

Gericht:	BAG 1. Senat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	10.06.1980	Normen:	Art 9 Abs 3 GG, Art 6 EuSC, § 1 TVG, § 4 TVG, § 18 Abs 7 SchwbG vom 29.04.1974, § 13 Abs 2 MuSchG vom 18.04.1968, § 116 Abs 2 AFG, § 25 KSchG vom 25.08.1969
Aktenzeichen:	1 AZR 168/79	Zitiervorschlag:	BAG, Urteil vom 10. Juni 1980 - 1 AZR 168/79 -, BAGE 33, 185-195
Dokumenttyp:	Urteil		

Leitsatz

1. Das geltende die Tarifaufonomie konkretisierende Tarifrecht setzt voraus, daß die sozialen Gegenspieler das Verhandlungsgleichgewicht mit Hilfe von Arbeitskämpfen herstellen und wahren können.
2. Das bedeutet in der Praxis, daß regelmäßig zunächst die Gewerkschaften auf das Streikrecht angewiesen sind, weil sonst das Zustandekommen und die inhaltliche Angemessenheit von Tarifverträgen nicht gewährleistet wären.
- 3a. Abwehraussperrungen sind jedenfalls insoweit gerechtfertigt, wie die angreifende Gewerkschaft durch besondere Kampfaktiken ein Verhandlungsübergewicht erzielen kann.
- b. Das ist bei eng begrenzten Teilstreiks anzunehmen, weil durch sie konkurrenzbedingte Interessengegensätze der Arbeitgeber verschärft und die für Verbandstarifverträge notwendige Solidarität der Verbandsmitglieder nachhaltig gestört werden kann.
- 4a. Der zulässige Umfang von Abwehraussperrungen richtet sich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot).
- b. Maßgebend ist der Umfang des Angriffsstreiks. Je enger der Streik innerhalb des Tarifgebiets begrenzt ist, desto stärker ist das Bedürfnis der Arbeitgeberseite, den Arbeitskampf auf weitere Betriebe des Tarifgebietes auszudehnen.
- c. Ist der Streik auf weniger als 25% der Arbeitnehmer des Tarifgebietes beschränkt, so erscheint eine Abwehraussperrung nicht unverhältnismäßig, wenn sie ihrerseits nicht mehr als 25% der Arbeitnehmer des Tarifgebietes erfaßt.
5. Die sozialen Gegenspieler können und sollen - soweit der Gesetzgeber nicht tätig wird - das Paritätsprinzip und das Übermaßverbot durch autonome Regelungen konkretisieren. Tarifliche Arbeitskampfordnungen haben insoweit Vorrang gegenüber den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.

Fundstellen

BAGE 33, 185-195 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
 DB 1980, 1274-1275 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
 BB 1980, Beilage 4, 2 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
 NJW 1980, 1653 (Leitsatz 4 und Gründe)
 WM 1980, 829-840 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
 ARST 1980, 115-117 (Leitsatz 3-4 und Gründe)
 DB 1980, 1694-1696

EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr 36 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
ZfSH 1980, 237-239 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
JuS 1980, 766-769 (Gründe)
SAE 1980, 273-287 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
BetrR 1980, 399-424 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
AP Nr 65 zu Art 9 GG Arbeitskampf (Leitsatz 1-5 und Gründe)
EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr 37 (Leitsatz 1-5 und Gründe)
AuB 1982, 58 (Gründe)
USK 8077 (Leitsatz 1-7 und Gründe)

weitere Fundstellen

MDR 1980, 787 (Leitsatz 1-5)
AiB 2002, 354 (Leitsatz 1-2)
AiB 1001, 362 (Kurzwiedergabe)

Verfahrensgang

vorgehend Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, 16. November 1978, Az: 2 Sa 59/78

Tatbestand

- 1 Der Kläger verlangt mit seiner Klage die Zahlung von Lohn für einen Zeitraum, in dem er von der Beklagten ausgesperrt war.
- 2 Seit Juni 1965 ist der Kläger bei der Beklagten im Werk L als Lagerist mit einem Stundenlohn von zuletzt 11,08 DM brutto beschäftigt. Er ist Mitglied der IG Metall. Die Beklagte gehört dem Verband der Metallindustrie Baden-Württemberg e.V. an. Beide Verbände haben einen Lohn-tarifvertrag für das Tarifgebiet Nordwürttemberg-Nordbaden geschlossen, dem das Werk in L durch einen besonderen Tarifvertrag vom 5. Dezember 1975 zusammen mit einer Reihe anderer an sich ebenfalls gebietsfremder Betriebe zugerechnet worden ist.
- 3 Der Lohn-tarifvertrag wurde von der IG Metall am 23. November 1977 gekündigt. Am 12. Dezember 1977 legte die Gewerkschaft ihre neuen Tarifforderungen vor. Sie verlangte eine Erhöhung der Löhne und Gehälter um 8 %, die Streichung der beiden untersten Tariflohngruppen und eine Erhöhung der Ausbildungsvergütung um 50,-- DM monatlich. Darüber hinaus sollten die Arbeitnehmer durch eine tarifliche Besitzstandssicherung vor der Herabgruppierung geschützt werden. Die Arbeitgeberseite bot jedoch nur eine Tariflohn-erhöhung um 3,5 % an und lehnte eine Lohnabsicherung in der von der IG Metall verlangten Form ab. Deshalb erklärte die IG Metall die Verhandlungen am 1. Februar 1978 für gescheitert. Am 3. Februar 1978 begann das Schlichtungsverfahren, das nach einem Schlichtungsabkommen für die Metallindustrie vorgeschrieben war. Dieses Verfahren endete am 24. Februar 1978 ergebnislos. Daraufhin führte die IG Metall am 7. und 8. März 1978 eine Urabstimmung durch, bei der sich 90 % der abstimmenden Gewerkschaftsmitglieder für Kampfmaßnahmen aussprachen. Der Vorstand der IG Metall beschloß am 9. März 1978, daß am 15. März 1978 mit einem Streik begonnen werden sollte. Am 10. März 1978 faßte auch der Mitgliederrat des Verbandes der Metallindustrie einen Kampfbeschuß; für den Fall der Erfolglosigkeit weiterer Verhandlungen solle dem Streik der IG Metall die suspendierende Abwehraussperrung entgegengesetzt werden. Die Bestimmung des Zeitpunktes und der Durchführung wurde dem Vorstandsvorstand übertragen. An den folgenden beiden Tagen (11. und 12. März 1978) fanden in F weitere Verhandlungen statt, an denen auch die Spitzenverbände der beiden Seiten beteiligt wurden. Diese Verhandlungen führten wiederum zu keiner Einigung.
- 4 Am 15. März 1978 traten im Tarifgebiet Nordwürttemberg-Nordbaden ca. 80.000 Arbeiter und Angestellte in den Streik. Sie waren in 63 Betrieben beschäftigt, von denen 57 im Verband der Metallindustrie organisiert und die restlichen sechs Betriebe nicht organisatorisch gebunden waren. Die Größenordnung der betroffenen organisierten Betriebe stellte sich wie folgt dar: 6 Betriebe beschäftigten weniger als 99 Arbeitnehmer, 25 Betriebe zwischen 100 und 499 Arbeitnehmer, 8 Betriebe zwischen 500 und 999 Arbeitnehmer und die restlichen 18 Betriebe mehr als 1000 Arbeitnehmer. Bestreikt wurden hauptsächlich Unternehmen des Maschinenbaus, des Fahrzeugbaus und der Elektrotechnik. Im Laufe des Arbeitskampfes erhöhte sich die Zahl der streikenden Arbeitnehmer auf ca. 90.000.

- 5 Am Abend des 15. März 1978 beschloß der damit beauftragte Vorstand des Verbandes der Metallindustrie, ab 20. März 1978 die Belegschaften aller Betriebe mit mehr als 1000 Arbeitnehmern auszusperrern. Nachdem am 18. und 19. März 1978 weitere Verhandlungen in Ludwigsburg erfolglos geblieben waren, wurde der Aussperrungs-Beschluß am 20. März 1978 verwirklicht. Dadurch wurden über die bereits streikenden Arbeitnehmer hinaus weitere 120.000 Arbeitnehmer vom Arbeitskampf betroffen, so daß schließlich insgesamt 200.000 bis 210.000 Arbeitnehmer von insgesamt 500.000 Arbeitnehmern des Tarifgebiets im Ausstand waren.
- 6 Am 3. April 1978 kamen neue Tarifverträge zustande. Die Aussperrung wurde mit Wirkung vom 5. April 1978 aufgehoben. Die IG Metall führte am 6. und 7. April 1978 eine Urabstimmung über die Beendigung des Arbeitskampfes durch. Am 10. April 1978 wurde die Arbeit in allen Betrieben wieder aufgenommen.
- 7 Die Beklagte gehört zu denjenigen Betrieben, die nicht bestreikt wurden, jedoch an der Aussperrung teilgenommen haben. Sie unterrichtete ihre Belegschaft einige Tage vor Beginn der Aussperrung von der geplanten Kampfmaßnahme. Der Kläger war in der Zeit vom 20. März 1978 bis 4. April 1978 ausgesperrt.
- 8 Der Kläger verlangt seinen Lohn für die Zeit vom 20. März bis 6. April 1978 in der unstreitigen Höhe von 1.240,76 DM. Er hat geltend gemacht, die Beklagte habe die Annahme seiner Arbeitsleistung zu Unrecht verweigert und sei deshalb in Annahmeverzug geraten. Aussperrungen seien rechtswidrig. Sie verletzen die Menschenwürde der ausgesperrten Arbeitnehmer, weil sie diese zum Objekt koalitionspolitischer Auseinandersetzungen machten. Darüber hinaus verstießen sie gegen die verfassungsrechtlich gewährleistete Koalitionsfreiheit. Sie seien eine rechtswidrige Maßnahme im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG und zielten darauf, die Gewerkschaften finanziell auszubluten, die Streikfähigkeit zu beeinträchtigen und den Kampfwillen der Streikenden zu brechen. Damit richteten sie sich gegen das Streikrecht selbst. Dieses sei jedoch die entscheidende Voraussetzung dafür, daß die Arbeitnehmer gleichgewichtige Verhandlungschancen in der Auseinandersetzung um angemessene Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erhielten und sich gegenüber der wirtschaftlichen Übermacht der Arbeitgeberseite behaupten könnten. Wenn demgegenüber geltend gemacht werde, die Aussperrung sei für die Arbeitgeber ebenso notwendig wie der Streik für die Arbeitnehmer, so beruhe diese Argumentation auf einer rein formalen Paritätsbetrachtung. Wenn man die gesamten sozio-ökonomischen Bedingungen berücksichtige und auch die konkreten Arbeitskampffolgen für die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber vergleiche, so erweise sich, daß die Arbeitgeber auf die Aussperrung nicht angewiesen seien.
- 9 Im vorliegenden Arbeitskampf sei darüber hinaus der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt worden. Die IG Metall habe den Arbeitskampf nicht mit einem Schwerpunktstreik, sondern nur mit einem Teilstreik eröffnet, dessen mittelbare Folgen durch die Verteilung des Betriebsrisikos angemessen berücksichtigt würden. Das Ziel der Aussperrung sei in Wahrheit nicht nur die Abwehr des Teilstreiks gewesen. Vielmehr ergebe sich aus Äußerungen maßgebender Vertreter des Arbeitgeberverbandes, daß schon vor Beginn der Tarifverhandlungen eine Aussperrung geplant worden sei, um eine "Tendenzwende" herbeizuführen. Eine solche Aussperrung sei als "Angriffsausperrung" zu bewerten und in keinem Falle gerechtfertigt.
- 10 Der Kläger hat beantragt,
- 11 die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.240,96 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen.
- 12 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und erwidert: Die Aussperrung des Klägers sei rechtmäßig gewesen und habe dessen Lohnanspruch entfallen lassen. Das Aussperrungsrecht der Arbeitgeber werde durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet. Das habe der Gesetzgeber in der Notstandsnovelle vom Jahre 1968 durch die Neufassung des Art. 9 Abs. 3 GG klargestellt, indem er nicht nur von Streiks, sondern ganz allgemein von Arbeitskämpfen gesprochen habe. Auch andere gesetzliche Vorschriften setzten die Möglichkeit der Aussperrung ausdrücklich voraus. Im § 18 Abs. 7 SchwbG werde die Aussperrung sogar besonders erwähnt. Ebenso seien kollektive Kampfmaßnahmen der Arbeitgeberseite in internationalen Verträgen gewährleistet, vor allem in der Europäischen Sozialcharta. Die Tarifautonomie sei praktisch zum Scheitern verurteilt, wenn nicht auch die Arbeitgeberseite mit den Mitteln des Arbeitskampfes Druck oder Gegendruck ausüben könne. Ohne das Instrument der Aussperrung hätten die Gewerkschaften ein

Übergewicht, mit dem sie ihre Interessen rücksichtslos durchsetzen könnten. Das wäre ein Verstoß gegen das vom Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannte Paritätsprinzip.

- 13 Die umstrittene Aussperrung vom Jahre 1978 sei als Abwehraussperrung zu werten und habe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt. Die Gewerkschaftsseite habe den Arbeitskampf langfristig vorbereitet und nur darauf hätten sich die Äußerungen bezogen, die jetzt als Ausdruck einer gewerkschaftsfeindlichen Tendenz gewertet werden sollten. Die Forderungen der IG Metall seien gesamtwirtschaftlich weit überzogen gewesen und hätten damit einen Arbeitskampf unausweichlich gemacht. Der Streik von 80.000 Arbeitnehmern habe einen Schwerpunktstreik dargestellt, bei dem mit relativ geringen Kosten Schäden in Milliardenhöhe verursacht werden könnten. Erst am Abend des ersten Streiktages habe der Arbeitgeberverband eine maßvolle Erweiterung des Kampfrahmens beschlossen und den Beginn der Aussperrung so gewählt, daß zuvor noch Zeit für weitere Verhandlungen geblieben sei. Die Aussperrung habe auch geendet, unmittelbar nachdem eine Einigung erzielt worden war. Hingegen habe die IG Metall bis zur Beendigung des Arbeitskampfes eine weitere Woche verstreichen lassen. Durch den Streik seien 1,55 Mill. Arbeitstage (= 56,7 %), durch die Aussperrung hingegen nur 1,19 Mill. Arbeitstage (= 43,3 %) verlorengegangen.
- 14 Der Kläger ist in beiden Vorinstanzen unterlegen. Mit der Revision verfolgt er seinen Zahlungsanspruch weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 15 Die Revision ist unbegründet.
- 16 A. Das Landesarbeitsgericht hat mit Recht die Auffassung des Klägers abgelehnt, daß Aussperrungen immer unzulässig seien, so daß es auf die Besonderheiten und den Umfang des vorliegenden Arbeitskampfes gar nicht ankäme. Demgegenüber ist an der Rechtsprechung des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichts festzuhalten, wonach das Kampfmittel der Aussperrung für die Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen aus Gründen der Parität im Rahmen der Verhältnismäßigkeit verfügbar sein muß (BAG 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Das gilt jedenfalls für die Abwehr begrenzter Teilstreiks.
- 17 I. Grundlage der Aussperrungsbefugnis ist die Tarifautonomie, die in ihrem Kernbereich durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet und in den Einzelheiten durch das Tarifvertragsgesetz vom 9. April 1949 (in der Fassung vom 25. August 1969, BGBl. I S. 1323) geregelt wird.
- 18 1.a) Im Interesse einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens hat der Staat seine Zuständigkeit zur Rechtssetzung weit zurückgenommen und die Bestimmung über die regelungsbedürftigen Einzelheiten des Arbeitsvertrages grundsätzlich den Koalitionen überlassen (BVerfGE 34, 307 (316 f.) = AP Nr. 7 zu § 19 HAG (B II 4 b); BVerfGE 44, 322 (340) = AP Nr. 15 zu § 5 TVG (zu B II 1 b); BVerfGE 50, 290 (367) = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (C IV 1) jeweils m.w.N.). Den freigebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme durch Gesamtvereinbarungen zu regeln (vgl. BVerfGE 44, 322 (340 f.) = AP Nr. 15 zu § 5 TVG (B II 1 b aa) m.w.N.).
- 19 b) Die grundgesetzlich im Kern gewährleistete Tarifautonomie wird durch das Tarifvertragsgesetz konkretisiert. Durch dieses Gesetz des Bundes wird den Koalitionen das Recht eingeräumt, Normen im rechtstechnischen Sinne zu schaffen und damit u.a. den Inhalt von Arbeitsverhältnissen unmittelbar und zwingend zu gestalten. Das geschieht in der Form kollektiver Verträge, die zwischen einer Gewerkschaft einerseits und einem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband andererseits zustande kommen müssen. Grundsätzlich gestalten Tarifvertragsnormen nur die Rechte und Pflichten derjenigen Arbeitnehmer, die Mitglieder einer tarifschließenden Gewerkschaft sind und einen tarifgebundenen Arbeitgeber haben. Sie können aber unter bestimmten Voraussetzungen für allgemeinverbindlich erklärt werden (§ 5 TVG). Regelungen betrieblicher und betriebsverfassungsrechtlicher Fragen gelten bei Tarifgebundenheit des Arbeitgebers von vornherein betriebseinheitlich (§ 3 Abs. 2 TVG).
- 20 c) Tarifverträge sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen Machtausgleich zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu schaffen. Sie bieten eine materielle Richtigkeitsgewähr. Normalerweise

se ist also davon auszugehen, daß ihre Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln (BAG 22, 144 (151) = AP Nr. 12 zu § 15 AZO (zu IV 3 der Gründe) m. zahlr. N.). Diese Richtigkeitsgewähr ist der Grund dafür, daß der Gesetzgeber eine Reihe von Schutzvorschriften, die von Arbeitsverträgen und Betriebsvereinbarungen nicht zu Lasten der Arbeitnehmer durchbrochen werden können, tarifdispositiv gestaltet hat. Im Vertrauen auf die Sachnähe und Stärke der Tarifvertragsparteien wird diesen das Recht eingeräumt, vom Gesetz abweichende Regelungen vorzusehen, selbst wenn sie sich nachteilig für die Arbeitnehmer auswirken (§ 13 BUrlG, § 616 Abs. 2 BGB, § 622 Abs. 3 BGB, § 2 Abs. 3 LohnFG, § 17 Abs. 3 BetrAVG, § 48 Abs. 2 ArbGG und § 101 Abs. 1, 2 ArbGG; im Prinzip vergleichbar § 7 AZO). In ähnlicher Weise hat auch das Bundesarbeitsgericht Grundsätze entwickelt -- z.B. über die Befristung von Arbeitsverträgen, die Rückzahlung von Gratifikationen und Vorbehalte in Versorgungszusagen --, die zur Disposition der Tarifvertragsparteien stehen sollen (vgl. für viele: BAG 18, 217 = AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr. 32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag und zusammenfassend Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., Einleitung RdNr. 144 ff.). Betriebsvereinbarungen wird die entsprechende Richtigkeitsgewähr und damit auch die Dispositionsfreiheit abgesprochen, weil die Betriebspartner unter dem Gesichtspunkt des Betriebsfriedens vor allem nicht über das Instrument des Arbeitskampfes verfügen (BAG 22, 252 (267) = AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt (zu B IV 3 b der Gründe)).

- 21 2. Weder im Tarifvertragsgesetz noch in den verschiedenen tarifdispositiven Schutzgesetzen ist vom Arbeitskampf ausdrücklich die Rede. Der Arbeitskampf wird aber als Institution für die Tarifautonomie vorausgesetzt, weil sonst weder das Zustandekommen noch die inhaltliche Sachgerechtigkeit tariflicher Regelungen gewährleistet wären. Der Arbeitskampf muß in unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem als ultima ratio zum Ausgleich sonst nicht lösbarer tariflicher Interessenkonflikte möglich sein (BAG 23, 292 (306) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu Teil III A 1 der Gründe)).
- 22 a) Für den Streik ist dies offensichtlich und allgemein anerkannt. Die Gewerkschaften sind auf die Bereitschaft zum Abschluß von Tarifverträgen auf Seiten bestimmter Arbeitgeber oder Arbeitgeberverbände angewiesen. Sie können nicht zu einem anderen Vertragspartner ausweichen, wie es den Marktgesetzen entsprechen würde. Sie können auch nicht voraussetzen, daß die Gegenseite das gleiche Interesse am Abschluß eines Tarifvertrages haben und deshalb verhandlungsbereit sein werde. Nach dem bisherigen Stand der Dinge ist die bestehende Tariflage und u. U. sogar ein tarifloser Zustand für die Arbeitgeber vorteilhafter als für die Arbeitnehmer. In der bisherigen Sozialgeschichte waren die Gewerkschaften fast immer gehalten, eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu fordern und durchzusetzen. Seit Bestehen der Bundesrepublik sind die Produktivität und das Preisniveau ständig gestiegen, so daß den Gewerkschaften die Aufgabe zufiel, die notwendigen Anpassungen zu erreichen. Hingegen konnten die Arbeitgeber als ihre Tarifvertragspartner kein unmittelbares Interesse daran haben, z.B. die Löhne stärker anzuheben, die Arbeitszeit zu verkürzen, die Rationalisierung durch Schutzvorschriften zu erschweren. Bei diesem Interessengegensatz wären Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik im allgemeinen nicht mehr als "kollektives Betteln" (Blanpain). Soweit Tarifverträge überhaupt zustande kämen, beruhten sie nur auf dem einseitigen Willensentschluß einer Seite und böten daher nicht die Gewähr eines sachgerechten Ausgleichs der beiderseitigen Interessen.
- 23 Diese Feststellung läßt sich nicht mit dem Hinweis anzweifeln, daß weitaus die meisten Tarifverträge ohne vorangehende Arbeitskämpfe zustande kommen. Das ist zwar richtig und in der Bundesrepublik Deutschland jedenfalls bislang besonders ausgeprägt, läßt aber keinen Schluß auf die tatsächliche Bedeutung der Streikbefugnis zu. Schon die glaubwürdige Bereitschaft zum Streik zwingt die Arbeitgeberseite dazu, die Schäden eines möglichen Arbeitskampfes mit den wirtschaftlichen Folgen eines Nachgebens zu vergleichen. Schon dadurch entsteht ein Druck, der regelmäßig zur Verhandlungsbereitschaft führt, ohne daß auch nur eine Urabstimmung durchgeführt werden müßte. Andererseits bleibt selbst die tatsächliche Arbeitsniederlegung wirkungslos, wenn die Kraft zum Durchhalten eines Streiks fehlt, die Arbeitgeberseite also nicht mit nennenswerten Schäden rechnen muß. Entscheidend ist die Glaubwürdigkeit der Kampfbereitschaft.
- 24 b) Heute besteht Einigkeit darüber, daß das Streikrecht einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung darstellt, die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist (vgl. für viele Badura, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 15 (1977), S. 17 ff.; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, 1965, S. 41 ff.; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, 1976, S. 110 ff.; Rüthers, Streik und Verfassung, 1960, S. 72; Säcker, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 12

(1974), S. 17 (40 ff.); Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, S. 149 f., 354 f.; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 182 ff. m.z.N.). Das entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. grundlegend: Beschluß des Großen Senats vom 28. Januar 1955, BAG 1, 291 (295 ff.) = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu I der Gründe)). Ohne das Druckmittel des Streiks könnte die Tarifautonomie nicht wirksam werden.

- 25 3. Was für den Streik gesagt wurde, gilt nicht ohne weiteres und uneingeschränkt für die Aussperrung. Arbeitgeber und ihre Verbände sind weitaus weniger als die Gewerkschaften darauf angewiesen, durch Mittel des Arbeitskampfes ihren Interessen und Forderungen Nachdruck zu verleihen.
- 26 a) So wird vielfach bestritten, daß die Arbeitgeberseite ein Angriffskampfmittel benötige, um die zuständige Gewerkschaft an den Verhandlungstisch zu zwingen. Vielmehr reichten individuelle Gestaltungsformen wie z.B. Änderungskündigungen völlig aus, um die gewünschten Regelungen in den einzelnen Arbeitsverhältnissen durchzusetzen und notfalls auch die zuständige Gewerkschaft verhandlungsbereit zu machen (vgl. z.B. Dütz, DB 1979, Beil. Nr. 14, S. 2; Eichmanns, RdA 1977, 135 (138 f.); Eismann, BB 1979, 218 (220); Th. Raiser, Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, 1975, S. 85 f.; mit Einschränkungen auch Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 334 f.). Demgegenüber hat der Große Senat die Auffassung vertreten, die Arbeitgeber hätten das Recht, mit einer Aussperrung ihrerseits Arbeitskämpfe zu eröffnen (Beschluß vom 21. April 1971, BAG 23, 292 (308) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu Teil III B 1 der Gründe)). Über die Zulässigkeit von Angriffsaussperrungen muß jedoch im vorliegenden Fall nicht entschieden werden, weil sich die Beklagte auf eine Abwehraussperrung beschränkt hat.
- 27 Der Kläger meint allerdings, daß eine Angriffsaussperrung vorliege, weil Vertreter des Arbeitgeberverbandes schon vor Bekanntwerden der ersten Tarifforderung Kampfmaßnahmen angekündigt und eine Tendenzwende in der Tarifpolitik gefordert hätten. Offenbar sei eine Existenzvernichtung der IG Metall von langer Hand geplant worden. Demgegenüber hat das Landesarbeitsgericht zutreffend auf den Verlauf des Arbeitskampfes verwiesen, der die rein defensive Funktion der Aussperrung deutlich erkennen läßt. Der Aussperrungs-Beschluß wurde erst nach dem Streikbeschluß gefaßt und auch erst später in Kraft gesetzt; unmittelbar nach dem Erreichen einer Einigung wurde die Aussperrung beendet, während der Streik noch einige Tage fortgesetzt wurde.
- 28 Eine Angriffsaussperrung ist nur dann anzunehmen, wenn die Arbeitgeber in einem Tarifgebiet den Arbeitskampf eröffnen und dabei ein eigenes kollektivvertragliches Regelungsziel verfolgen (Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II 2, § 47 III 2, S. 900; Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 49; im Ergebnis ebenso Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 336, der aber das Abgrenzungsmerkmal des eigenen Regelungsziels verwerfen muß, nachdem er es zu weit gefaßt hat).
- 29 b) Wenn sich die Arbeitgeber -- wie im vorliegenden Fall -- darauf beschränken, die Tarifforderungen der Gewerkschaft ganz oder teilweise zurückzuweisen, so können Aussperrungen zunächst entbehrlich sein. Die Zeit arbeitet vielfach für die Arbeitgeberseite. Das zeigen die Arbeitskämpfe des Jahres 1978 besonders eindrucksvoll. In der Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbadens ging es um Lohnforderungen zu einer Zeit steigender Preise und Löhne. Die geltenden Tarifsätze verloren dadurch ihren Wert, je länger die geforderte Anhebung hinausgezögert wurde. Noch deutlicher wurde die Schwäche der Gewerkschaft in der Druckindustrie, wo sich die Verhandlungen über ein Rationalisierungsschutzabkommen über viele Monate hingen. Während dieser Zeit verloren immer mehr Maschinensetzer ihre Arbeitsplätze ohne die geforderte tarifliche Absicherung. So war abzusehen, daß die angestrebte Regelung mit der Zeit durch die Entwicklung überholt werden würde. In solchen Lagen benötigt zunächst nur die zuständige Gewerkschaft ein Kampfmittel, um ihre Unterlegenheit am Verhandlungstisch auszugleichen. Das ist die Funktion des Streiks und das war auch der Zweck der Arbeitsniederlegungen im vorliegenden Fall.
- 30 c) Das Streikrecht wäre wirkungslos und das mit diesem Instrument angestrebte Verhandlungsgleichgewicht würde gestört, wenn die Arbeitgeber über wirksame Abwehrkampfmittel verfügten, die die Ausübung des Streikrechts mit einem untragbaren Risiko belasteten und dessen kompensatorische Kraft damit zunichte machen könnten. Der Kläger geht aber zu weit, wenn er

daraus schließt, daß die Arbeitgeber überhaupt keine Kampfmittel benötigten, die Aussperrung also generell verboten sei. Vielmehr sind Kampfformen denkbar, die die Gewichte übermäßig zugunsten der Gewerkschaften verschieben. Arbeitsniederlegungen, die etwa taktisch geschickt räumlich oder zeitlich begrenzt werden, können zu einer so starken Unterlegenheit der angegriffenen Arbeitgeber führen, daß diese ihrerseits um der Verhandlungsparität willen ein Abwehrkampfmittel benötigen. Das ist der Grund für die Anerkennung der Befugnis zur Abwehraussperrung.

- 31 In diesem Sinne hat schon der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts den Zusammenhang zwischen Streik und Aussperrung, Verhandlungsparität und Tarifautonomie mit folgenden Sätzen klar umrissen (BAG 23, 292 (308) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu Teil III B 1)):
- 32 "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."
- 33 Schon zuvor hatte der Bundesgerichtshof erkannt, daß annähernd paritätische Verhandlungschancen zu den sachbedingten Voraussetzungen der Tarifautonomie gehören, weil sonst ein ausgehandelter Vertragsschluß nicht gesichert wäre; damit war die Notwendigkeit von Streikfonds begründet worden (AP Nr. 38 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu 2 der Gründe)).
- 34 Im nahezu unübersehbaren Schrifttum zum Arbeitskampfrecht gehen die Ansichten über die Bewertung der Aussperrung und die Frage der Parität weit auseinander. Immerhin besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, daß die grundgesetzlich gewährleistete Tarifautonomie gleichwertige Verhandlungschancen voraussetzt, und daß dem Arbeitskampfrecht als Institution die Aufgabe zufällt, dieses Gleichgewicht der Kräfte herzustellen. Überwiegend wird auch anerkannt, daß aus diesem Grunde Aussperrungen nicht völlig ausgeschlossen werden dürfen (vgl. nur aus neuerer Zeit: Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 237 ff., 322 f.; Dütz, DB 1979, Beilage 14, S. 1 und EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 27 Anm. zu I 3; Eichmanns, RdA 1977, 135 (137); Hanau, Wirtschaftspolitische Chronik, 1978, Heft 3, S. 173 (175); Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 172 f.; Krejci, Aussperrung, 1980, S. 56 f.; Löwisch, RdA 1980, 1 (4); Th. Raiser, Die Aussperrung nach dem GG, 1975, S. 64 ff.; Richardi, NJW 1978, 2057 (2060); Rütters, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 25 ff., 64 ff.; Säcker, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 12 (1974), S. 17 (40 ff.); Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 329, und Arbeitskampfpärität und Übermaßverbot, 1979, S. 60 f.; Söllner, RdA 1980, 14 (21); Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 19 ff.).
- 35 II. In der wissenschaftlichen Diskussion wird das Arbeitskampfrecht vielfach nicht nur auf die Tarifautonomie, sondern auch auf verschiedene andere Rechtsvorschriften gestützt, die sich im Grundgesetz, in internationalen Verträgen und in arbeitsrechtlichen Gesetzen des Bundes finden. Dazu muß der Senat nicht abschließend Stellung nehmen, weil die herangezogenen Regelungen keine weitergehenden Schlüsse zulassen. Soweit ihnen etwas zur Rechtmäßigkeit von Aussperrungen entnommen werden kann, besagen sie nicht mehr, als daß unsere Rechtsordnung Aussperrungen kennt, wobei der Paritätsgrundsatz vorausgesetzt werden muß.
- 36 1. Vor allem kann offen bleiben, inwieweit das Grundrecht der Koalitionsfreiheit über die Tarifautonomie hinaus auch eine bestimmte Kampfordnung verfassungsrechtlich gewährleistet. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Frage bisher bewußt offengelassen (vgl. BVerfGE 18, 18 ff. = AP Nr. 15 zu § 2 TVG; BVerfGE 38, 386 = AP Nr. 50 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Es hat dabei in seinem Mitbestimmungsurteil vom 1. März 1979 (BVerfGE 50, 290 (371) = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (zu C IV 2 b der Gründe)) sehr deutlich zum Ausdruck gebracht, daß das Grundrecht der Koalitionsfreiheit jedenfalls keine Garantie für den Fortbestand des gegenwärtigen Tarifvertrags- und Arbeitskampfesystems enthält. Der Senat hat nur zu entscheiden, welche Folgen sich aus dem geltenden die Tarifautonomie konkretisierenden Tarifrecht für das Arbeitskampfrecht

ergeben. Inwieweit seine Erkenntnisse zur Disposition des Gesetzgebers stehen, also welcher gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bei Beachtung des Art. 9 Abs. 3 GG verbleibt, ist nicht entscheidungserheblich.

- 37 Deshalb kann auch der Streit darüber vernachlässigt werden, ob Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, der durch die Notstandsnovelle vom 24. Juni 1968 (BGBl. I S. 709) in das Grundgesetz eingefügt wurde, für eine Gewährleistung des Aussperrungsrechtes spricht. Auf den ersten Blick scheint das nahe zu liegen, weil "Arbeitskämpfe" ganz allgemein gegen notstandsrechtliche Maßnahmen abgesichert werden. Daraus ist geschlossen worden, daß in "Normallagen" nicht verboten sein kann, was selbst im Notstand gewährleistet bleibt (Schmid, Arbeitskampf und Notstand aus der Sicht des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, 1972, S. 87 ff.; Rüthers, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 34; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II 2, zu § 47 B I 2 b, S. 916 f.). Dem wird von der überwiegenden Lehre entgegen gehalten, daß der Schluß vom Notstand auf die Normallage nicht zwingend sei und im Widerspruch zu den Absichten des historischen Gesetzgebers stehe (Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 133 f.; Krejci, Aussperrung, 1980, S. 31 ff.; Th. Raiser, Die Aussperrung nach dem GG, 1975, S. 25 ff.; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 71 ff.; Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 14). Aber selbst wenn man der Mindermeinung folgt und Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG als verfassungsrechtliche Gewährleistung sowohl des Streiks wie auch der Aussperrung versteht, ergibt sich daraus für die Entscheidung des konkreten Falles wenig. Bei dieser Interpretation ist zwar ein generelles Verbot der Aussperrung verfassungswidrig, nicht aber eine Differenzierung in den Voraussetzungen und Grenzen. Daß es auch bei der Notstandsnovelle überhaupt nur um die Garantie eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems gehen kann, wird von niemandem bestritten (sehr klar Rüthers, Rechtsprobleme der Aussperrung, S. 39 f.).
- 38 2. Auch in völkerrechtlichen Verträgen hat die Bundesrepublik Deutschland keine Verpflichtungen übernommen, die über das geltende Tarif- und Arbeitskampfrecht hinaus gingen.
- 39 a) Nach Teil II Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 anerkennen die Vertragsparteien das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streiks im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen (BGBl. 1964 II S. 1262 (1267)).
- 40 Daß unter kollektiven Maßnahmen der Arbeitgeber im Sinne der Europäischen Sozialcharta Aussperrungen zu verstehen sind, liegt sehr nahe (vgl. Mitscherlich, Das Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta, 1977, S. 61 f.; Frowein, Zur völkerrechtlichen verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung, 1976, S. 10; Isele, Die Europäische Sozialcharta, 1967, S. 14 ff. (62 ff.); Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 316 f., alle m.w.N.; a.A.: Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, 1968, S. 82 ff.; Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 140 ff.). Auch der Sachverständigenausschuß, dem die Kontrolle der Europäischen Sozialcharta nach deren Teil IV Art. 24 anvertraut wird, vertritt diese Auffassung, "weil die Aussperrung die hauptsächliche, wenn nicht die einzige Form einer kollektiven Maßnahme ist, die Arbeitgeber zur Verteidigung ihrer Interessen ergreifen können" (zitiert nach Mitscherlich, aaO, S. 62). Der deutsche Gesetzgeber ist bei Erlaß des Zustimmungsgesetzes am 19. September 1964 von der gleichen Vorstellung ausgegangen; in der Begründung wird darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung das Streik- und Aussperrungsrecht gleichermaßen bestätigt habe (BT-Drucksache IV/2117, S. 31). Viel schwerer zu entscheiden ist die weitere Frage, ob die Europäische Sozialcharta unmittelbar geltendes Bundesrecht bildet oder ob sie wenigstens den Gesetzgeber und den rechtsfortbildenden Richter bindet (so z.B. Mitscherlich, aaO, S. 36 ff.; Frowein, aaO, S. 18; Seiter, aaO, S. 137 ff.; Rüthers, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 17 f.; a.A.: Scholz/Konzen, aaO, S. 61 f.).
- 41 Beide Fragen haben jedoch vom Rechtsstandpunkt des Senats aus keine praktische Bedeutung, weil die Zulässigkeit von Aussperrungen schon aus der Tarifautonomie abzuleiten ist. Daß dabei die Aussperrung schon aus sozialen Gründen an strengere Voraussetzungen gebunden ist als der Streik, stellt keinen Verstoß gegen Art. 6 Nr. 4 ESC dar. Eine völlige Gleichstellung von Streik und Aussperrung ist nicht gefordert (Mitscherlich, aaO, S. 92; Rüthers, aaO, S. 19).
- 42 b) Noch geringer ist die Aussagekraft der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (BGBl. 1952 II S. 686) und das Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (Transformationsgesetz vom 20. Dezember 1956, BGBl. 1956

II S. 2078/1958 II S. 113). Beide Abkommen sind zwar unstreitig durch Transformationsgesetze geltendes Recht geworden, gewährleisten aber die Koalitionsfreiheit nur in ganz allgemeiner Form und gehen nicht über die Grundsätze hinaus, die in der Bundesrepublik Deutschland ohnehin durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich gewährleistet sind (vgl. Th. Raiser, Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, 1975, S. 95; Rüthers, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 19 f.). Das Arbeitskampfrecht ist nicht unmittelbar angesprochen.

- 43 3. Hingegen ist in verschiedenen arbeits- und sozialrechtlichen Gesetzen des Bundes ganz allgemein vom "Arbeitskampf" oder von "Arbeitskämpfen" die Rede (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 25 KSchG, § 74 Abs. 2 BetrVG, § 66 Abs. 2 BPersVG, § 116 AFG und § 11 Abs. 5 AÜG). In § 18 Abs. 7 SchwbG werden sogar der Streik und die Aussperrung nebeneinander genannt. Alle diese Vorschriften enthalten keine Grundsätze des Arbeitskampfrechts, sind also insoweit "neutral" (BAG 23, 292 (308) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu Teil III B 1)). Sie regeln aber Folgeprobleme und setzen dabei die Existenz rechtmäßiger Arbeitskämpfe in der Form von Streiks und Aussperrungen voraus. Damit bestätigen sie den prinzipiellen Ansatz, den die Rechtsprechung aus einer Analyse des Tarifrechts entnommen hat.
- 44 So verlangt § 18 Abs. 7 SchwbG, daß Schwerbehinderte, denen aus Anlaß einer Aussperrung fristlos gekündigt wurde, wieder eingestellt werden müssen. Das wäre unnötig, wenn Aussperrungen generell unzulässig wären, weil dann auch für eine fristlose Kündigung kein wichtiger Grund vorläge, das Arbeitsverhältnis also gar nicht beendet werden könnte. Das gleiche gilt für § 13 Abs. 2 MuSchG, wo nur deshalb nicht von einer Kündigung, sondern von einer Auflösung gesprochen wird, weil der Gesetzgeber die lösende Aussperrung berücksichtigen wollte (zu BT-Drucksache IV/3652, S. 9). Ebenso erübrigte sich die Regelung des § 116 Abs. 2 AFG für Aussperrungen. Wenn dieses Kampfmittel generell rechtswidrig wäre, behielten die ausgesperrten Arbeitnehmer ihren Lohnanspruch und die Regelung des Arbeitslosengeldes ergäbe sich aus § 117 AFG. Aus diesen Gründen wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, der Gesetzgeber habe die Arbeitskampfrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausdrücklich billigen wollen (vgl. Seiter, JA 1979, 337 (338 f.) und Söllner, RdA 1980, 14 (19 f.)). So weit reicht jedoch der Regelungsgehalt der genannten Vorschriften nicht. Den arbeitskampfrechtlich dürftigen Regelungen kann nur entnommen werden, daß der Gesetzgeber das geltende Arbeitskampfrecht respektieren, aber nicht gestalten wollte (Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 58 f.).
- 45 Das gilt sogar für § 25 KSchG, wonach der gesetzliche Kündigungsschutz nicht eingreift, soweit Kündigungen und Entlassungen lediglich als Maßnahmen in Arbeitskämpfen vorgenommen werden. Die Vorschrift beschränkt unmittelbar nur den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (BAG 23, 292 (315) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu Teil III D 2 b)). Diese Neutralität des gesetzlichen Arbeitsplatzschutzes hatte allerdings ursprünglich bei Arbeitskämpfen große praktische Bedeutung. Die weitere Entwicklung des Arbeitskampfrechts hat aber diese Bedeutung stark zurücktreten lassen (A. Hueck/G. Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 25 Anm. 1). Eine generelle Ermächtigung zur Kündigungsaussperrung ist § 25 KSchG nicht zu entnehmen (andere Ansicht Seiter und Söllner, aaO; wohl auch Rüthers, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 44). Die Vorschrift spricht ganz allgemein nur von Kündigungen und Entlassungen als Maßnahmen in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, besagt aber nichts darüber hinaus, insbesondere unter welchen Voraussetzungen Arbeitskämpfe zulässig sind.
- 46 4. Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, die Aussperrung finde ihre Rechtsgrundlage in der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Diese habe Normen erzeugt, die trotz ihres gewohnheitsrechtlichen und richterrechtlichen Ursprungs bindende Wirkung für die Rechtspraxis entfalten (LAG Hamm, DB 1979, 1415 ff. (zu II 3 b); ähnlich Böttcher, RdA 1969, 367 (368)). Das ist jedoch nicht richtig.
- 47 Eine ständige Rechtsprechung kann nur dann Gewohnheitsrecht erzeugen, wenn sie in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergeht und von den Rechtsgenossen überwiegend als geltende Norm anerkannt wird. Nur der allgemeine "Rechtsgeltungswille" führt zu einer normativen Wirkung (Larenz, NJW 1951, 497 ff. und Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 425; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband, § 42). Diese Voraussetzung wird von der Arbeitskampfrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nicht erfüllt. Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze waren von Anfang an umstritten. Daß sie vom Rechtsgeltungswillen der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen wür-

den, ist noch nie festgestellt oder auch nur behauptet worden (vgl. eingehend Evers, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, 1969, S. 90 ff.).

- 48 Auch die Bezeichnung "Richterrecht" darf nicht zu dem Trugschluß verführen, als könnten die Gerichte Normen setzen. Grundsatzentscheidungen bilden zwar eine Rechtserkenntnisquelle, begründen aber keine Normen (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 424; im Ergebnis ebenso Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, 1969, S. 44; Kriele, Die Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1976, S. 271 ff.). Soweit der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Beschluß vom 21. April 1971 von "gesetzesvertretendem Richterrecht" gesprochen hat (BAG 23, 292 (320) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu Teil III F letzter Absatz der Gründe)), ging es um eine andere Problematik. Das Gericht hatte die Frage zu klären, ob die von ihm entwickelten Grundsätze rückwirkend angewendet werden dürfen. In diesem Zusammenhang mußte der rechtsschöpfende Charakter der Grundsatzentscheidung aus rechtsstaatlichen Gründen beachtet werden. Das Bundesarbeitsgericht hat immer dann, wenn neue Rechtserkenntnisse für die Praxis nicht vorhersehbar waren, Rückwirkungsregeln entwickelt (vgl. BAG 22, 215 (228 f.) = AP Nr. 10 zu § 75 b HGB (zu C III 3 der Gründe); BAG 24, 177 (194 f.) = AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt (zu A IV der Gründe)).
- 49 Damit soll die rechtsfortbildende Funktion der Rechtsprechung nicht bestritten werden. Sie liegt gerade im Arbeitskampfrecht offen zutage. Aber der Richter, der eine unregelte Frage entscheiden muß, ist nicht in dem Ausmaße wie der Gesetzgeber frei, sondern an die Wertentscheidungen der Rechtsordnung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Er muß seine Erkenntnisse auf der Grundlage geltender Normen legitimieren. Deshalb kann der Rang einer rechtsfortbildenden Grundsatzentscheidung innerhalb der Rechtsordnung nur nach der Rangstufe des Rechts bestimmt werden, das durch die Rechtsprechung ausgelegt oder ergänzt wird. Verfehlt wäre es, eine unmittelbare Rangordnung zwischen der Rechtsprechung eines Bundesgerichts und Landesrecht herstellen zu wollen (vgl. dazu Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 386 f.; Evers, aaO, S. 85 ff.; Scholz, DB 1972, 1771 (1773 ff.)). Richterrecht zum Bundesrecht ist Teil des Bundesrechts. Das gilt auch für das Arbeitskampfrecht, das aus den Wertentscheidungen des Tarifrechts abzuleiten ist.
- 50 III. Der Kläger meint, die Aussperrung entbehre nicht nur jeglicher Rechtsgrundlage, sie verstöße darüberhinaus gegen zentrale Grundsätze unserer Verfassung. Die kollektive Ausschließung von der Arbeit verletze die Menschenwürde der betroffenen Arbeitnehmer und die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften. Auch dieser Ansicht kann der Senat nicht folgen.
- 51 1. Eine Verletzung der Menschenwürde sieht der Kläger darin, daß Aussperrungen tief und bis zur Existenzvernichtung in den persönlichen Lebenszuschnitt der ausgesperrten Arbeitnehmer eingreifen. Dies geschehe im Rahmen einer kollektiven Auseinandersetzung aus tarifpolitischen Gründen, wobei das Einzelschicksal der betroffenen Menschen vernachlässigt werde.
- 52 Daran ist richtig, daß Arbeitskämpfe von den betroffenen Arbeitnehmern große persönliche Opfer verlangen. Die Möglichkeit zu arbeiten und die wirtschaftliche Existenzgrundlage zu sichern, sind für die Würde des Menschen wesentlich. Deshalb wird auch von Scholz/Konzen eingeräumt, daß der Durchgriff des Arbeitskampfes auf die persönliche Sphäre der Betroffenen in einer gesellschaftlichen und rechtlichen Ordnung, die die Menschenwürde an die Spitze ihrer Wertigkeiten stellt, schwer wiegt (Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 90). Das ist bei der Frage nach den Grenzen der Aussperrung zu beachten. Jedoch läßt sich ein generelles Verbot der Aussperrung auf diesem Wege nicht begründen. Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr das Spannungsverhältnis Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten (BVerfGE 4, 7 (15 f.); 8, 274 (329); vgl. auch die weiteren Nachweise bei Leibholz/Rinck, GG, 4. Aufl., Art. 1 Anm. 2). Indem Art. 9 Abs. 3 GG die Betätigung der Koalition und vor allem die Tarifautonomie gewährleistet, verlangt die Verfassung in bestimmten Bereichen ein Zurücktreten individueller Interessen gegenüber kollektiven Regelungen und Maßnahmen, zumal es letztlich um die Interessenwahrung des Einzelnen geht. Das ergibt sich ebenso bei Tarifabschlüssen, die nicht erkämpft werden müssen, vor allem aber auch bei Streiks. Auch bei diesen müssen die streikenden und mittelbar streikbetroffenen Arbeitnehmer vielfach schwere persönliche Opfer bringen, und zwar selbst dann, wenn sie an den Kampfzielen nicht unmittelbar interessiert sind. Aussperrungen können nicht anders beurteilt werden,

soweit sie für das Funktionieren der Tarifautonomie und damit für eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens zur Verfügung stehen müssen.

- 53 2. Ein ähnliches Kollisionsproblem berührt der Kläger mit seiner Berufung auf Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG. Nach dieser Vorschrift sind Maßnahmen rechtswidrig, die das Koalitionsrecht einschränken oder zu behindern suchen. Eine solche Maßnahme sieht der Kläger in jeder Abwehraussperrung, weil sie das Ziel verfolge, Streiks zu bekämpfen, also zu beschränken oder unmöglich zu machen. Das Streikrecht sei aber grundrechtlich gewährleistet und dürfe deshalb in keiner Weise behindert werden (Hoffmann bei Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974, S. 71 f.; Zacher/Metzke/Hamer, Die Aussperrung, 1978, S. 187 ff.; Wolter, AuR 1979, 193 (195 f.)).
- 54 Diese Argumentation übersieht, daß die Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG "für jedermann und alle Berufe gewährleistet" ist, also Arbeitgebern und Arbeitnehmern gleichermaßen zusteht. Das sagt auch sehr eindeutig das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 50, 290 (367)). Wenn die Arbeitnehmer um des Verhandlungsgleichgewichts willen Arbeitskämpfe führen dürfen, kann für die Arbeitgeber prinzipiell nichts anderes gelten. Das bedeutet nicht, daß Streik und Aussperrung schematisch gleichbehandelt werden müßten, Differenzierungen also verboten wären. Vielmehr ist gerade aus Gründen der Parität die unterschiedliche Interessenslage der beiden sozialen Gegenspieler zu beachten. Aber wenn etwa bestimmte Kampfformen, wie zum Beispiel Teilstreiks, zu einem Verhandlungsübergewicht der Gewerkschaften führen, kann ein Abwehrkampfmittel nicht als koalitionsfeindliche Maßnahme im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG bewertet werden, sofern es nur der Wiederherstellung des Gleichgewichts dient (vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9 RdNr. 333 Fußnote 2).
- 55 IV. Die Kernfrage des Tarif- und Arbeitskämpfrechts, wie sich das Kräfteverhältnis der sozialen Gegenspieler am Verhandlungstisch darstellt und welche kompensatorischen Kampfmittel zur Verfügung stehen müssen, ist im Schrifttum heftig umstritten. Die Ergebnisse reichen von der völligen Kampfmittelfreiheit beider Seiten bis zum absoluten Aussperrungsverbot. Diese Unterschiede ergeben sich daraus, daß ganz verschiedene Kriterien in die Betrachtung einbezogen werden. Der Senat hält eine typisierende Bewertung der tatsächlichen, wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten für geboten und kommt damit zu einem differenzierenden Ergebnis.
- 56 1. a) Ursprünglich herrschte eine rein formale Sicht vor. Streik und Aussperrung wurden als gleichartige Waffen verstanden, für die auch gleichartige Grundsätze gelten müßten. Das entsprach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts (vgl. RGZ 54, 255 (258 f.); ARS 2, 122 (125 f.) und 2, 128 (131)) und wurde im ersten Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskämpfrecht aufgenommen (BAG 1, 291 (308 f.) = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu II 1 der Gründe)). Begründet wurde die Lehre von der "formellen Parität" oder "Waffengleichheit" der sozialen Gegenspieler mit der Neutralität des Staates und der historischen Entwicklung. Denn die Kampfparteien dürften nicht "ihrer aufgrund der geschichtlichen und sozial-praktischen Entwicklung angestammten Kampfmittel beraubt werden" (Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II 2 zu § 47 B V 2, S. 929, m.w.N.). Zum gleichen Ergebnis kommen die Vertreter einer "normativen Parität". Auch sie meinen, daß es auf die tatsächlichen Kräfteverhältnisse nicht ankommen könne, weil die Rechtsordnung die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite als gleichgewichtig ansehe (Mayer/Maly, DB 1979, 95 (98)). Als Spiegelbild des Neutralitätsgebots schließe das Paritätsprinzip kompensatorische Eingriffe in das Kampfgeschehen aus (Richardi, NJW 1978, 2057 (2061)).
- 57 Diese Betrachtungsweise verkürzt die Aufgabe, die der Rechtsordnung durch die Tarifautonomie gestellt ist. Ein funktionierendes Tarifvertragssystem 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. Deshalb hat der Große Senat den Grundsatz der formellen Parität aufgegeben, um zu einer materiellen Paritätsbetrachtung überzugehen (BAG 23, 292 (308) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu Teil III B 1 der Gründe); ähnlich BGH AP Nr. 38 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu 2 der Gründe)). Hierbei bleibt der erkennende Senat. Auch die weit überwiegende Auffassung im Schrifttum verlangt materielle Parität, also im Prinzip ein tatsächliches Gleichgewicht der sozialen Gegenspieler (vgl. zum Diskussionsstand bis Ende 1974 Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 161, Fußnote 33; aus jüngster Zeit vor allem Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 224 ff., 244 ff.; Dütz, Anmerkung zu EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 27; Eichmanns, RdA 1977, 135 ff.; Hanau, Wirtschaftspolitische Chronik, 1978, Heft 3, S. 173 (176 f.); Klein, Koalitionsfreiheit im pluralistischen Sozialstaat, 1979, S. 143 ff.; Krejci,

Aussperrung, 1980, S. 53 f.; Löwisch, RdA 1980, 1 (3 ff.); Rütters, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 72 ff.).

- 58 b) Trotz der weitgehenden Einigkeit in der Forderung eines tatsächlichen Verhandlungs- und Kampfgleichgewichts ergeben sich erhebliche Unterschiede bei der Frage, welche Bedeutung der bisherigen Sozialgeschichte zukommt. Am weitesten gehen dabei Scholz/Konzen. Sie räumen zwar ein, daß die Koalitionsparität nicht rein formal gesehen werden darf, sondern sich in tatsächlicher Chancengleichheit ausdrücken muß. Aber Art. 9 Abs. 3 GG gehe zunächst von der "prästabil liberalen Rechtsgleichheit" aus, der Verfassungsgeber erwarte also, daß sich die materielle Koalitionsparität in einem freiheitlichen Koalitionsverfahren formieren werde. Erst wenn sich die Erwartung der Verfassung als definitiv falsch erweise, werde das rechtsstaatliche Eingriffsverbot durch das Sozialstaatsprinzip verdrängt (Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 175 ff.).
- 59 Das ist jedoch nicht überzeugend. Die Vorstellung einer prästabil-liberalen Rechtsgleichheit ist Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu entnehmen, auch wenn sich aus dieser Verfassungsnorm die Garantie des Koalitionswesens und der Schutz der koalitionsgemäßen Betätigung ergibt. Insbesondere bleibt unklar, wie ein freiheitliches Koalitionsverfahren aussehen könnte, bei dem die Unterlegenheit einer Seite ohne staatliche Intervention ausgeglichen, die materielle Koalitionsparität also von selbst "formiert" wird.
- 60 c) Die meisten Autoren wollen den bisherigen Verlauf der Sozialgeschichte nicht im Sinne einer normativen Vorgabe, sondern nur als Erkenntnismittel und Indiz verwenden (besonders eingehend Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 244 ff.). Das ist ein taugliches Verfahren. Problematisch erscheint es nur dann, wenn daraus Beweislastregeln abgeleitet werden sollten. So wird vielfach die Auffassung vertreten, es bestehe eine tatsächliche Vermutung für die Ausgeglichenheit der Kräfte in der bisherigen Arbeitskämpfpraxis (vgl. Dütz, Anm. zu EzA Art. 9 GG Arbeitskämpf Nr. 27, S. 246 n; Hanau, Wirtschaftspolitische Chronik, 1978, Heft 3, S. 173 (192); Löwisch, RdA 1980, 1 (8 ff.); Raiser, Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, 1975, S. 83; Rütters, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 79). Demgegenüber vertreten einige Autoren, die den Gewerkschaften nahestehen, den entgegengesetzten Standpunkt. Nach ihnen erfordert die Zulässigkeit der Aussperrung den Nachweis, daß dieses Kampfmittel zur Herstellung der Parität erforderlich sei (vgl. Föhr, DB 1979, 1698 (1699) und Zachert/Metzke/Hamer, Die Aussperrung, 1978, S. 128).
- 61 In Wahrheit werden Beweislastregeln und Tatsachenvermutungen der Paritätsproblematik nicht gerecht (vgl. Goll, RdA 1980, 22 (24)). Auch ist die Aussagekraft der bisherigen Tarif- und Arbeitskämpfpraxis seit Bestehen der Bundesrepublik Deutschland zweifelhaft. In der Zeit eines starken Wirtschaftswachstums und stetig steigenden Wohlstandes waren die Bedingungen für den sozialen Ausgleich außerordentlich günstig. Das Arbeitskämpfrecht muß sich aber gerade in Krisenzeiten bewähren, wenn beide sozialen Gegenspieler ihre Kräfte nach Möglichkeit voll einsetzen. Erst dann werden etwaige Ungleichgewichtigkeiten erkennbar und die Forderungen nach Korrekturen laut. Bis 1978 sind die Arbeitsgerichte nur selten angerufen worden, so daß sich eine arbeitskampfrechtliche Kasuistik noch gar nicht entwickeln konnte.
- 62 2. Wenn auch die realen Kräfteverhältnisse maßgebend sind, so bedeutet das doch andererseits nicht, daß alle Besonderheiten eines Arbeitskampfes (Kampfziele, wirtschaftliche Lage, Organisationsgrad usw.) berücksichtigt werden müßten. Der Grundsatz der Parität bezieht sich (unbeschadet der im Grundsatz geltenden Kampfmittelfreiheit) auf das Arsenal zulässiger Kampfmittel. Er 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 Arbeitskämpf sehr stark auswirken mögen, bleiben notwendigerweise unberücksichtigt (vgl. Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 227 ff.; Krejci, Aussperrung, 1980, S. 54 f.; Raiser, Die Aussperrung nach dem GG, 1975, S. 70 ff.; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 163 f. und 167 ff.; Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 34; a.A.: Wolf, ZfA 1971, 151 ff. und Kempfen, AuR 1979, 74 ff.).
- 63 3. Der innere Zusammenhang des Paritätsprinzips mit der Tarifautonomie spricht nicht nur gegen eine auf den Einzelfall bezogene konkrete Betrachtung, sondern ebenso auch gegen eine

globale Einbeziehung aller denkbaren Kriterien, die sich in anderen Bereichen auf das Kräfteverhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern auswirken mögen.

- 64 Das verkennen die Vertreter der sogen. "Gesamtparität". Vor allem Däubler (JuS 1972, 642 (645)) und Kittner (GewMh 1973, 91 (100 ff.)) haben die Ansicht vertreten, bei einer sozio-ökonomischen Gesamtbetrachtung sei die Arbeitnehmerseite stets unterlegen. In einem marktwirtschaftlich-privaten kapitalistischen System hätten die Arbeitnehmer keine echte Chance, den Verteilungskampf zu ihren Gunsten zu entscheiden. Mit der Verfügungsgewalt über die Produktionsmittel seien die Unternehmer frei in der Entscheidung über Investitionen, Preise, Rationalisierungen, Art, Ort und Umfang der Produktion usw. (vgl. dazu auch Hoffmann, Gahlen und Zinn bei Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974). Andere Autoren wollen sogar noch weitergehend die personelle Ausstattung der Arbeitgeberverbände, die Bedeutung der Industrie- und Handelskammern, die Einflußmöglichkeiten auf die staatliche Wirtschaftspolitik und die Beeinflussung der öffentlichen Meinung berücksichtigen (Zachert/Metzke/Hamer, Die Aussperrung, 1978, S. 150 ff.; Wohlgemuth, BB 1979, 111 (115); Wolter, AuR 1979, 193 (197 f.)). Daraus soll sich insgesamt ergeben, daß die Arbeitgeber und ihre Verbände nicht auf Arbeitskämpfungsmittel angewiesen sind und der Grundsatz der materiellen Parität zur generellen Unzulässigkeit der Aussperrung führen muß.
- 65 Dieser Argumentation ist zunächst entgegenzuhalten, daß sie von der Gesetzgebung und der Rechtsprechung schlechthin Unmögliches verlangen würde. Globale Gleichgewichtigkeit zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkoalition wird nie erreichbar sein und kann auch von keiner Rechtsordnung gefordert werden. Die vielfältigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Gestaltungsmöglichkeiten entziehen sich weitgehend der Erfassung und vor allem einer vergleichbaren Bewertung.
- 66 Vor allem aber verkennt die Lehre von der Gesamtparität die begrenzte Funktion des Arbeitskämpfrechts im Blick auf die Tarifautonomie. Eine kollektive Kampf- und Ausgleichsordnung ist ihrer Natur nach nicht dazu geeignet, etwaige gesamtpolitische Ungleichheiten zu kompensieren und marktwirtschaftliche Gesetze aufzuheben. Selbst wenn zum Beispiel die Unternehmen in der Lage wären, die Preise willkürlich heraufzusetzen, dem Lohndruck also durch die Preisgestaltung auszuweichen (was in Wahrheit nur begrenzt möglich ist), könnte das durch keine Tarifpolitik und durch kein Arbeitskämpfungsmittel verhindert werden (vgl. anschaulich Säcker, Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskämpfrechts, 1974, S. 101; Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 31). Ebensowenig läßt sich die Freiheit der Investitionsentscheidung mit den Mitteln des Arbeitskämpfrechts und des Tarifvertragsrechts beeinflussen (Zöllner, aaO, S. 32). Diese wirtschaftlichen Möglichkeiten sind nur mit anderen rechtlichen Mitteln zu erfassen (z.B. durch die Mitbestimmung). Hingegen kommt es im vorliegenden Sachzusammenhang darauf an, wie sich die Verhandlungsstärke der sozialen Gegenspieler beim Aushandeln von Tarifverträgen auswirkt und durch Arbeitskämpfungsmittel beeinflußt werden kann. Es geht nur um eine tarifbezogene Parität (vgl. besonders Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 31 ff. und 47; aus jüngster Zeit Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 324 f., und Krejci, Aussperrung, 1980, S. 49).
- 67 V. Im vorliegenden Fall muß die Paritätsproblematik nicht in ihrer ganzen Breite erörtert werden. Vor allem erübrigt sich eine Stellungnahme zur Angriffsaussperrung, zur Sympathieaussperrung und zur lösenden Aussperrung, weil solche Kampfformen nicht gewählt wurden. Entscheidungserheblich ist nur die Frage, wie sich das Kräfteverhältnis der sozialen Gegenspieler darstellt, wenn die zuständige Gewerkschaft einen Verbandstarifvertrag fordert, jedoch nur einen kleineren Teil der betroffenen Arbeitnehmer zum Streik aufruft. Auch im Schrifttum und in der verbandspolitischen Auseinandersetzung wird vor allem über diese Fallgestaltung diskutiert. Sämtliche nachfolgenden Ausführungen stellen, soweit nicht wegen des Zusammenhangs der Gedankenführung Grundsätzliches gesagt werden muß, allein auf dieses Problem ab.
- 68 1. Dabei kann der allgemeine Sprachgebrauch leicht eine irrige Vorstellung über die Funktion der beiderseitigen Kampfmaßnahmen entstehen lassen. Vielfach ist von Angriffs- und Verteidigungswaffen, von Schlag und Gegenschlag die Rede. Das erweckt den Eindruck, als ziele der Streik nur in die eine, die Abwehraussperrung nur in die andere Richtung; die Arbeitgeber scheinen gleichsam wehrlos, wenn sie nicht auf Streiks mit Aussperrungen antworten dürfen. In Wahrheit sind sowohl der Streik wie die Aussperrung durchaus zweischneidige Waffen. Die kollektive Arbeitsniederlegung entzieht zwar den Arbeitgebern die benötigte Arbeitskraft, suspendiert aber gleichzeitig den Lohnanspruch und entzieht damit den Arbeitnehmern vorüber-

gehend die Existenzgrundlage. Die suspendierende, den personellen Kampfrahmen erweiternde Abwehraussperrung hat genau die gleichen ambivalenten Rechtsfolgen. Der einzige Unterschied der beiden Kampfmittel besteht darin, daß die Gewerkschaft beim Angriffstreik den taktischen Vorteil ausnutzt, Kampfbeginn und Kampfrahmen bestimmen zu können.

- 69 Daraus ergibt sich die klar abgrenzbare Funktion von suspendierenden Abwehraussperrungen. Sie erweitern lediglich den Kampfrahmen, zwingen also Arbeitnehmer in den Ausstand, die durch den Streik weder unmittelbar noch mittelbar betroffen sind. Der Grundsatz der Parität kann ein solches Kampfmittel nur dann rechtfertigen, wenn sich die angreifende Gewerkschaft auf einen Teilstreik beschränkt hat und wenn die dadurch erreichte Begrenzung des Kampfrahmens das Kräfteverhältnis einseitig zugunsten der Arbeitnehmer verschieben würde. Solche Paritätsstörungen sind in der Tat möglich, sie müssen jedoch nicht zwangsläufig mit jedem Teilstreik verbunden sein.
- 70 2. Grundsätzlich ist die Begrenzung des Kampfrahmens als milderes Mittel auch im Interesse der Allgemeinheit erwünscht (Föhr, DB 1979, 1698 (1701); Scholz/Konzen, aaO, S. 226; Krejci, Aussperrung, 1980, S. 83 f.; Reuter, Festschrift für Franz Böhm, 1975, S. 521 (545); Säcker, GewMh 1972, 287 (290 f.); Wolter, AuR 1979, 193 (202)). Vor allem aber ist sie im Hinblick auf die Interessen der Arbeitnehmer und unter Berücksichtigung der grundsätzlich geltenden Kampfmittelfreiheit vollkommen legitim. Insofern wirkt es irreführend, wenn im Schrifttum gelegentlich im Hinblick auf Teilstreiks von einer "unzulässigen Engführung" gesprochen wird (Wiedemann, RdA 1969, 321 (333); Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, 1974, S. 53). Die "Engführung" kann nicht zur Unzulässigkeit des Streiks, sondern nur zur Zulässigkeit der Aussperrung führen.
- 71 a) Ein sehr gewichtiger Grund für eine möglichst weitgehende Einschränkung des Kampfrahmens ergibt sich aus dem Wegfall des Lohnanspruchs, der mit Arbeitskämpfen verbunden ist. Lohn ist die Lebensgrundlage der arbeitenden Menschen. Sein Verlust ist nur kurze Zeit durchzuhalten und die dafür erforderliche Opferbereitschaft nur sehr schwer erreichbar.
- 72 b) Das erklärt die große kompensatorische Bedeutung der Streikunterstützung, die die Mitglieder der kampfführenden Gewerkschaften erwarten können. Diese Zahlungen schaffen zwar keinen vollen Lohnausgleich, man wird aber davon ausgehen können, daß im allgemeinen etwa 2/3 des Bruttoverdienstes vergütet werden (für die IG Metall: Kittner, GewMh 1973, 91 (96) und Zacher/Metzke/Hamer, Die Aussperrung, 1978, S. 131; genauere Angaben bei Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 261 ff. und Hirche, Die Finanzen der Gewerkschaften, 1972, S. 222 ff.). Einbußen in dieser Größenordnung sind offenbar für begrenzte Zeit zu verkraften, auf die Dauer führen sie aber zu einer spürbaren Beschneidung des Lebensstandards. Nichtorganisierte Arbeitnehmer sind sogar auf die Sozialhilfesätze verwiesen, weil der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht (§ 116 AFG).
- 73 In der Diskussion um die Aussperrung wird gelegentlich die Auffassung vertreten, die gewerkschaftlichen Unterstützungsleistungen hätten die Lasten eines Arbeitskampfes vollständig verlagert. Nicht die Leistungsfähigkeit des einzelnen Arbeiters oder Angestellten, sondern das umfangreiche Vermögen der Gewerkschaften sei für die Kampfkraft der Arbeitnehmerseite maßgebend. Dieses Argument vernachlässigt wesentliche Tatsachen. Zunächst bleibt die Differenz zwischen dem Arbeitsverdienst und der Kampfunterstützung außer Betracht. Sodann wird die große Zahl der kampfbetroffenen Außenseiter übergangen, die keine Kampfunterstützung beanspruchen können, jedoch für das Führen eines wirkungsvollen Arbeitskampfes unentbehrlich sind. Und schließlich wird nicht berücksichtigt, daß die Streikkassen der Gewerkschaften wirtschaftlich jedenfalls weitgehend nichts anderes sind als Rücklagen oder Versicherungen der Gewerkschaftsmitglieder für Kampfzeiten. Natürlich muß nicht für jeden Arbeitnehmer ein gesondertes Arbeitskampfkonto geführt werden. Auch läßt sich nicht bestreiten, daß in den wirtschaftlich erfolgreichen und sozialpolitisch ruhigen Zeiten der Vergangenheit erhebliche Rücklagen gebildet werden konnten. Dies alles darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Vermögen der Gewerkschaften aus den Beiträgen ihrer Mitglieder als der immerhin maßgebenden Grundlage beruht und daß die gesamten Kosten der Gewerkschaften in irgendeiner Form im letzten von ihren Mitgliedern aufgebracht werden müssen.
- 74 c) Diese Kosten sind bei Arbeitskämpfen außerordentlich hoch. Nach der Darstellung der IG Metall mußten im vorliegend umstrittenen Arbeitskampf in Nordwürttemberg/Nordbaden für ca. 200.000 betroffene Arbeitnehmer 130 Mill. DM gezahlt werden; das sind 42,5 % der gesamten

Jahreseinnahmen (genaue Statistiken bei Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 267 ff. und Hirche, Die Finanzen der Gewerkschaften, 1972, S. 480 ff.). Bei Belastungen dieser Größenordnungen erscheint der finanzielle Bewegungsspielraum durchaus nicht unbegrenzt. Schon jetzt sind die Gewerkschaftsbeiträge mit ca. 1 % des Bruttoeinkommens relativ hoch. Beitragserhöhungen und Kampfumlagen lassen sich nicht beliebig durchsetzen (vgl. Föhr, DB 1979, 1698 (1701 Fußnote 51)); sie können an eine kritische Grenze stoßen, bei der die Mitgliederverluste den finanziellen Effekt zunichte machen. Löwisch betont mit Recht, daß dies "in der Zukunft zum schwachen Punkt der Arbeitskampsrechtsordnung werden könnte" (RdA 1980, 1 (8)); ähnlich Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 276 und Krejci, Aussperrung, 1980, S. 84 ff.).

- 75 Verschiebungen des Kräftegleichgewichts drohen nicht erst dann, wenn eine kampfführende Gewerkschaft in Liquiditätsschwierigkeiten gerät. Schon vorher, wenn die Bereitschaft zum Arbeitskampf im Blick auf die Liquiditätsentwicklung nicht mehr glaubhaft erscheint, werden gewerkschaftliche Forderungen weitgehend wirkungslos. Deshalb müssen die Gewerkschaften versuchen, die finanziellen Lasten eines Arbeitskampfes in möglichst engen Grenzen zu halten. Das ist auch im vorliegenden Fall geschehen, in dem zunächst nur ca. 80.000 Arbeitnehmer zum Streik aufgerufen wurden, obwohl in dem umstrittenen Tarifgebiet der Metallindustrie ca. 500.000 Arbeitnehmer beschäftigt werden.
- 76 3. Andererseits wird von den Arbeitgebern mit Recht eingewandt, Teilstreiks brächten ihnen unter Umständen übermäßige, mit dem Grundsatz der materiellen Parität unvereinbare Belastungen. Die Gründe, die dafür angeführt werden, sind allerdings nicht alle überzeugend.
- 77 a) So wird von der Beklagten geltend gemacht, die geringere finanzielle Belastung von Teilstreiks versetze die Gewerkschaften in die Lage, Arbeitskämpfe unbegrenzt durchzuhalten. Dem müsse mit dem Mittel der Aussperrung begegnet werden. Auf diese Weise könnten die Kampfkosten so stark erhöht werden, daß die Gewerkschaften zu einem schnelleren Einlenken gezwungen würden. Eine Abkürzung des Kampfes diene nicht nur den Betroffenen, sondern auch der Allgemeinheit.
- 78 Der Hinweis auf die Interessen der Allgemeinheit ist in diesem Zusammenhang nicht überzeugend. Es gibt jedenfalls bisher keine allgemeine Regel, daß die Schäden eines räumlich engen, aber zeitlich entsprechend längeren Arbeitskampfes für die Allgemeinheit notwendigerweise größer seien, als die einer kürzeren, aber räumlich entsprechend breiter geführten Auseinandersetzung (Reuter, Festschrift für Franz Böhm, 1975, S. 521 (545)). Solange aber eine solche Regelmäßigkeit nicht feststellbar ist, lassen sich daraus auch keine Grundsätze für das Arbeitskampfrecht ableiten.
- 79 Hingegen ist es zweifellos richtig, daß eine Ausweitung des Kampfrahmens zu finanziellen Belastungen führt, die die Gewerkschaften an die Grenze ihrer Leistungskraft drängen und damit zum Einlenken zwingen können. Eine Aussperrung mit diesem Ziel wird sich anbieten, wenn die Arbeitgeberseite über die größeren finanziellen Reserven verfügt. Das bedeutet jedoch nicht, daß das Arbeitskampfrecht die Möglichkeit schaffen müßte, eine solche Überlegenheit auch einzusetzen; das könnte sogar verfehlt sein. Es kommt nur darauf an, ob sich die Kostenersparnis von Teilstreiks für die beiden sozialen Gegenspieler ungleich auswirkt, die Gewerkschaften also gegenüber den Arbeitgebern übermäßig begünstigt werden.
- 80 Diese Frage, die sich aus dem Paritätsprinzip ergibt, ist in aller Regel zu verneinen. Dabei muß auf der Arbeitgeber- wie auf der Arbeitnehmerseite die Gesamtheit der Tarifbetroffenen berücksichtigt werden. Die Arbeitgeber haben nämlich eine im Ergebnis vergleichbare Möglichkeit wie die Arbeitnehmer, ihre Kosten solidarisch auszugleichen. Sie können Kampffonds bilden und die entstehenden Unkosten und Gewinneinbußen jedenfalls teilweise erstatten. Auf diese Weise wirken sich Begrenzungen des Arbeitskampfes für die Angegriffenen insoweit genauso kostenmindernd aus wie für die Angreifer. Das ist immerhin im allgemeinen anzunehmen, wenn man den taktischen Vorteil des Angreifers außer Betracht läßt, "hochempfindliche Störzonen" (Rüthers) auszuwählen.
- 81 b) Auf diesen taktischen Vorteil gezielter Teilstreiks beruft sich die Beklagte mit ihrem zweiten Einwand, der auch in der öffentlichen Diskussion eine große Rolle spielt. Die angreifende Gewerkschaft könne durch die Abgrenzung des Kampfrahmens bei einem Minimum an Aufwand ein Maximum an Schaden verursachen, indem sie die Verflochtenheit der Wirtschaft geschickt ausnutzt. Es komme nur darauf an, wenige Schlüsselbetriebe oder kleine Funktionseliten her-

auszugreifen, um ganze Wirtschaftszweige zum Erliegen zu bringen. In diesem Zusammenhang hat zum Beispiel der Präsident der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände Esser darauf hingewiesen, daß ein Streik in der Energiezentrale der BASF die Arbeit von 50.000 Arbeitnehmern unmöglich mache (BDA-Kolloquium, Rechtsfragen der Aussperrung, 1978, S. 94).

- 82 Dieser Einwand vernachlässigt die Verteilung des Betriebsrisikos bei Arbeitskämpfen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts verlieren alle Arbeitnehmer, die als Folge eines Teilstreiks nicht beschäftigt werden können -- sei es aus technischen Gründen oder aus wirtschaftlichen Gründen -- ihre Beschäftigungs- und Lohnansprüche (vgl. BAG AP Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BAG 23, 512 (517 f.) = AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 25, 28 = AP Nr. 29 zu § 615 BGB Betriebsrisiko und zuletzt AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; grundlegend schon RGZ 106, 272). Diese Rechtsprechung wird lebhaft diskutiert. Sie ist jedoch hier nicht im einzelnen zu referieren und zu würdigen; ihr Kern ist allerdings festzuhalten. Entscheidend ist, daß bei den Lasten eines Teilstreiks die mittelbaren Betriebsrisikofolgen mitberücksichtigt werden müssen. Durch sie weitet sich praktisch jeder Arbeitskampf im Laufe der Zeit mehr oder weniger stark aus, ohne daß ein einziger Arbeitnehmer ausgesperrt werden müßte.
- 83 Das Ruhen des Beschäftigungs- und Lohnanspruchs führt wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis wie eine Aussperrung. Für die Arbeitgeber ergibt sich nur insofern ein Unterschied, als kein kampftaktischer Spielraum besteht; die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung ist darzutun und zu beweisen. Aber die betroffenen Arbeitnehmer selbst geraten dadurch in die gleiche Lage wie bei einer Aussperrung und können innerhalb des räumlichen und fachlichen Tarifbereichs nur Streikunterstützung oder Sozialhilfe in Anspruch nehmen. Außerhalb dieses Tarifbereichs kommen darüber hinaus Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit in Betracht; das ist jedoch nach § 116 Abs. 3 Nr. 2 AFG nur dann zulässig, wenn dadurch der Arbeitskampf nicht beeinflußt wird. Daraus folgt für die Taktik der kampfführenden Gewerkschaft, daß ein Teilstreik in Schlüsselbetrieben im allgemeinen keine Vorteile bietet, weil sich der Kampfrahmen auf diese Weise nicht beschränken läßt. Er dehnt sich automatisch auf die mittelbar betroffenen Betriebe aus.
- 84 c) Hingegen kann sich eine Wesentliche Verschiebung des Kräftegleichgewichts zugunsten der Gewerkschaften ergeben, wenn sich Teilstreiks als wirksamer Angriff auf die Solidarität der Arbeitgeber darstellen. Diese Möglichkeit ergibt sich aus der Konkurrenzsituation und ist bei so eng begrenzten Arbeitskämpfen wie dem vorliegenden regelmäßig anzunehmen.
- 85 Während die Interessen der Mitglieder einer Gewerkschaft weitgehend übereinstimmen und zu einem hohen Maße an Solidarität führen, sind die Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes normalerweise potentielle oder tatsächliche Konkurrenten. Zwar verbindet sie das Interesse an günstigen Tarifabschlüssen und diese Gemeinsamkeit läßt sie im Arbeitskampf zusammenrücken, aber die marktbedingten Interessengegensätze werden dadurch nicht aufgehoben. Daraus ergibt sich ein Interessenkonflikt, wenn die Lasten eines Arbeitskampfes, der um einen Verbandstarifvertrag geführt wird, nur einzelne Mitglieder des Verbandes trifft. Diese sehen sich in die Lage versetzt, im gemeinsamen Arbeitgeberinteresse stellvertretend standhalten zu müssen, während ihre streikverschonten Verbandskollegen die Gunst der Stunde nutzen und Marktanteile hinzugewinnen können. Man wird davon ausgehen müssen, daß dieser Konflikt zwar nicht zwangsläufig, aber doch typischerweise bei eng begrenzten Teilstreiks auftritt (vgl. besonders eingehend Rühlers, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 88 ff.; sehr summarisch auch Th. Raiser, Die Aussperrung nach dem GG, 1975, S. 91).
- 86 Dennoch wäre eine Ausdehnung des Kampfrahmens durch Aussperrungen entbehrlich, wenn der Interessengegensatz der Arbeitgeber während der Dauer eines Arbeitskampfes mit verbandsrechtlichen Mitteln aufgehoben werden könnte. Ein Versuch in diese Richtung unternehmen die sogenannten Streikhilfeabkommen, die Hilfeleistungen bei Lieferschwierigkeiten vorsehen und die Abwerbung von Kunden verbieten. Die kartellrechtliche Zulässigkeit solcher Vereinbarungen ist umstritten (gegen die herrschende Lehre verneinend, und zwar aus Gründen der Parität, Säcker, ZHR 137, S. 455 (471 und 478)). Das muß hier nicht erörtert werden, weil jedenfalls Wettbewerbsverbote, die sich auf Arbeitskämpfe beschränken, nur bei sehr einfach gegliederten Marktverhältnissen praktikabel sein können und als atypisch vernachlässigt werden dürfen. Wenn die Verteiler und Abnehmer anderen Branchen angehören und ihrerseits starkem Wettbewerb ausgesetzt sind (z.B. auch aus dem Ausland), werden sich die kampfbedingten Wettbewerbsvorteile kaum abgrenzen und kontrollieren lassen. Schon allein diese Unsicherhei-

ten können bewirken, daß sich die Sorge der von Teilstreiks betroffenen Unternehmen um die Erhaltung ihres Marktanteils schädlich auf die Verbandssolidarität auswirkt.

- 87 Die ungleiche Lastenverteilung eines Teilstreiks wird auch die Bereitschaft zum Abschluß eines Tarifvertrages ungleich beeinflussen. Bei einer typisierenden Betrachtung kann man davon ausgehen, daß die nicht bestreikten Unternehmen regelmäßig für eine härtere Verhandlungsposition eintreten würden als die bestreikten Unternehmen, wenn Abwehraussperrungen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht in Betracht kämen. Daraus ergäbe sich für die bestreikten Unternehmen die naheliegende Lösung, durch einen Firmentarifvertrag gleichsam zu einem "Separatfrieden" zu gelangen. Das wird besonders deutlich, wenn die kampfführende Gewerkschaft den bestreikten Unternehmen ausdrücklich Firmentarifverträge anbietet, obwohl sie eigentlich einen Verbandstarifvertrag anstrebt. Im Schrifttum wird sogar die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens angezweifelt (Boldt, RdA 1971, 257; Buchner, DB 1970, 2074 (2076); Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 4. Aufl., S. 75; Hess, Zulässigkeit, Inhalt und Erstreikbarkeit betriebsnaher Tarifverträge, 1973, S. 53 ff. und Weiss, Koalitionsfreiheit und betriebsnahe Tarifverträge, 1973, S. 68 ff.; wohl a.A. BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Abs. 5 der Gründe)). Aber selbst diejenigen Autoren, die den Gewerkschaften einen größeren Handlungsspielraum einräumen wollen, müssen der Arbeitgeberseite das Recht zugestehen, dem Angriff auf die Verbandssolidarität durch Abwehraussperrungen zu begegnen (vgl. vor allem Hensche, RdA 1971, 9 (13); Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 2 RdNr. 84). Die Verbandssolidarität ist wegen der Erforderlichkeit von Druck und Gegendruck auch für die Arbeitgeberseite unerlässlich. Es kann dabei nicht entscheidend darauf ankommen, ob ein Firmentarifvertrag ausdrücklich gefordert wird oder ob er sich den betroffenen Arbeitgebern lediglich als Ausweg aus einer Zwangslage aufdrängt. Die Interessenlage und die Verschiebung des Kräfteverhältnisses sind in beiden Fällen gleich. Der einzelne Arbeitgeber kann jederzeit einen Firmentarifvertrag abschließen.
- 88 Rechtstatsächliche Untersuchungen der Folgen von Teilstreiks für die Konkurrenzsituation und die Verbandssolidarität fehlen. Aber der Senat kann einer Entscheidung nicht ausweichen und muß sich deshalb mit groben Erfahrungswerten begnügen. Mit dieser Einschränkung ist davon auszugehen, daß die Konkurrenzverzerrungen umso größer sind, je enger der Rahmen eines Teilstreiks abgesteckt wird. Möglicherweise werden ihre Folgen für die Verbandssolidarität bedeutungslos, wenn ca. die Hälfte der Arbeitnehmer eines Tarifgebietes zum Streik aufgerufen wird. Aber im vorliegenden Fall befanden sich zunächst nur 80.000, später 90.000 von insgesamt 500.000 Arbeitnehmern des Tarifgebietes im Ausstand. Das sind weniger als 20 %. Bei einer so starken Einschränkung des Kampfrahmens erfordert die Parität nach der Überzeugung des Gerichts die Möglichkeit einer begrenzten Abwehraussperrung. Die Arbeitgeber müssen in der Lage sein, den Kampfrahmen nach taktischen Gesichtspunkten angemessen zu erweitern, um Wettbewerbsverzerrungen oder besondere Belastungen der Solidarität auszugleichen.
- 89 B. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, daß der Aussperrungs-Beschluß, dem die Beklagte gefolgt ist, keine unverhältnismäßige Reaktion auf den Teilstreik der IG Metall im Tarifgebiet Nordwürttemberg/Nordbaden darstellte.
- 90 I.1. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Beschluß vom 21. April 1971 (BAG 23, 292 (306) = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) den allgemeinen Grundsatz formuliert: "Arbeitskampfmaßnahmen stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit". Arbeitskämpfe stellen einen Eingriff in vertragliche Rechte dar und berühren dabei nicht nur die Interessen der am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Dritte und die Allgemeinheit. Daraus ergibt sich das Verbot, Kampfmaßnahmen zu ergreifen, die unnötig oder ungeeignet sind oder außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Der Große Senat hat daraus ein System abgestufter Kampfmaßnahmen entwickelt (aaO, zu Teil III A der Gründe), das der Erste Senat wiederholt angewandt und differenziert hat (vgl. zuletzt das Warnstreik-Urteil AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Der Bundesgerichtshof scheint die gleiche Auffassung zu vertreten. In seinem Fluglotsen-Urteil hat er bestimmte Kampftaktiken mit der Begründung mißbilligt, daß sie "außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel" ständen (AP Nr. 61 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (zu I 2 b der Gründe)). An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten.
- 91 2. Allerdings erscheint es notwendig, zwei Unklarheiten zu beseitigen, die das Verständnis der entwickelten Grundsätze erschweren und auch die wissenschaftliche Diskussion belasten.

- 92 a) Das gilt zunächst für die Terminologie. Grabitz (AöR, Bd. 98, S. 568 (570 f.)) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß der Große Senat wie auch das Bundesverfassungsgericht den Begriff der Verhältnismäßigkeit in einem engeren und in einem weiteren Sinne gebrauchen. Darüber hinaus wird vielfach vom Übermaßverbot gesprochen, wobei nicht immer deutlich ist, ob es sich um einen gleichbedeutenden, einen weiteren oder einen engeren Begriff handeln soll.
- 93 Der Senat unterscheidet nicht zwischen dem Übermaßverbot und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Beide Bezeichnungen versteht er in Auffaltung des vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts verwandten allgemeinen Begriffs der Verhältnismäßigkeit als gleichbedeutende Sammelbegriffe, die die Merkmale der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Proportionalität zusammenfassen. Die Bezeichnung "Proportionalität" empfiehlt Grabitz zur Vermeidung von Mißverständnissen anstelle der bisher gebräuchlichen Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne des Wortes.
- 94 b) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität einer Kampfmaßnahme lassen sich nicht beurteilen, so lange nicht feststeht, welcher Zweck bei der Prüfung dieser Merkmale maßgebend sein soll. Diese Frage ist im Schrifttum umstritten. Löwisch (ZfA 1971, 319 (326 ff.)) vertritt die Auffassung, daß es nur auf das Arbeitskampfziel ankommen könne, wobei die Wahl der Kampfaktiken freistehen müsse. Nur so könne vermieden werden, daß Gerichte die Angemessenheit des angestrebten Tarifvertrages überprüfen müssen, was praktisch unmöglich wäre und dem Prinzip der Tarifautonomie zuwider liefe (aaO, S. 335). Demgegenüber will Seiter (Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 172) den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit Hilfe des Paritätsprinzips konkretisieren. Als Bezugspunkt des Übermaßverbotes sei nur die Herstellung einer gleichgewichtigen Verhandlungsposition anzuerkennen. Auf Seiter berufen sich Konzen (SAE 1977, 235 (237)) und Mager (Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 15, S. 75 (89)), die mit dieser Begründung Warnstreiks für unzulässig halten, weil sie zur Herstellung der Parität nicht erforderlich seien.
- 95 Für den vorliegenden Rechtsstreit muß diese Kontroverse nicht abschließend geklärt werden. Richtig ist jedenfalls, daß das Übermaßverbot nicht zu einer Tarifizensur führen darf. Eine Kontrolle der Tarifziele durch die Gerichte für Arbeitssachen wäre (von Extremfällen vielleicht abgesehen) ein Eingriff in die Tarifautonomie und kann deshalb bei der Anwendung des arbeitskampfrechtlichen Übermaßverbotes nicht in Betracht kommen. Daraus folgt jedoch nicht, daß auch die Frage der Parität unerheblich wäre. Hier besteht ein Unterschied zwischen dem Streik, der der Durchsetzung von Tarifforderungen dient, und der Abwehraussperrung, die nur ein Verhandlungsübergewicht der streikenden Gewerkschaft ausgleichen, also die Parität zurückgewinnen soll. Die begrenzte Funktion und Legitimation der Abwehraussperrung bestimmt zugleich den Inhalt des Übermaßverbotes. Als geeignet, erforderlich und proportional können nur solche Abwehraussperrungen gelten, die die Herstellung der Verhandlungsparität bezwecken. Damit ist zugleich der Rahmen für die Zulässigkeit von Abwehraussperrungen bezeichnet.
- 96 3.a) Die Einführung des Übermaßverbotes in das Arbeitskampfrecht durch den großen Senat des Bundesarbeitsgerichts hat heftigen Widerspruch gefunden. Soweit dem Gericht vorgeworfen worden ist, es habe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, seinen Geltungsgrund und seinen Anwendungsbereich verkannt und deshalb schon im Ansatz fehlerhaft argumentiert (vgl. Däubler, JuS 1972, 642 ff.; Joachim, AuR 1973, 289 ff.; Säcker, GewMh 1972, 287 ff.) ist dazu im Schrifttum alles erforderliche gesagt worden (vgl. z.B. Löwisch, ZfA 1971, 319 ff.; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 150 ff.; Reuter, JuS 1973, 284 ff.; Richardi, NJW 1978, 2057 ff.; demnächst Mayer-Maly, Veröffentlichung eines in Hannover gehaltenen Vortrags, ZfA 1980). Der Senat kann dem keine neuen Argumente hinzufügen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat sich nicht nur im Arbeitskampfrecht durchgesetzt, sondern ist als übergeordnetes Rechtsprinzip des Privatrechts wie schon seit langem für das öffentliche Recht und damit letztlich für die gesamte Rechtsordnung aufgedeckt worden (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., S. 465).
- 97 b) Hingegen trifft eine andere Kritik die zentrale Schwäche des derzeitigen Arbeitskampfrechts: Wegen seiner generalklauselartigen Weite führt das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht zu einem unerträglichen, jedenfalls aber zu einem ungewöhnlich hohen Maß an Rechtsunsicherheit. Während Generalklauseln im allgemeinen nur langsam von der Rechtsprechung konkretisiert werden können, indem ihre Anwendbarkeit von Fall zu Fall geprüft, schrittweise Fallgruppen und schließlich Regeln gebildet werden, läßt sich dieses Verfahren im Arbeitskampfrecht

- kaum durchführen. Arbeitskämpfe haben so weitreichende Folgen und eine so außerordentliche Bedeutung für die kampf führenden Parteien und für die Allgemeinheit, daß die Grenzen ihrer Zulässigkeit wenigstens in groben Zügen vorhersehbar sein müssen. Wenn sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes generell erst nach einem langjährigen Prozeß beantworten ließe, ergäben sich daraus unübersehbare Risiken. Beide sozialen Gegenspieler würden dadurch in der Wahrnehmung ihrer Rechte außerordentlich stark behindert. Das Funktionieren der geltenden Kampf- und Ausgleichsordnung könnte gefährdet sein (vgl. Däubler, JuS 1972, 642; Löwisch, ZfA 1971, 319 ff.; Reuß, AuR 1971, 353 (355); Reuter, Festschrift für Franz Böhm, 1975, S. 521 (552); Richardi, RdA 1971, 334 (342)).
- 98 Diese Feststellung läßt jedoch nicht den Schluß zu, daß das Übermaßverbot im Arbeitskampf keine Geltung beanspruchen könne. Sie zeigt lediglich, daß eine schnelle und praktikable Konkretisierung unerlässlich ist. Die vielfältigen Besonderheiten, die den einzelnen Arbeitskampf prägen können (Konjunktur, Tarifziel, Eigentümlichkeiten der Branche, der Kampftaktik und so weiter) müssen zurücktreten gegenüber dem vorrangigen Bedürfnis nach klaren und überschaubaren Abgrenzungen.
- 99 4.a) Die Aufstellung abstrakter Grundsätze, die sich nicht unmittelbar auf die Entscheidung konkreter Fälle beziehen, ist an sich nicht Sache des Richters. In erster Linie muß der Gesetzgeber dafür sorgen, daß die Rechtssicherheit nicht durch Lücken der Rechtsordnung gefährdet ist. Darüber hinaus verpflichtet ihn Art. 9 Abs. 3 GG, ein funktionierendes Tarifvertragssystem bereit zustellen (BVerfGE 4, 96 (108) = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (zu C 2 b aa)).
- 100 b) Aber gerade auch die Koalitionen selbst sind aufgerufen, durch tarifliche Arbeitskampfordnungen die Unklarheiten zu beseitigen, die das geltende Arbeitskampfrecht belasten. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat schon in seinem Beschluß vom Jahre 1971 nachdrücklich darauf hingewiesen, daß das Tarifrecht die Möglichkeit zur Vereinbarung autonomer Arbeitskampfordnungen bietet, die vor allem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Beachtung seiner Merkmale konkretisieren können und insoweit auch nicht an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gebunden sind (BAG 23, 292 (307 und 313) = AP Nr. 43 zu Art. 9 Arbeitskampf (zu Teil III A 3 und C 5 der Gründe)). Darin liegt keine Einschränkung der tragenden Grundsätze des Arbeitskampfrechts. Der Tarifvorbehalt beruht vielmehr auf der Einsicht, daß das ganze Arbeitskampfrecht der Tarifautonomie dient, und daß die unerlässliche Rechtssicherheit auf diesem Gebiet von der Rechtsprechung nach ihrer Funktion und Arbeitsweise nur äußerst schwer gewährleistet werden kann. Kollektive Vereinbarungen sind ein viel geeigneteres Mittel, das die Rechtsordnung den unmittelbar betroffenen und sachnahen Tarifvertragsparteien zur Verfügung stellt (vgl. Herschel, DB 1973, 919 ff. und 2298 ff. gegen Lieb, RdA 1972, 129 ff.; zum Streitstand auch die Übersicht bei Reuter, ZfA 1974, S. 241 ff.).
- 101 Soweit ersichtlich haben die Tarifvertragsparteien bisher von ihrer Regelungsmöglichkeit noch nie Gebrauch gemacht, wenn man von den hier nicht interessierenden Schlichtungsabkommen absieht. Gelegentlich werden zwar im Rahmen aktueller Arbeitskämpfe begrenzte Absprachen getroffen, die auch den Kampfrahmen betreffen können, aber generelle Arbeitskampfordnungen, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konkretisiert hätten, sind nicht zustande gekommen. Der Senat ist deshalb gezwungen, ohne die Hilfe des Gesetzgebers und der Tarifvertragsparteien Abgrenzungsmerkmale zu entwickeln, mit deren Hilfe die Proportionalität einer Kampfmaßnahme beurteilt werden kann, solange gesetzliche und tarifvertragliche Regelungen fehlen.
- 102 II. 1. Zunächst ist davon auszugehen, daß das Tarifgebiet regelmäßig auch als angemessene Grenze des Kampfgebiets angesehen werden muß (Bertelsmann, Aussperrung, 1979, S. 346; Löwisch, RdA 1980, 1 (12); Wiedemann, RdA 1969, 321 (333)). Der räumliche und fachliche Geltungsbereich eines Tarifvertrages grenzt nicht nur den Kreis der Normadressaten ab, sondern bestimmt auch auf beiden Seiten den Mitgliederbestand der unmittelbaren Verhandlungspartner und damit einen wesentlichen Faktor des Kräfteverhältnisses. Kommt es zur Auseinandersetzung um die gewerkschaftliche Forderung eines Verbandstarifvertrages, so ist für den angegriffenen Arbeitgeberverband die Solidarität seiner Mitgliedsunternehmen im Tarifgebiet erforderlich aber auch ausreichend. Diese Unternehmen müssen nämlich in irgendeinem Verfahren darüber bestimmen, ob und inwieweit sie den Forderungen der zuständigen Gewerkschaft entgegengetreten oder entsprechen wollen. Deshalb wirken sich Störungen der Solidarität in diesem Kreis unmittelbar auf die Verhandlungsstärke des Arbeitgeberverbandes aus.

- 103 Die Abgrenzung des Tarifgebietes ist das Ergebnis freiwilliger Absprachen. Man kann davon ausgehen, daß die Tarifvertragsparteien in diesem Zusammenhange die Erfordernisse der Verhandlungspartit beachten. Dafür spricht die Tatsache, daß in der Vergangenheit kaum grundlegende Änderungen vorgenommen werden mußten, kleinere Korrekturen hingegen den Bedürfnissen der Praxis folgen konnten. Gerade der vorliegende Fall bietet ein anschauliches Beispiel für die Anpassungsfähigkeit des Abgrenzungsmerkmals. Das Werk Laichingen, in dem der Kläger tätig war, gehört an sich nicht zum Tarifbezirk Nordwürttemberg-Nordbaden. Es wurde jedoch wegen seiner engen wirtschaftlichen Verbundenheit mit dem in Nürtingen ansässigen Unternehmen durch einen besonderen Geltungsbereich-Tarifvertrag vom 5. Dezember 1975 zusammen mit einer Reihe weiterer grenzüberschreitender Betriebe dem Tarifbezirk Nordwürttemberg-Nordbaden zugerechnet. Höchst zweifelhaft erscheint lediglich, ob eine solche Veränderung des Tarifgebietes zum Kampfziel gemacht werden kann (so Dutz, DB 1979, Beilage 14, S. 2). Wenn das möglich wäre, könnte jede Erweiterung des Kampfgebiets aus rein kampftaktischen Gründen mit der Forderung verbunden und gerechtfertigt werden, auch das Tarifgebiet sollte entsprechend ausgedehnt werden. So verlöre das Abgrenzungsmerkmal jede praktische Bedeutung (Löwisch, aaO).
- 104 Im Schrifttum wird die arbeitskampfrechtliche Bedeutung des Tarifgebiets vor allem bei der Frage diskutiert, ob Sympathiearbeitskampfe zulässig sind. Der Senat hat diese Frage bisher offengelassen (BAG 15, 211 (218) = AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (III 1 letzter Absatz der Gründe)). Im Schrifttum mehren sich die Stimmen, die Sympathie-Arbeitskämpfe generell ablehnen (vgl. grundlegend Rüthers, BB 1964, 312 ff.; zusammenfassend Scholz/Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 243 ff. und Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 502 ff.). Hier muß die Frage nicht näher erörtert werden. Es genügt die Feststellung, daß jedenfalls bei Teilstreiks innerhalb des umstrittenen Tarifgebietes Abwehraussperrungen auf dieses Tarifgebiet beschränkt werden müssen. Eine weitergehende Ausdehnung des Kampfgebietes ist regelmäßig nicht erforderlich, um das Verhandlungsgleichgewicht herzustellen und verstößt deshalb grundsätzlich gegen das Ubermasverbot.
- 105 2. Die Begrenzung auf das Tarifgebiet ermöglicht noch kein abgestuftes Kampfmittelsystem, wie es die Proportionalität im Rahmen des Ubermasverbotes gebietet. Deshalb ist ein weiterer Schritt der Konkretisierung geboten.
- 106 a) Die Wirksamkeit von Teilstreiks auf die Verhandlungsposition des sozialen Gegenspielers hängt bei einer sehr groben Einteilung von vier Faktoren ab: Der konjunkturellen Lage, der Konkurrenzsituation im Tarifgebiet, der Breite des Teilstreiks und der Dauer des Arbeitskampfes.
- 107 Die beiden ersten Kriterien sind einer generalisierenden Betrachtung kaum zugänglich. Sie ändern sich ständig und lassen sich normativ nicht so zuverlässig kennzeichnen, daß sie als Merkmale einer Arbeitskampfordnung dienen könnten. Jedenfalls nach dem bisherigen Stand der rechtstatsächlichen Erkenntnis sieht der Senat keine Möglichkeit, für diese wirtschaftlichen Rahmenbedingungen von Arbeitskämpfen Merkmale zu bezeichnen, die dem Erfordernis der Parität und der Rechtssicherheit gleichermaßen dienen könnten. Sie müssen als Unwägbarkeiten des Arbeitskampfes betrachtet und vernachlässigt werden.
- 108 b) Die zeitliche Dauer von Arbeitskämpfen ist nach einem Vorschlag von Löwisch das entscheidende Merkmal eines abgestuften Kampfmittelsystems (RdA 1980, 1 (13 f.)). Er regt an, die Eröffnung eines Arbeitskampfes und die unmittelbare Reaktion der Gegenseite zunächst dahin zu begrenzen, daß sie zusammen nur etwa 1/4 der zum Tarifgebiet gehörenden Arbeitnehmer ergreifen dürfen. In einer zweiten Stufe sollte dann zugelassen werden, in einem zeitlichen Abstand von ca. einer Woche die Kampfmanahmen auf die Hälfte aller Arbeitnehmer auszudehnen. Erst in einer dritten Stufe wäre in einem weiteren zeitlichen Abstand die Erstreckung des Arbeitskampfes auf alle Arbeitnehmer des Tarifgebietes möglich.
- 109 Dieser interessante Vorschlag beruht zwar auf einer Analyse früherer Arbeitskämpfe, Überzeugt aber insofern nicht, als er den Umfang der Angriffskampfmanahmen außer Betracht läßt. Strenggenommen könnte der Angreifer die nach dem Zeitplan Lowischs jeweils zulässige Quote voll ausschöpfen und auf diese Weise dem Angegriffenen die Möglichkeit einer Reaktion nehmen. Darüber hinaus erscheint es dem Senat bedenklich, den sozialen Gegenspielern einen genau kalkulierbaren Zeittakt vorzugeben, der von den Besonderheiten des konkreten Arbeits-

kampfes unabhängig ist. Daraus könnte sich die Gefahr einer gewissen "Ritualisierung" ergeben. Arbeitskämpfe müßten dann nahezu zwangsläufig in den vorgegebenen Zeitabständen erweitert werden, um den Eindruck der Schwäche oder Unentschlossenheit zu vermeiden. Mit der Funktion des Arbeitskampfrechts, das Verhandlungsgleichgewicht der sozialen Gegenspieler herzustellen und zu wahren, ließe sich eine solche Regelung kaum begründen.

- 110 c) Demgegenüber versucht Raiser unmittelbar an den Gedanken der Parität anzuknüpfen und diesen in einem Zahlenverhältnis auszudrücken (ZRP 1978, 201 (205)). Als einfache, die Parität auch sinnfällig ausdrückende Proportion bietet sich das Verhältnis 1 : 1 an. Deshalb entspreche es dem Paritätsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn der Arbeitgeber für jeden streikenden Arbeitnehmer einen weiteren Arbeitnehmer aussperren dürfe. Nur bei Teilstreiks kleiner Gruppen von Spezialisten führe eine solche Regelung nicht zu befriedigenden Ergebnissen.
- 111 Dieser Lösungsvorschlag ist insofern zu begrüßen, als er eine zahlenmäßige Konkretisierung des Übermaßverbotes anstrebt. Richtig ist ferner die Ausgangsüberlegung, daß der Umfang einer Abwehraussperrung vom Umfang des Angriffsstreiks abhängen muß. Aber das Zahlenverhältnis 1 : 1 ist nicht geeignet, das Verhandlungsgleichgewicht zu gewährleisten. Die schematische Gleichsetzung von Streikenden und Ausgesperrten verfehlt die ungleiche Interessenlage von Arbeitgebern und Arbeitnehmern und die ungleiche Funktion von Streiks und Abwehraussperrungen. Eine Erweiterung des Kampfrahmens, wie sie die Abwehraussperrung bewirken soll, ist umso notwendiger, je enger die angreifende Gewerkschaft ihren Streik begrenzt hat. Wenn nur eine ganz geringe Zahl von Arbeitnehmern streikt, ist die Aussperrung von ebenso wenigen Kollegen praktisch wirkungslos; hat die Gewerkschaft hingegen ohnehin schon die Hälfte der Arbeitnehmer eines Tarifgebiets zum Streik aufgerufen, benötigen die Arbeitgeber kaum noch eine Reaktionsmöglichkeit. Nach Raisers Vorschlag wäre es hingegen genau umgekehrt.
- 112 d) Angemessen erscheint eine abgestufte Reaktionsmöglichkeit, die die richtigen Ansätze von Löwisch und Raiser verbindet. Wenn durch einen Streikbeschluß weniger als 1/4 der Arbeitnehmer des Tarifgebiets zur Arbeitsniederlegung aufgefordert werden, so handelt es sich um einen enggeführten Teilstreik, bei dem die beschriebenen Belastungen für die Solidarität der Arbeitgeber und damit eine Verschiebung des Kräftegleichgewichts anzunehmen ist. Hier muß die Arbeitgeberseite den Kampfrahmen erweitern können, wobei eine Ausdehnung um 25 % der betroffenen Arbeitnehmer nicht unproportional erscheint. Eine weitergehende Reaktion wird regelmäßig nicht proportional sein. Werden mehr als 1/4 der Arbeitnehmer des Tarifgebiets zum Streik aufgerufen, ist das Bedürfnis der Arbeitgeber zur Erweiterung des Kampfrahmens entsprechend geringer. Insgesamt scheint nach dem Eindruck des Senats manches dafür zu sprechen, daß eine Störung der Kampfparität nicht mehr zu befürchten ist, wenn etwa die Hälfte der Arbeitnehmer eines Tarifgebiets entweder zum Streik aufgerufen werden oder von einem Aussperrungsbeschluß betroffen sind. Das muß hier jedoch nicht entschieden werden. Ebenso kann offen bleiben, wie die Dauer eines Arbeitskampfes berücksichtigt werden könnte. Denkbar wäre z.B. eine Taktik, die die Aussperrungsmöglichkeit zunächst nicht ausnützt, das aber im weiteren Verlauf des Arbeitskampfes durch eine befristete Erweiterung der Aussperrung nachholt.
- 113 3. Im vorliegenden Fall hat die IG Metall von den über 500.000 Arbeitnehmern des Tarifgebiets zunächst nur ca. 80.000 Arbeitnehmer, später 90.000 Arbeitnehmer zum Streik aufgerufen. Der Arbeitskampf war damit stets auf weniger als 25 % der Arbeitnehmer des Tarifgebiets beschränkt. Dieses Ausmaß hat der Arbeitgeberverband durch die Aussperrung von 120.000 Arbeitnehmern erweitert. Er hat damit ebenfalls nicht die Grenze von 25 % der betroffenen Arbeitnehmer überschritten. Eine derartig begrenzte Abwehraussperrung ist als geeignet, erforderlich und proportional anzuerkennen. Sie verletzt nicht das Übermaßverbot.
- 114 C. Da die Aussperrung rechtmäßig war, ist die Beklagte nicht dadurch in Annahmeverzug geraten, daß sie die Beschäftigung des Klägers abgelehnt hat. Das Landesarbeitsgericht hat die Zahlungsklage mit Recht abgewiesen.

