

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 93

# Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht

Von

**Harald Kreuz**



Duncker & Humblot · Berlin

**HARALD KREUZ**

**Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit  
im Arbeitskampfrecht**

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

**Band 93**

# **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht**

**Von**  
**Dr. Harald Kreuz**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Kreuz, Harald:**

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht /  
von Harald Kreuz. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1988

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht; Bd. 93)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1987

ISBN 3-428-06478-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06478-X

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1987 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Ihre Entstehung hat der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband der Deutschen Wissenschaft in dankenswerter Weise durch ein Stipendium gefördert.

Die Anregung zu dieser Untersuchung erhielt ich von meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Rolf Wank. Ihm möchte ich hierfür, vor allem aber für seinen Rat und die stets hilfreichen Gespräche sowie für weitere vielfältige und großzügige Förderung besonders danken. Daneben gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Klaus Schreiber für die zügige Zweitberichterstattung.

Zum Dank verpflichtet bin ich schließlich Herrn Dr. Dirk Wüllenkemper und Herrn Referendar Peter Gentges für ihre wertvollen Anregungen, die die endgültige Fassung der Arbeit mitgeprägt haben.

Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Dezember 1987 berücksichtigt.

Essen, im Januar 1988

*Harald Kreuz*



## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Einleitung</b>	17
1. Teil	
<b>Das Arbeitskampfrecht</b>	21
A. Begriff und Arten des Arbeitskampfes .....	21
I. Zum Begriff des Arbeitskampfes .....	21
II. Die Arten des Arbeitskampfes .....	22
1. Der Streik .....	22
2. Die Aussperrung .....	23
B. Arbeitskampf und Tarifautonomie .....	23
I. Die Funktionen des Arbeitskampfes mit Blick auf die Tarifautonomie ..	23
II. Die Parität und ihre Bedeutung für Tarifautonomie und Arbeitskampf ..	25
C. Arbeitskampf und Grundgesetz .....	26
I. Die Garantie der Arbeitskampffreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG .....	26
II. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung von Streik und Aussperrung ..	28
1. Streik .....	28
2. Aussperrung .....	28
2. Teil	
<b>Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit</b>	32
A. Geschichtliche Entwicklung, Funktion und Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes .....	32
I. Geschichtliche Entwicklung .....	32
II. Funktion .....	34
1. Staat – Bürger – Verhältnis .....	34
2. Verhältnis Privater untereinander .....	35
III. Standort .....	35

B. Die Teilgrundsätze des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes . . . . .	36
I. Grundsatz der Geeignetheit . . . . .	36
II. Grundsatz der Erforderlichkeit . . . . .	37
III. Grundsatz der Proportionalität . . . . .	39
IV. Gegenüberstellung und Vergleich der Teilgrundsätze . . . . .	42

### 3. Teil

#### **Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Rechtmäßigkeitsmaßstab für Arbeitskampfmaßnahmen**

A. Die Abgrenzung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Rechtmäßigkeitskriterium für staatliches Handeln . . . . .	44
B. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seine Entwicklung im Arbeitskampfrecht bis heute . . . . .	46
I. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung bis 1971	46
II. Der Beschuß des Großen Senats des BAG v. 21. 4. 1971 und die Reaktionen . . . . .	47
1. Der Beschuß . . . . .	47
2. Die Reaktionen . . . . .	48
a) Stimmen der Gewerkschaften . . . . .	48
b) Schrifttum . . . . .	50
III. Die weitere Diskussion in Rechtsprechung und Literatur bis heute . . . . .	52
C. Die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als Rechtmäßigkeitskriterium im Arbeitskampfrecht . . . . .	54
I. Vorbemerkung . . . . .	54
II. Die Geltungsproblematik als Frage der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung . . . . .	55
III. Die Statuierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Akt zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung . . . . .	58
1. Der Prüfungsmaßstab . . . . .	58
a) Die Diskussion um die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung . . . . .	58
b) Die Entscheidung für einen umfassenden Prüfungsmaßstab . . . . .	59
2. Die Prüfung der Zulässigkeit unter Zugrundelegung des umfassenden Prüfungsmaßstabes . . . . .	60
a) Die Rechtsfortbildungskompetenz des BAG . . . . .	60
aa) Das Gewaltenteilungsprinzip . . . . .	62

(1) Das Gewaltenteilungsprinzip in seiner Funktion als Prinzip der sachgemäßen Aufgabenverteilung . . . . .	62
(2) Folgerungen . . . . .	63
(3) Die spezifische Situation des Arbeitskampfrechts und ihre Auswirkung auf das Prinzip der sachgemäßen Aufgabenverteilung . . . . .	63
bb) Rechtsstaats- und Demokratieprinzip . . . . .	68
(1) Die Pflicht des Gesetzgebers zur Entscheidung wesentlicher Fragen in grundlegenden normativen Bereichen . . . . .	68
(2) Die korrespondierende Unterlassungspflicht der Rechtsprechung . . . . .	69
(3) Das Arbeitskampfrecht als grundlegender normativer Bereich . . . . .	70
(4) Die spezifische Situation des Arbeitskampfrechts und ihre Auswirkung . . . . .	71
b) Die inhaltliche Sachrichtigkeit der Rechtsfortbildung . . . . .	73
aa) Die bindenden Vorgaben der Rechtsordnung bei richterlicher Rechtsfortbildung im Arbeitskampfrecht . . . . .	73
bb) Die bisher geäußerte Kritik . . . . .	74
(1) Die Unbeschränkbarkeit von Streik und Aussperrung . . . . .	74
(a) Inhalt der Kritik . . . . .	74
(b) Stellungnahme . . . . .	75
(2) Der Widerspruch zum Paritätsgrundsatz . . . . .	76
(a) Inhalt der Kritik . . . . .	77
(b) Stellungnahme . . . . .	77
(3) Arbeitskampf als Geschäftsverweigerung auf dem Gütermarkt . . . . .	78
(a) Inhalt der Kritik . . . . .	78
(b) Stellungnahme . . . . .	79
(4) Subordinationsverhältnis als Anwendungsvoraussetzung für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz . . . . .	80
(a) Inhalt der Kritik . . . . .	80
(b) Antikritik von Mayer-Maly . . . . .	81
(c) Stellungnahme . . . . .	81
(5) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke von Grundrechten . . . . .	85
(a) Inhalt der Kritik . . . . .	85
(b) Antikritik aus den Reihen des Schrifttums . . . . .	86
(c) Stellungnahme . . . . .	88
c) Ergebnis . . . . .	91

D. Handhabung und Praktikabilität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes . . . . .	92
I. Die verschiedenen Anwendungsebenen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitskampfrecht . . . . .	93
1. Problemaufriß . . . . .	93
2. Folgerungen . . . . .	96
II. Der „Zweck“ bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Arbeitskampfmaßnahmen . . . . .	97
1. Die Bedeutung des Zwecks für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im allgemeinen . . . . .	98
2. Die Problematik im Arbeitskampfrecht . . . . .	98
3. Das Meinungsspektrum . . . . .	101
a) Die Rechtsprechung . . . . .	101
aa) Bundesarbeitsgericht . . . . .	101
bb) Instanzgerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit . . . . .	104
b) Literatur . . . . .	105
aa) Die Schwierigkeiten bei der Sichtung des Schrifttums . . . . .	105
bb) Die Ansicht von Löwisch . . . . .	107
(1) Darstellung . . . . .	107
(2) Kritik . . . . .	108
cc) Die Ansicht von Seiter . . . . .	110
(1) Darstellung . . . . .	110
(2) Kritik . . . . .	111
c) Der eigene Ansatz . . . . .	115
4. Folgerungen . . . . .	118
III. Die einzelnen Teilgrundsätze . . . . .	119
1. Der Grundsatz der Geeignetheit . . . . .	119
a) Die Bedeutung des Geeignethetsgrundsatzes in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	120
b) Die Fragestellung beim Geeignethetsgrundsatz . . . . .	120
c) Die Geeignethetsproblematik erörtert anhand von Fallgruppen .	120
aa) Der erfolgreiche Arbeitskampf . . . . .	120
bb) Der teilweise erfolgreiche Arbeitskampf . . . . .	121
cc) Der nicht erfolgreiche Arbeitskampf . . . . .	121
dd) Zweifel am Erfolg des Arbeitskampfes . . . . .	128
d) Zusammenfassende Bewertung . . . . .	129
2. Der Grundsatz der Erforderlichkeit . . . . .	130
a) Die Bedeutung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	130
b) Die Fragestellung beim Erforderlichkeitsgrundsatz . . . . .	131

c) Die gleiche Eignung des Alternativkampfmittels . . . . .	131
d) Die Schwierigkeiten bei der Handhabung des Erforderlichkeitsgrundsatzes und ihre Bewältigung . . . . .	133
aa) Die Schwierigkeiten . . . . .	133
(1) Die Schwierigkeiten für das Gericht . . . . .	133
(2) Die Schwierigkeiten für die Kampfpartei . . . . .	134
bb) Die Bewältigung der Schwierigkeiten . . . . .	136
e) Zusammenfassende Bewertung . . . . .	139
3. Das ultima-ratio-Prinzip . . . . .	139
a) Das ultima-ratio-Prinzip als formelle Erforderlichkeit . . . . .	140
b) Die Rechtsprechung des BAG zum ultima-ratio-Prinzip seit dem Beschuß vom 21. 4. 1971 . . . . .	141
c) Kritik . . . . .	143
d) Die Pflicht zur Urabstimmung als Folge des ultima-ratio-Prinzips	144
e) Die Justitiabilität des ultima-ratio-Prinzips . . . . .	145
4. Der Grundsatz der Proportionalität . . . . .	146
a) Die Bedeutung des Proportionalitätsgrundsatzes in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	146
b) Die Fragestellung beim Proportionalitätsgrundsatz . . . . .	147
c) Die Schwierigkeiten bei der Handhabung des Proportionalitätsgrundsatzes . . . . .	148
aa) Die Rechtsunsicherheit . . . . .	148
(1) Problemstellung . . . . .	148
(2) Lösungsvorschlag . . . . .	150
bb) Das Spannungsverhältnis von Proportionalität und Tarifautonomie . . . . .	152
(1) Problemstellung . . . . .	152
(2) Lösungsvorschlag . . . . .	157
d) Das Verfahren zur Feststellung der Proportionalität . . . . .	160
e) Zusammenfassende Bewertung . . . . .	164
5. Abschließende Beurteilung von Handhabung und Praktikabilität des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes . . . . .	164
<b>Zusammenfassung</b>	166
<b>Literaturverzeichnis</b>	168

## **Abkürzungsverzeichnis**

a. A.	= anderer Ansicht
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. E.	= am Ende
AFG	= Arbeitsförderungsgesetz
AfP	= Archiv für Presserecht (Zeitschrift)
allg.	= allgemein (e, er, es)
Anm.	= Anmerkung
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	= Arbeitsgericht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRGegw	= Das Arbeitsrecht der Gegenwart
ARS	= Arbeitsrechtssammlung (vormals Bernsheimer Sammlung)
Art.	= Artikel
AÜG	= Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	= Auflage
AuR	= Arbeit und Recht (Zeitschrift)
Bad.-Würt.	= Baden-Württemberg
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	= Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	= Band
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
Bl.	= Blatt
BlStSozArbR	= Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BPersVG	= Bundespersonalvertretungsgesetz
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	= Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	= derselbe

DGB	= Deutscher Gewerkschaftsbund
dies.	= dieselben
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DuR	= Demokratie und Recht (Zeitschrift)
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
ESC	= Europäische Sozialcharta
EzA	= Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	= folgende
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	= fortfolgende
FGO	= Finanzgerichtsordnung
Fußn.	= Fußnote
GewMH	= Gewerkschaftliche Monatshefte
GG	= Grundgesetz
GS	= Großer Senat
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
h. M.	= herrschende Meinung
Hrsg.	= Herausgeber
i. e. S.	= im engeren Sinne
IG	= Industriegewerkschaft
i. S. d.	= im Sinne des
i. V. m.	= in Verbindung mit
JA	= Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jura	= Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	= Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kammergericht
KJ	= Kritische Justiz (Zeitschrift)
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
LAG	= Landesarbeitsgericht
Lit.	= Literatur
m.	= mit
MuSchG	= Mutterschutzgesetz
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
Nachw.	= Nachweise
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NW	= Nordrhein-Westfalen
NZA	= Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OBG	= Ordnungsbehördengesetz

OVG	= Oberverwaltungsgericht
PolG	= Polizeigesetz
pr.	= preußisch
Prot.	= Protokoll
R	= Rückseite
RAG	= Reichsarbeitsgericht
RdA	= Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdnr.	= Randnummer
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	= Rechtsprechung
S.	= Seite
s.	= siehe
SAE	= Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SchlHA	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchwbG	= Schwerbehindertengesetz
scil.	= scilicet (nämlich)
sog.	= sogenannt (e, er, es)
Staat	= Der Staat (Zeitschrift)
StGB	= Strafgesetzbuch
st.Rspr.	= ständige Rechtsprechung
TVG	= Tarifvertragsgesetz
u. a.	= und andere, unter anderem
UPR	= Umwelt- und Planungsrecht (Zeitschrift)
v.	= vom
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	= vergleiche
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
ZBJV	= Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfA	= Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik

## **Einleitung**

„In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren ... Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig.“<sup>1</sup>

Aufgrund dieser „Breitenwirkung“ sind Arbeitskämpfe von einem gewissen Ausmaß an in der Lage, tiefgreifende soziale, wirtschaftliche und unter Umständen auch politische Auswirkungen mit sich zu bringen.<sup>2</sup> Das Arbeitskampfrecht, das die Bedingungen der Arbeitskämpfe, ihre von der Rechtsordnung geforderten Voraussetzungen und Grenzen normiert, muß angesichts dieser Wirkung von Arbeitskämpfen zwangsläufig einen zentralen Bereich der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung bilden. Trotz dieser großen Bedeutung, die dem Arbeitskampfrecht in unserer Rechtsordnung damit zufällt, liegt ein in Gesetzen kodifiziertes Gesamtsystem des Arbeitskampfrechts aber bislang nicht vor. Vielmehr sind nur einzelne kleine Teilespekte gesetzlich geregelt.<sup>3</sup>

Die Regelungsabstinenz des Gesetzgebers verlagerte die Normsetzungsprobleme auf die Rechtsprechung, insbesondere auf das Bundesarbeitsgericht. In einer Reihe von Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht das Arbeitskampfrecht Schritt für Schritt konkretisiert und ausgeformt und die für den Arbeitskampf maßgeblichen Rechtsgrundsätze entwickelt.<sup>4</sup> Das Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik ist, wie es sich uns heute darstellt, ganz überwiegend richterrechtlich geprägt.

Die Hauptaufgabe im Arbeitskampfrecht, die sich der Rechtsprechung als „Ersatzgesetzgeber“<sup>5</sup> unter Mitwirkung des rechtswissenschaftlichen Schrift-

---

<sup>1</sup> GS BAG v. 21. 4. 1971 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 309 R.

<sup>2</sup> Nach den Angaben von Kirchner, RdA 1986, S. 159 f., hat der letzte große Arbeitskampf 1984 um die Einführung der 35-Stunden-Woche mit vollem Entgeltausgleich einen Ausfall von rd. 10 Mio. Tagewerken bewirkt und beträchtliche Verluste verursacht, nämlich

- bei der Produktion im Werte von . . . . .	12 Mrd. DM
- an Entgelt von . . . . .	1,6 Mrd. DM
- an Steuern . . . . .	1,3 Mrd. DM
- und an Sozialversicherungsbeiträgen . . . . .	0,6 Mrd. DM.

<sup>3</sup> Vgl. § 116 AFG 1969/1986; § 18 Abs. 7 SchwBGB; § 13 Abs. 2 MuSchG und § 25 KSchG.

<sup>4</sup> Vgl. vor allem BAG, AP Nr. 1, 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; weiterhin AP Nr. 64, 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>5</sup> s.BAG, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 315 R.

tums stellen mußte, war und ist die Herausarbeitung von geeigneten, rechtlich zulässigen Kriterien für die Grenzziehung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Arbeitskämpfen.<sup>6</sup> Heute besteht zwar allgemeiner Konsens darüber, daß Arbeitskämpfe nicht generell unzulässig sein können; wo im einzelnen aber die Grenze zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Arbeitskämpfen liegen, ist eine Rechtsprechung und Schrifttum seit langem beschäftigende und zudem äußerst umstrittene Frage. Die Kontroverse in dieser Frage kann nicht verwundern, zieht doch die Einordnung eines Arbeitskampfes als rechtswidrig für die am Arbeitskampf Beteiligten weitreichende Folgen, insbesondere finanzieller Art, nach sich.<sup>7</sup>

Um rechtmäßige von rechtswidrigen Arbeitskämpfen abzugrenzen, arbeiteten Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht jahrzehntelang bis Ende der Weimarer Republik mit dem Maßstab der „guten Sitten“ i.S.d. § 826 BGB.<sup>8</sup> Nach dem Ende des 2. Weltkrieges trat ein Wandel ein. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen bediente man sich nunmehr überwiegend in Rechtsprechung und Literatur des Maßstabes der Sozialadäquanz, unter dem bei genauerem Hinsehen eine Handvoll disparater Einzelmerkmale vereinigt wurden. Bis zum „Spielbankbeschuß“ des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971 blieb die Sozialadäquanz der dogmatische Zentralbegriff im Arbeitskampfrecht.<sup>9</sup>

Heute existiert im Arbeitskampfrecht ein vergleichbares formal einheitliches Rechtmäßigkeitskriterium wie die Sozialadäquanz nicht mehr. Vielmehr werden in Judikatur und Schrifttum eine ganze Reihe auch formal eigenständiger Rechtmäßigkeitsmerkmale genannt, die Arbeitskämpfe einzuhalten haben.<sup>10</sup> Das wohl mit Abstand am meisten und zugleich am heftigsten diskutierte Rechtmäßigkeitsmerkmal stellt der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ dar. Das Bundesarbeitsgericht versteht unter diesem aus dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Verfassungsrecht, hinlänglich bekannten Terminus einen Sammelbegriff, der die Merkmale der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Proportionalität zusammenfaßt und sich als gleichbedeutend mit dem Übermaßverbot darstellt.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Zöllner, Arbeitsrecht, § 39 I (S. 349).

<sup>7</sup> Zu den Folgen rechtswidriger Streiks bzw. Aussperrungen s. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, Rdnr. 322 ff., 342 ff.

<sup>8</sup> RGZ 54, S. 255, 259; 64, S. 52, 61; 104, S. 327, 330; 113, S. 33, 38; 119, S. 291, 294. RAG, ARS 1, S. 100, 102; 2, S. 217, 222; 8, S. 266, 269.

<sup>9</sup> Zur Sozialadäquanz und der Kritik an ihr s. Hörl, Sozialadäquanz, insbesondere S. 133 ff.

<sup>10</sup> Zu den einzelnen Rechtmäßigkeitsmerkmalen vgl. Zöllner, Arbeitsrecht, § 40 VI (S. 372 ff.); Lieb, Arbeitsrecht, S. 136 ff.; Kalb, Arbeitskampfrecht, Rdnr. 89 ff.

<sup>11</sup> s.BAG, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 923; Nr. 84, Bl. 368 R. Im Dienste begrifflicher Klarheit soll in den nachfolgenden Ausführungen die Terminologie des BAG übernommen werden. – Allg. zur Uneinheitlichkeit des Sprachgebrauchs beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 19 ff.

Kaum eine rechtswissenschaftliche Abhandlung in den letzten 15 Jahren über die allgemeine Zulässigkeitsproblematik von Arbeitskämpfen ist zu finden, in der der Verhältnismäßigkeitgrundsatz nicht in der einen oder anderen Weise angesprochen wird. Seit dem Beschuß des Großen Senates des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971 steht dieser Grundsatz im Brennpunkt der Kritik. Nicht selten wird der Verhältnismäßigkeitgrundsatz als Rechtmäßigkeitmaßstab für Arbeitskampfmaßnahmen von den Kritikern mit Begriffen wie „Willkür des Gerichts“<sup>12</sup>, „Tarifzensur“<sup>13</sup>, „Unbestimmtheit“<sup>14</sup>, „Leerformel“<sup>15</sup>, „Einfallstor in die Koalitionsfreiheit“<sup>16</sup> zusammengebracht und gleichgesetzt.

Trotz vielfältiger, oft heftiger Kritik aus den Reihen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums und der Gewerkschaften hält das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung bis heute an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als dem zentralen Rechtmäßigkeitsmerkmal für Arbeitskampfmaßnahmen fest,<sup>17</sup> ohne jedoch in der gebotenen Weise auf die geäußerten Bedenken gegenüber dem Verhältnismäßigkeitgrundsatz einzugehen.

Die vorliegende Arbeit möchte einen Beitrag zur rechtlichen Problematik um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Rechtmäßigkeitmaßstab für Arbeitskämpfe liefern. Die nachfolgende Darstellung erhebt aber keinen Anspruch, ein umfassendes Handbuch über sämtliche Fragen und Probleme des Verhältnismäßigkeitgrundsatzes im Arbeitskampfrecht zu sein, vielmehr ist die Darstellung von ihrem Anspruch her bescheidener angelegt: Es sollen hier nur einige wichtige Grundprobleme und Grundsatzfragen herausgegriffen und erörtert werden. Entsprechend dieser Zielsetzung der Arbeit muß die Gefahr vermieden werden, daß sich die Darstellung in Detailproblemen verliert und grundlegende Fragestellungen, die ihrerseits für die adäquate Aufbereitung von Detailproblemen unerlässlich sind, übersehen werden. Dieser Gefahr soll unter anderem dadurch vorgebeugt werden, daß der Kreis der maßgeblichen Bezugsobjekte des Verhältnismäßigkeitgrundsatzes im Arbeitskampfrecht auf die Kampfmittel Streik und Aussperrung begrenzt wird, die, was ihre Bedeutung für die arbeitskampfrechtliche Praxis anbelangt, unbestrittenemaßen die mit Abstand wichtigsten Arbeitskampfmittel darstellen. Nur auf diese beiden Kampfmittel soll daher im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitgrundsatz näher eingegangen werden.

<sup>12</sup> Wolf, Aussperrung, S. 302.

<sup>13</sup> Schumann, in: Däubler, Arbeitskampfrecht, Rdnr. 202.

<sup>14</sup> Säcker, GewMH 1972, S. 287.

<sup>15</sup> Weiss, in: Dorndorf/Weiss, Warnstreiks, S. 81, 86.

<sup>16</sup> Joachim, AuR 1973, S. 289, 293 f.

<sup>17</sup> Zuletzt BAG v. 12. 3. 1985 = AP Nr. 84 zu Art. 9 Arbeitskampf.