

BAG Großer Senat, Beschluß vom 21.04.1971 - GS 1/68

1. Arbeitsk Kampfmaßnahmen stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.

2. Streiks führen zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse. Auch Aussperrungen haben im allgemeinen nur suspendierende Wirkung.

3. Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit kann eine Aussperrung mit lösender Wirkung zulässig sein. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem Ermessen.

4. Insoweit werden die Rechtsgrundsätze der Entscheidung des Großen Senats vom 28. Januar 1955 - GS 1/54 - AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitsk Kampf - abgeändert und fortentwickelt.

Der große Senat des BAG hat auf Grund der mündl. Verhandlung vom 20. 1. 1971 beschlossen:

1. Arbeitsk Kampfmaßnahmen stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.

2. Streiks führen zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse. Auch Aussperrungen haben im allgemeinen nur suspendierende Wirkung.

3. Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit kann eine Aussperrung mit lösender Wirkung zulässig sein. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem Ermessen.

4. Insoweit werden die Rechtsgrundsätze der Entscheidung des Großen Senats vom 28. 1. 1955 - GS 1/54 - BAG 1, 291 ff. = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitsk Kampf - abgeändert und fortentwickelt.

Von Rechts wegen!

Teil I: Tatbestandlicher Teil:

Die bekl. Kommanditgesellschaft betreibt die staatl. konzessionierten Spielbanken in Bad Neuenahr und Bad Dürkheim. Die Kl. - im Falle Nr. 7 deren Rechtsvorgänger (im folgenden kurz auch insoweit als Kl. bezeichnet) - waren seit längerer Zeit als Croupiers in der Spielbank Bad Neuenahr beschäftigt. Als Vergütung erhielten sie ein Gehalt, welches monatl. nach einem Punktsystem errechnet und dem gemeinsamen Tronc beider Spielbanken entnommen wurde. Es war ihnen jedoch ein Grundgehalt garantiert, das sich zuletzt für die Mehrzahl der Kl. auf 1600,- DM, 1400,- DM oder 1200,- DM belief. Alle Kl. sind Mitglieder der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen (HBV) im DGB. Zwischen dieser Gewerkschaft und der Bekl. wurden in der Vergangenheit laufend TV abgeschlossen. Die letzten TV datierten vom 31. 12. 1963. Diese wurden von der Bekl. fristgemäß zum 30. 6. 1965 gekündigt. Versuche der Gewerkschaft HBV, mit der Bekl. neue TV abzuschließen, blieben ohne Ergebnis. Die letzte Tarifverhandlung fand am 11. 11. 1966 statt.

Verhandlungen der Bekl. mit der DAG führten im Herbst 1966 mit dem Abschlußdatum vom 17. 11. 1966 zum Abschluß eines TV, der den Inhalt der früheren TV mit der Gewerkschaft HBV im wesentl. übernahm. Die Bekl. hat diesen TV nach ihren Angaben am 16. 12. 1966 unterschrieben. Von diesem TV erfuhren die Kl. und die Landesbezirksleitung der Gewerkschaft HBV am 22. 12. 1966. Mit Schreiben von demselben Tage teilte die HBV der Bekl. mit, sie betrachtete die Tarifverhandlungen als gescheitert und fühle sich an die Friedenspflicht nicht mehr gebunden. Gleichzeitig forderte sie nochmals den Abschluß eines neuen TV und setzte dafür unter Androhung eines Arbeitskampfes eine Frist bis 24. 12. 1966, 12 Uhr. Ein TV kam innerhalb der Frist nicht zustande. Daraufhin ließ die HBV am 27. 12. 1966 in Bad Neuenahr und am 29. 12. 1966 in Bad Dürkheim eine Urabstimmung über die Einleitung von Kampfmaßnahmen durchführen. Die satzungsgemäß erforderl. Dreiviertelmehrheit wurde dabei überschritten. Am 30. 12. 1966 beschloß der Hauptvorstand der Gewerkschaft HBV, für die Arbeitnehmer der Bekl. in Bad Neuenahr zum Abschluß eines neuen TV einen befristeten Streik vom 31. 12. 1966, 13 Uhr, bis 2. 1. 1967, 8 Uhr, auszurufen (1. Streik). Der Streik wurde ausgerufen und durchgeführt. Die Kl. beteiligten sich an dem Streik. Zu Verhandlungen mit der Bekl. kam es nicht. In der Spielbank Bad Neuenahr hielt die Bekl. einen Notbetrieb aufrecht.

Nach Beendigung des Streiks unterbreitete die HBV am Vormittag des 2. 1. 1967 der Bekl. ein neues Verhandlungsangebot, ohne darauf eine Antwort zu erhalten. Der Hauptvorstand der HBV beschloß daraufhin einen weiteren Streik ab 2. 1. 1967, 13 Uhr, zunächst befristet bis 9. 1. 1967, 8 Uhr (2. Streik). Der Streik wurde ausgerufen und der Bekl. vor 13 Uhr bekanntgegeben. Die Kl. beteiligten sich auch an diesem Streik.

Die Bekl. stellte nunmehr ihren Betrieb in Bad Neuenahr ein. Sie sandte an die Streikleitung ein Telegramm, das am 2. 1. 1967 nach 18 Uhr dort einging und folgenden Inhalt hatte (1. Aussperrung):

"Betrifft: Ihr Streikbeschluß vom 2. 1. 1967. Hiermit werden alle Arbeitnehmer, die an dem von Ihnen ausgerufenen Streik in Bad Neuenahr beteiligt sind, mit sofortiger Wirkung ausgesperrt."

Noch an demselben Tag wurde jedem einzelnen Streikenden folgendes Schreiben zugestellt:

"Wir haben heute der Streikleitung der HBV folgendes dringendes Telegramm übersandt:

- folgt Text des Telegramms vom 2. 1. 1967 -

Auch für Sie ist damit Ihr Arbeitsverhältnis mit Wirkung vom heutigen Tage beendet. Das Betreten der Betriebsräume und Betriebsstätten wird Ihnen hiermit ab sofort untersagt. Wir machen Sie darauf aufmerksam, daß Ihre sämtl. Pflichtversicherungen ruhen, und stellen Ihnen anheim, eine freiwillige Versicherung abzuschließen."

Ab 7. 1. 1967, 15 Uhr, wurde auch der Betrieb der Bekl. in Bad Dürkheim bestreikt, und zwar bis 9. 1. 1967, 2 Uhr.

In Bad Neuenahr endete der zweite Streik am 9. 1. 1967, 8 Uhr. Gegen 10.15 Uhr an diesem Tag fand durch Vermittlung des Bürgermeisters R. in dessen Gegenwart eine Unterredung zwischen dem Direktor K. und dem Prokuristen v. d. G. von der Bekl. und dem Gewerkschaftssekretär N. vom DGB statt. Bei diesem Gespräch lehnte es K. ab, eine Abordnung der Streikenden oder der Tarifkommission zu empfangen, bot aber an, die Streikenden einzeln zu empfangen und mit ihnen Einzelarbeitsverträge abzuschließen. Auf Wunsch von N. übergab er diesem ein Muster der vorgesehenen neuen Verträge. K. erklärte, er könne jedoch nicht verbindl. sagen, ob alle Streikenden wieder eingestellt würden, denn er habe während des Streiks neues Personal einstellen müssen, wodurch ein Teil der Stellen besetzt sei. Kurz nach dieser Unterredung teilte die Bekl. dem Bürgermeister R. telefonisch mit, die Arbeitswilligen brauchten keinen schriftl. Arbeitsvertrag zu unterschreiben, es werde ihnen ledigl. ein Bestätigungsschreiben über die Wiederaufnahme der Arbeit ausgehändigt. Der Inhalt dieses Telefongesprächs wurde der Streikleitung sogleich mitgeteilt.

Durch einen Portier ließ die Bekl. am 9. 1. 1967 einen Handzettel mit folgendem Wortlaut an die Streikenden verteilen:

"Hinweis! An einer Wiedereinstellung interessierte Herren wollen bitte in der Personalabteilung vorstellig werden."

An demselben Tage gab die Bekl. der Presse folgende Mitteilung:

"Die Direktion der Spielbank teilt mit, daß sie nach Ablauf des Streiks am Montag, dem 9. 1. 1967, 8 Uhr, allen Arbeitswilligen angeboten hat, in der Personalabteilung zwecks Arbeitsaufnahme und Wiedereinstellung vorstellig zu werden, wobei sie nicht die Absicht hat, die wohlerworbenen Rechte des vorherigen Vertrages anzutasten."

An alle Streikenden richtete die Bekl. am 10. 1. 1967 folgendes Schreiben:

"Nach Ihren eigenen Mitteilungen ist der Streik seit gestern vormittag 8 Uhr bzw. 2 Uhr beendet. Trotzdem hat sich noch niemand von Ihnen für eine eventuelle Neueinstellung angemeldet, obwohl wir dies in entsprechender Weise kundgetan hatten. Um alle Unklarheiten zu beseitigen, ersuchen wir deshalb hiermit alle diejenigen, die eine Neueinstellung wünschen, sich unverzügl. beim Personalbüro deswegen anzumelden. Das Personalbüro wird dann diese Anmeldungen entgegennehmen und den Betreffenden umgehend einen schriftl. Bescheid über ihre evtl. Wiedereinstellung zukommen lassen."

In einer von der Bekl. auch den Kl. zugesandten Mitteilung für die Presse vom 11. 1. 1967 heißt es u. a.:

" ... Nach wie vor steht es jedem Streikteilnehmer frei, im Personalbüro vorzusprechen. Die Wiedereinstellung ist an keinerlei Bedingung geknüpft und gewährt das Fortbestehen der wohlerworbenen Rechte. Diskriminierungen jegl. Art sind ebenfalls ausgeschlossen, und es wird keine Unterschrift unter einen neuen Vertrag verlangt ..."

Am 13. 1. 1967 führte die Gewerkschaft HBV eine Urabstimmung über die Fortsetzung des Arbeitskampfes durch, die eine qualifizierte Mehrheit dafür ergab. Daraufhin beschloß der Vorstand der Gewerkschaft HBV einen unbefristeten Streik ab 18. 1. 1967, 15 Uhr (3. Streik). Der Streikbeschluß wurde der Bekl. mitgeteilt, der Streik, ausgerufen und durchgeführt. Die Kl. beteiligten sich daran. Die Bekl. erwiderte unter dem 18. 1. 1967 telegrafisch, sie halte die Aussperrung vom 2. 1. 1967 nach wie vor für gültig, sperre jedoch vorsorgl. alle am Streik Beteiligten mit Lösungswirkung aus (2. Aussperrung). Der Inhalt des Telegramms wurde jedem einzelnen streikenden Arbeitnehmer mit Schreiben vom 18. 1. 1967 mitgeteilt.

Der Streik wurde am 21. 1. 1967, 8 Uhr beendet. Das Ende des Streiks wurde der Bekl. mit Telegrammen vom 21. 1. 1967, 1 Uhr und 2 Uhr, mitgeteilt. Diese enthielten auch das Angebot der Arbeitnehmer, ihre Tätigkeit bei der Bekl. wieder aufzunehmen. Die 27 Kl. erklärten sich außerdem teils persönl., teils durch bevollmächtigte Vertreter schriftl. bei der Beklagten zur Wiederaufnahme der Arbeit im Laufe des 21. 1. 1967 (Samstag) bereit.

In der Zeit vom 18. bis zum Mittag des 21. 1. 1967 meldeten sich auch die übrigen Streikenden bei der Bekl., um die Arbeit wieder aufzunehmen. Sie wurden sofort zu den früheren Bedingungen wieder eingestellt. Es wurde ihnen ein Schreiben folgenden Inhalts ausgehändigt:

"Wir haben zur Kenntnis genommen, daß Sie nach Streik und Aussperrung wieder ein Arbeitsverhältnis mit uns begründen wollen. Hiermit stellen wir Sie in Ihrer alten Position zu den Bedingungen Ihres alten Arbeitsvertrages neu ein. Mit Aufnahme der Arbeit erkennen Sie an, daß die Bedingungen Ihres alten Arbeitsverhältnisses auch für die Zukunft für Sie in vollem Umfange rechtsverbindl. sind."

Die Kl. wurden dagegen nicht weiterbeschäftigt und auch nicht neu eingestellt. Sie erhielten folgendes Schreiben der Bekl. vom 23. 1. 1967:

"Wir besitzen Ihr Wiedereinstellungsgesuch vom 21. 1. 1967, das am Sonnabend, dem 21. 1. 1967, nachmittags, bei unserem Telefonisten abgegeben wurde, und müssen Ihnen mitteilen, daß die noch vorhandenen Einstellungsmöglichkeiten zu diesem Zeitpunkt bereits erschöpft waren. Wir bedauern, Ihnen keinen besseren Bescheid geben zu können, dürfen aber darauf hinweisen, daß wir Sie mehrfach zur Neubegründung Ihres Arbeitsplatzes ergebnislos aufgefordert hatten."

In der Zeit vom 4. bis 30. 1. 1967 ergänzte die Bekl. ihr spieltechnisches Personal, indem sie 19 Croupiers teils neu verpflichtete, teils aus den Reihen ihres sonstigen Personals und der Aushilfskräfte übernahm. Acht Teilnehmern an einem Ausbildungslehrgang für Croupiers stellte die Bekl. am 11. 1. 1967 bei Erbringung genügender Leistungen eine Festanstellung in Aussicht und gab ihnen am 21. 2. 1967 die Zusicherung, sie fest anzustellen, falls sie das bisher im Kursus gezeigte Niveau beibehielten.

Die Kl. sind der Auffassung, die Aussperrungen vom 2. und 18. 1. 1967 seien rechtswidrig und deshalb unwirksam. Sie haben Klage erhoben und eine entsprechende Feststellung sowie die Zahlung der Garantiegehälter für Februar 1967 begehrt.

Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt.

Das ArbG hat die Bekl. verpflichtet, die Kl. entsprechend ihrem Hilfsantrag ab 21. 1. 1967 zu den alten Arbeitsbedingungen wieder einzustellen und die Garantiegehälter für Februar 1967 zu zahlen.

Gegen dieses Ur. haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Das LAG hat unter Zurückweisung der Berufung der Kl. die Klage in vollem Umfange abgewiesen. Es hat ausgeführt, die Aussperrung vom 2. 1. 1967 sei wirksam und habe die Arbeitsverhältnisse der Kl. gelöst. Es handele sich um zulässige Abwehraussperrungen; die Bekl. habe z. Zt. der Aussperrungen auch den Willen gehabt, die streikenden Croupiers wieder einzustellen. Nach dem Ende des zweiten Streiks am 9. 1. 1967 hätten die Kl. der Bekl. ein Vertragsangebot auf Erneuerung der Arbeitsverträge machen müssen. Das sei nicht geschehen. Es bestehe auch kein Anspruch auf

Wiedereinstellung entsprechend den Hilfsanträgen der Kl. ab 21. 1. 1967. Es sei nicht ersichtlich, daß die Bekl. die Kl. von der Wiedereinstellung willkür. und aus unsachl. Gründen ausgeschlossen habe. Man könne der Bekl. keinen Ermessensmißbrauch vorwerfen, weil sie zuerst diejenigen wieder eingestellt habe, die sich persönl. und frühzeitig gemeldet hätten. Es sei kein Fall bekannt geworden, in dem ein Croupier nicht wieder eingestellt worden sei, der sich bis 21. 1. 1967, 12.30 Uhr, bei der Bekl. gemeldet habe.

Mit der Revision verfolgten die Kläger ihr Klageziel weiter. Die Revision rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts.

Der zur Entscheidung über die Revision zuständige 1. Senat hat durch Beschluß vom 3. 9. 1968 (AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) dem Große Senat die folgende Rechtsfrage zur Beantwortung vorgelegt:

"Hält der Große Senat an seiner bisher vertretenen Auffassung fest, daß der Arbeitgeber einem von der Gewerkschaft geführten legalen Streik mit einer die Arbeitsverhältnisse lösenden Aussperrung begegnen kann, oder billigt der Große Senat die Auffassung, daß der Arbeitgeber durch Aussperrung die Arbeitsverhältnisse nur suspendieren kann?"

Der Große Senat beabsichtigte, auf Grund mündl. Verhandlung zu entscheiden, sah sich aber durch den Beschluß des Großen Senats für Zivilsachen des BGH vom 20. 5. 1954 (BGHZ 13, 265 [270]) daran gehindert. Der Große Senat hat mit Beschluß vom 19. 3. 1970 (AP Nr. 1 zu § 45 ArbGG1953, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt) dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt, ob der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts über eine vorgelegte Rechtsfrage auf Grund mündl. Verhandlung entschieden müsse oder könne. Der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen hat es durch Beschluß vom 20. 10. 1970 (AP Nr. 2 zu § 45 ArbGG1953) für zulässig angesehen, daß der angerufene Große Senat nach vorausgegangener mündl. Verhandlung entscheidet, wenn er dies im Einzelfall für sachgerecht erachtet. Daraufhin hat der Vorsitzende des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes durch Verfügung vom 6. 11. 1970 - GmS - OGB 7/70 - (AP Nr. 3 zu § 45 ArbGG1953) das vor diesem Senat schwebende Verfahren eingestellt. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat am 20. 1. 1971 über die ihm vorgelegte Rechtsfrage mündl. verhandelt.

Teil II: Fragestellung, Entwicklung und Kritik

A. Fragestellung

Der Große Senat hat seine Zuständigkeit geprüft und hält sie jedenfalls gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG für gegeben.

Der Große Senat geht davon aus, daß er nicht darauf beschränkt ist, die vorgelegte Rechtsfrage ledigl. mit "ja" oder mit "nein" zu beantworten, sondern daß er befugt ist, im Interesse der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitl. Rechtsprechung eine differenziertere Antwort zu geben. Die Entscheidungsformel des Großen Senats muß nur im Ergebnis auch eine Beantwortung der gestellten Rechtsfrage enthalten. Demnach ist der Große Senat nicht genötigt, zur Rechtswirkung der Aussperrung entweder die reine "Lösungstheorie" zu vertreten oder die vom 1. Senat für richtig gehaltene "Suspendierungstheorie" (vgl. BAG 1, 291 [294 und 311 ff.] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

Es ist nicht Aufgabe des vorliegenden Senats, dem Großen Senat verbindl. Hinweise für die Lösung der vorgelegten Rechtsfragen zu geben. Das würde in die Entscheidungsbefugnis des Großen Senats eingreifen. Auch ist davon auszugehen, daß der vorliegende Senat keine Rechtsausführungen erbittet, die für die Entscheidung des Rechtsstreits ersichtl. keine Bedeutung erlangen können (BAG 20, 175 [183 ff.] = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG Teil II 4, b, 5.). Daraus ergeben sich Umfang und Grenzen der Ausführungen des Großen Senats.

Nach der Beschlußformel des 1. Senats wird nicht nach den Rechtswirkungen eines legalen Streiks der Arbeitnehmer gefragt - insoweit will der 1. Senat offenbar an der grundlegenden Entscheidung vom 28. 1. 1955 - BAG 1, 291 ff. = AP Nr. 1 zu Art. 99 GG Arbeitskampf - (Teil I) festhalten -, sondern es sollen ledigl. die Ausführungen in Teil II und III des damaligen Beschlusses über die Rechtswirkungen einer Aussperrung des Arbeitgebers erneut überprüft werden.

Der Große Senat hält an den Grundgedanken über den kollektiven Charakter des Streiks fest. Nach Ablauf von 16 Jahren muß aber die gesamte Problematik des Arbeitskampfrechts neu überdacht werden, soweit dies sachdienl. erscheint.

B. Entwicklung der Rechtsprechung

1. Während nach der bis zum Jahre 1933 herrschenden Meinung Arbeitskampfmaßnahmen eine Verletzung der Arbeitsverträge darstellten, sofern nicht unter Einhaltung der Kündigungsfristen gekündigt wurde, bekannte sich der Beschluß des Großen Senats vom 28. 1. 1955 zu einer grundlegenden Änderung der Rechtsauffassung. Er enthält kurz zusammengefaßt folgende Gedankengänge, soweit sie für die erneute Vorlage des 1. Senats von Bedeutung sind, und zwar zunächst zum Streik (Teil I):

Der Streik sei nicht als Bruch des Arbeitsvertrages anzusehen. Arbeitskämpfe seien zwar unerwünscht, aber zugelassen, soweit sie sozialadäquat seien. Beim legitimen gewerkschaftl. Streik gebe diese Legitimität der Gesamttaktion ihr entscheidendes rechtl. Gepräge; weder die Gewerkschaften noch die ihre Arbeit ohne Kündigung niederlegenden Arbeitnehmer handelten rechtswidrig (Ziff. I 4). In der Rechtswirklichkeit wollten die Streikenden die Arbeitsverhältnisse nur suspendieren, nicht lösen (Ziff. I 6). Mit Streiks müsse auch der Arbeitgeber immer rechnen; auch deshalb liege kein Vertragsbruch der Arbeitnehmer vor. Bei den Arbeitgeberverbänden gelte dasselbe. Der Arbeitgeber habe auch kein schutzwertes Interesse, Arbeitnehmer nur wegen der Streikbeteiligung fristlos zu entlassen; das führe leicht zu Mißbräuchen, zu unnötiger Verbitterung und widerspreche dem kollektiven Wesen des Streiks. Schließl. wird unter Ziff. I 7 des Beschlusses ausgeführt, ältere gesetzl. Bestimmungen, die bei Arbeitskämpfen von der Möglichkeit einer fristlosen Kündigung ausgingen (§ 19 Abs. 5 SchwBeschG), stünden einer geläuterten Rechtsauffassung nicht im Wege. Der Arbeitgeber sei somit zur fristlosen Einzelentlassung streikender Arbeitnehmer wegen Arbeitsvertragsbruch nicht berechtigt.

In Teil II des Beschlusses geht der Große Senat zur Erörterung der Abwehrkampfmaßnahmen des Arbeitgebers über. Die Kampfmittel beider Seiten dürften nicht ungleich behandelt werden; das gebiete der Grundsatz der Waffengleichheit, der Kampfparität (Ziff. II 1). Es gelte aber auch der Grundsatz der Freiheit der Kampfmittel im Rahmen des historischen Überkommenen. Dem Streik der Gewerkschaften entspreche die Aussperrung. Deren rechtl. Wesen sei von der individualrechtl. Auffassung genau so verkannt worden wie das des Streiks (Ziff. II 2). Auch die Aussperrung, selbst die seitens des einzelnen Arbeitgeber, sei Kollektivakt. Es bedürfe daher keiner Kündigung der Arbeitsverträge. Das Kampfmittel der Arbeitgeberseite werde aber nicht richtig verstanden, wenn man es nur als Suspendierung der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers ansehe und nicht als Lösung der Arbeitsverhältnisse (Ziff. II 3). Die Aussperrung sei von jeher Lösung der Arbeitsverhältnisse und habe sich historisch so entwickelt, wenn auch in der Form der individualrechtl. Kündigung. Selbst wenn man aber die Lösungswirkung nicht als begriffswesentl. für die Aussperrung ansehe, so sei der Arbeitgeber doch nicht darauf beschränkt, Aussperrungen mit suspendierender Wirkung auszusprechen. Dem stehe der Grundsatz der Freiheit der Kampfmittel und das Prinzip der Kampfparität entgegen. Gegenüber schon streikenden Arbeitnehmern sei eine Abwehraussperrung ledigl. mit Suspensivwirkung sinnlos. Der Arbeitgeber hätte dann überhaupt kein Kampfmittel. Er müsse jedoch in der Lage sein, den Arbeitnehmer das volle Risiko der Lösung der Arbeitsverhältnisse vor Augen zu führen, ohne von vornherein eine rechtl. Verpflichtung zu übernehmen, die Arbeitnehmer unter allen Umständen wieder einzustellen. Die sachgemäße Verteilung des Risikos des Arbeitskampfes sei nicht nur ein Gebot der Kampfparität, sondern auch staatspolitische Notwendigkeit, um Arbeitskämpfe nicht zu erleichtern. Schließl. stellt der Große Senat unter Teil II abschließend fest, die Annahme, die Aussperrung müsse deshalb suspendierend sein, weil der Streik auch nur suspendiere, verkenne die Interessenlage, wie sie insbesondere bei der Abwehraussperrung bestehe, und das Prinzip der Freiheit der Kampfmittel.

In einem letzten Teil III befaßt sich der Große Senat mit der Frage einer Wiedereinstellung ausgesperrter Arbeitnehmer nach dem Ende des Arbeitskampfes. Der Große Senat hat eine allgemeine Wiedereinstellungspflicht abgelehnt. Das wird wiederum aus den Prinzipien der Kampfparität, des Kampfrisikos und auch aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit abgeleitet. Die Wiedereinstellungen sollen im unternehmerischen Ermessen des Arbeitgebers liegen (Ziff. III 3), wobei sich aber unter Umständen eine Wiedereinstellungspflicht ergeben könne, da zum Begriff der Aussperrung die Absicht des Arbeitgebers zur späteren Wiedereinstellung der Arbeitnehmer gehöre. Rechtl. gesehen handele es sich um die kollektive Aufforderungen an die Arbeitnehmer, dem Arbeitgeber Offerten zur Erneuerung der Arbeitsverträge zu machen. Jeder Arbeitnehmer könne als Glied der ausgesperrten Gruppe seine Arbeit wieder anbieten. Der Arbeitgeber wiederum dürfe die Chance der Arbeitnehmer, wieder in den Betrieb zu kommen, "nicht offensichtl. mißbräuchl. vernichten". Es liege aber kein Mißbrauch vor, wenn der Arbeitgeber andere Arbeitnehmer einstelle oder den Betrieb rationalisiere. Bei der Auswahl der wieder einzustellenden Arbeitnehmer brauchten nicht die Maßstäbe des § 1 Abs. 3 KSchG zugrunde gelegt zu werden.

2. Der 1. Senat hat im Anschluß an die Entscheidung des Großen Senats vom 28. 1. 1955 eine Reihe weiterer Fälle aus dem Arbeitskampfrecht entschieden und sich dabei mit den Wirkungen einer Aussperrung befaßt. In dem Verfahren 1 AZR 165/54, das Anlaß zu dem Beschluß vom 28. 1. 1955 war, ist der 1. Senat von den neu aufgestellten Grundsätzen ausgegangen (das Urteil vom 26. 5. 1955 ist nicht veröffentlicht). In einem weiteren Urteil vom 5. 9. 1955 (AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) bemerkt das BAG, eine Kündigung durch den Arbeitgeber nach dem Ende des Streiks stelle eine klare Einzelmaßnahme dar; die Abwehrkampfmaßnahme der Aussperrung setze voraus, daß der Arbeitskampf

selbst noch geführt werde. Das Urteil v. 27. 9. 1957 (AP Nr. 6 aaO) baut die bisherige Rechtsprechung dahin aus, die Gesamtlösung der Arbeitsverhältnisse bei der legitimen Aussperrung könne sich auch auf Arbeitnehmer erstrecken, die wegen Krankheit oder Urlaub nicht am Streik teilgenommen hätten. Auch wenn der Arbeitgeber entsprechend dem früheren Sprachgebrauch von Kündigung rede, so liege doch keine Kündigung vor, sondern ein Lösungstatbestand "sui generis". Nach der folgenden Entscheidung vom 14. 10. 1960 (BAG 10, 88 = AP Nr. 10 aaO) kann eine Aussperrung statt durch einen einheitl. Akt auch zeitl. nacheinander in einem angemessenen Zeitraum durchgeführt werden, sofern der einheitl., auf Lösung der Arbeitsverhältnisse gerichtete Kampfschluß deutl. bleibe. Der 1. Senat betont anläßl. dieser Entscheidung, der Wille des Arbeitgebers zu Wiedereinstellung nach Ende der Aussperrung brauche nicht ausdrückl. erklärt zu werden; er verstehe sich von selbst.

Besondere Probleme tauchten in einem Fall auf, in dem dem MuSchG unterliegende streikbeteiligte Arbeitnehmerinnen ausgesperrt worden waren. Das BAG hat in seinem Urteil vom 19. 10. 1960 (BAG 10, 11 = AP Nr. 11 aaO) erklärt, es halte zwar an der Auffassung fest, daß auch bei werdenden Müttern und Wöchnerinnen die Aussperrung als Lösungstatbestand eigener Art zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führe. Die in Art. 6 Abs. 4 GG und im MSchG zum Ausdruck gekommenen Grundsätze gehörten aber zu den tragenden Rechtsgedanken des deutschen Arbeitsrechts. Daher habe der Arbeitgeber im Regelfall eine besondere sittl. und auch rechtl. Pflicht, diese Arbeitnehmerinnen wieder einzustellen. Mit demselben Personenkreis befaßte sich der 1. Senat nochmals im Urteil vom 25. 1. 1963 (BAG 14, 52 = AP Nr. 24 aaO). In diesem Fall waren die Arbeitnehmerinnen nicht am Streik beteiligt. Gleichwohl wurde es für zulässig angesehen, auch diese Frauen auszusperrern; das BAG verlangte aber eine alsbaldige Wiedereinstellung entsprechend § 19 Abs. 5 SchwBeschG.

In dem Urteil vom 6. 12. 1963 (BAG 15, 145 = AP Nr. 31 aaO) ging es um die Beurteilung einer lösenden Abwehraussperrung, bei der der Arbeitgeber zugleich mit der Aussperrungserklärung die Arbeitnehmer aufgefordert hatte, ihre Arbeitskraft sofort wieder anzubieten. Der 1. Senat läßt die erneut aufgeworfene Frage dahingestellt, ob der Abwehraussperrung wirkl. lösende oder etwa nur suspendierende Wirkung zukomme. Jedenfalls bedeute hier die Erklärung des Arbeitgebers ein Ultimatum, aus dem sich ergebe, daß er nicht den Willen gehabt habe, nach dem Ende des Streiks über eine Wiederbeschäftigung zu verhandeln. Wörtl. heißt es: "Eine solche endgültige Lösung ist aber mit einer Abwehraussperrung i. S. der Rechtsprechung des Großen Senats nicht zu vereinbaren". Die Abwehraussperrung sei deshalb unwirksam. Die letzte einschlägige Entscheidung des 1. Senats stammt vom 15. 6. 1964 (BAG 16, 123 = AP Nr. 36 aaO). Es ging in diesem Rechtsstreit um einen Urlaubsabgeltungsanspruch für das abgelaufene Kalenderjahr nach Ausscheiden des Arbeitnehmers auf Grund eigener Kündigung im folgenden Kalenderjahr. Die Höhe des Abgeltungsanspruchs hing auch davon ab, ob der Zeitraum einer Aussperrung vom Oktober bis zum Jahresende miteinzubeziehen war oder nicht. Das BAG hat dem Abgeltungsverlangen in vollem Umfang entsprochen, da auch die lösende Aussperrung nicht alle auf dem Arbeitsverhältnis beruhenden Bande zwischen dem aussperrenden Arbeitgeber und dem ausgesperrten Arbeitnehmer löse.

C. Kritik und ihre Berechtigung

1. Diese Rechtsprechung, und zwar sowohl der Beschluß des Großen Senats vom 28. 1. 1955 als auch die weiteren Entscheidungen des 1. Senats zum Arbeitskampfrecht haben in der Lit. Zustimmung (vgl. die Nachw. bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des ArbR, 7. Aufl., Bd. II 2, § 47 Anm. 43b, S. 936 f.; ferner Richardi, RdA 1970, 65 ff. [72]; Säcker, Betrieb 1969, 1890 ff., 1940 ff.), aber auch Kritik erfahren (Hueck-Nipperdey, aaO, Anm. 43e mit Nachw., ferner van Gelder-Böttner, ArbuR 1970, 35 ff.; Söllner, Betrieb 1969, 838 f.; Wiedemann, RdA 1969, 321 [333 ff.]). In zunehmendem Maße wurde der Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht der Vorwurf gemacht, sie sei widersprüchlich und beruhe nicht mehr auf einem logisch befriedigenden System. Der 1. Senat hebt in seinem Vorlagebeschluß ferner hervor, es bestehe die Gefahr der Rechtsunsicherheit.

2. In der Tat lassen sich unter Zugrundelegung des Beschlusses vom 28. 1. 1955 mit dessen Lösungstheorie u. a. die folgenden vier Probleme nicht befriedigend entscheiden:

a) Der Arbeitskampf dient der Erreichung bestimmter Kampfziele, regelmäßig dem Abschluß eines TV (BAG 2, 75 [77] = AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Brox, Festschrift für Nipperdey, 1965, S. 55 [58]; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch aaO, § 47 A II, S. 870, 888 ff.). Nach Erreichung dieses Ziels oder dem Abbruch des Arbeitskampfes soll die Arbeit jedoch zu den neuen oder auch den bisherigen Bedingungen fortgesetzt werden. Deshalb ist jeder Arbeitskampf nach Zweck und Ziel nur auf eine vorübergehende Unterbrechung der beiderseitigen Rechte und Pflichten angelegt. Damit ist aber nicht zu vereinbaren, daß Arbeitskämpfe ohne weiteres lösende Wirkung haben. Denn dann führen sie nicht zur Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse, sondern zu deren Beendigung.

b) Die Lösungstheorie kann nicht klären, wieso die Ämter der Betriebsratsmitglieder und der aus dem Unternehmen kommenden Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat während des Arbeitskampfes fortbestehen. Die Funktionsfähigkeit dieser Gremien kann aber gerade in einem Arbeitskampf auch für den Arbeitgeber besonders wichtig sein.

c) Die Arbeitnehmer verlieren bei echter Lösung der Arbeitsverhältnisse ihre betriebl. Anwartschaftsrechte sowie den Schutz nach dem Kündigungsschutz- und dem MuSchG. Diese Rechtsfolgen gehen weit über das hinaus, was als rechtmäßiges Ziel eines Arbeitskampfes bezeichnet werden kann.

d) Das rechtl. Gebot, Erhaltungsarbeiten, auszuführen, kann nicht begründet werden, wenn alle Pflichten, nicht nur die normalen Hauptpflichten, aus dem Arbeitsverhältnis entfallen.

3. Hinzu kommt die Fortentwicklung des Arbeitsrechts in den letzten 16 Jahren. Im Rahmen der stärkeren Hervorhebung des Gedankens des sozialen Rechtsstaates (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) haben Gesetzgebung und Rechtsprechung den Bestandsschutz des Arbeitsplatzes ausgedehnt. In diesem Zusammenhang sei nur an die Verlängerung der Kündigungsfristen in § 622 Abs. 2 BGB und vor allem an die neu eingeführte Möglichkeit erinnert, daß der Arbeitnehmer eine ausgesprochene Änderungskündigung isoliert mit der Kündigungsschutzklage angreifen kann, ohne den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu gefährden (§§ 2, 8 KSchG n. F.). Das BAG hat von Anfang an in ständiger Rechtsprechung der Umgehung des Kündigungsschutzes der Arbeitnehmer Grenzen gesetzt (vgl. BAG 1, 128 [132] = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG und BAG 1, 136 [138] = AP Nr. 1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG 1, 185 [193] = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG). Dem Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses dient auch die Einengung der dem Arbeitgeber eingeräumten Gestaltungsfreiheit bei der Bestimmung vertragl. Leistungen, die an sich ohne Ausspruch einer Änderungskündigung modifiziert werden könnten. Das BAG tendiert seit einigen Jahren zu einer Verstärkung der richterl. Billigkeitskontrolle und prüft regelmäßig nicht nur nach, ob ein Widerruf etwa ermessensmißbräuchl. war, sondern darüber hinaus, ob die Änderung billigem Ermessen i. S. des § 315 BGB entspricht (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 315 BGB; AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnzuschläge Ziff. 3b; AP Nr. 8 zu § 611 BGB Fleischbeschauer-Dienstverhältnis Ziff. II 2; AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt [Ziff. B IV 3], zur Veröffentl. in der Amtl. Sammlung bestimmt; AP Nr. 144 zu § 242 BGB Ruhegehalt [Ziff. II 1b]; Urt. vom 21. 12. 1970 - 3 AZR 510/69 - AP Nr. 1 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle, auch zur Veröffentl. in der Amtl. Sammlung bestimmt, und Urt. vom 22. 12. 1970 - 3 AZR 52/70 - AP Nr. 2 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle sowie Urt. v. 7. 1. 1971 - 5 AZR 92/70 - AP Nr. 12 zu § 315 BGB). Der Beschluß des Großen Senats vom 28. 1. 1955 wollte aber für seinen Bereich nach dem letzten Satz seiner Gründe einen Wiedereinstellungsanspruch nur bei "offensichtlichem Mißbrauch des Ermessens" gewähren.

Teil III: Erwägungen des Großen Senats

Der Entscheidung des Großen Senats liegen die folgenden Überlegungen zugrunde.

A. Gebot der Verhältnismäßigkeit

1. Die Lösungstheorie im Beschluß vom 28. 1. 1955 vermag vor allem die gekennzeichneten 4 Probleme deshalb nicht befriedigend zu entscheiden, weil im Arbeitskampfrecht überhaupt - also für Aussperrungen und Streiks - nicht alles rechtl. Wertvorstellungen genügende Beachtung gefunden haben.

Arbeitskämpfe müssen zwar nach unserem freiheitl. Tarifvertragssystem mögl. sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können. In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren aber Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Arbeitskämpfe müssen deshalb unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei sind die wirtschaftl. Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtl. verletzt werden. Diese Gesichtspunkte hat das BAG wegen der mögl. tiefgreifenden wirtschaftl. und sozialen Folgen von Arbeitskämpfen sowie im Hinblick auf die Verantwortung der Tarifvertragsparteien gegenüber der Allgemeinheit schon mehrfach betont (vgl. zuletzt BAG 20, 175 [195] = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG [Ziff. IV 5]).

1. Das führt im wesentl. zu drei Folgerungen:

a) Arbeitskämpfe dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachl. erforderl. sind. Jede Arbeitskampfmaßnahme - sei es Streik, sei es Aussperrung - darf ferner nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muß also das letzte mögl. Mittel (ultima ratio) sein (vgl. BAG 1, 291 [309] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG

Arbeitskampf; BAG 12, 184 [190] = AP Nr. 13 zu § 2 TVG; BAG 15, 211 = AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Ziff. III 2a; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch aaO, § 47 B VI 2, S. 939-944 und § 49 B II 7. a-d, S. 1023-1025). Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderl.

b) Auch bei der Durchführung des Arbeitskampfes selbst, und zwar sowohl beim Streik als auch bei der Aussperrung, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Mittel des Arbeitskampfes dürfen ihrer Art nach nicht über das hinausgehen, was zur Durchsetzung des erstrebten Zieles jeweils erforderl. ist. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit betrifft also nicht nur Zeitpunkt und Ziel, sondern auch die Art der Durchführung und die Intensität des Arbeitskampfes. Der Arbeitskampf ist deshalb nur dann rechtmäßig, wenn und solange er nach Regeln eines fairen Kampfes geführt wird. Ein Arbeitskampf darf nicht auf Vernichtung des Gegners abstellen, sondern er hat den gestörten Arbeitsfrieden wieder herzustellen.

c) Nach beendetem Arbeitskampf müssen wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beide Parteien ebenfalls dazu beitragen, daß sobald wie mögl. und in größtmögl. Umfang der Arbeitsfriede wieder hergestellt wird.

3. Entsprechende Regeln können einmal in den Satzungen der Koalition festgelegt werden, wie das z. B. für das Urabstimmungsverfahren schon jetzt allgemeine Praxis ist. Darüber hinaus sind Vereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien über die Austragung der Interessengegensätze erforderl. Solche Regelungen und Vereinbarungen sind grundsätzl. ähnl. dem Vorrangprinzip des TV gegenüber gesetzl. Vorschriften anzuerkennen. Sie zu setzen ist in erster Linie Recht und Pflicht der Tarifvertragsparteien als Ausfluß der Tarifautonomie. Die Koalitionen müssen den von der staatl. Gesetzgebung freigehaltenen Raum gerade im Interesse der Aufrechterhaltung der Tarifautonomie und als ein Gebot derselben durch Aufstellung von verbindl. Regeln ausfüllen. Das erfordert zudem die Rücksicht auf die wirtschaftl. Gesamtlage. Vor allem ist es Sache der Tarifvertragsparteien, ein Schlichtungsverfahren des näheren zu vereinbaren; sie sind in besonderer Weise verantwortl. und sachnahe. Die Arbeitskampfregeln müssen u. a. Bestimmungen darüber enthalten, wie die Erhaltungsmaßnahmen für bestreikte Betriebe zu gewährleisten sind, ob und welche für die Allgemeinheit lebensnotwendigen Betriebe vom Arbeitskampf ausgenommen werden und ob und in welchem Umfange Vorsorge getroffen wird, daß Anwartschaften oder Versicherungen nicht verfallen. Nach Abschluß des Arbeitskampfes obliegt es den Tarifvertragsparteien, Vereinbarungen zur Frage der Maßregelungsverbote und Wiedereinstellungen zu treffen.

Wenn und solange derartige Regelungen und Vereinbarungen noch nicht bestehen, ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Arbeitskampf nach Anlaß, Beginn, Art der Durchführung und weiterer Entwicklung rechtl. zulässig ist.

B. Zulässigkeiten von Aussperrungen

1. Im Rahmen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit sind nicht nur Streiks der Arbeitnehmer, sondern auch als Kampfmaßnahme der Arbeitgeber Aussperrungen zulässig. Unsere Rechtsordnung geht davon aus, daß der Arbeitgeber derartige Maßnahmen - und zwar auch als den ersten Akt eines Arbeitskampfes - ergreifen kann. Denn andernfalls wäre nicht gewährleistet, daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch Ausübung von Druck und Gegendruck zum Abschluß von TV und damit zu einer kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen kommt. 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. Vorbehaltl. der konkreten, insbesondere auch der wechselnden wirtschaftl. Situation, die vorgegeben ist, muß im Prinzip sichergestellt sein, daß nicht eine Tarifvertragsprteie der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß mögl. gleiche Verhandlungschancen bestehen. Auf andere Weise kann die Tarifautonomie unter Ausschluß der staatl. Zwangsschlichtung nicht funktionieren (BGH AP Nr. 38 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Leitsatz 1 und Ziff. 2 der Gründe; BAG 21, 98 [101 f.] = AP Nr. 25 zu § 2 TVG [Ziff. 2]). Alle geltenden Vorschriften, die Arbeitskampfmaßnahmen erwähnen und von ihrem rechtl. Bestand ausgehen, ohne sie zu regeln (neutrale Rechtsnormen), meinen offensichtl. Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer wie der Arbeitgeber (vgl. Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, Art. 6 Abs. 4 Europ. Sozialcharta, § 19 Abs. 5 SchwBeschG, § 25 KSchG n. F., § 49 Abs. 2 Satz 2 und 3 BetrVG, § 55 Abs. 2 Satz 2 und 3 PersVG, §§ 17, 116 AFG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG). Das gilt auch für das Land Rheinland-Pfalz, in dem die Bkl. ihren Sitz hat. Wenn die Verfassung dieses Landes (Art. 66 Abs. 2) das Streikrecht der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze anerkennt, so ist damit nicht gesagt, die Aussperrung sei verboten. Aus den angeführten Gründen kann der gelegentl. vertretenen Meinung nicht gefolgt werden, die Aussperrung sei kein zulässiges Kampfmittel (so Frey, ArbuR 1963, 301 [304]; Kunze, ArbuR 1969, 289 [291], hinsichtl. lösender Aussperrung; Radke, Gewerkschafter 1963, 205 [208]; ders. Die Arbeitskammer Saar 1960, 127 [131, 140]; Wiedemann, RdA 1969, 321 [331 ff.]; Zeuner, JZ 1962, 425 [428]).

2. Auch der einzelne Arbeitgeber hat das Aussperrungsrecht. Art. 9 Abs. 3 GG besagt nichts Gegenteiliges. Er geht vielmehr nach seinem Wortlaut gerade von der Koalitionsfreiheit des einzelnen aus. Das kollektive Element beim Arbeitskampf auf der Seite des einzelnen Arbeitgebers kommt darin zum Ausdruck, daß bei ihm gebündelt die zahlreichen Arbeitsverhältnisse der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer zusammenlaufen. Für den Bereich seines Unternehmens kann eine kollektive Regelung der Arbeitsbedingungen erfolgen. Die gleiche Möglichkeit hat der einzelne Arbeitnehmer nicht.

Auch das BVerfG sieht es offenbar nicht als problematisch an, wenn der einfache Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 TVG auch dem einzelnen Arbeitgeber die Tariffähigkeit und damit zwangsläufig auch die Arbeitskampffähigkeit verliehen hat (vgl. BVerfGE 20, 312 [318] = AP Nr. 24 zu § 2 TVG Ziff. C I 1 der Gründe; ebenso BAG 15, 174 [192] = AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Ziff. B II 3a). Dementsprechend erkennt die Praxis neben dem VerbandsTV auch den UnternehmensTV als gleichermaßen gültig an.

Ob die gesetzl. Regelung des § 2 Abs. 1 TVG in jedem denkbaren Fall anwendbar ist, insbesondere bei den "kleinen" Arbeitgebern, die nicht in der Lage sind, einen wirkungsvollen Druck oder Gegendruck auszuüben (vgl. den Beschluß des 1. Senats BAG 21, 98 [101 f.] = AP Nr. 25 zu § 2 TVG Ziff. 2), kann hier offenbleiben. Die Bekl. war jedenfalls in der Lage, Arbeitskampfmaßnahmen durchzuführen, wie dieser Fall zeigt. Diese Arbeitskampffähigkeit ist insbesondere bei großen einzelnen Arbeitgebern (z. B. Verwaltungen des Bundes, große Unternehmen) überhaupt nicht zu bezweifeln.

3. Auch die Aussperrung arbeitswilliger Arbeitnehmer, seien sie nun gewerkschaftl. organisiert oder nicht, ist grundsätzl. zulässig, soweit nicht etwa für anders Organisierte eine Friedenspflicht besteht. An dieser Auffassung, die der Große Senat schon in seinem Beschluß vom 28. 1. 1955 vertreten hat (BAG 1, 201 [307] = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf), ist festzuhalten. An einem von einer Gewerkschaft getragenen Streik können sich auch die nicht organisierten und gegebenenfalls auch die anders organisierten Arbeitnehmer beteiligen; dann dürfen sie aber auch ausgesperrt werden (vgl. BAG 20, 175 [195] = AP Nr. 13 zu Art. 9 GG Ziff. IV 5 mit weiteren Literaturangaben). Die soziale Wirklichkeit des Kampfgeschehens kann nicht ohne rechtl. Folgen bleiben. Wenn durchweg auch nicht- und anders organisierte Arbeitnehmer streiken und damit den gewerkschaftl. Kampfaufruf unterstützen, so tragen sie das Risiko des Arbeitskampfes mit. Weiterhin genießen sie regelmäßig auch die Vorteile eines neuen Tarifabschlusses. Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmerschaft als Einheit sehen und werten. Das gilt auch, wenn die Arbeitgeberseite den Arbeitskampf eröffnet. An diesen Grundsätzen ist trotz der neuerl. geäußerten Bedenken (van Gelder-Leinemann, BStSozArbR 1970, 253 [255]; vgl. auch dieselben ArbuR 1970, 1; Wiedemann, RdA 1969, 231 [326]) festzuhalten. Sie gelten nicht zuletzt, wenn die Gewerkschaft aus taktischen Gründen zunächst einen Schwerpunktstreik ausruft, die übrigen organisierten, nicht- oder anders organisierten Arbeitnehmer aber "arbeitswillig" sind. Auch wenn die Frage der Lohnzahlung an die nichtstreikenden Arbeitnehmer u. U. schon mit der Lehre vom Betriebsrisiko dahin gelöst werden kann, daß auch diese Arbeitnehmer keinen Vergütungsanspruch haben (BAG AP Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko), so kann es dem Arbeitgeber doch nicht verwehrt werden, sich des für ihn gegebenen kollektiven Kampfmittels auch diesem Personenkreis gegenüber zu bedienen und damit in der Auseinandersetzung um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Druck und Gegendruck auszuüben. Auch die Aussperrung Arbeitswilliger steht allerdings unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

C. Suspendierende Aussperrung

1. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat jede einen Arbeitskampf eröffnende Maßnahme, sowohl Streik wie Aussperrung, zunächst nur suspendierende Wirkung, d. h. nur die Hauptpflichten des Arbeitsverhältnisses ruhen. Im Regelfall wird aber auch die Aussperrung als Antwort auf einen Streik die Arbeitsverhältnisse wenigstens am Anfang nur suspendieren. Eine Aussperrung mit lösender Wirkung kommt nur unter erschwerten Voraussetzungen in Betracht, worauf weiter unten einzugehen ist (siehe unter D.).

Eine suspendierende Aussperrung des Arbeitgebers als Antwort auf einen Streik der Arbeitnehmer ist auch nicht sinnlos, wie der Große Senat unter Ziff. II 3 der Gründe seines Beschlusses vom 28. 1. 1955 für schon streikende Arbeitnehmer seinerzeit angenommen hat. In den letzten Jahren sind in verstärktem Maße seitens der Gewerkschaften Schwerpunktstreiks ausgerufen worden, die nur einen verhältnismäßig kleinen Kreis von Arbeitnehmern betrafen. Sperrt demgegenüber die Arbeitgeberseite die noch nicht streikenden Arbeitnehmer des Betriebes oder der Branche aus, so hat eine suspendierende Aussperrung durchaus ihren Sinn. Gegenüber schon streikenden Arbeitnehmern hat eine derartige Maßnahme ebenfalls Bedeutung. Einmal kann der Arbeitgeber u. U. zu einem späteren Zeitpunkt noch zur lösenden Aussperrung übergehen und insoweit bereits jetzt ein "Warnsignal" setzen. Zum anderen hat es der Arbeitgeber nach einer Aussperrung in der Hand, wann er die Arbeitnehmer nach Streikbeendigung je nach den betriebl. Gegebenheiten, stufenweise wieder beschäftigt.

2. Wird eine Aussperrung mit suspendierender Wirkung ausgesprochen, so besteht nach Beendigung des Arbeitskampfes die Verpflichtung beider vom Arbeitskampf betroffenen Arbeitsvertragsparteien zur Wiederaufnahme aller Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Es ist in erster Linie Aufgabe der Tarifvertragsparteien, entsprechende Vereinbarungen generell und (oder) im Einzelfall zu treffen. Der Arbeitnehmer hat die Arbeit wieder aufzunehmen und seine Dienstleistungspflichten zu erfüllen, sobald der Streik beendet ist und/oder der Arbeitgeber die Beendigung der Aussperrung erklärt hat. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Beendigung einer nur suspendierenden Aussperrung den Arbeitnehmer zur Arbeit wieder zuzulassen. Der Arbeitgeber hat es als Folge der Erklärung der suspendierenden Aussperrung ledigl. in der Hand, den Beginn der Wiederaufnahme der Arbeiten den betriebl. und marktmäßigen Erfordernissen anzupassen, die sich aus der Arbeitsunterbrechung ergeben. Ebenso wie die Aussperrung nicht nur gegenüber sämtl. Arbeitnehmern, sondern auch gegenüber Gruppen oder wenigen Arbeitnehmern zulässig ist, kann sie auch insgesamt oder gruppenweise beendet werden. So ist der Arbeitgeber berechtigt, z. B. zunächst nur in der Abteilung die Aussperrung für beendet zu erklären, in der Vorarbeiten für die Wiederaufnahme der Arbeit im ganzen Betrieb verrichtet werden müssen.

Der Arbeitgeber kann aber nicht die Aufhebung der suspendierenden Aussperrung ohne Rücksicht auf betriebl. Notwendigkeiten beliebig hinauszögern und auf diese Weise zusätzl. Druck ausüben. Ist der Streik beendet und wird die demgegenüber ausgesprochene suspendierende Aussperrung vom Arbeitgeber nicht mehr als eigenes Kampfmittel, etwa zur Erreichung weitergehender eigener Kampfziele aufrechterhalten, muß er die Suspendierung im Rahmen der betriebl. Möglichkeiten zurücknehmen, weil in jeder zusätzl., durch betriebl. und marktmäßige Notwendigkeiten nicht gedeckten Aufrechterhaltung der suspendierenden Maßnahme seitens des Arbeitgebers ein Übermaß gesehen werden müßte, das nicht mehr dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampf entspräche. Der Arbeitgeber hätte dann aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges (§ 615 BGB) gegebenenfalls das Entgelt von dem Zeitpunkt an zu zahlen, an dem der Arbeitnehmer seine Arbeit anbot und die betriebl. Möglichkeiten zur Wiederaufnahme der Arbeit bestanden.

3. Das Arbeitsverhältnis als solches hat während des Arbeitskampfes dem rechtl. Bande nach fortbestanden. Inwieweit das auch Auswirkungen auf Anwartschaftsrechte arbeits- und sozialrechtl. Art hat, ist im Einzelfall je nach der gegebenen Sach- und Rechtslage zu entscheiden.

4. Dem einzelnen Arbeitnehmer ist es unbenommen, während eines die Arbeitsverhältnisse suspendierenden Arbeitskampfes (Streik, Aussperrung) sein Arbeitsverhältnis durch Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfristen - unter den Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB auch fristlos - jederzeit zu lösen. Daneben kann er innerhalb der Zeit, in der er suspendierend ausgesperrt ist, seinerseits "abkehren", d. h. das bereits dem Bande nach gelockerte Arbeitsverhältnis durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung fristlos lösen. Da der Arbeitnehmer auch bei nur suspendierender Aussperrung im weiteren Verlauf des Arbeitskampfes noch damit rechnen muß, daß er seinen Arbeitsplatz durch Übergang zur lösenden Aussperrung verliert, muß er seinerseits die Möglichkeit haben, die arbeitsvertragl. Bindung endgültig und sofort zu lösen. Damit begegnet er der Unsicherheit, der sein Arbeitsverhältnis durch die zusätzl. Arbeitskampfmaßnahme des Arbeitgebers ausgesetzt ist. Das gleiche Recht der Abkehr steht dem einzelnen Arbeitnehmer aber nicht zu, wenn die Arbeitsverhältnisse ledigl. auf Grund eines Streiks suspendiert sind, ohne daß der Arbeitgeber diese Maßnahme arbeitskampfrechtl. beantwortet hat. Denn es würde der kollektiven Situation auf Seiten der Arbeitnehmerschaft widersprechen, wenn trotz der nur suspendierenden Wirkung des Streiks der einzelne Arbeitnehmer durch eine sofortige Einzellösung seines Arbeitsverhältnisses aus dem nur von Arbeitnehmerseite geführten Arbeitskampf ausbrechen könnte. Darin läge ein Übermaß zum Nachteil des Arbeitgebers.

5. Der Gedanke der Verhältnismäßigkeit gebietet, daß gegenüber dem durch besondere gesetzl. Regelung geschützten Personenkreis Aussperrungen nur mit suspendierender Wirkung erfolgen können. Das gilt jedenfalls für Betriebsratsmitglieder (§ 53 BetrVG und § 15 KSchG n. F.), Personalratsmitglieder (§ 59 BPersVG), Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, soweit sie aus dem Unternehmen kommen (§§ 76 Abs. 2 , 53 BetrVG), Schwerbeschädigte §§ 14 , 19 Abs. 5 SchwBeschG) und für Frauen, die unter dem Schutz des § 9 Abs. 1 MuSchG fallen. Die Arbeitsverhältnisse dieser Arbeitnehmer dürfen wegen eines Arbeitskampfgeschehens nicht enden. Das Fortbestehen des rechtl. Bandes des Arbeitsverhältnisses liegt bei Betriebsrats-, Personalratsmitgliedern und Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat auch im Interesse des Arbeitgebers. Denn wären die Arbeitsverhältnisse gelöst, bestünde keine Rechtsgrundlage für deren weitere Tätigkeit in dieser für das Unternehmen kritischen Zeitspanne. Auch für die unter das MuSchG fallenden Frauen und für die Schwerbeschädigten muß der gesetzl. gewährte Bestandsschutz Vorrang haben. Im übrigen kann der Kreis von Arbeitnehmern, die nur mit suspendierender Wirkung ausgesperrt werden können, in der Arbeitskampfordnung festgelegt werden (siehe oben A. 3).

6. Soweit Arbeitnehmer des Betriebes Erhaltungsarbeiten durchführen sollen, muß deren Arbeitsverhältnis, bestehen bleiben. Es kommt also bei diesen Arbeitnehmern höchstens eine suspendierende Aussperrung in Betracht. Denn von mit

lösender Wirkung ausgesperrten Arbeitnehmern können Erhaltungsarbeiten wegen des Abbruchs der arbeitsrechtl. Beziehungen nicht verlangt werden.

D. Lösende Aussperrung

Eine wirksame Lösung der Arbeitsverhältnisse durch Aussperrung, die der Arbeitgeber eindeutig erklären muß, kommt nur unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht. Bei der Frage nach der lösenden Wirkung von Aussperrungen als Antwort auf einen Streik ist zwischen der Gegenmaßnahme auf einen rechtmäßigen und auf einen rechtswidrigen Streik (einschließl. des sog. wilden Streiks) zu unterscheiden.

1. Im Anfangsstadium eines Arbeitskampfes wird regelmäßig kein schutzwertes Interesse des Arbeitgebers daran bestehen, gegenüber dem Streik mehr als ein "Warnsignal" zu setzen, daß es seinerseits nicht bei dem schlichten Hinnehmen des Streiks sein Bewenden haben soll, d. h. der Arbeitgeber wird mit der suspendierenden Aussperrung antworten. Diese Situation kann sich aber im Verlaufe des Arbeitskampfes durch die Entwicklung der Lage auf Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite verändern und ausnahmsweise schon von Anfang an anders liegen. Zusätzl. Umstände können es nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen, daß der Arbeitgeber zur lösenden Aussperrung übergeht bzw. diese von vornherein erklärt. Auf Arbeitnehmerseite kann sich der Arbeitskampf zu besonderer Intensität entwickeln. Diese Kampfintensität kann etwa dadurch eintreten, daß der Streik längere Zeit andauert. Da der Arbeitskampf den Neuabschluß eines TV bezweckt und der Arbeitsfriede als Normalzustand mögl. bald wiederhergestellt werden soll, kann es erforderl. werden, daß der Arbeitgeber auf einen länger dauernden Streik nunmehr mit der lösenden Aussperrung aus diesen oder anderen Gründen antwortet, mag er vorher schon suspendierend ausgesperrt haben oder auch nicht. Der Arbeitgeber kann ferner versuchen, die Arbeitsplätze "einzusparen" (Rationalisierung) bzw. anderweit zu besetzen, insbesondere wenn eine längere Dauer des Arbeitskampfes zu erwarten ist. Fallen dadurch Arbeitsplätze endgültig weg, so kann der Arbeitgeber die davon betroffenen Arbeitnehmer lösend aussperrern, unbeschadet der Möglichkeit, aus dringenden betriebl. Erfordernissen zu kündigen. Die verschiedenen Gründe einer Lösung können auch zusammen bzw. nacheinander eintreten und jeweils eine kampfwise Lösung aller oder eines Teils der Arbeitsverhältnisse rechtfertigen.

2. a) Liegt ein rechtswidriger Streik vor, so wird der Arbeitgeber bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eher zur lösenden statt zur suspendierenden Aussperrung greifen können, soweit es sich nicht um ganz kurze Arbeitsniederlegungen handelt oder die Rechtmäßigkeit des Streiks zweifelhaft ist. Grundsätzl. kann der Arbeitgeber die kollektive - wenn auch rechtswidrige - Kampfmaßnahme der Arbeitnehmerseite mit der kollektiven Kampfmaßnahme der Arbeitgeberseite beantworten. Einem Mißbrauch der Tarifautonomie und des kollektiven Instituts des Arbeitskampfes muß die Arbeitgeberseite mit einer entsprechenden kollektiven Maßnahme begegnen können.

b) Der Arbeitgeber kann aber auch auf individuellem Wege vorgehen. Der rechtswidrige Streik ist Arbeitsvertragsbruch, der gegenüber dem streikenden Arbeitnehmer zur ordentl. oder auch zur außerordentl. Kündigung führen kann (BAG 14, 52 [57] = AP Nr. 24 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Ziff. 3 der Gründe). Wählt der Arbeitgeber statt der lösenden Aussperrung den Weg der Kündigung, so muß er diese deutl. erklären. Nur dann kann nämlich der Arbeitnehmer die Mitteilung des Kündigungsgrundes verlangen (§ 626 Abs. 2 Satz 3 BGB) und die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG n. F. einhalten. Insoweit ist gerichtl. nachprüfbar, ob die Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB oder bei Ausspruch einer ordentl. Kündigung die des § 1 KSchG gegeben waren. Denn die die Anwendung des KSchG ausschließende Bestimmung des § 25 KSchG n. F. greift hier nicht Platz. Der Arbeitgeber hat gerade nicht mit kollektivrechtl. Mitteln auf den rechtswidrigen Streik geantwortet, sondern mit der individualrechtl. Kündigung auf den Bruch des individuellen Arbeitsvertrages. Gemäß § 25 KSchG n. F. findet dieses Gesetz vorbehaltl. der sonstigen allgemeinen Voraussetzungen immer Anwendung, wenn es sich nicht ledigl. um Arbeitskämpfe und die dadurch bedingten Entlassungen handelt. § 25 KSchG n. F. beschränkt sich darauf, Grenzen für die Anwendung dieses Gesetzes zu setzen (Herschel, Betrieb 1970, 253 [254]; a. M. Säcker, Betrieb 1969, 1890 ff., 1940 ff.; vgl. auch BAG 14, 52 [59] = AP Nr. 24 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [Ziff. 5]). Damit, daß auch in der Neufassung des KSchG durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 25. 8. 1969 diese Bestimmung unverändert übernommen wurde, ist für Kampfmaßnahmen und deren rechtl. Folgen der Rechtsprechung freier Raum gelassen.

3. Nach Erklärung der lösenden Aussperrung ist das Arbeitsverhältnis zunächst beendet. Dem Arbeitnehmer steht es - ebenso wie bei der suspendierenden Aussperrung - nach entsprechender Mitteilung seiner Absichten an den Arbeitgeber frei, einen anderen Arbeitsplatz zu suchen und zu behalten. Der Arbeitgeber braucht keine Rücksicht auf die noch vorhandenen Arbeitsplätze zu nehmen. Er kann versuchen, den Arbeitsplatz anderweit zu besetzen oder durch Rationalisierung, Produktionsverlagerung, Produktionseinstellung oder anderweite Vergabe der Arbeit einzusparen.

4. Wird der Arbeitskampf nach einer insgesamt oder teilweise lösenden Aussperrung beendet, ist der Arbeitgeber jedoch bei Wiedereinstellung der lösend ausgesperrten Arbeitnehmer nicht völlig ungebunden. Zwar stellt die lösende Aussperrung eine Steigerung des Arbeitskämpfungsmittels der Arbeitgeberseite dar, die deshalb auch zur Auflösung des rechtl. Bandes des Arbeitsverhältnis führt. Selbst nach der Steigerung des Arbeitskampfes unter Lösung des rechtl. Bandes zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entspricht es aber nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, den Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse völlig außer acht zu lassen. Ein Arbeitskampf dient der Erreichung begrenzter Ziele und führt nach seinem Ende im allgemeinen zur Fortsetzung der beiderseitigen Beziehungen und zur Wiederaufnahme der Arbeit. Eine Wiedereinstellung kann daher nicht allein im Belieben des Arbeitgebers stehen. Eine solche Freiheit könnte ferner dazu führen, daß er sich unkontrolliert und unkontrollierbar von Arbeitsverhältnissen löst, die er als unbequem und lästig empfindet. Es wäre dann nicht auszuschließen, daß der Arbeitgeber solche Arbeitnehmer nicht wieder einstellt, die nicht mehr so leistungsfähig sind, sei es weil sie krank sind, sei es daß sie älter sind oder gar ihre Kräfte im Betrieb verbraucht haben, und daß u. a. solche Arbeitnehmer nicht mehr wieder eingestellt werden, die vom Arbeitgeber als treibende Kräfte des Arbeitskampfes angesehen werden.

Deshalb müssen entsprechend dem richtig verstandenen Begriff des Arbeitskampfes nach dessen Ende im allgemeinen die Arbeitnehmer auch nach lösender Aussperrung wieder eingestellt werden, soweit die Arbeitsplätze noch vorhanden sind. Nach der seit jeher gültigen Begriffsbestimmung der Aussperrung gehört die Wiedereinstellung nach Beendigung des Arbeitskampfes notwendig zum Begriff des Arbeitskampfes und vor allem auch der Aussperrung (so schon Hueck-Nipperdey, Lehrbuch aaO, 2. und 3. Aufl. 1930, Bd. II, § 70 I 2, S. 572). Wenn demgegenüber der Beschluß des Großen Senats vom 28. 1. 1955 der Aussperrung eine lösende Wirkung zuerkannte und die Wiedereinstellung in das Ermessen des Arbeitgebers stellte, das als unternehmerisches Ermessen nur daraufhin nachgeprüft werden könnte, ob es offensichtl. mißbräuchl. ausgeübt wird, so ist nunmehr deutl. geworden, daß damit dem Ziele des Arbeitskampfes als einem letztl. auf den Frieden hin angelegten Ereignis nicht genügend Rechnung getragen wird. Soll nämlich der Arbeitskampf seinem Sinn und Zweck nach nicht Kampf zur Vernichtung des Gegners, sondern Mittel zur Erreichung eines Kampfzieles und anschließender Wiederherstellung des Arbeitsfriedens sein, muß auch mit lösend ausgesperrten Arbeitnehmern nach Beendigung des Arbeitskampfes das Vertragsverhältnis im Rahmen des Möglichen wieder aufgenommen werden. Demgegenüber kann auch nicht die Überlegung ausschlaggebend sein, die Lösung des Arbeitsverhältnisses sei in Deutschland von jeher Folge der Aussperrung gewesen und habe sich, wenn auch entsprechend der früheren individualrechtl. Meinung in der Form der Kündigung, so entwickelt. Dabei wird nicht genügend beachtet, daß die lösende Wirkung zwar ein zusätzl. Druckmittel darstellt, aber nach Ende des Arbeitskampfes von dessen Ziel und Zweck als eines zeitl. befristeten Kampfes her die Wiederherstellung des Arbeitsfriedens notwendig ist. Die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer kann nicht nur im freien Ermessen des Arbeitgebers liegen, sondern steht in seinem billigen Ermessen.

Demgegenüber läßt sich nicht einwenden, eine lösende Aussperrung mit nachfolgender Wiedereinstellung sei im Ergebnis nichts anderes als eine suspendierende Aussperrung (Herschel, ArbuR 1964, S. 65 ff.). Die lösende Aussperrung stellt vielmehr auch dann eine erhebl. Steigerung der Intensität des Arbeitskampfes dar, wenn Arbeitnehmer später nach billigem Ermessen wieder einzustellen sind. Der Arbeitgeber braucht nämlich nach Beendigung des Arbeitskampfes mit Lösungswirkung keineswegs sämtl. Arbeitnehmer wieder einzustellen.

Bei der Wiedereinstellung sind Diskriminierungen verboten. Im übrigen ist die Art und Härte des vorausgegangenen Arbeitskampfes zu berücksichtigen. Es stellt außerdem einen erhebl. Unterschied dar, ob die lösende Aussperrung gegenüber einem rechtmäßigen oder gegenüber einem rechtswidrigen Streik ausgesprochen worden ist. Nach einem rechtmäßigen Streik geht die Wiedereinstellungspflicht des Arbeitgebers weiter. Er ist in einem solchen Fall nicht berechtigt, Arbeitnehmer die Wiedereinstellung zu versagen, weil sie am rechtmäßigen Streik teilgenommen haben, ohne sich Verfehlungen zuschulden kommen zu lassen. War der Streik dagegen rechtswidrig, braucht der Arbeitgeber solche Arbeitnehmer nicht wieder einzustellen, die die Rechtswidrigkeit des Streiks erkannten oder erkennen mußten und sich trotzdem in diesem Streik hervorgetan oder ihn sogar angezettelt haben. Gleichwohl besteht auch nach einem rechtswidrigen Streik sonst eine Wiedereinstellungspflicht nach dem billigen, nachprüfbareren Ermessen des Arbeitgebers wenn er nicht mit Kündigungen, sondern mit dem kollektivrechtl. Mittel der lösenden Aussperrung geantwortet hat. Der Arbeitgeber ist in einem solchen Fall im Rahmen seines billigen Ermessens nur freier gestellt.

Bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses kann es auch dann bleiben, wenn der Arbeitsplatz während des Arbeitskampfes endgültig anderweit besetzt worden oder durch Rationalisierung bzw. andere betriebl. Maßnahmen endgültig weggefallen ist.

E. Gerichtliche Nachprüfung der Wiedereinstellung lösend ausgesperrter Arbeitnehmer

Die Gerichte für Arbeitssachen haben im Streitfall nachzuprüfen, ob der Arbeitgeber die Wiedereinstellung lösend ausgesperrter Arbeitnehmer nach dem Ende des Arbeitskampfes im Rahmen seines billigen Ermessens aus den soeben genannten Gründen zu Recht ablehnen konnte. Der Arbeitgeber hat die Gründe wegen seiner Sach- und Beweisnähe darzulegen und zu beweisen. Die gerichtl. Überprüfung erfolgt im allgemeinen erst nach Beendigung des Arbeitskampfes, wenn der Arbeitnehmer seine Wiedereinstellung begehrt. Eine Prüfung, auch der lösenden Wirkung der Aussperrung wegen Wegfalles der Arbeitsmöglichkeit und des Arbeitsplatzes, kann erst erfolgen, wenn feststeht, ob der Arbeitskampf abgebrochen wird oder durch einen neuen Tarifabschluß bzw. eine sonstige Vereinbarung mit Maßregelungsverbot endet. Deshalb kann während des Arbeitskampfes grundsätzl. noch nicht auf die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses geklagt werden.

Zudem läßt sich auch erst am Ende des Arbeitskampfes übersehen, ob und in welchem Umfange die anderweite Besetzung von Arbeitsplätzen oder deren Wegfall endgültig ist und die Ablehnung der Wiedereinstellung sachgerecht war und daher billigem Ermessen entsprach. Die Wiedereinstellung nach billigem Ermessen ist nicht nur daraufhin zu prüfen, ob der Arbeitsplatz dieses Arbeitnehmers endgültig anderweit besetzt oder durch betriebl. Maßnahmen weggefallen ist, sondern auch daraufhin, ob die endgültige Lösung des Arbeitsverhältnisses gerade mit dem betroffenen Arbeitnehmern geboten war. Fallen von mehreren gleichartigen Arbeitsplätzen durch anderweite Besetzung oder Einsparung nur einzelne Arbeitsplätze weg, muß die Frage der sachgerechten Auswahl geprüft werden. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, beliebig zu erklären, von mehreren Arbeitsplätzen sei gerade derjenige Arbeitsplatz weggefallen oder anderweit besetzt, der bisher von einem ihm u. U. aus anderen Gründen mißliebigen oder unbequemen Arbeitnehmer besetzt war. Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses bezieht sich vielmehr gerade auch auf die sachgerechte Auswahl bei Entlassungen, wie das für den Bereich des Kündigungsschutzrechts in § 1 Abs. 3 KSchG zum Ausdruck kommt. Nicht zuletzt ist bei der Prüfung der Wiedereinstellung von Arbeitnehmern nach billigem Ermessen des Arbeitgebers auch die Situation nach dem Ende des Arbeitskampfes zu berücksichtigen.

Ob und in welchem Umfange das Arbeitsverhältnis nach Wiedereinstellung des Arbeitnehmers als Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses oder als Beginn eines neuen Arbeitsverhältnisses anzusehen ist, richtet sich nach den Umständen. Wenn ein Maßregelungsverbot besteht, gilt jedenfalls das Arbeitsverhältnis als nicht unterbrochen.

F. Wirkung der geänderten Rechtsprechung für den konkreten Rechtsstreit

Der 1. Senat wird nach vorstehenden Ausführungen zu entscheiden haben, ob die Arbeitskampfmaßnahmen beider Seiten nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit berechtigt waren und inwiefern nach einer gegebenenfalls wirksamen lösenden Aussperrung ein Wiedereinstellungsanspruch der Kl. besteht. Dabei könnte bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigen sein, daß die Bekl. ihr Verhalten an dem Beschluß des Großen Senats vom 28. 1. 1955 ausrichtete.

Die heute viel erörterte Frage der Rückwirkung von Gesetzen und einer geänderten Rechtsprechung (vgl. dazu zuletzt Grunsky, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, Karlsruhe 1970 mit Angaben) stellt sich insoweit nicht, obwohl auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts die Rechtsprechung an die Stelle des untätigen Gesetzgeber getreten ist. Im Zivilprozeß kann nämlich einer gerichtl. Entscheidung jedenfalls dann nicht die Rückwirkung versagt werden, wenn eine der beiden Parteien eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erstrebt und erstritten hat. Wenn jetzt der Große Senat dementsprechend seine bisherige Auffassung abändert, muß das auch für den vorgelegten Fall Geltung haben. Der Beschluß kann nicht nur für die Zukunft mit der Folge wirken, daß die Kl., die diesen Prozeß angestrengt und dem Großen Senat überhaupt erst Gelegenheit zur Änderung seiner Auffassung gegeben haben, nicht einen Rechtsvorteil dieser Änderung erfahren und zudem die Kosten des Rechtsstreits tragen müßten, wenn der Beschluß als gesetzesvertretendes Richterrecht nur für die Zukunft Wirkung entfaltete. Eine solche Betrachtungsweise würde auch nicht der Tatsache gerecht, daß Richterrecht nur anhand des an die Gerichte herangetragenen Falles entwickelt und geändert werden kann und der Richter nicht wie der Gesetzgeber frei ist, eine Änderung sofort bei auftretender Notwendigkeit und zu einem von ihm zu bestimmenden Zeitpunkt vorzunehmen. Das Prozeßrisiko erstreckt sich auch auf eine erstmals ausgesprochene Änderung der bisherigen Rechtsprechung (vgl. auch BVerfGE 18, 224 [240]). Im übrigen mußte die Bekl. mit Rücksicht auf die zum Teil kritischen Stellungnahmen mit der Möglichkeit einer Fortentwicklung des Arbeitskampfrechts rechnen.