zwangssolidarisierung wäre als aktives Eingreifen in den Arbeitskampf etwas anderes als bloßes passives Unterlassen des Widerstandes¹¹⁹. Die Ausübung des Stilllegungsrechts greife daher widerrechtlich in die vertraglichen Rechte der arbeitswilligen Arbeitnehmer ein¹²⁰. Denn jede unmittelbare Rechtsgeschäftswirkung für Dritte setze grundsätzlich deren legitimierende privatautonome Unterwerfung voraus, ganz unabhängig davon, ob die Wirkung begünstigend oder wie hier belastend sei¹²¹. Insbesondere hinsichtlich der andersorganisierten Arbeitnehmer, für die ein gültiger Tarifvertrag bestehe, liege ein Eingriff in ihre individuellen Rechte vor, wenn ihre Arbeitsverhältnisse ungeachtet der an sich gegebenen Erfüllbarkeit suspendiert würden¹²².

Da die neuartige Betriebsstilllegung im Ergebnis für die betroffenen Arbeitnehmer eine Aussperrung sei, bedürfe sie zudem der Überprüfung anhand der Maßstäbe für die Zulässigkeit einer Aussperrung, sofern man sie nicht schon als mißglückte Rechtsfortbildung für unzulässig erachte¹²³. Nach *Schultheis*¹²⁴ läßt sich die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung aber weder über die für Arbeitskampfmittel geltenden herkömmlichen Rechtfertigungsansätze noch über die für die Arbeitskampfrisikolehre angeführten sonstigen Begründungsmodelle legitimieren. Daher sei die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung im Ergebnis ein unzulässiges Arbeitskampfmittel, das keine rechtliche Anerkennung erfahren könne. Auch *Kornbichler* lehnt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung als unzulässiges Arbeitskampfmittel ab, weil sie gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße, indem sie die Außenseiter disproportional bela-

¹¹⁹ Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 10.

¹²⁰ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 913 R.

¹²¹ Rieble, SAE 1996, 224, 235.

¹²² Löwisch, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 41, S. 5.

¹²³ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 421 Rn. 121.

¹²⁴ Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 291.

ste¹²⁵. Außerdem lasse sie sich nicht mit der Arbeitskampsrisikolehre harmonisieren, weil sie zu sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen der Arbeitnehmer hinsichtlich des Entgeltverlustes führe.

III. Außenseiterproblematik

Weitere Bedenken gegen die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ergeben sich für die meisten Kritiker vor allem aus der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter¹²⁶, denn faktisch handelt es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung um eine „Selektivsuspendierung“ der nichtorganisierten Arbeitnehmer. Bedenke man, daß das BAG die Selektivaussperrung der Organisierten mit Art. 9 Abs. 3 GG für unvereinbar hält, so könne man entsprechende verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine solche „Selektivsuspendierung“ hegen¹²⁷. Sowohl die nicht- als auch die andersorganisierten Arbeitnehmer seien durch die Betriebsstilllegung einem „kartellmäßigen Verhalten von Arbeitgeber und Gewerkschaft“ ausgesetzt, gegen das sie nichts ausrichten könnten und dem sie schutzlos ausgeliefert seien¹²⁸. Die Gewerkschaft müsse nicht mehr um die Kampfteilnahme ihrer Mitglieder sowie der Nicht- und Andersorganisierten werben; sie zwingt sie durch Kollektivabrede in den Arbeitskampf hinein. Das sei ein nicht erträglicher Eingriff in ihre negative bzw. positive Koalitionsfreiheit¹²⁹. Somit verstärkten die drei Entscheidungen vom 27.06.1995 und vom 11.07.1995 die mit dem Urteil vom 22.03.1994 begonnene Tendenz, arbeitswillige, insbesondere nicht organisierte Arbeitnehmer zur Solidarität mit ihren streikenden Kollegen zu zwingen¹³⁰. Nach *Konzen* hat „der Arbeitgeber

¹²⁵ Kornbichler, Stilllegung, S. 363.

¹²⁶ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 38; Hergenröder, Gem. Anm. zu EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 15 f.; Rieble, SAE 1996, 227, 234; Schulte Westenberg, NJW 1996, 1256; Streckel, Anm. zu BAG, EzA Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 13; Thüsing, DB 1995, 2607, 2608.

¹²⁷ Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 16.

¹²⁸ Löwisch, FS Gitter, 533, 539.

¹²⁹ Löwisch, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 42, S. 6.

¹³⁰ Löwisch, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 41, S. 8.

nichts gewonnen, die arbeitswilligen Arbeitnehmer werden sinnlos belastet“¹³¹.

IV. Unzulässige Rechtsfortbildung

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung hat in der Literatur schließlich auch deshalb Ablehnung erfahren, weil das BAG für den Verlust des Arbeitsentgelts aufgrund der suspendierenden Wirkung bisher eine ausreichende, überzeugende Begründung schuldig geblieben ist. Insbesondere findet sich keine Rückbindung an Art. 9 Abs. 3 GG, sondern lediglich an das „kollektive Erscheinungsbild des Streiks“. Das „kollektive Streikgeschehen“ könne aber keine normative Wirkung ersetzen.¹³²

Hier geht es vor allem um die Methodik richterlicher Rechtsfortbildung. *Konzen* sieht in der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung nicht nur eine „rechtspolitisch motivierte Außenseiterbelastung zur effizienten Durchsetzung eines gewerkschaftlichen Streikbeschlusses und zudem eine Rettung der Flankierungen der Notdienstvereinbarungen des öffentlichen Dienstes“, sondern auch einen „ersten Ansatz zur Umformung der Arbeitgeberbefugnisse im Arbeitskampf“¹³³. Dabei dürften gerade die Außenseiter erwarten, „daß ihren Rechtspositionen bei der Entscheidungsfindung angemessen Rechnung getragen wird und ihre Rechte aus kollektivrechtlichen Erwägungen nur dort eingeschränkt werden, wo das kollektive Arbeitsrecht dies erfordert“¹³⁴. *Lieb* sieht darin eine „problematische Finalität in Bezug auf erwünschte Ergebnisse“: „Die vom Senat zugelassene „Aussperrung“ richtet sich aber gar nicht gegen den Kampfgegner; sie richtet sich vielmehr gegen die arbeitswilligen Außenseiter und – die Absurdität dieser Formulierung wird dadurch noch deutlicher – „vollzieht nur das, was die kampfführende Arbeitnehmerseite anstrebte“ (!!), dient also den – von diesen selbst nicht

¹³¹ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 918.

¹³² Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 912.

¹³³ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 912 R.

¹³⁴ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 38.

erreichbaren – Zielen und Zwecken des Kampfgegners. Ein Danaergeschenk!“¹³⁵

In formeller Hinsicht wird vor allem der Einwand erhoben, daß das die Rechtsänderung einleitende Urteil gegenüber einem nur drei Monate jüngeren Urteil des für Arbeitskampsachen zuständigen 1. Senats nach einem Wechsel in dessen Besetzung einen abrupten Kurswechsel darstelle. *Hanau*¹³⁶ bezeichnet dies als „neue Richter, neues Recht“, da unter dem Vorsitz des neuen Präsidenten des BAG, *Dieterich*, von den fünf Richtern, die an der ersten Entscheidung mitgewirkt hatten, an der zweiten Entscheidung nur noch einer mitwirkte. Dieser „jähle Sinneswandel“¹³⁷ führte zu dem Vorwurf, daß es – ohne die von *Dieterich*¹³⁸ selbst als Voraussetzung eines Rechtsprechungswandels betonten „grundlegenden und gesicherten Einsichten“ – eine ständige Rechtsprechung aufgegeben und so eine unnötige Rechtsunsicherheit geschaffen habe¹³⁹. Insoweit werden Begründungsdefizite bei der normativen Grundlegung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung und damit Verstöße gegen die anerkannte Methodik richterlicher Rechtsfortbildung geltend gemacht¹⁴⁰.

¹³⁵ Lieb, SAE 1995, 257, 260.

¹³⁶ Hanau, NZA 1996, 841; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 226.

¹³⁷ Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG, EzA Nr. 121 und 122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 11.

¹³⁸ Dieterich, FS Herschel, 37, 44.

¹³⁹ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 11; Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 912 R; ders., FS Prugberger, 155, 165 f.; Lieb, SAE 95, 257, 260.

¹⁴⁰ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 912 f.; Lieb, SAE 1995, 257, 258 ff.; vgl. auch Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG, Bl. 193.

2. Teil: Grundlagen des Arbeitskampfes

Trotz der Tatsache, daß Arbeitskämpfe ständige Wirklichkeit des Arbeitslebens sind und in bestehende Rechte mit oft weitreichenden wirtschaftlichen Auswirkungen eingreifen, ist das deutsche Arbeitskampfrecht nicht kodifiziert. Der Professorenentwurf aus dem Jahre 1988 für ein „Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte“¹⁴¹, der in der wissenschaftlichen Bewertung überwiegend Zustimmung gefunden hat¹⁴², wurde bislang nicht aufgegriffen. Daher ist zunächst zu klären, welche Rechtsgrundlagen für das Arbeitskampfrecht und damit auch für einzelne Arbeitskampsinstitute existieren.

1. Kapitel: Bundes-, Landes- und Europarecht

Auf bundesrechtlicher Ebene existieren lediglich einzelne Spezialgesetze, die den Arbeitskampf zwar erwähnen und damit offensichtlich voraussetzen, jedoch insoweit keinen eigenen sachlichen Regelungsgehalt haben (z. B. § 146 SGB III, § 2 Abs. 1 ArbGG, § 11 AÜG, § 25 KSchG, § 74 Abs. 2 BetrVG, § 66 Abs. 2 PersVG).

Auf landesrechtlicher Ebene gewähren die Landesverfassungen von Rheinland-Pfalz (Art. 66 Abs. 2), Hessen (Art. 29 Abs. 4), Baden-Württemberg (Art. 23 Abs. 3), Saarland (Art. 56 S. 2 und 3), Bremen (Art. 51 Abs. 3), Berlin (Art. 18 Abs. 3), Brandenburg (Art. 51 Abs. 2 S. 3) und Thüringen (Art. 37 Abs. 2) zwar ausdrückliche Garantien des Streikrechts, ohne jedoch weitergehende Regelungen für besondere Ausprägungen, Erweiterungen oder die Voraussetzungen des Einsatzes eines Streiks zu enthalten.

Von den internationalen Vereinbarungen, denen die Bundesrepublik Deutschland beigetreten ist, enthält lediglich Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta (ESC)¹⁴³ eine ausdrückliche Arbeitskampschutzgarantie. Die Europäische Sozialcharta wurde am 18.10.1961 zur Ergänzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vom 04.11.1950¹⁴⁴ unterzeichnet und trat am 26.02.1965 in der Bun-

¹⁴¹ Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 86 ff..

¹⁴² Heinze, FS Molitor, 159; Raiser, JZ 1989, 405; Wank, RdA 1989, 263 m. w. N..

¹⁴³ BGBl. 1964 II, 1262 ff..

¹⁴⁴ BGBl. 1952 II, 686 ff..

desrepublik Deutschland in Kraft. Nach Art. 6 Nr. 4 ESC anerkennen die Vertragsparteien „das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen“. Danach sind sowohl Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber anerkannt, auch wenn nur das Streikrecht der Arbeitnehmerseite ausdrücklich benannt ist. Eine Arbeitskampfgarantie kann dieser Vorschrift allerdings nur entnommen werden, wenn Art. 6 Nr. 4 ESC „self-executing“, d.h. unmittelbar geltendes innerstaatliches Recht ist. Dies wird teilweise aufgrund der Formulierung „anerkennen“ in Art. 6 Nr. 4 ESC angenommen¹⁴⁵. Demgegenüber betrachtet der überwiegende Teil der Literatur die Europäische Sozialcharta aufgrund des Wortlauts der meisten Bestimmungen grundsätzlich als umsetzungsbedürftig¹⁴⁶. Die bloße völkerrechtliche Verbindlichkeit kommt etwa in der Präambel zu Teil 3 des Anhangs zum Ausdruck, wonach „die Charta rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters enthält, deren Durchführung ausschließlich der in ihrem Teil 4 vorgesehenen Überwachung unterliegt“¹⁴⁷. Auch Art. 5 ESC enthält seinem Wortlaut nach ein lediglich völkerrechtliches Verbot zur Beeinträchtigung der Vereinigungsfreiheit, indem sich die Vertragsparteien zur Gewährleistung und Förderung der Freiheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, zur Bildung örtlicher, nationaler oder internationaler Organisationen zum Schutze ihrer wirtschaftlichen und sozialen Interessen „verpflichten, diese Freiheit weder durch das innerstaatliche Recht noch durch dessen Anwendung zu beeinträchtigen“. Damit ist eine unmittelbare Arbeitskampfgarantie nicht zu vereinen.

Unabhängig von diesem Meinungsstreit, steht jedenfalls fest, daß die Europäische Sozialcharta keine detaillierte Regelung des Arbeitskampfrechts enthält. Vielmehr ist der nationale Gesetzgeber ver-

¹⁴⁵ Däubler, Arbeitskampfrecht, Rn. 102 ff.; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 47.

¹⁴⁶ Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 124; Konzen, JZ 1986, 157, 162; MünchArbR-Birk, § 17 Rn. 83; MünchArbR-Otto, § 277 Rn. 53; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 61; Seiter, Streikrecht, S. 130 ff.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 114.

¹⁴⁷ Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 124; Konzen, JZ 1986, 157, 162.

pflichtet, den Arbeitgebern auch die zur Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber einem Streik erforderlichen Kampfmittel einzuräumen. Als Zwischenergebnis läßt sich somit festhalten, daß aus Bundesrecht und Europarecht allenfalls eine mittelbare Arbeitskampfgarantie für ein paritätisch konzipiertes Arbeitskampfsystem folgt. Dies wird durch die Landesverfassungen auch nicht widerlegt, da sie bei ausdrücklicher Streikrechtsgewährleistung kein ausdrückliches Verbot arbeitgeberseitiger Arbeitskkampfmittel wie der Aussperrung enthalten¹⁴⁸.

2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grundlage

A. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

Ausgangspunkt und entscheidende Rechtsgrundlage für das Arbeitskampfrecht ist Art. 9 Abs. 3 GG, der die Koalitionsfreiheit als liberales Freiheitsrecht mit sozialer Zwecksetzung garantiert¹⁴⁹.

Im Verfassungstext findet sich der Begriff des Arbeitskampfes nur in Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG, der im Rahmen der sog. Notstandsgesetzgebung am 24.06.1968 eingefügt wurde. Danach dürfen sich bestimmte Notstandsmaßnahmen „nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, 87a Abs. 4 und 91 GG nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden“, d. h. daß nicht mit staatlichen Notstandsmaßnahmen in Arbeitskämpfe eingegriffen werden darf. Das BVerfG hat ausdrücklich offengelassen, ob nicht Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG Schlußfolgerungen für die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen zuläßt¹⁵⁰.

Allerdings setzt Art. 9 Abs. 3 GG lediglich die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen voraus, jedoch nicht auch begriffsnotwendig seine verfassungsrechtliche Gewährleistung. Dies ergibt sich auch aus den Gesetzesmaterialien, in denen der verfassungsändernde Gesetzgeber die ausdrückliche Regelung des Arbeitskampfes für den Normalfall abgelehnt und sich durch die Verwendung des Oberbegriffs

¹⁴⁸ Seiter, JA 1971, 337, 340.

¹⁴⁹ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 156 ff. m. w. N..

¹⁵⁰ BVerfGE 38, 386, 393.

„Arbeitskampf“ nicht für einen alleinigen Schutz des Streiks im Notstand, sondern für einen paritätischen Arbeitskampf entschieden hat. Eine Garantie des Streikrechts in einem besonderen Absatz war zwar zunächst vorgesehen; jedoch wurde davon wegen der umfangreichen Kasuistik, die sich nach Ansicht des Gesetzgebers aus den notwendigen Beschränkungen des Streikrechts ergeben hätte, wieder abgesehen¹⁵¹.

Damit bleibt nur, die verfassungsrechtliche Stellung des Arbeitskampfes aus der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG und aus deren Funktion in der Rechtsordnung abzuleiten. Dazu ist es erforderlich, zunächst den Inhalt der Koalitionsfreiheit zu bestimmen (sogleich Ziff. I) und sodann die Grundrechtssystematik zu betrachten, aus der sich die Grenzen der Koalitionsfreiheit ergeben (Ziff. II).

I. Inhalt der Koalitionsfreiheit

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet für jedermann und für alle Berufe, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, wonach Maßnahmen, die die Koalitionsfreiheit einschränken, rechtswidrig sind, folgt die unmittelbare Drittwirkung dieses Grundrechts, d. h. die Koalitionsfreiheit bindet nicht nur die Träger öffentlicher Gewalt, sondern auch die Rechtssubjekte des Privatrechts, insbesondere die Koalitionen.

1. Individuelle Koalitionsfreiheit

a) Positive Koalitionsfreiheit

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet zunächst die individuelle Koalitionsfreiheit als positive Koalitionsfreiheit.

Die positive Koalitionsfreiheit schützt das Recht des einzelnen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers, zum Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eine Koalition zu gründen, einer bereits bestehenden Koalition beizutreten, in der Koalition zu verbleiben und sich als Koalitionsmitglied zu betätigen so-

¹⁵¹ Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 8.

wie in eine andere Koalition überzutreten¹⁵². Nur zu diesen Inhalten der positiven Koalitionsfreiheit paßt, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht mit einem Gesetzesvorbehalt versehen worden ist¹⁵³.

„Derjenige, dem Art. 9 Abs. 3 GG das Recht gewährleistet, freiwillig mit anderen eine Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden, und der koalitionswillig ist, kann frei darüber befinden, welche von mehreren denkbaren Verbindungen er bilden will; er hat das Recht, unter mehreren vorhandenen Koalitionen zu wählen und einer davon beizutreten, aus einer solchen Koalition (satzungsgerecht) wieder auszutreten, in eine andere vorhandene überzutreten, eine neue Koalition zu bilden oder in anderen vorhandenen Koalitionen zu verbleiben. Wären solche Rechte des einzelnen nicht gewährleistet, so lägen nicht mehr die frei gebildeten Koalitionen vor, denen allein der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG zusteht. Dann wäre der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Koalitionspluralismus nicht gesichert, und es hätten frei gebildete Koalitionen das Recht, solche Personen zwangsweise zu inkorporieren, die austreten, eine andere Koalition bilden, in eine andere übertreten oder in einer anderen Koalition verbleiben wollen. Eine solche Behinderung des Koalitionspluralismus wäre das Gegenteil der Gewährleistung der von Art. 9 Abs. 3 GG gewollten freien Koalitionsbildung“¹⁵⁴.

b) Negative Koalitionsfreiheit

Daß die individuelle Koalitionsfreiheit neben der positiven auch die negative Koalitionsfreiheit umfaßt, ist heute überwiegend anerkannt¹⁵⁵. Zwar wird unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG, der ursprünglich den Satz enthalten sollte „Ein Zwang zum Beitritt darf nicht ausgeübt werden.“, teilweise vertreten, die negative Koalitionsfreiheit sei jedenfalls nicht in glei-

¹⁵² BVerfGE 4, 96, 106; 17, 319, 333; 19, 303, 312; 28, 295, 304; 38, 281, 303; 38, 386, 393; 44, 322, 352; 50, 290, 367; 55, 7, 21; 57, 220, 245; 64, 208, 213; 73, 261, 278; 92, 365, 393; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 222.

¹⁵³ Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 7 f..

¹⁵⁴ BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 350.

¹⁵⁵ BVerfGE 44, 322, 352; 50, 290, 367; 55, 7, 21; 57, 220, 245; 64, 208, 213; 73, 261, 270; 92, 365, 393; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 226.

chem Umfang wie die positive Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt¹⁵⁶. Verfassungsrechtliche Grundlage der negativen Koalitionsfreiheit sei vielmehr die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, die nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet ist.

Dagegen entnimmt die herrschende Meinung die negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG¹⁵⁷. Denn die Freiheit, eine Koalition zu bilden, und sich einer bestimmten Koalition anzuschließen, wäre bereits nach dem Normzweck des Art. 9 Abs. 3 GG nicht wirklich gewährleistet, wenn ein Zwang ausgeübt werden dürfte, sich einer bereits bestehenden Koalition anzuschließen¹⁵⁸. Ohne die Chance zur negativen Koalitionsfreiheit gäbe es keine echte Chance zur positiven Koalitionsfreiheit¹⁵⁹. Für diese Auffassung spricht auch der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG, der keine Differenzierung zwischen positiver und negativer Koalitionsfreiheit enthält¹⁶⁰. Entsprechendes gilt für die Entstehungsgeschichte des Art. 9 Abs. 3 GG, wonach die Nichtaufnahme der umstrittenen Klausel letztlich nur erfolgte, um zu vermeiden, daß die Gerichte „üblich gewordene Methoden der Interessenvertretung im Arbeitskampf für unzulässigen Zwang“ erklärten, also die Klausel mißverständlich zu Lasten der Gewerkschaften auslegten. Auch die strukturelle Parallele zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 9 Abs. 1 GG, der neben der positiven unstrittig auch die negative Vereinigungsfreiheit gewährleistet¹⁶¹, deutet auf die Einbeziehung der negativen Koalitionsfreiheit in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG hin¹⁶².

Beide Gewährleistungen sind in Art. 9 Abs. 3 GG gleichrangig geschützt, da die negative Koalitionsfreiheit das freiheitsrechtlich not-

¹⁵⁶ Gamillscheg, KollArbR, S. 382 ff.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S.154 ff.; Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 664; Söllner, Arbeitsrecht, S. 69.

¹⁵⁷ BVerfGE 50, 290, 367; BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 242; Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 13; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 288; Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 25; von Hoyningen-Huene, AR-Blattei, SD 1650.1 Rn. 72 ff.; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 226; von Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 70; MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 244 Rn. 3; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 736.

¹⁵⁸ Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 120.

¹⁵⁹ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 226.

¹⁶⁰ von Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 70.

¹⁶¹ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 42, 88 m. w. N..

¹⁶² Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 7, 169.

wendige Korrelat zur positiven Koalitionsfreiheit ist¹⁶³. Inhaltlich wird die negative Koalitionsfreiheit teilweise weit verstanden im Sinne eines absoluten Schutzes vor der Unterwerfung durch die Einfluß- und Regelungsmacht der Koalitionen¹⁶⁴. Als Korrelat zur positiven Koalitionsfreiheit ist die negative Koalitionsfreiheit allerdings nur auf den Status als Koalitionsmitglied bezogen, da die negative nicht weiter als die positive Koalitionsfreiheit gehen kann¹⁶⁵. Denn Art. 9 Abs. 3 GG wurde im Interesse der positiven individuellen sowie kollektiven Koalitionsfreiheit geschaffen und will in seiner funktionalen Ausrichtung sowohl die Bildung als auch den Bestand der Koalitionen im Hinblick auf eine „autonome Ordnung des Arbeitslebens“ schützen¹⁶⁶. Daher kann die negative Koalitionsfreiheit nicht verabsolutiert werden, sondern muß im Lichte der Bedeutung vor allem der positiven kollektiven Koalitionsfreiheit relativiert werden¹⁶⁷. Der Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit schützt also nicht vor jeglichen Nachteilen durch koalitionspezifische Tätigkeiten; er beinhaltet aber jedenfalls das Recht, einer Koalition fernzubleiben, aus einer Koalition auszutreten und eine Koalition aufzulösen¹⁶⁸.

In der arbeitsrechtlichen Praxis liegt die Bedeutung der negativen Koalitionsfreiheit vor allem im Schutz der Außenseiter vor dem unmittelbaren Koalitionszwang sowie dem mittelbaren Koalitionszwang, der mit Mitteln eines sozialinadäquaten Drucks ausgeübt wird¹⁶⁹.

2. Kollektive Koalitionsfreiheit

Darüber hinaus gewährleistet Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nach herrschender Meinung auch die kollektive Koalitionsfreiheit, d. h. das Recht der Koalition auf die sog. koalitionsmäßige Betätigung¹⁷⁰.

¹⁶³ Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 42.

¹⁶⁴ KassArbR-Kalb, S. 1804 Rn. 53 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 104 ff., 347 f..

¹⁶⁵ MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 244 Rn. 4.

¹⁶⁶ vgl. BVerfGE 44, 322, 341.

¹⁶⁷ KassArbR-Kalb, S. 1804 Rn. 56; vgl. Konzen, Gem. Anm. zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 914, der die Einschränkung der negativen Koalitionsfreiheit lediglich als Resultat der Abwägung mit der positiven Koalitionsfreiheit der Gegenseite versteht.

¹⁶⁸ von Hoyningen-Huene, AR-Blattei, SD 1650.1 Rn. 71; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 226; MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 244 Rn. 3.

¹⁶⁹ BVerfGE 50, 290, 367 ff.; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 227.

¹⁷⁰ BVerfGE 42, 133, 138; 50, 290, 367; 84, 212, 224; 92, 352, 357.

Dies umfaßt im wesentlichen das Recht auf freien Verbandsbestand und freie Verbandsorganisation (Koalitionsbestandsgarantie) sowie auf freie Betätigung zur Verfolgung der in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG genannten Zwecke (Koalitionsbetätigungsgarantie)¹⁷¹. Denn die Koalitionsgründung wäre sinnlos, wenn nicht zugleich gewährleistet wäre, daß die Koalitionen den in der Verfassung genannten Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen verfolgen dürften¹⁷².

a) Bestands- und Betätigungsgarantie

Die Koalitionsbestandsgarantie ermöglicht im einzelnen Maßnahmen zur Bildung und Organisation einer Koalition sowie zur Erhaltung und Erweiterung ihres Mitgliederbestands¹⁷³. Die Koalitionen haben z. B. das Recht auf Satzungsautonomie und freie innere Willensbildung, auf die Aufnahme und den Ausschluß von Mitgliedern sowie auf freie innerbetriebliche Koalitionswerbung und -information. Die Koalitionsbestandsgarantie umfaßt aber auch den Wettbewerb entstehender und bestehender Koalitionen untereinander (Koalitionspluralismus)¹⁷⁴. Dadurch wird den Arbeitnehmern und Arbeitgebern erst die Möglichkeit eröffnet, unter mehreren Koalitionen zu wählen¹⁷⁵.

Die Koalitionsbetätigungsgarantie umfaßt alle koalitionspezifischen Tätigkeiten, die darauf gerichtet sind, im Rahmen einer Koalition die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu fördern und zu gestalten¹⁷⁶. Neben der Herbeiführung von Tarifverträgen sind dies z. B. die Bildung von Sozialeinrichtungen, die Rechtsberatung und Vertretung von Mitgliedern in arbeits- und sozialrechtlichen Streitigkeiten, die Betätigung im Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht, z. B. durch Einbringung eigener Wahlvorschläge bei Betriebs- und

¹⁷¹ BVerfGE 17, 319, 333; 19, 303, 312; 20, 312, 319 f.; 28, 295, 304; 50, 290, 367; 58, 233, 246; 93, 352, 358; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 239.

¹⁷² Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 8.

¹⁷³ Gamillscheg, KollArbR, S. 210 ff.; Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 28; Konzen, SAE 1991, 335, 338; ders., FS BAG, S. 273, 275; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 243 ff. m. w. N.

¹⁷⁴ BVerfGE 18, 18, 33; 19, 303, 321; 55, 7, 24; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 253.

¹⁷⁵ Konzen, RdA 1978, S. 154.

¹⁷⁶ BVerfGE 42, 133, 138; 50, 290, 367; 84, 212, 224; 92, 352, 357; von Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 69 ff.; Umbach/Clemens, GG, Art. 9 Rn. 110.

Personalratswahlen, die Selbstdarstellung und Werbung neuer Mitglieder sowie die Interessenvertretung im politischen Bereich, soweit sie spezifisch die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betrifft¹⁷⁷.

b) Tarifautonomie

Maßgebliches Koalitionsmittel zur Erreichung des in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG aufgeführten Koalitionszwecks ist insbesondere die Tarifautonomie, also die Freiheit der Koalitionen, die materiellen Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu regeln und nicht allein den Arbeitsvertragsparteien zu überlassen. Mit der Tarifautonomie wird den Tarifvertragsparteien ein Freiraum gewährt, ihre Interessengegensätze in eigener Verantwortung auszutragen und die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen¹⁷⁸. Dabei sind die Tarifpartner nach Auffassung der überwiegenden Arbeitsrechtslehre mit echter, qualitativ-staatlicher Rechtssetzungsmacht durch das Tarifvertragsgesetz ausgestattet (sog. Delegationstheorie)¹⁷⁹.

Diese Freiheit findet ihren Grund in der historischen Erfahrung, daß auf diese Weise eher Ergebnisse erzielt werden, die den Interessen der widerstreitenden Gruppen und dem Gemeinwohl gerecht werden, als bei einer staatlichen Schlichtung¹⁸⁰. Daher hat der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtssetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrages grundsätzlich den Koalitionen überlassen¹⁸¹. Andererseits haben die Tarifvertragsparteien zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol, d. h. der Gesetzgeber hat auch bei der Tarifautonomie einen breiten Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Regelungsgegenstände des Tarifvertrages, die Tariffähigkeit und

¹⁷⁷ vgl. Umbach/Clemens, GG, Art. 9 Rn. 120 ff..

¹⁷⁸ BVerfGE 84, 212, 229.

¹⁷⁹ vgl. zum Meinungsstand Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 301.

¹⁸⁰ vgl. BVerfGE 88, 3, 114 f..

¹⁸¹ BVerfGE 44, 322, 340; 34, 307, 316 f.; 64, 208, 215.

die normative Rechtsnatur des Tarifvertrages¹⁸², den er im Tarifvertragsgesetz auch wahrgenommen hat.

c) Arbeitskampf

Da eine autonome kollektivvertragliche Regelung der Arbeitsbedingungen letztlich auf den Einsatz wirtschaftlichen Drucks angewiesen ist, ist auch der koalitionszweckgerichtete Arbeitskampf als Annex zur Tarifautonomie und damit als Koalitionsmittel verfassungsrechtlich garantiert¹⁸³. Dies wird auch durch die Aufnahme des Arbeitskampfes in den Verfassungstext durch Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG verdeutlicht¹⁸⁴. Die verfassungsrechtliche Arbeitskampfgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG gilt jedoch nur für den arbeitsrechtlichen Arbeitskampf „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Da der Gesetzgeber hierfür – wie soeben gezeigt – das Instrument des Tarifvertrages vorgesehen hat, umfaßt der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG letztlich nur solche Arbeitskämpfe, die auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind¹⁸⁵.

aa) Positive Arbeitskampffreiheit

Die Frage, wer Träger der grundrechtlichen Arbeitskampfgarantie ist, wird unterschiedlich beantwortet. Dies ist vor allem für die verfassungsrechtliche Stellung der Außenseiter im Arbeitskampf von Bedeutung. Dabei sind im wesentlichen die Konzeptionen von der individuellen Grundrechtsträgerschaft einerseits und der kollektiven Grundrechtsträgerschaft andererseits zu unterscheiden.

(1) Individuelle Grundrechtsträgerschaft

(a) Art. 9 Abs. 3 GG

Eine insbesondere von *Däubler* vertretene Auffassung betrachtet Art. 9 Abs. 3 GG mit der herrschenden Meinung als Doppelgrund-

¹⁸² vgl. BVerfGE 4, 107 ff.; 20, 317 ff.; 28, 295, 306; 50, 290, 367 ff.; 58, 233, 248 ff..

¹⁸³ BVerfGE 84, 212, 225; BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 913 R; KassArbR-Kalb, S. 1792 Rn. 2.

¹⁸⁴ BVerfGE 84, 212; 88, 103.

recht, das jedoch ein originäres subjektives Recht auf kampfwise Betätigung als Bestandteil der individuellen Koalitionsfreiheit garantiere und unter dem Vorbehalt der kollektiven Geltendmachung stehe¹⁸⁶. Hinsichtlich der aktiven Kampfbeteiligung der Außenseiter bestehe zusätzlich ein Recht zur ad-hoc-Koalierung, da auch die ad-hoc-Koalition aufgrund des gebotenen umfassenden Schutzverständnisses des Art. 9 Abs. 3 GG vom Vereinigungsbegriff erfaßt sei und daher kampfberechtigt sein müsse. Andernfalls würde man sie zur Koalition zweiter Klasse herabstufen und den durch die Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Schutz wieder aushöhlen¹⁸⁷. Nach *Otto* ist die Beteiligung der Außenseiter in den Arbeitskampf allerdings von ihrer faktischen Partizipation am Kampfergebnis abhängig, da Art. 9 Abs. 3 GG nur die Gewährleistung der eigenen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ermöglichen solle¹⁸⁸.

Ein selbständiges Grundrecht des einzelnen auf Arbeitskampf läßt sich jedoch weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte oder dem Normzweck des Art. 9 Abs. 3 GG entnehmen. Dies ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Gewähr für einen koalitionszweckgebundenen und für die Volkswirtschaft vertretbaren Einsatz der Arbeitskampfmittel bei einzelnen Arbeitnehmern, den Mitgliedern der Belegschaften als solchen oder nichtgewerkschaftlichen Gruppen von Arbeitnehmern nicht gegeben ist¹⁸⁹. Außerdem werden ad-hoc-Koalitionen weder durch Art. 9 Abs. 3 GG (und seine Vorgängerregelung Art. 159 WRV in der Weimarer Reichsverfassung) noch durch Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinsfreiheit) geschützt, sondern nur auf Dauer angelegte Vereinigungen¹⁹⁰.

¹⁸⁵ BAG, AP Nr. 85, 106, 116 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Löwisch/Rieble, AR-Blattei, SD 170.1 Rn. 37; Seiter, Streikrecht, S. 485 f.; a. A.: Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 316; S. 1803 Rn. 51.

¹⁸⁶ Däubler, Arbeitskampfrecht, Rn. 131; Gamillscheg, KollArbR, S. 944; MünchArbR-Otto, § 284 Rn. 41 ff..

¹⁸⁷ Däubler, Arbeitskampfrecht, Rn. 124.

¹⁸⁸ MünchArbR-Otto, § 284 Rn. 43.

¹⁸⁹ BAG, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 405 R.

¹⁹⁰ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 213 m. w. N.; a. A.: Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 23.

(b) Art. 9 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 GG

Nach einer vor allem von *Seiter* geprägten Ansicht folgt die individuelle Arbeitskampffreiheit als selbständiges individuelles Grundrecht auf Arbeitskampf aus einer Kombination aus Art. 9 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 GG¹⁹¹, das dem einzelnen – auch dem Außenseiter – die Befugnis einräume, selbst über seine Teilnahme an kollektiven Maßnahmen zu entscheiden¹⁹². Während die subjektive Rechtsstellung der Verbände in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet sei, folge die subjektive Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmers und Arbeitgebers aus der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG, die allerdings durch die Anwendung der Schranken des Art. 9 Abs. 3 GG sowie der Drittwirkungsklausel des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG „mitgeprägt“ sei, um die Absicherungen des kollektiven Grundrechts auch für das individuelle Grundrecht zu erhalten¹⁹³. Dies werde der „Gemengelage“ von individuellen und kollektiven Momenten im Arbeitskampf am ehesten gerecht.

Gegen diese Konzeption spricht jedoch die Grundrechtsdogmatik, die eine systematische Trennung der Grundrechtsgewährleistungen gebietet, und die Art. 2 Abs. 1 GG als bloßes Auffanggrundrecht gegenüber dem spezielleren Art. 9 Abs. 3 GG zurücktreten läßt; vielmehr stellt Art. 9 Abs. 3 GG die alleinige verfassungsrechtliche Grundlage der Arbeitskampffreiheit dar¹⁹⁴. Aus demselben Grund verbietet sich auch die Übertragung der Schranken eines Grundrechts auf ein anderes¹⁹⁵ und die analoge Anwendung von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, die als Ausnahmenvorschrift grundsätzlich nicht analogiefähig ist¹⁹⁶. Außerdem kann Art. 9 Abs. 3 GG dem einzelnen nicht mehr garantieren als den Koalitionen, deren kampfwise Betä-

¹⁹¹ Seiter, Streikrecht, S. 83 ff., 92; Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, §§ 21 und 25; Brox, Arbeitskampfrecht, Rn. 288; Hergenröder, Arbeitskampf, S. 98; Konzen, AcP 1977, 473, 503; Lieb, Arbeitsrecht, S. 166 Fn. 14.

¹⁹² Seiter, Streikrecht, S. 46 ff..

¹⁹³ Seiter, Streikrecht, S. 92.

¹⁹⁴ Jarass/Piero, GG, Art. 9 Rn. 22; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 313.

¹⁹⁵ vgl. Piero/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 360 ff..

¹⁹⁶ vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 355.

tigung auch nur im Rahmen ihrer Koalitionsbetätigung gewährleistet ist¹⁹⁷.

(c) Art. 9 Abs.3 und Art. 12, 14, 19 GG

Scholz folgt der Konzeption *Seiters* mit der Modifikation, daß er die subjektive Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmers und Arbeitgebers ergänzend zu Art. 9 Abs. 3 GG nicht aus Art. 2 Abs. 1 GG, sondern aus den allgemeinen wirtschaftlichen Grundrechtsgewährleistungen, d. h. aus der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG und der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG herleitet. Auch die Befugnisse der Koalition sollen sich erst über Art. 19 Abs. 3 GG von der Individualgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG ableiten, da nur Art. 19 Abs. 3 GG die verbandsrechtliche Gewährleistung anerkenne¹⁹⁸. Danach habe der einzelne ein originäres Recht auf kampfwise Betätigung, das er jedoch nur in der „Summe individueller Kampfmaßnahmen“ ausüben dürfe¹⁹⁹.

Diese Konzeption verstößt aber ebenfalls gegen die allgemeine Grundrechtsdogmatik. Außerdem würde die mittelbare Herleitung der kollektiven Rechtsstellung aus Art. 19 Abs. 3 GG dazu führen, daß sie wegen dessen weiteren Schrankenvorbehalts gestalterischen Eingriffen des Gesetzgebers stärker unterliegen würde²⁰⁰. Die Koalition wird nach dieser Konzeption zu einer bloßen Verfahrensform für die Geltendmachung der individuellen Rechte reduziert, was ihrer sozialpolitischen und rechtstatsächlichen Bedeutung in keiner Weise entspricht.

(2) Kollektive Grundrechtsträgerschaft

Die herrschende Meinung versteht Art. 9 Abs. 3 GG als sog. Doppelgrundrecht, das neben der individuellen Koalitionsfreiheit auch die kollektive Koalitionsfreiheit hinsichtlich Existenz, Organisation und

¹⁹⁷ Reichold, JuS 1996, 1049, 1051.

¹⁹⁸ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art.9 Rn.22 ff., 169 f., 192; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 135 ff..

¹⁹⁹ Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 144.

²⁰⁰ MünchArbR-Otto, § 284 Rn.39.

Betätigung der Koalition enthalte²⁰¹. Nach dieser dogmatischen Konzeption ist die von der Koalitionsbetätigungsgarantie umfaßte Arbeitskampffreiheit in erster Linie ein Grundrecht der Koalitionen, aus dem sich gleichzeitig ein (Teilnahme-)Kampfrecht der einzelnen Koalitionsmitglieder im Umfang der kollektiven Betätigungsfreiheit ableite. Denn Art. 9 Abs. 3 GG garantiere dem einzelnen Mitglied auch das Recht, an der spezifischen Tätigkeit seiner Koalition in dem Bereich teilzunehmen, der für die Koalition verfassungsrechtlich geschützt ist²⁰². Die den Außenseitern eingeräumte Möglichkeit zur Kampfteilnahme stelle dagegen keine originäre Berechtigung aus Art. 9 Abs. 3 GG dar.

Für die Richtigkeit dieses kollektiven Ansatzes spricht zunächst der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG („Arbeitskämpfe (...) zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von *Vereinigungen* im Sinne des Satzes 1“), während umgekehrt dem einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nach dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG lediglich das *Koalitionsbildungsrecht* originär zusteht. Eine zusätzliche Bestätigung gibt die Entstehungsgeschichte des Art. 9 GG, wonach der Parlamentarische Rat ursprünglich sogar die ausdrückliche Festschreibung eines Streikrechts *der Gewerkschaften* in einem Abs. 4 beabsichtigte, während ein Streikrecht des einzelnen Arbeitnehmers zu keinem Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens erörtert wurde. Darüber hinaus enthalten auch die Länderverfassungen überwiegend ein ausdrückliches Streikrecht *der Koalitionler*²⁰³. Schließlich spricht vor allem der Normzweck des Art. 9 Abs. 3 GG, der die Arbeitskampffreiheit lediglich als Annexgarantie der Tarifautonomie legitimiert²⁰⁴, dafür, daß es sich in erster Linie um ein Grund-

²⁰¹ BVerfGE 19, 303, 312; 28, 295, 304; BAG, AP Nr. 64 (Bl.913 R), 65 (Bl.930 R) zu Art.9 GG Arbeitskampf; KassArbR-Kalb, S.1801 Rn. 45; Löwisch/Rieble, SD 170.1 Rn. 13 ff.; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 83, 85 m. w. N..

²⁰² BVerfGE 19, 303, 312; 38, 281, 303.

²⁰³ vgl. nur Rheinland-Pfalz (Art. 66 Abs. 2): „Das Streikrecht der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze wird anerkannt.“; Hessen (Art. 29 Abs. 4): „Das Streikrecht wird anerkannt, wenn die Gewerkschaften den Streik erklären“; Saarland (Art. 56 Abs. 2): „Das Streikrecht der Gewerkschaften ist im Rahmen der Gesetze anerkannt.“; nur die Verfassungen der Länder Berlin, Brandenburg und Thüringen enthalten nur ein „Streikrecht“.

²⁰⁴ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c).

recht der Koalitionen und nicht um ein originäres Recht des einzelnen handelt.

Nach der Konzeption der herrschenden Meinung besteht also kein Grundrecht des einzelnen – organisierten wie nichtorganisierten – Arbeitnehmers auf Arbeitskampf. Ein subjektives Recht üben nur die Mitglieder der Koalitionen aus, denn diesen kommt als Bestandteil des Individualgrundrechts auf Koalitionsbildung auch das Recht auf Teilnahme an der Betätigung der von ihnen gegründeten Koalition zu, wie sie sich im Arbeitskampf vollzieht²⁰⁵.

Dies schließt allerdings nicht aus, bei der privatrechtsdogmatischen Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts Teilnahmerechte auch für Außenseiter zu installieren, soweit es die Funktionsfähigkeit des Koalitionswesens im Sinne einer Einheit der Belegschaft erfordert²⁰⁶. Dabei ist die Arbeitskampfbeteiligung der Außenseiter stets auf das Tarifgebiet, das durch den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages begrenzt wird, beschränkt²⁰⁷. Auch wenn ein Arbeitskampf um – gemäß §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 2 und 5 Abs. 4 TVG – auf alle Arbeitnehmer anwendbare Tarifnormen geführt wird, ist die Streikberechtigung nicht- und andersorganisierter Arbeitnehmer anzuerkennen, da diesen Bestimmungen die gesetzgeberische Entscheidung zugrundeliegt, die Außenseiter hinsichtlich der Tarifnormen über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen sowie hinsichtlich der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge unabhängig von ihrem Willen in das Tarifsysteem einzubeziehen²⁰⁸.

Ungeachtet der unterschiedlichen dogmatischen Begründungsansätze ist dieses (Teilnahme-)Kampfrecht des Arbeitnehmersaußenseiters jedenfalls im Grundsatz materiell anerkannt²⁰⁹. Die Kampfberechtigung der Außenseiter ist somit ein ausnahmsweise zulässiger Fall des Sympathiearbeitskampfes²¹⁰, bei dem sonst um fremde Regelungsziele gekämpft wird.

²⁰⁵ BVerfGE 19, 303, 312.

²⁰⁶ KassArbR-Kalb, S. 1801 Rn. 45.

²⁰⁷ Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 6.

²⁰⁸ Seiter, Streikrecht, S. 45.

²⁰⁹ BAGE 1, 291, 307; 23, 292, 310.

²¹⁰ vgl. Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 6, 11 f..

(a) Kollektivrechtliche Einheitstheorie

Das traditionelle und primäre Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmerseite ist der Streik, d. h. die gemeinsame, planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern²¹¹.

Das BAG hat erstmals mit der Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 28.01.1955²¹² die frühere Betrachtungsweise der Arbeitsniederlegung als Vertragsbruch oder als Kündigung zugunsten einer kollektivrechtlichen Betrachtungsweise des Arbeitskampfes aufgegeben, sog. kollektivrechtliche Einheitstheorie²¹³: „Es besteht Freiheit des Arbeitskampfes, Streikfreiheit und Aussperrungsfreiheit“²¹⁴. Der Arbeitskampf sei ein kollektives Geschehen und müsse deshalb einheitlich kollektivrechtlich beurteilt werden²¹⁵. Arbeitskämpfe seien im allgemeinen unerwünscht, aber tariffähigen Parteien um tariflicher Ziele willen als ultima ratio kollektivrechtlich erlaubt²¹⁶. Was kollektivrechtlich erlaubt sei, dürfe individualrechtlich nicht verboten sein, also keinen Vertragsbruch darstellen²¹⁷. „Die rechtliche Bewertung des Streiks und des Arbeitskampfes überhaupt muß einheitlich erfolgen und seinem kollektivrechtlichen Wesen gerecht werden. Bei dem legitimen gewerkschaftlichen Streik gibt diese Legitimation der Gesamttaktion ihr entscheidendes rechtliches Gepräge, so daß nicht nur die zum Streik auffordernde Gewerkschaft, sondern auch die daraufhin die Arbeit ohne Kündigung niederlegenden Arbeitnehmer nicht vertragswidrig und nicht rechtswidrig handeln.“²¹⁸ Ein Kündigungstreik entspreche in seinen Rechtsfolgen nicht der Rechtswirklichkeit, und eine Bindung des Streikrechts an Kündigungsfristen würde eine taktische Kampfführung der Arbeitnehmerseite praktisch ausschließen: „Ein Streik will die Arbeitsverhältnisse unterbrechen, um dadurch einen Druck auf den anderen Sozialpartner auszuüben und eine günstigere tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen herbei-

²¹¹ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 141 Rn. 1.

²¹² BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 Arbeitskampf = BAGE 1, 291.

²¹³ stetige Rspr. seit BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 288 m. w. N..

²¹⁴ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter I 3.

²¹⁵ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 220 R.

²¹⁶ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 224 R.

²¹⁷ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 222 R.

zuführen. Die Streikenden wollen keine Lösung der Arbeitsverhältnisse, sie wollten die Arbeitsverhältnisse nur suspendieren, sie aber später nach Erreichung ihrer Ziele, aber auch nach einer Niederlage fortsetzen. Jedenfalls wollen sie nicht kündigen. (...) Ein Streik der Arbeitnehmer unter Einhaltung der Kündigungsfristen ist weitgehend praktisch unmöglich. (...) Beim Streik ist aber der einheitliche Streikbeginn allein taktisch richtig und geradezu lebenswichtig für den Erfolg. Die Einhaltung von Kündigungsfristen und namentlich von unterschiedlichen Kündigungsfristen macht das Schwert des Streikes stumpf. Den Angestellten würde angesichts der langen Kündigungsfristen das Streikrecht praktisch überhaupt genommen werden. (...) Man soll aber den legitimen Streik nicht dadurch diffamieren, daß man ihn als vertragswidrig in der Ebene des Arbeitsvertrages kennzeichnet und ihn damit auf eine Stufe mit dem rechtswidrigen schuldhaften Individualverhalten des Arbeitnehmers durch Bummeln, unberechtigtes Krankfeiern und Blauen Montag stellt²¹⁹.

(b) Suspendierungstheorie

Nach dieser Konzeption besteht ein Bedürfnis für ein rechtlich weniger einschneidendes, gleichwohl wirksames Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmer in Gestalt eines suspendierenden statt eines lösenden Streikrechts: Dabei wird dem einzelnen Koalitionsmitglied mit dem gewerkschaftlichen Streikbeschuß die Möglichkeit der individualrechtlich zulässigen Arbeitsniederlegung im Sinne eines subjektiv-privaten Streikrechts eröffnet. Dogmatisch wird dies mit der sog. Suspendierungstheorie begründet, wonach die Arbeitsvertragsparteien ihre Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis bei grundsätzlichem Fortbestehen der vertraglichen Nebenpflichten durch rechtsgeschäftliche Erklärung „suspendieren“ können, wenn die jeweilige Koalition rechtmäßig zum Arbeitskampf aufgerufen hat²²⁰. Demnach kann die individuelle Streikbeendigung ebensowenig wie die Suspendierung der Hauptleistungspflichten aus dem Ar-

²¹⁸ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, LS 1-2 und Bl. 222.

²¹⁹ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 223 f..

beitsvertrag rückgängig gemacht werden, ohne daß gegenüber dem Arbeitgeber irgendeine, wenn auch schlüssige, Erklärung abgegeben wird, sei es von der Streikleitung, sei es von dem Arbeitnehmer, der Vergütungsansprüche geltend machen will²²¹.

bb) Negative Arbeitskampffreiheit

Weiterhin stellt sich die Frage, inwieweit die aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG abgeleitete negative Koalitionsfreiheit auch eine negative Arbeitskampffreiheit der arbeitswilligen Arbeitnehmer und speziell der Außenseiter umfaßt, also das Recht, einem Arbeitskampf fernzubleiben, ohne dadurch Rechtsnachteile erleiden zu müssen²²². Dieses Problem stellt sich etwa dann, wenn nicht nur organisierte Arbeitnehmer der kampfführenden Gewerkschaft, sondern auch die übrigen Arbeitnehmer ausgesperrt oder mit dem Lohnrisiko nach der Arbeitskampfrisikolehre belastet werden sollen.

Anerkannt ist, daß die negative Arbeitskampffreiheit den einzelnen Arbeitnehmer – organisiert wie nichtorganisiert – jedenfalls vor dem Zwang zur aktiven Teilnahme am Arbeitskampf schützt, da ein Recht der Verbände zur kampfwisen Suspendierung oder Lösung der Arbeitsverhältnisse ohne oder gegen den Willen der Arbeitsvertragsparteien damit schlechterdings unvereinbar wäre²²³. Allerdings können die Koalitionen ihre Mitglieder verbandsintern durch entsprechende Sanktionen bis hin zum Verbandsausschluß zur Befolgung ihrer Kampfbefehle anhalten²²⁴.

Im übrigen ist weiter anerkannt, daß es eine negative Arbeitskampffreiheit im Sinne einer absoluten Freiheit von jeglicher Einbeziehung nicht geben kann, da die negative Koalitionsfreiheit sich nur auf den Status als Koalitionsmitglied bezieht und im Interesse der positiven Koalitionsfreiheit gewährleistet ist²²⁵. Zwar ist die Entscheidung des

²²⁰ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 223.

²²¹ BAG, AP Nr. 56 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG, Bl. 1564.

²²² vgl. KassArbR-Kalb, S. 1804 Rn. 53; Seiter, Streikrecht, S. 104 ff..

²²³ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 226; MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 244 Rn. 3; Seiter, Streikrecht, S. 105.

²²⁴ KassArbR-Kalb, S. 1804 Rn. 59; Seiter, Streikrecht, S. 106.

²²⁵ BVerfGE 44, 322, 341; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 227; MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 244 Rn. 4, § 245 Rn. 40; a. A.: Wiedemann, RdA 1969, 321, 326.

einzelnen, von seiner Koalitionsfreiheit negativen Gebrauch zu machen, zugleich eine Entscheidung für die individuelle Interessenverfolgung im Arbeitsleben; diese wird jedoch zusammen mit der individuellen Berufsfreiheit durch Art. 12 GG, nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt²²⁶. Das Interesse der arbeitswilligen Arbeitnehmer an einer völligen Freistellung vom Arbeitskampfisiko muß insoweit gegenüber dem elementaren Bestands- und Funktionsschutzinteresse der Verbände zurücktreten. Die negative Koalitionsfreiheit endet da, wo es zur Entfaltung der positiven Koalitionsfreiheit im Sinne einer Einheit der Belegschaft zwingend erforderlich ist, da andernfalls der negative Aspekt des Art. 9 Abs. 3 GG stärker geschützt würde als sein positiver Gewährleistungsgehalt²²⁷. Gleichwohl kann in der Einbeziehung der arbeitswilligen Arbeitnehmer in den Arbeitskampf ein unzulässiger Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit liegen, sofern dieser mit den Mitteln eines sozialinadäquaten Drucks ausgeübt wird²²⁸.

cc) Arbeitskampfgarantie

Die im Rahmen der Koalitionsverfahrensgarantie geschützte Arbeitskampffreiheit umfaßt die Freiheit des Kampfeintritts, die Freiheit der Kampfführung, die Freiheit der Wahl der Kampfmittel und die Freiheit der Kampfbeendigung²²⁹. Die Freiheit der Wahl der Kampfmittel garantiert nicht nur das Recht, unter den bestehenden Arbeitskampfmitteln auszuwählen, sondern grundsätzlich auch das Recht neue Arbeitskampfmittel auszubilden²³⁰.

Welche Arbeitskampfmittel grundrechtlich geschützt sind, hat das BVerfG bislang offengelassen: „Zu den geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine

²²⁶ MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 244 Rn. 4.

²²⁷ Konzen, FS BAG, 273, 284.

²²⁸ vgl. 2. Teil, 2. Kapitel A I 1b); Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 227; Seiter, Streikrecht, S. 348; Thüsing, Außenseiter, S. 66.

²²⁹ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 311.

²³⁰ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 311.

funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen“²³¹. Vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht umfaßt werden demnach Arbeitskampfmaßnahmen, die nicht auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind. Das ist der Fall bei Arbeitskampfmaßnahmen, die sich nicht gegen den Tarifpartner wenden, nicht von einer tariffähigen Koalition geführt werden oder nicht auf tarifvertraglich regelbare Ziele gerichtet sind: Daraus folgt die Unzulässigkeit insbesondere des politischen Arbeitskampfes, des wilden Arbeitskampfes, des – auf gesellschaftliche Anliegen gerichteten – Demonstrationsarbeitskampfes und grundsätzlich auch des Sympathiearbeitskampfes²³².

Zu den verfassungsrechtlich geschützten Arbeitskampfmitteln gehören insbesondere der Streik²³³ und die suspendierende Abwehraussperrung²³⁴. Mit Rücksicht auf die historische Entwicklung gehört daneben auch das „Lohnverweigerungsrecht nach Arbeitskampfrisikogrundsätzen“²³⁵ bzw. die sog. Arbeitskampfrisikolehre zu den festen Bestandteilen des Arbeitskampfesystems²³⁶, auch wenn diese nach herrschender Meinung kein Arbeitskampfmittel im herkömmlichen Sinn darstellt. Fraglich ist, welche Zulässigkeitskriterien diesen Arbeitskampfinstituten zugrunde liegen, die auch für etwaige neue Arbeitskampfmittel gelten würden.

(1) Prinzip der Arbeitskampfparität

(a) Funktionstypik

Die ganz überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertritt ein paritätisches Arbeitskampfmodell, bei dem die gegensätzlichen Interessen der Tarifvertragsparteien gleichgewichtig zum Ausgleich kommen und eine Imparität der Druckpotentiale verhindert wird²³⁷. Bereits mit seinem Beschluß vom 28.01.1955²³⁸ hat das BAG

²³¹ BVerfGE 84, 212, 225.

²³² Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 310; KassArbR-Kalb, S. 1800 Rn. 39.

²³³ BVerfGE 88, 103, 114; 92, 365, 394; zuletzt BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 194 R; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 289; Gamillscheg, KollArbR, S. 994 f. m. w. N..

²³⁴ BVerfGE 84, 212, 225.

²³⁵ BAG, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 588.

²³⁶ KassArbR-Kalb, S. 1801 Rn. 40 ff., 46 ff., 346 ff..

²³⁷ vgl. nur BVerfGE 82, 212 ff.; BAG, AP Nr. 43 (Bl. 310 R), 64 (Bl. 918), 65 (Bl. 934), 70 (Bl. 589), 81 (Bl. 574), 84 (Bl. 369), 86 (Bl. 214) zu Art. 9 GG Arbeitskampf;

die Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit bzw. Arbeitskämpfparität im Arbeitskampfrecht festgestellt.

Dabei ist für die Zulässigkeit einzelner Arbeitskämpfungsmittel neben der historischen Entwicklung²³⁹ auch die funktionstypische Bedeutung des einzelnen Arbeitskämpfungsmittels zur Erreichung des Koalitionszwecks vor allem nach der eigenen Entscheidung der Koalition maßgeblich, sog. offene Funktionstypik²⁴⁰. Funktionstypische Bedeutung hat ein Arbeitskämpfungsmittel, wenn es aus Gründen der wirksamen Interessendurchsetzung und aus Gründen der Gleichheit mit dem Gegner, also aus Gründen einer funktionierenden Tarifautonomie²⁴¹ unverzichtbar ist. Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems setzt voraus, daß zwischen den Tarifpartnern im Grundsatz ein annäherndes Verhandlungsgleichgewicht besteht, so daß keine Seite in der Lage sein darf, der anderen Seite den Inhalt von Tarifverträgen zu diktieren²⁴². Dazu muß ein Arbeitskämpfungsmittel nicht nur den Tarifvertrag durchsetzbar machen können, sondern auch so austariert sein, daß abstrakt-generell, nicht konkret eine Verhandlungs- und Arbeitskämpfparität erreicht wird²⁴³. Darunter ist das annähernde Gleichgewicht der beiden beim Arbeitskampf einander gegenüberstehenden Tarifvertragsparteien in der Einleitung, Durchführung und Beendigung eines Arbeitskampfes zu verstehen²⁴⁴.

Die Notwendigkeit eines solchen Gleichgewichts ergibt sich aus den konträren Vorstellungen der gegnerischen Tarifparteien über die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, die im Tarifvertrag zu einem Kompromiß gebracht werden. Arbeitskampf ist Preiskampf

Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 1 ff.; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 166 ff.; Konzen, SAE 1991, 335 ff.; ders., AcP 1977, 473 ff.; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 168 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 156 ff.; 277 ff., 323 ff.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 425 f..

²³⁸ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²³⁹ BVerfGE 4, 96, 106; 50, 290, 366 f..

²⁴⁰ KassArbR-Kalb, S. 1800 Rn. 39; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 315, 321; MünchArbR-Otto, § 284 Rn. 4.

²⁴¹ BVerfGE 84, 212; Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 913; ders., FS Prugberger, 155, 161; ders., FS BAG, 273, 282 f.; Lieb, SAE 1996, 182, 184; Rieble, SAE 1996, 227, 230; Scholz, ZfA 1990, 377, 390; Seiter, Streikrecht, S. 172; Treber, ZfA 1996, 659, 764.

²⁴² BAG, AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 366 R.

²⁴³ Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 8.

²⁴⁴ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 361 Rn. 1.

am Arbeitsmarkt²⁴⁵. Für die ökonomisch wie sozial sachgerechte Preisbildung am Arbeitsmarkt im Tarifkonflikt ist entscheidend, daß zwischen den gegnerischen Tarifparteien ein solches Gleichgewicht herrscht. Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluß von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen²⁴⁶. Soweit Arbeitskämpfe zu einem Ungleichgewicht führen, wird die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt.²⁴⁷ Diesen Zusammenhang hat das BAG wie folgt dargestellt²⁴⁸: „Könnte die eine Seite, nämlich die Arbeitnehmerschaft, vertreten durch die Gewerkschaft, allein das Kampfgeschehen bestimmen und wäre der Arbeitgeber auf ein Dulden und Durchstehen des Arbeitskampfes beschränkt, so bestünde die Gefahr, daß die Regelung der Arbeitsbedingungen nicht mehr auf einem System freier Vereinbarungen beruht, das Voraussetzung für ein Funktionieren und innerer Grund des Tarifvertragssystems ist. Vorbehaltlich der konkreten, insbesondere auch der wechselnden wirtschaftlichen Situation, die vorgegeben ist, muß 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 kann die Tarifautonomie unter Ausschluß der staatlichen Zwangsschlichtung nicht funktionieren.“ Daher richtet sich die generelle Zulässigkeit aller Arbeitskampfmittel, aber auch der Arbeitskampfrisikolehre nach dem Prinzip der Arbeitskampfpärität²⁴⁹. Die Arbeitskampfmittel sollen zur Erreichung des Regelungsziels und *zur Wahrung einer abstrakt-generellen, materiellen Parität geeignet, erforderlich und angemessen sein*²⁵⁰.

²⁴⁵ Rütters, NJW 2003, 546, 552.

²⁴⁶ BVerfGE 84, 212, 229.

²⁴⁷ BVerfGE 84, 212, 229.

²⁴⁸ BAG, AP Nr. 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.310 R.

²⁴⁹ BAG, AP Nr. 70 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.589.

²⁵⁰ Konzen, FS Prugberger, 155, 161; zur Aussperrung vgl. BVerfGE 84, 212, LS 2; BAG, AP Nr. 43, 64, 65, 66, 107 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Brox/Rütters, Arbeitskampfrecht, S. 30 ff.; Konzen, AcP 177, 530 ff.; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 327; Scholz, ZfA 1990, 377, 390 ff.; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 142 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 314 ff..

Dagegen reichen die zur Koalitionszweckverfolgung lediglich *nützlichen* Betätigungsformen nicht aus; die Betätigungsmöglichkeiten müssen vielmehr wirksam zur Verfolgung des Koalitionszwecks sein²⁵¹. Andernfalls wäre die Beständigkeit der Verfassung, die in der formellen Veränderungssperre der verfassungsändernden Mehrheit (Art. 79 Abs. 2 GG) ausgedrückt ist, nicht gewährleistet; da das Zweckdienliche ständigem Wandel unterliegt, wäre dann entweder der verfassungsrechtliche Garantiebereich ebenso ständigem Wechsel unterworfen, oder er würde Überflüssiges umfassen; die Garantie alles Zweckdienlichen würde außerdem zur grundrechtlichen Hypertrophie und letztlich zu einer Verlagerung der Gestaltungstätigkeit des Gesetzgebers auf das Verfassungsgericht führen²⁵².

(b) Abstrakt-materielle Parität

Inhaltlich erschöpfte sich das Paritätsgebot ursprünglich darin, daß der Staat die Kampfmittel beider Seiten nicht ungleich behandeln dürfe, sog. formelles Paritätsprinzip²⁵³. Diese Betrachtungsweise stellt rein formell darauf ab, daß die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite nach der Rechtsordnung gleichgewichtig seien, indem ihnen mit Streik bzw. Aussperrung gleichwertige Arbeitskampfmittel zur Verfügung stünden. Sie hat den Vorteil, daß sie eine genau vorhersehbare Bewertung der Arbeitskampfparität und damit auch der Kampfpraxis ermöglicht²⁵⁴. Sie wird jedoch der Rechtswirklichkeit im Arbeitskampf mit ihren tatsächlichen Kräfteverhältnissen nicht gerecht, da die Gefahr besteht, daß trotz formell gleicher Kampfmittel ein tatsächliches Machtungleichgewicht gegeben ist, aufgrund dessen eine Seite in der Lage wäre, den Tarfinhalt zu diktieren²⁵⁵.

Demgegenüber bezieht die materielle Paritätsbetrachtung die tatsächlichen Verhältnisse in die Betrachtung ein, weil ein funktionierendes Tarifvertragssystem mit seiner Richtigkeitsvermutung weder

²⁵¹ BVerfG 17, 313. 333 f.; a. A.: Däubler, AuR 1992, 1, 3.

²⁵² Schwarze, JuS 1994, 653, 657.

²⁵³ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Mayer-Maly, Anm. zu BAG, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG, Bl. 948; ders., DB 1979, 95, 98.

²⁵⁴ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 364 Rn. 9.

²⁵⁵ Wank, FS Kissel, 1225, 1240.

ein formal fingiertes noch ein normativ angeordnetes, sondern ein tatsächlich feststellbares Gleichgewicht der sozialen Gegenspieler voraussetzt. Innerhalb dieser materiellen Paritätsbetrachtung gibt es die sog. gesamtparitätische Betrachtungsweise, wonach die Paritätsfrage in jedem einzelnen Fall der Tarifverhandlung detailliert zu untersuchen und alle relevanten Merkmale festzustellen und zu bewerten seien, z. B. Lieferabkommen, Wettbewerbsverbote, sozialpsychologische Folgen der Massenarbeitslosigkeit, Möglichkeiten der Produktion auf Lager, Lagerhaltung, Berichterstattung der Presse, personelle Ausstattung der Arbeitgeberverbände, Bedeutung der Industrie- und Handelskammern sowie Einflußnahmemöglichkeiten auf die staatliche Wirtschaftspolitik²⁵⁶.

Diese weite Betrachtungsweise ist jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit sowie fehlender Überprüfungsmöglichkeit ebenfalls abzulehnen. Angesichts der Unklarheit über Art und Zahl der in die Betrachtung einzubeziehenden Faktoren und der Notwendigkeit der Bewertung dieser Faktoren in ihrer Relevanz für die beiderseitige Verhandlungsmacht, wäre die Rechtsprechung überfordert²⁵⁷. Daher wird das Paritätsgebot überwiegend dahin verstanden, daß bei einer längerfristigen und typisierenden Betrachtungsweise ein ungefähres Gleichgewicht zwischen den Parteien besteht, sog. abstrakt-materielle Parität²⁵⁸.

Der Große Senat des BAG hat insoweit im Beschluß vom 21.04.1971 die Bedingung aufgestellt, daß gewährleistet sein muß, „daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch Ausübung von Druck und Gegendruck zum Abschluß von Tarifverträgen und damit zu einer kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen kommt“²⁵⁹. In seiner Entscheidung vom 10.06.1980 folgt das BAG dieser Betrachtungsweise²⁶⁰: „Ein funktionierendes Tarifver-

²⁵⁶ Däubler, Arbeitskampfrecht, Rn. 47; vgl. Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 364 Rn. 11 Fn. 36.

²⁵⁷ Gamillscheg, KollArbR, S. 970 ff.; Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 364 f. Rn.12; Wank, FS Kissel, 1225, 1240.

²⁵⁸ BAG AP Nr. 43, 64 (Bl. 918 R), 65 (Bl. 935), 70, 81, 84, 127, 132 zu Art.9 GG Arbeitskampf; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 167 f.; Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 366 Rn. 18 ff.; Konzen, SAE 1991, 335, 339; Seiter, Streikrecht, S. 163 f.; Zöllner/Loritz, ArbR, S. 425.

²⁵⁹ BAG, AP Nr. 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.310 R.

²⁶⁰ BAG, AP Nr. 64 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.918.

tragssystem setzt annähernd gleichgewichtige Verhandlungschancen der sozialen Gegenspieler voraus. Das erforderliche Verhandlungsgleichgewicht läßt sich aber weder formal fingieren noch normativ anordnen, es muß wenigstens in groben Zügen tatsächlich feststellbar sein.“ Der Grundsatz der Parität muß „in generellen und abstrakt formulierten Regeln ausgedrückt werden und kann deshalb nur Kriterien erfassen, die einer typisierenden Betrachtung zugänglich sind. Situationsbedingte Vorteile, die sich im konkreten Arbeitskampf sehr stark auswirken mögen, bleiben notwendigerweise unberücksichtigt“²⁶¹. Diese Betrachtungsweise billigt auch das BVerfG²⁶²: „Verfassungsrechtlich unbedenklich ist auch, daß das BAG nicht alle denkbaren Einflußfaktoren des Wirtschafts- und Verteilungsprozesses in die Beurteilung der Paritätsfrage einbezogen, sondern allein darauf abgestellt hat, wie sich die Verhandlungsstärke der sozialen Gegenspieler beim Aushandeln von Tarifverträgen auswirkt und wie sie durch Arbeitskampfmittel beeinflußt werden kann. (...) Dies gilt auch, soweit sich das BAG bei seiner Einschätzung des Kampfgeschehens auf wenige Kriterien beschränkt, die einer typisierenden Betrachtung zugänglich sind. Diese vereinfachende Sicht dient der Klarheit und Kalkulierbarkeit des Arbeitskampfrechts und damit auch der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bei Arbeitskämpfen.“

Merkmal zur Bestimmung der Arbeitskampfparität ist also insbesondere die Funktionsfähigkeit bzw. Existenz des Arbeitskampfgegners, etwa im Hinblick auf seine finanzielle Kampffähigkeit (Streikkasse der Gewerkschaft und Solidaritätsfond des Arbeitgeberverbandes) oder seinen Organisationsgrad²⁶³. Auf Arbeitgeberseite können über die allgemeine Existenzgefährdung der Arbeitskampfparteien hinaus auch negative Auswirkungen des Arbeitskampfes von Bedeutung sein, die andere als die unmittelbar kampfbetroffenen Arbeitgeber betreffen („Fernwirkungen des Arbeitskampfes“)²⁶⁴. Während die Schäden des am Arbeitskampf unmittelbar beteiligten Arbeitgebers

²⁶¹ BAG, AP Nr. 64 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.918 R.

²⁶² BVerfGE 84, 212, 230.

²⁶³ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 368 Rn.28.

²⁶⁴ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 372 Rn.38 f..

allenfalls im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu bewerten sind, sind darüber hinausgehende Schäden für die Verhandlungsparität relevant, sofern der Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag geführt wird, und der ferngeschädigte Arbeitgeber diesem Verband angehört und damit der umkämpfte Tarifvertrag auch für ihn verbindlich sein wird. Diese Kriterien behalten ihre Gültigkeit auch in der modernen Arbeitswelt, in der nicht mehr unbedingt der unbefristete Flächenstreik und die unbefristete Flächenaussperrung zur Druckausübung auf den jeweiligen Arbeitskampfgegner erforderlich sind; denn die moderne Entwicklung der betrieblichen Organisation durch Technisierung und Automatisierung der Arbeitsabläufe ermöglicht der Arbeitnehmerseite ebenso wie der Arbeitgeberseite eine erleichterte Druckausübung und gilt somit als „arbeitskampfneutral“²⁶⁵.

Bei der Beurteilung, ob die Parität zwischen den Tarifvertragsparteien gestört ist, und welche Auswirkungen eine Regelung auf das Kräfteverhältnis hat, hat der Gesetzgeber allerdings einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum²⁶⁶. Dieser Abwägungsspielraum ist lediglich auf seine Überschreitung verfassungsrechtlich überprüfbar, etwa die Verkennung einzelner Belange oder die Fehlgewichtung²⁶⁷.

Daher ist der Staat zur Herstellung der Arbeitskampfparität verfassungsrechtlich erst verpflichtet, wenn die Verhandlungsfähigkeit bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit einen wirksamen Arbeitskampf zu führen offensichtlich nicht gewahrt ist. Somit kann es nur bei einem evidenten Machtungleichgewicht geboten sein, der unterlegenen Seite neue Maßnahmen zur Verfügung zu stellen, wenn das Kräftegleichgewicht durch den Einsatz der anerkannten Institute des Arbeitskampfrechts nicht aufrechterhalten werden kann: „Der Gesetzgeber ist (...) nicht verpflichtet, Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren

²⁶⁵ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 382 Rn. 67.

²⁶⁶ BVerfGE 57, 295, 321; Konzen, SAE 1996, 216, 218 f.; Schwarze, JuS 1994, 653, 658; Treber, Produktionsbehindernde Maßnahmen, S. 380.

²⁶⁷ MünchArbR-Otto, § 284 Rn. 24; Schwarze, JuS 1994, 653, 658.

Schwächen einer Koalition beruhen. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen.“²⁶⁸ Insoweit ist das Prinzip der Arbeitskampfparität identisch mit dem Prinzip der (aktiven) Staatsneutralität²⁶⁹, das dem Staat nur gebietet, paritätische Arbeitskampfbedingungen zu schaffen. Hierher gehört etwa die Begrenzung der Abwehraussperrung im Arbeitskampfgebiet durch die sog. Aussperrungsquoten, die sie bei Überschreitung unzulässig machen²⁷⁰.

(2) Verhältnismäßigkeitsprinzip (Übermaßverbot)

Soweit die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts betroffen ist, dient das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Verhältnismäßigkeitsprinzip bzw. Übermaßverbot²⁷¹ als Maßstab für die generelle Zulässigkeit von Arbeitskampfmitteln (sog. öffentlich-rechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip)²⁷². Danach müssen Arbeitskampfmaßnahmen typischerweise geeignet und erforderlich zur wirksamen Verfolgung des Koalitionszwecks sein und dürfen in ihren Belastungen nicht außer Verhältnis zu dieser Funktion stehen. Unter diesem Aspekt steht das Prinzip der Verhältnismäßigkeit also in Wechselwirkung zum Prinzip der Arbeitskampfparität, welches überwiegend als Bezugspunkt der Prüfung der Verhältnismäßigkeit bzw. Erforderlichkeit eines Kampfmittels anerkannt ist²⁷³.

Dies hat das BAG ausdrücklich klargestellt²⁷⁴: „Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat keine selbständige Bedeutung neben der

²⁶⁸ BVerfGE 92, 365, 394 ff..

²⁶⁹ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl.224 R; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 162; Däubler, Arbeitskampfrecht, Rn. 83; Seiter, Streikrecht, S. 173 ff..

²⁷⁰ BAG, AP Nr. 64 (Bl. 925), 65 (Bl.941 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampf; zu den Aussperrungsquoten s. u. 3. Teil, 1. Kapitel A II 3c) ee).

²⁷¹ BVerfGE 23, 127, 133.

²⁷² Konzen, AcP 1977, 473; 512; ders., DB 1990, Beilage 6, S.9; Seiter, Streikrecht, S. 148 ff.; ders., RdA 1981, 65, 76.

²⁷³ BAG, AP Nr. 43 (Bl. 310 R), 64 (Bl. 923), 65 (Bl. 939), 84 (Bl. 369) 124 (Bl. 185) zu Art.9 GG Arbeitskampf; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 196; Konzen, SAE 1977, 235, 237; KassArbR-Kalb, S. 1824 Rn.130; MünchArbR-Otto, § 285 Rn.123; Seiter, Streikrecht, S. 172.

²⁷⁴ BAG, AP Nr.84 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.368.

Frage, welche Kampfmittel den beiden kämpfenden Parteien zur Verfügung stehen müssen. Letzterenfalls geht es um das Arsenal zulässiger Kampfmittel; hier wird entschieden, welche Kampfmittel den Gewerkschaften und Arbeitgebern nach der Kampfordnung überhaupt zur Verfügung stehen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit befaßt sich demgegenüber mit der Frage, ob und unter welcher Voraussetzung ein Kampfmittel im Einzelfall eingesetzt werden darf.“

Grundsätzlich dient dieses sog. privatrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip²⁷⁵ auch der weiteren Überprüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit von Grundrechtseingriffen im konkreten Fall. Da im Arbeitskampfrecht jedoch die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmitteln zur Wahrung der Tarifautonomie prognostizierbar sein muß und die typisierte Eignung und Erforderlichkeit eines Arbeitskampfmittels bereits im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips festgestellt wird, darf die konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht dazu führen, diese Typisierung dadurch wieder aufzuheben, daß das Arbeitskampfmittel konkret nicht für erforderlich gehalten wird²⁷⁶. Es gibt daher im Arbeitskampfrecht keine konkrete Eignungs- und Erforderlichkeitskontrolle, sondern lediglich eine Verhältnismäßigkeitskontrolle im engeren Sinne, die im Privat- wie im Arbeitskampfrecht auf eine Exzeßkontrolle hinausläuft²⁷⁷. Ein konkretes Bewertungsverfahren hätte auch den Nachteil, daß es ein abschließendes Urteil über die generelle Zulässigkeit eines Arbeitskampfmittels erst im aktuellen Einzelfall ermöglichen und daher zu erheblichen Unsicherheiten bei der Anwendung neuer Arbeitskampfmittel führen würde. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip dient im Arbeitskampfrecht also lediglich dazu, die Zweck-Mittel-Relation im konkreten Fall zu prüfen, d. h. ob der Einsatz des Arbeitskampfmittels in der konkreten Verhandlungs- oder Kampfsituation zur

²⁷⁵ Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 19; Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 9; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 138; Seiter, Streikrecht, S. 150 ff.; ders., RdA 1981, 65, 76.

²⁷⁶ Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 9.

²⁷⁷ Konzen, SAE 1991, 335, 340; Scholz, ZfA 1990, 377, 400.

Durchsetzung des Tarifvertrages oder zur Abwehr von anderen Arbeitskampfmitteln unverhältnismäßig ist.

(3) Umfassende Arbeitskampfgarantie?

Demgegenüber wird die Arbeitskampfgarantie innerhalb der Literatur teilweise umfassend verstanden²⁷⁸. Dazu wird statt der Herstellung einer Verhandlungs- und Arbeitskampfparität die Verwirklichung einer bestimmten Kampfaktik²⁷⁹ oder die Willensbeeinflussung des Kampfgegners²⁸⁰ als Zweck des Einsatzes von Kampfmitteln angesehen, die jedoch vor dem Hintergrund, daß der Arbeitskampf ein Hilfsmittel der Tarifautonomie ist, keine Selbstzwecke darstellen können. Entsprechendes gilt für die Druckausübung auf den Kampfgegner, die nichts anderes als Willensbeeinflussung darstellt²⁸¹.

Kornbichler wendet insoweit ein, daß der Bezugspunkt der Arbeitskampfparität in einem prinzipiell paritätischen Arbeitskampsystem der Anerkennung neuer Arbeitskampfmittel von vornherein entgegensteht²⁸². Die Herstellung der Verhandlungsparität taue nicht als Bezugspunkt, da dieses Kriterium nicht erkläre, warum das Arbeitskampfrecht nicht auch solche Arbeitskampfmittel zur Verfügung stellen dürfe, die zwar keine gleichgewichtige Auseinandersetzung ermöglichen, aber eine gleichgewichtige Auseinandersetzung nicht stören würden²⁸³. Gehe man für die gegenwärtige Situation des Arbeitskampfrechts von einem prinzipiell bestehenden Kräftegleichgewicht aus, so hätte der Bezugspunkt der Herstellung der Verhandlungsparität zur Folge, daß jedes neue Arbeitskampfmittel gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße und damit rechtswidrig sei. Die Wahl der Arbeitskampfparität als Bezugspunkt bedeute eine Vermischung von Paritätsprinzip und Verhältnismäßig-

²⁷⁸ Mayer, AiB 1995, 135 f.; vgl. auch Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 374 Rn. 46, der wegen des „Dilemmas der Paritätsbetrachtung“ jedes denkbare Arbeitskampfmittel, das nicht per se in jedem denkbaren Fall eindeutig geeignet ist, die Verhandlungsparität empfindlich zu stören, als mit dem Paritätsgebot dem Grunde nach vereinbar ansieht, und die Frage der Zulässigkeit seines Einsatzes im konkreten Arbeitskampf nach den Merkmalen des Verhältnismäßigkeitsprinzips bewerten will.

²⁷⁹ Löwisch, ZfA 1971, 319, 326 ff..

²⁸⁰ von Hoyningen-Huene, JuS 1987, 505, 507 f..

²⁸¹ so aber Kornbichler, Stillelegung, S. 316 ff..

²⁸² Kornbichler, Stillelegung, S. 314.

²⁸³ Kornbichler, Stillelegung, S. 313.

keitsprinzip²⁸⁴. Daher sei das Prinzip der Arbeitskampfparität allein zur Beantwortung der Frage der institutionellen Zulässigkeit eines Arbeitskampfmittels ungeeignet²⁸⁵. Entscheidend für die grundsätzliche Anerkennung eines Arbeitskampfmittels durch Art. 9 Abs. 3 GG sei vielmehr die Vereinbarkeit mit dem arbeitskampfrechtlichen Gefüge, insbesondere die Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Koalitionsfreiheit der belasteten Arbeitnehmer²⁸⁶. Die Behauptung, daß sich der Arbeitgeber ein Arbeitskampfmittel durch Darlegung von dessen Unverzichtbarkeit oder Erforderlichkeit für die Wahrung oder Herstellung der Arbeitskampfparität erst argumentativ erkämpfen müsse, führe zur Umkehrung der Funktion der arbeitskampfrechtlichen Prinzipien und entbehre jeder sachlichen Grundlage²⁸⁷. Ein Arbeitskampfmittel, das nicht gegen das Prinzip der Kampfparität verstoße, lasse sich noch lange nicht aus diesem Prinzip rechtfertigen²⁸⁸. Damit würde letztlich die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Arbeitskampfmittels einerseits, andererseits nach der Rechtmäßigkeit einer bestimmten Anwendungsform dieses Arbeitskampfmittels vermischt und eine Rechtsunsicherheit geschaffen²⁸⁹. Gleichwohl nehme die Paritätskontrolle bei der Überprüfung der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Arbeitskampfmittels die Verhältnismäßigkeitskontrolle im Verhältnis zum Kampfgegner vorweg (Präjudizialität)²⁹⁰. Ein Arbeitskampfmittel, das mit dem Paritätsprinzip vereinbar sei in dem Sinne, daß es keine erheblichen Imparitäten verursache, erfülle aber lediglich die erste Voraussetzung für die Zugehörigkeit zum Kampfmittelarsenal²⁹¹. Gegen ein solches Verständnis der Arbeitskampfgarantie spricht jedoch, daß Art. 9 Abs. 3 GG nicht die uneingeschränkte Befugnis gewährleistet, alle denkbaren Kampfformen einzusetzen²⁹². Dies kann

²⁸⁴ Kornbichler, *Stillegung*, S. 315.

²⁸⁵ Kornbichler, *Stillegung*, S. 242 ff.; vgl. Zöllner, DB 85, 2450, 2554, der dem Paritätsprinzip nur kampfmittelbegrenzende, nicht kampfmittelbegründende Funktion zuweist.

²⁸⁶ Kornbichler, *Stillegung*, S. 245 f..

²⁸⁷ Kornbichler, *Stillegung*, S. 242.

²⁸⁸ Kornbichler, *Stillegung*, S. 174.

²⁸⁹ Kornbichler, *Stillegung*, S. 242.

²⁹⁰ Kornbichler, *Stillegung*, S. 327.

²⁹¹ Kornbichler, *Stillegung*, S. 245.

²⁹² BVerfGE 84, 212, 229.

auch nicht aus der modifizierten Kernbereichslehre des BVerfG gefolgert werden, wonach die Koalitionsfreiheit zwar alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen umfaßt, allerdings unter dem Vorbehalt der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung²⁹³. Denn die Koalitionsfreiheit hat eine Ausgestaltung gerade durch die grundlegende Auffassung des BAG erhalten, „daß Arbeitskampfmaßnahmen der Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts bei Tarifauseinandersetzungen (Verhandlungsparität) dienen und an diesem Zweck zu messen seien“²⁹⁴. Wie bereits ausgeführt, ist dazu keine konkrete, sondern eine abstrakte Eignungs- und Erforderlichkeitskontrolle notwendig²⁹⁵. Daher ist der Ansatz *Kornbichlers*, der auf eine konkrete Verhältnismäßigkeitskontrolle hinausläuft²⁹⁶, abzulehnen.

Auch das Bedenken, daß die Arbeitskampfparität als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Ausbildung neuer Arbeitskampfmittel entgegenstehe, greift nicht, da das für die Rechtswirklichkeit anzunehmende paritätische Arbeitskampsystem im Hinblick auf Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der ständigen Überwachung bedarf, die bei der Überprüfung neuer Arbeitskampfinstitute inzidenter erfolgt. Insoweit ist auch die Aussagekraft der bisherigen Arbeitskampfpraxis nur beschränkt, weil sich das Arbeitskampfrecht auch in etwaigen Krisenzeiten bewähren muß²⁹⁷. Die bloße Tatsache einer Neuschöpfung entbindet nicht von der Untersuchung, ob die gewählte Handlungsform auch tatsächlich vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als erforderlich für die Sicherstellung der darin enthaltenen Gewährleistungen erscheint²⁹⁸. Also sind Arbeitskampfmittel nach Art. 9 Abs. 3 GG am Grundsatz der materiellen Arbeitskampfparität auszurichten, d. h. den Arbeitskampfparteien müssen diejenigen Arbeitskampfmittel eingeräumt werden, die erforderlich sind, um ihre Interessen beim Abschluß von

²⁹³ s. u. 2. Teil, 2. Kapitel A II 1b).

²⁹⁴ BVerfGE 84, 212, 229.

²⁹⁵ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) cc) (2).

²⁹⁶ Kornbichler, Stillelegung, S. 322 ff..

²⁹⁷ BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 918 R.

²⁹⁸ Schultheis, Stillelegungsbefugnis, S. 265.

Tarifverträgen gleichgewichtig und wirksam zur Geltung zu bringen²⁹⁹.

II. Grundrechtssystematik

Art. 9 Abs. 3 GG ist trotz seiner Besonderheiten ein normales Grundrecht in Gestalt eines Freiheitsrechts. Nach der anerkannten Grundrechtssystematik setzt die Verletzung eines Grundrechts einen rechtswidrigen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts voraus³⁰⁰. Bei Freiheitsrechten liegt ein Eingriff in den Schutzbereich vor, wenn der grundrechtlich geschützte Freiheitsbereich nachteilig in seiner Abwehrfunktion betroffen ist³⁰¹. Der Eingriff ist rechtswidrig, wenn er nicht durch eine ihrerseits rechtmäßige Grundrechtsschranke gedeckt ist. Fehlt ein ausdrücklicher Schrankenvorbehalt im jeweiligen Grundrecht, kann er durch einen verfassungsimmanenten Schrankenvorbehalt ersetzt werden, wenn kollidierende Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechtswerte gegenüber dem geltend gemachten Grundrecht überwiegen³⁰².

1. Schutzbereich

Der Schutzbereich eines Grundrechts umfaßt die Menge jener Verhaltensweisen, die nach dem Wortlaut des entsprechenden Grundrechts geschützt sind. Damit ist sowohl das Handeln (sog. positive Freiheit) als auch das Unterlassen (sog. negative Freiheit) gemeint³⁰³. Wie vorhin ausgeführt beinhaltet der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionsfreiheit in Gestalt der Koalitionsbestands- und Koalitionsbetätigungsgarantie³⁰⁴. Damit ist jedoch noch keine Aussage über die Reichweite des Schutzbereichs getroffen,

²⁹⁹ Seiter, JA 1979, 337, 342.

³⁰⁰ Ipsen, Staatsrecht II, Rn.105 ff.; Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn.25 ff.; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn.195 ff. jeweils m. w. N..

³⁰¹ vgl. Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn.20.

³⁰² BVerfGE 28, 243, 261; 30, 173, 193; 47, 46, 76; 67, 213, 228; 83, 130, 139 ff.; 84, 212, 228; 92, 26, 41; BAG, AP Nr. 87 zu Art.9 GG, Bl.1506 R; Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn.45 ff.; von Münch/Kunig-Münch, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn. 57; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn.756 ff.; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 152 f..

³⁰³ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 231.

³⁰⁴ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 1a).

von der schließlich abhängt, ob eine Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt.

a) Kernbereichslehre

Das BVerfG hat den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ursprünglich nur als Kernbereichsgarantie³⁰⁵ verstanden, wonach nur die für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalition unerläßlichen Maßnahmen vom Grundrechtsschutz umfaßt waren. Diese Kernbereichslehre ist in der Literatur vor allem deshalb kritisiert worden, weil sie keinen praktischen Maßstab zur Bestimmung des Grundrechtsschutzes und seiner Schranken bilden und das Verhältnis von Grundrechtsgewährleistung und Grundrechtsbeschränkung zu sehr relativieren würde³⁰⁶. Mit seiner Entscheidung vom 14.11.1995³⁰⁷ hat das BVerfG die Kernbereichslehre allerdings modifiziert und klargestellt, daß der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nicht von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung und auf den Bereich des Unerläßlichen reduziert sei, sondern sich vielmehr auf alle Verhaltensweisen erstrecke, die koalitionsspezifisch seien. Die Unerläßlichkeit einer Betätigung für die Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit könne demgegenüber erst bei der Frage Bedeutung erlangen, ob eine Einschränkung dieser Freiheit zulässig sei³⁰⁸. Ausgangspunkt dieser Überlegung sei die Überzeugung, daß das Grundgesetz die Betätigungsfreiheit der Koalitionen nicht schrankenlos gewährleiste, sondern eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber zulasse; dabei umschreibe die Kernbereichsformel die zu beachtende Grenze, die dann überschritten werde, soweit die einschränkende Regelung nicht zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sei³⁰⁹. Der Gesetzgeber sei auch dort, wo er – außerhalb des Kernbereichs – koalitionsmäßige Betätigungen ausgestaltend regele, zu einer Rücksichtnahme auf die Koalitionen und

³⁰⁵ BVerfGE 28, 295, 304; vgl. auch 17, 319, 333 f.; 19, 303, 321 ff.; 38, 281, 305; 38, 386, 393; 50, 290, 368; 57, 220, 245 f..

³⁰⁶ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 265 m. w. N..

³⁰⁷ BVerfGE 93, 352 ff..

³⁰⁸ BVerfGE 93, 352, 358.

³⁰⁹ BVerfGE 93, 352, 359.

ihre Mitglieder verpflichtet. Eine solche Bindung des Gesetzgebers lasse sich aber nur aus einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz der Koalitionsfreiheit rechtfertigen, der sachlich über den Kernbereich hinausgehe³¹⁰.

Damit wird im Ergebnis zu Recht und in Übereinstimmung mit der herrschenden Literaturmeinung die vorbehaltlose, nicht durch die Kernbereichslehre begrenzte, aber ausgestaltungsbedürftige Gewährleistung der Koalitionsfreiheit entsprechend der allgemeinen Grundrechtsdogmatik anerkannt³¹¹.

b) Ausgestaltung

Die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG garantierte Koalitionsfreiheit bedarf zu ihrer optimalen Entfaltung allerdings der gesetzlichen Ausgestaltung³¹². Indem sie das Grundrecht konkretisiert und eine effektive Grundrechtsausübung erst ermöglicht, gehört sie systematisch zum Schutzbereich des Grundrechts³¹³.

aa) Ausgestaltung als Grundrechtskonkretisierung

Im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG hat der Gesetzgeber den Auftrag, den Sozialpartnern in Gesetzesform Grund- und Rahmenbedingungen zur Verfügung zu stellen, die den Vollzug des Tarifvertragssystems regeln und seine Wirkung in die allgemeine Rechtsordnung einfügen³¹⁴: Die Ausgestaltung „besteht nicht nur in der Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausüben zu können, sondern auch in vielfältigen gesetzlichen Regelungen, die der Koalitionsfreiheit auch Schranken ziehen können; dies umso mehr, als der Gegenstand der Gewährleistung auf sich wandelnde wirtschaftliche

³¹⁰ BVerfGE 93, 359 f..

³¹¹ Butzer, RdA 1994, 375, 377 f.; Gröbing, AuR 1986, 297 ff.; Hennisler, ZfA 1998, 1, 8 ff.; Herschel, AuR 1981, 265, 268; Jacobs, Tarifkonkurrenz, S. 421 ff.; Schwarze, JuS 1994, 653, 657 f.; Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG, S. 12 f.; Treber, Produktionsbehindernde Maßnahmen, S. 371 ff.; Wank, Anm. zu BVerfG, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG, Bl. 181 f.; a. A.: Gamillscheg, KollArbR, S. 230; Konzen, SAE 1991, S. 335, 338 f.; ders., SAE 1996, 216, 217, 219 f..

³¹² BVerfGE 50, 290, 368.

³¹³ vgl. Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 25.

³¹⁴ BVerfGE 28, 295; 50, 290, 368 f.; vgl. Wiedemann, FS Stahlhacke, 675, 680.

und soziale Bedingungen bezogen ist, die mehr als bei anderen Freiheitsrechten die Möglichkeit zu Modifikationen und Fortentwicklungen lassen müsse³¹⁵. Dieser Ausgestaltungs- und Konkretisierungsauftrag soll die funktionellen sowie die organisatorischen Voraussetzungen und Handlungsmöglichkeiten der Koalitionen im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung auf tragfähige und funktionsgerechte Grundlagen stellen³¹⁶. Dabei geht es zum einen um die funktionelle Sicherung der Koalitionsfreiheit, zum anderen um die Wahrung der Koalitionsfreiheit als Gestaltungs- und Regelungsautonomie der Koalitionen. Im Bereich der Tarifautonomie sind z. B. die Bestimmungen des Tarifvertragsgesetzes, die die Wirkung von Tarifverträgen betreffen, als ausgestaltende Regelungen anzusehen. Auch soweit Regelungen des Arbeitskampfrechts darauf gerichtet sind, die kollidierenden Grundrechte der Arbeitskämpfparteien so auszugleichen, daß die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gewahrt bleibt bzw. gefördert wird, ist eine Kompetenz des Staates zur Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit zu bejahen³¹⁷.

bb) Grenzen der Ausgestaltung

Ob und wie eine Grundrechtsausgestaltung vorgenommen werden darf, muß durch Auslegung des entsprechenden Grundrechts bestimmt werden. Dabei unterliegt die Ausgestaltung auch Grenzen, die jedoch nicht der allgemeinen Grundrechtsschrankensystematik, sondern eigenen Prüfungsmaßstäben folgen³¹⁸. Nach dem BVerfG ist eine Regelung mit Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls dann unvereinbar, „wenn sie dazu führt, daß die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewahrt bleibt und ihre koalitionsmäßige Betätigung weitergehend beschränkt wird, als es zum Ausgleich der beiderseitigen Grundrechtspositionen erforderlich ist“³¹⁹. „Zum einen erfordert der Umstand, daß beide Ta-

³¹⁵ BVerfGE 50, 290, 368.

³¹⁶ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 167 (S. 133).

³¹⁷ BVerfGE 88, 103, 115.

³¹⁸ Konzen, SAE 1996, 216, 219.

³¹⁹ BVerfGE 92, 365, 395.

rifvertragsparteien den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG prinzipiell gleichermaßen genießen, bei seiner Ausübung aber in scharfem Gegensatz zueinander stehen, koordinierende Regelungen, die gewährleisten, daß die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen können. Zum anderen macht die Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln rechtliche Rahmenbedingungen erforderlich, die sichern, daß Sinn und Zweck des Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben³²⁰. „Die Koalitionsfreiheit ist ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht. Grundsätzlich können ihr daher nur zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Güter Schranken gesetzt werden. Das schließt allerdings eine Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers nicht aus, soweit er Regelungen trifft, die erst die Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Freiheitsrechts bilden. Das gilt insbesondere dort, wo es um die Regelung der Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen geht (...). Die Ausgestaltung muß sich jedoch am Normziel von Art. 9 Abs. 3 GG orientieren und darf die Parität der Tarifpartner nicht verfälschen“³²¹. Danach ist Ausgestaltung zum Schutz von anderen nicht notwendig mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtsgütern, die durch die koalitionsrechtlichen Verfahren, insbesondere durch die Tarifautonomie, tangiert werden, zulässig, soweit sie das Normziel der Koalitionsfreiheit³²² und das Verhältnismäßigkeitsprinzip³²³ beachtet; andernfalls ist die Ausgestaltung verfassungswidrig³²⁴. Ist nur das ausgestaltete Grundrecht selbst betroffen, so benötigt der Gesetzgeber für die Ausgestaltung keinen Rückgriff auf kollidierendes Verfassungsrecht.

³²⁰ BVerfGE 88, 103, 115.

³²¹ BVerfGE 92, 36, 42.

³²² Jacobs, Tarifeinheit, S. 429; Jarass/Pieroth, GG, Art. 9 Rn. 34; Konzen, SAE 1996, 216, 219.

³²³ Butzer, RdA 1994, 375, 380 f.; Jacobs, Tarifeinheit, S. 429; Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 26, Art. 9 Rn. 34; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 271; Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 56; Rieble, Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 21; Umbach/Clemens, GG, Art. 9 GG Rn. 142; Wank, Anm. zu BVerfG, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG, Bl. 182.

³²⁴ Butzer, RdA 1994, 375, 378; Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 25; Treber, Produktionsbehindernde Maßnahmen, S. 380; Wiedemann, FS Stahlhacke, 675, 682.

Ob auch die Wesensgehaltgarantie im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG eine Grenze der Ausgestaltung darstellt, ist wegen der zum Teil synonymen Verwendung der Begriffe „Kernbereich“, „Wesensgehalt“ und „Bereich des Unerläßlichen“ unklar³²⁵. Nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG zur Kernbereichslehre soll die Wesensgehaltsgarantie dazu dienen, die vorbehaltlose Gewährleistung der Koalitionsfreiheit im Rahmen der Ausgestaltung und Beschränkung zu begrenzen³²⁶. Dafür spricht auch, daß der Zweck der Wesensgehaltsgarantie, eine Aushöhlung der Grundrechte zu verhindern, nicht nur im Rahmen der Grundrechtsbeschränkung, sondern auch im Rahmen der Grundrechtsausgestaltung von Bedeutung ist³²⁷.

2. Eingriff

Bei einem Eingriff ist zu prüfen, ob er durch eine rechtmäßige Grundrechtsschranke gerechtfertigt ist. Die anerkannte Grundrechtsdogmatik unterscheidet den klassischen unmittelbaren vom mittelbaren Grundrechtseingriff³²⁸.

Ein unmittelbarer Eingriff liegt vor, wenn eine Regelung den Grundrechtsadressaten zielgerichtet und unmittelbar belastet, sog. imperative Einwirkung³²⁹. Dagegen stellen mittelbare Beeinträchtigungen einen Grundrechtseingriff dar, wenn sie in ihren mittelbaren Auswirkungen von einigem Gewicht und nicht als geringfügig einzustufen sind³³⁰. Hierher gehören auch die faktischen Eingriffe in Form von Realakten, die zu keiner verbindlichen Regelung führen, sondern eine geschützte Tätigkeit behindern oder gefährden, sowie die influenzierenden Einwirkungen, mit denen eine Grundrechtsausübung zwar nicht verboten, der Verzicht darauf aber mit einem Vorteil verknüpft wird, sog. Anreizeinwirkungen³³¹. Ob ein Eingriff geringfügig

³²⁵ vgl. Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 265 ff..

³²⁶ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A II 1 a).

³²⁷ Jacobs, Tarifeinheit, S. 430; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 266; Henssler, ZfA 1998, 1, 12 ff.; im Ergebnis ebenso Konzen, SAE 1996, 216, 219; Rieble, Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG, S. 21; Scholz, SAE 1996, 320, 323; Wiedemann, FS Stahlhacke, 675, 682.

³²⁸ von Münch/Kunig-Löwer, GG, Art. 9 Rn. 76.

³²⁹ Jarass/Piero, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 25.

³³⁰ Jarass/Piero, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 26.

³³¹ Jarass/Piero, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 26.

ist, beurteilt sich nach der Stärke der Einwirkung, dem Schutzzweck des jeweiligen Grundrechts sowie der Finalität des Eingriffs³³². Zur Beurteilung eines Eingriffs in die Koalitionsfreiheit wendet das BAG außerdem das Kriterium der „Sozialadäquanz“ an, d. h. der Zumutbarkeit einer Einwirkung unter Berücksichtigung des Gerechtigkeitsempfindens³³³: „Zu den Grenzen der Funktionsgarantie der Koalitionen gehört (...) auch, daß eine Koalition von der gegnerischen Koalition nichts Unzumutbares verlangen darf. Im Verhältnis zwischen Koalitionen gilt § 242 BGB mit dem gleichen Gewicht wie im individuellen Rechtsverkehr. § 242 BGB verbietet es, sich einfach über die Belange des anderen hinwegzusetzen und die eigenen Interessen in einer für den anderen unzumutbaren Weise durchzusetzen.“

a) Grundrechtsschranken

Die Einschränkung von Grundrechten kann entweder durch einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt im konkreten Grundrecht oder durch kollidierendes Verfassungsrecht erfolgen. Ein Gesetzesvorbehalt ermächtigt den Gesetzgeber zu einer Beschränkung, Beeinträchtigung oder Regelung im Schutzbereich des Grundrechts³³⁴. Je nachdem, wie spezifisch die Anforderungen an die Ermächtigunggrundlage sind, liegt ein einfacher oder ein qualifizierter Gesetzesvorbehalt (z. B. Art. 6 Abs. 3, Art. 8 Abs. 2, Art. 11 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2 und 3 GG) vor. In der Regel sehen Gesetzesvorbehalte eine Einschränkung durch oder aufgrund eines Gesetzes vor, d. h. die Einschränkung kann unmittelbar durch förmliches Gesetz oder aufgrund eines solchen durch untergesetzliche Normen oder Verwaltungsakte erfolgen. Dagegen sind die vereinzelt Ermächtigungen zu näherer Regelung (z. B. Art. 4 Abs. 3 S. 2, Art. 12a Abs. 2 S. 3, Art. 38 Abs. 3, Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG) keine Gesetzesvorbehalte, sondern Ausgestaltungsmöglichkeiten.

³³² Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 26.

³³³ BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, Bl. 352 R, 354.

³³⁴ Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 40.

Als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht wird die Koalitionsfreiheit vor allem durch verfassungsimmanente Schranken, also kollidierendes Verfassungsrecht eingeschränkt³³⁵. In Betracht kommt die Kollision der Koalitionsfreiheit mit Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit), Art. 3 GG (Gleichheitssatz), Art. 4 GG (Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit), Art. 5 Abs. 1 und 3 GG (Recht der freien Meinungsäußerung und Information; Freiheit von Kunst und Wissenschaft), Art. 6 GG (Schutz von Ehe und Familie), Art. 9 Abs. 1 und 3 GG (Vereinigungsfreiheit und Koalitionsfreiheit), Art. 12 GG (Berufsfreiheit) und Art. 14 GG (Gewährleistung des freien Eigentums) sowie mit sozialstaatlich zu gewährleistenden Allgemeininteressen³³⁶. Aus Art. 14 GG folgt letztlich auch das Verbot des ruinösen Arbeitskampfes, wonach Kampfmaßnahmen nicht die Existenz des Betriebs gefährden dürfen, sowie die Pflicht, während des Arbeitskampfes Notdienst- und Erhaltungsarbeiten im Betrieb zu leisten³³⁷. Soweit jedoch verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter betroffen sind, sind diese nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz auszugleichen, wonach nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren³³⁸. Ist dies nicht möglich, so ist unter Berücksichtigung der falltypischen Gestaltung und der besonderen Umstände des Einzelfalles nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden, welches Interesse zurückzutreten hat³³⁹.

Außerdem unterliegt die Koalitionsfreiheit trotz ihrer vorbehaltlosen Garantie und systematischen Stellung nach herrschender Meinung dem Schrankenvorbehalt des Art. 9 Abs. 2 GG, da die Koalitionsfreiheit als spezielle Vereinigungsfreiheit mit der allgemeinen Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG zusammenhängt³⁴⁰. Demzufolge darf ein Arbeitskampf nicht gegen die allgemeinen Strafgesetze, die

³³⁵ BVerfGE 94, 268, 284.

³³⁶ BVerfGE 84, 212, 228; 100, 271, 283 f.; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 319, 365 ff..

³³⁷ Seiter, Streikrecht, S. 532 ff., 546 ff. m. w. N..

³³⁸ BVerfGE 93, 1, 21 m. w. N.; Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 317 ff..

³³⁹ BVerfGE 35, 202, 225; 59, 231/261 ff.; 67, 213, 228; Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 49; von Münch/Kunig-Münch, GG, Vorb. Art. 1-19 Rn. 47.

³⁴⁰ vgl. nur Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 336 ff. m. w. N..

verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung verstoßen. Aus diesem Grund sind Arbeitskämpfe zur Erzwingung hoheitlicher Maßnahmen oder zur Herbeiführung einer staatlichen Neuordnung (sog. politische Arbeitskämpfe) verfassungswidrig, da sie kein koalitionsrechtliches, sondern ein allgemeinpolitisches Kampfziel verfolgen³⁴¹.

b) Abgrenzung zur Ausgestaltung

Problematisch ist die Abgrenzung zwischen Grundrechtsschranke und Grundrechtsausgestaltung dort, wo das jeweilige Grundrecht durch die Ausgestaltung begrenzt wird³⁴². Fraglich ist insbesondere, ob eine zulässige Grundrechtsausgestaltung eine Grundrechtsbeeinträchtigung ausschließt oder eine zusätzliche Rechtfertigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen darstellt.

Als Abgrenzungskriterien werden etwa die Intensität des Eingriffs³⁴³, die Intention des Gesetzgebers³⁴⁴ oder die Qualität der Regelung als Allgemein- oder Einzelfallregelung³⁴⁵ diskutiert. Als weiteres Abgrenzungskriterium bietet sich der Norm- bzw. Schutzzweck der Regelung an³⁴⁶. Danach ist eine Regelung, die eine Handlung im Schutzbereich des Grundrechts ermöglichen soll, die zu dessen Gebrauch erforderlich ist, Grundrechtsausgestaltung³⁴⁷. Eine Regelung, die anderen Rechtsgütern als der Entfaltung des auszugestaltenden Grundrechts dient, und deshalb ein Verhalten in dessen Schutzbereich zu verhindern beabsichtigt, ist Grundrechtsschranke³⁴⁸. Während es bei der Grundrechtsausgestaltung also um die Grund- und Rahmenbedingungen der grundrechtlich geschützten Betätigung geht, handelt es sich bei Grundrechtsschranken um die Gestaltung konkreter inhaltlicher Einzelfragen durch den Gesetzgeber³⁴⁹. Zwi-

³⁴¹ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) cc); g.h. M. vgl. nur Seiter, Streikrecht, S. 121 Fn. 73 m. w. N.; a. A.: Däubler-Schumann, Arbeitskampfrecht, Rn. 187 ff..

³⁴² Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 151.

³⁴³ Schwarze, JuS 1994, 653, 658.

³⁴⁴ Jacobs, Tarifeinheit, S. 433; Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG, S. 15.

³⁴⁵ Wank, Anm. zu BVerfG, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG, Bl. 181 R.

³⁴⁶ vgl. Thüsing, Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG, S. 15.

³⁴⁷ Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 35; Konzen, Anm. zu BVerfG, SAE 1996, 216, 219.

³⁴⁸ Jarass/Pieroth, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 38.

³⁴⁹ Wank, Anm. zu BVerfG, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG, Bl. 181 R.

schen Ausgestaltung und Grundrechtsschranke bestehen also strukturelle Unterschiede.

An einer Grundrechtsbeeinträchtigung fehlt es, wenn es sich um eine zulässige Ausgestaltung handelt, auch wenn dies zu ungünstigen Rückwirkungen für bestimmte an sich geschützte Grundrechtsausübungen führt³⁵⁰. Handelt es sich dagegen nicht um eine zulässige Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit, kann jede beeinträchtigende Regelung im Sinne des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG einen Eingriff in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit darstellen³⁵¹.

Da die Übergänge zwischen Ausgestaltung und Grundrechtsschranke im Einzelfall allerdings fließend sein können und die Grundrechtsschranken – wie bereits ausgeführt – höheren verfassungsmäßigen Anforderungen unterliegen, besteht bei einem extensiven Ausgestaltungsverständnis die Gefahr der Umgehung dieser Anforderungen³⁵². Daher ist im Zweifel von einer Grundrechtsschranke auszugehen³⁵³.

3. Grundrechtsschranken-Schranken

Der Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn er auf einer Grundrechtsschranke beruht, die ihrerseits rechtmäßig ist, sog. Schranken-Schranken-Prüfung³⁵⁴.

Die Rechtmäßigkeit einer Grundrechtsschranke beurteilt sich im einzelnen anhand des Einzelfallgesetzverbotes (Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG), des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 20 Abs. 3 GG) und des Zitiergebotes (Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG)³⁵⁵. Außerdem müssen Eingriffe ebenso wie Ausgestaltungen das Verhältnismäßigkeitsprinzips sowie die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) beachten³⁵⁶. Eine weitere Grenze möglicher Einschränkungen enthält schließlich Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG, wonach sich die dort aufgeführten im Grundgesetz

³⁵⁰ Jarass/Piero, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 34.

³⁵¹ Jarass/Piero, GG, Art. 9 Rn. 32.

³⁵² Jarass/Piero, GG, Vorb. vor Art. 1 Rn. 26.

³⁵³ Jacobs, Tarifeinheit, S. 433.

³⁵⁴ Piero/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 315 ff..

³⁵⁵ Piero/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 317.

³⁵⁶ Piero/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 279 ff., 298 ff.; Umbach/Clemens, GG, Art. 9 Rn. 142, 146.

vorgesehenen Notstandsmaßnahmen nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen.

a) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eines Eingriffs kommt es darauf an, ob der Grundrechtseingriff geeignet, erforderlich und angemessen bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne zum Schutz des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts ist³⁵⁷. Die Erforderlichkeit eines Eingriffs ist gegeben, wenn keine gleich geeignete, für den betroffenen Grundrechtsträger mildere Maßnahme in Betracht kommt. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne hängt davon ab, ob das Ziel des Eingriffs in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des verletzten Grundrechts steht. Hierbei ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip der entscheidende Maßstab zur Lösung der Kollision eines Grundrechts mit anderen Grundrechten oder sonstigen Verfassungsgütern.

Insoweit bestimmt das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch die konkrete Zulässigkeit bestimmter Arbeitskampfmittel (sog. privatrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip)³⁵⁸. Nach der Rechtsprechung des BAG gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch für Arbeitskampfmaßnahmen, weil sie einen Eingriff in vertragliche Rechte darstellen und dabei nicht nur die Rechtspositionen von am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch von nichtkämpfenden Arbeitnehmern und sonstigen Dritten sowie der Allgemeinheit berühren³⁵⁹: „In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren aber Arbeitskämpfe nicht nur die daran 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.“ Insoweit richtet sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip unmittelbar an die Arbeitskampf-

³⁵⁷ Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 176 ff.; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 283 ff..

³⁵⁸ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A II 2c) cc) (2).

³⁵⁹ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 309 R.

parteien und beinhaltet, daß nur solche Arbeitskämpfe eingeleitet und durchgeführt werden dürfen, die zur Herstellung der Verhandlungsparität geeignet, sachlich erforderlich und angemessen bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne sind. Erforderlich in diesem Sinne ist eine Arbeitskampfmaßnahme, wenn schonendere Mittel nicht zum Erfolg führen, d. h. wenn alle Verhandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft wurden (sog. ultima-ratio-Prinzip)³⁶⁰. Das ist der Fall, wenn die Verhandlungsführer das Scheitern der Verhandlungen festgestellt haben, oder der Gegner von vornherein jede Verhandlung ablehnt, oder ein Weiterverhandeln nicht mehr zumutbar ist³⁶¹. Demgegenüber begrenzt die Angemessenheit vor allem die Art und Weise der Durchführung sowie den Umfang von Arbeitskämpfen. Angemessen ist ein Kampfmittel zunächst, wenn das Gebot der Kampf- und Verhandlungsparität beachtet wird³⁶². Daraus folgt, daß das Tarifgebiet regelmäßig als die Grenze des Kampfgebiets zu beachten ist³⁶³. Angemessen ist ein Kampfmittel ferner dann, wenn das Gebot der fairen Kampfführung beachtet wird³⁶⁴. Das beinhaltet das Verbot der Vernichtung des Kampfgegners³⁶⁵, des Einsatzes von unlauteren Kampfmitteln³⁶⁶ sowie – nach überwiegender Ansicht – auch der Verletzung des Gemeinwohls³⁶⁷. Diese Exzeßkontrolle verhindert, daß die Folgen des Arbeitskampfes völlig außer Verhältnis zu seiner Funktion stehen, d. h. die Inanspruchnahme des an sich erforderlichen Kampfmittels im Einzelfall rechtsmißbräuchlich ist³⁶⁸.

Die Wechselwirkung zwischen Verhältnismäßigkeits- und Paritätsprinzip führt demnach nicht dazu, daß eine Verhältnismäßigkeitskontrolle des konkreten Arbeitskampfmitteleinsatzes unmöglich

³⁶⁰ BAG, AP Nr. 64, 65, 66, 67 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 122 ff.; Maunz/Dürig, GG, Art. 9 Rn. 317; Seiter, Streikrecht, S. 513 ff..

³⁶¹ vgl. BAG, AP Nr. 108, 116 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁶² vgl. BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 923; Konzen, SAE 1977, 235, 237; Seiter, Streikrecht, S. 172.

³⁶³ vgl. BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 924.

³⁶⁴ vgl. BAG, EzA Nr. 45 zu § 1 FLZG, S. 8.

³⁶⁵ vgl. BAG, AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Gamillscheg, KollArbR, S. 1164 Fn. 221 m. w. N..

³⁶⁶ vgl. BAG, AP Nr. 101, 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁶⁷ Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 233; Seiter, Streikrecht, S. 155; Wank, FS Kissel, 1225, 1235; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 417; a. A.: Däubler-Schumann, Arbeitskampfrecht, Rn. 201 Fn. 249, Rn. 204c; Schwarze, JuS 1994, 653, 656.

³⁶⁸ Wank, FS Kissel, 1225, 1235.

wird³⁶⁹. Der Paritätsgrundsatz als Bezugspunkt der konkreten Verhältnismäßigkeitsprüfung führt auf dieser Prüfungsebene zu konkreten Handlungsgeboten an die Arbeitskampfparteien. Der Umstand, daß der Wille der Arbeitskampfparteien nicht auf die Herstellung der Kampf- und Verhandlungsparität, sondern auf die Durchsetzung ihrer Interessen gerichtet ist, ist insoweit unerheblich.

b) Wesensgehaltsgarantie

Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG gebietet den Schutz der Substanz, des Mindestinhalts oder des Kerngehalts des betroffenen Grundrechts³⁷⁰. Dabei ist streitig, ob der Wesensgehalt absolut-individuell, d. h. bezogen auf den einzelnen Grundrechtsträger, absolut-generell, d. h. bezogen auf das Grundrecht als solches, oder relativ, d. h. bezogen auf den Einzelfall, zu bestimmen ist³⁷¹. Gegen einen relativen Wesensgehalt spricht, daß er nur das Verhältnismäßigkeitsprinzip wiederholt, wonach ein Grundrecht ebenfalls nicht mehr als notwendig eingeschränkt werden darf³⁷². Daher ist ein absoluter Wesensgehalt vorzuziehen. Dabei ist wegen der systematischen Stellung des Art. 19 GG abseits der Grundrechte grundsätzlich eine generelle Sichtweise geboten, die jedoch durch eine individuelle Sichtweise ergänzt werden muß, da andernfalls der Grundrechtsschutz für den einzelnen Grundrechtsträger jede Bedeutung verlieren würde³⁷³.

Im Rahmen der Koalitionsfreiheit gebietet die Wesensgehaltsgarantie, daß die Tarifautonomie jedenfalls als ein Bereich gewahrt bleiben muß, in dem die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten eigenverantwortlich und ohne staatliche Einflußnahme regeln können³⁷⁴. Zum Wesensgehalt gehört daher insbesondere die Verhandlungsfähigkeit der sich gegenüberstehenden Tarifvertragsparteien³⁷⁵.

³⁶⁹ so aber Kornbichler, Stillelegung, S. 315.

³⁷⁰ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 301.

³⁷¹ vgl. Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 199 ff.; von Münch/Kunig-Krebs, GG, Art. 19 Rn. 22 ff..

³⁷² Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 199.

³⁷³ von Münch/Kunig, GG, Art. 19 Rn. 23 f.; vgl. Jacobs, Tarifeinheit, S. 437.

³⁷⁴ BVerfGE 92, 365, 394.

³⁷⁵ BVerfGE 84, 212, 228; 92, 365, 394.

B. Ergebnis

Zentrale Rechtsgrundlage des Arbeitskampfrechts ist Art. 9 Abs. 3 GG, der mit der Koalitionsfreiheit auch den Arbeitskampf als Institution gewährleistet. Die Gewährleistung bezieht sich auf „Arbeitskämpfe“, also auf Arbeitskampfmittel beider Seiten, und umfaßt zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen effektive Arbeitskampfmittel, also zumindest den Streik und die Aussperrung. Aufgrund der Notwendigkeit eines funktionsfähigen Arbeitskampfsystems ist nur der verbandsmäßige Arbeitskampf durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt.

Der Gesetzgeber ist zur Ausgestaltung jedenfalls der wesentlichen Grundlagen des Arbeitskampfrechts verpflichtet, zu denen auch Einschränkungen der vorbehaltlos gewährleisteten Koalitionsfreiheit durch Arbeitskämpfe gehören. Dabei ist das Normziel des Art. 9 Abs. 3 GG und die Arbeitskampfpärität der Tarifparteien im Sinne eines typisierten, annähernden Verhandlungs- und Kräftegleichgewichts zu beachten.

Der zentrale Grundsatz des Arbeitskampfrechts zur Bestimmung der generellen Zulässigkeit eines Arbeitskampfinstitutes ist somit das Paritätsprinzip als Bezugspunkt des öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Zur Bestimmung der konkreten Zulässigkeit eines Arbeitskampfinstitutes (Exzeßkontrolle) dient insbesondere das privatrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip in Gestalt des Gebots der fairen Kampfführung und des ultima-ratio-Prinzips.

3. Kapitel: Richterliche Rechtsfortbildung

Zu den Grundlagen des Arbeitskampfrechts zählt schließlich auch die richterliche Rechtsfortbildung zum Arbeitskampfrecht.

Das Arbeitsrecht ist wie kaum ein anderes Rechtsgebiet in wesentlichen Teilen durch die Rechtsprechung geprägt³⁷⁶. Dies ist darauf zurückzuführen, daß sowohl das Individualarbeitsrecht als auch das kollektive Arbeitsrecht in weiten Teilen unregelt sind. Insbesondere im Bereich des Arbeitskampfrechts fehlt trotz des gesetzgeberischen

³⁷⁶ v. Hoyningen-Huene, FS Ruprecht-Karls-Universität, 353.

Ausgestaltungsauftrags und entsprechender Kodifikationsansätze³⁷⁷ – abgesehen von einzelnen, den Arbeitskampf bereits voraussetzenden Spezialgesetzen³⁷⁸ – eine umfassende Normierung in Gestalt eines Arbeitskampfgesetzes. Aufgrund dieser regelungspolitischen Zurückhaltung und der Notwendigkeit, arbeitskampfbedingte Rechtsstreitigkeiten trotzdem zu entscheiden, hat die Arbeitsgerichtsbarkeit eine wesentliche Gestaltungsfunktion als „Ersatzgesetzgeber“³⁷⁹ übernommen. Denn das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgende Rechtsverweigerungsverbot gebietet die Entscheidung eines Rechtsstreits auch dann, wenn keine einschlägigen Gesetze herangezogen werden können³⁸⁰. Das deutsche Arbeitskampfrecht ist daher reines, sogenanntes „Richterrecht“, das in einer Vielzahl von höchstrichterlichen Entscheidungen konkretisiert und ausgeformt wurde³⁸¹.

A. Regelungskompetenz

Die Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung ist jedenfalls im Grundsatz in Literatur und Rechtsprechung anerkannt³⁸². Die verfassungsrechtliche Legitimation zur Rechtsfortbildung läßt sich der Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3, 2. HS GG) entnehmen³⁸³, unabhängig davon, ob man den Begriff „Recht“ sowohl als positives als auch als überpositives Recht einschließlich des Richterrechts begreift, oder ob man darunter nur die gesamte positive Rechtsordnung versteht³⁸⁴.

³⁷⁷ Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 1 ff.; Friauf, RdA 1986, 188 ff.; Seiter, RdA 1986, 165 ff.; Wank, RdA 1989, 263 ff..

³⁷⁸ z. B. §§ 146 SGB III, 2 Abs. 1 ArbGG, 11 AÜG, 25 KSchG, 74 Abs. 2 BetrVG, 66 Abs. 2 PersVG.

³⁷⁹ vgl. BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁸⁰ Hergenröder, Rechtsfortbildung, S. 203 f.; Ipsen, Richterrecht, S. 234; Konzen, SAE 1991, 335, 337; Rieble, Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 36.

³⁸¹ vgl. etwa BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf - zum Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel und zur Rechtfertigungswirkung von Streik und Aussperrung; BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf - zum Verhältnismäßigkeitsprinzip; BAG, AP Nr. 64 und 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf - zur Begrenzung der Aussperrung; BAG, AP Nr. 70 und 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf - zur Arbeitskampfrisikolehre; BAG, AP Nr. 75, 81, 83 und 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf - zur Zulässigkeit von Warnstreiks.

³⁸² vgl. BVerfGE 59, 231, 256 f.; 84, 212, 226 ff.; 92, 365, 395; Ipsen, Richterrecht, S. 63 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 366, 370; Wank, Grenzen, S. 17 ff..

³⁸³ Canaris, Lücken, S. 37; Jacobs, Tarifeinheit, S. 359.

³⁸⁴ vgl. zum Meinungsstand: Wank, Grenzen, S. 88 f..

B. Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Die richterliche Rechtsfortbildung unterliegt jedoch Grenzen. Eine über die zur Ausgestaltung notwendigen Konkretisierungen³⁸⁵ hinausgehende Rechtsfortbildung ist bedenklich³⁸⁶. Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung folgen im einzelnen aus der Methodenlehre sowie aus der Verfassung selbst³⁸⁷. Die Rechtsfortbildung muß also dogmatisch vertretbar, sachgerecht und verfassungsrechtlich legitimiert sein. Die Rechtsprechung ist dogmatisch legitimiert, wenn entsprechend den Regeln der Methodenlehre Präjudizien, Dogmatik, Rechtssystem, Konstruktion und herkömmliche Gesetzesauslegung beachtet werden. Sie ist sachgerecht, wenn die Rechtsfortbildung eine eigene Sachbegründung unter Berücksichtigung von "common sense" und Plausibilität sowie der Ergebnisse der Erfahrungswissenschaften enthält. Sie ist schließlich verfassungsrechtlich legitimiert, wenn sie nicht gegen Verfassungsprinzipien und Grundrechte verstößt, insbesondere wenn das Gewaltenteilungs-, das Demokratie- sowie das Rechtsstaatsprinzip beachtet wurden. Diese Kriterien stecken zumindest den „Vertretbarkeitsrahmen“ ab, der die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung bestimmt³⁸⁸.

I. Vorrang des Gesetzes

Nach Art. 20 Abs. 3, 2. HS GG ist die Rechtsprechung zunächst an „Gesetz und Recht“ gebunden. Darunter ist nach der überwiegenden Literatur die Bindung der Judikative an das positive Recht (förmliche Gesetze und andere Rechtsvorschriften) zu verstehen, nicht dagegen an überpositives Recht (Gerechtigkeits- und Wertvorstellungen), da der Hinweis auf das „Recht“ lediglich tautologischer Natur sei und andernfalls im Widerspruch zu Art. 97 Abs. 1 GG stünde, wonach Richter „nur dem Gesetze unterworfen“ sind³⁸⁹. Will man in Art. 20 Abs. 3, 2. HS GG zugleich eine Ermächtigung zu richterlicher

³⁸⁵ BVerfGE 58, 233, 248.

³⁸⁶ vgl. BVerfGE 57, 220, 246 ff..

³⁸⁷ Konzen, FS Prugberger, 155, 166; Wank, FS Kissel, 1225 ff.; ders., Rechtsfortbildung, S. 257.

³⁸⁸ Wank, Rechtsfortbildung, S. 257.

³⁸⁹ vgl. nur Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn.38; Maunz/Dürig-Herzog, GG, Art. 20 Rn.72 m. w. N..

Rechtsfortbildung sehen, muß man den Begriff „Recht“ allerdings auch auf überpositives Recht erstrecken.

Das BAG hat insoweit festgestellt, daß der Richter, der eine unregelte Frage entscheiden müsse, nicht in gleichem Ausmaß wie der Gesetzgeber frei sei; vielmehr sei er an die Wertentscheidungen der Rechtsordnung gebunden und müsse seine Erkenntnisse auf der Grundlage geltender Normen legitimieren³⁹⁰. Damit steht als absolute Grenze richterlicher Rechtsfortbildung fest, daß eine dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers entgegenstehende Rechtsfindung jedenfalls ausgeschlossen ist, wenn nicht bei strenger Betrachtung der Gesetzeslage grobe Wertungswidersprüche oder ein echter Gesetzesnotstand entstünden³⁹¹. Als legitime Gründe für eine ausnahmsweise Entscheidung gegen das Gesetz kommen daher nur sehr schwerwiegende rechtliche Gründe in Betracht. Diese Grenze findet ihren Ausdruck schließlich auch in der Regelung des Art. 100 Abs. 1 GG, wonach die Fachgerichte ihnen verfassungswidrig erscheinende Gesetze nicht selbst verwerfen dürfen, sondern dem BVerfG zur Kontrolle vorlegen müssen³⁹².

II. Prinzip der Gewaltenteilung

Eine weitere Grenze richterlicher Rechtsfortbildung folgt aus dem Prinzip der Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, wonach die vom Volk ausgehende Staatsgewalt „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“ wird. Mit der Unterscheidung der drei Teilbereiche staatlicher Aufgaben (Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung) und deren Zuweisung an jeweils gesonderte Organe (Legislative, Exekutive und Judikative) enthält Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG also sowohl eine funktionale als auch eine organisatorische Gewaltentrennung³⁹³. Auch wenn die Aufgabenbereiche der drei Teilgewalten sich nicht

³⁹⁰ BAG, AP Nr. 64 (Bl. 917), 65 (Bl. 933) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁹¹ Bydlinski, Methodenlehre, S. 473; von Hoyningen-Huene, Rechtsfortbildung, FS Universität Heidelberg, S. 355; Larenz, Methodenlehre, S. 411 f., 427; Wank, Rechtsfortbildung, S. 71.

³⁹² Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 42.

³⁹³ Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rn. 24.

eindeutig abgrenzen lassen, verbietet das Gewaltenteilungsprinzip einer Teilgewalt jedenfalls, in den Kernbereich einer anderen einzugreifen³⁹⁴. Die Gewaltentrennung nach Funktion und Organisation verbietet es einer Teilgewalt außerdem, Aufgaben wahrzunehmen, die ihrer Struktur nicht entsprechen³⁹⁵, etwa in die Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einzugreifen³⁹⁶. Für das Verhältnis von Legislative und Judikative bedeutet dies, daß die Judikative funktional und organisatorisch unzuständig ist, die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit der unmittelbar demokratisch legitimierten Legislative wahrzunehmen³⁹⁷. Reform und Neugestaltung sind ausschließlich Sache des Gesetzgebers, nicht der Rechtsprechung³⁹⁸. Anders als die Legislative verfügt die Judikative nicht über die zur Normbildung erforderlichen empirischen und statistischen Erkenntnismöglichkeiten eines parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens, da sie nur Einzelfallentscheidungen trifft³⁹⁹. Nur das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren garantiert überdies die erforderliche Öffentlichkeit und Diskussion⁴⁰⁰. Darüber hinaus haben richterrechtliche Entscheidungen keinen Einfluß auf das übrige Rechtssystem und bleiben oft singular⁴⁰¹. Schließlich besteht bei der rechtspolitischen Rechtsfortbildung durch Gerichte die Gefahr ihres Autoritätsverlustes und damit einer Vertrauenskrise in den Rechtsstaat, da ihre Urteile als Parteinahme im politischen Meinungsstreit gedeutet und nicht mehr als im Recht begründete Aussagen akzeptiert werden könnten⁴⁰².

Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots ist das Gewaltenteilungsprinzip zwar keine absolute Schranke richterlicher Rechtsfortbildung; die Grenze richterlicher Rechtsfortbildung ist aber jedenfalls

³⁹⁴ BVerfGE 9, 268, 280; 30, 1, 27 f..

³⁹⁵ Hesse, Verfassungsrecht, Rn. 488 ff.; Ipsen, Ipsen, DVBl. 1984, 1202, 1204 f..

³⁹⁶ Ipsen, Richterrecht, S. 236.

³⁹⁷ Ipsen, Richterrecht, S. 199 ff..

³⁹⁸ Larenz, Methodenlehre, S. 428.

³⁹⁹ Picker, JZ 1988, S. 71.

⁴⁰⁰ Ipsen, DVBl. 1984, 1102, 1104.

⁴⁰¹ Wank, Rechtsfortbildung, S. 187 ff..

⁴⁰² Larenz, Methodenlehre, S. 428.

dort überschritten, wo der Bereich sachgemäßer Aufgabenwahrnehmung durch die Rechtsprechung verlassen wird⁴⁰³.

III. Wesentlichkeitstheorie

Der richterlichen Rechtsfortbildung sind darüber hinaus auch kompetenzielle Grenzen gesetzt.

Nach der aus dem Gesetzesvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG entwickelten sog. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG ist der parlamentarische Gesetzgeber verpflichtet, alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden normativen Bereichen, insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit dieser staatlicher Regelung zugänglich ist, selbst zu treffen (sog. Parlamentsvorbehalt)⁴⁰⁴. Wesentlich in diesem Sinne sind insbesondere staatliche Maßnahmen, die für die Verwirklichung des Grundrechts „wesentlich“ sind oder den Freiheits- und Gleichheitsbereich betreffen⁴⁰⁵.

Fraglich ist allerdings, ob die Wesentlichkeitstheorie auf den Bereich des Arbeitskampfrechts überhaupt anwendbar ist. Als ein Kernstück des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Geschehens in der sozialen Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland betrifft der Arbeitskampf nicht nur die Kampfparteien, sondern auch Dritte und die Allgemeinheit in erheblichem Maße⁴⁰⁶. Dabei handelt es sich aber nicht um die Auswirkungen staatlichen Handelns gegenüber dem Bürger, sondern um die Auswirkungen der Koalitionsbetätigung unter gleichgeordneten Grundrechtsträgern.

Nach Ansicht des BVerfG und einem Teil der Literatur gilt die Wesentlichkeitstheorie nicht im Verhältnis zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern, sondern nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger⁴⁰⁷. Fehle es in einem solchen Fall an einer gesetzlichen Regelung, seien die den Schutzbereich des Grundrechts verletzenden

⁴⁰³ Wank, Rechtsfortbildung, S. 92.

⁴⁰⁴ BVerfGE 49, 89, 126; 59, 257, 268 ff.; 64, 261, 268.

⁴⁰⁵ BVerfGE 49, 89, 126.

⁴⁰⁶ Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD Nr. 170.1 Rn. 133.

⁴⁰⁷ BVerfGE 84, 212, 226; 88, 103, 115 f. unter Bezugnahme auf Ipsen, DVBl. 1984, 1102, 1105; Jarass/Pieroth, GG, Art.9 GG Rn.33; Konzen, SAE 1991, 335, 337; Umbach/Clemens, GG, Art. 9 Rn. 128.

Maßnahmen rechtswidrig⁴⁰⁸. Fehle dagegen im Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger eine gesetzliche Regelung, hätten die Gerichte aus den allgemeinen privatrechtlichen Rechtsgrundlagen eine den Sinn und Zweck des Grundrechts entsprechende Lösung zu entwickeln⁴⁰⁹.

Nach anderer Ansicht gilt die Wesentlichkeitstheorie anders als der Gesetzesvorbehalt auch im Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger⁴¹⁰. Dafür würden auch das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG und das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sprechen, wonach die Gesetzgebung einschließlich der Grundrechtsausgestaltung der unmittelbar demokratisch legitimierten Legislative, nicht der funktional unzuständigen Judikative obliege. Außerdem sei zu beachten, daß die Koalitionsfreiheit aufgrund der Schutzbestimmung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, wonach jede tatsächliche oder beabsichtigte Einschränkung der Koalitionsfreiheit rechtswidrig ist, nicht nur wie jedes Grundrecht mittelbare, sondern unmittelbare Drittwirkung im Privatrechtsbereich⁴¹¹, also auch im Gleichordnungsverhältnis entfalte.

Einigkeit besteht jedenfalls darüber, daß der Parlamentsvorbehalt zugunsten einer vorläufigen richterlichen Ausgestaltung der Koalitionsbefugnisse zurücktreten muß, wenn der Grundrechtsschutz aufgrund der Untätigkeit des Gesetzgebers leerzulaufen droht⁴¹². Für die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung folgt daraus, daß die Befugnis der Rechtsprechung zur Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit zwar gegeben ist; sie beginnt allerdings erst dort, wo die Koalitionsbetätigungsfreiheit für die eine oder andere Seite der Koalitionsparteien praktisch unmöglich wird.

⁴⁰⁸ BVerfGE 80, 103, 116 hinsichtlich des Einsatzes von Beamten bei Streiks im öffentlichen Dienst.

⁴⁰⁹ BVerfGE 84, 212, 226; 88, 103, 116.

⁴¹⁰ Friauf, RdA 1986, 188, 192; Hergenröder, Rechtsfortbildung, S. 201 f.; Jacobs, Tarifeinheit, S. 362 f.; Löwisch, DB 1988, 1013; Rieble, Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 33 f.; Seiter, RdA 1986, 165, 171.

⁴¹¹ von Hoyningen-Huene, AR-Blattei, SD 1650.1 Rn. 171; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 171, 332 f..

⁴¹² Friauf, RdA 1986, 188, 192; Hergenröder, Rechtsfortbildung, S. 203 f.; Jacobs, Tarifeinheit, S. 363; Konzen, SAE 1991, 335, 337; Löwisch, DB 1988, 1013, 1015; Preis, RdA 1989, 327, 334; Rieble, Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 36.

IV. Rechtsstaatsprinzip

Das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip umfaßt als Unterprinzipien neben dem Bestimmtheitsgebot vor allem das Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie das Rückwirkungsverbot, aus denen sich ebenfalls Grenzen für die richterliche Rechtsfortbildung ergeben. Diese Prinzipien sind grundsätzlich zwar nur auf Maßnahmen der Legislative und der Exekutive anwendbar. Wenn jedoch der rechtsfortbildende Richter an Stelle des Gesetzgebers tritt, gelten für ihn die gleichen Prüfungsmaßstäbe⁴¹³. Als „Ersatzgesetzgeber“ unterliegen die Gerichte nämlich denselben Verfassungsprinzipien, die der Gesetzgeber beachten müßte⁴¹⁴.

Darüber besteht Einigkeit im Hinblick auf die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, wonach die richterliche Rechtsfortbildung in ihrer Rechtsfolge geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung des angestrebten Zwecks sein muß⁴¹⁵.

Dagegen ist die Geltung der aus dem Rückwirkungsverbot folgenden Prinzipien des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit⁴¹⁶ für die Judikative umstritten. Das Rückwirkungsverbot besagt, daß Regelungen nicht in abgeschlossene Sachverhalte (echte Rückwirkung) und nur dann in noch nicht abgeschlossene Sachverhalte eingreifen dürfen, wenn noch kein Vertrauenstatbestand bezüglich der alten Rechtslage gebildet wurde (unechte Rückwirkung)⁴¹⁷. Der Bürger müsse sich darauf verlassen können, daß sein dem jeweils geltenden Recht nicht widersprechendes Verhalten auch zukünftig von der Rechtsprechung nicht nachträglich als rechtswidrig qualifiziert werde⁴¹⁸.

Das BVerfG hat die Auffassung vertreten, daß die Grundsätze des Verbots rückwirkender Gesetzesänderungen auf Entscheidungen der Gerichte nicht ohne weiteres übertragen werden könnten, da die Ge-

⁴¹³ Herschel, AuR 1972, 129, 133; Konzen, ZfA 1980, 77, 94; ders., SAE 1991, 335, 340.

⁴¹⁴ BVerfGE 84, 212, 228 f..

⁴¹⁵ Jacobs, Tarifeinheit, S. 364; Konzen, FS Prugberger, 155, 166; Kornbichler, Stillelegung, S. 320; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 168 (S. 137); Wank, FS Kissel, 1225, 1232 m. w. N..

⁴¹⁶ BVerfGE 72, 200, 242.

⁴¹⁷ BVerfGE 72, 200, 241 f.; 76, 263, 345; Jarass/Piero, GG, Art. 20 Rn. 68 ff..

⁴¹⁸ BVerfGE 63, 343, 357.

richte dann an eine einmal feststehende Rechtsprechung gebunden seien, auch wenn diese sich im Licht geläuterter Erkenntnis oder angesichts des Wandels der sozialen, politischen oder wirtschaftlichen Verhältnisse als nicht haltbar erweise⁴¹⁹. Mittlerweile haben sowohl das BVerfG als auch das BAG klargestellt, daß Richterrecht an den für Gesetze geltenden Maßstäben der echten und unechten Rückwirkung zu messen sei⁴²⁰. Der BGH hat die entsprechende Anwendung immerhin unter der Voraussetzung bejaht, daß eine solche Analogie nach Lage der Sache geboten ist⁴²¹. Dies sei jedenfalls in den Fällen eines „rechtsethischen Durchbruchs“ anzunehmen, in denen das Gericht seine einmal aufgestellten Grundsätze nicht mehr ohne schwerste Erschütterung des Vertrauens zurücknehmen könne⁴²².

Auch in den Fällen, in denen die Rechtsprechung als „Ersatzgesetzgeber“ tätig wird, muß der Rechtsverkehr in seinem Vertrauen vor rückwirkenden Rechtsprechungsänderungen vergleichbar geschützt werden wie vor rückwirkenden Gesetzesänderungen⁴²³. Insoweit ist kein Grund ersichtlich, Rechtsprechung zwar am Rechtsstaatsprinzip zu messen, aber vom Gebot des Vertrauensschutzes auszunehmen. Angesichts der weitreichenden Folgen, die Arbeitskämpfe für die kampf führenden Parteien und die Allgemeinheit haben, muß richterliche Rechtsfortbildung so geschehen, daß die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen wenigstens in groben Zügen vorhersehbar bleibt⁴²⁴. Soweit das BAG also neue Arbeitskampfrechtsgrundsätze aufstellt, die sich nicht als bloße vorhersehbare Konkretisierungen der Verfassung oder der bisherigen Judikative darstellen, dürfen die Arbeitskampfparteien nicht rückwirkend mit für sie unvorhersehbaren Verpflichtungen belastet werden⁴²⁵. Dies bedeutet im Hinblick auf Arbeitskampfmittel – vor allem solche der Arbeitgeberseite –, daß

⁴¹⁹ BVerfGE 18, 224, 240.

⁴²⁰ BVerfGE 74, 129, 151 ff.; zuletzt BAG, AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Ablösung, Bl. 593.

⁴²¹ BGHZ 52, 365, 369.

⁴²² Larenz, Methodenlehre, S. 434.

⁴²³ Wank, FS Kissel, 1225, 1246.

⁴²⁴ Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD, Nr. 170.1 Rn. 145.

⁴²⁵ Löwisch/Rieble, Schlichtungsrecht, Rn. 114a.

diese nicht im nachhinein verschärften Anforderungen unterworfen werden dürfen⁴²⁶.

Zur Rechtssicherheit gehört weiter auch die Kontinuität der Rechtsprechung: Insoweit tritt in gewissem Umfang eine Selbstbindung der Gerichte durch ihre Präjudizien ein. Präjudiziell ist dabei nicht die in Rechtskraft erwachsende Entscheidung des Einzelfalls, sondern die im Rahmen der Urteilsbegründung beantwortete Rechtsfrage⁴²⁷. Zwar sind obergerichtliche Entscheidungen keine „zweite Legalitätsquelle“, sondern „nur inter partes wirkende Einzelfallentscheidungen, deren Breitenwirkung allein von ihrer Überzeugungskraft abhängt“⁴²⁸. Andererseits können gerichtliche Entscheidungen mittelbar durch den Inhalt ihrer Begründung über den entschiedenen Einzelfall hinaus wirken, wodurch sie gleiche faktische Geltung oder Effektivität erlangen können wie ein Gesetz⁴²⁹. Beispielhaft seien hier nur die Leitentscheidungen des BAG zum Arbeitskampf vom 28.01.1955⁴³⁰, vom 21.04.1971⁴³¹ sowie vom 10.06.1980⁴³² genannt. Daneben sind die Entscheidungen der Gerichte zu nennen, in denen sie statt einer Einzelfallentscheidung für den konkreten Fall eine generelle Regelung für alle vergleichbaren Fälle getroffen haben⁴³³. Mögen höchstgerichtliche Urteile auch keine Rechtsnormqualität und keine damit vergleichbare Rechtsbindung haben, so daß jeder Richter eine erneut zu beurteilende Rechtsfrage selbständig und nach seiner gewissenhaft gebildeten Überzeugung entscheiden und gegebenenfalls von dem Präjudiz abweichen kann⁴³⁴. In der Rechtspraxis orientieren sich die Gerichte dennoch in aller Regel an den Präjudizien insbesondere der obersten Gerichte, was der Einheitlichkeit und der Kontinuität der Rechtsprechung und damit der Rechtssicherheit dient. Als Folge werden jedenfalls die unwidersprochenen Präjudizien zu dem im Rechtsverkehr anerkannten „Richterrecht“. Wird eine ständige

⁴²⁶ Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD, Nr. 170.1 Rn. 151.

⁴²⁷ Larenz, Methodenlehre, S. 429.

⁴²⁸ BVerfGE 84, 212, 227; BVerfG, NZA 1993, 213, 214.

⁴²⁹ Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 168.

⁴³⁰ BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴³¹ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴³² BAG, AP Nr. 64, 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴³³ BAG, AP Nr. 15, 22, 23, 24 zu § 611 BGB Gratifikation.

⁴³⁴ BVerfGE 84, 212, 227.

Rechtsprechung darüber hinaus zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, kann sie zu Gewohnheitsrecht werden und damit eine gesetzesgleiche Verbindlichkeit erlangen⁴³⁵. Das ist der Fall, wenn die Rechtsprechung in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergeht und von den Rechtsgenossen überwiegend als geltende Norm anerkannt wird; nur der allgemeine Rechtsgeltungswille führt zu einer normativen Geltung⁴³⁶. Dabei kommt es darauf an, ob die betreffende Rechtsprechung im Schrifttum und in der öffentlichen Meinung überwiegend Zustimmung oder auch Widerspruch findet, wie rasch sie sich durchsetzt und wie weit sie schon vorher geäußerten Überzeugungen entspricht.

Ein Wechsel der Rechtsprechung setzt daher ein „unabweisbares Verkehrsbedürfnis“⁴³⁷ bzw. „grundlegende und gesicherte Einsichten voraus und muß von der Erwartung getragen sein, die neue Rechtsprechung auf absehbare Dauer durchhalten zu können“⁴³⁸. Änderungen eines einmal geschaffenen Richterrechts sind nur dann vorzunehmen, wenn das Gericht eine einigermaßen sichere Prognose dahin stellen kann, daß die Änderung zu einer besseren Funktionserfüllung führen wird⁴³⁹. Mit den eigenen Worten des BAG läßt sich zusammenfassend feststellen, daß „ein oberster Gerichtshof des Bundes von seiner Rechtsprechung nicht abweichen soll, wenn sowohl für die eine wie für die andere Auffassung gute Gründe sprechen“⁴⁴⁰.

Dies gilt für „normale“ Richterrechtssätze ebenso wie für das vom BAG bei den Stilllegungsentscheidungen favorisierte obiter dictum, auch wenn dessen prozessuale Bedeutung mangels Divergenzvorlagepflicht und Divergenzrechtsmittel vergleichsweise geringer ist. Denn auch das obiter dictum muß von der Sache her geboten sein, sei es zur Rechtfertigung des Gedankengangs, sei es zur Behebung einer mit der Sache verbundenen Rechtsunsicherheit⁴⁴¹.

⁴³⁵ Larenz, Methodenlehre, S. 433.

⁴³⁶ BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 916 R.

⁴³⁷ Konzen, SAE 1991, 335, 337; ders., FS Prugberger, 155, 166.

⁴³⁸ Dieterich, FS Herschel, 37, 44.

⁴³⁹ Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD, Nr. 170.1 Rn. 146.

⁴⁴⁰ BAG, AP Nr. 35 zu § 1 ArbKrankhG.

⁴⁴¹ Hanau, NZA 1996, 841, 843.

V. Methodische Prinzipien

Neben den Verfassungsprinzipien hat die Judikative bei der Rechtsfortbildung auch die Regeln der Methodenlehre zu beachten⁴⁴². Nach Ansicht des BVerfG müssen die Gerichte das materielle Recht bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind⁴⁴³. Jedenfalls die Mißachtung elementarer, unstreitiger Regeln der Methodenlehre macht ein Urteil verfassungswidrig⁴⁴⁴.

Da das Recht zur Rechtsfortbildung durch sog. Dezisionen, also politische Entscheidungen grundsätzlich nur dem Gesetzgeber zusteht, muß zulässige richterliche Rechtsfortbildung auf einem Erkenntnisvorgang beruhen. Dieser Erkenntnisvorgang bedarf, wie jede wissenschaftliche Erkenntnis, bestimmter Erkenntnismethoden, die es gestatten, ihn auf seine „Richtigkeit“ zu überprüfen⁴⁴⁵.

Als gesonderte Stufen der Rechtsfindung unterscheidet die traditionelle Methodenlehre im wesentlichen die sog. gesetzesimmanente sowie die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung⁴⁴⁶.

1. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (sog. Rechtsfortbildung *praeter legem*) liegt vor, wenn es um die Ausfüllung einer Gesetzeslücke geht. Dies setzt eine „planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes“, d. h. ein nicht gewolltes Manko im Bereich der ausdrücklich gesetzten Rechtsfolgenanordnungen voraus⁴⁴⁷. Der anzuwendende Maßstab der Lückenausfüllung ist nach herrschender Meinung die dem Gesetz zugrunde liegende Teleologie, die anhand der aner-

⁴⁴² Bydlinski, Methodenlehre, S. 473; Konzen, FS Prugberger, S. 166; ders., Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 918 R; Larenz, Methodenlehre, S. 369; Wank, Rechtsfortbildung, S. 78 ff..

⁴⁴³ BVerfGE 84, 212, 226 f..

⁴⁴⁴ BVerfGE 59, 330, 334.

⁴⁴⁵ Larenz, NJW 1965, 1, 10.

⁴⁴⁶ Bydlinski, Methodenlehre, S. 496 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 370 ff., 413 ff.; Wank, Rechtsfortbildung, S. 71.

⁴⁴⁷ Elze, Lücken im Gesetz, S. 3 ff.; vgl. Bydlinski, Methodenlehre, S. 473; Larenz, Methodenlehre, S. 371.

kannten Auslegungsmethoden zu ermitteln ist⁴⁴⁸. Bei der Ausfüllung der Gesetzeslücken ist zwischen sog. offenen und verdeckten Lücken sowie zwischen anfänglichen und nachträglichen Lücken zu unterscheiden⁴⁴⁹. Eine offene Lücke liegt vor, wenn das Gesetz entgegen seinem Sinn und Zweck einen bestimmten Tatbestand nicht regelt, wohingegen das Gesetz bei einer verdeckten Lücke entgegen seiner Teleologie die vorhandene Regel für einen bestimmten Tatbestand nicht einschränkt. Eine nachträgliche Lücke besteht im Unterschied zur anfänglichen Lücke nicht von vornherein, sondern entsteht erst infolge tatsächlich oder rechtlich veränderter Umstände, die der Gesetzgeber nicht vorhergesehen hat.

Offene Lücken sind insbesondere im Wege des Analogieschlusses zu schließen⁴⁵⁰. Verdeckte Lücken sind hauptsächlich durch teleologische Reduktion zu schließen⁴⁵¹. Dies geschieht durch die Hinzufügung der nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes erforderlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs. Die sog. Gesetzes- oder Einzelanalogie erfolgt durch Übertragung der für einen Tatbestand geltenden Regel auf einen unregelmäßig, aber „ähnlichen“ im Sinne von rechtlich gleich zu bewertenden Tatbestand. Davon ist die sog. Rechts- oder Gesamtanalogie zu unterscheiden, bei der mehreren Normen mit derselben „ratio legis“ ein allgemeiner Rechtsgrundsatz für den unregelmäßig Tatbestand entnommen wird. Ein Sonderfall der Analogie ist der sog. Erst-Recht-Schluß (argumentum a maiore ad minus), bei dem die Rechtsfolge einer Regel nach ihrem Sinn und Zweck erst recht für den unregelmäßig, ähnlichen Tatbestand gilt.

Die Ähnlichkeitsbestimmung erfolgt in allen Fällen entweder, indem der Sinn und Zweck des Gesetzes durch Induktion ermittelt und sodann von diesem Ergebnis durch Deduktion auf den zu beurteilenden Fall geschlossen wird. Oder sie erfolgt durch die Darlegung, daß die Sachverhaltsunterschiede zwischen dem in der Norm unmittelbar

⁴⁴⁸ Bydlinski, Methodenlehre, S. 473; von Hoyningen-Huene, Rechtsfortbildung, FS Ruprecht-Karls-Universität, 353, 355; Larenz, Methodenlehre, S. 373 ff.; Rütters, FS Mollitor, S. 300.

⁴⁴⁹ vgl. zu den Lückenbegriffen Larenz, Methodenlehre, S. 377, 379.

⁴⁵⁰ Bydlinski, Methodenlehre, S. 475 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 381 ff..

⁴⁵¹ Bydlinski, Methodenlehre, S. 480 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 391 ff..

erfaßten Falltyp und dem zu beurteilenden Fall nach allen erkennbaren rechtlichen Wertmaßstäben bedeutungslos sind⁴⁵². Demgegenüber ist der sog. Umkehrschluß (argumentum e contrario) geboten, wenn und gerade weil eine Rechtsfolge ausschließlich an einen bestimmten Tatbestand geknüpft ist, von dem sich der unregelte Tatbestand grundlegend unterscheidet.

2. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (sog. Rechtsfortbildung extra legem) liegt vor, wenn ein vom ursprünglichen Gesetzesplan gar nicht erfaßtes Problem durch Richterspruch entschieden wird. Der Maßstab der Lückenausfüllung ist in diesem Bereich die gesamte Rechtsordnung⁴⁵³. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung ist somit zulässig, solange sie sich im Rahmen der Gesamtrechtsordnung und der ihr zugrunde liegenden Rechtsprinzipien, also „intra ius“ bewegt, andernfalls handelt es sich um unzulässige Rechtsfortbildung „contra ius“.

Die Methodenlehre unterscheidet drei Fallgruppen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung: die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip sowie die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Natur der Sache⁴⁵⁴.

Beispiele für eine Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sind etwa die Sicherungsübereignung, die Einziehungsermächtigung sowie das Anwartschaftsrecht. Die Entwicklung dieser Rechtsinstitute erfolgte nicht aufgrund planwidriger Unvollkommenheit des Gesetzes, sondern aufgrund eines jeweiligen dringenden Verkehrsbedürfnisses, etwa dem Bedürfnis nach einer Kreditabsicherung durch Sicherungseigentum.

Bei der Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip wird auf wesentliche Grundgedanken des positiven Rechts zu-

⁴⁵² Bydlinski, Methodenlehre, S. 475.

⁴⁵³ Bydlinski, Methodenlehre, S. 473; Larenz, Methodenlehre, S. 353, 397 ff.; Wank, Rechtsfortbildung, S. 71 ff..

⁴⁵⁴ Bydlinski, Methodenlehre, S. 472 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 414 ff.; Wank, Rechtsfortbildung, S. 38 f..

rückgegriffen. Zwar sind Rechtsprinzipien keine normativ wirkenden unmittelbar auf Einzelfälle anwendbare Regeln, jedoch ermöglichen sie eine Entscheidung durch die Ausbildung spezieller Grundsätze und die Konkretisierung des gesetzesfreien Raums innerhalb der Rechtsordnung⁴⁵⁵. So haben sich z. B. aus dem Grundprinzip von Treu und Glauben die Rechtsinstitute „Wegfall der Geschäftsgrundlage“, „positive Forderungsverletzung“ (pVV) und „Verschulden bei Vertragsverhandlungen“ (culpa in contrahendo) entwickelt. Als unverzichtbare Rechtsgrundsätze des Leistungsstörungenrechts sind sie durch das sog. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz seit dem 01.01.2002 nunmehr auch in §313 BGB (Wegfall der Geschäftsgrundlage), in § 241 Abs. 2 i. V. m. §280 Abs. 1 bzw. §§ 281, 282 BGB (positive Forderungsverletzung) sowie in §§ 241 Abs.2, 311 Abs. 2 und 3 i. V. m. § 280 Abs. 1 BGB (culpa in contrahendo) kodifiziert worden⁴⁵⁶.

Der Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Natur der Sache liegt der Gedanke zugrunde, daß Lebenssachverhalte gewisse Grundgegebenheiten aufweisen, die bei der rechtlichen Regelung zu berücksichtigen sind. Zu dieser Fallgruppe gehört etwa die Regelung des nichtrechtsfähigen Vereins. Die Orientierung an der Natur der Sache unterlag im Arbeitskampfrecht bereits einem Wandel in Gestalt der sog. kollektivrechtlichen Einheitstheorie des BAG, wonach die Arbeitsniederlegung im Arbeitskampf als einheitliches Geschehen auf individualrechtlicher und kollektivrechtlicher Ebene eine einheitliche Bewertung erfahren soll⁴⁵⁷. Mit dieser Betrachtungsweise wird eine widersprüchliche rechtliche Bewertung des Arbeitskampfes vermieden, aber gleichzeitig die Frage nach der dogmatischen Einordnung des Arbeitskampfrechts in die Privatrechtsordnung aufgeworfen. So wird bei der Bewältigung des arbeitskampfbedingten Lohnrisikos teilweise ein ausschließlich kollektivrechtlicher Ansatz in Gestalt der sog. Lehre von der Aussperrungsobliegenheit vertreten⁴⁵⁸, wonach

⁴⁵⁵ Larenz, Methodenlehre, S. 421 ff..

⁴⁵⁶ Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 01.01.2001 (BGBl. 2001 I, 3138 ff.).

⁴⁵⁷ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) aa) (2) (α).

⁴⁵⁸ s. u. 3. Teil, 1. Kapitel A III 1b) bb).

die Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei einem Teilstreik nur dann entfällt, wenn er gegenüber den nichtstreikenden Arbeitnehmern die Aussperrung erklärt. Im Gegensatz dazu steht der rein individualrechtliche Ansatz in Form der Anwendung der Vorschriften über den Gläubigerverzug (§§ 615, 293 ff. BGB) und des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (§§ 326, 275 BGB)⁴⁵⁹. Daran wird deutlich, daß jedenfalls hinsichtlich der Rechtswirkungen arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen eine Rechtsgebietenkonkurrenz des Arbeitskampfrechts zum Individualrecht besteht⁴⁶⁰. Für die Rechtsfortbildung folgt daraus, daß die Wertungen beider Rechtsgebiete nach dem Prinzip des schonenden Ausgleichs herangezogen werden müssen⁴⁶¹. Dabei darf sich die Rechtsfortbildung nur so weit vom geltenden Recht entfernen, wie das für eine sachgerechte Lösung notwendig ist, sog. Notwendigkeitsmaxime⁴⁶².

C. Ergebnis

Richterliche Rechtsfortbildung ist im Arbeitskampfrecht zulässig und mangels gesetzgeberischer Ausgestaltung auch geboten; sie unterliegt jedoch verfassungsrechtlichen und methodischen Grenzen. Insbesondere setzt ein Wechsel ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung – zumal im Bereich der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung – aus Gründen des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtssicherheitsgebotes ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis für die Neuerung voraus.

⁴⁵⁹ vgl. Picker, JZ 1979, 285, 290 ff..

⁴⁶⁰ vgl. nur BAG, AP Nr. 107 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1520; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 129 - 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 188 R.

⁴⁶¹ Wank, FS Kissel, 1225, 1249.

⁴⁶² BVerfGE 34, 269, 287; 38, 386, 396; 56, 37, 51 f..

3. Teil: Legitimation der Betriebsstilllegung

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ist im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entstanden. Es wurde soeben festgestellt, daß der Richter, der eine ungerichtete Frage entscheiden muß, seine Erkenntnisse auf der Grundlage geltender Normen legitimieren muß⁴⁶³. Die Zulässigkeit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung hängt somit insbesondere davon ab, daß sie sowohl dogmatisch als auch verfassungsrechtlich legitimiert ist.

1. Kapitel: Dogmatische Legitimation

Denkbare dogmatische Grundlagen für die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung sind zum einen das kollektive Arbeitskampfrecht, insbesondere das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG, zum anderen das individualrechtliche Leistungsstörungsrecht des BGB, insbesondere die Unmöglichkeit und der Annahmeverzug nach den §§ 326, 275 n. F. BGB bzw. den §§ 615, 293 BGB.

A. Legitimation aus Art. 9 Abs. 3 GG

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung könnte durch Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein. In Betracht kommt die Rechtfertigung innerhalb des bestehenden Arbeitskampsystems als eigenständiges, neues Arbeitskampfmittel oder als Sonderform bzw. Ergänzung eines der herkömmlichen Arbeitskampfinstitute des Arbeitgebers, Ausspernung und Arbeitskampftrisikolehre.

I. Legitimation als Kampfmittel sui generis

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung könnte zunächst als eigenständiges, neues Arbeitskampfmittel innerhalb der Arbeitskampffreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein. Zu einer solchen Einordnung tendiert auch die überwiegende Literatur – vorbehaltlich weiterer Nuancierungen⁴⁶⁴. Dann müßte die arbeitskampfbedingte

⁴⁶³ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B.

⁴⁶⁴ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EZA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 3 ff.; Hergenröder, Gem. Anm. zu BAG vom 11.07.1995, EZA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 22; Konzen, Gem. Anm. zu BAG vom 27.06.1995 und 11.07.1995, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 913 R; Lieb, SAE 1996, 182, 185; Löwisch, Anm. zu BAG

Betriebsstilllegung von der durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Arbeitskampffreiheit des Arbeitgebers umfaßt sein.

1. Paritätsfunktion der Betriebsstilllegung?

Es wurde bereits festgestellt, daß die grundsätzliche Zulässigkeit von Arbeitskämpfungsmitteln sowie der Arbeitskampsrisikolehre sich nach dem Grundsatz der Arbeitskampsparität richtet⁴⁶⁵.

Die Arbeitskämpfungsmittel sollen zur Wahrung der Arbeitskampsparität geeignet, erforderlich und angemessen sein. Geeignet ist ein Arbeitskämpfungsmittel, wenn es der Herstellung gleichgewichtiger Verhandlungschancen der Tarifparteien⁴⁶⁶ und damit dem Abschluß eines Tarifvertrages als Endzweck des Arbeitskampfes dient⁴⁶⁷. Dazu muß das Arbeitskämpfungsmittel zur Ausübung eines Kampfdrucks auf den tariflichen Gegenspieler taugen und zur Führung eines gleichgewichtigen Arbeitskampfes erforderlich sein. Denn nur mit Hilfe einer entsprechenden Druckfunktion im Sinne einer Ausübung eigenen Drucks oder einer Milderung fremden Drucks kann eine Arbeitskampsmaßnahme ihre Rolle als Hilfsinstrument der Tarifautonomie überhaupt wahrnehmen⁴⁶⁸. Die Erforderlichkeit wird jedoch insofern durch die Proportionalität begrenzt, als nur angemessene Arbeitskämpfungsmittel erforderlich sind.

Die Druckfunktion ist auch der Grund, warum Vereinigungen von Arbeitnehmern nach herrschender Meinung unter anderem eine sog. soziale Mächtigkeit besitzen müssen, um überhaupt als tariffähige Koalitionen anerkannt zu werden⁴⁶⁹. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG kann eine sinnvolle Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens nur dann erreicht werden, wenn die Koalitionen in der Lage sind, auf ihre Gegenseite jeweils fühlbaren und wirksamen Druck

vom 22.03.1994, AR-Blattei ES 170.2 Nr. 39, S. 4 ff.; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 192; Treber, Anm. zu BAG vom 12.11.1996, EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 16.

⁴⁶⁵ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) cc) (1).

⁴⁶⁶ BAG, AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Konzen, Jura 1981, 585, 587; Seiter, Streikrecht, S. 172, 180.

⁴⁶⁷ BAG, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 547; Brox/Rüthers, Arbeitskampsrecht, Rn. 128; Wank, FS Kissel, 1225, 1234 f..

⁴⁶⁸ so auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 280.

⁴⁶⁹ BAG, AP Nr. 13, 25, 32 und 34 zu § 2 TVG; AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG 1953; AP Nr. 15 zu § 611 BGB; Brox/Rüthers, Arbeitskampsrecht, Rn. 132; Münch/ArbR, § 248 Rn. 7 f..

auszuüben, so daß jedenfalls in aller Regel ein Tarifvertrag zustandekommt. Um Druck und Gegendruck auszuüben, müsse die Arbeitnehmervereinigung für die ihr gestellten Aufgaben so leistungsfähig sein, daß sich der Gegenspieler veranlaßt sehe, auf Verhandlungen über den Abschluß eines Tarifvertrages zu kommen. Dazu müsse die Arbeitnehmervereinigung Autorität sowohl gegenüber ihrem Gegenspieler als auch gegenüber ihren Mitgliedern besitzen; andernfalls wäre sie vom guten Willen der Arbeitgeberseite und anderer Arbeitnehmervereinigungen abhängig, und es bestünden keine annähernd gleichgewichtigen Verhandlungschancen, die allein das Zustandekommen eines sozialen Ausgleichs garantierten⁴⁷⁰.

Auch nach Auffassung des BVerfG gehört die Durchsetzungsfähigkeit gegenüber dem sozialen Gegenspieler zu den Mindestvoraussetzungen der Tariffähigkeit, so daß sichergestellt wird, daß dieser wenigstens Verhandlungsangebote nicht einfach übersehen kann⁴⁷¹.

Demgegenüber wird teilweise eingewandt, daß das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit die Neugründung von Gewerkschaften erschwere und damit die bestehenden mächtigen Koalitionen privilegieren⁴⁷².

Entscheidend ist jedoch, daß die Fähigkeit einer Koalition zur Druckausübung so wesentlich ist, daß ohne diese Voraussetzung die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht gewährleistet wäre. Würde man auf dieses Erfordernis verzichten, könnten Arbeitnehmervereinigungen, die einen Arbeitskampf überhaupt nicht aufnehmen bzw. durchhalten können, die Tariffähigkeit beanspruchen. Die Tarifautonomie würde mangels Chancengleichheit bei den Tarifverhandlungen in ihrer Funktion entscheidend beeinträchtigt. An die Stelle eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Tarifparteien würde das Diktat der stärkeren Tarifpartei treten.

Fraglich ist also, ob das Recht auf Betriebsstilllegung eine Druckfunktion besitzt, auf die der Arbeitgeber angewiesen ist, um den Streikdruck der Gegenseite zu beantworten.

⁴⁷⁰ BAG, AP Nr. 34 zu § 2 TVG.

⁴⁷¹ BVerfGE 58, 233, 249.

⁴⁷² Buchner, FS BAG, 55, 63 ff. m. w. N..

a) **Finanzielle Belastung der Arbeitnehmerseite**

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung könnte insoweit Druck auf die Arbeitnehmerseite ausüben, als sie die finanziellen Unterstützungszahlungen der Gewerkschaft auf die von der Betriebsstilllegung betroffenen Arbeitnehmer ausweitet und damit die Arbeitnehmerseite finanziell belastet⁴⁷³.

Aufgrund ihrer Satzungsbestimmungen gewährt die Gewerkschaft jedoch nur ihren streikenden Mitgliedern finanzielle Unterstützung⁴⁷⁴.

Ausgesperrte Gewerkschaftsmitglieder erhalten in der Regel ebenfalls gewerkschaftliche Unterstützungsleistungen, auch wenn kein Rechtsanspruch aus der Satzung besteht⁴⁷⁵.

Dagegen erhalten arbeitswillige organisierte und nichtorganisierte Arbeitnehmer aufgrund ihres aus Gewerkschaftssicht unsolidarischen Verhaltens keine Streikunterstützung. Sie müßten zur Deckung ihres notwendigen Lebensbedarfs auf persönliche Rücklagen oder bei Bedürftigkeit auf Sozialhilfe (§§ 17 ff. SGB XII⁴⁷⁶) zurückgreifen.

Für Arbeitnehmer, die von der Betriebsstilllegung betroffen sind, stellt sich die Situation dagegen wie folgt dar: Die streikwilligen Arbeitnehmer unter ihnen erhalten zwar finanzielle Unterstützung von der Gewerkschaft; diese beruht jedoch nicht auf der Betriebsstilllegung, sondern auf dem Streik selbst. Im Ergebnis erhalten sie also keine Unterstützung *aufgrund* der Betriebsstilllegung, sondern aufgrund des Streiks. Die arbeitswilligen Arbeitnehmer unter ihnen erhalten überhaupt keine finanzielle Unterstützung aus der Gewerkschaftskasse, weil sie entweder als Streikbrecher als unsolidarisch gelten oder als Außenseiter ohnehin keinen Anspruch auf gewerkschaftliche Unterstützungsleistungen haben.

Soweit die Streikbrecher betroffen sind, hält *Kornbichler* allerdings einen Anspruch auf finanzielle Unterstützung aus dem vereinsrechtli-

⁴⁷³ vgl. Bepeler, AuA 1998, 228, wonach ein dreiwöchiger Streik von 80.000 Arbeitnehmern die Industriegewerkschaft Metall vor einigen Jahren rund 48.000.000 DM kostete.

⁴⁷⁴ Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 350; KassArbR-Kalb, S. 1103.

⁴⁷⁵ Gamillscheg, KollArbR, S. 1288 f..

⁴⁷⁶ bis 31.12.2003: §§ 11 ff. BSHG; ab 01.01.2004: SGB XII i. d. F. vom 27.12.2003, BGBl 2003, 3022, 3023.

chen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 35 BGB) und damit eine finanzielle Belastung der Gewerkschaft für gegeben, weil die Situation hier mit der Situation der streikenden oder ausgesperrten Gewerkschaftsmitglieder vergleichbar sei⁴⁷⁷. Dies ergebe sich zum einen aus dem Solidaropfer des Entgeltverlustes, das die von der Betriebsstilllegung betroffenen Streikbrecher in gleicher Weise wie streikende und ausgesperrte Gewerkschaftsmitglieder erbringen würden; zum anderen aus derselben Rechtsnatur von Betriebsstilllegung und Aussperrung. Die Versagung der finanziellen Unterstützung wäre außerdem willkürlich, weil sie zu einer untolerierbaren Beeinflussung des Streikverhaltens der Arbeitnehmer durch ihre Gewerkschaft führen würde, indem sie mit ihrem Streikbeschuß erst die Gefahr der Stilllegungsbetroffenheit aller ihrer Gewerkschaftsmitglieder geschaffen habe⁴⁷⁸.

Dabei wird jedoch verkannt, daß die paritätsrelevante finanzielle Belastung der Gewerkschaft nicht bereits durch die rechtliche Pflicht zur Unterstützung, sondern erst durch die tatsächlichen Unterstützungszahlungen begründet wird. Diese wird die Gewerkschaft den Streikbrechern jedoch gemäß ihren Satzungsbestimmungen versagen⁴⁷⁹. Ob diese Praxis rechtswidrig ist, weil ein Anspruch der Streikbrecher auf gewerkschaftliche Unterstützung aus dem vereinsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bestehe⁴⁸⁰, kann in diesem Zusammenhang dahinstehen.

Unabhängig davon ist die Versagung der finanziellen Unterstützung der stilllegungsbetroffenen Streikbrecher wohl dadurch gerechtfertigt, daß die Streikbrecher die verbandsinterne Souveränität der Gewerkschaft gefährden⁴⁸¹. Zwar sind stilllegungsbetroffene Gewerkschaftsmitglieder mit ihren streik- oder aussperrungsbetroffenen Kollegen insofern vergleichbar, als ihre Vergütungsansprüche ebenfalls infolge des Streikbeschlusses entfallen, ohne daß es auf eine Beschäfti-

⁴⁷⁷ Kornbichler, Stilllegung, S. 77 ff., 82.

⁴⁷⁸ Kornbichler, Stilllegung, S. 81.

⁴⁷⁹ Konzen, Anm. zu AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 911; Rieble, SAE 1997, 285; 291.

⁴⁸⁰ vgl. MünchArbR-Löwisch/Rieble, § 251 Rn. 20 ff.

⁴⁸¹ Gamillscheg, KollArbR, S. 1289.

gungsmöglichkeit ankäme⁴⁸². Anders als streikende oder ausgesperrte Gewerkschaftsmitglieder setzen sich stilllegungsbetroffene Streikbrecher jedoch über die Arbeitskampfstrategie ihrer Gewerkschaft hinweg.

Schließlich wäre auch fraglich, ob das Unterlassen *gewerkschaftlicher* Unterstützungszahlungen über eine Beeinflussung des Streikverhaltens der Streikbrecher überhaupt eine Druckfunktion der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung darstellen kann, wenn man diese als *arbeitgeberseitiges* Arbeitskämpfungsmittel begreift⁴⁸³. Denn eine Druckfunktion über eine Diskriminierung durch die Versagung finanzieller Unterstützung wäre nur dann anzunehmen, wenn der Vergütungsfortfall auf der gewerkschaftlichen Streiktaktik, etwa der sog. Minimax-Strategie beruht⁴⁸⁴.

b) Binnendruck im Arbeitnehmerlager

Für die Druckfunktion des Rechts auf Betriebsstilllegung könnte man desweiteren darauf abstellen, daß Druck auf die Arbeitnehmerschaft als betriebliche Einheit im Sinne eines Binnendrucks im Arbeitnehmerlager ausgeübt wird. Dieser Druck könnte insbesondere darin bestehen, daß die Auswirkungen der Betriebsstilllegung, d.h. die Entziehung arbeitsvertraglich geschuldeter Leistungen im Arbeitnehmerlager den tariflichen Gegenspieler zum Abbruch des Arbeitskampfes zwingen.

Nach *Kornbichler*⁴⁸⁵ üben die Streikbrecher verbandsinternen Druck aus, indem sie von der Gewerkschaft finanzielle Unterstützungsleistungen verlangten. Die arbeitswilligen Außenseiter sowie die Arbeitnehmer, deren Beschäftigung infolge Betriebsstilllegung technisch unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar geworden sei, übten einerseits verbandsexternen Druck auf die streikenden Arbeitnehmer aus, den Streik alsbald zu beenden. Letztere übten andererseits verbandsinternen Druck auf die Gewerkschaft durch das Verlangen

⁴⁸² vgl. Rieble, SAE 1997, 285, 291.

⁴⁸³ vgl. aber Kornbichler, Stilllegung, S. 84, 115, der inkonsequent ebenfalls von einem Arbeitskämpfungsmittel des *Arbeitgebers* ausgeht.

⁴⁸⁴ Rieble, SAE 1997, 285, 291.

⁴⁸⁵ Kornbichler, Stilllegung, S. 91 ff..

nach Unterstützungszahlungen, Austrittsdrohungen sowie späteres Abstimmungsverhalten aus.

Eine solche Druckfunktion existiert jedoch tatsächlich nicht: Mangels finanzieller Belastung der Gewerkschaft durch Unterstützungszahlungen an die durch die Betriebsstilllegung betroffenen Arbeitnehmer kann es sich hierbei lediglich um einen psychologischen Druck handeln, der nicht relevant für die Arbeitskampf- und Verhandlungsparität ist. Im übrigen wird der Druck auf Arbeitnehmerseite infolge des Vergütungsfortfalls wie bei den von der Arbeitskampsrisikolehre betroffenen Arbeitnehmern durch den Binnendruck auf Arbeitgeberseite infolge des Produktionsverlustes zum Abbruch des Arbeitskampfes kompensiert, sog. paritätische Druckwirkung⁴⁸⁶.

c) Suspendierung der Vergütungspflicht

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung könnte demgegenüber wenigstens geeignet sein, den von der Kampfmaßnahme des tariflichen Gegenspielers ausgehenden Druck abzumildern, indem sie die Vergütungspflicht des Arbeitgebers gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern suspendiert. Das setzt voraus, daß das Durchhaltevermögen des bestreikten Arbeitgebers durch die Entgeltfortzahlung für die arbeitswilligen Arbeitnehmer gefährdet ist.

Oetker versucht daher, die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung als „milderes Mittel“ gegenüber der Aussperrung zu rechtfertigen⁴⁸⁷: Wenn die verfassungsrechtliche Maxime der Arbeitskampsparität die Anerkennung der Abwehraussperrung gebiete, dann sei hierin per argumentum a maiore ad minus auch die Anerkennung solcher Instrumentarien verbunden, die mit geringeren Folgen in gleicher Weise die Arbeitskampsparität herstellten bzw. es dem Arbeitgeber ermöglichten, dem mit dem Streik ausgelösten Druck zu widerstehen. Wenn aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG bereits das Recht zu einer Ausweitung des Kampfgebietes folge, dann liege es in der Logik des Grundsatzes der Arbeitskampsparität, ein Recht zur einseitigen Sus-

⁴⁸⁶ vgl. Konzen, SAE 1996, 216, 221; Seiter, Staatsneutralität im Arbeitskampf, S. 25.

⁴⁸⁷ *Oetker*, Anm. zu BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 193, 193 f..

pendierung der beiderseitigen arbeitsvertraglichen Pflichten auch dann anzuerkennen, wenn das Kampfgebiet nicht erweitert werden solle, sondern sich der Arbeitgeber in den durch den Streikaufruf gezogenen Grenzen von seiner Vergütungspflicht befreien wolle.

Die Annahme eines paritätsrelevanten „milderen Mittels“ würde jedoch den Wertungen der Arbeitskampsrisikolehre widersprechen, die davon ausgeht, daß die Kampf- und Verhandlungspartität durch die Entgeltfortzahlung so lange nicht gestört ist, als die Beschäftigung der arbeitswilligen Arbeitnehmer dem Arbeitgeber technisch möglich oder wirtschaftlich zumutbar ist. Hintergrund ist hier die doppelte Belastung des Arbeitgebers durch die Lohnkosten einerseits und die Kosten des Produktionsausfalls andererseits⁴⁸⁸. Diese doppelte Belastung besteht in Fällen der von der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung unabhängigen arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung in der Regel nicht, es sei denn, diese Betriebsstörungen liegen gleichzeitig vor, ohne daß der Arbeitgeber sich darauf beruft. In diesen Fällen des „freiwilligen Verzichts“ ist es dem Arbeitgeber jedoch gerade zumutbar, sich zur Suspendierung seiner Vergütungspflicht auch auf die Arbeitskampsrisikolehre zu berufen.

Demgegenüber hat der Arbeitgeber in den normalen Fällen der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung die Alternative, den Betrieb fortzuführen. Hiervon geht auch das BAG aus: „Vor diesem Hintergrund bestimmen sich die Möglichkeiten des Arbeitgebers, auf einen ihn unmittelbar betreffenden Streik zu reagieren. Er kann versuchen, das mit dem Streik verfolgte Ziel der zeitweiligen Stilllegung seines bestreikten Betriebs bzw. Betriebsteils zu unterlaufen, indem er mit Hilfe arbeitswilliger – einschließlich neuer eingestellter – Arbeitnehmer nach entsprechender Umorganisation den Betrieb wenigstens teilweise aufrechterhält. Dies wird häufiger seinem Interesse entsprechen, da die eingeschränkte Fortführung des Betriebes in der Regel wirtschaftlich sinnvoller und mit geringeren Verlusten verbunden ist als die vorübergehende gänzliche Einstellung“⁴⁸⁹. Überdies würde

⁴⁸⁸ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1080 R m. w. N..

⁴⁸⁹ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195.

die Suspendierung der Vergütungsansprüche arbeitswilliger Arbeitnehmer entsprechende Mehrbelastungen durch Produktionsdefizite ohnehin nicht ausgleichen können⁴⁹⁰.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Arbeitskampfrikolehre für den Anwendungsbereich der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung ausgeschlossen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall⁴⁹¹. Damit steht fest, daß die Lohnkosten bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung anders als bei der Arbeitskampfrikolehre nicht paritätsrelevant sind. Die Argumentation *Oetkers* stellt daher im Hinblick auf die – im Vergleich zur Aussperrung unter erleichterten Voraussetzungen erzielbare – Suspendierungswirkung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung sogar ein unzulässiges argumentum a maiore ad maius⁴⁹² dar.

d) Druck auf den Arbeitgeber

Eine Mindermeinung in der Literatur bejaht die Druckfunktion der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung mit dem Hinweis darauf, daß sie die „Arbeitskampfrepresentativität“ der Gewerkschaft erhalte, indem sie arbeitswillige Arbeitnehmer nicht zur Arbeit zulasse⁴⁹³. Ohne die Betriebsstilllegung hätte der Arbeitgeber außerdem eine Rechtspflicht, Streikbruch zu dulden, was den Arbeitskampf eskalieren, die Atmosphäre vergiften und das Ziel, nach Beendigung des Arbeitskampfes zur Zusammenarbeit zurückzukehren, gefährden würde. Dabei wird offensichtlich ein Gewerkschaftsbild favorisiert, das durch die generelle Fähigkeit gekennzeichnet ist, die Mehrheit der Arbeitnehmer von der Notwendigkeit der gewerkschaftlichen Ziele und Mittel zu überzeugen und kollektives Verhalten zu organisieren.

Das kann jedoch ein Arbeitskampfmittel der *Arbeitgeberseite* nicht leisten. Dann müßte es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung um ein Arbeitskampfmittel der Gewerkschaft handeln, das systemwidrig statt an die eigene Erklärung, an die Erklärung des Ar-

⁴⁹⁰ Lieb, SAE 1996, 182, 184.

⁴⁹¹ s. u. 3. Teil, 1. Kapitel A III 2b) cc).

⁴⁹² vgl. Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 277.

⁴⁹³ Buschmann, AuR 1995, 39 f.; a. A.: Thüsing, Außenseiter, S. 132.

beitgebers anknüpft. Dies ist bereits deshalb abwegig, weil dann kein Arbeitskämpfungsmittel vorliegt, d. h. eine kollektive Maßnahme, die von einer Arbeitskämpfungspartei zur Störung der Arbeitsbeziehungen eingesetzt wird, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen⁴⁹⁴. Außerdem läge ein Recht der Gewerkschaft, den Arbeitgeber in ihren organisationalpolitischen Dienst zu stellen, außerhalb des Ordnungszwecks von Tarifvertrag und Arbeitskämpfung⁴⁹⁵. Es gibt keine Garantie der Paritätsherstellung durch einen Streik im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses, für den der Arbeitgeber Erfüllungsgehilfe ist⁴⁹⁶. Desweiteren könnte die Gewerkschaft dann ihren Streikaufruf selbst vollziehen und würde damit wegen der fehlenden individuellen Streikteilnahmeerklärung der Arbeitnehmer gegen deren negative Vertragsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie negative Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen⁴⁹⁷. Entscheidet der Arbeitnehmer sich gegen eine Teilnahme am Streik, übt er eine ihm verfassungsrechtlich geschützte Entscheidungsmacht aus⁴⁹⁸.

2. Ergebnis

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung läßt sich mangels Paritätsfunktion für den Arbeitskämpfung nicht als eigenständiges Arbeitskämpfungsmittel rechtfertigen. Sie ist weder geeignet, Druck auf die Arbeitnehmerseite auszuüben, noch den eigenen Druck auf Arbeitgeberseite paritätsrelevant abzumildern.

II. Legitimation als Sonderform der Aussperrung

Stattdessen kommt die Rechtfertigung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung als eine Sonderform der Abwehraussperrung in

⁴⁹⁴ vgl. aber Kornbichler, Stilllegung, S. 28 ff., der ein „Nötigungsszenario“ entwirft, in dem die Gewerkschaft die Notdienstvereinbarung unter die Bedingung der Ausübung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung stellen kann.

⁴⁹⁵ Löwisch, Anm. zu BAG vom 31.01.1995, AR-Blattei ES 170.2 Nr. 42, S. 6.

⁴⁹⁶ Göbel, Suspendierungsrecht, S. 199.

⁴⁹⁷ Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 269 ff..

⁴⁹⁸ vgl. Göbel, Suspendierungsrecht, S. 199, der allerdings von einer Verletzung der positiven Streikfreiheit ausgeht, da dort, wo ein positives Wahlrecht bestehe, kein Raum für eine negative Freiheit sei.

Betracht⁴⁹⁹. Damit würde sie an der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung durch Art. 9 Abs. 3 GG teilnehmen.

1. Garantie der Aussperrung

Die Aussperrung ist das traditionelle, verfassungsrechtlich garantierte Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeberseite, das seit Beginn des Koalitionswesens Ende des 19. Jahrhunderts als Gegenstück zum Streik eingesetzt wird: Wenn die Arbeitnehmer um des Verhandlungsgleichgewichts willen Arbeitskämpfe führen dürften, könne für die Arbeitgeber prinzipiell nichts anderes gelten⁵⁰⁰. Dies folge daraus, daß die Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG für jedermann und für alle Berufe gewährleistet sei, also Arbeitgebern und Arbeitnehmern gleichermaßen zustehe⁵⁰¹. Die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems setze voraus, daß keine Seite allein das Kampfgeschehen bestimmen und die jeweils andere Seite auf ein Dulden und Durchstehen des Arbeitskampfes verweisen könne⁵⁰².

Dies hat zur Anerkennung der suspendierenden Abwehraussperrung gegenüber einem Angriffsstreik⁵⁰³, aber auch des Abwehrstreiks gegenüber der suspendierenden Angriffsaussperrung geführt⁵⁰⁴. Denn auch die Arbeitgeberseite muß in der Lage sein, einen Arbeitskampf zu eröffnen, um eine Einigung über eine von ihr gewollte Änderung eines Tarifvertrages herbeizuführen. Denkbar ist dies vor allem bei notwendigen Strukturanpassungen einzelner Branchen, bei gesamtwirtschaftlichen Krisen oder bei der Krise eines Unternehmens mit Haustarifvertrag, die das Bedürfnis nach Herabsetzung tariflicher Arbeitsbedingungen hervorbringen⁵⁰⁵.

⁴⁹⁹ vgl. Gamillscheg, BB 1996, 212, 213; ders., KollArbR, S. 916; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 226; KassArbR-Kalb, S. 1851 Rn. 220; Lieb, SAE 1995, 257, 260; Löwisch/Bittner, AR-Blattei SD Arbeitskampf SD 170.3.2 Rn. 21; Mayer, AiB 1995, 135 f.; Thüsing, Außenseiter, S. 129.

⁵⁰⁰ BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 917.

⁵⁰¹ BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 917.

⁵⁰² s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) cc) (1).

⁵⁰³ BAG, AP Nr. 1 (Bl. 224 R), 43 (Bl. 310 R), 64 (Bl. 914 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵⁰⁴ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 310 R; Gamillscheg, KollArbR, S. 1263; Hueck/Nipperdey/Säcker, Arbeitsrecht II/2, S. 946 f.; KassArbR-Kalb, S. 1803 Rn. 50; Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD, 170.1 Rn. 52; Maunz/Dürig-Scholz, GG, Art. 9 Rn. 329; Rieble, Anm. zu BAG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 24; a. A.: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 177 ff.; Däubler-Wolter, Arbeitskampfrecht, Rn. 876 ff.; ausdrücklich offengelassen: BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 914.

⁵⁰⁵ Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD, Nr. 170.1 Rn. 52.

Nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist dagegen die lösende Gesamtaussperrung, die ohne Rücksicht darauf erfolgt, ob der Arbeitsplatz weggefallen ist, sowie die lösende Einzelaussperrung gegenüber solchen Arbeitnehmern, deren Arbeitsplatz durch kampfbedingte Maßnahmen des Arbeitgebers weggefallen ist⁵⁰⁶.

Die Funktion der Aussperrung besteht neben der Schadensbegrenzung durch Einsparung von Lohnkosten darin, den Wirkungsgrad des Streiks dadurch zu verringern, daß die Zahl der nicht beschäftigten Arbeitnehmer schlagartig vergrößert und die Belastung der Gewerkschaft durch gewerkschaftliche Streikunterstützungen ausgeweitet wird⁵⁰⁷. Durch den größeren Druck wird die Kompromißbereitschaft der Gewerkschaft erhöht und die Dauer des Arbeitskampfes verkürzt („Kampfverkürzung durch Kampfausweitung“); gleichzeitig soll die Wettbewerbsfähigkeit des Arbeitgebers, die bei einem langen Arbeitskampf durch den Verlust von Marktanteilen beeinträchtigt werden kann, erhalten und der Schaden der Arbeitgeberseite gleichmäßiger auf die Mitgliedsfirmen verteilt werden⁵⁰⁸.

Das Recht zur suspendierenden Aussperrung ist beim Verbandsarbeitskampf wie das Streikrecht ein in die kollektivrechtlichen Zuständigkeiten eingebundenes subjektiv-privates Aussperrungsrecht⁵⁰⁹. Beim Arbeitskampf um einen Firmentarifvertrag besteht die Aussperrungsbefugnis des einzelnen Arbeitgebers dagegen verbandsunabhängig. Dies ergibt sich zum einen aus seiner Stellung als Tarifvertragspartei aus § 2 Abs. 1 TVG, zum anderen müssen auch dem bestreikten Außenseiterarbeitgeber im Arbeitskampf im Hinblick auf das Prinzip der Arbeitskampfparität Verteidigungsmöglichkeiten zustehen⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 313, wonach die lösende Aussperrung in der Regel nur gegenüber rechtswidrigen Streiks zur Verhinderung weiterer existenzbedrohender Schädigungen bzw. nach arbeitskampfbedingter Rationalisierung von Arbeitsplätzen in Betracht kommen wird.

⁵⁰⁷ Seiter, JA 1979, 337, 343.

⁵⁰⁸ Seiter, JA 1979, 337, 344.

⁵⁰⁹ BVerfGE 84, 212; BAG, AP Nr. 1, 43, 64, 65, 72, 84, 85, 89, 101, 107, 110, 124 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, § 25 I; Maunz/Dürig-Scholz, Art. 9 GG, Rn. 327 m. w. N.; a. A.: Däubler-Wolter, Arbeitskampfrecht, Rn. 876, 890 m. w. N.; grundlegend Seiter, Streikrecht, S. 46 ff., 182 ff..

⁵¹⁰ BAG, AP Nr. 124 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

2. Betriebsstilllegung als Sonderform?

Das Verhältnis des Rechts auf Betriebsstilllegung zur Aussperrung war zunächst ungeklärt, so daß teilweise vermutet wurde, daß das Recht auf Betriebsstilllegung die (Abwehr-)Aussperrung substituierere⁵¹¹. In seinem Urteil vom 27.06.1995 hat das BAG dem jedoch indirekt widersprochen, indem es die Aussperrung als „Demonstration der Kampfbereitschaft“ und als „aktive Gestaltung“ des Arbeitskampfes in Abgrenzung zum „bloßen Erdulden einer gegnerischen Kampfmaßnahme“ bezeichnete und damit das Aussperrungsrecht ausdrücklich bestätigte⁵¹². In seinen beiden Urteilen vom 11.07.1995 stellt das BAG weiter fest, daß es sich beim Recht auf Betriebsstilllegung – anders als bei der Aussperrung – nicht um eine Kampfmaßnahme handele⁵¹³.

Entgegen dieser Konzeption könnte es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung mit Blick auf die Suspendierungswirkung dennoch um eine Sonderform der Aussperrung handeln, wenn sie sowohl formell, d. h. im Hinblick auf die Rechtsnatur, den Anwendungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen, als auch materiell, d. h. im Hinblick auf die Legitimationsgrundlagen, mit der Aussperrung vergleichbar wäre.

3. Formelle Vergleichbarkeit

a) Rechtsnatur

Fraglich ist zunächst, ob die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ebenso wie die Aussperrung ein Arbeitskampfmittel ist, zumal sie für die betroffenen Arbeitnehmer im Ergebnis eine Aussperrung darstellt⁵¹⁴. Welche begrifflichen Voraussetzungen für ein Arbeitskampfmittel gegeben sein müssen, ist streitig.

Nach dem engen Arbeitskampf-begriff ist der Arbeitskampf die aufgrund eines Kampfentschlusses der Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite erfolgende Störung des Arbeitslebens durch kollektive

⁵¹¹ Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 226; Gamillscheg, BB 1996, 212, 213; Lieb, SAE 1995, 257, 260; Rieble, SAE 1996, 227, 234.

⁵¹² BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 621, 621 R.

⁵¹³ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 625 R, 626.

⁵¹⁴ Lieb, SAE 1995, 257, 260; Mayer, AiB 1995, 135, 136; Thüsing, DB 1995, 2607, 2608.

Maßnahmen zu dem Zweck, mit Hilfe des dadurch ausgeübten Drucks eine freiwillig nicht zugestandene, kollektivvertragliche Regelung zu erreichen (Angriffsarbeitskampf) oder abzuwehren (Abwehrarbeitskampf)⁵¹⁵. Die zentralen Merkmale dieses Begriffs sind die kollektive Störung der Arbeitsbeziehungen, das Ziel des Tarifabschlusses sowie die Druckausübung, ohne die keine Veranlassung für die Tarifvertragsparteien besteht, ein ausgeglichenes Verhandlungsergebnis zu erzielen.

Nach dem weiten Arbeitskampfbegriff genügt dagegen jede kollektive Maßnahme, die von der Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite zur Störung der Arbeitsbeziehungen eingesetzt wird, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, wobei das Merkmal der Druckausübung nicht zwingend vorausgesetzt wird⁵¹⁶.

Da allerdings die Merkmale des engen Arbeitskampfbegriffs bereits eine rechtliche Präjudizierung enthalten, ermöglicht allein der weite Arbeitskampfbegriff eine von der Begriffsbestimmung unabhängige rechtliche Bewertung eines Arbeitskampfmittels⁵¹⁷. So ist insbesondere die Druckfunktion ein Paritätskriterium, das erst im Rahmen der Prüfung der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme von Bedeutung ist⁵¹⁸. Mit der bloßen Qualifizierung einer Maßnahme als Arbeitskampfmittel ist dagegen noch nicht entschieden, ob diese dem Kollektivarbeitsrecht oder dem Individualarbeitsrecht zuzuordnen ist⁵¹⁹. Der Begriff des Arbeitskampfmittels dient in erster Linie nur dazu, ein soziales Phänomen zu umschreiben, für das erst im Anschluß an seine rechtssystematische Einordnung eine Beurteilung seiner Rechtmäßigkeit in Betracht kommt, ohne daß aus der Bezeichnung unmittelbar Rechtsfolgen abgeleitet werden könn-

⁵¹⁵ Hueck/Nipperdey/Säcker, Arbeitsrecht II/2, S. 870, 887 ff..

⁵¹⁶ vgl. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 17; Gamillscheg, KollArbR, S. 934; KassArbR-Kalb, S. 1793 Rn. 8; Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 151 Rn. 3 ff.; MünchArbR-Otto, § 281 Rn. 2; Seiter, Streikrecht, S. 568 ff..

⁵¹⁷ vgl. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 16; Kalb, Arbeitskampfrecht, Rn. 7; MünchArbR-Otto, § 281 Rn. 1; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 446.

⁵¹⁸ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) cc) (1) (β); a. A.: Kornbichler, Stilllegung, S. 23, der die Druckfunktion als Merkmal des Arbeitskampfmittelbegriffs versteht; im Widerspruch zu S. 16 f., wonach die Einordnung der Betriebsstilllegung in das kollektive Arbeitsrecht eine Vorentscheidung für ihre *grundsätzliche Zulässigkeit* sei, die dann vorzunehmen sei, wenn die Betriebsstilllegung ein *Arbeitskampfmittel* sei.

⁵¹⁹ Lieb, SAE 1996, 182, 185.

ten⁵²⁰. Daher ist der weite Arbeitskampfbegriff zumindest dort vorzugswürdig, wo die Prüfung der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme und ihrer Rechtsfolgen noch aussteht⁵²¹. Andernfalls könnte bereits durch die Definition einer Arbeitskampfmaßnahme als „Arbeitskampfmittel“ ihre Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit gesteuert werden.

Unter Zugrundelegung des weiten Arbeitskampfbegriffs handelt es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung ebenso wie bei der Aussperrung um ein Arbeitskampfmittel.

b) Anwendungsbereich

Die Gleichsetzung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung setzt weiter vergleichbare Anwendungsbereiche voraus.

Im unmittelbar streikbetroffenen Betrieb kann die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten der zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmer sowohl mittels Aussperrung als auch mittels Betriebsstilllegung erreicht werden. Wird der Betrieb jedoch nur zum Teil bestreikt, kann die Aussperrung auch auf die nicht bestreikten Betriebsteile erstreckt werden, während die Betriebsstilllegung räumlich auf die bestreikten Betriebsteile beschränkt ist⁵²². Denn die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung erfaßt nur die zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmer.

Demzufolge kommt auch in nicht bestreikten Betrieben des umkämpften Tarifgebiets – unter Berücksichtigung der sog. Aussperrungsquoten⁵²³ – ausschließlich die Anwendung der Aussperrung, nicht der Betriebsstilllegung in Betracht.

Die Bindung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung an den gewerkschaftlichen Streikbeschluß gilt schließlich – jedenfalls grundsätzlich – auch in zeitlicher Hinsicht, d. h. Beginn und Ende der Betriebsstilllegung sind an die tatsächliche Dauer des Streiks gekoppelt, während die Aussperrung hiervon unabhängig ist. Immerhin setzt die

⁵²⁰ MünchArbR-Otto, § 281 Rn. 1; ebenso Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 191 ff..

⁵²¹ ebenso Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 191.

⁵²² s. o. 1. Teil, 1. Kapitel B II 2a).

⁵²³ s. u. 3. Teil, 1. Kapitel A II 3c) ee).

Abwehraussperrung als Reaktion auf einen Angriffsstreik diesen im jeweiligen Kampfgebiet begriffsnotwendig voraus.

Diese unterschiedlichen Anwendungsbereiche schließen allerdings die strukturelle Verwandtschaft der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung mit der Aussperrung noch nicht aus.

c) Anwendungsvoraussetzungen

Obwohl das BAG die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung weder an die Vorgaben des Arbeitgeberverbandes noch an die von der Rechtsprechung an die Verhältnismäßigkeit einer Aussperrung gestellten Anforderungen binden zu wollen scheint⁵²⁴, könnte die Betriebsstilllegung insoweit denselben Anwendungsvoraussetzungen wie die Aussperrung unterliegen.

aa) Erklärung

Ebenso wie die Aussperrung bewirkt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung die Suspendierung der beiderseitigen Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis bei grundsätzlichem Fortbestehen der Nebenpflichten⁵²⁵. Da beide somit gestaltend auf das Arbeitsverhältnis einwirken, müssen sie gegenüber den Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse suspendiert werden sollen, in einer eindeutigen Willenserklärung oder jedenfalls einer rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung mindestens konkludent zum Ausdruck kommen⁵²⁶. Während die Aussperrung sowohl gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern als Arbeitsvertragsparteien als auch gegenüber der gegnerischen Gewerkschaft als Arbeitskampfgegnerin zu erklären ist⁵²⁷, erfolgt die Erklärung der Betriebsstilllegung nur gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern⁵²⁸.

⁵²⁴ Kirchner, WiB 1995, 209, 210; Streckel, Anm. zu BAG, EzA Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 12.

⁵²⁵ s. o. 1. Teil, 1. Kapitel B III.

⁵²⁶ vgl. für die Aussperrung: BAG, AP Nr. 43, 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 314; Kalb, Arbeitskampfrecht, Rn. 256; MünchArbR-Otto, § 288 Rn. 4; Seiter, Streikrecht, S. 351 ff..

⁵²⁷ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 621 R; Seiter, Streikrecht, S. 352 f..

⁵²⁸ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 626.

Nach Ansicht des BAG folgt dieser Unterschied daraus, daß es sich bei der Aussperrung im Gegensatz zur Betriebsstilllegung um ein Arbeitskämpfungsmittel handele, mit dem der Arbeitgeber seine Kampfbereitschaft demonstrieren wolle und über das die Arbeitnehmerseite Kenntnis haben müsse, um entsprechend kampftaktisch reagieren zu können: „Das verlangt eine entsprechende Verlautbarung mit kampftaktischer Tendenz. Dementsprechend hat auch die Arbeitnehmerseite ein berechtigtes Interesse daran zu wissen, ob der Arbeitgeber aktiv in den Arbeitskampf eingreift. Sie muß entscheiden können, wie sie hierauf taktisch reagieren will“⁵²⁹. So hat das BAG im Urteil vom 27.06.1995 die Aufforderung des Arbeitgebers an die Arbeitnehmer, aufgrund des gestörten Arbeitsablaufs das Werksgelände zu verlassen, mangels Eindeutigkeit als Stilllegungserklärung und nicht als Aussperrungserklärung gewertet, obwohl der Arbeitgeber damit für die Arbeitnehmer deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er an diesem Tag infolge des Streiks nicht mehr beschäftigen und nicht mehr zahlen will. Gäbe es kein Stilllegungsrecht, wäre die Erklärung des Arbeitgebers dort wohl als Aussperrungserklärung gewertet worden⁵³⁰.

Damit stellt das BAG vergleichsweise strenge Anforderungen an die Aussperrungserklärung. Allerdings ist mit der Einstufung einer Arbeitskämpfmaßnahme als Arbeitskämpfungsmittel noch keine Aussage über ihre Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen getroffen⁵³¹. Überdies liegt ein aktiv gestaltender Eingriff im Hinblick auf die Suspendierung der Arbeitsverhältnisse sowohl bei der Aussperrung als auch bei der Betriebsstilllegung vor, da der Arbeitgeber – anders als bei der Arbeitskämpfrisikolehre, bei der der Anspruchsverlust quasi automatisch eintritt – seine eigene Entscheidungsfreiheit ausübt⁵³².

Im übrigen reicht die gebotene Eindeutigkeit nicht weiter, als Zweifel über den Sinn einer Erklärung möglich sind und diese Zweifel für den

⁵²⁹ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 621 R.

⁵³⁰ Konzen, Gem. Anm. zu BAG AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 915.

⁵³¹ ebenso Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 136 Fn. 519.

⁵³² ebenso Thüsing, Außenseiter, S. 129.

Adressaten praktische Bedeutung haben⁵³³. Eine über die Grundsätze der Rechtsklarheit und der Praktikabilität für die Adressaten hinausgehende Klarstellungsobliegenheit existiert für den Arbeitgeber nicht⁵³⁴. Dementsprechend hat das BAG im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen Arbeitskampf und Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts bereits festgestellt, daß eine Verpflichtung zur Klarstellung desjenigen, der von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen wolle, nur dann vorliege, wenn im Einzelfall Unklarheiten darüber bestehen könnten⁵³⁵. Solange also der Arbeitgeber die Beschäftigung und Entgeltfortzahlung eindeutig verweigert, bestehen keine weitergehenden Klarstellungsbedürfnisse auf Arbeitnehmerseite⁵³⁶, auch wenn sich die Verweigerung als rechtswidrig herausstellt. Denn in diesem Fall behalten die Arbeitnehmer ihren Vergütungsanspruch. Und auch die Gewerkschaft wird auf eine rechtswidrige nicht anders als auf eine rechtmäßige Aussperrung reagieren. Haben die Auslegungsschwierigkeiten für den Adressaten keine praktische Bedeutung, kann auch im nachhinein geklärt werden, ob der tatsächlichen Suspendierung eine Betriebsstilllegung, eine Aussperrung oder ein Lohnverweigerungsrecht nach Arbeitskampsrisikogrundsätzen zugrunde gelegen hat⁵³⁷. Nichts anderes hat das BAG schließlich getan, als es dem Arbeitgeber im Urteil vom 22.03.1994 mit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung ein kampftaktisches Verhalten zuschrieb, das dieser zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal erahnen konnte.

Überdies gehen die strengen Anforderungen des BAG an die Aussperrungserklärung nicht nur an der Arbeitskampfpraxis vorbei, z. B. wenn die Arbeitnehmer wegen Blockaden des Betriebs durch Streikposten ohnehin nicht an ihre Arbeitsstelle gelangen können; sie wi-

⁵³³ Konzen, Gem. Anm. zu BAG AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 914 R; Lieb, SAE 1996, 182, 186; a. A.: Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 150 ff., der auch im Fall einer offensichtlich rechtswidrigen Aussperrung eine Schadenersatzpflicht der arbeitswilligen Arbeitnehmer annimmt und zum Erhalt ihrer Vergütungsansprüche ein Arbeitsangebot fordert.

⁵³⁴ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 915; Lieb, FS Herschel, S. 229.

⁵³⁵ BAG, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 403 R.

⁵³⁶ Lieb, SAE 1996, 182, 186.

⁵³⁷ Konzen, FS Prugberger, 155, 163.

dersprechen auch den zivilrechtlichen Grundsätzen zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen⁵³⁸. Sofern man von diesen Verschärfungen des BAG absieht, unterliegt die Stilllegungserklärung aber denselben Anforderungen wie die Aussperrungserklärung.

bb) Friedenspflicht

Fraglich ist desweiteren, ob eine etwaige Friedenspflicht, deren Verletzung die Aussperrung rechtswidrig machen würde, auch auf die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung anwendbar wäre.

Zweck der Tarifautonomie ist es, das Arbeitsleben in dem von der staatlichen Rechtssetzung freigelassenen Raum durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen und zu befrieden⁵³⁹. Dieser Zweck kann nur dann erreicht werden, wenn während der Geltungsdauer eines Tarifvertrages ein Arbeitskampfbot für die Tarifvertragsparteien gilt. Jeder Tarifvertrag begründet daher als Teil der obligatorischen Pflichten eine beidseitige Friedenspflicht, während der Laufzeit eines Tarifvertrages, Arbeitskampfmaßnahmen mit dem Ziel der Änderung des bestehenden Tarifvertrages zu unterlassen⁵⁴⁰. Die Friedenspflicht verpflichtet die Tarifvertragsparteien auch, verbandsrechtlich gegen Mitglieder vorzugehen, die solche Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen wollen⁵⁴¹. Die Verletzung einer bestehenden Friedenspflicht eines Tarifvertrages macht den Arbeitskampf rechtswidrig⁵⁴².

Für die in der kämpfenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmer besteht regelmäßig keine Friedenspflicht mehr, da die Geltungsdauer ihres Tarifvertrages abgelaufen ist. Da die Betriebsstilllegung ebenso wie die Aussperrung aber auch die Arbeitsverhältnisse der andersorganisierten Arbeitnehmer erfasst, ist fraglich, ob sie nicht die Friedenspflicht aus *deren* Tarifvertrag verletzt. Denn soweit in einem Betrieb aufgrund der unterschiedlichen gewerkschaftlichen Organisation der Arbeitnehmer verschiedene Tarifverträge miteinander kol-

⁵³⁸ Lieb, SAE 1996, 182, 187.

⁵³⁹ BVerfGE 18, 18, 28.

⁵⁴⁰ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 89 Rn. 30, S. 254 Rn. 3; MünchArbR-Löwisch, § 246 Rn. 33; Söllner, Arbeitsrecht, § 12 II 3a.

⁵⁴¹ Löwisch/Rieble, TVG, § 1 Rn. 271; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1 Rn. 327.

⁵⁴² Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 294 Rn. 140.

lidieren, liegt eine sog. Tarifpluralität vor, d. h. daß die normativen Bestimmungen mehrerer Tarifverträge für verschiedene Arbeitsverhältnisse eines Betriebes Geltung beanspruchen, so daß auf manche Arbeitsverhältnisse der eine, auf manche Arbeitsverhältnisse der andere Tarifvertrag anzuwenden ist⁵⁴³.

Für das BAG stellt sich dieses Problem insoweit nicht, als es in ständiger Rechtsprechung für die Auflösung von Tarifkonkurrenzen den sog. Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb als Kollisionsregel angewendet⁵⁴⁴. Danach könne nur einer der kollidierenden Tarifverträge die Arbeitsverhältnisse im Betrieb normativ gestalten; welcher Tarifvertrag anzuwenden sei, richte sich nach dem Grundsatz der Spezialität, wobei der eine Tarifvertrag ungeachtet seiner bestehenden Tarifbindung durch den betriebsweit spezielleren Tarifvertrag, also den Tarifvertrag, der dem Betrieb räumlich, betrieblich, fachlich und persönlich am nächsten steht und deshalb den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht werde, aus dem Betrieb verdrängt werde⁵⁴⁵. Da der vorrangige Tarifvertrag mangels eines Rechtsverhältnisses nur faktisch und ohne unmittelbare rechtliche Relevanz auf die andersorganisierten Arbeitnehmer anwendbar sei, seien diese weiterhin an den nachrangigen Tarifvertrag gebunden⁵⁴⁶. Dieser werde durch die Verdrängung aber nicht nichtig, sondern nur für die Dauer der Tarifkollision suspendiert. Damit werde auch seine Friedenspflicht suspendiert, so daß die andersorganisierten Arbeitnehmer im Arbeitskampf um den vorrangigen Tarifvertrag keiner Friedenspflicht unterlägen. Dies führe im Arbeitskampf dazu, daß auch die andersorganisierten Arbeitnehmer um diesen Tarifvertrag streiken und ausgesperrt werden dürften⁵⁴⁷.

Der Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb ist in der wissenschaftlichen Literatur allerdings insbesondere unter dem Gesichtspunkt ei-

⁵⁴³ vgl. Jacobs, Tarifeinheit, S. 334.

⁵⁴⁴ BAG, AP Nr. 4 (Bl. 557 R), 6 (Bl. 1017 R), 8 (Bl. 919), 11 (Bl. 94), 12 (Bl. 331 f.), 16 (Bl. 1046), 19 (Bl. 833 R), 20 (Bl. 504), 22 (Bl. 125 R) zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

⁵⁴⁵ BAG, AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz, Bl. 504, 504 R.

⁵⁴⁶ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 276 Rn. 79.

⁵⁴⁷ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

ner Rechtsfortbildung *contra legem* stark umstritten⁵⁴⁸, da mit dem § 3 Abs. 2 TVG eine Regelung existiere, die die zwingende betriebs-einheitliche Geltung eines Tarifvertrages nur bei Kollektivnormen an-ordne und daher bei der Frage der Einbeziehung andersorganisierter Arbeitnehmer in den Arbeitskampf nicht ohne weiteres herangezogen werden könne⁵⁴⁹. Daher vertritt ein Teil des Schrifttums die Auffas-sung, daß andersorganisierte Arbeitnehmer zumindest dann nicht in den Arbeitskampf einbezogen werden dürften, wenn für sie ein ande-rer Tarifvertrag gelte, in dem derselbe Gegenstand geregelt ist, den der umkämpfte Tarifvertrag regeln soll⁵⁵⁰: Die Einheit der Belegschaft beim Arbeitskampf führe zwar grundsätzlich dazu, daß Andersorga-nisierte in den Arbeitskampf einbezogen werden könnten, obwohl für sie andere Tarifverträge gelten. Da die Beteiligung dieser Arbeitneh-mer jedoch nicht gegen die Friedenspflicht ihrer Gewerkschaft ver-stoßen und für sie vertragswidrig sein dürfe, dürften sie nicht in einen fremden Arbeitskampf einbezogen werden, in dem sie ihre Frie-denspflicht in demselben Umfang verletzen würden wie im eigenen Arbeitskampf. Nach *Rieble*⁵⁵¹ dürften die andersorganisierten Arbeit-nehmer selbst dann nicht in den Arbeitskampf einbezogen werden, wenn für sie im Moment des Arbeitskampfes kein aktueller Tarifver-trag gilt, ihre Gewerkschaft aber selbst Tarifverhandlungen führen will, weil damit in die kollektive Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft, d. h. das Recht der Gewerkschaft, einen eigenen Arbeitskampf um ihre Tarifziele nach eigenen kampftaktischen Überlegungen zu füh-ren, eingegriffen werde. Soweit der fachliche und räumliche Gel-tungsbereich des umkämpften Tarifvertrages bei beiden Tarifparteien übereinstimmt, komme für die andersorganisierten Arbeitnehmer al-lenfalls ein echter Sympathiestreik in Betracht, dessen Zulässigkeit sich nach der Bewertung des Hauptstreiks richte⁵⁵². Eine Durchbre-chung der Friedenspflicht sei nur ausnahmsweise gerechtfertigt,

⁵⁴⁸ vgl. grundlegend Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, S. 334 ff. m. w. N. in Fn. 37.

⁵⁴⁹ vgl. aber Kornbichler, Stilllegung, S. 153.

⁵⁵⁰ Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 44; Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD 170.2 Rn. 89; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 62.

⁵⁵¹ Rieble, SAE 1996, 224, 234.

⁵⁵² Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 14; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 62.

wenn ohne die Einbeziehung weiterer Arbeitnehmer eine gleichgewichtige Regelung der Arbeitsbedingungen offensichtlich nicht möglich sei⁵⁵³. Entsprechendes wird auch für die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung vertreten⁵⁵⁴.

Unabhängig von diesem Meinungsstreit läßt sich für die vorliegende Frage nach der strukturellen Vergleichbarkeit von Betriebsstilllegung und Aussperrung jedenfalls feststellen, daß eine etwaige Friedenspflicht der andersorganisierten Arbeitnehmer in beiden Fällen zu beachten wäre, so daß keine Privilegierung der Betriebsstilllegung ersichtlich ist.

cc) Arbeitgeberverbandsbeschluß

Der Einsatz der Abwehraussperrung im Verbandsarbeitskampf erfordert einen Beschluß des zuständigen Arbeitgeberverbandes. Fraglich ist, ob die Betriebsstilllegung nicht ebenfalls einen – mindestens konkludenten – Beschluß des zuständigen Arbeitgeberverbandes voraussetzt⁵⁵⁵. Diesem Zustimmungserfordernis liegt die Prämisse zugrunde, daß die der Durchsetzung von Tarifverträgen dienenden Arbeitskämpfungsmittel grundsätzlich von den Tarifparteien zu steuern sind, da der Arbeitskampf ein Hilfsmittel der Tarifautonomie ist. Eine Ausnahme hiervon ist nach herrschender Meinung bei der Auseinandersetzung um einen Firmentarifvertrag zu machen, da der Arbeitgeber hier als sog. Außenseiterarbeitgeber verbandsrechtlich nicht verpflichtet ist, und der Arbeitgeberverband überhaupt nicht in den Arbeitskampf involviert ist⁵⁵⁶. Auch für die Anschlußaussperrung, mit der sich ein Außenseiterarbeitgeber mit seinem Unternehmen an

⁵⁵³ Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 45; im Ergebnis ebenso Schulteis, Stilllegungsbefugnis, S. 111 Rn. 436; vgl. auch Thüsing, Außenseiter, S. 57, 91, 132, der entsprechend des Zwecks der Friedenspflicht – Bestandsschutz des jeweiligen Tarifvertrags während seiner Laufzeit – eine Einbeziehung der andersorganisierten Arbeitnehmer in den Arbeitskampf befürwortet, weil ihr Tarifvertrag im Arbeitskampf um einen abgelaufenen Tarifvertrag unberührt bleibe.

⁵⁵⁴ so Fischer/Rüthers, Anm. zu EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 9; Löwisch, AR-Blattei ES, 170.1 Nr. 42, S. 5; Rieble, SAE 1996, 227, 234.

⁵⁵⁵ vgl. Gamillscheg, BB 1996, 212, 213.

⁵⁵⁶ Kalb, Arbeitskampfrecht, Rn. 187; Löwisch/Rieble, AR-Blattei, SD 170.2, Rn. 83.

einem Verbandsarbeitskampf beteiligt, ist ein Verbandsbeschluß entbehrlich⁵⁵⁷.

Mit Blick auf diese Regeln ist die Entbehrlichkeit des Verbandsbeschlusses für die Betriebsstilllegung auch im Falle der Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers letztlich darauf zurückzuführen, daß sie als individuelles Abwehrrecht des Arbeitgebers jedenfalls keine tarifliche Konfliktlösungsfunktion für den *Arbeitgeberverband* besitzt⁵⁵⁸. Auch besteht insoweit keine Schutzfunktion des Arbeitgeberverbands gegenüber seinen Mitgliedern, da aufgrund der räumlichen Begrenzung der Betriebsstilllegung auf den bestreikten Betrieb oder Betriebsteil keine Ausweitung des Arbeitskampfes zu befürchten ist, dem der Arbeitgeberverband entgegenwirken müßte⁵⁵⁹. Daran würden auch mögliche Fernwirkungen der Betriebsstilllegung auf Drittbetriebe nichts ändern, da diese als unvermeidbare Folgen gegenüber dem Interesse des Arbeitgeberverbands am Schutz seiner Mitglieder Vorrang hätten.

Ein Zustimmungserfordernis des Arbeitgeberverbandes zur arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung kommt schließlich auch deshalb nicht in Betracht, weil diese gegen die kampftaktischen Interessen des Arbeitgeberverbandes und damit gegen dessen Selbstverwaltungsrecht verstößt⁵⁶⁰. Denn anders als die Aussperrung beeinträchtigt ein auf den Umfang des Streikaufrufs beschränktes Abwehrmittel die Gewerkschaftsinteressen nicht nur nicht, sondern begünstigt sie sogar durch den perfekten Vollzug des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses sowie durch den faktischen Zwang zum Gewerkschaftsbeitritt der Außenseiter⁵⁶¹. Dann aber ist die Betriebsstilllegung mit der Aussperrung strukturell auch nicht vergleichbar.

⁵⁵⁷ zur Anschlußaussperrung des Außenseiterarbeitgebers vgl. Konzen, SAE 1991, 335, 344.

⁵⁵⁸ so auch Göbel, Suspendierungsrecht, S. 198; Löwisch, FS Gitter, 533, 535; Streckel, Anm. zu BAG, EzA Nr. 120 zu Art.9 GG Arbeitskampf, S. 11.

⁵⁵⁹ so auch Kornbichler, Stilllegung, S. 163; vgl. aber Rieble, SAE 1996, 227, 234.

⁵⁶⁰ Gussone, AuR 1995, 376, 377; Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 421 Rn. 121; Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl. 913 f.; Rieble, SAE 1996, 227, 234.

⁵⁶¹ vgl. Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 140 ff..

dd) Differenzierungsverbot

Nach Auffassung des BAG und einer starken Literaturmeinung ist die Beschränkung der Aussperrung nur auf organisierte oder auf nicht-organisierte Arbeitnehmer unzulässig, denn sie diskriminiere ohne sachliche Gründe nach der Koalitionszugehörigkeit und verstoße damit gegen die positive bzw. negative Koalitionsfreiheit der jeweils betroffenen Arbeitnehmer⁵⁶². Außerdem liege bei der sog. Selektiv-aussperrung von organisierten Arbeitnehmern ein Verstoß gegen die positive kollektive Koalitionsfreiheit in Form der Bestandsgarantie vor, weil die nichtorganisierten Arbeitnehmer ihre mangelhafte Vorsorge für den Arbeitskampf nicht erkennen und nicht um der Streikunterstützung willen in die Gewerkschaft eintreten würden⁵⁶³: „Jede Schlechterstellung eines Gewerkschaftsmitglieds gegenüber Nichtorganisierten ist ein Angriff auf die positive Koalitionsfreiheit, wenn die Differenzierung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Als sachlich gerechtfertigt können nur solche Gründe anerkannt werden, die von jeder koalitionsspezifischen Tendenz frei sind. Das ist jedoch bei der selektiven Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern nicht der Fall. Mit dieser Kampfmaßnahme soll vermieden werden, daß die Nichtorganisierten ihre mangelhafte Kampfvorsorge erkennen und um der Streikunterstützung willen einer Gewerkschaft beitreten. Damit zielt die selektive Aussperrung auf den Mitgliederbestand der kampfführenden Arbeitnehmerkoalition.“ Die darin liegende Befreiung der Außenseiter von negativen Kampfeinwirkungen stelle sogar den „subtilsten und gefährlichsten Anschlag auf den gewerkschaftlichen Mitgliederstand“ dar⁵⁶⁴. Nach dieser Auffassung kann die Differenzierung nach der Koalitionszugehörigkeit unter keinem anderen Aspekt sachlich gerechtfertigt sein und ist damit eine gegen

⁵⁶² gegen die selektive Aussperrung von Gewerkschaftsmitgliedern: BAG, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, LS; Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, § 29; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 216; Däubler-Wolter, Arbeitskampfrecht, Rn. 960; Gamillscheg, KollArbR, S. 1048 f.; Konzen, FS BAG, 273, 290; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 263 ff.; allgemein gegen die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit: Löwisch/Rieble, AR-Blattei SD Nr. 170.2 Rn. 91; Rieble, SAE 1996, 227, 230 f..

⁵⁶³ BAG, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 944 R.

⁵⁶⁴ BAG, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 944 R unter Berufung auf Seiter, Streikrecht, S. 348.

die Koalitionsfreiheit gerichtete, nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG rechtswidrige Maßnahme.

Die Gegenauffassung hält dem entgegen, daß die selektive Aussperrung nur der Gewerkschaftsmitglieder durch vernünftige Erwägungen der Arbeitskampfführung gerechtfertigt sei, etwa bei der Ausweitung von Streikunterstützungszahlungen durch die kampfführende Gewerkschaft oder bei der teilweisen Aufrechterhaltung der Produktion mit Außenseitern⁵⁶⁵. Ebenso wie es Ziel der Gewerkschaft sei, möglichst viele Arbeitnehmer zum Streik zu motivieren mit entsprechend starker Druckwirkung auf die Arbeitgeberseite, sei es Ziel der Arbeitgeberseite, die Streikbereitschaft der Arbeitnehmer und damit das Druckpotential der Gewerkschaftsseite gering zu halten und ihrerseits Gegendruck mit der Aussperrung auszuüben. Es stünden somit kampftaktische Überlegungen im Vordergrund, die durchaus als eine sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung zwischen gewerkschaftlich organisierten und nichtorganisierten Arbeitnehmern anzuerkennen seien. So könnte eine Selektivaussperrung etwa darauf abzielen, daß der Arbeitgeber die „Politik der offenen Tür“ mit einer Notmannschaft verfolgen kann, ohne einer Organisationsunsicherheit bezüglich der zum Streik aufgerufenen Arbeitnehmer ausgesetzt zu sein⁵⁶⁶. Die aus diesen Gründen erfolgende Differenzierung sei arbeitskampftaktisch, nicht koalitionspolitisch motiviert und damit kein Angriff auf den Mitgliederbestand der Koalition, so daß insoweit lediglich eine faktische, keine zielgerichtete Beeinträchtigung der kollektiven Koalitionsfreiheit im Sinne des Art.9 Abs.3 S.2 GG vorliege⁵⁶⁷. Sie verstoße auch nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB, da keine gezielte Maßregelung eines arbeitsvertraglich zulässigen Verhaltens – hier: des Gewerkschaftsbeitritts – vorliege⁵⁶⁸. Eine Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des

⁵⁶⁵ Dütz, DB 1979, Beilage 14, S. 8; Kalb, Arbeitskampfrecht, Rn. 180 f.; Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 648, 661; Seiter, RdA 1981, 65, 83; Thüsing, Außenseiter, S. 81 ff.; Treber, Anm. zu BAG, EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 33 ff..

⁵⁶⁶ Löwisch/Rieble, Schlichtungsrecht, Rn. 327 f.; Treber, Anm. zu BAG, EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 32.

⁵⁶⁷ Löwisch/Rieble, AR-Blattei, SD 170.2 Rn. 92 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 83; Thüsing, Außenseiter, S. 81 f.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 409.

⁵⁶⁸ Thüsing, Außenseiter, S. 85.

§ 612a BGB liege erst dann vor, wenn die Differenzierung nicht durch aner kennenswerte Gründe außerhalb der zulässigen Rechtsausübung gerechtfertigt sei⁵⁶⁹. Das Differenzierungsverbot aufgrund der Organisationszugehörigkeit stehe damit auch einer Differenzierung zwischen Streikenden und Nichtstreikenden nicht entgegen, weil der Differenzierungsgrund nicht die Organisationszugehörigkeit, sondern die Streikteilnahme sei⁵⁷⁰.

Dieser Meinungsstreit kann letztlich für die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung dahinstehen, da sie dem Arbeitgeber anders als die Aussperrung keinen Handlungsspielraum im persönlichen Anwendungsbereich belässt⁵⁷¹: Eine zielgerichtete „Selektivsuspendierung“ der Außenseiter ist insoweit nicht möglich, als der Umfang der Betriebsstilllegung von vornherein auf den bestreikten Betrieb bzw. einen Betriebsteil begrenzt ist. „Differenzierungsgrund“ ist hier der bestreikte Betrieb bzw. Betriebsteil, nicht die Koalitionszugehörigkeit; die gleichwohl vorliegende faktische Betroffenheit der negativen Koalitionsfreiheit der Außenseiter ist der Betriebsstilllegung sozusagen wesensimmanent. Entsprechendes gilt für eine „Selektivsuspendierung“ der Gewerkschaftsmitglieder, die jedoch überhaupt nur ausnahmsweise in Betracht kommt, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil stillgelegt werden soll, in dem ausschließlich Gewerkschaftsmitglieder beschäftigt sind.

Darin liegt ein deutlicher Unterschied zwischen der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung und der Aussperrung.

ee) Aussperrungsquoten

Der Umfang der suspendierenden Abwehraussperrung wird durch den (privatrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt, den das BAG durch die sog. Aussperrungsquoten konkretisiert hat⁵⁷². Danach ist die Aussperrung bei einem an weniger als 25% der Arbeitnehmer gerichteten Streikaufruf auf weitere 25% und bei einem

⁵⁶⁹ BAG, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie.

⁵⁷⁰ Löwisch/Rieble, AR-Blattei, SD 170.2 Rn. 92; Thüsing, Außenseiter, S. 88.

⁵⁷¹ ebenso Kornbichler, Stilllegung, S. 156; Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 252; a. A.:

Löwisch, AR-Blattei, ES 170.2 Nr. 39, S. 6; ders., FS Gitter, 533, 535.

⁵⁷² BAG, AP Nr. 64 (Bl. 925), 65 (Bl. 941 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Streikaufruf an mehr als 25% der Arbeitnehmer auf maximal 50% der Arbeitnehmer des Tarifgebiets begrenzt. Dabei gilt das Tarifgebiet als Grenze für Arbeitskampfmaßnahmen und die Zahl der tatsächlich streikenden Arbeitnehmer als Anknüpfungspunkt der Quotierung.

Danach ist nur eine solche Aussperrung verhältnismäßig, die die Herstellung der Verhandlungsparität bezweckt⁵⁷³. Dem liegt die Einschätzung zugrunde, daß die Arbeitnehmerseite zur Herstellung eines annähernden Verhandlungs- und Kräftegleichgewichts auf Arbeitskampfmaßnahmen oder deren Androhung angewiesen ist. Dazu muß einer Eskalation des Arbeitskampfes durch übermäßige Abwehrmaßnahmen entgegengewirkt werden. Demgegenüber können Wettbewerbsüberlegungen für den Zweck von Aussperrungsquoten nur eine untergeordnete Rolle spielen, da diese allenfalls einen Teil der Mitbewerber im Tarifgebiet ausschalten können, während Mitbewerber aus anderen Tarifgebieten überhaupt nicht tangiert werden⁵⁷⁴. Sie stellen überdies nur *einen* Paritätsfaktor in der Gesamtabwägung zur Waffengleichheit dar⁵⁷⁵.

Fraglich ist also, ob bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung entsprechende „Stilllegungsquoten“ anzuerkennen sind, bzw. ob zumindest die unter Umständen – insbesondere beim Verbandsarbeitskampf – gewichtige Zahl der betroffenen Arbeitnehmer auf die jeweils mögliche Aussperrungsquote anzurechnen ist⁵⁷⁶.

Eigene „Stilllegungsquoten“ können jedoch bereits aufgrund der Begrenzung der Betriebsstilllegung auf den Betrieb bzw. Betriebsteil sowie aufgrund des fehlenden Verbandsbeschlusses⁵⁷⁷ nicht anerkannt werden. Denn der einzelne Arbeitgeber hat weder die Möglichkeit, im Tarifgebiet von der Begrenzung der Betriebsstilllegung auf den Betrieb bzw. Betriebsteil abzuweichen, noch hätte er die Kompetenz dazu; diese stünde allein dem Arbeitgeberverband im Rahmen seiner Konfliktlösungsfunktion im Verbandsarbeitskampf zu.

⁵⁷³ BAG, AP Nr. 64, 84, 124 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵⁷⁴ Gamillscheg, KollArbR, S. 1033 m. w. N.; a. A.: Kornbichler, Stilllegung, S. 168, der darin sogar den Hauptzweck von Aussperrungsquoten sieht.

⁵⁷⁵ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) cc) (1) (β).

⁵⁷⁶ Löwisch, AR-Blattei, ES 170.2 Nr. 39, S. 7.

⁵⁷⁷ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A II 3c) aa).

Auch eine Anrechnung der von der Betriebsstillegung betroffenen Arbeitnehmer auf die jeweilige Aussperrungsquote scheidet vor dem Hintergrund des Zwecks der Aussperrungsquoten aus: Die Aussperrungsquoten sollen die Verhandlungsparität sichern, indem sie übermäßige Abwehrmaßnahmen verhindern. Anders als die Aussperrung ist die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung jedoch überhaupt nicht auf die Erweiterung des Kampfrahmens und damit auf die Verschiebung der Kampfgewichte gerichtet, so daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip insoweit nicht eingreift. Die Anrechnung der von der Betriebsstillegung faktisch ausschließlich betroffenen Außenseiter auf die Aussperrungsquoten würde die Verhandlungsparität sogar gefährden, da sie die Effektivität der Verbandsaussperrung hinsichtlich der finanziellen Belastung der Gewerkschaft durch Streikunterstützungszahlungen beeinträchtigen würde⁵⁷⁸.

Damit scheidet eine Gleichsetzung der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung mit der Aussperrung auch unter dem Gesichtspunkt einer die Arbeitnehmerzahl begrenzenden Quotierung aus.

4. Materielle Vergleichbarkeit

Wie bereits ausgeführt, umfaßt die Arbeitskampffreiheit die zur Erreichung eines Tarifvertrages funktionstypischen Arbeitskampfmittel⁵⁷⁹. Die suspendierende Abwehraussperrung ist als ein solches funktionstypisches Arbeitskampfmittel der Arbeitgeberseite zur Wahrung der Verhandlungs- und Arbeitskampfparität anerkannt⁵⁸⁰. Fraglich ist, ob diese Legitimation auch für die Außenseiterraussperrung und mit hin auch für die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung herangezogen werden kann, die vor allem die Außenseiter betrifft.

a) Grundsatz der Solidarität

Nach einer Auffassung ist die Einbeziehung der Außenseiter in den Arbeitskampf aus Gründen der Solidarität zwischen den organisierten und den nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmern geboten.

⁵⁷⁸ vgl. Kornbichler, Stilllegung, S. 169 f..

⁵⁷⁹ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A 2c) cc) (1) (α).

Der Grundsatz der Solidarität wurde von der früheren Rechtsprechung und Literatur bereits zur Begründung der Arbeitskampsrisikolehre herangezogen⁵⁸¹. Teilweise wird auch der sog. Sympathiestreik außerhalb des räumlichen und fachlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrages mit dem Solidaritätsprinzip gerechtfertigt⁵⁸². Die Außenseiterbeteiligung am Arbeitskampf läßt sich jedoch mit dem Solidaritätsprinzip schon deshalb nicht begründen, weil es in seiner Allgemeinheit zu unbestimmt ist, um detaillierte Aussagen zum Arbeitskampsrecht zu machen⁵⁸³. Darüber hinaus ist die Annahme einer Solidarität aller Arbeitnehmer mit Blick auf den tatsächlichen Organisationsgrad von ca. einem Drittel der Arbeitnehmer rein fiktiv; sie verbindet den Arbeitskampf immer noch mit dem Gedanken des Klassenkampfes des Kommunistischen Manifests. Die grundsätzliche Unzulässigkeit des Sympathiestreiks folgt vielmehr daraus, daß der Arbeitskampf an den umkämpften Tarifvertrag gebunden und somit nur die Beteiligung der kampfführenden Koalitionen zuläßt⁵⁸⁴. Dieses Prinzip ist auch auf der Individualebene der einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit der Folge anwendbar, daß nur derjenige, der von der Rechtsnormwirkung des umkämpften Tarifvertrages betroffen sein wird, kämpfen darf⁵⁸⁵.

b) Partizipation

Zur Begründung der Einbeziehung der Außenseiter in den Arbeitskampf wird von einem Teil der Literatur auch die faktische Partizipation der Außenseiter am Arbeitskampsresultat angeführt, die meistens durch die individualvertragliche Bezugnahme auf den jeweiligen Tarifvertrag erfolgt⁵⁸⁶. Dem aus dem römischen Recht

⁵⁸⁰ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A II 1.

⁵⁸¹ RGZE 106, 272, 275 („Kieler-Straßenbahn-Entscheidung“); BAG, AP Nr. 2 (Bl. 250) und Nr. 3 (Bl. 621) zu § 615 BGB Betriebsrisiko; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 945 ff. m. w. N..

⁵⁸² Däubler-Bieback, Arbeitskampsrecht, Rn. 372; Hueck/Nipperdey/Säcker, Arbeitsrecht II/2, S. 1009, Fn. 35; a. A.: vgl. nur Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 13 ff..

⁵⁸³ Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 209, 256.

⁵⁸⁴ vgl. nur BAG, AP Nr. 85 und 90 zu Art. 9 GG Arbeitskamps; Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 14.

⁵⁸⁵ h. M., vgl. nur Rieble, Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, S. 26 m. w. N..

⁵⁸⁶ Dütz, DB 1979, Beilage 14, S. 8; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 59; Seiter, Streikrecht, S. 344 f..

stammenden Partizipationsgedanken liegt das Rechtsprinzip zugrunde, daß das Recht zur Nutznießung auch die Pflicht zur Lastentragung umfaßt⁵⁸⁷. Im deutschen Recht findet sich dieser Gedanke etwa in den §§ 743, 748 BGB (Kostentragungspflicht des Teilhabers), in § 995 S.2 BGB (Lastentragungspflicht des unrechtmäßigen Besitzers), in den §§ 1041, 1047 BGB (Kostentragungspflicht des Nießbrauchers) sowie in § 16 Abs. 1 und 2 WEG (Kostentragungspflicht des Wohnungseigentümers). Ein allgemeines Rechtsprinzip, „das die Anlehnung an die Früchte fremder Arbeit ohne weiteres ausgleichspflichtig macht“, gibt es jedoch nicht⁵⁸⁸. Ebenso wenig gibt es ein Rechtsprinzip, wonach derjenige, der zu einem Erfolg beigetragen hat, auch am Erfolg zu beteiligen ist, vgl. § 722 BGB (Gewinnbeteiligung der Gesellschafter)⁵⁸⁹.

Allerdings finden in Deutschland Tarifverträge kraft Tarifbindung, Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder Bezugnahme durchschnittlich nur auf ca. 90 % aller Arbeitsverhältnisse Anwendung, während die restlichen 10 % weder unmittelbar noch mittelbar am Arbeitskampfergebnis teilnehmen⁵⁹⁰. Zwar werden die Außenseiterarbeitsverträge in aller Regel aus betriebspolitischen Gründen an den jeweils geltenden Tarifvertrag angelehnt; dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich⁵⁹¹. Außerdem kann der Umfang der Bezugnahme variieren und sich nur auf einzelne Tarifbestimmungen beschränken. Das dem Partizipationsgedanken zugrunde liegende Rechtsprinzip erfordert jedoch eine tatsächliche und gleiche Partizipation, so daß die lediglich regelmäßige Partizipation der Außenseiter am Arbeitskampfergebnis die pauschale Einbeziehung aller Außenseiter in den Arbeitskampf nicht rechtfertigen kann. Konsequenterweise dürften nur die tatsächlich partizipierenden Außenseiter in den Arbeitskampf einbezogen werden⁵⁹². Die Unterscheidung derjenigen Arbeitnehmer,

⁵⁸⁷ Ulpian, D 17,2,55: „Aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum.“; Paulus, D 50, 17, 10: „Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.“ (in Krüger/Mommsen, Digesta I, II).

⁵⁸⁸ BAGE 20, 175, 219; MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 40; Thüsing, Außenseiter, S. 50.

⁵⁸⁹ Thüsing, Außenseiter, S. 50.

⁵⁹⁰ vgl. Däubler, ZIAS 1995, 279, 306.

⁵⁹¹ Thüsing, Außenseiter, S. 71.

⁵⁹² so nur Kraft, RdA 1968, 434, 436.

deren Arbeitsvertrag auf den zukünftigen Tarifvertrag verweist, ist im Arbeitskampf jedoch unpraktikabel, da sie dem Arbeitgeber seine schnelle und unmittelbare Reaktionsmöglichkeit auf die gegnerische Arbeitskampfmaßnahme zumindest wesentlich erschweren würde; im Verbandsarbeitskampf könnte sich der Aussperrungsbeschluß des Arbeitgeberverbandes mangels Kenntnis der Entlohnungsstruktur seiner Mitgliedsunternehmen überhaupt nicht an dieser Unterscheidung orientieren⁵⁹³. Hiervon geht selbst das BAG aus, wenn es feststellt, daß der Arbeitgeber jedenfalls bei kurzen Streikmaßnahmen nicht abwarten müsse, ob und in welchem Umfang sich Arbeitnehmer an dem von der Gewerkschaft beschlossenen Streik beteiligen würden, da bei einem Abwarten des Streiks innerhalb der Streikzeit praktisch kaum noch reagiert werden könnte⁵⁹⁴. Auch das BVerfG hat bei der Normenkontrolle des § 146 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB III n. F. (§ 116 Abs. 3 S. 2 AFG a. F.) auf die tatsächliche Partizipation abgestellt, die durch den sog. Neutralitätsausschuß gemäß §§ 146 Abs. 5, 393 SGB III n. F. (§§ 116 Abs. 5, 206a Abs. 1 AFG a. F.) festzustellen ist⁵⁹⁵.

Außerdem setzt der Partizipationsgedanke voraus, daß Nutzen und Lasten miteinander korrelieren. Da die Außenseiter aber nicht von der normativen Wirkung des Tarifvertrages erfaßt werden, sondern nur auf individualrechtlicher Ebene auf der Grundlage ihres Arbeitsvertrages partizipieren, können sie nicht mit der auf kollektivrechtlicher Ebene erfolgenden Einbeziehung in den Arbeitskampf belastet werden⁵⁹⁶. Der Tarifvertrag liefert hier nur „soziale Daten“, an denen sich der Individualarbeitsvertrag des Außenseiters durch inhaltsgleiche Übernahme oder einfachen Verweis orientiert⁵⁹⁷. Der Arbeitskampf als Durchbrechung der allgemeinen Vertragsrechtsordnung ist mangels unmittelbarer Normwirkung des Tarifvertrages nicht unerläßlich. Insoweit kommt nur die Möglichkeit der Abbedingung der Bezugnahme bzw. einer entsprechenden Änderungskündigung in

⁵⁹³ Thüsing, Außenseiter, S. 71.

⁵⁹⁴ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 623.

⁵⁹⁵ BVerfG, SAE 1996, 202, 215.

⁵⁹⁶ Thüsing, Außenseiter, S. 51.

⁵⁹⁷ Richardi, RdA 1971, 334, 338.

Betracht. Gegen den Partizipationsgedanken spricht schließlich auch, daß die Einbeziehung der Außenseiter ohne jede Berücksichtigung ihres Willens allein aufgrund einer bloßen ökonomischen Rechnung erfolgen soll⁵⁹⁸. Angesichts des weitreichenden Eingriffs in die Vertragsfreiheit und die negative Arbeitskampffreiheit der Außenseiter, ist diese Begründung nicht ausreichend, die passive Arbeitskampf betroffenheit der Außenseiter zu rechtfertigen⁵⁹⁹.

c) Einheit der Belegschaft

Überwiegend wird sowohl die passive wie auch die aktive Arbeitskampf beteiligung nicht- und andersorganisierter Arbeitnehmer mit der Funktionsfähigkeit des Arbeitskampsystems gerechtfertigt, die zur Wahrung der Arbeitskampsparität eine Einbeziehung der ganzen Belegschaft der Betriebe im umkämpften Tarifgebiet erfordere, sog. Einheit der Belegschaft im Arbeitskampf⁶⁰⁰. Danach legitimieren nur die zur Wahrung der Arbeitskampsparität erforderlichen Arbeitskampfmittel dazu, arbeitswillige Arbeitnehmer in den Arbeitskampf einzubeziehen. Entscheidend sei, ob in diesen Betrieben ohne die Beteiligung der nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer die Arbeitskampsparität der Tarifparteien noch gewährleistet wäre oder nicht. Arbeitskampfgegner auf Arbeitnehmerseite sei nicht der einzelne Arbeitnehmer als solcher, sondern die Gesamtheit der Arbeitnehmer oder doch jedenfalls ein großer Teil der Belegschaft⁶⁰¹.

aa) Kampfkraft des Arbeitgebers

Die prinzipielle Vergütungspflicht gegenüber Außenseitern würde angesichts des auf ca. ein Drittel der Arbeitnehmer begrenzten Organisationsgrades die Kampfkraft des Arbeitgebers erheblich schwä-

⁵⁹⁸ Picker, JZ 1979, 283, 288.

⁵⁹⁹ so auch Kornbichler, Stilllegung, S. 263; Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 113.

⁶⁰⁰ BAG, AP Nr. 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl. 311; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 289; Gamillscheg, KollArbR, S. 1046; Konzen, FS BAG, 273, 282; Löwisch/Rieble, AR-Blattei, SD 170.2 Rn. 90; MünchArbR-Löwisch/Rieble, §245 Rn. 55; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 61; Rieble, SAE 1996, 227, 230; Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 248 f.; Seiter, Streikrecht, S. 347; Thüsing, Außenseiter, S. 71 ff.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 453.

⁶⁰¹ BAG, AP Nr. 24 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.670 R.

chen⁶⁰². Der Arbeitgeber müsse daher die Möglichkeit haben, den Kampfrahmen durch die Einbeziehung der Außenseiter zu erweitern, um den eigenen Schaden durch Einsparung von Lohnkosten zu begrenzen und somit sein Durchhaltevermögen im Arbeitskampf zu stärken⁶⁰³. Auch wenn die Außenseitersperrung aufgrund der regelmäßig fehlenden gewerkschaftlichen Unterstützungszahlungen an Außenseiter keine unmittelbare Druckfunktion gegenüber der Gewerkschaft hat, liegt ihre Bedeutung im Bedürfnis nach Suspendierung der Entgeltspflicht zur Schadensbegrenzung unabhängig von der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung⁶⁰⁴. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn die Voraussetzungen der Arbeitskampfrisikolehre nicht zweifelsfrei feststellbar sind, und die Unrentabilität der Fortführung des Betriebs nur vermutet wird. Die Arbeitgeberseite wäre zu einer entsprechend differenzierten und damit erschwerten Gegenwehr gezwungen⁶⁰⁵. Die Gewerkschaften könnten auch in Betrieben mit geringem Organisationsgrad durch eine entsprechende Kampfstrategie den Arbeitskampfrahmen faktisch allein bestimmen. So gehört beim Wellenstreik die über den eigentlichen Kurzstreik andauernde Unsicherheit des Arbeitgebers über das künftige Streikverhalten der Arbeitnehmer zur Kampfpolitik der Gewerkschaft: Durch die überschießende Wirkung des Kurzstreiks soll weiterer Druck auf die Arbeitgeberseite ausgeübt werden⁶⁰⁶. Diesem Druck kann der Arbeitgeber nur widerstehen, wenn er den Kampfrahmen über den der Gewerkschaft angehörenden Teil der Belegschaft ausweiten kann.

bb) Koalitionsbestand

Ohne die Einbeziehung der Außenseiter bei gleichzeitiger faktischer Partizipation am Kampferfolg verliert andererseits auch die Verbandsmitgliedschaft deutlich an Attraktivität; durch das Fernbleiben

⁶⁰² Konzen, FS BAG, 273, 282; Thüsing, Außenseiter, S. 73.

⁶⁰³ Gamillscheg, KollArbR, S. 1047; Konzen, FS BAG, 273, 282; Seiter, Streikrecht, S. 347.

⁶⁰⁴ Seiter, JA 1979, 337, 344; Thüsing, Außenseiter, S. 73.

⁶⁰⁵ MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 61.

⁶⁰⁶ Hergenröder, SAE 1999, 51, 57 f.; Otto, Anm. zu BAG, AP Nr. 154, 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1214.

bzw. den Austritt von Arbeitnehmern wären die Koalitionen geschwächt oder sogar in ihrem Bestand gefährdet⁶⁰⁷. Dies wird insbesondere bei den eng geführten Streikformen deutlich, bei denen mit minimalem Einsatz der Arbeitnehmerseite ein Maximum an Druck auf die Arbeitgeberseite durch den Angriff auf die Verbandssolidarität ausgeübt werden kann⁶⁰⁸. Dazu gehören nicht nur die Schwerpunkstreiks, bei denen ausgewählte Betriebe in einem Tarifgebiet bestreikt werden, sondern auch sog. Bummel- und Nadelstichstreiks, bei denen Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen kurzfristig, wiederholt und sich gegenseitig abwechselnd die Arbeit niederlegen.

cc) „Taktik der offenen Tür“ als Alternative?

Demgegenüber wird vorgebracht, daß die sog. „Taktik der offenen Tür“ auf Arbeitgeberseite als Druckmittel ausreiche, weil nicht nur die Gewerkschaftskassen durch Zahlung der Streikgelder belastet würden, sondern weil sich die Betriebstätigkeit auch in psychologischer Hinsicht erfahrungsgemäß nachteilig auf das Durchhaltevermögen der Streikenden auswirke⁶⁰⁹. Für organisierte Arbeitgeber komme hinzu, daß sie im Falle des Arbeitskampfes ideelle und materielle Unterstützungsleistungen ihres Arbeitgeberverbandes in Form von Beratung, Öffentlichkeitsarbeit und Unterstützungszahlungen aus dem Arbeitskampffonds erhielten; Einzelarbeitgeber hätten die Möglichkeit, Mitglied im Arbeitgeberverband zu werden, und seien im übrigen auch durch das Verbot der Vernichtung des Kampfgegners geschützt⁶¹⁰. Außerdem könnten Arbeitgeber dem Streik auch durch Eigenabwehrmaßnahmen standhalten, z. B. durch die Schaffung eines ausreichenden Finanzpolsters für Kampfzwecke, Vorsorgemaßnahmen wie Lagerhaltung und Gestaltung der Lieferbedingungen, Ersatzproduktion oder Produktionsverlagerung. Der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit könne durch solidarische Maßnahmen der nicht streikbetroffenen Arbeitgeber etwa in Form der sog. Streikhilfe-

⁶⁰⁷ KassArbR-Kalb, S. 1805 Rn. 57.

⁶⁰⁸ BAG, AP Nr. 65, 101 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶⁰⁹ Lembke, Arbeitskampfbeteiligung, S. 100.

⁶¹⁰ Lembke, Arbeitskampfbeteiligung, S. 100.

abkommen begegnet werden, mit denen sich die am Abkommen beteiligten Arbeitgeber verpflichten, im Fall eines Arbeitskampfes gegenseitig Hilfe zur Überbrückung von Lieferschwierigkeiten zu gewähren.

Die Beschränkung der Arbeitgeberseite auf die Weiterproduktion reicht jedoch nicht aus, um ein Verhandlungs- und Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien herzustellen. Zum einen hat der Arbeitgeber kein Interesse an der Fortführung des Betriebs, wenn dies nach seiner Prognose unwirtschaftlich ist. Soll die Aussperrung im Verbandsarbeitskampf auf weitere unbestreikte Betriebe ausgedehnt werden, würde die Beschränkung auf organisierte Arbeitnehmer außerdem dazu führen, daß in diesen Betrieben unter Umständen Funktionseinheiten auseinandergerissen und Arbeitsabläufe willkürlich unterbrochen werden, so daß die Fortführung des Betriebs sogar unmöglich oder unzumutbar im Sinne der Arbeitskampsrisikolehre würde⁶¹¹. Außerdem kann die Arbeitgeberseite auch deshalb nicht auf eine bloße Durchhaltetaktik verwiesen werden, da den Koalitionen nicht irgendwelche, sondern *wirksame* Betätigungsmöglichkeiten zur Verfolgung des Koalitionszwecks eingeräumt werden müssen⁶¹².

Wegen ihrer schadensbegrenzenden Funktion ist die Außenseiteraussperrung auch nicht vergleichbar mit dem politischen Streik, dessen Unzulässigkeit sich nach herrschender Meinung⁶¹³ aus der „wirtschaftlichen Geiselnahme“ Unbeteiligter zur Druckausübung gegen Dritte ergibt⁶¹⁴. Sie verstößt auch nicht gegen die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter⁶¹⁵, da diese zum einen nicht im Sinne einer absoluten Freiheit von jeglicher Einbeziehung in die koalitionspezifischen Tätigkeiten zu verstehen ist⁶¹⁶; zum anderen ist sie bei dem eingeschränkten Organisationsgrad der Arbeitnehmer zur Aus-

⁶¹¹ Thüsing, Außenseiter, S. 73.

⁶¹² BVerfGE 17, 319, 333 f..

⁶¹³ BAG, AP Nr. 1, 32 und 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 139; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 86; Söllner, Arbeitsrecht, S. 78; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 407.

⁶¹⁴ Thüsing, Außenseiter, S. 64; a. A.: Wiedemann, RdA 1969, 321, 326; vgl. auch Richardi, RdA 1971, 334, 338.

⁶¹⁵ vgl. Wiedemann, RdA 1969, 321, 326.

⁶¹⁶ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) bb).

übung der positiven Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite zwingend erforderlich⁶¹⁷.

dd) Betriebsstillegung als Alternative?

Eine vergleichbare funktionstypische Bedeutung trifft für die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung –auch unter dem Gesichtspunkt eines „milderen Mittels“ gegenüber der Aussperrung – nicht zu, denn die Betriebsstillegung ist aufgrund ihres auf den Betrieb bzw. Betriebsteil beschränkten Umfangs so milde, daß sie die Kampfgewichte überhaupt nicht verschieben kann. Anders als bei der Aussperrung, hat der Arbeitgeber bei der Betriebsstillegung auch im Verbandsarbeitskampf keinerlei Möglichkeit, den Arbeitskampfrahmen auszudehnen und damit das Kräfteverhältnis gegenüber der kampfführenden Gewerkschaft zu beeinflussen. Da es sich bei den arbeitswilligen Arbeitnehmern – wie der Senat im Urteil vom 22.03.1994 selbst anerkennt⁶¹⁸ – in der Regel um Außenseiter handelt, die in der Regel keinerlei Einfluß auf die kampfführende Gewerkschaft haben, ist die Suspendierung ihrer Arbeitsverhältnisse für den Arbeitgeber zwar im begrenzten Umfang des Streikbeschlusses schadensbegrenzend, jedoch nicht geeignet, irgendeinen noch so milden Druck auf den tariflichen Gegenspieler auszuüben. Statt dessen wird der Gewerkschaft die Rechtsmacht eingeräumt, durch den Kampfbeschuß die Arbeitsverträge der nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer stilllegungsoffen zu gestalten⁶¹⁹. So wird das Kräfteverhältnis zwischen der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite aufgrund der eintretenden Zwangssolidarisierung der arbeitswilligen Arbeitnehmer mit der Gewerkschaft und der damit einhergehenden Provokation von Gewerkschaftsbeitritten allenfalls zu Lasten der Arbeitgeberseite beeinflußt.

Angesichts des Eingriffs in die Rechte der arbeitswilligen Arbeitnehmer hat die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung noch nicht ein-

⁶¹⁷ so auch Thüsing, Außenseiter, S. 73.

⁶¹⁸ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195 R.

⁶¹⁹ Rieble, SAE 1996, 224, 235; Streckel, Anm. zu BAG, EzA Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 12.

mal eine deeskalierende Wirkung⁶²⁰. Allerdings wäre dies für ein Arbeitskämpfungsmittel auch nicht zielführend, da ein Arbeitskämpfergebnis regelmäßig nur dann zu erzielen sein wird, wenn beide Tarifvertragsparteien unter dem nötigen Verhandlungsdruck stehen⁶²¹.

Die fehlende Paritätsfunktion der Betriebsstilllegung wird auch daran deutlich, daß durch die Betriebsstilllegung genau das erreicht wird, was die Gewerkschaft mit ihrem Streikaufruf bezweckt, nämlich die vollständige Arbeitsniederlegung im bestreikten Betrieb bzw. Betriebsteil. Dies kann allenfalls die Gewerkschaft begünstigen, da aus ihrer Sicht die nicht hundertprozentige Umsetzung des Streikbeschlusses eine unzureichende Druckausübung auf den Arbeitgeber darstellt. Die Arbeitskämpfparität kann jedoch nicht durch die vollständige Umsetzung des Kampfbeschlusses der *Arbeitnehmerseite* durch ein Arbeitskämpfungsmittel des *Arbeitgebers* hergestellt werden, das angeblich seiner Organisationssicherheit dient. Dies wäre der vollständige Abschied von einem vertraglichen Arbeitskämpfmodell und würde der Gewerkschaft die hoheitliche Aufgabe zuweisen, daß ihre Gegenmachtbildung zur Parität führt, wohingegen der Arbeitgeber grundsätzlich keine Gegenmittel mehr haben muß⁶²².

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ist schließlich auch kein erforderlicher Ausgleich für etwaige Belastungen des Arbeitgebers durch die Aussperrungsvoraussetzungen⁶²³. Diese Annahme liegt letztlich der von *Hanau* vertretenen Ansicht zugrunde, wonach die Parität im Arbeitskämpf gefährdet sei, wenn die Arbeitgeber bestreikter Betriebe in der Bemessung ihrer Reaktion nicht frei wären, sondern den Betrieb erst schließen dürften, wenn alle Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigt werden könnten⁶²⁴. Eine paritätswidrige Hinderung unternehmerischer Reaktion auf Streiks könne aber in der für den Arbeitgeber „außerordentlich mißlichen Situation“ liegen, daß er in Einzelfällen dadurch behindert werde, daß er sich mit Ansprüchen Arbeitswilliger auseinandersetzen müsse, die wirklich oder vermeint-

⁶²⁰ so aber Buschmann, AuR 1995, 39, 40.

⁶²¹ ebenso Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 274.

⁶²² Göbel, Suspendierungsrecht, S. 199.

⁶²³ ebenso Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 136, 251, 278.

⁶²⁴ Hanau, NZA 1996, 841, 846.

lich zur Weiterarbeit in der Lage seien⁶²⁵. Auf dieses Argument laufe auch die Begründung des BAG hinaus, daß der Arbeitgeber die Möglichkeit haben müsse, seine arbeitsvertraglichen Pflichten der arbeitsvertraglichen Lage anzupassen, und daß die Belastung der Arbeitnehmer durch ihre Einbeziehung in das Arbeitskampfgeschehen durch die Vorteile aufgewogen werde, die sich mittelbar auch für sie durch eine effiziente Tarifpraxis und die Erfolge der gewerkschaftlichen Tarifpolitik ergeben⁶²⁶.

Da dem Arbeitgeber in dieser Situation bereits die Aussperrung zur Verfügung steht, geriete er aber nur dann in eine „mißliche Situation“, wenn die Aussperrungsvoraussetzungen ihn unzumutbar belasten und somit ein zusätzliches – geringeren Anwendungsvoraussetzungen unterliegendes – Arbeitskämpfungsmittel in Gestalt der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung erforderlich machen würden. Das ist jedoch wie soeben gesehen gerade nicht der Fall⁶²⁷. Selbst wenn man unterstellt, daß die strengeren Anforderungen an die Aussperrungserklärung erst zur Etablierung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung verschärft wurden⁶²⁸, können sie zuvor vor dem Hintergrund eines funktionierenden Arbeitskämpfungssystems kaum eine unzumutbare Belastung des Arbeitgebers dargestellt haben. Im übrigen sind gewisse Unterschiede bei der Aussperrung – sieht man von den Verschärfungen bei der Aussperrungserklärung ab – durch ihre strukturelle Verschiedenheit von der Betriebsstilllegung gerechtfertigt⁶²⁹. Denn sowohl das Erfordernis eines Verbandsbeschlusses als auch die Aussperrungsquoten sind bei der Verbandsaussperrung als „Kontrollmittel“ erforderlich, weil die Aussperrung im Verbandsarbeitskampf ungleich größere Auswirkungen auf Dritte haben kann, als die Firmenaussperrung und die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung. Auch ein Differenzierungsverbot im engen Sinne würde keine unzumutbare Belastung des Arbeitgebers darstellen, da die

⁶²⁵ Hanau, NZA 1996, 841, 846 f..

⁶²⁶ Hanau, NZA 1996, 841, 846.

⁶²⁷ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A II 3c).

⁶²⁸ vgl. Konzen, Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung.

⁶²⁹ so auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 261 f..

grundsätzliche Rechtsausübung durch den Arbeitgeber hiervon unberührt bleibt.

5. Ergebnis

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung läßt sich nicht aus der suspendierenden Abwehraussperrung ableiten, da sie in ihren Anwendungsvoraussetzungen mit ihr nicht gleichgesetzt werden kann. Insbesondere unterscheidet sie sich von der Aussperrung im –für ein Arbeitskampfmittel des *Arbeitgebers* systemwidrigen – Erfordernis eines gewerkschaftlichen Streikbeschlusses statt eines Arbeitgeberverbandsbeschlusses. Auch das Differenzierungsverbot und die Aussperrungsquoten sind aufgrund der Wesensverschiedenheit der beiden Arbeitskampfmittel bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung nicht einschlägig.

Eine Ableitung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung aus der Aussperrung scheidet ferner daran, daß sie nicht unter Wahrung der Verhandlungs- und Arbeitskampfparität für ein funktionierendes Arbeitskampsystem erforderlich ist. Aufgrund der fehlenden Paritätsfunktion⁶³⁰ kann die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung die Aussperrung – im Anwendungsbereich Betrieb⁶³¹ – auch nicht funktional ersetzen. Weshalb ein so ausgestattetes Recht auf Betriebsstilllegung erforderlich sein soll, bleibt daher im Hinblick auf den Grundsatz der Arbeitskampfparität zunächst weiter zweifelhaft⁶³². Die Betriebsstilllegung kann somit nicht als Sonderform der Aussperrung anerkannt werden.

III. Legitimation als Ergänzung der Arbeitskampfparitätslehre

Innerhalb der Literatur wird die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung teilweise auch als Ergänzung der Arbeitskampfparitätslehre im

⁶³⁰ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A I 1.

⁶³¹ so aber Rieble, SAE 1996, 227, 234.

⁶³² vgl. KassArbR-Kalb, S. 1851 Rn. 221; Kornbichler, Stilllegung, S. 350; Thüsing, Außen-seiter, S. 130; ders., Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 10; Treber, Anm. zu BAG, EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 16.

Sinne einer Fortentwicklung dieses Arbeitskampsinstitutes eingestuft⁶³³.

Teilweise wird sogar angenommen, daß die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung die Arbeitskampsrisikolehre zumindest für den Bereich der direkt kampfbetroffenen Betriebe substituieren⁶³⁴. Denn ebenso wie die Berufung auf die Arbeitskampsrisikolehre führt auch die Ausübung des Rechts auf Betriebsstilllegung zur Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten.

Eine Ersetzung bzw. Ergänzung der Arbeitskampsrisikolehre kann die Betriebsstilllegung aber nur sein, wenn sie sowohl formell, d. h. im Hinblick auf die Rechtsnatur und die Anwendungsvoraussetzungen, als auch materiell, d. h. im Hinblick auf die Rechtsgrundlage, mit der Arbeitskampsrisikolehre zumindest für den Bereich des direkt kampfbetroffenen Betriebs vergleichbar ist.

1. Arbeitskampsrisikolehre

Für das Problem der Verteilung des Lohnrisikos bei den durch einen Arbeitskampf verursachten Betriebsstörungen oder Arbeitsausfällen in Betrieben oder Betriebsteilen, die nicht unmittelbar am Arbeitskampf beteiligt sind, gibt es unterschiedliche Lösungsansätze der Rechtsprechung und der Wissenschaft, von denen allerdings bis auf weiteres nur die – im Grundsatz von der herrschenden Lehre anerkannte – Arbeitskampsrisikolehre der Rechtsprechung maßgebend ist⁶³⁵.

Obwohl das BAG selbst von einem „Lohnverweigerungsrecht nach Arbeitskampsrisikogrundsätzen“ spricht, versteht es die Arbeitskampsrisikolehre als Modifikation des zivilrechtlichen Leistungsstörungenrechts und nicht als Arbeitskampsmittel⁶³⁶. Anders als bei der Aussperrung habe der Arbeitgeber hier keinen kampftaktischen Ent-

⁶³³ Bauer/Haußmann, DB 1996, 881, 885; Bepler, AuA 1998, 228, 230; Gussone, AuR 1995, 377, 378; Hanau, NZA 1996, 841, 846; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 245.

⁶³⁴ Mayer, AiB 1995, 135 f., der die Arbeitskampsrisikolehre auch bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen aufgeben möchte, da sie dort zu einer „unseligen Verzerrung des Kräftegleichgewichts“ führe.

⁶³⁵ Brox/Rüthers, Arbeitskampsrecht, Rn. 171 m. w. N.; MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 9, 29 ff..

⁶³⁶ BAG, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 589; Kissel, Arbeitskampsrecht, S. 405 Rn. 63.

scheidungsspielraum⁶³⁷. Der Entgeltwegfall trete automatisch „kraft Gesetzes“ bei Vorliegen der Voraussetzungen ein, so daß der Arbeitgeber, der sich auf die Arbeitskampsrisikolehre beruft, nicht rechtsgestaltend auf das Arbeitsverhältnis einwirke, sondern eine rechtsvernichtende Einwendung geltend mache⁶³⁸.

Demgegenüber handelt es sich nach der wissenschaftlichen Literatur um ein Lohnverweigerungsrecht, das eine (konstitutive) Willenserklärung bzw. eine Wissenserklärung bezüglich der technischen Unmöglichkeit oder der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Beschäftigung voraussetze⁶³⁹.

a) Entwicklung und Stand der Rechtsprechung

Die Arbeitskampsrisikolehre entstand als Ausnahmetatbestand zur sog. arbeitsrechtlichen Betriebsrisikolehre im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung. Dabei geht es um Fälle, in denen die Erbringung der Arbeitsleistung aus im Betrieb liegenden technischen oder wirtschaftlichen Gründen, die weder vom Arbeitgeber noch von den Arbeitnehmern zu vertreten sind, unmöglich bzw. wirtschaftlich sinnlos, also unzumutbar wird.

Auszugehen ist von den Vorschriften der §§ 275 ff., 323 ff. BGB a. F., denen das allgemeine Rechtsprinzip zugrundeliegt, daß jeder einen ihn treffenden Schaden, das Lebensrisiko, selbst zu tragen habe⁶⁴⁰. Hierzu wurden im arbeitsrechtlichen Schuldverhältnis Ausnahmeregelungen getroffen, die eine Risikoverlagerung auf den Arbeitgeber vorsehen, z. B. für Fälle vorübergehender Verhinderung der Arbeitsleistung nach § 616 BGB (z. B. Krankheitsfall) oder Verzug der Arbeitsannahme nach § 615 BGB a. F.. Da Betriebsrisikofälle sowohl als Unmöglichkeit als auch als Annahmeverzug angesehen werden können, war anzunehmen, daß das BGB insoweit eine Gesetzeslücke enthielt und statt der allgemeinen Vor-

⁶³⁷ BAG, AP Nr. 64 (Bl. 921 R), Nr. 65 (Bl. 937 R) zu Art. 9 GG Arbeitskamps; Kalb, FS Stahlhacke, 213, 224.

⁶³⁸ BAG, AP Nr. 107 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 1520.

⁶³⁹ Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf, S. 92; Lieb, NZA 1990, 293 ff.; Seiter, RdA 1979, 393, 399 Fn. 64 m. w. N.; Thüsing, DB 1995, 2607, 2608.

⁶⁴⁰ Kissel, Arbeitskampsrecht, S. 388 Rn. 5.

schriften der §§ 323, 615 BGB a.F. (jetzt: §§ 326, 615 BGB n.F.) eine besondere Lehre eingreifen sollte⁶⁴¹. Diese Modifikation des allgemeinen Lebensrisikos hat auch durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz keine Änderung erfahren: Vielmehr ist das Fortbestehen des Vergütungsanspruchs jetzt ausdrücklich in § 615 S. 3 BGB n.F. für Fälle, „in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt“, geregelt.

Im Anschluß an die grundlegenden Entscheidungen des Reichsgerichts vom 06.02.1923⁶⁴² und des Reichsarbeitsgerichts vom 20.06.1928⁶⁴³ entwickelte das BAG die Betriebsrisikolehre aus der sog. Sphärentheorie, wonach Betriebsstörungen, die aus der Sphäre der Arbeitgeber herrührten, in deren Risikobereich fielen, und Betriebsstörungen, die durch die Arbeitnehmerschaft veranlaßt wurden, zu deren Lasten gingen⁶⁴⁴.

Nach dieser traditionellen Betriebsrisikolehre trug grundsätzlich der Arbeitgeber das Lohnrisiko bei fehlender Beschäftigungsmöglichkeit infolge von Betriebsstörungen (allgemeines Betriebsrisiko) unabhängig davon, ob es sich um betriebsinterne oder externe Störungsursachen handelte. Eine Ausnahme galt nur für den Fall, daß die Arbeitsverhinderung durch Ereignisse oder Handlungen verursacht wurde, die auf Arbeitskämpfmaßnahmen der Arbeitnehmerseite zurückzuführen waren (Arbeitskampfrisiko). Danach verlor der arbeitswillige Arbeitnehmer, der aufgrund eines Streiks in seinem Betrieb (Teilstreik) oder infolge eines Streiks in einem anderen Betrieb (Fernwirkung) nicht beschäftigt werden konnte, seinen Entgeltanspruch, während Aussperrungsfolgen weiterhin in die Risikosphäre des Arbeitgebers fielen. Der Grundsatz, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko trage, könne keine Anwendung finden, wenn die Unmöglichkeit der Beschäftigung auf das Verhalten der Arbeitnehmer zurückzuführen sei; entscheidend sei die Solidarität der Arbeitnehmer untereinander, die über den einzelnen Betrieb hinausreiche und

⁶⁴¹ Gamillscheg, KollArbR, S. 1246 m. w. N. in Fn. 7.

⁶⁴² RGZ 106, 272, 275 f..

⁶⁴³ RAG, ARS 3, 116, 120 ff..

⁶⁴⁴ BAG, AP Nr. 2, 3, 4, 5, 14, 15, 28 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gewerkschaft sei⁶⁴⁵.

Aufgrund vielfältiger Kritik gegen diese Arbeitskampfrisikoverteilung, die zwischen Streik- und Aussperrungsfolgen einerseits, und dem Betriebs- und Wirtschaftsrisiko andererseits unterschied, beurteilt das BAG das Arbeitskampfisiko seit den Beschlüssen vom 22.12.1980⁶⁴⁶, die die Urteile vom 10.06.1980⁶⁴⁷ um das Problem der mittelbar betroffenen Unternehmen ergänzten, nicht mehr nach der Sphärentheorie, sondern allein nach dem Prinzip der Arbeitskampfparität, das sich nicht nur auf die Ausgestaltung der Kampfmittel selbst, sondern auch auf das Recht der Leistungsstörungen auswirke⁶⁴⁸. Danach tragen die Arbeitnehmer das Lohnrisiko für die Dauer der arbeitskampfbedingten Störung, wenn die Auswirkungen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes in mittelbar betroffenen Betrieben (oder Betriebsteilen) das Kräftegleichgewicht der kampfführenden Parteien bei der gebotenen typisierenden Betrachtung beeinflussen könnten⁶⁴⁹. Diese sog. Paritätsrelevanz setzt eine wirtschaftliche Abhängigkeit oder koalitionspolitische Verbindung auf Arbeitgeberseite voraus⁶⁵⁰; denn nur dann kann die Belastung mit dem Lohnrisiko zum sog. Binnendruck im Arbeitgeberlager führen, d. h. dem latenten oder sogar realen Druck der bestreikten auf die mittelbar betroffenen Arbeitgeber, den Forderungen der Gewerkschaft nachzugeben⁶⁵¹. Für den unmittelbar betroffenen Betrieb bedarf es insoweit keiner weiteren paritätsbezogenen Erwägungen⁶⁵².

Die Anwendung des Paritätsgedankens führte neben der Gleichstellung von (rechtmäßigen) Streiks und Aussperrungen als Ursache von Betriebsstörungen auch zur Gleichstellung des Betriebsrisikos mit dem Wirtschaftsrisiko. Denn für die Paritätsstörung sei unerheblich, ob der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer ohne sein Verschulden aus

⁶⁴⁵ BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

⁶⁴⁶ BAG, AP Nr. 70, 71 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

⁶⁴⁷ BAG, AP Nr. 64, 65 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

⁶⁴⁸ BAG, AP Nr. 70, 71 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

⁶⁴⁹ BAG, AP Nr. 70, 71, 114, 121, 122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶⁵⁰ BAG, AP Nr. 70 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.590 R.

⁶⁵¹ BAG, AP Nr. 70 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.589 a. E..

⁶⁵² BAG, AP Nr. 65 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl.937 R.

betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigen könne (Betriebsrisiko), oder ob die Fortsetzung des Betriebs etwa wegen Auftrags- oder Absatzmangels wirtschaftlich sinnlos werde (Wirtschaftsrisiko)⁶⁵³. Eine Einschränkung soll nur dann gelten, wenn die Betriebsstörung auf einer unternehmerischen Fehldisposition beruht⁶⁵⁴.

Diese Grundsätze gelten nach wie vor sowohl in Fällen der durch Fernwirkungen eines Arbeitskampfes mittelbar betroffenen Betriebe als auch in Fällen unmittelbar arbeitskampfbetroffener Betriebe⁶⁵⁵. Die aufgrund der beiden „Stilllegungsurteile“ vom 22.03.1994 und vom 31.01.1995⁶⁵⁶ befürchtete Verabschiedung der Arbeitskampfrisikolehre wurde durch die Folgeurteile vom 27.06.1995⁶⁵⁷ und vom 11.07.1995⁶⁵⁸ zwar wieder hinfällig⁶⁵⁹. Das Risiko der Fehlinterpretation der betreffenden BAG-Entscheidung hatte sich in einem der Urteile vom 15.12.1998⁶⁶⁰ dennoch realisiert, da der Arbeitgeber dort offensichtlich das Recht auf Betriebsstilllegung statt der vermeintlich verabschiedeten Arbeitskampfrisikolehre wahrnehmen wollte⁶⁶¹.

Auch die Wellenstreikproblematik wird grundsätzlich nach den Grundsätzen der Arbeitskampfrisikolehre beurteilt⁶⁶². Die Paritätsstörung ergibt sich hier daraus, daß durch diese Arbeitskampftaktik die Zahlung von Annahmeverzugsentgelt ganz gezielt herbeigeführt werden soll, so daß die Vergütung selbst zum Kampfmittel wird⁶⁶³. Insoweit soll die Arbeitskampfrisikolehre nunmehr auch Fälle erfassen, in denen die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung nicht allein auf vorangegangenen Arbeitskampfmaßnahmen der

⁶⁵³ BAG, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 590.

⁶⁵⁴ BAG, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 591.

⁶⁵⁵ BAG, AP Nr. 129, 137, 138, 139, 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶⁵⁶ BAG, AP Nr. 130 und 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 194 R, 619 R.

⁶⁵⁷ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 622.

⁶⁵⁸ BAG, AP Nr. 138 und 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 625 R, 630 f..

⁶⁵⁹ Bittner, AR-Blattei, ES 171.1 Nr. 43, S. 9; Kirchner, WiB 1995, S. 209.

⁶⁶⁰ BAG, AP Nr. 154 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶⁶¹ Fischer, RdA 1999, 404, 409.

⁶⁶² BAG, AP Nr. 147, 152, 154, 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit im Ergebnis zustimmender Anm. Fischer, RdA 1999, 406 ff.; Hergenröder, SAE 1999, 55 ff.; Nicolai, Anm. zu BAG, EzA Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 9 ff.; Otto, Anm. zu BAG, AP Nr. 154, 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1212 R ff.; a. A.: Treber, Anm. zu BAG, EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 20 f., der die Anwendung der Arbeitskampfrisikolehre allein auf die Fälle beschränken will, in denen die Unmöglichkeit oder die nach wirtschaftlichen Kriterien im Einzelfall zu beurteilende Unzumutbarkeit des Arbeitsausfalls allein durch den Arbeitskampf bedingt ist.

⁶⁶³ Rieble, SAE 1997, 285, 289.

Arbeitnehmer beruht, sondern vom Arbeitgeber ergriffene Abwehrmaßnahmen mit Ausnahme rein vorbeugender Abwehrmaßnahmen mitursächlich sind. Zweitens soll die Arbeitskampsrisikolehre auch dann anwendbar sein, wenn der Streik und die durch Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers mitverursachte Betriebsstörung zeitlich auseinanderfallen. Drittens soll die Arbeitskampsrisikolehre einschlägig sein, wenn Arbeitnehmer sich nach vorangegangenen Arbeitskampsmaßnahmen bei fortbestehender Beschäftigungsmöglichkeit nicht zu einem Verzicht auf weitere Streikmaßnahmen bereit erklären. Im Urteil vom 17.02.1998 wurde die Arbeitskampsrisikolehre noch insofern ergänzt, als das BAG als Voraussetzung für ihre Geltendmachung nunmehr verlangt, daß der Arbeitgeber auch im Arbeitskamps sein Direktionsrecht bei der Auswahl der für die Aufrechterhaltung der Produktion benötigten Arbeitnehmer ausübt⁶⁶⁴.

b) Stand der Literatur

Diese Arbeitskampsrisikolehre ist in der wissenschaftlichen Literatur indes nicht unumstritten.

aa) Lehre von der Annahmeverzug

Nach einer von *Picker* begründeten Auffassung werden Arbeitskampsrisikofälle bereits als Annahmeverzug in § 615 BGB erfaßt, der nicht nur die Annahmeverweigerung, sondern auch die Annahmeverweigerung regelt, sog. Lehre von der Annahmeverweigerung⁶⁶⁵. Zur Begründung wird die Entstehungsgeschichte des §615 BGB a. F. angeführt, wonach es für das Vorliegen des Annahmeverzugs keine Rolle spielen sollte, warum der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annimmt, also nicht annehmen will oder nicht annehmen kann; vielmehr sollte insoweit „irgendein auf Seite des Gläubigers liegender Grund“ genügen⁶⁶⁶. Für eine umfassende Anwendbarkeit des § 615

⁶⁶⁴ BAG, AP Nr. 152 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 1824.

⁶⁶⁵ *Picker*, JZ 1979, 285 ff.; ders., JZ 1985, 693 ff.; ders., FS Kissel, 817 ff.; Däubler-Colneric, Arbeitskampsrecht, Rn. 605, 614; Mayer, BB 1990, 2482, 2487; Staudinger-Richardi, BGB, § 615 Rn. 216, 249; Richardi, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 71 und 72 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 599 R; Unterhinninghofen, AuR 1990, 21; Wank, FS Kissel, 1225, 1249.

⁶⁶⁶ Mot. II, S. 68, 462.

a. F. BGB auch in Fällen der Annahmeverweigerung spreche auch der Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung, aufgrund dessen die Verweigerung stets mit der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zusammenfalle⁶⁶⁷. Für dieses Normverständnis spreche letztlich auch das Gebot der Rechtsklarheit⁶⁶⁸.

Damit sei § 615 S. 1 BGB a. F. grundsätzlich für jede Art der Ablehnung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber einschlägig⁶⁶⁹. Allerdings sei das Wirtschaftsrisiko vom Betriebsrisiko zu trennen, da es keine Leistungsstörung darstelle⁶⁷⁰. Bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen sei § 615 S. 1 BGB a. F. in teleologischer Reduktion einzuschränken, so daß der durch die Betriebsrisikotragung verdrängte § 323 Abs. 1 BGB a. F. (jetzt: § 326 Abs. 1 BGB n. F.) mit der Folge des Wegfalls der Vergütungspflicht des Arbeitgebers wieder Anwendung finde. Der Grund für die Durchbrechung der Substratsgefahr sei nicht die Beeinflussungsmöglichkeit im konkreten Arbeitskampf, sondern die Institutionalisierung des Arbeitskampfes als eines rechtmäßigen Geschehens mit Eingriffsmöglichkeiten in fremde Rechtssphären⁶⁷¹. Auf Arbeitgeberseite müsse der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitnehmerseite zwar geduldet werden; die Belastung des Arbeitgebers mit der Vergütungspflicht bzw. die Verweisung auf arbeitskampfrechtliche Abwehrmaßnahmen zur Vermeidung eines Verhandlungsübergewichts der kampfführenden Gewerkschaft sei jedoch nicht mit der Gefahrtragungsregelung vereinbar⁶⁷².

Diese Auffassung wurde zwischenzeitlich jedoch endgültig durch § 615 S. 3 BGB n.F. überholt, der ausdrücklich nur Betriebsrisikofälle, nicht auch Arbeitskampftrisikofälle erfaßt⁶⁷³. Außerdem ist es widersprüchlich, Arbeitskampftrisikofälle unter den Tatbestand des

⁶⁶⁷ Picker, JZ 1985, 693, 700.

⁶⁶⁸ Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 33.

⁶⁶⁹ so auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 32 f., 42, 47.

⁶⁷⁰ Picker, JZ 1979, 285, 293; Richardi, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 71 und 72 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 599.

⁶⁷¹ Picker, JZ 1979, 285, 293; Richardi, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 71 und 72 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 601.

⁶⁷² Richardi, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 71 und 72 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 601 R.

⁶⁷³ Palandt, BGB, § 615 Rn. 22.

§ 615 BGB zu subsumieren, aber die Rechtsfolge nach arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen. Dann macht es prinzipiell überhaupt keinen Sinn, Arbeitskampsrisikofälle unbedingt in das vorhandene Leistungsstörungssystem des BGB einzufügen⁶⁷⁴.

bb) Lehre von der Aussperrungsobliegenheit

Nach einer teilweise vertretenen Meinung entfällt die Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen nur dann, wenn er die betroffenen Arbeitnehmer im Wege der Aussperrung unmittelbar in den Arbeitskampf einbezieht, sog. Lehre von der Aussperrungsobliegenheit⁶⁷⁵. Diese Ansicht setzt voraus, daß der Arbeitgeber grundsätzlich nicht nur das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko im Arbeitsfrieden, sondern auch im Arbeitskampf trägt und gemäß § 615 BGB zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Die Aussperrungsmöglichkeit soll nicht nur notwendige, sondern auch hinreichende Bedingung der Lohnrisikoverteilung in kampfbetroffenen Drittbetrieben sein, weil sie dem Arbeitgeber die paritätsgewährleistende Chance verschaffe, den Wegfall der Entgeltansprüche herbeizuführen und damit wirksamen Druck auf den Kampfgegner auszuüben.

Die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit ist jedoch bereits deshalb abzulehnen, weil die Aussperrung nach der Aussperrungsarithmetik⁶⁷⁶ des BAG quotenmäßig und räumlich im Tarifgebiet begrenzt wird und somit unter Umständen keine ausreichende Entlastung darstellt⁶⁷⁷. Ferner können die außerhalb des Kampfgebietes drittbetroffenen Arbeitgeber nicht auf die Sympathieaussperrung zurückgreifen, weil diese nach der Rechtsprechung nicht zur Herstellung der Verhandlungsparität erforderlich ist⁶⁷⁸. Die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit benachteiligt auch die kampfbetroffenen

⁶⁷⁴ so auch Kornbichler, Stilllegung, S. 125; vgl. aber Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 93 ff., 101.

⁶⁷⁵ Eisemann, BB 1979, 218; ders., AuR 1981, 357, 365 ff.; Hueck/Nipperdey/Säcker, Arbeitsrecht II/2, S. 946; Ramm, FS Abendroth, 275, 294; Weiss, AuR 1974, 37, 48.

⁶⁷⁶ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A II 1c) ee).

⁶⁷⁷ gegen eine Aussperrungsobliegenheit: Gamillscheg, KollArbR, S. 1249; Löwisch/Bittner, Arbeitskampfrecht, Rn. 607; MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 42; Seiter, RdA 1979, 393, 399; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 242.

⁶⁷⁸ BAG, AP Nr. 85, 90 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Arbeitnehmer, weil sie als Arbeitskampfbeteiligte von vornherein keine Entgeltersatzleistungen der Bundesagentur für Arbeit beanspruchen können, § 146 Abs. 2 SGB III⁶⁷⁹.

Schließlich läßt die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit unberücksichtigt, daß es sich bei der Arbeitskampsrisikolehre anders als bei der Aussperrung nicht um ein Arbeitskampsmittel, sondern um einen aus dem Zivilrecht entwickelten Leistungsstörungstatbestand ohne jeglichen kampftaktischen Entscheidungsspielraum handelt, so daß bereits aufgrund dieser unterschiedlichen Rechtsnatur ein Austausch der beiden Arbeitskampsinstitute weder in der einen noch in der anderen Richtung in Betracht kommt⁶⁸⁰. Der Arbeitgeber, der sich auf eine Durchhaltetaktik beschränken möchte, würde zu einer aktiven Gegenwehr gedrängt, die er aus unterschiedlichen Gründen, etwa aus betriebspsychologischen (Ausschluß eines „Bumerangeffekts“), wirtschaftlichen (Image beim Kunden) oder politischen Erwägungen (Image in der Öffentlichkeit) ablehnt⁶⁸¹. Mit der Aussperrungsobliegenheit wäre die Gegenwehr des Arbeitgebers stets auf Eskalation des Arbeitskampfes gerichtet; dies kann jedoch bereits aus volkswirtschaftlichen Gründen angesichts der Auswirkungen eines Arbeitskampfes auch auf Dritte und die Öffentlichkeit nicht richtig sein. Vielmehr muß dem Arbeitgeber neben der Aussperrung auch die Möglichkeit verbleiben, im Rahmen seiner Durchhaltetaktik auf mildere Mittel zurückzugreifen, die in dem zur Koalitionszweckverfolgung typischerweise erforderlichen Instrumentarium eingeschlossen sind. Ein solches milderes Mittel ist die Berufung auf die Arbeitskampsrisikolehre, indem sie mit der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung an eine engere Voraussetzung anknüpft und nicht zur Kampfausweitung führt, sondern sich auf eine „Abwehr“ innerhalb der kampfbetroffenen Betriebe beschränkt⁶⁸².

⁶⁷⁹ früher: § 116 II AFG in der Gestalt des Gesetzes zur Sicherung der Neutralität der Bundesagentur der Arbeit in Arbeitskämpfen vom 15.05.1986 (BGBl. 1986 I, 740 f.). Das AFG vom 25.06.1969 (BGBl. 1969 I, 582 ff.) wurde mit Wirkung zum 01.01.1998 aufgehoben und durch das SGB III im Gesetz zur Reform der Arbeitsförderung vom 24.03.1997 (BGBl. 1997 I, 594 ff.) ersetzt..

⁶⁸⁰ Kalb, FS Stahlhacke, 213, 224.

⁶⁸¹ vgl. auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 194.

⁶⁸² Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 215.

cc) Partizipationsorientierter Ansatz

Nach einer anderen Meinung ist die Arbeitskampfrikoverteilung davon abhängig zu machen, ob eine Ergebnisbeteiligung oder Regelungsbetroffenheit des einzelnen Arbeitnehmers besteht, sog. Lehre von der Regelungsbetroffenheit⁶⁸³. Risikobelastet, weil vom Kampfergebnis begünstigt, sind danach zum einen die Arbeitnehmer im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages, zum anderen die Arbeitnehmer in solchen Tarifbezirken, für die der angestrebte Tarifvertrag Modellcharakter hat. Zur Begründung wird auf die Regelung des § 116 AFG bzw. ihre wortgleiche Nachfolgeregelung in § 146 SGB III verwiesen, die die Zahlung von Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeldansprüchen durch die Bundesagentur für Arbeit nach dem Partizipationsgedanken regelt. Nach § 146 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosen- bzw. Kurzarbeitergeld, wenn der Beschäftigungsbetrieb dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist. Nach § 146 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB III ruht der Anspruch ferner dann, wenn der drittbetroffene Betrieb nicht dem räumlichen, aber dem fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen ist, und im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages, dem der Betrieb zuzuordnen ist, eine Forderung erhoben worden ist, die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen, und das Arbeitskampfergebnis aller Voraussicht nach in den räumlichen Geltungsbereich des nicht umkämpften Tarifvertrages im wesentlichen übernommen wird.

Die Verabsolutierung dieses Partizipationsgedankens führt im Arbeitskampf dazu, daß die Vergütungspflicht nur hinsichtlich solcher Arbeitnehmer entfällt, deren Stellung durch die angestrebte Regelung rechtlich oder tatsächlich verbessert wird; die Vergütungspflicht entfällt also deckungsgleich in den Fällen, in denen auch keine Sozi-

⁶⁸³ Kalb, FS Stahlhacke, 213, 228 f.; ders., Arbeitskampfrecht, Rn. 306 ff.; KassArbR-Kalb, S. 1889 Rn. 359 ff.; im Sinne ergänzender Argumentation auch Bepler, AuA 1998, 228 ff., 230; Dütz, DB 1979, Beilage 14, S. 10; Reichold, JuS 1996, 1049, 1057; Seiter, Streikrecht, S. 344 f.; Wank, FS Kissel, 1225, 1250.

alleistungen zur Arbeitsförderung erbracht werden. Nach Ansicht des BAG ist der Partizipationsgedanke auch für die Paritätsüberlegungen von Bedeutung, denn die Arbeitgeber könnten nicht gezwungen werden, den dadurch unmittelbar gegen sie geführten Arbeitskampf der Gegenseite gleichsam mitzufinanzieren⁶⁸⁴.

Allerdings läßt sich eine solche Einflußmöglichkeit nicht derart konkretisieren, daß sie zu einem geeigneten Maßstab für die Risikoverteilung herangezogen werden könnte⁶⁸⁵. Überdies enthält das Sozialversicherungsrecht nur Folgeregelungen des Arbeitsrechts einschließlich des Arbeitskampfrechts, so daß es nicht umgekehrt dessen Rechtsfolgen bestimmen, sondern allenfalls Indizwirkung haben kann⁶⁸⁶. Zwar hängen die Prinzipien der Arbeitskampfparität und der Staatsneutralität insofern zusammen, als der –durch die berechtigte Lohnverweigerung des Arbeitgebers– auf die Arbeitnehmerkoalition erzeugte Binnendruck durch staatliche Entgelterersatzleistungen nicht kompensiert werden kann, ohne das Kräftegleichgewicht der Kampfparteien zu stören⁶⁸⁷. Für die Beurteilung der Arbeitskampfparität ist jedoch allein maßgebend, welche Beeinflussung des sozialen Gegenspielers infolge unmittelbarer oder mittelbarer Schäden auftreten kann, und nicht, ob die betroffenen Arbeitnehmer am Kampfergebnis partizipieren⁶⁸⁸. Der für § 146 Abs. 3 SGB III maßgebende Ausschließungsgrund beruht hingegen auf der Erwägung, daß der Nutznießer eines Arbeitskampfes auch dessen Risiken auf die am Ausgang des Arbeitskampfes uninteressierten übrigen Beitragszahler nicht abwälzen darf⁶⁸⁹.

Der Partizipationsgedanke enthält schließlich auch keine Begründung dafür, warum der Entgeltfortfall nach der Arbeitskampftrisikolehre von der Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung abhängen soll, obwohl doch *alle* Arbeitnehmer im umkämpften Tarifgebiet am Ergebnis des Arbeitskampfes partizipieren, also auch die-

⁶⁸⁴ BAG, AP Nr. 45 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

⁶⁸⁵ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 393 Rn. 17.

⁶⁸⁶ MünchArbR-Otto, § 290 Rn. 33.

⁶⁸⁷ Lieb, NZA 1990, 289, 296.

⁶⁸⁸ MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 40.

⁶⁸⁹ MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 40.

jenigen Arbeitnehmer, die eigentlich weiterarbeiten könnten und dies auch wollen; bei konsequenter Anwendung des Partizipationsgedankens müßten *alle* Arbeitnehmer des umkämpften Tarifgebiets, deren Beschäftigung aus *irgendwelchen* Gründen unterbleibt, ihre Vergütungsansprüche verlieren⁶⁹⁰.

dd) Kausalitätsorientierter Ansatz

Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum ist das Arbeitskampfisiko nach einem besonderen Risikoteilungs- oder Kausalitätsprinzip auf der Grundlage des Prinzips der Arbeitskampfparität zu verteilen, wonach die Arbeitnehmer generell das Lohnrisiko, die Arbeitgeber das Risiko der wirtschaftlichen Verluste und der Bestandsgefährdung der Unternehmen tragen⁶⁹¹. Maßgeblich sei allein der Ursachenzusammenhang zwischen Arbeitskampf und Arbeitsausfall und damit die Unvermeidbarkeit des arbeitskampfbedingten Arbeitsausfalls für den Arbeitgeber unter Anlegung wirtschaftlicher Kriterien⁶⁹². Dieser Lösungsansatz entspricht dem von *Birk, Konzen, Löwisch, Raiser* und *Seiter* bereits im Jahre 1988 vorgelegten Entwurf für ein „Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte“⁶⁹³. § 30 des Gesetzesentwurfs lautet: “(1) Soweit die Fortführung der Arbeit infolge eines Arbeitskampfes unmöglich ist, hat der Arbeitgeber das Recht, den Arbeitnehmern, die nicht am Arbeitskampf beteiligt sind, die Beschäftigung und das Arbeitsentgelt zu verweigern. Dieses Recht besteht nicht, wenn der Arbeitsausfall nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung vermeidbar wäre. (2) Absatz 1 gilt entsprechend, soweit infolge eines Arbeitskampfes die Arbeitsprodukte nicht mehr abgesetzt oder die vertragsgemäßen Dienstlei-

⁶⁹⁰ vgl. Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 62.

⁶⁹¹ Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 173; Gamillscheg, KollArbR, S. 1259 ff.; Hanau, NZA 1996, 841, 846; Hergenröder, SAE 1999, 55, 56, 58; KassArbR-Kalb, S. 1888 Rn. 355; Konzen, FS BAG, 273, 282; ders., Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 913; Lieb, Arbeitsrecht, Rn. 167 ff.; ders., NZA 1990, 289, 294; Löwisch/Bittner, AR-Blattei SD Arbeitskampf SD 170.3.2 Rn. 1 ff.; MünchArbR-Otto, § 290 Rn. 15 ff.; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 129 - 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 193 R; Richardi, ZfA 1985, 101, 110 ff.; Rüthers, ZfA 1987, 1. 20; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 219; Seiter, Streikrecht, 305 ff., 312; ders., DB 1981, 578, 581; Staudinger/Richardi, § 615 Rn. 217, 242, 249, 254; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 216.

⁶⁹² vgl. Ehmann, DB 1973, 1946 ff.; Lieb, NZA 1990, 289 ff.; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 219.

⁶⁹³ Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzesentwurf, S. 86 ff..

stungen gegenüber den Arbeitnehmern nicht mehr erbracht werden können und die Fortführung der Arbeit nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung nicht mehr zu rechtfertigen ist.“ Die Ausgestaltung als Leistungsverweigerungsrecht anstatt als kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge soll dem Umstand Rechnung tragen, daß für die betroffenen Arbeitnehmer nicht ohne weiteres ersichtlich ist, wann der Tatbestand der Unmöglichkeit bzw. der Unzumutbarkeit der Betriebsfortführung eintritt.

Der sog. Binnendruck im Arbeitgeberlager wird hier nicht nur in koalitionspolitischen Verbindungen gesehen, sondern auch und vor allem in den unmittelbaren (gestörten) Vertragsbeziehungen zwischen dritt- und unmittelbar kampfbetroffenen Unternehmen. Da der Arbeitskampf zwischen zwei großen gesellschaftlichen Gruppen um die Verteilung der erarbeiteten Erträge geführt werde, sei es vernünftig, der Arbeitnehmerseite das arbeitskampfbedingte Lohnrisiko und der Arbeitgeberseite das Risiko der aus dem Ausbleiben der Arbeitsleistung resultierenden Schäden zuzuweisen⁶⁹⁴.

Da diese Risikoverteilung im Ergebnis den klassischen Dogmen für Unmöglichkeit ebenso wie dem Prinzip der Arbeitskampfparität entspricht, ist der Einwand, daß eine an den Normen des geltenden Rechts orientierte dogmatische Begründung nicht bestehe⁶⁹⁵, und daß die angenommene Verstärkung des sog. Binnendrucks auf die kämpfenden Tarifparteien durch die Belastung mit dem Lohnrisiko im Drittbereich eine rechtstatsächlich unbewiesene Behauptung sei⁶⁹⁶, unberechtigt.

In mittelbar kampfbetroffenen Unternehmen führt diese kausalitätsorientierte Sichtweise im Gegensatz zur Arbeitskampftrisikolehre des BAG dazu, daß beim Kampf um einen Verbandstarifvertrag auch nichtorganisierte sowie branchenfremde Arbeitgeber unabhängig von koalitionspolitischen Verbindungen vom Lohnrisiko entlastet werden. Aber auch der mittelbar betroffene Arbeitgeber beim Arbeitskampf

⁶⁹⁴ Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, S. 218.

⁶⁹⁵ MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 45.

⁶⁹⁶ Kalb, FS Stahlhacke, 213, 225; MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 45.

um einen Firmentarifvertrag hat nach dieser Konzeption der Arbeitskampsrisikolehre ein Leistungsverweigerungsrecht.

2. Formelle Vergleichbarkeit

a) Rechtsnatur

Von ihrer Rechtsnatur her ist die Arbeitskampsrisikolehre anders als die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung kein Arbeitskampsmittel, sondern – ungeachtet weiterer Nuancierungen – ein aus dem Zivilrecht entwickelter Leistungsstörungstatbestand, weil der Arbeitgeber die Suspendierungsfolge nicht willkürlich im Sinne einer Gestaltungserklärung herbeiführen kann⁶⁹⁷.

b) Anwendungsbereich

In den beiden ersten „Stilllegungsurteilen“ vom 22.03.1994 und vom 31.01.1995⁶⁹⁸ erklärte das BAG ausdrücklich, daß es an der Auffassung nicht mehr festhalte, daß die Grundsätze des Arbeitskampsrisikos bei mittelbaren Auswirkungen von Arbeitskämpfen auch dann anzuwenden seien, wenn Betriebsstörungen die Folge eines Streiks seien, der sich unmittelbar gegen den Betrieb oder Betriebsteil selbst richte. Damit schien das BAG, die Arbeitskampsrisikolehre im Anwendungsbereich der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung verabschieden zu wollen. Eine Klarstellung des Verhältnisses zwischen Arbeitskampsrisikolehre und Betriebsstilllegung erfolgte schrittweise erst in den sieben Folgeurteilen vom 27.06.1995, vom 11.07.1995, vom 12.11.1996, vom 17.02.1998 und vom 15.12.1998⁶⁹⁹.

aa) BAG vom 27.06.1995 und 11.07.1997

Dazu wurden zunächst im Urteil vom 27.06.1995 die einschränkenden Aussagen zur Arbeitskampsrisikolehre und damit die ursprünglich wohl beabsichtigte Verabschiedung der Arbeitskampsrisikolehre – wenn auch unter Vorbehalt – revidiert: „Es kann (...) davon ausgegangen werden, daß diese (Arbeitskampsrisiko-)Grundsätze *unter*

⁶⁹⁷ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A III 1.

⁶⁹⁸ BAG, AP Nr. 130 und 135 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 194 R, 619 R.

⁶⁹⁹ BAG, AP Nr. 137, 138, 139, 147, 152, 154, 155 zu Art. 9 GG Arbeitskamps.

Umständen auch dann anzuwenden seien, wenn die Unmöglichkeit der Beschäftigung nicht auf Fernwirkungen zurückgeht, die in einem anderen Betrieb oder Betriebsteil verursacht werden, sondern Folge eines zeitlich vorangegangenen Arbeitskampfes im selben Betrieb ist⁷⁰⁰. Damit ist das BAG jedenfalls für arbeitskampfbedingte Betriebsstörungen wegen zurückliegender Arbeitskampfmaßnahmen innerhalb des kampfbetroffenen Betriebs zu seiner früheren Rechtsprechung zurückgekehrt.

In den Urteilen vom 11.07.1995 bejahte das BAG endgültig die prinzipielle Anwendbarkeit der Arbeitskampftrisikolehre im bestreikten Betrieb, betonte aber die Vorrangigkeit des Rechts auf Betriebsstilllegung: Beuge sich der Arbeitgeber dem Streik nicht, seien die Grundsätze des Arbeitskampftrisikos auch für unmittelbar streikbetroffene Betriebe oder Betriebsteile maßgebend⁷⁰¹. Die suspendierende Betriebsstilllegung sei neben der Aufrechterhaltung des Betriebs nur eine der möglichen Reaktionen des Arbeitgebers: „Er kann sich ebensogut dazu entschließen, nicht nachzugeben und den Betrieb wenigstens teilweise mit Hilfe der Arbeitswilligen aufrechtzuerhalten, um damit die Wirkung des Streiks abzuschwächen.“ In diesem Fall entfalle seine Vergütungspflicht gegenüber den nichtstreikenden Arbeitnehmern nur unter den Voraussetzungen der Arbeitskampftrisikolehre. Diese sei auch in unmittelbar bestreikten Betrieben anwendbar, wenn der Arbeitgeber eine arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung nicht erkläre oder auch nur möglicherweise nicht erkläre⁷⁰². Dabei könne die Unmöglichkeit der Beschäftigung auch aus einer rechtswidrigen Betriebsblockade resultieren, da es dem Arbeitgeber unzumutbar sei, sich dagegen zu wehren⁷⁰³. Damit geht das BAG offensichtlich von der Vorrangigkeit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung und damit auch von ihrer Eigenständigkeit gegenüber der Arbeitskampftrisikolehre aus.

⁷⁰⁰ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 622.

⁷⁰¹ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 625 R.

⁷⁰² BAG, AP Nr. 138 (Bl. 625 R), Nr. 139 (Bl. 630 R) zu Art. 9 GG Arbeitskampftrisiko.

⁷⁰³ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 626 R.

bb) BAG vom 12.11.1996, 17.02.1998, 15.12.1998

Im Urteil vom 12.11.1996 erweiterte das BAG den Anwendungsbereich der Arbeitskampsrisikolehre, die es im unmittelbar kampfbetroffenen Betrieb nun *ohne weiteres* für anwendbar erklärt⁷⁰⁴. Dem Urteil lag die Produktion von Tageszeitungen im Schichtbetrieb zugrunde, die mehrfach von Wellenstreiks betroffen war. Der Arbeitgeber wies die ihm nach dem Ende jeder Arbeitsniederlegung angebotene Arbeitsleistung unter Hinweis auf sein Notprogramm zurück, nachdem die Arbeitnehmer die Auskunft über ihre weitere Streikbereitschaft verweigert hatten. Das Notprogramm des Arbeitgebers bestand darin, Teile der Arbeiten an Fremdunternehmen zu vergeben und reduzierte Ausgaben der Zeitungen durch eine Ersatzmannschaft zu drucken.

Während nach der bisherigen Rechtsprechung die Arbeitskampsrisikolehre voraussetzte, daß der Arbeitsausfall allein durch den Arbeitskampf bedingt war, soll sich diese nun auch auf den Fall der durch Abwehrmaßnahmen des unmittelbar kampfbetroffenen Arbeitgebers mitverursachten Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung erstrecken. Der Arbeitgeber erhält damit die Möglichkeit, die Beschäftigung nach dem Ende eines Wellenstreiks unabhängig von einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit abzulehnen, indem er durch die Einleitung verschiedener Gegenmaßnahmen die Beschäftigung der streikenden Arbeitnehmer in der von vorangegangenen Kurzstreiks betroffenen oder der unmittelbar nachfolgenden Schicht überflüssig werden läßt. Zur Begründung führt das BAG aus: „Bei sog. Wellenstreiks lassen sich Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers (z.B. Produktionskürzungen, Einsatz von Aushilfskräften und Fremdvergabe von Arbeiten) nicht ohne weiteres so begrenzen, daß sie sich nur während der Dauer eines einzelnen Kurzstreiks auswirken. Können Arbeitnehmer aus diesem Grund für den Rest einer laufenden Schicht nicht mehr beschäftigt werden, so verlieren sie insoweit nach den Grundsätzen des Arbeitskampsrisikos ihren Lohn-

⁷⁰⁴ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 610 R.

anspruch, wenn dem Arbeitgeber eine andere Planung unmöglich oder unzumutbar gewesen wäre“⁷⁰⁵.

Allerdings seien die Arbeitnehmer nur dann mit dem Lohnrisiko belastet, wenn es sich nicht um vorbeugende Maßnahmen des Arbeitgebers handele, die den Rahmen des Arbeitskampfes erweiterten⁷⁰⁶.

Ob die Reduzierung des Arbeitsprogramms oder die Weiterbeschäftigung von Ersatzkräften nach Beendigung eines Kurzstreiks noch als Abwehr einer Betriebsstörung oder schon als eigene Kampfmaßnahme zu werten ist, hänge von den Umständen des Falles, insbesondere von der Art des Streiks und der betrieblichen Tätigkeit ab⁷⁰⁷.

Das Risiko verlagere sich selbst dann nicht auf den Arbeitgeber, wenn seine Maßnahmen bereits vor Beginn der Arbeitsniederlegung zu einem Arbeitswegfall geführt haben, etwa wenn ein Ersatzteam die Arbeiten schon vor Beginn des Kurzstreiks erledigt hat⁷⁰⁸. Unter diesen Umständen sei das gesamte Streikgeschehen als Einheit zu betrachten; die Folgen der Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers seien dem Arbeitskampfisiko der Arbeitnehmer zuzurechnen⁷⁰⁹.

Dasselbe gelte, wenn die Vergabe von Arbeiten an Subunternehmen dazu geführt haben sollte, daß eine Beschäftigung der eigenen Arbeitnehmer unmöglich wurde. Jedenfalls sei ihre Beschäftigung dann unzumutbar, da der Arbeitgeber gegenüber den Subunternehmen vertraglich gebunden sei und somit doppelt produzieren müßte⁷¹⁰.

Die Unzumutbarkeit der Beschäftigung könne sich außerdem auch aus der Unsicherheit des Arbeitgebers über das künftige Streikverhalten der Arbeitnehmer ergeben: „Auch im Laufe eines Wellenstreiks sind Arbeitnehmer nicht verpflichtet, Auskunft darüber zu geben, ob und inwieweit sie sich an künftigen Kampfmaßnahmen beteiligen werden. Die Unsicherheit darüber kann jedoch im Zusammenhang mit der Verteilung des arbeitskampfbedingten Lohnrisikos

⁷⁰⁵ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, LS 1.

⁷⁰⁶ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 611.

⁷⁰⁷ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 611 R.

⁷⁰⁸ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 611 R.

⁷⁰⁹ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 611 R.

⁷¹⁰ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 612.

bei der Frage der Zumutbarkeit ihres Einsatzes eine Rolle spielen“⁷¹¹.

Im Urteil vom 17.02.1998 wurde die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Arbeitskampsrisikolehre aus dem Urteil vom 12.11.1996 insofern modifiziert, als der Arbeitgeber zur Geltendmachung des Lohnverweigerungsrechts nun auch im Arbeitskampf verpflichtet sein soll, sein Direktionsrecht bei der Auswahl der für die Aufrechterhaltung der Produktion benötigten Arbeitnehmer auszuüben.

In dem Urteil ging es wie im Urteil vom 12.11.1996 um die von Wellenstreiks betroffene Produktion von Tageszeitungen. Obwohl die Arbeitsniederlegungen jeweils zum Ende der Mittelschicht beendet wurden, wurden die für die Nachtschicht eingeteilten Arbeitnehmer nicht beschäftigt, nachdem die Streikleitung den Arbeitgeber mehrfach verspätet Beginn und Ende der Streikmaßnahmen mitgeteilt hatte. Der Arbeitgeber ließ unterdessen Notausgaben der Zeitungen durch Notmannschaften drucken. Das BAG stellte insoweit fest, daß die Produktion der Notausgabe einer Tageszeitung bei einem Wellenstreik als Abwehrmaßnahme der streikbedingten Störung zu werten sei⁷¹². In diesem Fall trügen die Arbeitnehmer, die wegen des geringen Arbeitsanfalls nicht beschäftigt werden könnten, das Lohnrisiko auch dann, wenn der Streik vor Beginn des Drucks ende. Sei es dem Arbeitgeber jedoch möglich und zumutbar, wenigstens einen Teil der Arbeitnehmer zum Druck der Notausgabe heranzuziehen, so habe er insoweit regelmäßig in Ausübung seines Direktionsrechts eine Auswahl zu treffen, um nicht in Annahmeverzug zu geraten⁷¹³. Dies ist bei einem kampfbetroffenen Betrieb schon deshalb erforderlich, weil die Auswahl durch die Belegschaft selbst innerhalb derselben zu schweren Auseinandersetzungen führen kann und eine diesbezügliche Einigung gerade bei längeren Arbeitskämpfen aufgrund bestehender Interessenkonflikte überdies häufig unmöglich sein dürfte⁷¹⁴.

⁷¹¹ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, LS 2 und Bl. 612 a. E..

⁷¹² BAG, AP Nr. 152 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1823 R.

⁷¹³ BAG, AP Nr. 152 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1824.

⁷¹⁴ Hergenröder, SAE 1999, 55, 59.

In den beiden Urteilen vom 15.12.1998 bestätigte das BAG seine in den Entscheidungen vom 12.11.1996 und vom 17.02.1998 aufgestellten Grundsätze zur Arbeitskampsrisikolehre im Zusammenhang mit Wellenstreiks.

Im ersten Urteil (1 AZR 216/98) ging es erneut um die von Arbeitsniederlegungen betroffene Produktion von Tageszeitungen im Schichtbetrieb. Nachdem die Gewerkschaft die Arbeitnehmer in der Nachtschicht zu einem unbefristeten Streik aufgerufen hatte, und die Kläger diesem Aufruf gefolgt waren, ließ der Arbeitgeber eine reduzierte Zeitungsausgabe durch eine Ersatzmannschaft herstellen. Obwohl die Kläger ihre Arbeitsleistung nach Beendigung des Streiks anboten, schickte der Arbeitgeber sie nach Hause, nachdem sie auf Nachfrage ihre weitere Streikbereitschaft erklärt hatten.

Das BAG verneinte den Annahmeverzug des Arbeitgebers in diesem Fall, weil die durch die Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers verursachten Arbeitsausfälle den Arbeitnehmern zuzurechnende Streikfolgen seien: Da der Produktionsprozeß von Tageszeitungen wegen ihrer Aktualitätsgebundenheit unter hohem Zeitdruck stehe, wirkten sich Kampfmaßnahmen zwangsläufig auch auf nachfolgende Produktionsschritte aus. Vor diesem Hintergrund sei dem Arbeitgeber der Verzicht auf die weitere Heranziehung der Ersatzmannschaft und die erneute Beschäftigung der Arbeitnehmer wegen deren unsicherer Arbeitsbereitschaft nicht zumutbar⁷¹⁵. Dies gelte nur dann nicht, wenn es sich um vorbeugende Maßnahmen des Arbeitgebers handle, die über die reine Gegenwehr hinausgingen⁷¹⁶.

Dem anderen Urteil (1 AZR 289/89) lag die Produktion einer Fernseh-Wochenzeitschrift im Schichtbetrieb zugrunde, die zuvor mehrfach von Wellenstreiks betroffen war. Der Arbeitgeber hatte daher die in der jeweiligen Schicht zu erledigenden Arbeiten an ein Fremdunternehmen vergeben und die Kläger wegen Arbeitsmangels nach Hause geschickt, nachdem diese über ihre weitere Streikbereitschaft keine Auskunft gegeben hatten.

⁷¹⁵ BAG, AP Nr. 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1085 R.

⁷¹⁶ BAG, AP Nr. 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1085.

Hier bejahte das BAG den Annahmeverzug des Arbeitgebers, da kein streikbedingter Arbeitsausfall vorgelegen habe. Bei der Produktion einer Fernseh-Wochenzeitschrift rechtfertigten Vorkehrungen des Arbeitgebers gegen künftige Kampfmaßnahmen der Belegschaft eine Verlagerung des Lohnrisikos auf die Arbeitnehmer nicht, wenn kein enger zeitlicher und organisatorischer Zusammenhang zwischen den tatsächlich streikbetroffenen und den an sie anschließenden Arbeiten bestehe⁷¹⁷.

Diese Rechtsprechung läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß die Folgen von Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers gegen Wellen- oder sonstige Kurzstreiks grundsätzlich dem Arbeitskampfisiko der Arbeitnehmer zuzurechnen sind. Darunter fällt namentlich der Fall, daß die Beschäftigung der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nach Beendigung der Arbeitsniederlegung zwar möglich, aber unzumutbar ist, weil er sich nicht sicher sein kann, ob die Arbeitnehmer für den Rest der Schicht ohne erneute Arbeitsniederlegung weiterarbeiten würden. Dabei soll die Beurteilung der Unzumutbarkeit allein der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen bleiben, um angemessen auf eine etwaige weiterbestehende Arbeitskampfbereitschaft der Arbeitnehmer antworten zu können. Auch soll es unerheblich sein, ob die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung allein auf den vorangegangenen Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitnehmer beruht, oder ob die Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers mitursächlich sind⁷¹⁸.

cc) Zwischenergebnis

Damit steht fest, daß Betriebsstilllegung und Arbeitskampfrikolehre nebeneinander anwendbar sein sollen. Dabei ergeben sich folgende Überschneidungen in den Anwendungsbereichen: Das Recht auf Betriebsstilllegung besteht nur im persönlichen, räumlichen und zeitlichen Rahmen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses, während die Arbeitskampfrikolehre unabhängig vom Streikbeschluß in den

⁷¹⁷ BAG, AP Nr. 154 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1083.

⁷¹⁸ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 610 R.

Grenzen des viel weitergehenden sog. Drei-Zonen-Modells⁷¹⁹ des BAG anwendbar ist, nämlich im räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages sowie in Tarifgebieten, die durch einen Fachspitzenverband mit dem umkämpften Tarifgebiet verbunden sind. Andererseits suspendiert das Recht auf Betriebsstilllegung die Vergütungspflicht des Arbeitgebers auch dann, wenn sie nach der Arbeitskampsrisikolehre an sich noch fortbestünde.

In persönlicher Hinsicht bestehen somit Überschneidungen bei zum Streik aufgerufenen, arbeitswilligen Arbeitnehmern, deren Weiterbeschäftigung technisch unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar geworden ist. In zeitlicher Hinsicht sind Überschneidungen denkbar, wenn die Betriebsstilllegung aufgrund der Unbestimmtheit des Streikbeschlusses über das tatsächliche Streikende hinaus oder noch vor dem angekündigten, tatsächlichen Streikbeginn erfolgt. Nach dem Urteil des BAG vom 27.06.1995 muß der Arbeitgeber den Beginn des angekündigten Streiks nicht abwarten, um das Recht auf Betriebsstilllegung auszuüben⁷²⁰. In räumlicher Hinsicht ergeben sich Überschneidungen bei einem Vollstreik hinsichtlich des gesamten Betriebs, bei einem Teilstreik hinsichtlich des bestreikten Betriebsteils. Hier sind die Anwendungsbereiche von Arbeitskampsrisikolehre und Betriebsstilllegung letztlich identisch⁷²¹. Eine Ergänzung der Arbeitskampsrisikolehre läßt sich daraus freilich noch nicht entnehmen.

c) Anwendungsvoraussetzungen

Sofern man eine Leistungsstörung nicht bereits in der unternehmerischen Entscheidung der Betriebsschließung als solcher sieht⁷²², ist die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung unabhängig von einer Leistungsstörung im Arbeitsverhältnis im Sinne einer technischen Unmöglichkeit oder wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer anwendbar. Andererseits bedarf die Betriebsstilllegung einer eindeutigen Willenserklärung gegenüber den

⁷¹⁹ Seiter, DB 1981, 578, 787.

⁷²⁰ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 623.

⁷²¹ vgl. Nicolai, Anm. zu BAG, EzA Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, S. 18.

⁷²² so aber Hanau, NZA 1996, 841, 846.

betroffenen Arbeitnehmern, weil die Herbeiführung der Suspendierungsfolge durch den Arbeitgeber in seiner Macht steht, während bei der Arbeitskampsrisikolehre eine konstitutive Willenserklärung bzw. Wissenserklärung im Sinne einer Berufung auf die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit ausreicht⁷²³.

3. Materielle Vergleichbarkeit

Wie bereits ausgeführt gibt es für die Arbeitskampsrisikolehre unterschiedliche Begründungsansätze⁷²⁴. Diejenigen, die auch im Zusammenhang mit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung diskutiert werden, sind der Partizipationsgedanke und das Prinzip der Arbeitskampsparität⁷²⁵.

a) Partizipation

Im Urteil vom 22.03.1994 hat das BAG die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung unter anderem mit dem Partizipationsargument begründet⁷²⁶. Das Ergebnis eines Arbeitskampfes komme zumindest faktisch auch den sog. Außenseitern zugute, die gleichfalls um ihre Arbeitsbedingungen kämpften, soweit sie dem Streikbeschluß folgten und die Arbeit niederlegten⁷²⁷. Die Belastung der Außenseiter durch ihre Einbeziehung in das Arbeitskampsgeschehen werde durch die Vorteile aufgewogen, die sich mittelbar auch für sie durch eine effiziente Tarifpraxis und Erfolge der gewerkschaftlichen Tarifpolitik ergäben, so daß keine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit vorliege⁷²⁸. Mit diesem Begründungsansatz adaptiert das BAG den von Teilen der Literatur im Hinblick auf die Verteilung des Arbeitskampsrisikos bereits vertretenen partizipationsorientierten Lösungsansatz⁷²⁹.

⁷²³ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A III 1.

⁷²⁴ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A III 1b).

⁷²⁵ Kalb, FS Stahlhacke, 213, 226 ff.; Kissel, Arbeitskampsrecht, S. 420 Rn. 117; Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 912; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 58 ff.; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 193, 193 R.

⁷²⁶ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 195 R.

⁷²⁷ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 192 R., 193.

⁷²⁸ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 195 R.

⁷²⁹ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A III 1b) cc).

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung läßt sich mit der Arbeitskampfbrisikolehre jedoch insoweit nicht vergleichen, als dort die Belastung mit den Streikfolgen eine Leistungsstörung, nämlich die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Beschäftigung voraussetzt, d. h. es geht um die Verteilung *unvermeidbarer* Arbeitskampffolgen, während es bei der Betriebsstilllegung um die Verteilung *vermeidbarer* Arbeitskampffolgen geht⁷³⁰. Im übrigen ist der Partizipationsgedanke zur Begründung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung ebensowenig geeignet wie zur Begründung der Arbeitskampfbrisikolehre und der suspendierenden Abwehraussperrung, da auch hier *alle* Arbeitnehmer am Ergebnis des Arbeitskampfes partizipieren, also auch diejenigen Arbeitnehmer, die überhaupt nicht von der Betriebsstilllegung betroffen sind.

Der Partizipationsgedanke ist somit als Rechtsgrundlage für die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung abzulehnen.

b) Paritätsfunktion der Betriebsstilllegung

Die funktionstypische Bedeutung der Arbeitskampfbrisikolehre liegt in der Vermeidung einer Doppelbelastung des Arbeitgebers durch die Folgen arbeitskampfbedingter Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung und durch das Lohnrisiko. Eine vergleichbare Entlastung müßte bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung zu verzeichnen sein.

aa) Beweisanforderungen

Die „Paritätsrelevanz“ der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung könnte in den geringeren Anwendungsvoraussetzungen gegenüber der Arbeitskampfbrisikolehre liegen: Der Arbeitgeber profitiert hier davon, daß er im Anwendungsbereich der Betriebsstilllegung die Suspendierung seiner Vergütungspflicht erreichen kann, ohne den unter Umständen schwierigen Nachweis der Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Beschäftigung zu führen, die möglicherweise mit einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3

⁷³⁰ Lieb, SAE 1996, 182, 183.

BetrVG verbunden wäre. Die Gefährdung der Arbeitskämpfparität würde darin liegen, daß der unmittelbar bestreikte Arbeitgeber ohne Stilllegungsbefugnis in seiner unternehmerischen Entscheidung zur Betriebsschließung dadurch behindert wäre, daß er sich mit Ansprüchen arbeitswilliger Arbeitnehmer auseinandersetzen müßte, die wirklich oder vermeintlich zur Weiterarbeit in der Lage wären⁷³¹.

Diese Zielrichtung folgt auch aus der Begründung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung durch das BAG: „Die Beurteilung der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit ist hier nur der Entscheidung des Arbeitgebers überlassen.“⁷³² „Der Arbeitgeber braucht seine Einschätzung der Lage nicht nachträglich zu begründen und zu rechtfertigen“⁷³³. Daher wird von einem Teil der Literatur vermutet, daß die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung dazu geschaffen wurde, die gerichtliche Kontrolle der Unzumutbarkeit im Rahmen der Arbeitskämpfrisikolehre wegen der damit verbundenen Unsicherheiten ein Stück zurückzunehmen⁷³⁴. Dann wäre die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung als Konkretisierung dessen anzusehen, was dem Arbeitgeber hinsichtlich der Beschäftigung von Arbeitswilligen zumutbar sei⁷³⁵.

Für die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts nach der Arbeitskämpfrisikolehre, also den Arbeitsausfall durch arbeitskampfbedingte Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung, hat der Arbeitgeber die prozessuale Darlegungs- und Beweislast; sie unterliegen der gerichtlichen Überprüfung⁷³⁶. Dabei ist die technisch zu verstehende arbeitskampfbedingte Unmöglichkeit der Beschäftigung – etwa beim Fehlen einsatzbereiter Vorgesetzter, bei unüberwindbaren Betriebsblockaden, beim Fehlen der Zulieferung notwendiger Roh- bzw. Produktionsstoffe oder bei Nichtbetrieb

⁷³¹ Hanau, NZA 1996, 841, 846.

⁷³² BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 623.

⁷³³ BAG, AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 625.

⁷³⁴ Wißmann, AuR 1998, 76, 77; Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S.35; Lieb, SAE 1996, 182, 187; Löwisch, AR-Blattei ES 170.2 Nr. 42, S. 4; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 190; Streckel, Anm. zu BAG, EzA Nr. 120 zu Art.9 GG Arbeitskampf, S. 13; Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 10.

⁷³⁵ LAG Hamburg, AuR 1995, 376, 377 mit Anm. Gussone, AuR 1995, 377, 378; Hanau, NZA 1996, 841, 846.

⁷³⁶ Kissel, Arbeitskämpfrecht, S. 407 Rn. 67; MünchArbR-Otto, § 290 Rn. 49.

von Maschinen – gerichtlich voll nachprüfbar⁷³⁷. Demgegenüber ist bei der betriebswirtschaftlich zu verstehenden Unzumutbarkeit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu respektieren, so daß sich die Nachprüfbarkeit auf einen Bewertungs- oder Ermessensmißbrauch beschränkt⁷³⁸.

Nach einer engeren Auffassung hat sich der Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers an einer wirtschaftlich vernünftigen Betriebsführung zu orientieren und unterliegt auch insoweit der gerichtlichen Nachprüfung⁷³⁹. Eine solch weitreichende Nachprüfung würde jedoch in die verfassungsrechtlich durch Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 GG gewährleistete unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen und zudem die Fachkompetenz des Gerichts überfordern⁷⁴⁰. Diese „sind auch bei der Berücksichtigung der Kenntnisse der mit wirtschaftlichen und betrieblichen Gegebenheiten vertrauten ehrenamtlichen Richter überfordert, wenn komplizierte wirtschaftliche Zusammenhänge daraufhin beurteilt werden sollen, welche unternehmerischen Dispositionen zu treffen sind, um den Fernwirkungen eines Arbeitskampfes zu begegnen“⁷⁴¹. Denn der Begriff der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Beschäftigung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und erfordert eine Interessenabwägung im Einzelfall zwischen dem Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung und Vergütung einerseits, und dem Interesse des Arbeitgebers, die arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen zu begrenzen und die organisatorische und wirtschaftliche Einheit des Unternehmens zu wahren. Dabei sind die Grundsätze wirtschaftlicher Unternehmensführung zu beachten, die daran gemessen werden, inwieweit die Aufrechterhaltung des Betriebs während eines Arbeitskampfes zur Verfolgung des Unternehmenszwecks noch möglich und sinnvoll ist, zumal die Unzumutbarkeit der Beschäftigung sich auch aus besonderen betrieblichen Gegebenheiten ergeben kann, etwa aus dem Fehlen einsatzbereiter

⁷³⁷ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 407 Rn. 67.

⁷³⁸ LAG Hamburg, DB 1984, 1488; LAG Berlin, DB 1986, 808; GK-Wiese, § 87 Rn. 284; Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 407 Rn. 67; Rieble, SAE 1996, 227, 235; Seiter, Streikrecht, S. 312 Fn. 86; ders., RdA 1979, 393, 399; DB 1981, 578, 583.

⁷³⁹ MünchArbR-Boewer, § 79 Rn. 62; Däubler/Colneric, Arbeitskampfrecht, Rn. 636 ff..

⁷⁴⁰ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 407 Rn. 68.

⁷⁴¹ LAG Berlin, DB 1986, 808.

Vorgesetzter oder aus der Blockade des Betriebszugangs durch Streikposten⁷⁴². Seit dem Urteil des BAG vom 12.11.1996 kann auch die Unsicherheit über die Beteiligung der Arbeitnehmer an weiteren Wellenstreikmaßnahmen zur Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung führen, wenn die Produktion besonders störanfällig ist⁷⁴³. Eine Hilfestellung bieten hier auch die Rechtsprechung und die Verwaltungsrichtlinien zur Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls nach § 174 Abs. 3 SGB III, wonach die Prüfung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit den Vergleich der Mehrkosten umfaßt, die bei der Fortführung der Arbeit, etwa durch zusätzliche Lagerhaltung und Anmietung weiterer Lagerplätze entstehen würden, mit den Kosten, die der Arbeitgeber bei völliger Einstellung der Arbeit im Falle der Kurzarbeit ohnehin zu tragen hätte. Auch insoweit kommt eine Verlagerung des Lohnrisikos auf die Arbeitnehmer aus arbeitskampfrechtlichen Gründen nur dann in Betracht, wenn nicht die eigentliche Ursache in einer unternehmerischen Fehldisposition zu finden ist, da das Arbeitskampfrecht nicht dazu dienen soll, dem Arbeitgeber vorübergehend das wirtschaftliche Marktrisiko abzunehmen⁷⁴⁴.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß die Beweisanforderungen an die arbeitskampfbedingte Betriebsstörung aufgrund des Ermessensspielraums des Arbeitgebers bei der Beurteilung der Unzumutbarkeit keine übermäßige Belastung für ihn darstellen, so daß eine völlige Entkoppelung der Unzumutbarkeit von wirtschaftlichen Kriterien zur Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität nicht erforderlich ist. Abgesehen davon scheint die gerichtliche Kontrolle arbeitskampfbedingter Betriebsstörungen in der Arbeitskampfpraxis keine große Rolle zu spielen⁷⁴⁵, so daß auch kein tatsächliches Bedürfnis des Arbeitgebers nach erleichterten Beweisanforderungen besteht⁷⁴⁶.

⁷⁴² BAG, AP Nr. 138, 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁴³ BAG, AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁴⁴ BAG, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 591.

⁷⁴⁵ vgl. nur Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 215.

⁷⁴⁶ so auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 128.

bb) Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber

Die Situation könnte jedoch bei Arbeitskämpfen im Öffentlichen Dienst anders zu bewerten sein. Der Öffentliche Dienst war in der Mehrzahl der „Stilllegungsentscheidungen“ in Form von Unternehmen des Personennahverkehrs, Kindertagesstätten, Straßenverkehrsämtern und Müllverbrennungsanlagen betroffen⁷⁴⁷. Solche Unternehmen sind häufig nicht auf die Erzielung von Gewinn ausgerichtet, so daß die Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit dieser Betriebe durch einen Arbeitskampf in der Regel keine wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Beschäftigung und damit das Eingreifen der Arbeitskampfrisikolehre nach sich zieht. Die wirtschaftlichen Kriterien wie Umsatz, Ertrag und Erhaltung von Marktanteilen, derentwegen der Arbeitgeber in der Privatwirtschaft in der Regel an der Aufrechterhaltung seines Betriebes interessiert ist, gelten somit im Öffentlichen Dienst nur eingeschränkt. Als Ausgleich dafür könnte es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung um ein Sonderrecht der öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber in Gestalt einer erleichterten Suspendierungsmöglichkeit handeln⁷⁴⁸.

In seinem Urteil vom 22.03.1994 führt das BAG selbst aus, daß die wenigstens teilweise Aufrechterhaltung des Betriebs für den (privatrechtlichen) Arbeitgeber in der Regel wirtschaftlich sinnvoller und mit geringeren Verlusten verbunden sein würde als die vorübergehende gänzliche Einstellung des Betriebs. Die Frage der Zumutbarkeit sei unter dem Gesichtspunkt einer vernünftigen Unternehmensführung daran zu messen, inwieweit es auch während eines Streiks möglich und sinnvoll sei, zur Verfolgung des jeweiligen besonderen Unternehmenszwecks die betriebliche Tätigkeit aufrechtzuerhalten und angefallene Arbeiten zu erledigen⁷⁴⁹.

Allerdings ist die von der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung unabhängige Suspendierung der Vergütungspflicht für den öffentlich-rechtlichen wie für den privaten Arbeitgeber bereits durch die Aussperrung möglich, so daß es eines zusätzlichen „Stille-

⁷⁴⁷ BAG, AP Nr. 130, 135, 137, 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁴⁸ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EZA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 37.

⁷⁴⁹ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1080 R.

gungsrechts“ des Arbeitgebers nicht bedarf. Durch die Möglichkeit der Aussperrung ist die Arbeitskampffähigkeit des Arbeitgebers gewährleistet, zumal die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung im Hinblick auf ihren eingeschränkten Anwendungsbereich keine echte Handlungsalternative darstellt. Außerdem können gerade Arbeitgeber des Öffentlichen Dienstes die sog. „Taktik der offenen Tür“ verfolgen: Mit ihren Beamten, die sich nach Art. 33 Abs. 5 GG nicht am Arbeitskampf beteiligen dürfen, können (und müssen) öffentlich-rechtliche Arbeitgeber ihre Betriebe weitestgehend aufrechterhalten, so daß sie den Arbeitskampf auch ohne Rückgriff auf eine zusätzliche Suspendierungsmöglichkeit durchhalten können.

Desweiteren darf mit einem neuen Recht auf Betriebsstilllegung nicht auch noch belohnt werden, daß die soziale Gegenspielerrolle im Öffentlichen Dienst in denjenigen Fällen nicht funktioniert, in denen politische Sympathien des kommunalen Arbeitgeberlagers für die Gewerkschaften bestehen⁷⁵⁰. Dementsprechend groß ist die grundsätzliche Bereitschaft dieser Arbeitgeber im Arbeitskampf, etwa über den Abschluß von Notdienstvereinbarungen einzulenken. Insbesondere die Urteile des BAG vom 22.03.1994 und 11.07.1995, in denen arbeitswilligen Arbeitnehmern rechtswidrig der Zutritt zum Betrieb durch streikende Arbeitnehmer verwehrt wurde, verdeutlichen eine bedenkliche Apathie der öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber gegenüber rechtswidrigen Streikexzessen im Vergleich zum Bereich der Privatwirtschaft, wo man auf derartige Streikexzesse mit den von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mitteln (einstweilige Verfügung, Schadenersatzforderungen) entschieden reagieren würde⁷⁵¹. Hinzu kommt, daß Arbeitskämpfe im Öffentlichen Dienst weniger die betroffenen Arbeitgeber als die Allgemeinheit belasten. Diese leidet zum einen unmittelbar unter einer Betriebsstörung, etwa dem Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel, zum anderen mittelbar durch die Abwälzung der finanziellen Belastung in Form einer Steuer- bzw. Abgabenerhöhung. In diesen Fällen spricht die Sondersituation des

⁷⁵⁰ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl.911 R; Lieb, SAE 1995, 257, 258.

⁷⁵¹ Oetker, DZWir 1996, 154, 157.

Öffentlichen Dienstes unter dem Aspekt der Arbeitskampfparität sogar für die Notwendigkeit einer sektoralen Einschränkung der Arbeitskampfbefugnisse, nicht für ihre Erweiterung⁷⁵².

cc) Notdienstvereinbarungen

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung könnte schließlich – entsprechend ihrem mutmaßlichen rechtspolitischen Hauptzweck⁷⁵³ – allenfalls erforderlich sein, um bestimmten Notdienstvereinbarungen mit Ausschlußwirkung gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern zur generellen Wirksamkeit zu verhelfen, ohne den Arbeitgeber mit den Entgeltzahlungen für diese zu belasten. Solche Notdienstvereinbarungen bzw. die in ihnen oder im Zusammenhang mit ihnen vereinbarten sog. Nichtbeschäftigungsklauseln, die dem Arbeitgeber die Beschäftigung von arbeitswilligen Arbeitnehmern außerhalb des Notdienstes untersagen oder deren Nichtbeschäftigung zur Bedingung für die Verbindlichkeit von Notdienstvereinbarungen machen, bilden den Hintergrund der ersten Entscheidungen des BAG zum Recht auf Betriebsstilllegung: So hat das BAG im Urteil vom 14.12.1993 eine im Rahmen einer Notdienstvereinbarung abgegebene Zusicherung des Arbeitgebers, ausschließlich die zum Notdienst eingeteilten Mitarbeiter, nicht dagegen sonstige arbeitswillige Arbeitnehmer zur Erbringung von sog. Notdienstleistungen zu beschäftigen, noch als Vertrag zu Lasten Dritter gewertet. Demgegenüber hat es im Urteil vom 22.03.1994 eine Notdienstvereinbarung, die an die Bedingung geknüpft war, daß nur die in der Vereinbarung genannten Arbeitnehmer während eines Streiks beschäftigt werden, nicht beanstandet. Hierin liege kein unzulässiger Vertrag zu Lasten arbeitswilliger Außenseiter, weil diese während des Streiks keinen Anspruch auf Beschäftigung hätten. Mit der Entscheidung, den bestreikten Betrieb stillzulegen, habe die Arbeitgeberin ihre Beschäftigungspflicht suspendiert. Da der Arbeitgeber somit – infolge der Ausübung des Rechts auf Betriebsstilllegung – nicht mehr verpflichtet sei, die bei an

⁷⁵² Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl.911; Lieb, SAE 1995, 257, 258.

⁷⁵³ Konzen, FS Prugberger, 155, 164.

sich möglicher Beschäftigung bestehenden Ansprüche der Arbeitswilligen auf Beschäftigung und Lohnzahlung zu erfüllen, könne er eine solche bedingte Notdienstvereinbarung eingehen und durchführen⁷⁵⁴. Mit anderen Worten: Wenn der Arbeitgeber den Betrieb oder Betriebsteil ganz stilllegen kann, muß er auch Einschränkungen wie die Beschäftigung bestimmter Arbeitnehmer während des Streiks vereinbaren können. Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung bildet danach also die Grundlage für die Wirksamkeit von Vertragsklauseln, mit denen Notdienstvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft gesichert werden sollen⁷⁵⁵. Sie wäre in diesem Sinne allerdings nur dann erforderlich, wenn der Arbeitgeber sich ansonsten in einer unvermeidbaren Zwangslage befände, in der er auf die Mitwirkung der Gewerkschaft angewiesen wäre, um überhaupt Notdienstarbeiten durchführen zu können, bzw. in der die Gewerkschaft ihre Mitwirkung davon abhängig machen könnte, daß der Arbeitgeber arbeitswillige Arbeitnehmer nicht beschäftigt.

(1) Begriff des Notdienstes

Unter dem Oberbegriff der Notdienstarbeiten werden terminologisch die sog. Erhaltungs- und die Notstandsarbeiten unterschieden, die jedoch keine unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen. Erhaltungsarbeiten sind solche Arbeiten, die dazu dienen, Anlagen und Betriebsmittel so zu erhalten, daß am Ende des Arbeitskampfes der Betrieb wieder aufgenommen werden kann⁷⁵⁶. Notstandsarbeiten sind solche Arbeiten, die der Aufrechterhaltung der lebensnotwendigen Versorgung mit Diensten und Gütern dienen⁷⁵⁷, zu denen auch die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten gehört⁷⁵⁸. Notdienstarbeiten sollen also sicherstellen, daß keine ungewollten Arbeitskampffolgen und -schäden, die über den unmittelbaren Effekt des Arbeitskampfes hinausgehen, eintreten. Ein Arbeitskampf, der

⁷⁵⁴ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁵⁵ Konzen, FS Prugberger, 155, 164.

⁷⁵⁶ BAG, AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, das den Begriff der Erhaltungsarbeiten aber anstelle von Notdienstarbeiten verwendet, um Verwechslungen mit den Notstandsarbeiten auszuschließen.

⁷⁵⁷ BAG, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 142.

⁷⁵⁸ BAG, AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 639.

notwendige Notdienstarbeiten unterbindet, ist unverhältnismäßig und damit rechtswidrig⁷⁵⁹. Er verletzt den Grundsatz der Erforderlichkeit, weil es zur Lösung des Tarifkonflikts nicht notwendig, vielmehr zweckwidrig ist, solche Arbeiten zu verweigern⁷⁶⁰.

(2) Rechtsgrundlage des Notdienstes

Obwohl eine gesetzliche Regelung des Notdienstes während des Arbeitskampfes nicht existiert, ist anerkannt, daß Notdienstarbeiten während eines Arbeitskampfes durchgeführt werden müssen⁷⁶¹. Die Pflicht zu Notdienstarbeiten ergibt sich für die kampfführende Gewerkschaft nach herrschender Meinung unmittelbar aus dem im Arbeitskampf geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Ausprägung des Gebots fairer Kampfführung, wonach die kampfführenden Verbände dafür Sorge zu tragen haben, daß durch den Arbeitskampf die Produktionsmittel nicht endgültig vernichtet werden, und daß nach Abschluß des Arbeitskampfes die Produktion unmittelbar wieder aufgenommen werden kann⁷⁶². Nach anderer Ansicht folgt die Pflicht zu Erhaltungsarbeiten aus dem Verbot existenzvernichtender Arbeitskämpfe⁷⁶³, während die Pflicht zu Notstandsarbeiten aus den Rechten der betroffenen Dritten folge⁷⁶⁴. Teilweise wird die Pflicht zu Notdienstarbeiten auch aus Gewohnheitsrecht⁷⁶⁵, teilweise aus der Ordnungsfunktion der Tarifverträge hergeleitet, die durch eine übermäßige Kampfführung nicht in Frage gestellt werden dürfe⁷⁶⁶. Für die einzelnen Arbeitnehmer folgt die Pflicht zu Notdienstarbeiten bereits unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag⁷⁶⁷.

(3) Regelungskompetenz

Zur besseren praktischen Handhabung des Notdienstes sind die Arbeitskampfparteien berechtigt und in den Arbeitskampfrichtlinien et-

⁷⁵⁹ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 310.

⁷⁶⁰ Löwisch/Rieble, AR-Blattei, 170.2 Rn. 218.

⁷⁶¹ BAG, AP Nr. 43 Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁶² MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 150 m. w. N..

⁷⁶³ Däubler, AuR 1981, 257, 261.

⁷⁶⁴ Däubler, AuR 1981, 257, 262.

⁷⁶⁵ Däubler, AuR 1981, 257, 259.

⁷⁶⁶ Hueck/Nipperdey/Säcker, Arbeitsrecht II/2, S. 948.

⁷⁶⁷ MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 150.

waiger Dachverbände auch gehalten⁷⁶⁸, im voraus Vereinbarungen zu treffen⁷⁶⁹. Nach überwiegender Ansicht handelt es sich dabei um schuldrechtliche Vereinbarungen, die die Verpflichtung zur Durchführung der Notdienstarbeit und zur Auswahl der Notdienstmitarbeiter begründen⁷⁷⁰. Für die Gewerkschaft folgt daraus die Verpflichtung, die Notdienstmitarbeiter vom Streikaufruf auszunehmen⁷⁷¹.

Die im übrigen streitige Kompetenzfrage⁷⁷² ist im Fall einer Notdienstvereinbarung insoweit geklärt, als beide möglichen Kompetenzträger beteiligt sind. So wird teilweise die alleinige Organisation des Arbeitgebers⁷⁷³, teilweise die Zuständigkeit der Gewerkschaften⁷⁷⁴, teilweise die gemeinsame Trägerschaft durch die Arbeitskämpfparteien⁷⁷⁵ befürwortet. Obwohl das BAG die Frage der Trägerschaft des Notdienstes bisher ausdrücklich offengelassen hat⁷⁷⁶, nimmt es neuerdings immerhin eine Pflicht zu entsprechenden Verhandlungen an⁷⁷⁷: Die Regelungen der Modalitäten eines arbeitskampfbedingten Notdienstes sei zumindest zunächst gemeinsame Aufgabe des Arbeitgebers und der kampfführenden Gewerkschaft. Vereinbarungen über die Errichtung und den Umfang von Notdienstarbeiten seien angesichts des Fehlens jeglicher gesetzlicher Regelung nicht nur zulässig, sondern auch wünschenswert und vorrangig von den Arbeitskämpfparteien anzustreben. Es sei sogar die Aufgabe der Arbeitskämpfparteien, sich um eine entsprechende Regelung des Notdienstes zu bemühen.

Aus alledem läßt sich wohl die grundsätzlich gemeinsame Regelungskompetenz der Arbeitskämpfparteien ableiten, zumal eine alleinige Trägerschaft nur einer Arbeitskämpfpartei mit der Pflicht zur gemeinsamen Regelung des arbeitskampfbedingten Notdienstes nicht vereinbar wäre⁷⁷⁸.

⁷⁶⁸ vgl. § 8 der Arbeitskampf-Richtlinien des DGB vom 05.06.1974, RdA 1974, 306 f..

⁷⁶⁹ MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 139 m. w. N..

⁷⁷⁰ Oetker, Erhaltungsarbeiten, S. 67.

⁷⁷¹ Löwisch/Mikosch, ZfA 1978, 166.

⁷⁷² vgl. Meinungsstand bei Gamillscheg, KollArbR, S. 1168 ff..

⁷⁷³ Fenn, DB 1982, 430, 433; Heckelmann, Erhaltungsarbeiten, S. 23.

⁷⁷⁴ Däubler, AuR 1981, 257, 263; Oetker, Erhaltungsarbeiten, S. 76.

⁷⁷⁵ MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 151 m. w. N..

⁷⁷⁶ BAG, AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁷⁷ BAG, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁷⁸ Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 13.

(4) Rechtsschutz

Eine Notdienstvereinbarung ist jedoch nicht konstitutive Voraussetzung für die Durchführung des Notdienstes⁷⁷⁹. Für den Fall der Nichteinigung wird man wohl von einer Notkompetenz des Arbeitgebers ausgehen müssen⁷⁸⁰. Dies wird teilweise aus einem Selbsthilferecht des Arbeitgebers analog § 229 BGB⁷⁸¹, teilweise aus einem Notwehrrecht gegen rechtswidrige Streikmaßnahmen⁷⁸², überwiegend jedoch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁸³ hergeleitet. Außerdem sprechen auch Praktikabilitätsgründe für eine Notkompetenz des Arbeitgebers⁷⁸⁴: Aufgrund der Tatsache, daß die Arbeitsgerichtsbarkeit anders als die ordentliche Gerichtsbarkeit in der Regel nicht an Wochenenden anrufbar ist, könnte ein Arbeitgeber im Fall einer unangekündigten Arbeitskämpfmaßnahme vor einem Wochenende rechtzeitig keinen einstweiligen Rechtsschutz erlangen.

Die alleinige Trägerschaft des Arbeitgebers gilt zum einen für überraschende Streikaktionen, da der Arbeitgeber kaum mit allen in Betracht kommenden Gewerkschaften über Notdienstvereinbarungen verhandeln kann, solange nicht feststeht, welche Gewerkschaft kampfführend ist⁷⁸⁵. Sie ist desweiteren bei Gefahr für höherwertige Rechtsgüter anzuerkennen, wie aus den Wertungen der §§ 904 BGB, 34 StGB folgt. Schließlich gilt sie auch, wenn die Gewerkschaft die Mitwirkung an einer Notdienstvereinbarung rechtsmißbräuchlich verweigert⁷⁸⁶. Die Notkompetenz des Arbeitgebers ist jedoch auch dann zu bejahen, wenn Arbeiten notwendig werden, die von einer bestehenden Vereinbarung nicht gedeckt sind⁷⁸⁷.

⁷⁷⁹ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1081 R.

⁷⁸⁰ Bauer/Haußmann, DB 1996, 881, 883; KassArbR-Kalb, S. 1826 Rn. 136; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 153.

⁷⁸¹ Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 14.

⁷⁸² LAG Niedersachsen, DB 1980, 2041, 2042.

⁷⁸³ Bauer/Haußmann, DB 1996, 881, 883; KassArbR-Kalb, S. 1826 Rn. 136; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 151 ff..

⁷⁸⁴ Walker, ZfA 1995, 185, 211.

⁷⁸⁵ LAG Baden-Württemberg, DB 1980, 2042 f..

⁷⁸⁶ Lieb, SAE 1995, 257, 259; MünchArbR-Otto, § 285 Rn. 153; Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 14.

⁷⁸⁷ vgl. Bauer/Haußmann, DB 1996, 881, 883.

Ein darüber hinausgehender gerichtlich durchsetzbarer Zwang zur Einigung bzw. eine gerichtliche Ersetzung der Zustimmung der Gewerkschaft zu einem konkreten Notdienstplan läßt sich allerdings auch aus der im Urteil vom 31.01.1995 festgestellten Verhandlungspflicht⁷⁸⁸ der Arbeitskampfparteien nicht begründen, da ein gerichtlich durchsetzbarer Leistungsanspruch zu einer Inhaltskontrolle führen würde, der die Tarifautonomie entgegensteht⁷⁸⁹.

Im übrigen kann der Arbeitgeber für die Durchsetzung des Notdienstes staatlichen Rechtsschutz in Form des einstweiligen Verfügungsverfahrens in Anspruch nehmen⁷⁹⁰, welches nach ganz herrschender Meinung auch im Arbeitskampf zulässig ist⁷⁹¹. Insoweit kommt eine Unterlassungsverfügung nach § 940 ZPO auf Aussetzung des Arbeitskampfs in Betracht⁷⁹², da ein Streik, der keinen Notdienst zuläßt, rechtswidrig ist. Die tatsächliche Durchführung des Notdienstes kann im Wege einer Duldungsverfügung gegen die Gewerkschaft durchgesetzt werden⁷⁹³.

Außerdem macht sich die Gewerkschaft im Fall der Verweigerung von Notdienstarbeiten insoweit schadenersatzpflichtig, da dann ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des bestreikten Arbeitgebers und damit in ein geschütztes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB vorliegt. Verweigert der einzelne Arbeitnehmer die Erhaltungsarbeiten oder erbringt er sie schlecht, so haftet er wegen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten.

(5) Zulässiger Inhalt

Geht man von einer gemeinsamen Regelungskompetenz der Arbeitskampfparteien aus, darf keine der beiden Arbeitskampfparteien

⁷⁸⁸ BAG, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1315.

⁷⁸⁹ BAG, DB 1982, S. 178; vgl. aber Bauer/Haußmann, DB 1996, 881, 884.

⁷⁹⁰ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1082 m. w. N..

⁷⁹¹ BAG, AP Nr. 157 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Hamm, NZA 1988, Beilage 2, S. 26; LAG Hamburg, NZA 1988, Beilage 2, S. 27 ff.; LAG Schleswig-Holstein, NZA 1988, Beilage 2, S. 31; LAG Hamm, NZA 1987, 825; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 764 ff.; Germelmann, ArbGG, § 62 Rn. 91 m. w. N..

⁷⁹² BAG, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 303; LAG Hamm, BB 1991, 843; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rn. 359.

⁷⁹³ LAG Frankfurt, AP Nr. 40 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

einen – bezogen auf die Funktion des Notdienstes – zweckwidrigen Inhalt der Notdienstvereinbarung erwirken⁷⁹⁴. Weder darf also die Gewerkschaft darauf bestehen, daß nur Gewerkschaftsmitglieder bei der Einteilung zum Notdienst berücksichtigt werden, noch der Arbeitgeber darauf, daß nur nichtorganisierte Arbeitnehmer eingeteilt werden. Aufgrund der gemeinsamen Verantwortlichkeit von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite kann dagegen nicht angenommen werden, daß eine Gewerkschaft nur bei der Einteilung ausschließlich organisierter Arbeitnehmer verlässlich und in vereinbarten Grenzen gehalten werden könne⁷⁹⁵. Auch hinsichtlich der Auswahl der Arbeitnehmer zum Notdienst haben die Arbeitskämpfparteien sachliche Gesichtspunkte, die sich aus dem Zweck und der Eigenart des Notdienstes ergeben, zu beachten⁷⁹⁶. Daraus folgt umgekehrt ein Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers darauf, bei der Einteilung zu Notdienstarbeiten nicht aus sachwidrigen Gründen ausgeschlossen zu werden⁷⁹⁷.

Fraglich ist also, ob eine Nichtbeschäftigungsklausel eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Nichtbeschäftigung arbeitswilliger Arbeitnehmer für diese mit verbindlicher Wirkung vertraglich begründen kann, oder ob gegenüber diesen Arbeitnehmern ein Leistungsverweigerungsrecht besteht, das darauf abstellt, daß der Arbeitgeber auf die Eingehung und Einhaltung solcher Klauseln zur Sicherung von Notdienstvereinbarungen angewiesen ist.

(a) Vertragliche Eingriffsbefugnis

Nach dem Arbeitsvertrag ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, die arbeitswilligen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen und zu entlohnen. Eine unmittelbare Aufhebung dieser Pflicht kommt nur durch eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber, arbeitswillige Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen, in Betracht. Eine normative Tarifregelung scheidet bei Außenseitern

⁷⁹⁴ Heckelmann, Erhaltungsarbeiten, S. 23 m. w. N..

⁷⁹⁵ so aber Löwisch, FS Gitter, 533, 538.

⁷⁹⁶ BAG, AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf, Bl. 1316; LAG Hamm, NZA 1994, 430.

jedoch bereits mangels Tarifgebundenheit gemäß § 3 Abs. 1 TVG aus; bei mündlichen Vereinbarungen scheitert sie außerdem an der fehlenden Schriftform gemäß § 1 Abs. 2 TVG. Die Annahme einer kollektivvertraglichen Regelung eigener Art oder einer schuldrechtlichen Klausel scheitert im übrigen daran, daß die Streikbeteiligung von Arbeitnehmern von deren persönlicher Entscheidung abhängt; auch die organisierten Arbeitnehmer sind allenfalls verbandsrechtlich zur Streikteilnahme verpflichtet⁷⁹⁸. Wenn diese Entscheidungsfreiheit durch eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft unterlaufen wird, liegt ein Vertrag zu Lasten Dritter vor. Entsprechendes gilt im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG, der auch die Handlungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet, insbesondere die Vertragsfreiheit schützt und damit rechtsgeschäftliche Vereinbarungen und Erklärungen begrenzt, durch die ein Rechtssubjekt ohne legitimierenden Rechtsgrund den Vereinbarungen anderer Parteien unterworfen wird⁷⁹⁹. Insoweit kommt lediglich das Interesse der Gewerkschaft in Betracht, durch die Notdienstvereinbarung sicherzustellen, daß der Streikerfolg nicht durch die Beschäftigung arbeitswilliger Außenseiter gefährdet wird. Angesichts der erheblichen Eingriffe in die Rechte der arbeitswilligen Arbeitnehmer ist dies jedoch kein ausreichender Rechtsgrund.

(b) Leistungsverweigerungsrecht

Eine mittelbare Aufhebung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsvertrag nach der Arbeitskampsrisikolehre erfolgt, wenn die Beschäftigung der arbeitswilligen Arbeitnehmer technisch unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar ist, d. h. wenn eine Leistungsstörung vorliegt. Damit könnte der Fall gleichzusetzen sein, daß der Arbeitgeber auf die Eingehung und Einhaltung solcher Klauseln zur Sicherung von Notdienstvereinbarungen angewiesen ist, so daß ihm die

⁷⁹⁷ Heckelmann, Erhaltungsarbeiten, S. 23; Löwisch/Mikosch, ZfA 1978, 153, 168 f.; Thüsing, Anm. zu BAG, EZA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 15.

⁷⁹⁸ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) bb).

⁷⁹⁹ vgl. BVerfGE 73, 261, 270 f..

Beschäftigung arbeitswilliger Arbeitnehmer durch die entsprechende vertragliche Verpflichtung unzumutbar wird.

Dem Arbeitgeber ist es jedoch zuzumuten, derartige Vertragsklauseln nicht einzugehen und nicht einzuhalten. Zwar übt die kampfführende Gewerkschaft einen gewissen Druck auf den Arbeitgeber aus, wenn sie den Abschluß von Notdienstvereinbarungen ohne solche Vertragsklauseln verweigert. Solche Klauseln sind jedoch unzulässig, weil sie die Durchführung des Notdienstes von einer Bedingung abhängig machen, obwohl eine Verpflichtung für die kampfführende Gewerkschaft mindestens zur Duldung⁸⁰⁰, wenn nicht zur Leistung von Notdienstarbeiten⁸⁰¹ besteht. Somit kann der Arbeitgeber diesem Druck mit den bestehenden oben genannten Rechtsschutzmöglichkeiten begegnen; er befindet sich nicht in einer unausweichbaren und existenzgefährdenden Zwangslage, die es rechtfertigen würde, den Druck auf die arbeitswilligen Arbeitnehmer abzuwälzen.

Auch die gemeinsame Absicht der Arbeitskampfparteien, nur eine beschränkte Zahl an arbeitswilligen Arbeitnehmern auszuwählen, stellt keinen Grund für die Unzumutbarkeit der Beschäftigung dar, da sie durch eine Zusatzabrede verwirklicht werden kann, ausgewählte Notdienstmitarbeiter nur heranzuziehen, wenn kein geeigneter arbeitswilliger Arbeitnehmer einsetzbar ist⁸⁰².

Die Anerkennung eines Leistungsverweigerungsrechts, das aufgrund einer Nichtbeschäftigungsklausel zur Sicherung einer Notdienstvereinbarung besteht, vermag daher den Eingriff in die Rechte der arbeitswilligen Arbeitnehmer nicht zu rechtfertigen.

4. Ergebnis

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ist keine Ergänzung der Arbeitskampsrisikolehre. Die Arbeitskampsrisikolehre ist weder im Hinblick auf ihre Rechtsnatur und Anwendungsvoraussetzungen

⁸⁰⁰ BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1081 R.

⁸⁰¹ Thüsing, DB 1995, 2607, 2608 m. w. N. in Fn. 19.

⁸⁰² BAG, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1082.

noch im Hinblick auf ihre Legitimationsgrundlage mit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung vergleichbar⁸⁰³.

Anders als im Anwendungsbereich der Arbeitskampfrikolehre ist die Einbeziehung der Außenseiter im Anwendungsbereich der Betriebsstilllegung im Rahmen der Arbeitskampfparität nicht durch die positive Koalitionsfreiheit gerechtfertigt⁸⁰⁴. Sie ist insbesondere nicht erforderlich, um Notdienstvereinbarungen mit Ausschlußwirkung gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern wirksam werden zu lassen, weil der Arbeitgeber insoweit nicht von der Mitwirkung der Gewerkschaft an der Notdienstvereinbarung abhängt. Verweigert die Gewerkschaft ihre Mitwirkung, kann der Arbeitgeber im Rahmen seiner Notkompetenz die entsprechenden Notdienstregelungen alleine treffen und ihre Durchsetzung erforderlichenfalls durch eine einstweilige Duldungsverfügung gegen die Gewerkschaft sichern⁸⁰⁵. Damit fehlt es an einem Leistungsstörungstatbestand im Sinne der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Beschäftigung der arbeitswilligen Arbeitnehmer⁸⁰⁶. Die Annahme einer solchen Unzumutbarkeit würde außerdem keine Fortbildung der Arbeitskampfrikolehre, sondern ihre teilweise Verabschiedung bewirken, da nach den bisherigen Wertungen der Arbeitskampfrikolehre die Parität im Arbeitskampf als gewahrt gilt, solange eine Fortführung des Betriebs möglich ist. Dies setzt voraus, daß es dem Arbeitgeber zuzumuten ist, sich mit den Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten der arbeitswilligen Arbeitnehmer auseinanderzusetzen. Für diese Sichtweise spricht auch die Tatsache, daß der Arbeitgeber grundsätzlich ein großes Interesse an der Fortführung seines Betriebs im Arbeitskampf hat, um größeren wirtschaftlichen Einbußen vorzubeugen, wie die Zahlung von sog. Streikbruchprämien und die sog. „Taktik der offenen Tür“ belegen. Im Geltungsbereich der Arbeitskampfrikolehre tragen die Arbeitnehmer das Lohnrisiko gerade deshalb, weil andernfalls dem unmittelbar kampfbetroffenen Arbeitgeber nicht nur das Risiko des Produktions-

⁸⁰³ so auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 245.

⁸⁰⁴ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl.912.

⁸⁰⁵ ebenso Kornbichler, Stilllegung, S. 59; Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 175.

⁸⁰⁶ vgl. Kornbichler, Stilllegung, S. 126.

stillstandes durch den gegen ihn gerichteten Streik, sondern auch das Risiko der Entgeltfortzahlung an die arbeitswilligen Arbeitnehmer, deren Beschäftigung infolge des Arbeitskampfes unmöglich oder unzumutbar ist, aufgebürdet würde.

B. Legitimation außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG

Da eine Rechtfertigung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung aus Art. 9 Abs. 3 GG ausscheidet, kommt als Rechtsgrundlage für die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung nur noch ein im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelter zivilrechtlicher Leistungsstörungstatbestand in Betracht. Diese Rechtsgrundlage legen auch die Urteile des BAG zur arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung nahe, da eine unmittelbare Anbindung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung an Art. 9 Abs. 3 GG fehlt, auch wenn sie mit arbeitskampfrechtlichen Kategorien wie dem „kollektiven Streikgeschehen“ und der „Anpassung an die arbeitskampfrechtliche Lage“ begründet wird.

I. Betriebsstilllegung als richterliche Rechtsfortbildung

Richterlicher Rechtsfortbildung kommt im Arbeitsrecht in Ermangelung einer umfassenden gesetzlichen Ausgestaltung eine besonders große Bedeutung zu. Die Befugnis der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung ist grundsätzlich gegeben, unterliegt jedoch verfassungs- und methodenrechtlichen Grenzen⁸⁰⁷. Die Methodenlehre unterscheidet zwei Arten der Rechtsfortbildung, die gesetzesimmanente und die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung.

1. Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung setzt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes voraus⁸⁰⁸.

In Ermangelung eines Arbeitskampfgesetzes kommt eine Gesetzeslücke nur im Leistungsstörungsrecht des BGB in Betracht. Dann wä-

⁸⁰⁷ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B.

⁸⁰⁸ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B V 1.

re die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung dogmatisch – ebenso wie die Arbeitskampfrisikolehre – dem Individualarbeitsrecht zuzuordnen mit der Folge, daß in erster Linie die Regeln des Zivilrechts anwendbar sind.

Indem das BAG betont, daß das Recht auf Betriebsstilllegung lediglich eine passive Reaktion auf ein Arbeitskampfmittel der Gegenseite zur Anpassung an die arbeitskampfrechtliche Lage sei und auf der gleichen Ebene wie die Einstellung des Betriebs infolge arbeitskampfbedingter Fernwirkungen stehe, nimmt es diese individualarbeitsrechtliche Einordnung vor⁸⁰⁹.

Die diesbezügliche Motivation des BAG könnte darin liegen, daß bei der alternativen Einordnung in das Arbeitskampfrecht die Divergenzvorlagepflicht nach § 45 Abs. 2 ArbGG zu beachten gewesen wäre, da der Große Senat die Einheit der Belegschaft im Arbeitskampf von vornherein der Friedenspflicht untergeordnet hat⁸¹⁰. Die Grundsvorlage nach § 45 Abs. 4 ArbGG steht dagegen im Ermessen des erkennenden Senats. Hierfür spricht auch die Suspendierungstheorie des BAG, die auf der Prämisse basiert, daß ein kollektivrechtlich zulässiges Arbeitskampfmittel auch individualarbeitsrechtlich zulässig sei⁸¹¹. Stellt nach dieser Konzeption beim Streik nicht der Rechtsakt des einzelnen Arbeitnehmers, sondern der gewerkschaftliche Streikbeschluß die entscheidende Kampfhandlung dar, so könnte er auch beim Recht auf Betriebsstilllegung die entscheidende Voraussetzung für die Suspendierungswirkung sein. Dann wäre die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung tatsächlich keine Arbeitskampfmaßnahme des Arbeitgebers, sondern ein individualarbeitsrechtliches Arbeitskampfinstitut.

a) Gesetzeslücke

Bei den Betriebsrisikofällen ist die Gesetzeslücke nach herrschender Meinung darin zu sehen, daß sie sowohl als Unmöglichkeit als auch

⁸⁰⁹ BAG, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG, BI. 622 R, 623.

⁸¹⁰ Rieble, SAE 1996, 224, 235.

⁸¹¹ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) aa) (2) (β).

als Annahmeverzug angesehen werden können⁸¹². Dabei handelt es sich um eine verdeckte Lücke, da die allgemeinen Leistungsstörungenregeln die Betriebsrisikofälle zwar ihrem Wortlaut nach, nicht jedoch nach ihrer Teleologie erfassen.

Entsprechendes könnte für die Fälle der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung gelten: Die in der Ausübung des Rechts auf Betriebsstilllegung liegende Annahmeverweigerung der Arbeitsleistung könnte einen Fall des Annahmeverzugs darstellen, wenn die Arbeitsleistung der arbeitswilligen Arbeitnehmer trotz des Arbeitskampfes möglich bleibt. Ist die Arbeitsleistung infolge der Betriebsstörung unmöglich oder unzumutbar geworden, könnte ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen.

Das BAG ist anderer Ansicht, indem es die Frage der technischen Unmöglichkeit oder wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung für unerheblich erklärt und den Annahmeverzug des Arbeitgebers unter Anwendung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung verneint: „Die Beklagte (Arbeitgeberin) ist durch die unterbliebene Beschäftigung nicht in Annahmeverzug geraten. (...) Die Beklagte war (...) zur Annahme der Arbeitsleistung des Klägers nicht verpflichtet, weil die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag während des Streiks suspendiert waren. (...) Der bestreikte Arbeitgeber kann den unmittelbar kampfbetroffenen Betrieb oder Betriebsteil während des Streiks stilllegen und damit seine Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern suspendieren“⁸¹³.

Unabhängig davon, läßt sich feststellen, daß die formellen Voraussetzungen der Unmöglichkeit und des Annahmeverzugs in den Fällen der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung gegeben sind; jedoch mangelt es aufgrund ihrer Suspendierungswirkung an der materiellen Voraussetzung der Leistungsverpflichtung. Weder können suspendierte Leistungs- und Gegenleistungspflichten nach den

⁸¹² s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A III 1a).

⁸¹³ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 193 R ff..

§§ 326, 275 BGB unmöglich werden, noch kann eine suspendierte Leistungspflicht in Annahmeverzug nach §§ 615, 293 BGB geraten. Das BGB ist also insoweit lückenhaft, als es keine Regelung für eine arbeitskampfbedingte Suspendierungsmöglichkeit von arbeitsvertraglichen Pflichten durch den Arbeitgeber enthält.

b) Planwidrigkeit

Eine planwidrige Gesetzeslücke liegt aber nur dann vor, wenn die fehlende Regelung nach dem Gesetzeszweck vorhanden sein müsste. Indem der historische Gesetzgeber bei der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1896 in einer Resolution die Erwartung ausgesprochen hatte, daß das Recht der Arbeitsverträge „baldmöglichst“ einheitlich geregelt werde, wird deutlich, daß er das Arbeitsrecht einschließlich des Arbeitskampfrechts zugunsten einer einheitlichen Kodifikation des Arbeitsrechts bewußt nicht im BGB geregelt hat. Dieser Gesetzeszweck ist ausweislich des Art. 30 Abs. 1 des Einigungsvertrages⁸¹⁴ bis heute unverändert geblieben, welcher dem gesamtdeutschen Gesetzgeber die Aufgabe zuweist, das Arbeitsrecht möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren.

Sofern also die Prüfung ergibt, daß die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung sich auch außerhalb der Tatbestände der Unmöglichkeit bzw. des Annahmeverzugs nicht dem Leistungsstörungenrecht des BGB zuordnen läßt, scheidet eine planwidrige Gesetzeslücke im BGB und damit die Rechtfertigung dieses Instituts durch gesetzesimmanente Rechtsfortbildung aus.

aa) Leistungsstörung

Gegen eine Einordnung in das Leistungsstörungenrecht des BGB spricht zunächst, daß die Rechtsfolgen der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung – anders als bei den Leistungsstörungstatbeständen – nicht kraft Gesetzes, sondern aufgrund einer Gestaltungserklärung des Arbeitgebers eintreten. Im Gegensatz zu einem „normalen“

⁸¹⁴ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands vom 31.08.1990.

Leistungsstörungstatbestand setzt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung eine voluntative Entscheidung des Arbeitgebers bzw. bei genauer Betrachtung sogar zwei übereinstimmende Willenserklärungen voraus, nämlich den Kampfbeschuß der Gewerkschaft und den ihn ausfüllenden Betriebsstilllegungsbeschuß des Arbeitgebers. Damit fehlt ihr der für einen Leistungsstörungstatbestand typische tatsächliche Sachverhalt⁸¹⁵. Die tatsächliche Stilllegung des Betriebs genügt wegen der vorausgehenden Ermessensentscheidung des Arbeitgebers insoweit nicht. Auch kann die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung nicht als Konkretisierung dessen angesehen werden, was dem Arbeitgeber hinsichtlich der Beschäftigung von arbeitswilligen Arbeitnehmern zuzumuten ist⁸¹⁶. Diesen Unterschied zwischen dem Recht auf Betriebsstilllegung zum Leistungsstörungsrecht des BGB betont letztlich auch das BAG, indem es die Annahmeverzugsansprüche außerhalb des Anwendungsbereichs des Rechts auf Betriebsstilllegung nur für den Fall verneint, daß die Weiterbeschäftigung unmöglich oder unzumutbar ist⁸¹⁷.

bb) Privatautonomie

In Betracht kommt allenfalls noch eine Qualifizierung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung als „besonderer“ privatautonomer Leistungsstörungstatbestand. Der Eingriff in die individuellen Rechte der betroffenen arbeitswilligen Arbeitnehmer wäre durch ihre eigene Legitimation des Eingriffs gerechtfertigt.

Insoweit verstößt das Recht auf Betriebsstilllegung allerdings gegen wesentliche vertragsrechtliche Prinzipien⁸¹⁸: Der Grundsatz der Privatautonomie, wonach rechtsgeschäftliche Wirkungen nur demjenigen gegenüber gelten, der sie durch seine individuelle Entscheidung selbst legitimiert hat, gilt auch für das Arbeitsrecht, das seine wichtigste Rechtsquelle somit im BGB findet. In seiner Ausgestaltung als Sonderrecht der Arbeitnehmer schützt das Arbeitsrecht insbesondere

⁸¹⁵ vgl. Kornbichler, Stilllegung, S. 126.

⁸¹⁶ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A III 3b) cc) (5) (β).

⁸¹⁷ BAG, AP Nr. 137, 138, 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

die Privatautonomie des Arbeitnehmers, der nicht der Fremdbestimmung des Arbeitgebers ausgeliefert sein soll⁸¹⁹. Kernstück dieses Vertragsschutzes ist der Kündigungsschutz, der den Arbeitnehmer vor Eingriffen in den Bestand oder Inhalt seines Vertrages bewahrt. Im Hinblick auf den Inhalt der Arbeitsleistung hat der Arbeitgeber zwar ein Weisungsrecht nach § 315 BGB⁸²⁰. Der Inhalt des Arbeitsvertrages darf in seinem Kern jedoch nur durch eine einvernehmliche Änderung oder durch eine (Änderungs-)Kündigung abgeändert werden⁸²¹. Ein gewillkürtes Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers würde den Arbeitsvertrag zur Disposition des Arbeitgebers stellen. Erst recht darf das Arbeitsverhältnis nicht durch ein durch den Kampfbeschuß der Gewerkschaft und den Stilllegungsbeschuß des Arbeitgebers gewillkürtes Suspendierungsrecht eingeschränkt werden. Denn der einzelne Arbeitnehmer soll weder der Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber noch durch die Gewerkschaft unterliegen, die in ihrer Organisation als Kollektiv bereits einem einzelnen Arbeitgeber, also erst recht einem einzelnen Arbeitnehmer überlegen ist. Das Zusammenwirken von Gewerkschaft und Arbeitgeber zu Lasten des einzelnen Arbeitnehmers bewirkt einen Eingriff in die individuellen Vertragsrechte sowohl der nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer als auch der organisierten Arbeitnehmer, der durch die privatautonome Unterwerfung der betroffenen Arbeitnehmer nicht gerechtfertigt werden kann. Im Hinblick auf die organisierten Arbeitnehmer liegt auch keine Ermächtigung der Gewerkschaft zur arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung vor, da ihre Tarifmacht zur Regelung der Arbeitsbedingungen eine (zeitweise) Reduktion des Arbeitsvertrages auf Null nicht legitimiert⁸²².

⁸¹⁸ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl.911 R, 913 R; Lieb, SAE 1996, 182, 184; Rieble, SAE 1996, 224, 235.

⁸¹⁹ zuletzt BAG, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

⁸²⁰ MünchArbR-Richardi, § 12 Rn. 12.

⁸²¹ BAG, AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969.

⁸²² Rieble, SAE 1996, 227, 235.

2. Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Da eine Legitimation des Rechts auf Betriebsstilllegung durch gesetzesimmanente Rechtsfortbildung nicht gelingt, kommt nunmehr die Legitimation durch gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung in Betracht. Dabei sind die drei Fallgruppen der Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf die Natur der Sache, mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs sowie mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip zu unterscheiden⁸²³.

Im Rahmen seiner Begründung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung im Urteil vom 22.03.1994⁸²⁴ beginnt das BAG zunächst mit einer ausführlichen Beschreibung des Wesens des Streiks und seines „kollektiven Erscheinungsbildes“. Dabei wird auf die Möglichkeit der nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer, sich am Arbeitskampf zu beteiligen und von dessen Ergebnissen zu profitieren, hingewiesen. Der Arbeitgeber müsse sich der arbeitskampfrechtlichen Lage anpassen können, da eine Erklärung der Arbeitnehmer über die Streikbeteiligung jederzeit möglich sei. Dies entspreche dem „kollektiven Charakter des Streikgeschehens“. Im Hinblick auf die Außenseiter betont das BAG ergänzend, daß die Einbeziehung der Außenseiter in das Arbeitskampfgeschehen durch ihre Partizipation am Tariferfolg aufgewogen werde, und zieht dabei eine Parallele zur Aussperrung und zur Arbeitskampfrisikolehre.

Fraglich ist, ob diese Argumente auf die Natur der Sache, auf zwingende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs oder auf ein rechtsethisches Prinzip im Sinne gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung zurückgeführt werden können.

a) Kollektives Streikgeschehen

In den Urteilen vom 22.03.1994 und 11.07.1995 hat das BAG zur Begründung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung darauf abgestellt, daß angesichts des kollektiven Charakters von Arbeitskämpfen sich aus dem Arbeitsverhältnis keine Verpflichtung ergebe,

⁸²³ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B V 2.

⁸²⁴ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

die arbeitswilligen Arbeitnehmer immer so lange zu beschäftigen, wie dies in den jeweiligen, oft rasch wechselnden Stadien des Streikgeschehens möglich sei und zumutbar erscheine⁸²⁵. Das kollektive Erscheinungsbild sei gerade prägend für die Beurteilung als Maßnahme des Arbeitskampfes⁸²⁶. Das „kollektivrechtliche Wesen“ des Streiks und des Arbeitskampfes überhaupt wurde auch schon in der Leitentscheidung des BAG vom 28.01.1955 zitiert.

Methodisch handelt es sich dabei um die Berufung auf die Natur der Sache. Eine normative Grundlage können solche Wesensargumente allerdings nicht ersetzen, da sie lediglich eine Beschreibung der Rechtswirklichkeit, keine Begründung liefern⁸²⁷. Denn die soziale Wirklichkeit beschreibt lediglich die Faktizität eines Sachverhalts, nicht jedoch seine Normativität, also warum das so sein muß⁸²⁸. Sie entbindet nicht von der Feststellung, daß die auf einfachgesetzlicher Ebene ermittelte Problemlösung im Widerspruch zu den aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG folgenden Vorgaben steht und gerade deshalb, d. h. zur Vermeidung eines Verfassungsverstoßes, einer korrigierenden Auslegung bedarf⁸²⁹. Wenn Wesensargumente gewählt werden, besteht der begründete Verdacht, daß sich eine tragfähige Begründung nicht finden läßt. *Fischer/Rüthers* sprechen insoweit von einem Scheinargument, das allenfalls den Geist desjenigen erscheinen lasse, der das „Wesen“ einer Rechtsfigur, die „Natur“ einer Sache oder den „Geist“ einer Regelung beschwöre⁸³⁰. Als rechtsdogmatische Begründung der Suspendierung arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten ist dieser soziologische Ansatz nicht nur methodisch fragwürdig, sondern schlechterdings untauglich⁸³¹.

⁸²⁵ BAG, AP Nr. 130, 138, 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195 R, 625, 629 R.

⁸²⁶ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 194 R.

⁸²⁷ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 912; Lieb, SAE 1996, 182, 183; Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 129-130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 192 R.

⁸²⁸ Konzen, DB 1990, Beilage 6, S. 1, 12.

⁸²⁹ Oetker, Anm. zu BAG, AP Nr. 129-130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 192 R.

⁸³⁰ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 16.

⁸³¹ so auch Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 283.

b) Keine Pflicht zur aktiven Gegenwehr

Zur weiteren Begründung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung argumentiert das BAG damit, daß das Arbeitskampfrecht keine Pflicht zur aktiven Abwehr kenne, also vielmehr das Recht zur passiven Duldung von Arbeitskampfmaßnahmen bestehe⁸³². Dabei unterscheidet das BAG zwei Reaktionsmöglichkeiten des unmittelbar arbeitskampfbetroffenen Arbeitgebers in „aktive“ und „passive“ Gegenwehr, nämlich die Aufrechterhaltung und die Stilllegung des Betriebs bzw. Betriebsteils, während die Aussperrung als weitere Reaktionsmöglichkeit unerwähnt bleibt.

Allerdings ist auch dieser weitere Rückgriff auf die Natur der Sache keine hinreichende Rechtfertigung für eine Suspendierungsbefugnis des Arbeitgebers gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern. Denn es ist eine absolute Selbstverständlichkeit, daß der Arbeitgeber im Arbeitskampf keinen Widerstand gegen die Gewerkschaft leisten muß. Er braucht weder in der Tarifverhandlung eigene Vorstellungen entgegenzusetzen, noch muß er einen Streik mit einer Aussperrung beantworten⁸³³.

Überdies suggeriert diese Begründung, daß die gegenüber dem „Erdulden der gegnerischen Kampfmaßnahme“ alternative Reaktionsmöglichkeit der Fortführung des Betriebs ein Arbeitskampfmittel sei. Tatsächlich ist die mögliche und zumutbare Fortführung des Betriebs aber lediglich die Aufrechterhaltung des status quo und damit keine Frage der Pflicht zur Gegenwehr gegenüber der Gewerkschaft, sondern eine Frage der Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda*⁸³⁴. Umgekehrt ist die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung als Suspendierungsbefugnis gerade kein passives Unterlassen eines Widerstandes, sondern ein aktiver, gestaltender Eingriff in den Arbeitskampf⁸³⁵. Wenn auch nicht der von der Gewerkschaft gesteckte Kampfrahmen erweitert wird, so bewirkt die Einbeziehung

⁸³² BAG, AP Nr. 130, 138, 139 zu Art.9 GG Arbeitskampf, Bl. 195, 625.

⁸³³ Thüsing, Außenseiter, S. 128; ders., DB 1995, 2607.

⁸³⁴ Thüsing, Außenseiter, S. 128; ders., DB 1995, 2607, 2608.

⁸³⁵ Lieb, SAE 1996, 182, 183; Thüsing, Anm. zu EzA Nr. 119, S. 10.

bisher arbeitswilliger Arbeitnehmer doch eine willentliche Erweiterung der Kampfbetroffenheit⁸³⁶. Der Hinweis auf die fehlende Pflicht des Arbeitgebers zur aktiven Gegenwehr erweist sich somit gerade im Hinblick auf die Betriebsstilllegung als fehlerhaft und kann bereits deshalb keine tragfähige Begründung abgeben.

c) Aktive Arbeitskampfbefugnis

Als weitere Begründung der Betriebsstilllegung führt das BAG an, daß arbeitswillige Arbeitnehmer deshalb die mit der Suspendierung ihrer Arbeitsverhältnisse verbundenen Nachteile tragen müßten, weil sich alle Arbeitnehmer jederzeit dem Arbeitskampf anschließen könnten. Eine Streikteilnahmeerklärung liege bei den arbeitswilligen Arbeitnehmern zwar nicht vor, sei aber im Laufe des Arbeitskampfes noch jederzeit möglich⁸³⁷. Werde den Außenseitern einerseits das Recht zur Teilnahme am Streik eingeräumt, rechtfertige es dies andererseits, sie auch mit den Streikfolgen zu belasten, wie sie in der gleichen Weise auch bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen und bei Aussperrungen entstehen⁸³⁸. Die Legitimation zur „Stilllegung“ der Außenseiter wird quasi spiegelbildlich mit ihrer Streiklegitimation begründet.

Das BAG hat diese Begründung bereits zur Einbeziehung der Außenseiter in die Aussperrung herangezogen: „An einem von der Gewerkschaft getragenen Streik dürfen sich die nichtorganisierten und gegebenenfalls auch die andersorganisierten Arbeitnehmer beteiligen; dann dürfen sie aber auch ausgesperrt werden“⁸³⁹. „Nichtorganisierte sind Kampfbeteiligte. Sie können sich einem Streik anschließen und können infolgedessen auch ausgesperrt werden“⁸⁴⁰. Dies entspricht im Ansatz der Argumentation von *Scholz/Konzen*, die in diesem Zusammenhang jedoch auf den Grundsatz der Arbeitskämpfparität abstellen⁸⁴¹.

⁸³⁶ Kalb, FS-Stahlhacke, 213, 222.

⁸³⁷ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195.

⁸³⁸ BAG, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 195 R.

⁸³⁹ BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁸⁴⁰ BAG, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 944.

⁸⁴¹ Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 258.

Dagegen lehnt die überwiegende Literatur den Spiegelbildgedanken grundsätzlich ab, weil die aktive Arbeitskampfbefugnis einerseits und die passive Arbeitskampfbefugnis andererseits nicht miteinander vergleichbar seien⁸⁴². Während die Arbeitnehmer sich im ersten Fall mit ihrem Willen am Arbeitskampf beteiligten, würden sie im zweiten Fall gegen ihren Willen in den Arbeitskampf einbezogen, obwohl rechtsgeschäftliche Wirkungen grundsätzlich nur demjenigen gegenüber begründet würden, der sie durch seine eigene Entscheidung legitimiert habe. Eine solche Arbeitnehmerentscheidung für oder wider die Kampfbeteiligung liege im Fall der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung aber gerade nicht vor, so daß der Spiegelbildgedanke insoweit auf einen sich selbst vollziehenden Streikbeschuß hinausliefe⁸⁴³. Darüber hinaus seien derartige spiegelbildliche Befugnisse dem deutschen Arbeitskampfrecht wie auch fremden Rechtsordnungen grundsätzlich unbekannt⁸⁴⁴.

Tatsächlich ist die Einbeziehung der Außenseiter in die Aussperrung – ebenso wie in die Arbeitskampfrisikolehre – nicht der Grund, sondern nur die Konsequenz ihrer aktiven Streikbeteiligung; sie ist vielmehr zur Erhaltung der Arbeitskampfparität und damit für die Funktionsfähigkeit des Arbeitskampfsystems erforderlich⁸⁴⁵.

An diesem Maßstab ist auch die Einbeziehung der Außenseiter in die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung zu messen. Insoweit ist der bloße Hinweis des BAG auf die Möglichkeit, sich am Arbeitskampf zu beteiligen, nicht ausreichend, weil ihr die Möglichkeit, daß sich arbeitswillige Arbeitnehmer am Arbeitskampf nicht beteiligen, gleichgewichtig gegenübersteht⁸⁴⁶. Erklären dagegen die arbeitswilligen Arbeitnehmer tatsächlich ihre Streikteilnahme, erfolgt die „Anpassung an die arbeitskampfrechtliche Lage“ automatisch durch die Arbeits-

⁸⁴² Lieb, SAE 1996, 182, 183; Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 288 ff.; Thüsing, Außenseiter, S. 67 f.; vgl. auch Lembke, Arbeitskampfbeteiligung, S. 124, der diese Begründung jedoch bereits deshalb ablehnt, weil die Streiklegitimation eine unbewiesene Prämisse sei.

⁸⁴³ Schultheis, Stilllegungsbefugnis, S. 289.

⁸⁴⁴ Thüsing, Außenseiter, S. 67.

⁸⁴⁵ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 912; ders., FS BAG, 273, 282; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 258; im Ergebnis auch Thüsing, Außenseiter, S. 71 ff.; s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A II 2c).

⁸⁴⁶ Lieb, SAE 1996, 182, 183.

kampfrisikolehre. Im übrigen steht dem Arbeitgeber die Aussperrung zur Verfügung, die unabhängig von einer Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung ist und die dem Streik zudem als Arbeitskämpfungsmittel gleichberechtigt gegenübersteht.

Im Hinblick auf die andersorganisierten Arbeitnehmer ist ein Umkehrschluß aus der Streiklegitimation erst recht nicht ohne weiteres möglich, da diese auf der von der überwiegenden Literatur abgelehnten Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit im Betrieb beruht⁸⁴⁷.

II. Ergebnis

Die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ist weder durch gesetzesimmanente noch durch gesetztesübersteigende richterliche Rechtsfortbildung legitimiert: Die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung scheidet aus, da das Leistungsstörungsrecht des BGB keine planwidrige Gesetzeslücke im Hinblick auf arbeitskampfrechtliche Leistungsstörungen enthält. Außerhalb des Leistungsstörungsrechts enthält das Arbeitsvertragsrecht ebenfalls keine Rechtsgrundlage für die Suspendierungswirkung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung. Die gesetztesübersteigende Rechtsfortbildung scheidet daran, daß ein solches Suspendierungsrecht im Arbeitskampf weder auf die Natur der Sache noch auf zwingende Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, noch auf rechtsethische Prinzipien zurückgeführt werden kann.

Somit ist als Zwischenergebnis festzustellen, daß es für die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung weder innerhalb des kollektiven Arbeitskampfrechts noch innerhalb des Leistungsstörungsrechts des BGB eine dogmatische Legitimation gibt.

2. Kapitel: Verfassungsrechtliche Grenzen

Unabhängig von der Frage der dogmatischen Begründung müßte die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung als richterrechtlich entwickeltes Arbeitskämpfungsmittel auch verfassungsrechtlich legitimiert sein,

⁸⁴⁷ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A II 4c).

d. h. sie dürfte nicht gegen Verfassungsprinzipien und Grundrechte verstoßen. Denn richterliche Rechtsfortbildung unterliegt denselben verfassungsrechtlichen Grenzen, denen auch die Gesetzgebung unterliegt⁸⁴⁸. Verstößt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung gegen Verfassungsrecht, sind die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung auch aus diesem Grund überschritten.

In Betracht kommt ein Verstoß der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) der betroffenen arbeitswilligen Arbeitnehmer, gegen den Vorrang des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3, 2. HS, Art. 97 Abs. 1 GG), gegen das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) sowie gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

A. Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

I. Koalitionsfreiheit und Recht auf Betriebsstilllegung

Die Hauptkritik an der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung betrifft den Vorwurf des Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer, insbesondere der Außenseiter⁸⁴⁹.

Wegen der unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe von Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtsschranken ist zunächst zu prüfen, ob es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung um eine grundrechtsausgestaltende oder eine grundrechtsbeschränkende Regelung handelt. Eine zulässige Grundrechtsausgestaltung schließt eine Grundrechtsbeeinträchtigung aus und stellt somit keine zusätzliche Rechtfertigung von Grundrechtsbeeinträchtigungen dar⁸⁵⁰.

Es wurde bereits festgestellt, daß die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung keine zulässige Ausgestaltung der positiven Koalitionsfreiheit in Gestalt der Arbeitskampffreiheit darstellt⁸⁵¹. Im Hinblick auf die arbeitswilligen Arbeitnehmer wäre das Recht auf Betriebsstilllegung ohnehin nicht grundrechtsausgestaltend, sondern grundrechtsbe-

⁸⁴⁸ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B.

⁸⁴⁹ s. o. 1. Teil, 2. Kapitel B III.

⁸⁵⁰ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A II 2b).

⁸⁵¹ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A.

schränkend, da es kein Verhalten im Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit ermöglichen, sondern andere Rechtsgüter, nämlich das Arbeitgeberinteresse an einer vereinfachten Suspendierungsmöglichkeit sowie das Gewerkschaftsinteresse am perfekten Vollzug des Kampfbeschlusses begünstigen soll. Als Grundrechtsschranke kann die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung einen Eingriff nur rechtfertigen, wenn diese Interessen bei einer Güterabwägung mit der Koalitionsfreiheit im Wege praktischer Konkordanz überwiegen.

1. Eingriff in den Schutzbereich

a) Beeinträchtigung der Außenseiter

Entsprechend der kritischen Literatur könnten die Außenseiter durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung in ihrer durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit verletzt sein⁸⁵².

Zwar erfaßt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung unmittelbar alle vom Streikaufruf erfaßten Arbeitnehmer, also sowohl die Außenseiter als auch die nichtstreikenden Gewerkschaftsmitglieder. Dabei handelt es sich faktisch jedoch überwiegend um nicht- und andersorganisierte Arbeitnehmer, denn die Mitglieder der streikführenden Gewerkschaft haben in der Regel kein Motiv, dem Streik fernzubleiben, nicht zuletzt deswegen, weil sie als Streikbrecher keine finanzielle Unterstützung aus der Streikkasse erhalten⁸⁵³. Im übrigen ist nach dem Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit für die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit nicht entscheidend, ob rechtlich allein Außenseiter betroffen sind und gezielt diskriminiert werden⁸⁵⁴. Vielmehr schützt die negative Koalitionsfreiheit allgemein davor, einer Koalition fernzubleiben⁸⁵⁵. Außerdem schützt die negative Koalitionsfreiheit in Gestalt der negativen Arbeitskampffreiheit die Außenseiter vor der Einbeziehung in den Arbeitskampf durch Ausübung eines sozialinadäquaten Drucks⁸⁵⁶.

⁸⁵² s. o. 1. Teil, 2. Kapitel B III.

⁸⁵³ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A I 1a).

⁸⁵⁴ Konzen, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 914.

⁸⁵⁵ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 1b).

⁸⁵⁶ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) bb).

Die Außenseiter werden durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung insofern belastet, als sie ihre Vergütungsansprüche verlieren und den Arbeitskampf ohne jegliche finanzielle Unterstützung durchstehen müssen: Denn sie erhalten weder finanzielle Unterstützung durch die Gewerkschaft noch Entgeltersatzleistungen aus der Arbeitslosenversicherung. Betrachtet man das Recht auf Betriebsstilllegung als echtes Arbeitskampfmittel, das die arbeitswilligen Arbeitnehmer zu Kampfteiligen macht, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach § 146 Abs. 2 SGB III. Betrachtet man das Recht auf Betriebsstilllegung als sonstiges Arbeitskampfinstitut, das die arbeitswilligen Arbeitnehmer – wie die Arbeitskampfrisikolehre – nicht zu Kampfteiligen macht, so ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld nach § 146 Abs. 3 Nr. 1 SGB III, da bestreikte Betriebe stets dem räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages zuzuordnen sind. Gemäß § 146 Abs. 3 S. 3 SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld zwar nur, wenn die Arbeitsbedingungen nach Abschluß eines entsprechenden Tarifvertrages für den Arbeitnehmer gelten oder angewendet würden. Diese Voraussetzungen sind jedoch in der Privatwirtschaft aufgrund einzelvertraglicher Bezugnahme auf den geltenden Tarifvertrag oder aufgrund betrieblicher Übung regelmäßig, im Öffentlichen Dienst sogar stets erfüllt⁸⁵⁷.

Schließlich könnten die Außenseiter allenfalls noch unter den Voraussetzungen der §§ 17 ff. SGB XII Sozialhilfe in Anspruch nehmen, die aber nach § 38 SGB XII bei vorübergehender Notlage als Darlehen gewährt werden kann und somit grundsätzlich zurückzuzahlen ist. Da die Inanspruchnahme von Sozialhilfe jedoch eine Bedürftigkeit in Sinne des SGB XII voraussetzt, werden die Außenseiter in den meisten Fällen auf ihre persönlichen Rücklagen zur Deckung ihrer Lebenshaltungskosten zurückgreifen müssen. Im Ergebnis müssen die Außenseiter den Arbeitskampf also ohne finanzielle Kompensation ihres Vergütungsausfalls durchstehen. Durch diese finanzielle Belastung entsteht bei den Außenseitern ein faktischer Beitrittsdruck,

⁸⁵⁷ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 37 f..

der darauf beruht, spätestens im nächsten Arbeitskampf über eine Teilnahme an Streikmaßnahmen eine finanzielle Unterstützung aus der Streikkasse der Gewerkschaft zu erhalten⁸⁵⁸. Damit werden die Außenseiter durch die Ausübung des Rechts auf Betriebsstilllegung einem mittelbaren Koalitionszwang ausgesetzt, vor dem sie die negative Koalitionsfreiheit gerade schützen soll⁸⁵⁹.

Außerdem werden die Außenseiter mit ihren streikenden Arbeitskollegen zwangssolidarisiert⁸⁶⁰, indem sie trotz ihrer Entscheidung, dem Arbeitskampf fernzubleiben, dazu „benutzt“ werden, den Streikbeschluß der Gewerkschaft perfekt zu vollziehen. Die Gewerkschaft muß nicht mehr um die Kampfteilnahme der Außenseiter werben; die passive Teilnahme am Arbeitskampf geschieht bei Ausübung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung quasi automatisch, ohne daß die Außenseiter Einfluß nehmen könnten. Auch darin liegt ein Eingriff in ihre negative Arbeitskampffreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG.

Soweit die andersorganisierten Arbeitnehmer betroffen sind, wurde bereits festgestellt, daß bei Vorliegen einer Friedenspflicht aus dem anderen Tarifvertrag diese nur dann durchbrochen werden kann, wenn ohne die Einbeziehung weiterer Arbeitnehmer in den Arbeitskampf eine gleichgewichtige Regelung der Arbeitsbedingungen offensichtlich nicht möglich ist⁸⁶¹. Andernfalls hätte die Einbeziehung der andersorganisierten Arbeitnehmer eine Zwangssolidarisierung mit den streikenden Arbeitskollegen wie bei den nichtorganisierten Außenseitern und damit ebenfalls einen Eingriff in ihre negative Koalitionsfreiheit zur Folge.

b) Beeinträchtigung der Gewerkschaftsmitglieder

Fraglich ist, ob die Ausübung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung auch die negative Koalitionsfreiheit der arbeitswilligen Mitglieder der kampfführenden Gewerkschaft beeinträchtigt. Denn die

⁸⁵⁸ Fischer/Rüthers, Anm. zu BAG, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 37 f.; Schulte Westenberg, NJW 1996, 1256, 1257; a. A.: Löwisch, FS Gitter, 533, 538, der aber auch die Streikunterstützungszahlung der Gewerkschaft an ihre streikwilligen Mitglieder nicht berücksichtigt.

⁸⁵⁹ ebenso Kornbichler, Stilllegung, S. 333.

⁸⁶⁰ Thüsing, Außenseiter, S. 132.

⁸⁶¹ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A II 3c) cc).

Streikbrecher erhalten ebenfalls keine finanzielle Unterstützung durch die Gewerkschaft, so daß auch sie den Arbeitskampf auf eigene Kosten durchstehen müssen⁸⁶². Dadurch wird bei den Streikbrechern zwar kein faktischer Beitrittszwang, aber ein faktischer Zwang zur Streikteilnahme ausgeübt. Da die negative Koalitionsfreiheit auch davor schützt, dem Arbeitskampf zumindest aktiv fernzubleiben⁸⁶³, ist der Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit hier ebenfalls betroffen.

c) Beeinträchtigung der Gewerkschaft

Demgegenüber ist ein Eingriff in das Streikrecht und damit die positive Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft als solcher entgegen *Kornbichler*⁸⁶⁴ nicht ersichtlich, da die Ausübung des Rechts auf Betriebsstillegung auf den perfekten Vollzug des Streikbeschlusses hinausläuft. Weder wird die finanzielle Belastung der Gewerkschaft durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung ausgeweitet, da in der Regel nur streikende Gewerkschaftsmitglieder Leistungen aus der Streikkasse erhalten, nicht jedoch die von der Betriebsstillegung betroffenen Außenseiter und Streikbrecher. Noch ist ein als psychologisch einzustufender „Binnendruck im Arbeitnehmerlager“ geeignet, die Gewerkschaft in ihrer Streiktaktik zu beeinflussen, noch dazu, wenn sie ihr Streikziel infolge der Betriebsstillegung bereits zu 100 % erreicht hat⁸⁶⁵. Mangels Paritätsrelevanz kann das Recht auf Betriebsstillegung demnach keinerlei Kräfteverschiebung im Verhältnis der Arbeitskampfparteien bewirken. Eine in diesem Sinne „paritätswahrende“ Arbeitskampfmaßnahme kann nicht in das Streikrecht der Gewerkschaft eingreifen⁸⁶⁶.

⁸⁶² s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A I 1a).

⁸⁶³ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) bb).

⁸⁶⁴ Kornbichler, Stilllegung, S. 324 ff..

⁸⁶⁵ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A I 1a), b).

⁸⁶⁶ vgl. Kornbichler, Stilllegung, S. 325 ff., der jedoch widersprüchlich sowohl von der Druckfunktion als auch von der Paritätswahrung des Rechts auf Betriebsstillegung ausgeht.

2. Rechtfertigung des Eingriffs

Die Eingriffe in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit wären gerechtfertigt, wenn es sich bei der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung als Ermächtigungsgrundlage dieser Eingriffe, um eine rechtmäßige Grundrechtsschranke handelte.

a) Verhältnismäßigkeit

In materieller Hinsicht erfordert die Prüfung der Grundrechtsschranken-Schranken insbesondere eine Abwägung zwischen der negativen Koalitionsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer und den Gegenrechten des Arbeitgebers aus seiner positiven Koalitionsfreiheit im Rahmen der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung⁸⁶⁷. Dabei sind die Rechtsgüter, die den Eingriff rechtfertigen, und das Ausmaß ihres beabsichtigten Nutzens mit dem beeinträchtigten Grundrecht und dem Gewicht seiner Verletzung gegeneinander abzuwägen.

Auf Seiten des Arbeitgebers ist insoweit das Bedürfnis an einer zusätzlichen Suspendierungsmöglichkeit im Rahmen seiner positiven Koalitionsfreiheit, auf Seiten der arbeitswilligen Arbeitnehmer ist die Freiheit von Beitritts- und Kampfzwängen aus ihrer negativen Koalitionsfreiheit zu berücksichtigen.

Da aber die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung weder innerhalb noch außerhalb des Art. 9 Abs. 3 GG legitimiert ist, ist sie keine rechtmäßige Grundrechtsschranke und kann die Eingriffe in die negative Koalitionsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmer nicht rechtfertigen. Insbesondere besitzt sie mangels Druckfunktion keine paritätische Relevanz, weil sich die Paritätsfaktoren wie Entgeltverlust, gewerkschaftliche Kampfkosten, Unternehmenskosten und Gewinneinbußen sowie Marktanteilverluste bei einer Stilllegung des Betriebs oder eines Betriebsteils im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses nicht auswirken⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A II 3b).

⁸⁶⁸ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A I 1b).

Entgegen *Kornbichler*⁸⁶⁹ kann eine Arbeitskampfmaßnahme, die unzulässig ist, weil sie zur Herstellung des Arbeitskampf- und Verhandlungsgleichgewichts nicht erforderlich ist, keine rechtmäßige Grundrechtsschranke bilden. Maßstab der grundsätzlichen Zulässigkeit von Arbeitskämpfungsmitteln ebenso wie der Arbeitskampfparität ist das Prinzip der Arbeitskampfparität⁸⁷⁰. Eine paritätisch nicht relevante und damit unverhältnismäßige Arbeitskampfmaßnahme genießt keinen grundrechtlichen Schutz durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG und gehört daher nicht zum „Arsenal zulässiger Arbeitskämpfungsmittel“. Während der Grundsatz der Arbeitskampfparität das Verhandlungsgleichgewicht im Dienst der Tarifautonomie sichern soll, will das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Betroffenen vor den Auswirkungen des Arbeitskampfes schützen⁸⁷¹. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat das Paritätsprinzip eine doppelte Funktion: Es füllt das Kriterium der Erforderlichkeit aus, weil nur angemessene Kampfmaßnahmen erforderlich sind, und begrenzt es, weil den Arbeitskämpfparteien nicht wegen der Auswirkungen des Arbeitskampfes auf Dritte solche Kampfmaßnahmen als unverhältnismäßig verboten werden dürfen, auf die sie der Parität wegen angewiesen sind⁸⁷². Steht also die grundsätzliche Unzulässigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme aufgrund ihrer fehlenden paritätischen Relevanz fest, folgt daraus bereits, daß sie mangels Geeignetheit und Erforderlichkeit etwaige Eingriffe nicht rechtfertigen kann.

Nichts anderes drückt auch die Rechtsprechung aus, wenn sie im Zusammenhang mit der Aussperrung davon ausgeht, daß die durch sie verursachten Beeinträchtigungen der betroffenen Arbeitnehmer, Dritter und der Allgemeinheit zur Erfüllung des Koalitionszwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein müssen⁸⁷³. Denn der Koalitionszweck ist gemäß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, der im Rahmen

⁸⁶⁹ Kornbichler, *Stilllegung*, S. 334, 352, wonach das fehlende Bedürfnis des Arbeitgebers für ein neues Arbeitskämpfungsmittel seine Einführung prinzipiell nicht verhindern könne.

⁸⁷⁰ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A I 2c) cc) (1).

⁸⁷¹ Rieble, *Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf*, S. 28.

⁸⁷² Rieble, *Anm. zu BVerfG, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf*, S. 29.

⁸⁷³ BAG, *AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf*, Bl. 365, 368; a. A.: Kornbichler, *Stilllegung*, S. 311.

der Tarifautonomie durch Verhandlungen zum Abschluß von Tarifverträgen erreicht werden soll. Der Abschluß von Tarifverträgen kann wiederum nur durch eine Verhandlungs- und Arbeitskämpfparität zwischen den Tarifparteien erreicht werden. Eine Verhandlungs- und Arbeitskämpfparität ist aber nur gewährleistet, wenn die Tarifparteien notfalls auch Druck und Gegendruck aufeinander ausüben können. Vor diesem Hintergrund wird auch die Tariffähigkeit einer Koalition unter anderem davon abhängig gemacht, ob sie eine soziale Mächtigkeit, also die Fähigkeit, Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben, vorweisen kann⁸⁷⁴.

Dieser Koalitionszweck umfaßt Außenseiter und Streikbrecher gleichermaßen. Zwar ist die Situation der arbeitswilligen Gewerkschaftsmitglieder insofern nicht mit der Situation der Außenseiter vergleichbar, als die Gewerkschaftsmitglieder der kampfführenden Gewerkschaft gerade zu den Adressaten gegnerischer Arbeitskampfmaßnahmen gehören. Allerdings kann auch hier die Einbeziehung in den Arbeitskampf nur durch ein zur Wahrung der Arbeitskämpfparität erforderliches Arbeitskampfmittel, nicht bereits durch ihre Mitgliedschaft in der kampfführenden Gewerkschaft legitimiert sein⁸⁷⁵. Die Gewerkschaftsmitgliedschaft kann schließlich keine Grundrechtsschranke ersetzen.

b) Wesensgehalt

Als Grundrechtsschranke wäre die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung weiterhin an der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG zu messen⁸⁷⁶. Die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. 2 GG auf verfassungsimmanente Schranken wird zwar teilweise mit dem Argument bestritten, daß die Vorschrift nur auf Gesetzesvorbehalte zugeschnitten sei⁸⁷⁷. Nach dem grundrechtssichernden Zweck der Wesensgehaltsgarantie gilt Art. 19 Abs. 2 GG jedoch für ausdrückliche und immanente Grundrechtsschranken gleichermaßen⁸⁷⁸. Nach

⁸⁷⁴ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A I 1.

⁸⁷⁵ so aber Kornbichler, Stilllegung, S. 353.

⁸⁷⁶ s. o. 2. Teil, 2. Kapitel A II 3b).

⁸⁷⁷ AK-Kittner, Art. 9 Rn. 36.

⁸⁷⁸ von Münch/Kunig-Krebs, GG, Art. 19 Rn. 19.

Art. 19 Abs. 2 GG darf das Grundrecht in seinem Kern nicht eingeschränkt werden.

Dieser Kern ist nach überwiegender Auffassung durch eine generalisierende Betrachtungsweise zu ermitteln⁸⁷⁹. Dafür spricht, daß die Grundrechtsschranken-Schranken des Art. 19 GG alle und nicht nur spezielle Grundrechte betreffen. Auch wäre ein individualisierend bestimmter Wesensgehalt deckungsgleich mit dem Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips, dessen Prüfung als Grundrechtsschranken-Schranke ebenfalls aufgrund einer konkreten Güterabwägung und somit am Einzelfall erfolgt⁸⁸⁰. Andererseits steht dies einer ergänzenden subjektiven Betrachtungsweise nicht entgegen, da andernfalls die Grundrechte in ihrer Eigenschaft als subjektive Rechte des Bürgers nicht berücksichtigt wären⁸⁸¹. Danach gehört zum Wesensgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls der Kernbereich der für den Bestand der Koalitionen unerläßlichen Betätigungsformen⁸⁸². Dem entspricht auf der Seite der negativen Koalitionsfreiheit die Freiheit vom Zwang zum aktiven Arbeitskampf sowie vor dem Gewerkschaftsbeitritt.

Wie bereits ausgeführt, werden die arbeitswilligen Arbeitnehmer durch die Ausübung des Rechts auf Betriebsstilllegung mit den Gewerkschaftsmitgliedern zwangssolidarisiert, obwohl sie arbeitswillig sind und sich nicht am Arbeitskampf beteiligen möchten. Durch die fehlende finanzielle Kompensation ihres Entgeltausfalls bewirkt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung außerdem einen mittelbaren Koalitionszwang⁸⁸³. Die negative Koalitions- bzw. Arbeitskampffreiheit ist zwar in Relation zur positiven individuellen und kollektiven Koalitionsfreiheit zu sehen: Das Interesse der Außenseiter, der Koalitionstätigkeit fernzubleiben, ist somit gegen das Bestands- und Funktionsschutzinteresse der Gewerkschaft abzuwägen. Eine völlige Freistellung der Außenseiter vom Arbeitskampfrisiko hätte für die

⁸⁷⁹ vgl. zum Meinungsstand von Münch/Kunig-Krebs, GG, Art. 19 Rn. 22 ff..

⁸⁸⁰ Ipsen, Staatsrecht II, Rn. 199.

⁸⁸¹ von Münch/Kunig-Krebs, GG, Art. 19 Rn. 23 f..

⁸⁸² Seiter, Streikrecht, S. 114.

⁸⁸³ so auch Kornbichler, Stilllegung, S. 333.

Gewerkschaft immerhin zur Folge, daß ein wichtiger Anreiz zum Beitritt bzw. zum Verbleib in der Gewerkschaft fehlt.

Allerdings wäre ein Recht der Koalitionen zur kampfwisen Suspendierung oder Lösung der Arbeitsverhältnisse ohne oder gegen den Willen der Arbeitsvertragsparteien mit der negativen Koalitionsfreiheit, insbesondere der Freiheit zur aktiven Kampfteilnahme schlechterdings unvereinbar⁸⁸⁴. Entsprechendes muß für ein angebliches Recht des Arbeitgebers auf Betriebsstilllegung gelten, das zudem systemwidrig statt an den Kampfbeschuß des eigenen Verbandes an den Kampfbeschuß der Gewerkschaft gebunden ist⁸⁸⁵. Die Schwere des Eingriffs in die negative Koalitionsfreiheit führt daher auch zu einer Verletzung des Art. 19 Abs. 2 GG.

II. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, daß der Eingriff in den Schutzbereich der negativen Koalitionsfreiheit durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung nicht gerechtfertigt ist. Da die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung kein im Sinne der Arbeitskampffreiheit erforderliches Arbeitskämpfungsmittel darstellt, ist sie unverhältnismäßig. Auch beeinträchtigt sie den Wesensgehalt der negativen Koalitionsfreiheit, die durch die Ausübung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung im Verhältnis zur kollidierenden positiven Koalitionsfreiheit gegen Null reduziert wird.

B. Verstoß gegen die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

Art. 2 Abs. 1 GG schützt die allgemeine Handlungsfreiheit in umfassenden Sinne und damit auch die Vertragsfreiheit, d. h. das Recht des Individuums, seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen frei zu gestalten⁸⁸⁶.

Die Suspendierung der Hauptleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung stellt nicht

⁸⁸⁴ Seiter, Streikrecht, S. 105.

⁸⁸⁵ Rieble, SAE 1996, 224, 234.

⁸⁸⁶ BVerfGE 6, 32, 36; 12, 341, 347; 70, 115, 123; 73, 261, 270; 74, 129, 152; ~~h~~-rass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 4; Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 55.

nur einen offensichtlichen Eingriff in die vertraglichen Rechte der arbeitswilligen Außenseiter dar⁸⁸⁷. Selbst zu Lasten der arbeitswilligen Mitglieder der streikführenden Gewerkschaft bedeutet das Recht auf Betriebsstilllegung einen Eingriff in die individuellen Vertragsrechte, da die organisierten Arbeitnehmer allenfalls verbandsrechtlich zur Streikteilnahme verpflichtet sind⁸⁸⁸.

Wie die allgemeine Handlungsfreiheit ist auch die Vertragsfreiheit nur in den Schranken des Art. 2 Abs. 1, 2. HS GG gewährleistet, insbesondere denen der „verfassungsmäßigen Ordnung“. Zur verfassungsmäßigen Ordnung zählt die Gesamtheit aller Normen, soweit sie mit der Verfassung formell und materiell in Einklang stehen⁸⁸⁹. Dabei handelt es sich nicht nur um einen Gesetzesvorbehalt, sondern auch um einen Rechtsvorbehalt, d. h. die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen ist auch durch materielle Normen möglich.

Eine solche Grundrechtsschranke könnte die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung darstellen, obwohl es sich dabei lediglich um richterliche Rechtsfortbildung handelt. Da das Recht auf Betriebsstilllegung jedoch bereits im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG nicht verfassungsgemäß ist⁸⁹⁰, scheidet es auch hier als Grundrechtsschranke aus und kann den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG nicht rechtfertigen.

Anders als bei den speziellen Grundrechten, deren Schrankenvorbehalte ihrerseits im Lichte des jeweiligen Grundrechts ausgelegt werden müssen, ergeben sich weitere inhaltliche Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung aus anderen Verfassungsnormen. Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit müssen danach vor allem dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) und den daraus folgenden Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes entsprechen. „Hält sich der Richter für befugt, durch seine Erkenntnis die Vertragsfreiheit für eine Prozeßpartei

⁸⁸⁷ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel B I 1b) bb).

⁸⁸⁸ Rieble, SAE 1996, 224, 235.

⁸⁸⁹ BVerfGE 6, 32, 38 f.; 74, 129, 152; 80, 137, 153; Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 14; von Münch/Kunig-Kunig, GG, Art. 2 Rn. 22.

⁸⁹⁰ s. o. 3. Teil, 2. Kapitel A II.

einzuschränken, so hat auch er dabei den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit in allen seinen Wirkungen zu beachten⁸⁹¹.“

Auch insoweit, d. h. im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, hält das Recht auf Betriebsstilllegung – wie bereits ausgeführt⁸⁹² – einer Überprüfung nicht stand. Es verletzt vielmehr die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit und ist deshalb verfassungswidrig.

C. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3, 2. HS GG

Nach Art. 20 Abs. 3, 2. HS, Art. 97 Abs. 1 GG haben die Gerichte den Vorrang des Gesetzes bzw. allgemein den erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu beachten⁸⁹³.

Bei der Prüfung, ob die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung individualarbeitsrechtlich als neuer Leistungsstörungstatbestand des BGB gerechtfertigt ist, wurde festgestellt, daß sie weder durch gesetzesimmanente Rechtsfortbildung noch durch gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung legitimiert werden kann⁸⁹⁴. Eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung scheitert daran, daß das Leistungsstörungsrecht des BGB keine *planwidrige* Gesetzeslücke im Hinblick auf arbeitskampfrechtliche Leistungsstörungen enthält. Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung scheidet aus, weil die Begründung des BAG nicht erkennen läßt, daß und warum ein zusätzliches zivilrechtliches Recht auf Betriebsstilllegung im Arbeitskampf außerhalb der Leistungsstörungstatbestände Unmöglichkeit und Annahmeverzug aus rechtlichen Gründen zwingend geboten sein soll. Wäre die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ein zivilrechtlicher Leistungsstörungstatbestand, würde sie diese methodenrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung mißachten. Eine solche methodenwidrige Rechtsfortbildung ist im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3, 2. HS, Art. 97 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

⁸⁹¹ BVerfGE, 65, 196, 215.

⁸⁹² s. o. 2. Teil, 3. Kapitel A I 2a).

⁸⁹³ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B I.

⁸⁹⁴ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel B.

Darüber hinaus setzt sich die „Stilllegungsrechtsprechung“ auch über das dem geltenden Arbeitskampfsystem zugrunde liegende Prinzip der Arbeitskampfparität hinweg, das dem verfassungsunmittelbaren Schutz des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG unterliegt. Das Arbeitskampfsystem enthält aber mit der Aussperrung und der Arbeitskampsrisikolehre bereits zwei funktionstypische Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers auf den Streik, mit denen er dieselben Rechtsfolgen herbeiführen kann wie mit der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung: *Will* der Arbeitgeber den Betrieb stilllegen, kann er aussperrern. *Muß* er den Betrieb stilllegen, kann er sich auf die Arbeitskampsrisikolehre berufen.

D. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG

Nach dem Prinzip der Gewaltenteilung des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG sind die drei Staatsgewalten Legislative, Judikative und Exekutive mit unterschiedlichen Aufgaben ausgestattet⁸⁹⁵. Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots ist das Gewaltenteilungsprinzip zwar keine absolute Schranke, aber es verbietet einer Teilgewalt jedenfalls, Aufgaben wahrzunehmen, die nicht ihrer Struktur entsprechen⁸⁹⁶. Diese Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Rechtsprechung die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers wahrnimmt. Die Überprüfung der „Stilllegungsrechtsprechung“ anhand der anerkannten Erkenntnismethoden hat ergeben, daß diese nicht auf einem Erkenntnisvorgang, sondern auf einer rechtspolitisch motivierten Entscheidung beruht⁸⁹⁷. Sie dient einem arbeitsrechtlichen Kollektivismus, in dem die arbeitswilligen Arbeitnehmer mit den Zielen der kampfführenden Gewerkschaft zwangssolidarisiert werden. Eine solche Rechtsprechung ist willkürlich und damit im Hinblick auf Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG verfassungswidrig.

⁸⁹⁵ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B II.

⁸⁹⁶ Wank, Grenzen, S. 92.

⁸⁹⁷ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel B.

E. Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG

Schließlich kommt auch ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG durch die „Stilllegungsrechtsprechung“ in Betracht⁸⁹⁸. Ein Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip und den Vorrang des Gesetzes als Teilgarantien⁸⁹⁹ des Rechtsstaatsprinzips wurde bereits bejaht⁹⁰⁰, so daß auch ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip in Betracht kommt. Es ist jedoch anerkannt, daß das Rechtsstaatsprinzip im Fall der Verletzung dieser Teilgarantien keinen eigenständigen dogmatischen Inhalt besitzt, sondern nur als deklaratorische, vor die Klammer gezogene Sammelbezeichnung dieser Teilgarantien zu verstehen ist⁹⁰¹. Im Bereich dieser Teilelemente, die im Grundgesetz eine nähere Ausprägung erfahren haben, ist ein Rückgriff auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip daher grundsätzlich unnötig und unzulässig⁹⁰². Insoweit scheidet eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips als solches durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung aus.

Es bleibt jedoch ein Verstoß gegen das ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot der Rechtssicherheit⁹⁰³, da die Rechtsprechungsänderung, die zur Einführung der arbeitskampfbedingten Betriebsstilllegung geführt hat, ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis nicht erkennen läßt, geschweige denn von „grundlegenden und gesicherten Einsichten“ getragen ist⁹⁰⁴.

⁸⁹⁸ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B IV.

⁸⁹⁹ Jarass/Piero, GG, Art. 20 Rn.28; von Münch/Kunig-Schnapp, GG, Art.20 Rn.23, 32 ff., 36 ff..

⁹⁰⁰ s. o. 3. Teil, 2. Kapitel C, D.

⁹⁰¹ von Münch/Kunig-Schnapp, GG, Art. 20 Rn.21.

⁹⁰² Jarass/Piero, GG, Art. 20 Rn.28.

⁹⁰³ s. o. 2. Teil, 3. Kapitel B IV.

⁹⁰⁴ s. o. 3. Teil, 2. Kapitel B I 2; a. A.: Kornbichler, Stilllegung, S. 215, der nur eine unechte Rückwirkung annimmt.

4. Teil: Gesamtergebnis

(1) Keine Rechtsgrundlage

Mit der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung gibt das BAG dem Arbeitgeber eine neue Möglichkeit zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse arbeitswilliger Arbeitnehmer im Arbeitskampf. Die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung widerspricht jedoch den Grundlagen des Arbeitskampfrechts, indem sie weder dogmatisch noch verfassungsrechtlich legitimiert ist.

Die Legitimation aus Art. 9 Abs. 3 GG orientiert sich am Maßstab des Grundsatzes der Arbeitskampfpazität: Die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung hat jedoch keinerlei paritätische Relevanz, so daß sie weder als neues Arbeitskampfmittel eigener Art noch als Sonderform der Aussperrung, noch als Fortentwicklung der Arbeitskampfrisikolehre legitimiert werden kann.

Eine Rechtfertigung aus der Arbeitskampffreiheit als neues Arbeitskampfmittel eigener Art scheitert an der fehlenden Druckfunktion und damit an der fehlenden funktionstypischen Bedeutung für den Arbeitskampf. Eine Rechtfertigung als Sonderform der Aussperrung ist ebenfalls nicht möglich, da die Einbeziehung der arbeitswilligen Arbeitnehmer in den Arbeitskampf hier – anders als bei der Aussperrung – nicht durch die Funktionsfähigkeit des Arbeitskampfsystems erforderlich ist. Schließlich läßt sich die Betriebsstillegung auch nicht als Fortentwicklung der Arbeitskampfrisikolehre begreifen, da sie weder zur Beseitigung von Beweisschwierigkeiten bei der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung noch als Ausgleich für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber, noch zur Realisierung von Notdienstvereinbarungen erforderlich ist.

Die Legitimation außerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG als richterliche Rechtsfortbildung setzt die Beachtung der Methodenlehre voraus: Die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung ist jedoch weder im Wege der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung zu legitimieren, weil das BGB keine planwidrige Gesetzeslücke im Hinblick auf arbeitskampfrechtliche Leistungsstörungen enthält. Noch ist sie im Wege der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu rechtfertigen, weil

insoweit weder eine Begründung aus der Natur der Sache noch aus zwingenden Bedürfnissen des Rechtsverkehrs oder aus rechtsethischen Prinzipien eingreift.

(2) Verstoß gegen Rechte

In jedem Fall verstößt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung auch gegen Verfassungsrecht: In der Entscheidung vom 14.01.1987 hat das BVerfG klargestellt, daß nur „die im Wege zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung getroffenen Entscheidungen“ die Grundrechtsausübung beschränken können⁹⁰⁵. Die Verstöße gegen die negative Koalitionsfreiheit und die Vertragsfreiheit der arbeitswilligen Arbeitnehmer, den Vorrang des Gesetzes, das Gewaltenteilungsprinzip und das Gebot der Rechtssicherheit führen aber zur Verfassungswidrigkeit der vorliegenden Rechtsfortbildung. Die „Stilllegungsrechtsprechung“ des BAG kann daher keine Überzeugungskraft für sich beanspruchen.

(3) Systemwidrigkeit

Desweiteren paßt die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung nicht in das bestehende Arbeitskampsystem, das mit dem Streik auf Arbeitnehmerseite und der Aussperrung sowie der Arbeitskampsrisikolehre auf Arbeitgeberseite unverändert fortbesteht. Insbesondere die anfängliche Befürchtung der Verabschiedung der Arbeitskampsrisikolehre durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung ist widerlegt. In diesem funktionierenden Arbeitskampsystem ist eine neue Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers, die irgendwo zwischen der Aussperrung und der Arbeitskampsrisikolehre steht, überflüssig:

Will der Arbeitgeber aktiv in das Kampfgeschehen eingreifen, kann er die Arbeitnehmer aussperren und damit seine Vergütungspflicht suspendieren. So ist es gerade eine Funktion der Aussperrung, neben der Druckausübung auf die Gewerkschaft durch Ausweitung ihrer Pflicht zur Zahlung von Streikunterstützung die Entlastung von der Vergütungspflicht bei Teil- und Schwerpunktstreiks unabhängig von

⁹⁰⁵ BVerfGE 74, 129, 151 f..

den Voraussetzungen einer Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Beschäftigung zu ermöglichen⁹⁰⁶. Da die paritätische Funktion der Abwehraussperrung sowohl gegenüber unbefristeten als auch gegenüber befristeten Streiks anzuerkennen ist, bietet das Recht auf Betriebsstillegung dem Arbeitgeber hier keine Reaktionsmöglichkeit, die mit der Aussperrung nicht bereits gegeben wäre. Zwar ist die Aussperrung im Verbandsarbeitskampf an die formale Voraussetzung geknüpft, daß ein Verbandsbeschluß des verhandlungsführenden Arbeitgeberverbandes vorliegt. Wenn man davon ausgeht, daß das Arbeitgeberlager im Arbeitskampf eine Solidargemeinschaft bildet, stellt dieses Erfordernis jedoch keinen Nachteil der Aussperrung gegenüber der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung dar. Ein Ausweg bestünde in einem solchen Fall außerdem in einem vorsorglich zur Aussperrung ermächtigenden, bedingten Verbandsbeschluß⁹⁰⁷. Im übrigen müßte der Arbeitgeber schon deshalb auf die Aussperrung zurückgreifen, weil auch die Arbeitnehmer sich insoweit des Arbeitskampfmittels Streik bedienen müssen⁹⁰⁸. Mit der Aussperrung steht dem Arbeitgeber vor allem eine gegenüber der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung flexiblere Reaktionsmöglichkeit zur Verfügung, weil die Aussperrung nicht an die Grenzen des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses gebunden ist.

Angesichts der umstrittenen „Quotenrechtsprechung“ des BAG, die eine Abwehraussperrung sämtlicher Arbeitnehmer eines Tarifgebiets als Antwort auf einen sehr eng begrenzten Teilstreik als unproportional ansieht⁹⁰⁹, ergeben sich zwar Bedenken hinsichtlich der Anzahl der Arbeitnehmer, die ausgesperrt werden dürfen⁹¹⁰. Bleibt der Arbeitgeber jedoch im Rahmen des gewerkschaftlichen Streikaufrufs, scheidet eine quotenmäßige Begrenzung des Aussperrungsrechts im bestreikten Betrieb aus, da die für die Verbandsaussperrung im Tarifgebiet vorgenommene Begrenzung nicht ohne weiteres auf den

⁹⁰⁶ Seiter, Anm. zu BAG, EzA Nr. 21 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ders., RdA 1981, 65, 78; Thüsing, Anm. zu BAG, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 10.

⁹⁰⁷ Otto, Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 154-155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1215 R.

⁹⁰⁸ Thüsing, DB 1995, 2607, 2608.

⁹⁰⁹ BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 925.

⁹¹⁰ Löwisch, AR-Blattei, ES 170.1 Nr. 47; Rieble, SAE 1997, 285, 290 f..

einzelnen Betrieb übertragen werden kann⁹¹¹. Die Aussperrung muß nicht notwendigerweise zu einer Erweiterung des von der Gewerkschaft gesteckten Kampfrahmens führen. Die Einbeziehung auch der bereits streikenden Arbeitnehmer in eine solche, den Streikaufruf „ergänzende“ Aussperrung kann überdies sinnvoll sein, um einer taktischen Streikaussetzung mit Zusatzkosten für den Arbeitgeber zu begegnen⁹¹².

Muß der Arbeitgeber den Betrieb aus Gründen der technischen oder wirtschaftlichen Betriebsstörung stilllegen, kann er sich auf die Arbeitskampsrisikolehre berufen. Die Anwendung der Arbeitskampsrisikolehre im Fall eines Wellenstreiks entspricht sogar der aktuellen Rechtsprechung des BAG, wonach die Arbeitskampsrisikolehre auch anwendbar sei, wenn der Arbeitsausfall durch Gegenmaßnahmen verursacht wird, mit denen der Arbeitgeber die streikbedingten Betriebsstörungen möglichst gering halten will⁹¹³. Eine Einschränkung besteht lediglich bei reinen, den Rahmen des Arbeitskampfes erweiternden Vorbeugemaßnahmen des Arbeitgebers, wenn kein enger zeitlicher und organisatorischer Zusammenhang zwischen den tatsächlich streikbetroffenen und den an sie anschließenden Arbeiten besteht⁹¹⁴. Damit wird klargestellt, daß die Unsicherheit über das künftige Streikverhalten bei der Entscheidung über die Einleitung von Abwehrmaßnahmen zwar eine Rolle spielen kann, jedoch eine technisch mögliche und wirtschaftlich sinnvolle Beschäftigung nicht automatisch unzumutbar macht⁹¹⁵.

Mit den beiden Arbeitskampsinstituten der Aussperrung und der Arbeitskampsrisikolehre stehen dem Arbeitgeber somit zwei Reaktionsmöglichkeiten zur Verfügung, die seiner Interessenlage bereits vollumfänglich gerecht werden, während die arbeitskampfbedingte Betriebsstilllegung nur von geringer praktischer Bedeutung für den Arbeitgeber ist. Die Anbindung an den gewerkschaftlichen Streikbeschluß – und damit an die Kampftaktik der Gewerkschaft – hat einen

⁹¹¹ Kalb, RdA 1994, 385, 392; Thüsing, DB 1995, 2607, 2608.

⁹¹² Kalb, FS Stahlhacke, 213, 223.

⁹¹³ BAG, AP Nr. 147, 152, 154, 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁹¹⁴ BAG, AP Nr. 154 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1083.

⁹¹⁵ Fischer, RdA 1999, 404, 410.

überaus engen Anwendungsbereich, etwa bei Kurz- und Teilstreiks. Auch bei der Kampfaktik des Schwerpunktstreiks, bei dem nur einige wenige Arbeitnehmer in Schlüsselstellungen zum Streik aufgerufen sind, ist die Betriebsstillegung auf die in solchen Stellungen tätigen Streikbrecher begrenzt, da der Arbeitgeber die Effektivität solcher Streiks andernfalls zumindest bei Hausarbeitskämpfen beseitigen könnte⁹¹⁶. In allen diesen Fällen kommt die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung nicht in Betracht, weil die Kampfaktik der Gewerkschaft hierfür keinen Raum läßt: „Der Spuk ist vorüber, bevor der Arbeitgeber reagieren kann“⁹¹⁷. Für den Arbeitgeber wird die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung somit meist nutzlos sein.

Das Interesse der Gewerkschaft an der Anwendung der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung ist demgegenüber ungleich größer: Die Rechtsausübung durch den Arbeitgeber ermöglicht trotz der arbeitswilligen Arbeitnehmer den von der kampfführenden Arbeitnehmerseite angestrebten perfekten Vollzug des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses. Indem der Arbeitgeber die Arbeitsverhältnisse auch der Nichtmitglieder der kampfführenden Gewerkschaft suspendiert, geht er bei genauer Betrachtung sogar über den Streikbeschluß hinaus, der lediglich die Mitglieder verbandsrechtlich zu seiner Befolgung verpflichtet. Die Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers beschränkt sich letztlich darauf, die arbeitswilligen Arbeitnehmer so zu stellen, als hätten sie sich dem Streik angeschlossen.

(4) Unzulässige Rechtsfortbildung

Schließlich ist die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung in ihrer rechtspolitischen Zielsetzung bedenklich:

Zum einen hat das BAG mit der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung seine rechtspolitischen Vorstellungen verwirklicht, ohne die Methoden der richterlichen Rechtsfortbildung zu beachten. Die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung dient als Grundlage für die Wirksamkeit von Ausschlußklauseln, mit denen Notdienstvereinba-

⁹¹⁶ Löwisch, FS Gitter, 533, 534.

⁹¹⁷ Bittner, AR-Blattei, ES 170.1 Nr. 43, S. 10.

rungen gesichert werden sollen, ohne den Arbeitgeber mit den Entgeltzahlungen für die betroffenen Arbeitnehmer zu belasten. Dabei greift die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung insofern noch zu kurz, als sie nicht geeignet ist, die generelle Wirksamkeit solcher Vertragsklauseln zu begründen, weil deren – den gesamten Betrieb erfassender – Umfang sich nicht immer mit dem durch den gewerkschaftlichen Streikbeschuß begrenzten Umfang des Rechts auf Betriebsstillegung decken würde⁹¹⁸. Im übrigen ist die Gewerkschaft nach dem aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip folgenden Gebot fairer Kampfführung zu Notdienstvereinbarungen mit dem Arbeitgeber verpflichtet; notfalls hat der Arbeitgeber eine Notkompetenz zur alleinigen Regelung des Notdienstes⁹¹⁹. Damit ist es dem Arbeitgeber durchaus zuzumuten, derartige Notdienstvereinbarungen mit Ausschlußwirkung gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern nicht abzuschließen. Erst recht können solche Ausschlußklauseln keine verbindliche Wirkung gegenüber diesen Arbeitnehmern begründen, da dies ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter wäre. Eine solche Rechts(er)findung ist willkürlich und kann keine Überzeugungskraft für sich beanspruchen; sie ist als unzulässige Rechtsfortbildung abzulehnen.

Zum anderen nimmt das BAG im Arbeitskampfrecht zunehmend die Rolle eines „Ersatzgesetzgebers“ ein und verstößt damit gegen seine verfassungsrechtliche Zuständigkeit nach dem Gewaltenteilungsprinzip. Zwar sieht sich das BAG durch die Untätigkeit des Gesetzgebers in diese Rolle geradezu hineingedrängt; jedoch tritt durch Richterrecht keine adäquate Erfüllung der Verpflichtung des Gesetzgebers zur Regelung des Arbeitskampfrechts ein, zumal die Frage der formellrechtlichen Zuständigkeit von der Frage des materiellrechtlichen Ergebnisses zu trennen ist⁹²⁰. Daher ist die Notwendigkeit eines Gesetzes zum Arbeitskampfrecht unverändert zu fordern⁹²¹, nicht zuletzt um dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Postulat der

⁹¹⁸ Konzen, FS Prugberger, 155, 164.

⁹¹⁹ s. o. 3. Teil, 1. Kapitel A III 2b) cc).

⁹²⁰ Wank, RdA 1989, 263, 265.

⁹²¹ Kissel, Arbeitskampfrecht, S. 157 m. w. N. in Fn. 17.

Rechtssicherheit und der vom BVerfG entwickelten Wesentlichkeitstheorie zu entsprechen. Da eine Selbstkorrektur der Arbeitsgerichtsbarkeit nicht zu erwarten ist, ist der Gesetzgeber außerdem berufen, die durch die arbeitskampfbedingte Betriebsstillegung eingetretene Fehlsteuerung des Arbeitskampfrechts zu korrigieren. Immerhin hat das BAG seit den letzten Urteilen vom 15.12.1998 die Reihe seiner Stillegungsentscheidungen nicht weiter verfestigt, so daß die Hoffnung – wenn schon nicht auf einen erneuten Kurswechsel – so doch zumindest auf eine leise Verabschiedung der arbeitskampfbedingten Betriebsstillegung in die praktische Bedeutungslosigkeit besteht.

LITERATURVERZEICHNIS

Ackmann, Hans-Peter: Anm. zu BAG vom 22.03.1994, EWiR 1995, S. 33-34.

Bauer, Jobst-Hubertus / *Haußmann*, Katrin: Der Notdienst im Arbeitskampf, DB 1996, S. 881-886.

Bepler, Klaus: Grundzüge und neuere Entwicklungen im Arbeitskampfrecht, AuA 1998, S. 228-232.

Birk, Rolf: Die Betriebsschließung aus Anlass eines Streiks nach französischem und deutschem Recht, Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 199-210.

Birk, Rolf / *Konzen*, Horst / *Löwisch*, Manfred / *Raiser*, Thomas / *Seiter*, Hugo: Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte – Entwurf und Begründung, Tübingen 1988
(zitiert: Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetzentwurf).

Bittner, Claudia: Anm. zu BAG vom 12.11.1996, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 43, S. 9-10.

Brox, Hans / *Rüthers*, Bernd: Arbeitskampfrecht, 2. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1982
(zitiert: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht).

Buchner, Herbert: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gewerkschaftsbegriff, Festschrift 25 Jahre BAG, München 1979, S. 55-70.

Buschmann, Rudolf: Gem. Anm. zu BAG vom 22.03.1994 und 30.08.1994, AuR 1995, S. 39-40.

Butzer, Hermann: Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, S. 375-385.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983 (zitiert: Canaris, Lücken).

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Arbeitskampfrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 1987 (zitiert: Däubler-Bearbeiter, Arbeitskampfrecht).

ders.: Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1972, S. 642-648.

ders.: Der Notdienst im Arbeitskampfrecht, AuR 1981, S. 257-265.

ders.: Arbeitsbeziehungen am Ende des 20. Jahrhunderts – Übersicht über aktuelle Entwicklungen in den Industrieländern, ZIAS 1995, S. 279-311.

Däubler, Wolfgang / Kittner, Michael / Klebe, Thomas (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 9. Auflage, Frankfurt 2004 (zitiert: DKK-Bearbeiter).

Dieterich, Thomas: Die grundrechtsdogmatischen Grenzen der Tarifautonomie in der Rechtsprechung des BAG, Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 229-249.

ders.: Methodische Bemerkungen zu den Aussperrungsurteilen des BAG vom 16.06.1980, Festschrift für Wilhelm Herschel, München 1982, S. 37-53.

Dütz, Wilhelm: Die Grenzen der Aussperrung und arbeitskampfbedingter Entgeltverweigerung nach Risiko-Prinzipien und Kurzarbeitsregeln, DB 1979, Beilage 14, S. 1-16.

Ehmann, Horst: Das Lohnrisiko der an einem rechtmäßigen Arbeitskampf nicht beteiligten Arbeitnehmer, DB 1973, S. 1946-1950.

Eisemann, Hans: Betriebsrisiko und Aussperrung, AuR 1981, S. 357-367.

ders.: Aussperrung und Betriebsrisiko, BB 1979, S. 218-224.

Elze, Hans: Lücken im Gesetz. Begriff und Ausfüllung. Ein Beitrag zur Methodologie des Rechts, Diss., München, Leipzig 1916.

Erman, Walter / Westermann, Harm Peter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in 2 Bänden, 1. Band (§§ 1-853 BGB), 9. Auflage, Münster 1993 (zitiert: Erman-Bearbeiter).

Fabricius, Fritz / Kraft, Alfons / Wiese, Günther / Kreutz, Peter / Oetker, Harmut: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 2 (§§ 74-132 BetrVG), 7. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002 (zitiert: GK-Bearbeiter, BetrVG).

Fenn, Herbert: Zur Problematik der Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, DB 1982, S. 430-435.

Fischer, Christian: Anm. zu BAG vom 15.12.1998 (1 AZR 289/98), RdA 1999, S. 406-410.

Fischer, Christian / Rütters, Bernd: Anm. zu BAG vom 22.03.1994, EzA Nr. 115 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 9-39.

Friauf, Karl Heinrich: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Arbeitskampfordnung, RdA 1986, S. 188-196.

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997 (zitiert: Gamillscheg, KollArbR).

ders.: In Sachen Arbeitskampf: Öfter mal was Neues, BB 1996, S. 212-214.

ders.: Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, 1966 (zitiert: Gamillscheg, Gewerkschaftszugehörigkeit).

Germelmann, Claas-Hinrich / *Matthes*, Hans-Christoph / *Prütting*, Hanns / *Müller-Glöge*, Rudi: Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 4. Auflage, München 2002 (zitiert: Germelmann-Bearbeiter, ArbGG).

Göbel, Carsten: Das Suspendierungsrecht zwischen Delikt und Vertrag, Diss., Frankfurt 2002 (zitiert: Göbel, Suspendierungsrecht).

Gröbing, Karl: Das Koalitionsrecht der Arbeitnehmer in der Krise, AuR 1986, S. 297-302.

Gussone, Max: Anm. zu LAG Hamburg vom 27.10.1994, AuR 1995, S. 377-379.

Hanau, Peter: Der neue Erste Senat, NZA 1996, S. 841-847.

Hanau, Peter / *Adomeit*, Klaus: Arbeitsrecht, 13. Auflage, Neuwied, Krieffel, Berlin 2004 (zitiert: Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht).

Heckelmann, Dieter: Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, Berlin, New York 1984 (zitiert: Heckelmann, Erhaltungsarbeiten).

Heinze, Meinhard: Gesetzliche und vertragliche Arbeitskampfordnung, Festschrift für Karl-Heinz Molitor, München 1988, S. 159-180.

Henssler, Martin: Tarifautonomie und Gesetzgebung, ZfA 1998, S. 1-40.

Herschel, Wilhelm: Kernbereichslehre und Kodifikationsprinzip in der Tarifautonomie, AuR 1981, S. 265-269.

ders.: Gedanken zu Richterrecht und Tarifautonomie, AuR 1972, S. 129-135.

Hess, Harald / Schlochauer, Ursula / Glaubitz, Werner: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Auflage, Neuwied, Kriffel, Berlin 2003 (zitiert: Hess-Bearbeiter, BetrVG).

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1999 (zitiert: Hesse, Verfassungsrecht).

Hergenröder, Curt Wolfgang: Anm. zu BAG vom 17.02.1998, SAE 1999, S. 55-59.

ders.: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Habil., Tübingen 1995 (zitiert: Hergenröder, Rechtsfortbildung).

ders.: Gem. Anm. zu BAG vom 11.07.1995, EzA Nr. 121-122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 11-22.

Hoyningen-Huene, Gerrick Freiherr von: AR-Blattei SD, Die Koalitionsfreiheit (1650.1), Stand: April 1991.

ders.: Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen aktueller Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaften, JuS 1987, S. 505-513.

ders.: Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht als Vorreiter und Vorbild?, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 353-377.

Hueck, Alfred / *Nipperdey*, Hans Carl / *Säcker*, Franz Jürgen: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II/1, 7. Auflage, Berlin, Frankfurt 1967, Band II/2, 7. Auflage, Berlin, Frankfurt 1970
(zitiert: Hueck/Nipperdey/Säcker, Arbeitsrecht II/1 bzw. II/2).

Ipsen, Jörn: Staatsrecht II (Grundrechte), 7. Auflage, Neuwied, Krieffel, Berlin 2004 (zitiert: Ipsen, Staatsrecht II).

ders.: Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, DVBl. 1984, S. 1102-1107.

ders.: Richterrecht und Verfassung, Diss., Berlin 1975
(zitiert: Ipsen, Richterrecht).

Jacobs, Matthias: Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Diss., Berlin 1999.

Jarass, Hans D. / *Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Auflage, München 2004
(zitiert: Jarass/Pieroth, GG).

Kaiser, Dagmar: Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1994, ZfA 1996, S. 115-263.

Kalb, Heinz-Jürgen: Arbeitskampfrisiko und Regelungsbetroffenheit, Festschrift für Eugen Stahlhacke, Neuwied, Kriftel, Berlin 1995, S. 213-234.

ders.: Die Entwicklung des Arbeitskampfrechts durch das BAG, RdA 1994, S. 385-394.

ders.: Arbeitskampfrecht, Neuwied, Darmstadt 1986
(zitiert: Kalb, Arbeitskampfrecht).

Kissel, Otto Rudolf: Arbeitskampfrecht, Ein Leitfaden, München 2002
(zitiert: Kissel, Arbeitskampfrecht).

Konzen, Horst: Teilstreik im Betrieb und Recht auf Betriebsstillegung, Festschrift für Thomas Prugberger, Miskolc 1997, S. 155-168.

ders.: Gem. Anm. zu BAG vom 27.06.1995 und 11.07.1995, AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 909-918 R.

ders.: Anm. zu BVerfG vom 04.07.1995, SAE 1996, S. 216-224.

ders.: Anm. zu BVerfG vom 26.06.1991, SAE 1991, S. 335-344.

ders.: Europäische Sozialcharta und ultima ratio-Prinzip, JZ 1986, S. 157-163.

ders.: Parität, Übermaßverbot und Aussperrungsquoten, Jura 1981, S. 585-589.

ders.: Tarifvertragliche KampfklauseIn, ZfA 1980, S. 77-120.

ders.: Aussperrungstaktik und Organisationspolitik, Zur Unterstützungszahlung von Arbeitgebern an Außenseiter, Festschrift 25 Jahre BAG, München 1979, S. 273-298.

ders.: Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 57-59 vom 14.02.1978 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 802-804.

ders.: Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, AcP Bd. 177 (1977), S. 473-542.

ders.: Anm. zu BAG vom 17.12.1976, SAE 1977, S. 235-238.

Kornbichler, Hendrik: Die Stilllegung des Betriebs im Arbeitskampf, Diss., München 1999 (zitiert: Kornbichler, Stilllegung).

Krüger, Paul / *Mommsen*, Theodor: Digesta iustiniani augusti, 2. Auflage, Band I (libri 1-29), Berlin 1962, Band II (libri 30-50), Berlin 1963 (zitiert: Krüger/Mommsen, Digesta I bzw. II).

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest 1991 (zitiert: Larenz, Methodenlehre).

ders.: Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, S. 1-10.

Leinemann, Wolfgang (Hrsg.): Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel, Berlin 2000 (zitiert: KassArbR-Bearbeiter).

Lembke, Mark: Die Arbeitskampfbeteiligung von Außenseitern, Diss., Berlin 2000 (zitiert: Lembke, Außenseiter).

Lieb, Manfred: Vermutungen, Beweislastverteilung und Klarstellungsobliegenheiten im Arbeitskampf, Festschrift für Wilhelm Herschel, München 1982, S. 223-235.

ders.: Arbeitsrecht, 8. Auflage, Heidelberg 2003 (zitiert: Lieb, Arbeitsrecht).

ders.: Neues Arbeitskampfrecht aus Kassel?, SAE 1996, S. 182-190.

ders.: Gem. Anm. zu BAG vom 14.12.1993 und 22.03.1994, SAE 1995, S. 257-260.

ders.: Zur Rechtmäßigkeit von Unterstützungsarbeitskämpfen insbesondere im Druck- und Verlagsbereich, RdA 1991, S. 145-153.

ders.: Zum gegenwärtigen Stand der Arbeitskampfrisikolehre, NZA 1990, S. 289-299.

ders.: Die Rechtsstellung des Außenseiterarbeitgebers im Arbeitskampf, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, S. 653-678.

Löwisch, Manfred: Anm. zu BAG vom 15.12.1998 (1 AZR 289/98), AR-Blattei ES 170.1 Nr. 47.

ders.: „Suspendierende“ Stilllegung als Arbeitskampfmaßnahme, Festschrift für Wolfgang Gitter, Wiesbaden 1995, S. 533-539
= Anm. zu BAG vom 22.03.1994, AR-Blattei ES 170.2 Nr. 39.

ders.: Gem. Anm. zu BAG vom 27.06.1995 und 11.07.1995, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 41.

ders.: Anm. zu BAG vom 31.01.1995, AR-Blattei ES 170.2 Nr. 42.

ders.: Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Wiesbaden 1989

(zitiert: Löwisch, Schlichtungsrecht).

ders.: Richterliches Arbeitskampfrecht und der Vorbehalt des Gesetzes, DB 1988, S. 1013-1015.

ders.: Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 1971, S. 319-345.

Löwisch, Manfred / Bittner, Claudia: Rechtsfolgen des Arbeitskampfes für die Arbeitsverhältnisse nicht Kampfbeteiligter, AR-Blattei SD, Arbeitskampf III B (170.3.2), Stand: Mai 1996.

Löwisch, Manfred / Krauß, Ernst-Friedrich: Rechtsfolgen für die Arbeitsverhältnisse der kampfbeteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber, AR-Blattei SD, Arbeitskampf III A (170.3.1) Stand: Mai 1996.

Löwisch, Manfred / Mikosch, Ernst: Erhaltungsarbeiten im Arbeitskampf, ZfA 1978, S. 153-177.

Löwisch, Manfred / Rieble, Volker: Grundlagen des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts, AR-Blattei SD, Arbeitskampf I (170.1) und II (170.2), Stand: September 1993 und Februar 1994.

dies.: Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage, München 2004

(zitiert: Löwisch/Rieble, TVG).

Maunz, Theodor / Dürig, Günter: Grundgesetz-Kommentar, Band I (Art. 1-12 GG), 8. Auflage, München 1999 (zitiert: Maunz/Dürig-Bearbeiter).

Mayer, Udo: Lohnrisikoverteilung und Mitbestimmungsrechte bei Fernwirkungen von Arbeitskämpfen, BB 1990, S. 2482-2488.

ders.: Anm. zu BAG vom 22.03.1994, AiB 1995, S. 135-138.

Mayer-Maly, Theo: Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 64-66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 946 R-950 R.

ders.: Aussperrung und Parität, DB 1979, S. 95-100.

Münch, Ingo von / Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar, Band I (Präambel - Art. 20 GG), 5. Auflage, München 2000 (zitiert: von Münch/Kunig, GG).

Nicolai, Andrea: Anm. zu BAG vom 17.02.1998, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 9-19.

Oetker, Hartmut: Anm. zu BAG vom 11.07.1995, DZWir 1996, S. 154-157.

ders.: Gem. Anm. zu BAG vom 14.12.1993 und 22.03.1994, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 188-194.

ders.: Die Durchführung von Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen, Heidelberg 1984 (zitiert: Oetker, Erhaltungsarbeiten).

Otto, Hansjörg: Gem. Anm. zu BAG vom 15.12.1998, AP Nr. 154-155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1212 R-1218.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, München 2004.

Peifer, Karl Heinz: Der Bad Neuenahrer Croupierstreik, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, Neuwied, Kriftel 1999, S. 745-756.

Picker, Eduard: Arbeitsvertragliche Lohngefahr und dienstvertragliche Vergütungsgefahr, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, S. 817-854.

ders.: Fristlose Kündigung und Unmöglichkeit, Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht – Teil 2, JZ 1985, S. 693-706.

ders.: Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf – Thesen zu einer Rückbesinnung, JZ 1979, S. 285-294.

Pieroth, Bodo / *Schlink*, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 20. Auflage, Berlin, Münster 2004
(zitiert: Pieroth/Schlink, Staatsrecht II).

Preis, Ulrich: Rechtsfortbildung im Individualarbeitsrecht, RdA 1989, S. 327-334.

Raiser, Thomas: Wissenschaft und Politik im Arbeitskampfrecht, JZ 1989, S. 405-411.

Ramm, Thilo: Arbeitgeber und Arbeitskampf, Festschrift für Wolfgang Abendroth, Neuwied, Berlin 1968, S. 275-304.

Reichold, Hermann: Arbeitskampf und Einzelarbeitsverhältnis, JuS 1996, S. 1049-1057.

Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2004 (zitiert: Richardi, BetrVG).

ders.: Die Bedeutung des zivilrechtlichen Haftungssystems für den Arbeitskampf, ZfA 1985, S. 101-126.

ders.: Die Verhältnismäßigkeit von Streik und Aussperrung, NJW 1978, S. 2057-2066.

ders.: Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, RdA 1971, S.334-346.

ders.: Gem. Anm. zu BAG, AP Nr. 70 und 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 598-604 R.

Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1 und 3, 2. Auflage, München 2000 (zitiert: MünchArbR-Bearbeiter).

Rieble, Volker: Anm. zu BAG vom 12.11.1996, SAE 1997, S. 285-291.

ders.: Anm. zu BAG vom 27.06.1995, SAE 1996, S. 227-236.

ders.: Anm. zu BVerfG vom 26.06.1991, EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 17-41.

Rüthers, Bernd: Arbeitskampf und Notstandsverfassung, DB 1968, S. 1948-1952.

ders.: Sonderprobleme der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen im Luftverkehr, ZfA 1987, S. 1-59.

Scholz, Rupert: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Arbeitskampfrechts, ZfA 1990, S. 377-406.

ders.: Anm. zu BVerfG vom 14.11.1995, SAE 1996, 320-323.

Scholz, Rupert / Konzen, Horst: Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, Berlin 1980 (zitiert: Scholz/Konzen, Aussperrung).

Schulte Westenberg, Michael: Arbeitskampf – Was ist die negative Koalitionsfreiheit noch wert?, NJW 1996, S. 1256-1257.

Schultheis, Thomas: Die Stilllegungsbefugnis des Arbeitgebers im Arbeitskampf, Diss., Berlin 2001 (zitiert: Schultheis, Stilllegungsbefugnis).

Schwarze, Roland: Die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes – BVerfGE 84, 212, JuS 1994, S. 653-659.

Seiter, Hugo: Zur Gestaltung der Arbeitskampfordnung durch den Gesetzgeber, RdA 1986, S. 165-188.

ders.: Die neue Aussperrungsrechtsprechung des BAG, RdA 1981, S. 65-93.

ders.: Die neue Betriebsrisiko- und Arbeitskampftrisikolehre, DB 1981, S. 578-587.

ders.: Mitbestimmung des Betriebsrats bei vorübergehender Stilllegung mittelbar arbeitskampfbetroffener Betriebe?, RdA 1979, S. 393-400.

ders.: Die Rechtsgrundlagen der suspendierenden Abwehraussperrung, JA 1979, S. 337-347.

ders.: Anm. zu LAG München vom 19.12.1979, EzA Nr. 35 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S.366q-366z.

ders.: Anm. zu BGH vom 19.01.1978, EzA Nr. 21 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 141-153.

ders.: Staatsneutralität im Arbeitskampf, Tübingen 1987.

ders.: Streikrecht und Aussperrungsrecht, Habil., Tübingen 1975.

Söllner, Alfred: Grundriß des Arbeitsrechts, 12. Auflage, München 1998 (zitiert: Söllner, Arbeitsrecht).

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II (§§ 611-619 BGB), 12. Auflage, Berlin 1993 (zitiert: Staudinger-Bearbeiter).

Streckel, Siegmund: Anm. zu BAG vom 27.06.1995, EzA Nr. 120 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S.9-16.

Thüsing, Gregor: Der Außenseiter im Arbeitskampf. Zur Rechtsstellung des nicht und anders organisierten Arbeitnehmers und Arbeitgebers bei Streik und Aussperrung, Diss., Berlin 1996 (zitiert: Thüsing, Außenseiter).

ders.: Anm. zu BAG vom 31.01.1995, EzA Nr. 119 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 7-15.

ders.: Arbeitskampfrisiko, Notdienstvereinbarung und Beschäftigungspflicht – Anmerkung zu neueren Tendenzen der BAG-Rechtsprechung, DB 1995, S. 2607-2609.

ders.: Anm. zu BVerfG vom 14.11.1995, EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG, S. 9-15.

Treber, Jürgen: Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen. Zur Zulässigkeit von Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden unter Berücksichtigung des Funktionszusammenhangs von Privatautonomie, Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht, Diss., Berlin 1995 (zitiert: Treber, Produktionsbehindernde Maßnahmen).

ders.: Anm. zu BAG vom 12.11.1996, EzA Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 11-37.

Umbach, Dieter / Clemens, Thomas: Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 1 (Art. 1-37 GG) München 2002 (zitiert: Umbach/Clemens, GG).

Unterhinninghofen, Hermann: Arbeitskampf und Tarifrecht 1995, AiB 1996, S. 366-375.

ders.: Zum Lohnrisiko bei Streiks im Ausland, AuR 1996, S. 21-23.

Walker, Wolf-Dietrich: Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampf, ZfA 1995, S. 185-228.

Wank, Rolf: Anm. zu BAG vom 10.1.1995, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG, Bl. 180 R-187.

ders.: Grundlagen des Arbeitskampfrechts, Festschrift für Otto Rudolf Kissel, München 1994, S. 1225-1252.

ders.: Zum Vorschlag einer Kodifizierung des Arbeitskampfrechts, RdA 1989, S. 263-270.

ders.: Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Diss., Berlin 1978

(zitiert: Wank, Rechtsfortbildung).

Wassermann, Rudolf (Hrsg.): Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1 (Art. 1-37 GG), 2. Auflage, Neuwied 1989 (zitiert: AK-Bearbeiter).

Weiss, Manfred: Arbeitskampfbedingte Störungen in Drittbetrieben und Lohnanspruch der Arbeitnehmer, AuR 1974, S. 37-49.

Wiedemann, Herbert: Tarifautonomie und staatliches Gesetz, Festschrift für Eugen Stahlhacke, Neuwied, Kriftel, Berlin 1995, S. 675-692.

ders.: Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, S. 321-336.

Wiedemann, Herbert / *Stumpf*, Hermann: Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften, Kommentar, 5. Auflage, München 1977 (zitiert: Wiedemann/Stumpf, TVG).

Wissmann, Hellmut: Buchbesprechung, Kollektives Arbeitsrecht (Gamillscheg), AuR 1998, S. 76-77.

Zachert, Ulrich: Gem. Anm. zu BAG vom 27.06.1995 und 11.07.1995, AiB 1996, S. 308-315.

Zöllner, Wolfgang: Die Fortentwicklung des Richterrechts zum Arbeitskampf, insbesondere zur Aussperrung, DB 1985, S. 2450-2459.

Zöllner, Wolfgang / *Loritz*, Karl-Georg: Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998 (zitiert: Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht).