

Bundesarbeitsgericht, Großer Senat, Beschluß vom 28. 1. 1955 - GS 1/54
Vorlagebeschluß des 1. Senats, 1 AZR 165/54

- 1. Die rechtliche Bewertung des Streiks und des Arbeitskampfes überhaupt muß einheitlich erfolgen und seinem kollektivrechtlichen Wesen gerecht werden.**
- 2. Bei dem legitimen gewerkschaftlichen Streik gibt diese Legitimität der Gesamttaktion ihr entscheidendes rechtliches Gepräge, so daß nicht nur die zum Streik auffordernde Gewerkschaft, sondern auch die daraufhin die Arbeit ohne Kündigung niederlegenden Arbeitnehmer nicht vertragswidrig und nicht rechtswidrig handeln.**
- 3. Der von einer Gewerkschaft beschlossene, von den Arbeitnehmern ohne fristgemäße Kündigung durchgeführte legitime Streik um die Arbeitsbedingungen berechtigt die bestreikten Arbeitgeber nicht zur außerordentlichen fristlosen Einzelentlassung des einzelnen Arbeitnehmers oder mehrerer einzelner Arbeitnehmer wegen Vertragsverletzung. Die §§ 123 Ziff. 3, 124 a GewO, 70, 72 Abs. 1 Ziff. 2 HGB, 16 Vorl. LAO, 82 Abs. 1 Ziff. 3, 83a PreußBergG, 25 BiSchG, 626 BGB sind nicht anzuwenden.**
- 4. Bei dem legitimen Arbeitskampf gilt der Grundsatz der Kampfparität und der Freiheit der Wahl der Kampfmittel.**
- 5. Die kollektivrechtlich legitime Aussperrung bedarf keiner Kündigung der Arbeitsverträge, und zwar weder einer befristeten, noch einer fristlosen Kündigung. § 123 Ziff. 3 GewO und die entsprechenden Vorschriften gelten nicht. Auch bestehen bei sofortiger Aussperrung zur Erreichung eines legitimen kollektiven Kampfzieles keine Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.**
- 6. Der von einer Gewerkschaft ohne fristgemäße Kündigung der Arbeitsverhältnisse durchgeführte Streik um die Arbeitsbedingungen berechtigt die bestreikten Arbeitgeber, im Wege der kollektiven Abwehraussperrung die Arbeitsverhältnisse der streikenden Arbeitnehmer fristlos zu lösen.**
- 7. Sperren die bestreikten Arbeitgeber gemäß Ziff. 6 aus, so steht die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes beim Fehlen einer Wiedereinstellungsklausel in ihrem unternehmerischen Ermessen. Dieses Ermessen darf jedoch nicht offensichtlich mißbräuchlich ausgeübt werden.**

Aus den Gründen: Bei dem Ersten Senat des BAG ist der Rechtsstreit Sch. gegen „N.“ Deutsche Hochseefischerei AG - 1 AZR 165/54 - anhängig.

Der Kl. war seit 22 Jahren bei der Bekl. als gewerbl. Arbeiter tätig und zuletzt BetrRMitgl. Ab 9. 9. 1953 beteiligte er sich an einem von seiner Gewerkschaft ausgerufenen Streik und legte die Arbeit nieder. An dem Streik nahmen auch alle BetrRMitgl. teil. Die ArbN kündigten nicht und hielten auch beim Eintritt in den Streik keine KündFrist ein. Der Streik bezweckte eine Angleichung der Löhne der Netzmacher an die Löhne der anderen Arbeiter der Bekl.; er sollte die Bekl. zum Abschluß eines entsprechenden FirmenTV zwingen.

Der Kl. wurde mit allen anderen Streikenden am 14.9.1953 von der Bekl. fristlos entlassen. Am 28. 11. 1953 brach der Streik zusammen. Eine tarifl. Wiedereinstellungsklausel wurde nicht vereinbart. Die Bekl. stellte außer dem Kl. und 6 anderen ArbN alle übrigen Streikenden wieder ein.

Der Kl. macht geltend, die Künd. sei vor allem deshalb unwirksam, weil die Teilnahme an einem von der Gewerkschaft beschlossenen Streik kein Grund zur fristlosen Künd. sei. Weiter habe die Bekl. gegen die Pflicht zur gleichmäßigen Behandlung aller ArbN verstoßen, als sie ihn nicht wieder eingestellt habe.

Der Kl. beantragt festzustellen, daß die fristlose Entlassung v. 14.9.1953 das ArbVerh. nicht beendet habe. In der BerInstanz beantragt er außerdem hilfsweise, die Bekl. zu verurteilen, ihn nach der Streikbeendigung wieder einzustellen. Auf den Abweisungsantrag der Bekl. hat das ArbG durch Urteil v. 11.1.1954 die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. wurde durch Urteil des LAG Hannover v. 15. 3.1954 zurückgewiesen.

Mit der Rev. begehrt der Kl. Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, Feststellung, daß das ArbVerh. am 14. 9. 1953 nicht aufgelöst sei, hilfsweise Verurteilung der Bekl., ihn ab 28. 11. 1953 - dem Zeitpunkt der Streikbeendigung - wieder einzustellen.

Der Erste Senat des BAG ist der Ansicht, daß das Urteil in dem Rechtsstreit 1 AZR 165/54 von der Entscheidung der folgenden beiden Rechtsfragen abhängt:

1. Ist der von einer Gewerkschaft beschlossene Streik um die ArbBedingungen, der ohne fristgemäße Künd. der ArbVerh. durch die ArbN durchgeführt wird, für den ArbGeb. ein Grund zur außerordentl. fristlosen Künd. der streikenden ArbN ?
2. Ist der ArbGeb. nach Beendigung eines gewerkschaftl. Streiks beim Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung (Wiedereinstellungsklausel, Maßregelungsverbot) verpflichtet, die von ihm vorgenommene Wiedereinstellung der entlassenen ArbN gleichmäßig auf alle Streikteilnehmer auszudehnen, sofern ihm für die Ablehnung der Wiedereinstellung nicht andere Gründe als die der vorausgegangenen Streikbeteiligung zur Seite stehen ?

Diese beiden Rechtsfragen sind seit längerer Zeit in Schrifttum und Rechtspr. lebhaft umstritten. Der Erste Senat hat sie dem Großen Senat des BAG gem. § 45 Abs. 1 Satz 2 ArbGG zur Entscheidung vorgelegt. Der Erste Senat ist der Auffassung, daß es sich um Fragen von grundsätzl. Bedeutung handelt, bei denen die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitl. Rechtspr. die Entscheidung des Großen Senats erfordern.

Der Große Senat tritt der Auffassung des Ersten Senats bei, daß die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Satz 2 ArbGG für die Anrufung des Großen Senats und für die Entscheidung der Rechtsfragen durch ihn gegeben sind.

Der Große Senat ist nach § 45 Abs. 1 Satz 2 ArbGG nicht verpflichtet, die vorgelegten Fragen nur entweder mit „Ja“ oder mit „Nein“ zu beantworten. Er ist im Interesse der Fortbildung des Rechts und der Sicherung einer einheitlichen Rechtspr. berechtigt, die Entscheidung der ihm vorgelegten Fragen selbständig sachgerecht zu formulieren. Vorausgesetzt ist nur, daß der vorlegende Senat in der Entscheidungsformel des Großen Senats tatsächl. auch im Ergebnis die Entscheidung der Rechtsfragen erhält, die er vorgelegt hat. Diesen Anforderungen entsprechen die in der Entscheidungsformel des Großen Senats gegebenen Rechtsgrundsätze.

Es handelt sich bei den zur Entscheidung stehenden Fragen um Grundprobleme des Rechts der ArbKämpfe, deren klare und richtige Erfassung für das Verhältnis der Sozialpartner untereinander, für die einzelnen ArbGeb. und ArbN, aber auch für die Allgemeinheit von erhebl. Bedeutung ist.

Ein Hauptproblem ist dabei, wie *Bulla* (Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, in Festschrift für *H. G. Nipperdey*, 1955, S. 163 ff.) zutreffend formuliert, die Frage des richtigen Verhältnisses des ArbKampfes und der Kampfhandlungen zum Rechtskreis des individuellen ArbVertrages dort, wo das Kampfverhalten des Einzelnen diesen Rechtskreis berührt und mit ihm kollidiert.

Die zweite, ebenso wichtige Grundfrage - die in der bisherigen Erörterung zu wenig beachtet ist - besteht darin, welche rechtl. Folgerungen aus dem Prinzip der Freiheit des ArbKampfes in den Grenzen der Rechtsordnung, aus der verfassungsrechtl. Gleichheit, insbes. der Waffengleichheit (Kampfparität) der Sozialpartner zu ziehen sind.

I.

1. In der ersten Frage, die der Erste Senat vorgelegt hat, ob der von einer Gewerkschaft beschlossene Streik um die ArbBedingungen, der ohne fristgemäße Künd. der ArbVerh. durch die ArbN durchgeführt wird, für den ArbGeb. ein Grund zur außerordentl. fristlosen Künd. der streikenden ArbN ist, stehen sich zwei Grundansichten gegenüber.

a) Nach der durchaus überwiegenden, bisher herrschenden Meinung wird die Hauptpflicht des ArbN aus dem ArbVertrag, die ArbVerpflichtung, widerrechtl. und schuldhaft durch Nichtleistung verletzt, wenn der ArbN, ohne fristgerecht zu kündigen, sich am Streik beteiligt. Die Widerrechtlichkeit werde weder durch Art. 9 GG noch durch die Bestimmungen der Verfassungen einzelner Länder über das Streikrecht, noch durch Verbandsbeschlüsse der Gewerkschaften, noch durch einen Vorrang des Kollektivrechts ausgeschlossen. Die Betätigung der ArbKampffreiheit habe sich innerhalb der allgemeinen Schranken der Rechtsordnung zu halten, die nicht nur durch die Gesetze, sondern auch durch die vertragl. Bindungen gezogen würden. Die Kampfbeteiligung des einzelnen ArbN sei somit Vertragsbruch, der den ArbGeb. zur fristlosen Entlassung der ArbN wegen (rechtswidriger, schuldhafter) beharrl. ArbVerweigerung berechtige (vgl. besonders §§ 123 Ziff. 3 GewO, 72 Ziff. 2 HGB und 626 BGB). Außerdem seien die streikenden ArbN gesamtschuldnerisch zum SchadErsatz verpflichtet.

So *Hueck-Nipperdey*, Lehrb. d. ArbR, 3.-5. Aufl., 1932, Bd. 1 S. 169, 336 ff., 341; Bd. 2 S. 499; *Oertmann*, Dt. ArbVertragsR, 1923, S. 281; *ders.*, JW 1925 S. 2420; *Sinzheimer*, Grundzüge des ArbR, 2. Aufl. 1927, S. 189; *Groh*, Koalitionsrecht, 1923, S. 135; *Kaskel-Dersch*, Lehrb. d. ArbR, 4. Aufl. 1932, S. 433 ff., 436; *Lutz Richter*, VerwArch. 1926 S. 15 ff.; *Nikisch*, Gutachten „Die privatrechtl. Wirkungen des sog. Streikrechts“, 1951, Heft 1 der Schriftenreihe der Bundesvereinigung d.Dt. Arbeitgeberverbände; *ders.*, ArbR, 1951, S. 276, 279; *ders.*, ArbGeb. 1951 S. 24; *ders.*, BB 1952 S. 24; *Dietz*, BB 1952 S. 294; *ders.*, Grundsätzl. z. Streikrecht, SAE 1954 S.92; *H. Lehmann*, ebd. 1952 S.90; *Rewolle*, Betr. 1949 S. 191; *Kauffmann*, Betr. 1951 S.466; *Vielhaber*, RdA 1951 S. 372; *Arras*, NJW 1953 S. 241; *Bobrowski*, ArbR, 2. Aufl. 1954, S. 408ff.; *Maus*, Hdb. d. ArbR, IX S. 27; *Siebrecht*, Das Recht im ArbKampf, 1952, S. 19, 34; *Huber*, WirtschaftsverwaltungsR, Bd. 2, 1954, S.395; *Niese*, Streik u. Strafrecht, 1954, S. 48; *Herschel*, ArbR, 7.-10. Aufl. 1954, S. 24; *Osswald*, Der Streik u. die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, 1954, S. 28; *Hueck*, KSchG, 3. Aufl. 1954, § 23 Anm. 3; *Monjau-Heimeier*, KSchG, Anm. zu § 23; *Rohlfing*, KSchG, § 23 Anm. 4; *Erdmann*, ABC d. ArbR, 1950, S. 22, 25).

Ebenso die Praxis des RG, des Preuß. OVG und des RAG bis 1933, vgl. RG, NZfA 1927, 179 = Rspr. d. RG z. ArbR 2, 220; RGSt. 56, 419; OVG 78, 448; RAG, ArbRSamml. Bd. 2 S. 122, 128; Bd. 6 S. 342; Bd. 7 S. 476; Bd. 9 S. 400; Bd. 11 S. 530.

Auch in der Judikatur der LAG nach 1945 wird diese Ansicht ganz überwiegend vertreten, vgl. LAG *Bremen* v. 19.3.1952, AP 53 Nr. 2; v. 6.5.1953, BB 1953 S. 501; LAG *Düsseldorf* v. 11. 1. 1952, RdA 1952 S. 159; v. 16. 5.1952, RdA 1952 S. 357; v. 19. 1. 1954, ArbR-Blattei, Rspr. z. ArbR Nr. 1580; v. 7. 1. 1954, ebd. Nr. 1556; LAG *Frankfurt a. M.* v. 29. 1. 1952, RdA 1952 S. 238; LAG *Hamburg* v. 28. 11. 1952, BB 1953 S. 262; LAG *Hamm* v. 13. 7. 1951, Betr. 1951 S. 784; v. 16. 10. 1952, BB 1952 S. 30; v. 27. 10. 1952, BB 1953 S. 59; v. 5. 11. 1952, RdA 1953 S. 79; v. 8. 9. 1953, Betr. 1954 S. 108; LAG *Hannover* v. 16. 1. 1952, AP 52 Nr. 83; v. 20. 2. 1953, AP 53 Nr. 156; v. 11. 2. 1952, RdA 1952 S. 158; LAG *Kiel* v. 14.9.1954, Betr. 1954 S. 868; LAG *Stuttgart* v. 28. 3. 1952, AP 52 Nr. 162.

b) Demgegenüber steht eine neuerdings im Vordringen befindl. Meinung auf dem Standpunkt, daß die Streikbeteiligung des einzelnen ArbN ohne Künd am gewerkschaftl. legitimen Streik keine vertragswidrige ArbVerweigerung sei und daher auch kein Grund zur fristlosen Entlassung gebe.

So *Gerhard Müller*, RdA 1951 S. 247; *ders.*, Probleme d. ArbR, 1953, hrsg. vom DGB Landesbezirk Bayern; *ders.*, Streik u. ArbVertrag, in Das Recht d. Arbeit, Sonderausgabe der Sozialrechtl. Mitteilungen der Arbeiterkammer Wien, 1954, S. 1 ff.; *Hessel*, BB 1951 S. 85; *ders.*, RdA 1952 S. 48; *Hoener*, RdA 1953 S. 204, BB 1955 S. 37; *Schnorr*, ArbuR 1953 S. 193; *Schnorr v. Carolsfeld*, ArbR, 2. Aufl. 1954, S. 322; *Meissinger*, Reliefbild d. ArbR, 1952, S. 196; *ders.*, Betr. 1954 S. 783; *ders.*, ArbuR 1954 S. 65, 353; wohl auch *Schwaabe*, ebda S. 357; *Bühlig*, Mitt. d. Wirtschaftswissenschaftl. Instituts d. Gewerkschaften 1954 S.187, 196; *Abendroth*, Gewerkschaftl. Monatshefte 1954 S. 259, 634; *ders.*, Gutachten „Die Berechtigung gewerkschaftl. Demonstrationen für die Mitbestimmung der ArbN in der Wirtschaft“, 1953, hrsg. vom DGB, S. 11, 17; *Richard Schmid*, Gewerkschaftl. Monatshefte 1954 S. 4; *Bauer*, JZ 1953 S. 651; ArbuR 1955 S. 65; *Neumann-Duesberg*, Der arbeitsrechtliche Streik, JR 1954 S. 441; *Alfred Weber*, Gewerkschaftl. Monatshefte 1952 S. 582; *ders.*, Staat und gewerkschaftl. Aktion, 1954; *Frey*, ArbuR 1953 S. 289, 1954 S. 97; *Bulla*, in Nipperdey-Festschrift, 1955, S. 163ff.

Aus der Rechtsprechung LAG *München v. 17. 4. 1953*, v. 26. 10. 1953, v. 16. 2. 1954, v. 28. 6. 1954, in Amtsbl. d. BayArbMin. 1953 S. C 77, 165; 1954 S. C 102, 153; auch ArbG *Göttingen v. 23.8.1951*, RdA 1951 S. 397; v. 10.4.1952, AP 52 Nr. 103.

Die Begründung der zuletzt genannten Ansicht ist allerdings keine einheitl. Einzelne Vertreter dieser Meinung erkennen ein besonderes verfassungsrechtl. Streikrecht an, das die Rechtswidrigkeit der ArbNiederlegung und damit den Vertragsbruch ausschließe (so *Schnorr v. Carolsfeld*, *Abendroth*, *R. Schmid*, *Bühlig*, LAG Bayern). *Schnorr v. Carolsfeld* bezeichnet das Streikrecht darüber hinaus als eine Art von Selbsthilferecht im weiteren Sinne, als subjektives öffentl. Recht mit Ausstrahlungen in den Bereich des Privatrechts im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes beim erlaubten Streik. Andere verweisen auf die Anerkennung des Streiks als eines freiheitl. Ordnungsprinzips als Bestandteil einer überwertigen materiellen Verfassung und seine Verbindung mit dem Tarifvertragsrecht und dem Rechtsprinzip der sozialen Selbstverwaltung, sowie auf den Vorrang des kollektiven ArbR (*Gerhard Müller*, *Hessel*, *Meissinger*, LAG Bayern, *Bühlig*). *Schnorr* (aaO) stellt darauf ab, daß die vorherige Künd. des ArbVerh. bei gewerkschaftl. Streik dem ArbN nicht zumutbar sei, so daß aus diesem Grunde kein zurechenbarer schuldhafter ArbVertragsbruch vorliege; dagegen aber *Neumann-Duesberg* (JR 1954 S. 445). *Hoener* (aaO) schließl. meint, der ArbGeb. wisse, daß seine gewerkschaftl. organisierten ArbN ihrer Gewerkschaft zur Verbandstreue verpflichtet seien. Wenn kein TV bestehe, müsse er mit einem ArbKampf rechnen. Diese „realen und offenkundigen Beziehungen“ würden nach § 157 BGB Inhalt der EinzelarbVerträge und schlossen somit die Annahme einer Vertragswidrigkeit des Streiks aus. Über die Auffassung von *Bulla* wird in Folgendem gehandelt.

2. Zunächst ist festzustellen, daß sich dieser Meinungsstreit keineswegs ohne weiteres aus der Bejahung oder Verneinung eines verfassungsrechtl. Streikrechts oder eines besonderen gesetzl. begründeten subjektiven Rechts zum Streik lösen lässt. Da Art. 9 Abs. 3 GG ebenso wie Art. 159 der WeimVerf. weder nach dem Wortlaut noch nach der klaren Entstehungsgeschichte (vgl. für das GG Jahrbuch des öffentl. Rechts Bd. 1, 1951, S. 116ff. zu Art. 9 GG) ein Streikrecht verfassungsrechtl. garantieren, vielmehr nur die Koalitionsabrede, nicht aber die Koalitionsmittel grundgesetzl. schützen, wird ein solches Recht von der durchaus h. M. abgelehnt. Auch aus § 152 GewO ergibt sich nach dieser Auffassung kein Streikrecht.

Vgl. *Hueck-Nipperdey*, Lehrb. d. ArbR, 3./5. Aufl. 1932, Bd. 2 S. 482ff., 486, 497ff.; *Nipperdey*, Grundrechte der Reichsverfassung, 1930, Bd. 3 S. 415; *ders.*, Zeitungsstreik, 1953, S. 42; v. *Mangoldt*, GG, Art. 9 Erl. 4; *ders.*, AöR 75, 287; *Wernicke*, in BonnKomm., Art. 9 Bem. I, II 3, insbes. d; *Nikisch*, Die privatrechtl. Wirkungen des sog. Streikrechts, 1951, S. 13; *Siebrecht*, Das Recht im Arbeitskampf, 1952, S. 17; *Groh*, Koalitionsrecht, 1923, S. 49ff.; *Steinmann*, Das Koalitionsrecht im dt. Reich, 1926, S. 37ff.; *Anschütz*, Reichsverfassung, 12. Aufl., Art. 159 Erl. 5; *Forsthoff*, in *Hueck-Forsthoff*, Zwei Rechtsgutachten über die politischen Streikaktionen anläßl. der parlamentarischen Beratung des BetrVG in ihrer verfassungs- und zivilrechtl. Bedeutung, 1952, S. 13; *Huber*, WirtschaftsverwaltungsR, Bd. 2, 1954, S. 393; *Eberhard*, RdA 1949 S. 125; *Bulla*, aaO, S. 165ff; vgl. weiter *Franz Neumann*, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, 1930, S. 91; *Sinzheimer*, Grundzüge des ArbR, 2. Aufl. 1927, S. 85ff.

Ebenso die Rechtsprechung: RGSt 56, 412ff., 419ff., 423ff.; 58, 360; OVG 78, 452, 453; RG, NZfA 1923 S. 68; RGZ 119, 294; RAG, ArbRSamml. Bd. 7 S. 479; Bd. 9 S. 401; Bd. 10 S. 606, ebenda Bd. 7 S. 572; *BayVGH*, NZfA 1923 S. 391. Die deutschen Landesverfassungen, auch soweit sie nicht wie Rheinland-Pfalz (Art. 66 Abs. 2) ein Streikrecht nur im Rahmen der Gesetze anerkennen, sondern wie Bremen (Art. 51 Abs. 3), Hessen (Art. 29 Abs. 4) und Berlin-West (Art. 18 Abs. 3) ein Streikrecht ohne Gesetzesvorbehalt gewährleisten, scheiden für den vom Ersten Senat vorgelegten Fall aus, da die Verfassung von Hamburg keine entsprechende Bestimmung enthält. Im Übrigen steht der Große Senat auf dem Standpunkt, daß die genannten Normen der Landesverfassungen zwar die Unzulässigkeit öffentl.-rechtl. landesrechtl. Streikverbote und Streikbeschränkungen durch einfache Landesgesetze anordnen, nicht aber eine privatrechtl. wirksame Bestimmung über ein Streikrecht gegenüber den ArbGeb. treffen. Seit dem Inkrafttreten des GG kann im Übrigen nur der Bund privatrechtl. Bestimmungen erlassen, vgl. *Nipperdey*, Bundesprivatrecht und Landesprivatrecht, NJW 1951 S. 897; *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, 14. Aufl. 1952, § 14.

Aber aus der Ablehnung eines besonderen verfassungsrechtl. Grundrechts zum Streik oder eines subjektiven Streikrechts folgt keineswegs notwendig, daß der Streik als rechtswidriger Bruch des ArbVertrages anzusehen ist. Es fragt sich vielmehr, ob sich aus dem Wesen des legitimen ArbKampfes und des Streiks im Besonderen etwas anderes ergibt.

Aber auch die soeben zu I 1b erwähnte Ansicht, deren Vertreter z. T. ein verfassungsmäßiges oder gesetzl. begründetes Streikrecht bejahen (vgl. auch schon früher *Potthoff*, SchliW, 1924, S. 112f.; JW 1925 S. 1842ff.; *ders.*, Einwirkung der Reichsverfassung auf das ArbR, 1925, S. 28ff.; *ders.*, ArbR 1924 S. 663, 1926 S. 371; RAB1. 1920 S. 673, 1925 S. 618ff.; vgl. auch *ders.*, Wesen und Ziele des ArbR, 1922, und ArbR: Das Ringen um werdendes Recht, 1928 S. 66ff., 81ff., 87; *Levy*, ArbR, 1927, S. 107ff.; *Katzenstein*, JW 1928 S. 274; *Joerges*, SchliW, 1926, S. 37ff.) hat das Problem damit noch nicht gelöst. Denn das Streikrecht, mag man es aus Art. 9 GG oder unter Außerachtlassung des Spezialcharakters dieser Vorschrift aus der grundrechtl. allgemeinen Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG oder aus sonstigen Vorschriften der Rechtsordnung herleiten, kann vertragl. Bindungen unterliegen (so durch den TV) und es darf nicht die Rechte anderer verletzen (Art. 2 Abs. 1 GG). Es fragt sich aber gerade, ob die arbeitsvertragl. Verpflichtung zur ArbLeistung ein Recht des ArbGeb. begründet, das während seiner Dauer durch einen Streik nicht verletzt werden darf.

Aus diesen Gründen hatte der Große Senat keine Veranlassung, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ein verfassungsmäßiges Streikrecht, insbes. im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG, oder ein subjektives Recht zum Streik überhaupt zu bejahen ist oder nicht.

3. Die Lösung kann vielmehr aus dem Wesen des gewerkschaftl. Streiks als kollektiver Kampfmaßnahme gefunden werden.

Dabei ist entsprechend der aus dem Tatbestand des dem Ersten Senat vorliegenden Rechtsstreits zu ergänzenden Fragestellung davon auszugehen, daß nur der gegen die ArbGeb. gerichtete Streik um die tarifl. Regelung der ArbBedingungen zu untersuchen ist (Gegensatz: z. B. der sog. politische Streik; vgl. jetzt zusammenfassend *Kaiser*, Der politische Streik, 1955), der weder tarifwidrig (Bruch der tarifl. Friedenspflicht) noch nach seinen Mitteln oder seinen Zielen oder der Unverhältnismäßigkeit von Mittel und Ziel sozialadäquat (Eingriff in die Gewerbebetriebe der ArbGeb., nach § 823 Abs. 1 BGB), noch sittenwidrig (§ 826) ist. Man hat diesen Streik um die ArbBedingungen gegen die ArbGeb. mit Recht als sozialadäquaten Streik bezeichnet (vgl. über den Begriff der Sozialadäquanz *Welzel*, Strafrecht, 3. Aufl. 1954, S. 61; *ders.*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl. 1952, S. 19, 26ff.; *ders.*, ZStW 58, 515; *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, Halbbd. 2 1955, § 202 II; *Niese*, Streik u. Strafrecht, 1954, S. 27ff. mit Angaben).

ArbKämpfe (Streik und Aussperrung) sind im allgemeinen unerwünscht, da sie volkswirtschaftl. Schäden mit sich bringen und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen; aber sie sind in bestimmten Grenzen erlaubt, sie sind in der freiheitl., sozialen Grundordnung der Deutschen Bundesrepublik zugelassen. Unterbrechungen, der betriebl. ArbTätigkeit durch einen solchen ArbKampf sind sozialadäquat, da die beteiligten ArbN und ArbGeb. mit solchen kampfwisen Störungen auf Veranlassung und unter der Leitung der Sozialpartner von jeher rechnen müssen und die deutsche freiheitl. Rechtsordnung derartige ArbKämpfe als ultima ratio anerkennt. Es besteht Freiheit des ArbKampfes, Streikfreiheit und Aussperrungsfreiheit. Das ergibt sich nicht nur aus der gesamten historischen Entwicklung seit 1869, namentl. aus der wichtigen Regel des § 152 Abs. 1 GewO und der allgemeinen rechtl. Überzeugung (vgl. schon RGZ 54, 258; 56, 275; 58,30; 64, 56; 65, 212, 213; 119, 294 und die st. Rspr.), sondern neuerdings namentl. auch aus § 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVG. Dort ist im Anschluß an das Verbot der ArbKämpfe zwischen ArbGeb. und Betriebsrat ausdrükl. bestimmt, daß ArbKämpfe tariffähiger Parteien durch das Verbot nicht berührt werden.

Auch die LAG haben das Prinzip der sozialen Adäquanz für das Recht der ArbKämpfe als maßgebend anerkannt, vgl. LAG *Frankfurt a. M.*, RdA 1953 S. 195, 354; *Freiburg*, RdA 1953 S. 360; *Bayern*, Amtsbl. BayArbM 1953 S. C 77; weiter OLG *Düsseldorf*, RdA 1953 S. 393.

In diesem Sinne hat Bundespräsident Prof. *Theodor Heuß* in seiner Ansprache am 4. 10. 1954 vor dem 3. Ordentlichen Kongreß des DGB das „Streikrecht“ mit Recht „als eine völlig legitime Sache“ bezeichnet (Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung 1954 Nr. 189 S. 1674).

4. Dabei ist der gewerkschaftl. Streikbeschuß mit seiner Aufforderung zur ArbNiederlegung die entscheidende selbständige Kampfhandlung, die als solche rechtl. zu bewerten ist, wenn sie tatsächl. durch ArbNiederlegung durchgeführt wird. Diese Rechtsauffassung allein wird den soziologischen Massenerscheinungen der modernen sozialen und wirtschaftl. Kämpfe gerecht. Sie legt es nahe, den Streik hinsichtl. seiner Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit nur als kollektive Aktion und ohne Rücksicht darauf zu beurteilen, ob die einzelnen, den Streik vollziehenden Handlungen, also die ArbNiederlegungen nach erfolgter Kündigung oder ohne eine solche erfolgen.

Die bisher überwiegende Meinung ist in dieser Kernfrage inkonsequent und verschiebt zu Unrecht das soziologische und rechtl. Schwergewicht.

Ist der Streik kollektivrechtl. legitim, wird er aber ohne Künd. der ArbVerh. durchgeführt, so entfällt die Haftung der Gewerkschaft. Wohl aber soll jeder einzelne ArbN seine arbeitsvertragl. Pflicht zur ArbLeistung vertragswidrig, also rechtswidrig, verletzt haben, was die fristlose Entlassung jedes einzelnen rechtfertigt. Eine Haftung der Gewerkschaft aus „Verleitung zum Vertragsbruch“ - diese Verleitung liegt nach dieser Ansicht natürl. vor - wird aber für die Regelfälle abgelehnt, da es an einem gesetzl. begründeten Haftungstatbestand fehle, insbes. § 826 BGB nicht anzuwenden sei (vgl. dazu neuerdings *Herrmann*, GRUR 1955 S. 21 mit Angaben; *Enneccerus-Lehmann*, Schuldrecht, § 236 III 3c; RGZ 51, 369; 54, 255; 76, 35). Wohl aber wird - obwohl § 427 BGB ausscheidet - und im Widerspruch zu der individual-

rechtl. Grundauffassung, daß jeder einzelne ArbN gerade seinen ArbVertrag verletzt habe, eine gesamtschuldnerische Haftung aller streikenden ArbN aus schuldhafter Vertragsverletzung für den Schaden angenommen, der dem bestreikten ArbGeb. entsteht. Die Bejahung der Haftung jedes Streikenden nicht etwa nur auf den seinem Anteil an der Verursachung entsprechenden Schaden, sondern für den Gesamtschaden, ja die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses der Vielzahl der ArbN, weil es dieselbe Leistung an den ArbGeb. zum Gegenstand habe, die bewußt gemeinsam nicht erfüllt werde (vgl. RGRKomm, § 421 Erl. 1b; RAG, ArbRSamml. Bd. 14 S. 300; Bd. 15 S. 45; Bd. 18 S. 247), erweist klar, daß der Streik hier durchaus als kollektivrechtl. Phänomen gesehen wird. Das soll allerdings nur zu Lasten der ArbN in der Haf-tungsfrage gelten, während man die Frage der fristlosen Entlassung rein individualrechtl. betrachtet.

Ist andererseits der gewerkschaftl. Streik als solcher rechtswidrig (tarifwidrig oder gegen § 823 Abs. 1 BGB verstoßend oder sittenwidrig), wird aber erst nach Künd. der ArbVerh. gestreikt, so bleibt es zwar bei der Unzulässigkeit des Streikes. Doch soll jede Haftung der einzelnen ArbN entfallen und rechtl. Maßnahmen gegen die streikenden ArbN sollen ausscheiden. Das soll nach einer weitverbreiteten, allerdings vom RAG (ArbRSamml. Bd. 6 S. 342; Bd. 7 S. 493) abgelehnten Ansicht auch dann gelten, wenn die ArbN die bevorstehende ArbNiederlegung dem ArbGeb. unter Einhaltung der KündFrist anzeigen, ohne aber zu kündigen. Eine Vertragswidrigkeit bestehe dann nicht. Denn da der ArbN berechtigt sei, zu diesem Zeitpunkt den Vertrag sogar völlig zu lösen, so sei er auch in der Lage, durch Ankündigung der ArbNiederlegung ein bloßes Ruhen des ArbVerh. herbeizuführen (Nachweise bei Hueck-Nipperdey, Lehrb., II S. 661 Anm. 5) mit der Folge, daß fristlose Entlassung und SchadErsatzansprüche gegen diesen ArbN nicht in Frage kommen.

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß dieses Hin- und Herschwanken zwischen kollektivrechtl. und individualrechtl. Bewertung der Klarheit und Folgerichtigkeit entbehrt und kaum auf allgemeines Verständnis stoßen kann (vgl. insbes. Bulla, aaO, S. 172ff.). Mit Recht ist auch betont worden, daß das Verlangen einer fristgemäßen Künd. beim Streik genau besehen die Verneinung des Streiks als eines doch anerkannten und auch privatrechtl. rechtmäßigen Rechtsinstituts bedeute. Denn in bloß individualarbeitsvertragsrechtl. Schau solle ein ArbN nach fristgerechter Aufkündigung seines ArbVertrages gar nicht mehr „streiken“ können, da für eine „streikweise“ ArbNiederlegung dort kein Raum sein könne, wo keine ArbVertragspflicht zur ArbLeistung mehr bestehe. Und dennoch wird eine solche Art der „ArbNiederlegung“ aller streikwilligen ArbN unter vorheriger Beendigung des ArbVertrages durch Künd. zu Recht als Streik bewertet, nicht wegen der ArbBeendigung durch den einzelnen, sondern wegen des kollektiven Momentes in der Vielzahl der gleichgerichteten Einzelkünd. zu gemeinsamer Beendigung der ArbVerträge um der Erreichung des Kampfzieles willen. Das kollektive Moment und das gemeinsam verfolgte Kampfziel geben diesem gemeinsamen Vorgehen das Gepräge. Damit verleugne sich aber die bloß individualistische Betrachtungsweise der streikdarstellenden Einzelhandlungen und schwenke zutreffend wieder in den kollektiven Aspekt ein (Bulla, aaO, S. 173f.).

Der ArbKampf als *einheitliches* Geschehen darf nicht kollektivrechtl. anders behandelt werden als individualrechtl. Man darf es - wie Bulla gleichfalls zutreffend ausführt S. 180 aaO - nicht bei einer angebl. nicht behebbaren Kollision zwischen ArbKampfrecht und ArbVertragsrecht belassen. Eine Synthese ist nicht mögl. Also muß ein Rechtskreis den Vorrang haben. Daraus folgt: Entweder ist der ArbKampf im kollektivrechtl. Bereich des ArbR legitim, dann kann er, da er ein einheitl. Akt ist, nicht im Individualrecht des ArbVertrages rechtswidrig sein. Oder aber er ist wegen der Kollision mit dem Individualrecht des ArbVertrages rechtswidrig, dann muß er es total, also auch für den Rechtskreis des kollektiven ArbKampfrechts sein (vgl. im wesentl. ebenso G. Müller, RdA 1951 S. 247; Hessel, BB 1951 S. 85; Hoeniger, RdA 1952 S. 48, BB 1955 S. 37; Frey, ArbuR 1954 S. 22, 97). Es ist aber nicht gerechtfertigt, innerhalb des gleichen Rechtsgebietes, des ArbR, dasselbe kollektive Handeln hier als rechtmäßig, dort als rechtswidrig anzusehen.

Der Große Senat steht aus den bereits angedeuteten Gründen auf dem Standpunkt, daß die rechtl. Bewertung des Streiks und des ArbKampfes überhaupt einheitl. erfolgen und seinem *kollektivrechtlichen* Wesen gerecht werden muß, wenn man nicht zu sachwidrigen und lebensfremden Ergebnissen kommen will. Das bedeutet für den hier zu prüfenden legitimen gewerkschaftl. Streik, daß diese *Legitimität* der Gesamttaktion ihr entscheidendes rechtl. Gepräge gibt, daß somit nicht nur die zum Streik auffordernde Gewerkschaft, sondern auch die daraufhin die Arbeit ohne Künd. niederlegenden ArbN nicht rechtswidrig handeln.

5. Entscheidend ist zunächst die klare Erkenntnis des Wesens des Streiks und des ArbKampfes überhaupt. Ein maßgebendes Element des Streiks ist die gemeinsame und planmäßig durchgeführte ArbEinstellung durch eine größere Anzahl von ArbN zu einem bestimmten Kampfziel (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., 3./5. Aufl., Bd. 2, S. 652f.). Die Niederlegung der Arbeit durch den ArbN ist kein Einzelvorgang. Als solcher wäre er wirkungslos und sinnlos. Entscheidend ist die bewußtgewollte, solidarische Gemeinsamkeit des Handelns, die beim gewerkschaftl. Streik in der gemeinschaftl. Durchführung des Streikbeschlusses besteht. Der Streik ist auch in seiner Durchführung durch die ArbN ein Kollektivakt, der aus den ArbNiederlegungen in ihrer Verbundenheit besteht. Beim Streik handelt nicht der einzelne, sondern es handeln die Streikenden als Gruppe.

„Es legt nicht die Vielzahl der einzelnen streikbeteiligten ArbN, individuell gesehen, die Arbeit nieder, sondern es ist die geschlossene Gruppe, die ihre ArbKraft streikweise entzieht und in der der einzelne als Mitglied wie die anderen Gruppenmitglieder handelnd steht. Ihre Einzelakte der ArbNiederlegung sind in der gewollten Kollektivität Gesamthandeln der Gruppe, in der der einzelne insofern als Individuum aufgegangen ist“, so mit Recht Bulla, aaO, S. 182.

Streik ist *zugleich* der Kampfbeschluss und *Kampfung*, wie das *Gesamthandeln* aller Streikenden; daher ist auch der Sprachgebrauch richtig, der gleichbedeutend von „Streik in der bayerischen Metallindustrie“ oder „Streik der bayerischen Metallarbeiter“ spricht.

Die rechtl. Bewertung muß dieser Wirklichkeit des Streiks entsprechen. Die streikweise ArbNiederlegung darf daher nicht individualrechtl. gesehen werden, sie ist im kollektiven Zusammenhang zu betrachten, in dem sie steht. Das Handeln des ArbN ist nicht in seiner Vereinzelung, nicht als Individualhandeln, sondern als Kollektivhandeln als Mitglied seiner Gruppe zu bewerten, der er durch seine Streikbeteiligung angehört. Dem Kollektivhandeln stehen aber im ArbKampfrecht nur die besonderen (TV) und allgemeinen (§§ 823, 826 BGB) kollektiven Verhaltenspflichten, nicht aber arbeitsvertragl. Pflichten entgegen, da diese grundsätzl. nur individuelles Handeln bestimmen wollen. Der Satz: „Was einzelvertragl. jedem einzelnen nicht erlaubt sei, werde auch bei kollektivem Handeln nicht rechtmäßig“ ist sicherl. grundsätzl. richtig. Er gilt aber dann nicht, wenn in Wahrheit die Einzelhandlung keinerlei selbständige Bedeutung hat, vielmehr in der Kollektivhandlung aufgeht *und* wenn die Rechtsordnung die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Kollektivhandelns als solchen selbständig bestimmt.

Sind Streik und Streikbeteiligung in diesem Sinne ausschließl. kollektivrechtl. Größen, so scheidet die Charakterisierung der Streikbeteiligung als Verletzung des EinzelarbVertrages und damit als vertragswidrig und rechtswidrig dann aus, wenn der Streik als Kollektivakt rechtmäßig ist.

Der Große Senat spricht damit für den legitimen Streik keineswegs den viel umstrittenen Grundsatz aus: Kollektivrecht oder Verbandsrecht geht vor Vertragsrecht oder Verbandstreue geht vor Vertragstreue. Vielmehr ergibt sich die Entscheidung aus dem Wesen des Streikes und des ArbKampfes.

6. Die vorstehend entwickelten Rechtsgrundsätze werden den Notwendigkeiten des ArbKampfrechts in einem freiheitl. Gemeinwesen und damit der *Rechtswirklichkeit* gerecht.

Der Streik will die ArbVerh. unterbrechen, um dadurch einen Druck auf den anderen Sozialpartner auszuüben und eine günstigere tarifl. Regelung der ArbBedingungen herbeizuführen. Die Streikenden wollen keine Lösung der ArbVerh., sie wollen die ArbVerh. nur suspendieren, sie aber später, nach Erreichung ihrer Ziele, aber auch nach einer Niederlage, fortsetzen. Jedenfalls wollen sie nicht kündigen. Die bisher h. M. zwingt sie zu einer Künd., die sie in Wahrheit gar nicht wollen. Sie wird, wie bereits bemerkt, dem eigentl. Wesen des Streiks, das in der Verweigerung der Arbeit besteht, nicht gerecht, da nach Künd. eine ArbPflicht nicht mehr vorhanden ist.

Ein Streik der ArbN unter Einhaltung der KündFristen ist weitgehend praktisch unmögl. Es handelt sich nicht nur um die gesetzl. untereinander ungleichen KündFristen. Auch tarifvertragl. bestehen verschiedene KündFristen, die ihrerseits auch nach Ablauf des TV kraft Nachwirkung weiter gelten. Beim Streik ist aber der einheitl. Streikbeginn allein taktisch richtig und geradezu lebenswichtig für den Erfolg. Die Einhaltung von KündFristen und namentl. von unterschiedl. KündFristen macht das Schwert des Streikes stumpf. Den Angestellten würde angesichts der langen KündFristen die Streikfreiheit praktisch überhaupt genommen werden. Wenn *Nikisch* (Gutachten S. 19) gerade diese individualrechtl. Fristen als kampfpertardierend begrüßt, so ist zu betonen, daß es nicht die Aufgabe einer freiheitl. sozialen Rechtsordnung sein kann, mit diesen Mitteln ArbKämpfe zu verhindern, die als solche durchgeführt werden können. Überdies hat die Praxis gezeigt, daß ein solcher Versuch regelmäßig fehlgeschlagen ist. Man kann aber auch nicht einwenden, es möge dann eben ohne Künd. und ohne Einhaltung der Fristen gestreikt werden, aber dann müßten auch die entsprechenden rechtl. Konsequenzen in Kauf genommen werden. Denn damit legt man *generell und regelmäßig* dem kollektiv legitimen Streik den Makel der Vertragswidrigkeit und Rechtswidrigkeit mit den entsprechenden Rechtsfolgen auf. Man soll aber den legitimen Streik nicht dadurch diffamieren, daß man ihn als vertragswidrig in der Ebene des ArbVertrages kennzeichnet und ihn damit auf eine Stufe mit dem rechtswidrigen schuldhaften Individualverhalten des ArbN durch Bummeln, unberechtigtes Krankfeiern und Blauen Montag stellt.

Die Auffassung des Großen Senats stellt auch im Einklang mit dem Prinzip der sozialen Adäquanz, dessen Geltung für das Recht der ArbKämpfe bereits betont wurde. Der Sinngehalt eines menschl. Verhaltens ergibt sich erst aus der Funktion dieses Verhaltens innerhalb des menschl. Zusammenlebens. Infolgedessen läßt sich auch der Unrechtsgehalt einer Handlung nur aus der Beziehung dieser Handlung zu der Ordnung des menschl. Zusammenlebens bestimmen. Handlungen, die sich im Rahmen dieser allgemeinen sozialen Ordnung halten (z. B. der Leistungswettbewerb, die übl. Freiheitsbeschränkungen im Rahmen des modernen Verkehrs, die lege artis durchgeführte ärztl. Heilmaßnahme, Drohungen mit einem verkehrsmäßigen Übel usw.) sind *sozialadäquat* und damit *nicht widerrechtlich*. Hierhin gehören alle Handlungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtl. gewordenen sozialethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewegen. Infolgedessen sind die vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe wie „töten“, „verletzen“, „verstoßen“, „schädigen“, „Arbeit unbefugt verlassen“, „Verpflichtungen aus dem ArbVertrag beharrl. verweigern“ nicht einfach in einem äußerl. kausalen Sinne zu verstehen. Der Sinngehalt dieser Handlungen ergibt sich vielmehr erst aus ihrer Funktion im sozialen Ganzen, auf dessen Ordnungen sie sich beziehen, indem sie diese verletzen. Zwar ist es richtig, daß das Prinzip der Sozialadäquanz in erster Linie für das Strafrecht und im Privatrecht für das Gebiet der unerlaubten Handlungen gilt. Wer sich vertragl. verpflichtet hat und gegen diese Verpflichtung verstößt, kann u. U. widerrechtl. (vertragswidrig) handeln, auch wenn sein Verhalten allgemein betrachtet noch sozialadäquat ist (vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, aaO, S. 918). Das kann aber offenbar nur dann gelten, wenn die vertragl. Verpflichtung bei einer Auslegung nach Treu und Glauben gerade dahin geht, auch allgemein sozialadäquates Verhalten zu unterlassen. Davon kann aber bei der Vereinbarung der ArbPflicht keine Rede sein (so im Ergebnis mit Recht *Hoening*, RdA 1953 S. 204; BB

1955 S. 37). Der ArbN als Mitglied seiner Gewerkschaft hat sich freiwillig dem ordnungsgemäßen Streikbeschuß unterworfen und damit erklärt, daß er in solchem Fall sogleich die Arbeit niederlegen, also sich fügen wird. Nichtorganisierte schließen sich weitgehend an. Das *weiß* auch der ArbGeb., damit *muß er rechnen*. Aus diesem Grunde ist es unrichtig, von einem Vertragsbruch zu sprechen. Bei den ArbGebVerbänden ist es genau so. Auch hier fügen sich die ArbGeb., wenn ein ArbGebVerband die Aussperrung anordnet. Und hier müssen umgekehrt die ArbN mit solchen Maßnahmen rechnen, so daß keine Vertragsverletzung vorliegt und Annahmeverzug des ArbGeb. (§ 615 BGB) nicht angenommen werden kann, vgl. unter II.

Die ältere Lehre mit ihrer generalisierenden Anwendung des § 123 Ziff. 3 GewO und den entsprechenden Vorschriften auf den Streik als Massenphänomen erscheint auch deshalb praktisch als verfehlt, weil es bis heute nicht gelungen ist, volle Klarheit über den anzulegenden Maßstab des Verschuldens im Rahmen dieser Vorschriften zu gewinnen (vgl. dazu neuerdings *Nikisch*, ArbR, 2. Aufl. 1955, S. 599 ff. mit zahlreichen Angaben). Diese Frage kann nicht generell entschieden, vielmehr muß entsprechend dem Wesen des Verschuldens jeder konkrete einzelne Fall beurteilt werden, was aber offenbar für den Fall des Streiks als Kollektivakt in keiner Weise passt und nicht praktikabel ist. Gerade das beweist aber wiederum die Unmöglichkeit einer individualrechtl. Auffassung des Streiks.

Von besonderer Bedeutung ist schließl., daß die ArbGeb. im Streikfall, wenn nichts anderes vorliegt als einfache Streikbeteiligung, gar kein berechtigtes schutzwertes Interesse haben, einzelne Streikende fristlos zu entlassen. Die Bejahung eines solchen Entlassungsrechtes für Einzelfälle führt leicht zu Mißbräuchen und zu unnötiger Verbitterung und widerspricht dem kollektiven Wesen des Streiks.

Das gegebene Abwehrmittel der ArbGeb., an dem sie beim Streik ein schutzwertes Interesse haben, ist die Lösung aller ArbVerträge der Streikenden im Wege der kollektiven Abwehrkampfmaßnahme, vgl. II.

7. Die Rechtsauffassung des Großen Senats wird schließl. auch nicht dadurch widerlegt, daß Gesetze oder gewerkschaftl. Kampfreglements noch von der Auffassung ausgehen, die Streikteilnahme ohne Künd. sei Vertragsbruch, dem mit fristloser Einzelentlassung begegnet werden könne. Die betreffenden Bestimmungen fußen, was begreifl. ist, auf der überkommenen älteren Lehre und ergeben in Wahrheit nichts für die richtige Entscheidung der hier zur Erörterung stehenden Rechtsfragen. Was insbesondere § 19 Abs. 5 des SBG betrifft, so behält er durchaus einen guten Sinn, wenn er beim Streik künftig nur auf die fristlose Lösung der ArbVerträge im Wege der Abwehrkampfmaßnahme bezogen wird, zumal da die dort erwähnte fristlose Lösung aus Anlaß einer Aussperrung offenbar auch kollektivrechtl. zu verstehen ist.

Der von einer Gewerkschaft beschlossene, von den ArbN ohne fristgemäße Künd. durchgeführte legitime Streik um die ArbBedingungen berechtigt somit den bestreikten ArbGeb. *nicht* zur fristlosen Einzelentlassung des einzelnen ArbN oder mehrerer einzelner ArbN wegen Vertragsverletzung. Die §§ 123 Ziff. 3, 124a GewO, 70, 72 Abs. 1 Ziff. 2 HGB, 16 Vorl. LAO, 82 Abs. 1 Ziff. 3, 83 a PreußBergG, 25 BiSchG, 626 BGB sind *nicht* anzuwenden.

II

Es wäre jedoch ein Irrtum der oben I I b erwähnten Lehre, wenn sie meinen sollte, daß beim Streik mit der Ablehnung des Rechts zur fristlosen Einzelentlassung wegen schuldhafter Vertragsverletzung nach § 123 Ziff. 3 GewO usw. den bestreikten ArbGeb. auch das Recht der fristlosen Lösung der ArbVerh. der Streikenden im Wege der Abwehrkampfmaßnahme versagt sei.

1. Das deutsche ArbR erkennt, wie bereits dargetan, die sozialadäquaten ArbKämpfe als ein legitimes Mittel zur Erreichung kollektivrechtl. Vereinbarungen an.

Der Staat verhält sich den ArbKämpfen der Sozialpartner gegenüber neutral (vgl. die §§ 23 KSchG, 63, 94 AVAVG).

Die Anerkennung des ArbKampfes, das Prinzip der Neutralität und der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG verbieten es dem Staat, d. h. seiner Gesetzgebung, seiner Verwaltung und Rechtsprechung, die Kampfmittel der beiden Sozialpartner ungleichmäßig zu behandeln. Es gilt der Grundsatz der Waffengleichheit, der Kampfparität.

Im Rahmen der sozialen Adäquanz gilt aber auch der Grundsatz der *Kampffreiheit*, genauer der Freiheit der Wahl der Kampfmittel. Das ergibt sich aus den Grundsätzen des freiheitl. sozialen Rechtsstaates (Art. 18, 20, 21, 28 GG), insbes. aus der allgemeinen Entfaltungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und aus dem Gesamtzusammenhang unserer wirtschafts- und sozialverfassungsrechtl. Grundprinzipien. Zu diesen Grundsätzen gehört das freie Spiel der wirtschaftl. Kräfte, das die gegensätzl. Interessen der am Wirtschafts- und Sozialleben Beteiligten ausbalanciert. Im Verhältnis von ArbN und ArbGeb. bedeutet das, daß im äußersten Fall jede Gruppe der andern ihre Leistung entziehen kann, um sie zu einem entsprechenden Verhalten zu zwingen und den sozialen und wirtschaftl. Ausgleich auf dem Gebiete der ArbBedingungen herbeizuführen. Dabei darf jede Gruppe in den Grenzen des legitimen Kampfes das ihr gemäße, historisch überkommene, der Natur der Sache entsprechende Kampfmittel wählen (vgl. schon RAG, ArbRSamml. Bd. 7 S.494).

Dem Streik der Gewerkschaften entspricht die Aussperrung, gleichgültig, ob sie von einem ArbGebVerband beschlossen und von den einzelnen ArbGeb. durchgeführt wird oder ob ein oder mehrere ArbGeb. sie vornehmen.

2. Das rechtl. Wesen der Aussperrung ist von der individualrechtl. Auffassung ebenso verkannt worden wie das des Streiks. Auch die Aussperrung ist Kollektivakt, nicht in erster Linie, weil eine Gruppe handelt, denn auch der einzelne ArbGeb. kann aussperrern, sondern weil die andere Gruppe als solche getroffen werden soll. Durch vielfache Entziehung der ArbGelegenheit für die Vielzahl der betroffenen ArbN soll, wie *Bulla* (aaO, S. 182) zutreffend ausführt, „der kämpfenden Gruppe auf ArbNSeite begegnet werden, indem mit der benachteiligenden Wirkung für den einzelnen

dessen kollektiver Wille und damit der der Gruppe zu kämpferischem Widerstand gebrochen werden soll". Da die Aussperrung ebenso wie der Streik als einheitl. Größe nur kollektivrechtl. zu erfassen ist, so ist für die rechtl. Bewertung allein entscheidend, ob der kollektive Gesamttakt nach den zu I dargelegten Grundsätzen der ArbRechts-ordnung rechtmäßig ist oder nicht. Ist er als solcher legitim, stehen ihm also weder vertragl. noch allgemeine *kollektive* Verhaltenspflichten entgegen, dann können die den ArbKampf darstellenden Maßnahmen nicht auf der individual-rechtl. Ebene des ArbVertrages beanstandet werden. Das bedeutet, daß die kollektivrechtl. legitime Aussperrung keiner Künd. der ArbVerträge bedarf, und zwar weder einer befristeten, wie die h. L. bisher annahm, noch einer fristlosen, so daß für sie auch die Regeln über die fristlose Entlassung, insbes. § 123 Ziff. 3 GewO und die entsprechenden Vorschriften nicht gelten. Auch bestehen bei sofortiger Ausschließung der ArbN von der Arbeit zur Erreichung eines legitimen Kampfzieles keine Vergütungsansprüche aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs (zutreffend *Bulla*, aaO, S. 187, 189). So wie beim Streik die Verpflichtung zur ArbLeistung die ArbN nicht an der sofortigen ArbNiederlegung hindert, so stehen auch bei der Aussperrung weder die Regeln über die ordentl. Künd. und die KündFristen, noch die Bestimmungen über die fristlose Entlassung, noch § 615 BGB der sofortigen Ausschließung von der Arbeit entgegen. Diese rechtl. Beurteilung allein wird auch dem Prinzip der Kampfparität gerecht.

3. Allerdings wird das Wesen der Aussperrung und des Kampfmittels der ArbGebSeite überhaupt nicht richtig gesehen, wenn man sie nur als Suspendierung der Hauptpflicht der ArbGeb., d. h. der Lohnzahlungspflicht bis zum Kampfende, nicht aber als Lösung der ArbVerh. anerkennt (so zu Unrecht *Bulla*, aaO, S. 189ff.). Dabei wird übersehen, daß das Kampfmittel der Aussperrung in Deutschland von jeher *Lösung* der ArbVerh. gewesen ist und sich historisch so entwickelt hat, wenn auch entsprechend der bisherigen individualrechtl. Meinung in der Form der Künd. (vgl. *Kaskel-Dersch*, ArbR, 4. Aufl., 1932, S. 426; *Hueck-Nipperdey*, Lehrb., 3./5. Aufl. 1932, Bd. 2 S. 653ff.). Aber auch wenn man die Lösung der ArbVerh. für die Aussperrung nicht als begriffswesentl. ansieht und den ArbGeb. das Recht einräumt, stattdessen die ArbN kampfwise von der Arbeit auszuschließen, d. h. nur die Lohnzahlungspflicht zu suspendieren, so fehlt doch jeder rechtl. Anhaltspunkt, die ArbGeb. zwangsweise auf diese letztere Kampfform zu beschränken. Ein derartiger Zwang würde mit dem Grundsatz der Freiheit der Kampfmittel unvereinbar sein.

Er würde darüber hinaus aber, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, dem Prinzip der Kampfparität widersprechen und das Risiko des ArbKampfes einseitig zugunsten der ArbNSeite erleichtern.

Schon bei der (praktisch seltenen) legitimen Aggressivaussperrung und bei der Defensivaussperrung, wie auch bei der Sympathieaussperrung der ArbWilligen ist es ein erhebl. Unterschied, ob die Aussperrung als Suspendierung der Lohnzahlungspflicht bis zum Kampfende bei Bestehenbleiben der ArbVerh. oder als Lösung erfolgt.

Handelt es sich jedoch, wie hier, darum, daß die ArbGeb. bei Streik gegenüber den *Streikenden selbst* Maßnahmen ergreifen wollen, so ist eine solche Abwehraussperrung als Suspendierung überhaupt sinnlos, denn die Suspendierung ist ja bereits durch den Streik erfolgt, mit der Wirkung, daß auch eine Lohnzahlungspflicht nicht besteht. Die ArbGebSeite hätte also überhaupt kein Kampfmittel zur Verfügung. Von Kampfparität könnte keine Rede sein.

Der Große Senat steht nicht an, die hier zur Erörterung stehende Abwehrkampfmaßnahme als Aussperrung zu bezeichnen, wenn er sich auch bewußt ist, daß vielfach diese Bezeichnung auf den Ausschluß ArbWilliger von der Arbeit (Lösung ihrer ArbVerh.) beschränkt worden ist. Denn dem Wesen der Sache nach handelt es sich auch hier um eine Aussperrung. Die ArbGeb. wollen mit der kollektiven Lösung der ArbVerh. der Streikenden kampfwise ein dem gewerkschaftl. Kampfziel konträres kollektives Kampfziel erreichen und den Kampfwillen der ArbNGruppe brechen.

Auch die Abwehraussperrung der Streikenden kann somit Lösung der ArbVerh. sein. Denn es muß den ArbGeb. freistehen, das Kampfmittel zu wählen, das in der konkreten Situation notwendig und wirksam ist (*RAG*, ArbRSamml. Bd. 7 S. 494). Sie müssen in der Lage sein, den ArbN das volle *Risiko* des ArbKampfes dadurch vor Augen zu führen und aufzuerlegen, daß sie die ArbVerh. kampfwise lösen, ohne von vornherein eine rechtl. Verpflichtung zu übernehmen, sie nach Beendigung des Kampfes unter allen Umständen wiederherzustellen.

Die sachgerechte Verteilung des Risikos des ArbKampfes in der Hand der Sozialpartner ist ebenfalls ein Gebot der Kampfparität, gleichzeitig aber eine staatspolitische Notwendigkeit, die es gebietet, ArbKämpfe im Interesse des Gemeinwohls nicht zu erleichtern. Das Risiko der ArbN, beim Streik ihre ArbStellen zu verlieren, darf ihnen nicht abgenommen werden. Streik ist Kampf, vgl. dazu treffend *Dietrich Schindler*, Betrachtungen über Streitigkeiten und Streiterledigung im Völkerrecht und im Arbeitsrecht in Festgabe f. *Fleiner*, 1927, S. 114. Wer sich zum Kampf entschließt, muß auch das Risiko des Kampfes tragen. Sicherl. besteht das Risiko bei jedem Streik zunächst immer darin, daß die ArbN das Risiko des Lohnausfalles, die ArbGeb. das Risiko des Produktionsausfalles tragen. Darüber hinaus trägt der ArbGeb. aber namentl. bei länger dauerndem Streik das Risiko steigender großer Verluste und Schäden bis zum wirtschaftl. Zusammenbruch. Könnten die ArbGeb. nicht im Wege des Abwehrkampfes die ArbVerh. sofort lösen, wären die ArbN auch für den Fall ihrer Niederlage sicher, daß die ArbVerh. weiterbestehen, so trügen sie kein entsprechendes Risiko, eben nicht das Risiko des Verlustes der ArbStellen (vgl. dazu zutreffend auch *Ballerstedt*, SAE 1954 S. 83). Zu beachten ist schließlich, daß die ArbGeb. bei dieser kampfwisen Lösung der ArbVerh. ihrerseits das Risiko übernehmen, ihre Belegschaft mindestens teilweise zu verlieren.

Die aus dem amerikanischen ArbR, von *Hoening* (BB 1955 S. 37 ff.) und anderen übernommene These, daß die Lösung der ArbVerh. der Streikenden erst dann mögl. sei oder von selbst eintrete, wenn die betr. ArbStellen mit anderen ArbN besetzt oder fortgefallen seien, entbehrt im deutschen Recht einer rechtl. Grundlage.

Gegen die Lösung der ArbVerh. spricht auch nicht der von *Hoeniger* (BB 1955 S. 37 ff.) in den Vordergrund gerückte Gesichtspunkt der beiderseits gewollten „Erhaltungsarbeiten“ während des Streiks. Das Problem der Erhaltungsarbeiten hat mit der kampfwisen Lösung der ArbVerh. nichts zu tun. Denn *diese* ArbN (Angestellte, Meister, mit Notstandsarbeiten Beauftragte) werden eben gerade nicht ausgesperrt. Man kann nicht daraus, daß diese ArbN meist im Einverständnis mit der streikenden Gewerkschaft in den Betrieben bleiben, den Schluß ziehen, daß der ArbGeb. die anderen Streikenden nicht aussperren dürfe. Sonst würde den ArbGeb. zu Unrecht ihr Kampfmittel gegen den Streik genommen. Meist ist es sogar so, daß die ArbN, die Erhaltungsarbeiten ausführen, von vornherein gar nicht am Streik teilnehmen. Ihre Zahl ist auch in Großbetrieben verhältnismäßig klein. Die Maßnahmen liegen im Interesse sowohl des Unternehmers wie der ArbN, denen das Substrat ihrer ArbStelle für den Fall der Wiedereinstellung erhalten werden soll. Die „Suspendierungstheorie“ bei der Aussperrung (*Bulla*, aaO, S. 190 ff.; LAG Bayern, AmtsBl. Bayer. ArbM 1954 S. C 153) will die ArbVerh. gegen den Willen und die Interessenlage der ArbGeb. zwangsweise aufrechterhalten. Sie verdrängt sehr zu Unrecht die tarifl. elastischen Wiedereinstellungsklauseln, die ihren guten Sinn haben und unter der Sicherung der tarifl. Durchführungspflicht stehen. Sie schafft unklare Rechtsverhältnisse für die Zeit nach der Kampfbeendigung, für die es an einigermaßen eindeutigen Rechtsregeln fehlen würde (vgl. die Fälle *bei Bulla*, aaO, S. 191/192). Sie berücksichtigt weder die inzwischen erfolgte Einstellung anderer ArbKräfte, noch Umstellungen und Rationalisierungen der Betriebe, noch das Abwandern streikender ArbN in andere ArbVerh. Auch die Fragen der sog. sukzessiven Wiederbeschäftigung der ArbN nach Beendigung des ArbKampfes lassen sich mit der Suspendierungstheorie praktisch nicht befriedigend lösen. Gerade auf dem im Mittelpunkt gegensätzl. Interessen stehenden Gebiete des ArbKampfrechts ist es aber Aufgabe der Rechtsordnung und der Gerichte, nach Möglichkeit eine feste, klare Rechtslage und die Freiheit der Kampfmittel sicherzustellen. Auch aus diesen Gründen ist die legitime Aussperrung, wenn nicht ein anderer Wille der aussperrenden ArbGeb. anzunehmen ist, als vertragsbeendende Lösung der ArbVerh. anzusehen, mag auch die spätere Erneuerung (Fortsetzung) ins Auge gefasst sein, s. unter III (vgl. RAG, ArbRSamml. Bd. 4 S. 101, 127; Bd. 11 S. 358). Die Annahme, die Aussperrung müsse deshalb Suspendierung sein, weil der Streik auch nur suspendiere, verkennt die Interessenlage, wie sie insbes. bei der Abwehraussperrung besteht, und das Prinzip der Freiheit der Kampfmittel. Der Große Senat kommt somit zu dem Ergebnis, daß die bestreikten ArbGeb. im Wege der kollektiven Abwehrkampfmaßnahme (Abwehraussperrung) die ArbVerh. der streikenden ArbN insgesamt fristlos lösen können. Das gilt, wie sich bereits aus der vorstehenden Begründung ergibt, nur für legitime Kampfmaßnahmen zur Erreichung kollektiver Kampfziele. Beabsichtigen die ArbGeb. z. B. übertarifl. Löhne abzubauen oder die Löhne auf die Tarifsätze zu senken oder Kurzarbeit einzuführen, so handelt es sich nicht um ein kollektives Ziel auf der Ebene des TV. Hier verbleibt es bei dem Erfordernis der ÄndKünd. und dem KündSchutz. Die Maßnahmen vollziehen sich auf der Ebene der ArbVerträge. Nicht hierhin würde weiter der Fall gehören, daß die ArbN zur Wiederherstellung des Rechts in einen ArbKampf treten; sie streiken z. B. gegen eine untertarifl. Bezahlung durch die ArbGeb. Hier haben die ArbGeb. nicht das Recht zu einer Lösung der ArbVerh. im Wege der Aussperrung. Denn diese Aussperrung wäre kollektivrechtl. unrechtmäßig.

III.

1. Daß eine allgemeine Wiedereinstellungspflicht der ArbGeb. nach Kampfbeendigung beim Fehlen einer entsprechenden Wiedereinstellungsklausel nicht besteht, ist nach den Ausführungen zu II die selbstverständl. Folgerung aus der Grundauffassung des Großen Senats. Das ergibt sich aus der Ablehnung der „Suspendierungstheorie“, aus den Prinzipien der Kampfparität und des Kampftrisikos, sowie dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), hier der Abschlußfreiheit. Eine gesetzl. Grundlage für eine entsprechende Verpflichtung fehlt. Eine Verallgemeinerung der Vorschrift des § 19 Abs. 5 SBG verbietet sich angesichts des besonderen Schutz- und Ausnahmecharakters dieser Norm. Auch von einem Gewohnheitsrecht kann schon im Hinblick auf die h. M., die die Wiedereinstellungspflicht ablehnt, keine Rede sein. Zwar wird häufig nach Beendigung eines Streiks die Wiedereinstellung tarifl. vereinbart oder durch Schiedsspruch vorgesehen. Das geschieht jedoch keineswegs als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgeltungswillens, wie er für die Entstehung von Gewohnheitsrecht erforderl. wäre. Die ausdrückl. tarifl. Wiedereinstellungsklauseln sprechen vielmehr für das Gegenteil.

2. Die dem Großen Senat vorgelegte Rechtsfrage geht denn auch nur dahin, ob der ArbGeb. beim Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung verpflichtet ist, die von ihm vorgenommene Wiedereinstellung der ArbN *gleichmäßig* auf alle Streikteilnehmer auszudehnen, sofern ihm für die Ablehnung der Wiedereinstellung nicht andere Gründe als die der vorausgegangenen Streikbeteiligung zur Seite stehen.

Auch diese Frage ist jedoch zu verneinen.

Zwar ist es richtig, daß der Grundsatz der Gleichbehandlung in der Rechtsordnung und insbes. auch im ArbR eine wichtige Rolle spielt, wenn auch seine rechtl. Begründung und seine Tragweite im einzelnen noch nicht hinreichend geklärt sind.

Vgl. dazu *Böttcher*, Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953 S. 161; *Galperin*, RdA 1953 S. 169; *Nikisch*, BB 1952 S. 723, RdA 1953 S. 85, BB 1954 S. 809 und Lehrb. d. ArbR, 2. Aufl. 1955, S. 425 ff., 434; *Frey*, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, 1954; *Molitor*, ArbRBlattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis I und Anm. zu Entsch. 2; *Franke*, Gleichbehandlung nach Streikbeendigung, BAB1. 1952 S. 489, 1953 S. 454; *Honecker*,

ArbGeb. 1954 S. 926; *Kunkel*, ArbRBlattei, Gleichbehandlung, Entsch. 4; *ders.*, BAB1. 1953 S. 70; *Stoll*, ebd. S. 71; *Endemann*, ArbuR 1955 S. 10; *Reuter*, ArbuR 1954 S. 289, alle mit Angaben über die Rechtspr. der LAG; neuerdings weiter *Hueck*, RdA 1954 S. 397.

Der Große Senat sieht keine Veranlassung, zu dieser Frage allgemein Stellung zu nehmen oder sich einer bestimmten Begründung des Gleichbehandlungsgrundsatzes anzuschließen. Entscheidend ist, daß dieses Rechtsprinzip - von dem hier ausscheidenden Fall der Gleichbehandlung als Monopolverpflichtung abgesehen - das Vorhandensein eines rechtl. Bandes, eines *iuris vinculum* und darüber hinaus grundsätzl. eines mehrere umfassenden Gemeinschaftsverhältnisses erfordert.

Der Versuch, die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung bei Wiedereinstellung nach Streik damit zu rechtfertigen, daß die streikenden ArbN auch nach der Lösung noch ein geschlossenes durch das Verhältnis zum bestreikten Betrieb zusammengehaltenes Kollektiv bilden, scheitert daran, daß die ArbGeb. die ArbVerh. bewußt kampfwise gelöst haben. Es kommt hinzu, daß auch die Gruppe der ArbN in keiner Weise verpflichtet ist, zusammenzubleiben und sich dem ArbGeb. wieder zur Verfügung zu stellen. Abzulehnen sind auch die Konstruktionen einer weiter bestehenden Fürsorgepflicht des ArbGeb. und der angebl. noch fehlenden „Ausgliederung“ aus dem Betrieb. Rechtl. besteht kein Band mehr, mag auch seine spätere Wiederherstellung, ja Fortsetzung ins Auge gefaßt sein.

Vor allem aber würde eine andere Rechtsauffassung wiederum den Grundregeln des ArbKampfrechts widersprechen. Kampfparität und Kampfisiko würden zugunsten der ArbN. und zuungunsten der ArbGeb. verschoben. Das erweist gerade auch die Praxis des ArbLebens. Der Regelfall nach Beendigung eines ArbKampfes ist die Vereinbarung einer konkreten Wiedereinstellungsklausel und ein Maßregelungsverbot durch TV, dem ein angenommener Schiedsspruch gleichsteht. Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird das meist einen besonderen Grund haben. In dem vor dem Ersten Senat schwebenden Rechtsstreit erklärt es sich aus dem Zusammenbruch des Streiks. Die Gegenansicht würde also gerade für den Fall der Erfolglosigkeit des Streiks den Streikenden das Kampfisiko ebenso abnehmen wie die hier abgelehnte Suspendierungstheorie.

3. Ist somit eine allgemeine Wiedereinstellungspflicht wie auch eine solche unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsprinzips abzulehnen, so steht die Wiedereinstellung der Streikenden, deren ArbVerh. durch Abwehraussperrung fristlos gelöst sind, nach Kampffende im unternehmerischen Ermessen des ArbGeb.

Dabei kann sich jedoch aus einem bisher in der Erörterung meist übersehenen rechtl. Gesichtspunkt unter Umständen eine Wiedereinstellungspflicht ergeben.

Auszugehen ist von dem bereits entwickelten Begriff der Aussperrung. Aussperrung ist die planmäßige Ausschließung der ArbN von der Arbeit, regelmäßig durch Gesamtlösung der ArbVerh. zur Erreichung eines Kampfzieles mit der Absicht der Wiedereinstellung nach Erreichung des Zieles oder nach Beendigung des Kampfes (vgl. *Hueck-Nipperdey*, Lehrb. Bd. 2 S. 653/654). Diese Absicht braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden; sie versteht sich bei der Aussperrung von selbst. Rechtl. handelt es sich um die kollektive Mitteilung oder Aufforderung an die ausgesperrte Belegschaft, wenn sie sich gebeugt hat oder wenn es zu einem Kompromiß gekommen oder der ArbKampf sonst beendet ist, den ArbGeb. Offerten (Anträge) zur Erneuerung der ArbVerträge zu machen. Diese Aufforderungen zu Offerten sind rechtl. scharf von den Offerten selbst zu scheiden (vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, Allg. Teil, 14. Aufl. 1955, § 161 I 2). Die Aussperrung ist zugleich die Einräumung einer kollektiven Chance für alle ArbN: „Macht uns nach Beendigung des Kampfes ein Vertragsangebot auf Erneuerung (Fortsetzung) der ArbVerträge. Wir sind dann grundsätzlich geneigt, das Angebot anzunehmen. Eine Verpflichtung dazu übernehmen wir jedoch nicht. Die Annahme des Angebots soll in unserem unternehmerischen Ermessen liegen.“ Bindende Offerten der ArbGeb. oder Verpflichtungen zur Annahme in dem Umfang, wie *Nikisch* (ArbR, 2. Aufl. 1955, S. 435 Anm. 35) anzunehmen scheint, bestehen nicht; zutreffend *Nikisch* (ArbR, 1. Aufl., S. 273). Vielleicht können die ArbGeb. nicht alle Arbeitskräfte wieder gebrauchen. Auch in diesem Stadium können die ArbGeb. die Arbeitsplätze noch anderweit besetzen. Die ArbN ihrerseits können das Angebot unterlassen und in andere Betriebe abwandern. Jeder ArbN kann aber als Glied der Gruppe, der gegenüber bei der Aussperrung die Aufforderung ausgesprochen ist, seine Arbeit wieder anbieten.

Auch die Aufforderungen sind nach Treu und Glauben auszulegen (vgl. *Enneccerus-Nipperdey*, aaO, S. 681; RGZ 102, 229; RG, JW 1921 S. 393 Nr. 2). So sind die durch Angebot der Arbeit erfolgten Offerten der ArbN als angenommen zu betrachten, wenn sie nicht unverzügl. von den ArbGeb. abgelehnt werden. Die Aufforderungen sind weiter dahin auszulegen, daß die ArbGeb. der Gruppe der ausgesperrten ArbN *zusagen*, ihr unternehmerisches Ermessen hinsichtl. der Annahme oder Nichtannahme nicht *offensichtl. miß-bräuchlich* auszuüben. Die ArbGeb. dürfen die Chancen der ArbN, wieder in die Betriebe zu kommen, nicht offensichtl. mißbräuchl. vernichten.

Dem Ermessen der ArbGeb. ist ein den Grundsätzen unserer freiheitl. Rechts- und Wirtschaftsordnung gemäßer Spielraum einzuräumen, der insoweit nicht der richterl. Nachprüfung unterliegt.

So liegt kein Mißbrauch vor, wenn die ArbGeb. andere ArbN einstellen (vgl. aber §§ 61 ff. BetrVG), Rationalisierungsmaßnahmen treffen, Abteilungen aufgeben, mit weniger Arbeitskräften auskommen wollen usw., und ein ArbGeb. daher z. B. von 50 ausgesperrten Streikenden 40 auswählt und einstellt und 10 nicht. Es ist auch kein Ermessensmißbrauch, wenn die ArbGeb. bei der Wiedereinstellung nicht die Auswahlmaßstäbe des § 1 Abs. 3 KSchG zugrunde legen, da diese nur für die Künd. gelten.

Bei der Prüfung, ob ein Ermessensmißbrauch vorliegt, müssen die entscheidenden Rechtsgedanken des deutschen ArbR berücksichtigt werden; sie dürfen nicht verletzt werden. Daher ist hier der Rechtsgedanke des § 51 BetrVG anzuwenden,

nach dem die unterschiedl. Behandlung von ArbN wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftl. Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechtes zu unterbleiben hat.

Der Mißbrauch muß offensichtl. sein. Die Maßnahme des ArbGeb., mit der er die Wiedereinstellung ablehnt, muß gewissermaßen den Stempel der Unsachlichkeit und Willkürlichkeit auf der Stirn tragen. Die Behauptungs- und Beweislast, daß offensichtl. Mißbrauch vorliegt, trifft regelmäßig den ArbN, der Wiedereinstellung begehrt.

Liegt bei der Ablehnung offensichtl. Mißbrauch des Ermessens vor, so ist der Wiedereinstellungsanspruch gegeben.