

Dr.Vera Slupik, Hamburg

Die Aussperrung und ihr Verbot in der Hessischen Landesverfassung
(Vortrag an einer Hessischen Hochschule, o.O.,o.J.)

Die Aussperrung und der Streik sind die Mittel, die im Arbeitskampf von den sozialen Gegenspielern, von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden eingesetzt werden, um bei dem Abschluß von Tarifverträgen ein ihnen günstiges Ergebnis zu erzielen.

Das Arbeitskampfrecht hat seine Grundlage im Arbeitsrecht, dessen Anfänge für die moderne juristische Diskussion im vorigen Jahrhundert liegen.Es ist das kollektive Arbeitsrecht, nicht das Individualarbeitsrecht, dessen Bestandteil das Arbeitskampfrecht ist.

Arbeitskämpfe seit der Industrialisierung in Europa haben die Arbeiter auf der einen Seite und die Unternehmen auf der anderen Seite in hohem Maße beschäftigt.Und nicht nur das:auch der Staat und die Wirtschaft als ganze, aber auch die Gesellschaft sind häufig mit Arbeitskämpfen konfrontiert worden.

Die Wurzeln der heutigen Diskussion über Streik und Aussperrung und ihre Wirkungen liegen in der Weimarer Verfassung, die als erste Deutsche Verfassung einen an dem Rechtsstaatsprinzip orientierten Grundrechtskatalog gekannt hat, der als ein System ausgestaltet ist und daher schon die Möglichkeit bot, auch den Arbeitskampf als eine gewaltige soziale Kraft zu erfassen.Und mehr noch, die gesamte Verfassung ist ein System, nämlich ein System von Rechtssätzen.

Streik und Aussperrung sind also altüberkommene Kampfmittel.Ihre rechtliche Einordnung war aber noch bis zum Beschluß des großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.1955 weitgehend ungeklärt.Erst mit dieser Entscheidung ist der Streik als legitim erachtet worden.

1.

Die Legitimität und Legalität des Arbeitskampfes und der Mittel mit denen sie ihn austragen, wird vor allem daran diskutiert, daß zuvor der Streik als Bruch des Arbeitsvertrages verstanden wurde, weil nach dem Individualarbeitsrecht, also nach § 611 BGB "derjenige, welcher Dienste zusagt,zur Leistung der versprochenen Dienste"(..) "verpflichtet"ist.

Für den Fall, daß jemand, nämlich ein einzelner die Arbeit niederlegt, um auf diese Art und Weise einer Lohn- und Gehaltsforderung größeres Gewicht zu verleihen, bricht er den Vertrag, weil er seine Dienste nicht anbietet und der andere Teil, nämlich das Unternehmen bei dem er beschäftigt ist, muß die vereinbarte Vergütung nicht zahlen.

Anderes gilt, wenn man sagen könnte, daß der Lohn, vielleicht wegen des Ablaufs längerer Zeit in der das Arbeitsverhältnis bereits besteht, im Vergleich zum Marktlohn so niedrig ist, daß er die Grenze der Sittenwidrigkeit erreicht.Dann ist der Vertrag nichtig und es müßte zwischen den Vertragsparteien ein neuer Vertrag ausgehandelt werden.

Etwas anders sieht es im Arbeitsverhältnis aus, in dem die Beteiligten durch Verbände organisiert sind und einen Teil ihrer privatautonomen Handlungsmacht an den Verband quasi abgegeben haben.Dann sind sie an das gebunden, was ihre Verbände miteinander aushandeln oder zumindest dürfen sie nicht schlechtere Bedingungen, insbesondere Vergütung, vereinbaren als es der Tarifvertrag vorsieht, der von den Verbänden ausgehandelt worden ist.Zugunsten des Beschäftigten darf abgewichen werden, damit sich das Unternehmen, das in der Lage ist, einen höheren Lohn zu zahlen, in der Konkurrenz um die besten Arbeitskräfte durchsetzen kann (§ 4 Abs.3 TVG).

Außerdem - und das kommt hinzu - geben die Unternehmen den Beschäftigten die Chance, ihre Dienste als Leistung überhaupt zu erbringen und dafür eine Vergütung zu erhalten.Daher sind sie ihnen aus gesamtwirtschaftlicher Sicht gesehen wirtschaftlich unterlegen.Die wirtschaftliche Übermacht der Unternehmen als Arbeitgeber und ihre Möglichkeit in Sachen manpower durch höhere Zahlung als die anderen Unternehmen Konkurrenzvorteile

zu erhalten, führt dazu, daß von dem Tarifvertrag zugunsten der Beschäftigten abgewichen werden darf. Man kann also bei tarifgebundenen Unternehmen oder in solchen Branchen in denen der Tarifvertrag durch den Bundesarbeitsminister nach § 5 TVG i.V.m. § 4-12 DVO TVG allgemeinverbindlich erklärt worden ist von einer Überformung des Individualarbeitsverhältnisses durch den Tarifvertrag sprechen.

Nach § 1 TVG regelt der Tarifvertrag Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien und enthält Rechtsnormen, die den Inhalt, den Abschluß oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, unmittelbar und zwingend gelten zwischen den beiderseits Tarifgebundenen.

Die in Verbänden organisierten Beschäftigten und Arbeitgeber sind also nicht frei in der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, sondern an die von den Verbänden ausgehandelten Ergebnisse gebunden. Das hat den Vorteil, daß sie im Konfliktfall nicht alleine stehen, sondern auf die Verbandsmacht ihrer Koalition vertrauen können. Ist zum Beispiel ein Tarifvertrag ausgelaufen und haben sich die Lebenshaltungskosten erhöht, so besteht die Möglichkeit, daß in einem neuen Tarifvertrag höhere Löhne ausgehandelt werden. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, daß Art. 9 III GG in seinem Kernbereich bloß stillschweigend Tarifautonomie mitgarantiert, so darf der Gesetzgeber sie doch nicht beseitigen, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung im vierten Band judizierte.

2.

Daß die Tarifautonomie auch durch einfaches Gesetz anerkannt ist, geht aus dem Tarifvertragsgesetz hervor, das den Tarifvertragsparteien das Recht gibt, Tarifverträge mit bindender Wirkung abzuschließen, die unmittelbar und zwingend gelten. Sie haben daher zwischen den Beteiligten quasi Gesetzeskraft. Aus dem Tarifvertragsgesetz geht aber die Legitimität und Legalität des Streiks nicht dem Wortlaut nach hervor. § 4 Abs. 5 sagt sogar, daß nach Ablauf des Tarifvertrages seine Rechtsnormen weitergelten. Weil das der Fall ist, kann man nicht aus der Beendigung des tarifvertraglichen Verhältnisses schließen, daß auch die Teile des Arbeitsvertrages, die auf dem Tarifvertrag fußen, nicht mehr gelten. Der Arbeitsvertrag wird also durch Beendigung des Tarifvertrages durch Zeitablauf nicht in den durch Tarifvertrag bestimmten Teilen suspendiert. Sie gelten weiter.

Man wird aber, wenn ein Tarifvertrag ausgelaufen ist, sagen dürfen, daß - wie im Vertragsrecht üblich, jedenfalls bei Dauerschuldverhältnissen, die Nachverhandlungspflichten vorsehen und quasi unbegrenzt angelegt sind - neue Verhandlungen stattfinden und im Vorfeld des Vertrages es möglich sein muß, daß die "Truppen" der Vertragsschließenden die Verhandlungsmacht ihrer Partei stärken möchten. Auch bei anderen Verträgen, z.B. Staatsverträgen oder Verträgen zwischen Unternehmen oder Verträgen wie sie der besondere Teil des BGB kennt, findet eine solche Verstärkung statt.

Die Rechtsordnung kennt unterschiedliche Möglichkeiten, den Abschluß von Verträgen im Vorfeld wegen des Einsatzes von Mitteln zu beeinflussen, um ein möglichst günstiges Ergebnis für die eigene Partei oder Seite zu erzielen. Es gibt unterschiedliche Formen, auf den Vertragspartner Druck auszuüben, damit er in dem eigenen Interesse nachgibt. Wenn man also z.B. den Streik ausruft oder alle Beschäftigten im Vorfeld des Abschlusses des Tarifvertrages aussperrt, so erhofft man sich davon, daß die andere Seite bei den Verhandlungen nachgibt. Man könnte aber, denkt man an den einzelnen Arbeitsvertrag, zwar nicht von einer Suspendierung oder Kündigung der ausgelaufenen Vertragsbestandteile wegen Zeitablaufs sprechen, sondern das Arbeitsverhältnis insgesamt durch den Streik als beendet ansehen, weil der Beschäftigte seiner Leistungspflicht nicht nachkommt.

Diese Auffassung ist bis zur Entscheidung des BAG im ersten Band auch vertreten und durchgesetzt worden, selbst wenn nach Beendigung des Arbeitskampfes die Beschäftigten wieder neu eingestellt würden.

Allerdings vernachlässigt das den kollektivrechtlichen Gesichtspunkt. Meint man, daß der durch Verbandsmacht gebundene Beschäftigte bloß seiner Leistungspflicht nicht nachkommt und der in einem Arbeitgeberverband organisierte Arbeitgeber seiner Zahlungspflicht nicht, wenn er aussperrt, so begreift man nicht die kollektivrechtliche Über-

formung des Individualarbeitsverhältnisses. Die Beschäftigten, die streiken, sind durch den Streikbeschluß gebunden und die Verhandlungen wirken bereits in das einzelne Arbeitsverhältnis bzw. Beschäftigungsverhältnis hinein, denn die Fortwirkung des Tarifvertrages wird bloß fingiert und damit auch die Teile des Arbeitsvertrages, die durch den Tarifvertrag ausgefüllt wurden, und die nicht mehr dem Willen der Tarifvertragsparteien entsprechen. Daher muß man die Leistungsverweigerung in einem anderen Licht sehen, nämlich unter kollektivrechtlichen Aspekten.

Selbst wenn man der Meinung ist, daß in dem Streik eine Kündigung auf individualrechtlicher Ebene liegt und zwar durch faktisches Verhalten und konkludentes Handeln, so besteht nach dem Abschluß des Tarifvertrages ein Anspruch auf Wiedereinstellung. Man könnte auch von einer suspendierenden Wirkung des Streikbeschlusses oder des Streiks sprechen, daß für die Zeit des Streiks das Arbeitsverhältnis ausgesetzt wird. Im Rahmen des Individualarbeitsrechts ist das deswegen möglich, weil hinsichtlich der Willenserklärungen im besonderen Teil des BGB, bei den besonderen Schuldverhältnissen, zwar Vorschriften vorgesehen sind, die durch die Vertragspartner nicht abbedungen werden können, aber in dem Rahmen, den sie stecken, ist es möglich, auch andere Willenserklärungen abzugeben. Ein Streikbeschluß oder auch das Fernbleiben vom Arbeitsplatz kann nicht als Willenserklärung i.S. einer Kündigung, sondern nur einer Suspendierung mit dem Ziel verstanden werden, es wieder aufzunehmen, wenn der neue Tarifvertrag abgeschlossen ist. Selbst wenn die Hauptpflichten des Vertrages, Leistungs- und Zahlungspflicht betroffen sind, so reicht wohl der Wille zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich, um es als solches bestehen zu lassen. Obwohl es der Streik als ein Recht der Beschäftigtenseite ist, um dessen Anerkennung durch staatliches Recht immer wieder gerungen wurde, ist auch die Aussperrung als ein Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeber betroffen.

Auch die Aussperrung kann man begreifen als einen Versuch, sich bei den Tarifverhandlungen eine bessere Position zu verschaffen. Die Beschäftigten dürfen ihre Arbeitsplätze nicht aufsuchen und die Zahlung des Lohnes wird verweigert, damit sich die Unternehmen einen Verhandlungsvorteil erkämpfen. Bei dem Streik bietet der Beschäftigte seine Arbeitskraft nicht an und bei der Aussperrung nimmt der Arbeitgeber ein Angebot nicht an, das die Beschäftigten machen. In beiden Fällen steht grundsätzlich nämlich eine individualrechtliche Verpflichtung: Der Arbeitgeber wird bereits durch das Anbieten der Dienste, der Leistung zur Zahlung verpflichtet und der Arbeitgeber wird frei von seiner Zahlungspflicht, wenn der Beschäftigte nicht anbietet.

Auch bei der Aussperrung muß es zu einer rechtlichen Einordnung kommen. Die Verweigerung der Zahlung und das Verbot für den Beschäftigten, seinen Arbeitsplatz betreten zu dürfen, könnte als Lösung des Arbeitsverhältnisses aufgefaßt werden. Dann liegt in diesen Handlungen eine Kündigung. Ebenso wie beim Streik wird man aber auch bei der Aussperrung davon ausgehen können, daß ein tarifgebundener Arbeitgeber bloß Druck auf die Verhandlungen zu seinen Gunsten ausüben möchte. Seine Absicht besteht nicht darin, das Arbeitsverhältnis mit dem Ausgesperrten zu lösen. Man wird also davon sprechen können, daß das Arbeitsverhältnis suspendiert ist bis der Tarifvertrag abgeschlossen ist.

Wird allerdings ausdrücklich von der einen oder anderen Seite zum Ausdruck gebracht, daß das Arbeitsverhältnis beendet sein soll, es also gelöst sein soll, dann ist das so. Es kommt dann nur eine Wiedereinstellung in Betracht und womöglich wird durch Tarifvertrag bestimmt, daß eine Wiedereinstellungspflicht besteht.

Die Aussperrung unterscheidet sich an einem wesentlichen Punkt vom Streik. Während das Unternehmen Eigentümer eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes ist und durch die Rechtsordnung als Einrichtung in hohem Maße geschützt und wirtschaftlich als Vertragspartner jedenfalls in der Regel stärker gesichert ist als der

einzelne Beschäftigte, hat derjenige, der durch Arbeitsvertrag verpflichtet ist, häufig keine andere Möglichkeit als die, seine Dienste zu versprechen, damit ihm die vereinbarte Vergütung gewährt wird und er davon seinen Lebensunterhalt bestreiten kann. Die Aussperrung könnte ihn also stärker treffen als das Unternehmen durch den Streik des einzelnen betroffen wird. Wenn die Lebenshaltungskosten steigen, könnte nach Ablauf eines Tarifvertrages der Streik durch die Koalition der Beschäftigten als ultima ratio begriffen werden mit dem als Kampfmittel Druck auf die Arbeitgeberseite ausgeübt wird, damit der Lebensunterhalt der Beschäftigten in dieser Branche gesichert ist. Die Aussperrung dagegen ist ihrer Natur nach eher reaktiv. Sie ist Reaktion auf das Kampfmittel der Beschäftigten, selbst dann wenn sie betätigt wird bevor es schon zum Streik gekommen ist. Das geschieht, um sich von vornherein des Drucks des sozialen Gegenspielers zu erwehren.

Zwar kennt das deutsche Arbeitsrecht keine scala mobile, wie das italienische, aber auch hier ist der Tarifvertrag befristet, damit er den neuen Verhältnissen nach einer gewissen Zeit angepaßt werden kann. Die Befristung beugt einem Wegfall der Geschäftsgrundlage vor. Sie ist daher, weil die Bedingungen sich an der Verbesserung zugunsten der Beschäftigten orientieren oder auch an ihrer Absicherung, eine Regelung zugunsten der Vereinigung der Arbeitnehmer oder auch der Beschäftigten in den tarifgebundenen Betrieben. Die Aussperrung ist das Kampfmittel, das entweder auf das Kampfmittel der Beschäftigten, nämlich den Streik, reagiert oder präventiv den Druck verhindert, der durch einen Streik entstehen würde.

3.

Weil die Aussperrung reaktiv ist, also auf das von den an der günstigeren Gestaltung interessierten und womöglich angewiesenen Beschäftigten Kampfmittel reagiert, könnte man, orientiert am Gerechtigkeitsmaßstab, auf den Gedanken kommen, daß sie grundsätzlich übermäßig oder auch, bringt man den Gedanken der Sittenwidrigkeit ins Spiel, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Denn mit welchen Mitteln sollen die Beschäftigten auf die Aussperrung reagieren, sind die Unternehmen doch schon in der Vorhand?!

Solche Gedanken werden verstärkt durch den Gesichtspunkt, daß Tarifverträge inter partes bindende Kraft derogierender Art haben, also unmittelbar und zwingend gelten wie Gesetzesrecht, das nicht abdingbar ist. Weil die Tarifvertragsparteien damit quasi Gesetzgebungsmacht haben und das durch die Möglichkeit der Allgemeinverbindlichkeits-(Antragsrecht) noch verstärkt wird, könnte man auch an eine Bindung an das Rechtsstaatsprinzip oder den Gleichheitssatz denken, jedenfalls vom Rechtsgedanken her.

Daß dabei das Kampfmittel Aussperrung für ungleichgewichtig oder ungerecht gehalten wird, weil es der Koalition der Arbeitgeber eine zu günstige Position verschafft auf die die andere Seite gar nicht mehr druckfördernd reagieren kann, könnte wegen der Ausnahme von der Bindung an den Tarifvertrag einleuchtend sein, die nur zugunsten der Beschäftigten den Arbeitsvertrag gestalten darf. Dem liegt nämlich die Vorstellung wirtschaftlicher Übermacht zugrunde.

Es gibt aber Gründe, die daran zweifeln lassen, daß man solche Gleichheitsüberlegungen oder Gleichgewichtsüberlegungen überhaupt ins Spiel bringt. Das Tarifvertragsgesetz, aber auch die Aushandlung der Tarifverträge selbst finden nicht im Verhältnis zwischen Staat und Bürgern statt, sondern unter Gleichgeordneten. Nimmt man den schon sehr alten, vor der an Rechtsstaat und bindenden Grundrechten orientierten Gestaltung von Verfassung vorhandenen Rechtsgeltung zur Kenntnis, eben den Maßstab der Sittenwidrigkeit, so ist dort zwar der Gerechtigkeitsmaßstab vorhanden. Aber bloß das in hohem Maße Ungerechte, das, was sozial, also für das Leben der Menschen nicht mehr erträglich ist, weil die Chance der einen Seite, ein Angebot annehmen zu können, das auch nur an der unteren Grenze liegt, dadurch vernichtet würde, führt zur Unwirksamkeit der Willenserklärung. Denn diese Chance soll, damit es zu Vertragsabschlüssen als handlungsautonomen Grundlagen

des Arbeitslebens kommt, geschützt werden.

Es liegt jedenfalls nicht von vornherein auf der Hand, daß an diesem Maßstab gemessen, die Aussperrung zu verwerfen ist. An privatrechtlichen, an der Freiheit des Vertrages orientierten Maßstäben ist eher das Gegenteil der Fall.

Die Paritätsüberlegungen, Begriffe wie Waffengleichheit und Kampfparität entstammen daher auch stärker dem öffentlich-rechtlichen Denken, weil die gesetzesähnliche Kraft der Tarifverträge nicht außer acht gelassen werden darf. Auch dann erscheint es, dem folgt auch die Rechtsprechung, nicht unbedingt folgerichtig, jede Aussperrung, dieses Kampfmittel grundsätzlich also, als imparitatisch, als nicht gleichgewichtig, zu verwerfen.

Man könnte zum Beispiel das Günstigkeitsprinzip, das zugunsten der Beschäftigten eine Abweichung von dem Tarifvertrag gestattet, wie es vor allem bei der Arbeitszeit zum Prüfstein geworden ist, auch so verstehen, daß es der Verhandlungsmacht des Einzelnen im tarifgebundenen Betrieb oder der Betriebsvereinbarung überlassen bleibt, ein für sich selbst oder die Belegschaft günstigeres Ergebnis zu erzielen. Die Arbeitgeberseite sieht sich also auch hier mit dem Druck der Beschäftigten konfrontiert, selbst wenn diese nicht in Form von Streiks stattfinden mag, so daß die Aussperrung generell nicht von vornherein ein Arbeitskämpfungsmittel sein muß, das der anderen Seite alle Mittel aus der Hand schlägt und sie kampfunfähig macht; dann könnte nur noch ein Verhandlungsergebnis erzielt werden, das in jeder Hinsicht unbillig ist, und von "Equity" wäre keine Rede mehr. Es mag auch Streikformen geben, die die Produktionsanlagen der Unternehmen bei Einsatz geringer Streikkapazität stilllegen, so daß der Produktionsausfall hoch, der Druck auf die Arbeitgeber daher wächst, dagegen die Zahlung der Streikgelder aus der Kasse der Gewerkschaften gering ist.

Sieht man den Streik als Kampfmittel der Beschäftigten, das wegen der Tradition mit einer differenzierten Taktik und Strategie angewendet wird, kann man die Aussperrung als Kampfmittel nicht grundsätzlich verwerfen dürfen. Unter dem Gesichtspunkt, daß Tarifverträge, wie alle Verträge, grundsätzlich eine konsensuale Grundlage sind, wird man der angegriffenen Seite, auch wenn sie von vornherein wegen ihrer wirtschaftlichen Übermacht in der Vorhand ist, nicht die Möglichkeit absprechen dürfen auf einen vielleicht sehr starken Angriff mit einem synallagmatischen Kampfmittel reagieren zu sollen. Die gesamtwirtschaftlichen Gründe womöglich, die Ursache für die Erhöhung der Lebenshaltungskosten sind, können vielleicht den tarifgebundenen Unternehmen dieser Branche nicht zugerechnet werden. Einzelwirtschaftliche und branchenspezifische Aspekte aber, die zu einer erhöhten Streikbereitschaft und Kämpfen der Beschäftigten führen, z.B. Antwort auf Rationalisierung und Modernisierung, die große Absicherungsbedürfnisse erzeugen, sind möglicherweise jedoch der Konkurrenzfähigkeit auf dem Markt geschuldet, der Gewinnerorientierung im Interesse des Bestandes der Branche und der Unternehmen. Weil gerade sie aber die wirtschaftliche Übermacht der Arbeitgeberseite konstituieren, könnte man hier an eine Begrenzung der Aussperrung erinnern.

Es bietet sich an, an eine konkrete Betrachtungsweise zu denken. Auf einen starken Angriff dürfte man den Arbeitgebern nicht verwehren dürfen, mit dem Kampfmittel zu reagieren, das ihre Position wieder verbessert.

Das folgt aus ihrer Schutzaufgabe zugunsten ihrer Mitglieder.

Solche Überlegungen haben die Arbeitsgerichtsbarkeit dazu bewogen, die Aussperrung als ein legitimes Kampfmittel in gewissen Grenzen zuzulassen. Diese Grenzen werden bestimmt nach Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit, also nach solchen, die im Einzelfall zeigen, ob das Arbeitskämpfungsmittel des Streiks, so es in Anschlag gebracht wird, zulässig ist oder nicht. Geleitet werden solchen Überlegungen durch Begriffe wie Kampfparität und Waffengleichheit, also Konkretisierungen von Art. 2 Abs. 1 GG, dem allgemeinen Gleichheitssatz.

4.

Weil es nur Rechtsbegriffe sind, die diese Überlegungen leiten, die

nicht in einem Gesetz geregelt sind, sondern bloß von Begriffen aus Gesetzen hergeleitet werden, wie man sie im Tarifvertragsgesetz und in der Verfassung vorfindet, könnte man auf den Gedanken kommen, daß die Aussperrung gerade deswegen, weil sie in ihrem Charakter als Arbeitskämpfungsmittel angreifbarer ist als der Streik, in einem Gesetz oder auch das gesamte Arbeitskämpfrecht in einem Gesetz geregelt sein müßte. Der Grundsatz der Bestimmtheit, der Verfassungsrang hat, spricht dafür. Dabei läßt man sich von der Erwägung leiten, daß den Tarifvertragsparteien quasi Gesetzgebungsmacht zukommt und sie in ähnlicher Weise rechtlich gebunden sein müßten wie der Staat im Verhältnis zu den Bürgern. Was immer man von dieser Parallele halten mag, die auch in anderen Bereichen des Vertragsrechts gelegentlich erwähnt wird, sie ist jedenfalls Anlaß dafür, daß in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland immer wieder das Vorhaben, Arbeitskämpfrecht gesetzlich zu regeln, ins Spiel gebracht worden ist. Während der sozial-liberalen Koalition der siebziger Jahre ist ein solcher Entwurf aus der Politik formuliert worden.

Aber auch kürzlich erst brachte man dieses Vorhaben wieder in Form des Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte in die Diskussion, der fast zeitgleich mit einem Gegenentwurf beantwortet worden ist.

Birk, Konzen u. a. haben einen in 40 Paragraphen gegliederten Entwurf vorgelegt, der in 7 Abschnitten zusammengefaßt ist: 1 Allgemeine Vorschriften, 2 Schlichtung, 3 Streik, 4 Aussperrung, 5 Arbeitskämpfrisiko, 6 Verbandsfreie Arbeitskämpfe und 7 Ergänzung des Arbeitsgerichtsgesetzes. Es soll ein Entwurf als Kodifikation mit begrenzter Sachreform sein.

Danach ist in § 1 geregelt, daß Arbeitskämpfe nur zulässig sind zur Durchsetzung von Tarifverträgen und nach § 2 erst nach Ablauf der Friedenspflicht. Mit Ausnahme des bis zu einstündigen Warnstreiks (§ 23) sind sie ultima ratio (§ 4) und müssen sich grundsätzlich auf den fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrages beschränken (§ 5).

Eine Urabstimmung ist nicht vorgesehen; ohne eine solche aber sind die Mitglieder des Verbandes nicht zur Beteiligung verpflichtet (§ 6). Regelungsziel, Kampfmaßnahmen sind der anderen Partei gegenüber klarzustellen, Kampfmaßnahmen 12 Stunden vorher anzukündigen (§ 7). Übermaßverbot gilt für den konkreten Arbeitskampf und konkrete Arbeitskämpfmaßnahmen (§ 2). Nur mit friedlichen Mitteln darf für den Arbeitskampf geworben werden (§ 8). Die Kampfparteien müssen den Arbeitskampf überwachen (§ 9) und für die Erhaltungs- und Notstandsarbeiten sorgen (§§ 10, 11). Das Schlichtungsverfahren nach § 4 ist auf Antrag einer Partei vorgesehen. Vor diesem dort geregelten genießen tarifliche Schlichtungsordnungen Vorrang (§ 13).

Ein Recht, die Arbeitsleistung einseitig zu suspendieren, haben die Arbeitnehmer und sie haften bei Beteiligung an unzulässigen Arbeitskämpfmaßnahmen wegen Vertragsverletzung nur anteilig, anders als bei unerlaubten Handlungen (§ 24).

Suspendierende Aussperrung als Abwehr- und Angriffsaussperrung wird zugelassen, allerdings schrumpft die lösende auf eine Restgröße (§§ 25-28). Nach § 30 wird das Arbeitskämpfrisiko den Arbeitnehmern aufgebürdet, was aber dispositives Recht ist. Verbandsfreies Streikrecht ist an enge Voraussetzungen geknüpft (§ 34).

Dagegen ist von Heinze ein Entwurf in Form eines Novellierungsvorschlags für das TVG vorgelegt worden. Die rechtspolitische Diskussion wird aber das Recht de lege lata nicht außer acht lassen dürfen, z. B. daß es Rechtssätze in Gesetzen gibt, die bereits Arbeitskämpfrecht regeln. Ein Beispiel dafür findet sich in der Hessischen Verfassung.

5.

In der Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946 sind im ersten Hauptteil die "Rechte des Menschen" geregelt. In seinem dritten Abschnitt konstituierte der Verfassungsgeber "Soziale und wirtschaftliche Rechte und Pflichten", die in Art. 29 in fünf Absätzen subjects des kollektiven und des Individualarbeitsrechts regeln.

In dem letzten Absatz von Art.29 heißt es:"Die Aussperrung ist rechtswidrig".Welche Bedeutung hat diese Vorschrift?

6.

Das könnte sich aus dem Zusammenhang zu den anderen Absätzen ergeben und zu dem Absatz 1 von Art.28, der lautet:"Die menschliche Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Staates."

Im ersten Absatz von Art.29 heißt es:"Für alle Arbeiter und Angestellten ist ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen".In seinem zweiten Absatz steht, daß Gewerkschaften und Unternehmen bzw. Arbeitgeberverbände berechtigt sind, "Gesamtvereinbarungen", also Tarifverträge, abzuschließen.Von diesen darf nur zugunsten der Beschäftigten abgewichen werden.Später - in Absatz 4 - ist das Streikrecht für rechtmäßig erklärt, wenn die Gewerkschaften den Streik erklären.Man könnte also meinen, daß für den Fall eines Konflikts, nämlich eines Streites zwischen den Tarifvertragsparteien, der sich auf den Abschluß solcher Gesamtvereinbarungen bezieht, Gewerkschaften in Hessen einen Streik erklären können, der dann rechtmäßig ist, aber Unternehmen oder Arbeitgeberverbände keinen Aussperrungsbeschluß fassen dürfen oder besser gesagt:nicht aussperren dürfen.

Verbietet Art.29 Abs.5 der Verfassung von Hessen die Aussperrung generell?

7.

Dagegen könnte sprechen, daß das Grundgesetz und die Verfassungen anderer Bundesländer die Aussperrung gar nicht erwähnen, dort etwas andere Bestimmungen formuliert sind und das vielleicht auch für die Rechtslage in Hessen bedeutungsvoll ist.Das stellt man durch Auslegung fest.Diese muß freilich im einzelnen unter Beachtung der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und des Bundesverfassungsgerichts geschehen:

Art.9 Abs.3 S.1 GG sagt, daß das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, für jedermann und alle Berufe gewährleistet ist.

Nach dem Mitbestimmungsurteil vom 1.März 1979 ist die Koalitionsfreiheit ein Freiheitsrecht und zwar ein Freiheitsrecht der sozialen Gegenspieler im Verhältnis zu Dritten und dem Staate gegenüber.Die Gewährleistung durch die Bundesverfassung und den Satz 2, in dem es heißt, daß Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, nichtig bzw. hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig sind, sprechen dafür.In diesem Freiheitsrecht könnten Arbeitgeberverbände in Hessen beeinträchtigt sein, wenn man alle Arbeitskämpfungsmittel zunächst einmal diesem Freiheitsrecht als Inhalt zurechnet.

Das ist auch folgerichtig, denn die Grundrechte sind in erster Linie als Abwehrrechte zu verstehen.Obwohl nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts in Art. 9 Abs.3 GG keine Garantie des Bestandes des gegenwärtigen Tarifvertrags- und Arbeitskämpfungssystems enthalten ist, so umfaßt dieser Grundgesetzartikel doch eine Garantie staatsfreier Koalitionsbetätigung, damit die Parteien oder auch Partner Tarifverträge abschließen können. Denn der Staat hat seine Regelungszuständigkeit für diesen Bereich weit zurückgenommen.Hält man an diesem Gedanken des Bundesverfassungsgerichts fest, so stellt sich das Verbot der Aussperrung in der Hessischen Verfassung als Gebrauchenmachen von einer sonst regelungsfreien arbeitsrechtlichen Betätigung dar.Art.29 Abs1. HessVerf enthält sogar den Auftrag, ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen, ebenso wie Art.50 Abs.1 BremVerf und Art.54 Abs1. S.1 Rheinland-Pfälz.Verf.

8.

Was sind dagegen Gründe deretwegen der Hessische Verfassungsgeber das Aussperrungsverbot konstituiert hat?Das kann nur darauf zurückzuführen sein, daß er offenbar bei der Verfassungssetzung der Meinung war, daß man zum Zwecke der Gleichgewichtigkeit, also wegen des Gleichgewichts zwischen den Tarifvertragsparteien, dieses Druckmittel für die Arbeitgeberseite verbieten müsse.Ist nicht auch im individuellen Vertragsrecht wegen des Synallagmas Vertragsfreiheit, also privatautonome Handlungsmacht, eingeschränkt, weil der Vertrag sonst sittenwidrig sein könnte? Läßt man die Parallele zum Vertragsrecht nur begrenzt zu, weil die Arbeitskämpfungsmittel in Anschlag gebracht werden, bevor der Vertrag abge-

geschlossen ist, also das vorvertragliche Vertrauensverhältnis betroffen wird, so ist doch der zugrundeliegende Gedanke womöglich übertragbar, daß die Gegenseitigkeit des Vertrages erst hergestellt ist, wenn sich die Angebote decken, sie also kongruent sind und daß im vorvertraglichen Verhältnis auch vorvertragliche Vertrauenspflichten existieren, die u.U. sogar gescheiterten Vertragsverhandlungen nachwirken.

Wenn es um Verträge geht, also auch Tarifverträge, liegt es doch nahe, ebenso zu verfahren, und zwar vor allem deshalb, weil es nicht bloß um Individual-, sondern um Kollektivverträge geht. Gerade weil auch Vertrauensschutzgründe dafür sprechen, von diesen nur zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden darf, ist der Verfassungsgeber wohl von einer schwächeren Stellung der Arbeitnehmerseite ausgegangen. Denn mit dem Aussperrungsverbot sollten wahrscheinlich alle Arten dieses Arbeitskämpfungsmittels gemeint sein, also nicht bloß die Angriffs-, sondern auch die Abwehraussperrung in Form der Kündigungsaussperrung oder der suspendierenden Aussperrung. Der Wortlaut von Art. 29 letzter Absatz spricht wegen seiner nicht eingeschränkten Formulierung dafür, daß die Aussperrung ganz generell erfaßt ist.

Daß das Land Hessen das Aussperrungsverbot in seiner Verfassung geschaffen hat, und zwar zu einem Zeitpunkt, als es das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland noch gar nicht gab, resultiert aus der verfassungsgebenden Gewalt des Landes Hessen. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Aussperrungsentscheidung vom 10.6.1980 aber judiziert, daß Art. 29 Abs. 5 HessVerf als generelles Aussperrungsverbot keine Geltung haben könne, weil sie als Reaktion auf besondere Kampftaktiken der Gewerkschaften paritätisch ist, ihr Verbot also zur Störung der Verhandlungsparität führen kann. Das Bundesarbeitsgericht begründet diese Auffassung mit dem Inhalt von Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 31 GG. Nach Art. 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht und geht diesem vor. Das dem Art. 29 Abs. 5 HessVerf vorgehende ist im Konfliktfall Art. 9 Abs. 3 GG.

Dagegen ist jedenfalls nicht einzuwenden, daß der Grundsatz, Bundesrecht bricht Landesrecht, nicht einschlägig ist, weil der Bundesgesetzgeber kein Arbeitskampfgesetz geschaffen hat, demnach Aussperrung und Streik nicht durch einfaches Bundesgesetz geregelt sind. Denn ihre Grundlage findet die zulässige Abwehraussperrung in Art. 9 Abs. 3 GG oder jedenfalls verbietet Art. 9 Abs. 3 GG diese nicht und hält sie daher wegen der in der Koalitionsfreiheit verbürgten Tarifautonomie, die auch durch § 1 TVG bestätigt wird, für verträglich mit diesen Vorschriften. Das hat das Bundesarbeitsgericht mit bindender Wirkung für alle Arbeitsgerichte in der Bundesrepublik festgestellt.

Freilich könnte man darüber nachdenken, ob Art. 31 GG als Kollisionsregelungsnorm überhaupt betroffen ist, denn das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil zum Bundeszwang vom 29.1.74 entschieden, daß die "Länder frei sind in der Ausgestaltung ihrer Verfassung, soweit nicht das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 1 und 2 oder in anderen Vorschriften für bestimmte Tatbestände etwas anderes vorschreibt." Diese Freiheit des Gliedstaates, seine Verfassung gleich oder auch ungleich der Bundesverfassung auszugestalten, führt dazu, daß Art. 31 GG nicht die Kraft hat, die landesverfassungsrechtlichen Vorschriften zu brechen. Weil die Vorschrift des Art. 9 Abs. 3 GG viel allgemeiner formuliert ist als die einschlägigen Bestimmungen der hessischen Verfassung, könnte man meinen, daß von dieser hier vom Bundesverfassungsgericht gemeinten Freiheit Gebrauch gemacht worden ist.

Aus dem 5. Leitsatz, wonach inhaltsgleiches Landesverfassungsrecht Bundesverfassungsrecht nicht bricht, kann man zumindest schließen, daß der verfassungsmäßigen Ordnung eine Tendenz zur Harmonie innewohnt. Das ergibt sich auch aus dem Bundesstaatsprinzip. Erstreckt sich diese Freiheit ebenso auf die unterschiedliche wertende Beurteilung, wie sie offenbar in der Frage der Paritätsregelung für die Kampfmittel der sozialen Gegenspieler vorgenommen sein könnte? Das ist möglicherweise der Fall, aber auch dann ist folgendes zu beachten:

9.

Es liegt nahe, das Aussperrungsverbot der Hessischen Verfassung orientiert

an dem auch für die Bundesrepublik insgesamt geltenden Arbeitsrecht nach Art.9 Abs.3 GG auszulegen.Art.31 GG wird in der Art und Weise angewendet, daß der Inhalt des Bundesrechts dem Recht aus der Verfassung von Hessen vorgeht.Es ist also zu ermitteln, ob sie ihm vorgeht.Dann findet nämlich die Kollisionsnorm Anwendung.

Man darf deswegen die bundesrechtliche Regelung der Aussperrung niemals bei der Auslegung des Art.29 Abs.5 GG hinwegdenken.Auch über Art.142, 125, 123 GG kommt man zu keiner anderen Lösung.

10.

Selbst wenn man die Aussperrung begreift als in gewissen Formen durch Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie geprägt, wie sie Art.9 Abs.3 GG statuiert und sie als Kampfmittel in dieser Verfassungsvorschrift über diese beiden Begriffe bloß verortet und nicht geschützt sieht, so ist sie jedenfalls der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art.2 Abs.1 GG als Recht erwachsen.

Gerade dann, aber auch als Kampfmittel zur Sicherung der Tarifautonomie nach Art.9 Abs.3 GG i.V. m. § 1 TVG, spielt die Tatsache eine Rolle, daß der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat, ein Arbeitskämpfrecht in Form eines einfachen Gesetzes zu verabschieden.Deswegen könnte der Spielraum für die Auslegung des Art.29 Abs.5 HessVerf größer sein.Teil dieses Spielraumes ist die Argumentationskette, die davon ausgeht, daß die Aussperrung grundsätzlich oder jedenfalls in vielen Formen überparitätisch sei.Im Unterschied zu einer nur formalen Sicht, wird im kollektiven Arbeitsrecht vielfach eine materielle Kampfparität, d.h. eine Betrachtung, die alle Faktoren bei der Bestimmung der Verhandlungsmacht der Tarifvertragsparteien einbezieht,die im weitesten Sinne den Verteilungskampf zwischen den sozialen Gegenspielern tangieren. Diese Auffassung, die von besseren Chancen der Arbeitgeber ausgeht, ihre Verhandlungsziele bei Tarifverhandlungen durchzusetzen, sieht in den Unternehmen, den Betrieben, die größte wirtschaftliche Macht.

Aber selbst wenn man auf diese materielle Betrachtungsweise abstellt, zeigt sich, daß bei Schwerpunktstreiks die Nichtzulassung jeder Aussperrung jedenfalls nicht paritätsherstellend, sondern übermäßig sein kann, begrenzt man Paritätsüberlegungen auf den Tarifvertrag als Ziel des Arbeitskampfes, so ist jedenfalls die herrschende Meinung. Diese Überlegungen führen aber nicht dazu, daß Art.29 Abs.5 HessVerf anders ausgelegt wird als es im Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland sonst der Fall ist.Gerade weil der Bundesgesetzgeber kein gesondertes Aussperrungsgesetz geschaffen hat, kann die Auslegung nur dem Weg folgen wie er auch sonst eingeschlagen wird.

Freilich sind solche Gedanken, unabhängig davon, ob man der herrschenden Meinung folgt oder von ihr abweichen möchte, nicht geeignet, einen Spielraum bei der Auslegung von Art.29 Abs.5 GG auszufüllen, der daherrührt, daß der Bundesgesetzgeber dies nicht errichtet hat.Es müßte nämlich ein zulässiges Differenzierungskriterium angesichts der bereits durch die Bundesverfassung getroffenen Regelung sein.Das sind wohl eher landsmannschaftliche Aspekte, eben solche, die das Land Hessen in seiner historischen und geographischen Eigenart besonders prägen.Dieser Gesichtspunkt kann aber wohl nicht durchgreifen, denn auch andere Verfassungen von Ländern der Bundesrepublik Deutschland sind einem solchen Arbeitsrecht verpflichtet.Und daß Hessen eine aufgrund seiner Kultur oder Geschichte und Geographie besonders ausgeprägte Arbeitskämpftradition hat, die im Vergleich zu anderen Ländern der Bundesrepublik eine solche Abweichung zugunsten der Arbeitskämpfmittel der Arbeiterschaft erlauben, ist fraglich.

Da auch die Hessische Verfassung die Koalitionsfreiheit - wegen der Überschrift des 1.Hauptteils:Rechte der Menschen - als Freiheitsrecht der Tarifvertragsparteien dem Staat gegenüber ausgestaltet hat,dieser folglich aus dem Arbeitskampf herausgehalten werden soll, ist der Auslegungsspielraum unter den gegebenen Bedingungen nicht erweitert.

Als Zwischenergebnis nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10.6.1980 ist festzuhalten, daß "ein generelles Aussperrungsverbot mit den tragenden Grundsätzen des geltenden Tarifrechts für unvereinbar und deshalb für unzulässig erklärt"(wird)."Das gilt auch für das Aus-

sperrungsverbot des Landes Hessen."Art.29 HessVerf kann aus ganz unterschiedlichen Gründen seine absolute Formulierung nicht einlösen.Vieles von dem, was in der arbeitsrechtlichen Debatte dafür spricht, wird rechtspraktisch zum Übermaßverbot als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

11.

Die in der Entscheidung vom 10.6.1980 eingeschlagene Linie ist vom Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 26.4.1988 bestätigt worden.Es hat judiziert, daß das geltende Tarifrecht, das die durch Art.9 Abs.3 GG geschützte Tarifautonomie konkretisiert, Abwehraussperrungen zuläßt.Das Aussperrungsverbot des Art.29 Abs.5 HessVerf ist zumindest insoweit nichtig, als es um suspendierende Abwehraussperrungen geht.Das Gericht entschied, daß es einen gesetzlichen Anspruch gegen den tariflichen Gegenspieler auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitskämpfmaßnahmen gibt.Dieser ist aus § 1004 i.V.m.§ 823 Abs.1 BGB und Art.9 Abs.3 GG geschützt.Art.9 Abs.3 enthält das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit und verfassungsrechtlich gesichert ist die Existenz- und Funktionsfähigkeit der Koalitionen:Auch ein Mindestmaß an koalitionsmäßiger Betätigung wird gewährleistet.Dazu gehört der Abschluß von Tarifverträgen.Art.9 Abs.3 GG gewährt nicht nur Schutz gegen den Staat, auch gegen private soziale Macht, insbesondere konkurrierende Koalitionen und den sozialen Gegenspieler.Art.9 Abs.3 GG verleiht wegen der verfassungsrechtlich privilegierten Rechtsstellung den Koalitionen Rechtsgutcharakter i.S. von § 823 Abs.1, § 1004 BGB.Es gibt also einen Anspruch gegen den sozialen Gegenspieler, rechtswidrige Arbeitskämpfmaßnahmen zu unterlassen.Wäre das Kampfmittel der Aussperrung im gesamten Bundesgebiet oder doch im Lande Hessen rechtswidrig, ist das Unterlassungsbegehren begründet.Bloßer Druck allein reicht dafür allerings nicht aus.Tarifverträge kommen letztlich nur unter dem Druck möglicher Arbeitskämpfe zustande.Daher gibt es auch kein Recht eines Verbandes auf "druckfreies Handeln".

Das Bundesarbeitsgericht verweist in dieser neuesten Entscheidung zum Aussperrungsverbot in der Hessischen Verfassung auf seine ständige Rechtsprechung seit BAG 1, 291; 23, 292; 33, 140 und 33, 1985, in der die Aussperrung als Kampfmittel zur Erreichung eines tariflich regelbaren Zieles grundsätzlich zulässig ist und zwar im Rahmen der Verhältnismäßigkeit."Andernfalls wäre es nicht gewährleistet, daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch Ausübung von Druck und Gegendruck zum Abschluß von Tarifverträgen" kommt(1.Senat v. 21.4.1971).Nicht eine Tarifvertragspartei "soll" der anderen von vornherein ihren Willen auszwingen können, sondern daß möglichst gleiche Verhandlungschancen bestünden.Auf andere Weise könne die Tarifautonomie unter Ausschluß der staatlichen Zwangsschlichtung nicht funktionieren.Wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat das BAG nur die Aussperrung mit suspendierender Wirkung zugelassen, wie der Große Senat entschieden hat.

Schon in seinem Urteil v.10.6.1980 ist die Zulässigkeit der suspendierenden Aussperrung, ebenso wie in seiner Entscheidung v. 1971 unmittelbar dem Tarifrecht entnommen worden, das in seinem Kernbereich in Art.9 Abs.3 Satz 1 GG garantiert ist und ein Verhandlungsgleichgewicht voraussetzt. Das BAG hält daran zwar fest, weist aber auf den Charakter des Art. 9 Abs.3 GG hin, der nicht nur die individuelle Koalitionsfreiheit, sondern auch den Kernbereich der Koalitionsbetätigung schützt.Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht, so gibt das BAG zu bedenken, in seiner Entscheidung 1975 es sorgfältig vermieden, zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung Stellung zu nehmen.Nachdem das BAG alle anderen möglichen in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen abklopft, bestätigt es seine Auffassung, daß Art.9 Abs.3 GG Grundlage für die Zulässigkeit der Abwehraussperrung ist.

Es ging dann in dem Urteil darum, zu entscheiden, was Inhalt von Art.29 Abs.5 HessVerf ist, der die Aussperrung für rechtswidrig erklärt. Zunächst setzt es sich mit dem Argument auseinander,bloß die lösende Aussperrung sei es, die dieser Verfassungsartikel verbietet.Die Aussperrung, die das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet, war in der Weimarer

Zeit vorherrschend, aber schon damals ist die suspendierende Aussperrung diskutiert worden. Vor dem Inkrafttreten der hessischen Verfassung wurde regelmäßig auch in Hessen lösend ausgesperrt. Daß eine solche Begrenzung durch die Hessische Verfassung vorgesehen ist, müßte sich aus eindeutigen Anhaltspunkten der Verfassung bzw. ihren Motiven ergeben. Das aber ist nicht der Fall. Dieses Verbot richtet sich gegen die Aussperrung insgesamt und differenziert nicht zwischen den beiden Formen derselben.

Das Aussperrungsverbot, und dies ist das Herzstück der Entscheidung, welchen Charakter Art. 29 Abs. 5 HessVerf hat, ist, daß der Verfassungsgeber insgesamt davon ausging, dieses Verbot richtet sich gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht.

In seinen Ausführungen zur Begründung, weswegen Art. 29 Abs. 5 HessVerf kein Grundrecht enthält, sagt es, daß die Aussperrung untersagt worden ist, weil sie als Sonderfall des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht angesehen worden ist, die nach Art. 39 Abs. 1 HessVerf auch in jeder anderen Erscheinungsform verboten war. Man könnte eher sagen, und so argumentiert das Bundesarbeitsgericht auch, daß es den Arbeitgebern gerade ein mögliches Arbeitskämpfungsmittel aus der Hand nehmen möchte, das es in Art. 29 Abs. 4 HessVerf durch Schutz des Streikrechts als Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaften gerade gibt.

Im Ergebnis bleibt das Bundesarbeitsgericht bei seiner Auffassung, das Aussperrungsverbot gem. Art. 9 Abs. 3 GG ist nichtig; soweit nach Bundesrecht die Aussperrung zulässig ist, kollidiert Art. 29 Abs. 5 HessVerf mit dem geltenden bundesrechtlichen Tarifrecht.

12.

Wird diese Auffassung über die Aussperrung und ihr Verbot in der Hessischen Verfassung durch neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts modifiziert? Kürzlich hat das Bundesverfassungsgericht durch den 1. Senat am 26.6.1991 Zulässigkeit und Grenzen der Aussperrung im Anschluß an seine frühere Rechtsprechung bestimmt und die Entscheidung des BAG v. 12.3.1985 zur Aussperrung in der Druckindustrie bestätigt. In diesem Urteil gegen das die Verfassungsbeschwerde erfolglos blieb, wurde entschieden, daß das Recht der Arbeitgeber zur Abwehr begrenzter Teilstreiks am Arbeitskämpfung noch nicht beteiligter Arbeitnehmer aus der Tarifautonomie folgt, die durch §§ 11, 21 TVG und in ihren Kernbereich durch Art. 9 III GG gewährleistet ist.

Arbeitsbedingungen sollen auf kollektiver Ebene ausgehandelt werden, weil zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein typisches Ungleichgewicht besteht, das privatautonomes Aushandeln des Arbeitsvertrages und der Arbeitsbedingungen auf individualrechtlicher Ebene stört und unmöglich macht. Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems setzt voraus, daß im Grundsatz annäherndes Verhandlungsgleichgewicht besteht.

Keine Seite soll also den Inhalt von Verträgen diktieren dürfen.

Der Herstellung von Verhandlungsgleichgewicht dient die Aussperrung zur Abwehr begrenzter Teilstreiks. Arbeitgeber müssen allerdings Verhältnismäßigkeit bei Einsatz der Kampfmittel beachten. Genauer: Alle Arbeitskämpfmaßnahmen müssen verhältnismäßig sein. Es soll damit Kampfparität und Waffengleichheit hergestellt werden. "Die Arbeitskämpfordnung darf keiner Seite solche Vorteile zukommen lassen, aus denen ein nennenswertes Verhandlungsungleichgewicht entstehen könnte. Denn ohne das grundsätzliche Verhandlungsgleichgewicht wäre die autonome Rechtsgestaltung in Gefahr."

Das Bundesarbeitsgericht konkretisiert die Verhältnismäßigkeit an den drei Begriffen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität. "Die Bezeichnung 'Proportionalität' tritt - zur Vermeidung von Mißverständnissen - an die Stelle der bisher gebräuchlichen 'Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne'".

Das Bundesarbeitsgericht stellt bei seiner Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Aussperrung auf den Aussperrungsbeschluß ab und auf die tatsächlichen Verhältnisse. Hier ist es das auffällige Mißverhältnis der Zahl der bestreikten Betriebe und der Streikenden sowie der Zahl der Arbeitnehmer, die ausgesperrt werden. Es waren zweieinhalb mal so viele Arbeitnehmer, die ausgesperrt worden sind als diejenigen, die gestreikt hatten.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 29.6.1991 dieses Urteil bestätigt. Danach gilt die Koalitionsfreiheit (Art. 9 II GG) für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Sie schützt auch die Koalitionen in ihrem Bestand und ihrer Betätigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Soweit die Verfolgung des Koalitionszwecks von dem Einsatz bestimmter Mittel abhängt, werden auch diese vom Schutz der Grundrechte umfaßt. Zu den durch Art. 9 III GG geschützten Mitteln zählen auch Arbeitsk Kampfmaßnahmen, die auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Der Schutz umfaßt unter den gegebenen Verhältnissen jedenfalls Aussperrungen mit suspendierender Wirkung, die in Abwehr von Teil- und Schwerpunktstreiks der Herstellung der Verhandlungsparität dienen. Nach wie vor hält das Bundesverfassungsgericht daran fest, daß offen bleiben kann, ob die Aussperrung zu den geschützten Kampfmitteln des Art. 9 III GG gehört. Sie ist als suspendierende Abwehraussperrung verfassungsrechtlich zwar geschützt, aber "unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Koalition dieses verfassungsrechtlich geschützte Mittel einsetzen darf, ist ebenso wie beim Streik keine Frage des Schutzbereichs, sondern der Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung." Diese Auslegung ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: Obwohl das Wort "Arbeitskämpfe" in Art. 9 III GG genannt wird, die zur Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen geführt werden und die sogar in katastrophen- und verteidigungsempfindlichen Situationen nicht staatlich eingeschränkt werden dürfen, gehören die Mittel des Arbeitskampfes wie Streik und Aussperrung nicht zum Schutzbereich des Grundrechts. Das ist eine für die Auslegung von Freiheitsrechten eng gezogene Schutzbereichsgrenze. Für ihre verfassungsrechtliche Verortung bleibt nur Art. 2 Abs. 1, die allgemeine Handlungsfreiheit. Auch hat das Bundesverfassungsgericht die Verhältnismäßigkeit als Einschränkung für die Arbeitsk Kampfmaßnahmen bestätigt. Eine Beschränkung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen, die das Ziel der Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts bei Tarifaufeinandersetzungen (Verhandlungsparität) verfolgt, ist mit Art. 9 III GG vereinbar. Aussperrungen zur Abwehr von begrenzten Teil- und Schwerpunktstreiks können daher nach Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden. Neu, aber für die Auslegung von Art. 29 Abs. 5 HessVerf nicht von großem Belang, ist die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, daß das BAG nicht dadurch gegen die Verfassung (Art. 9 III, 20 III GG) verstoßen hat, daß es die maßgeblichen Grundsätze des Arbeitsk Kampfrechts entwickelte, ohne sich auf ein gesetzliches Regelungssystem stützen zu können. Das Bundesverfassungsgericht ist der Auffassung, daß die Wesentlichkeitstheorie, die erfordert, daß der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muß, hier nicht einschlägig ist. Der Parlamentsvorbehalt, der die Wesentlichkeitstheorie für die Gesetzgebung konkretisiert, bestimmt, daß das Parlament solche Regelungen selbst schaffen muß, die das Verhältnis des Staates zu den Bürgern gestalten. Der Staat darf in weiten Bereichen nur tätig werden, wenn er durch ein vom Parlament erlassenes Gesetz dazu ermächtigt wird. In diesem Fall geht es jedoch "um das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger". Die Gerichte sind bloß berufen auf Grundlage des geltenden Rechts über Konflikte zwischen den sozialen Gegenspielern zu entscheiden und diese wiederum sind an das Gesetz gebunden. Man müßte, bringt man die Wesentlichkeitstheorie ins Spiel, das Rechtsstaatsprinzip hin zu einer Konkretisierungspflicht des Gesetzgebers erweitern. Diese wird vom BAG aus den genannten Gründen abgelehnt. Es ist aber auch möglich wegen Art. 2 I, der allgemeinen Handlungsfreiheit, gar nicht erst über den Parlamentsvorbehalt entscheiden zu müssen, denn in diesem Auffanggrundrecht findet jede nicht verbotene Handlung ihre Rechtsgrundlage, handelt es sich bloß um das Verhältnis zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern. Das Gericht, das selbst mehrfach geäußert hat, daß es Sache des Gesetzgebers sei, die Koalitionsfreiheit näher auszugestalten, hat bestätigt,

daß das BAG berechtigt war, Grundsätze des Arbeitskampfrechts zu entwickeln, ohne ein "gesetzliches Regelungssystem" vorzufinden. Das ist auch konsequent, denn über Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie ist auch die Aussperrung durch Art.5 III GG indirekt geschützt. Im übrigen war es den Tarifvertragsparteien unbenommen weite Teile des kollektiven Arbeitsrechts durch quasigesetzliches Tarifvertragsrecht auf Grundlage des TVG zu regeln.

Literatur: Gablers Wirtschaftslexikon; zu Legitimationsproblemen generell: v. Kielmannsegg, Volkssouveränität, 1977; schon Sinzheimer; neuestens: Kettmann, Tarifvertragsrecht u. Arbeitskampf, 2009; Kentner, Arbeitskampfmittel d. Arbeitgeber, 2010.