

Dr. Florian Tennstedt, Bielefeld

Die Neutralität des Staates im Arbeitskampf *

(Eine historisch-soziologische Analyse der Institution der „herrschenden Lehre“)

„Das Arbeitskampfrecht ist gesetzlich nicht abschließend geregelt. Es wird durch das bestimmt, was man ‚herrschende Lehre‘ nennt. Wie die sogenannte ‚herrschende Lehre‘ entsteht, weiß niemand.“¹

Diesen Gedanken von *Olaf Radke* aufgreifend, soll im folgenden versucht werden, am Beispiel des Satzes von der „Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen“, der wohl unbestritten zur „herrschenden Lehre“ im Staats- und Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland gehört², die Entstehung einer „herrschenden Lehre“ zu beschreiben und ihre Funktion zu analysieren. Damit soll sichtbar werden, was hinter manchen „Selbstverständlichkeiten“ der juristischen Diskussion steht und inwieweit Veränderungen möglich und notwendig sind³.

1. Historische Übersicht über die Formel von der „Neutralität des Staates im Arbeitskampf“

Im Gegensatz zu manchen Begriffen der herrschenden Rechtslehre zur Kennzeichnung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, deren Herkunft genau bekannt ist — etwa „Hüter der Verfassung“⁴, „Verfassungsnotstand“⁵, „Institutionelle Garantie“⁶, „Daseinsvorsorge“⁷ —, ist heute nicht mehr eindeutig festzustellen, von wem die Formel von der Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen „stammt“.

Heute wird von seiten der Rechtswissenschaft gesagt, daß die Streikfreiheit einem Verfassungssystem entspricht, „das auf der Neutralität der Staatsgewalt gegenüber sozialen Konflikten beruht“⁸. In diesem Sinne wäre der „historische Ort“ der zu untersuchenden Formel die Einführung der Koalitionsfreiheit durch die Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (§ 152). Mit ihr wurden die in England bereits „üblichen“ Arbeitskämpfe auch in Deutschland reichsgesetzlich zugelassen, so daß mit ihr die grundsätzliche Streikfreiheit beginnt⁹.

* *Olaf Radke* zum Gedenken.

1 *Radke*, „Streik und Aussperrung im Arbeitskampfrecht“, *Der Gewerkschafter* 1966 S. 34.

2 Vgl. *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/2, S. 927; *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1959, S. 110; *Gamillscheg*, Arbeitsrecht (1967), S. 42; *Brox-Rüthers*, Arbeitskampfrecht (1965), S. 45 (49); *Rüthers*, Streik und Verfassung (1960), S. 44 ff.; *Siebrecht*, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl. 1964, S. 32; *Tillmann*, Politischer Streik und Verfassung (1958), S. 40 f.; *Tomandl*, Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes (1965), S. 61; *Ernst Rudolf Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1954, S. 393 (453); *Kaiser*, Die Repräsentation der organisierten Interessen (1956), S. 322; *ders.*, Der politische Streik, 2. Aufl. 1959, S. 14; *Werner Weber*, „Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung“ in Festschrift für das Oberlandesgericht Celle (1961), S. 248; *Evers*, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung (1969), S. 3 ff.; *Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip (1972); *BAG* (GS) v. 28. 1. 55, BAGE 1, 291 (308) = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = *ArbuR* 1955 S. 218.

3 Die Rechtssoziologie hat dieser Institution und ihrer Funktion bisher kaum Aufmerksamkeit geschenkt; vgl. aber *Esser*, „Herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung“ in *Dogma und Kritik in den Wissenschaften* (1961), S. 26 ff.; *Schnur*, „Der Begriff der ‚herrschenden Meinung‘ in der Rechtsdogmatik“ in Festschrift für *Forsthoff* (1967), S. 43 ff.; *Luhmann*, Rechtssoziologie (1972), S. 289 f.; vgl. auch das Material bei *Tennstedt*, Berufsunfähigkeit im Sozialrecht (1972).

4 *Friedrich Ebert*, Schreiben an den bayerischen Ministerpräsidenten *Graf Lerchenfeld* v. 27. 7. 1922 in *Poetsch-Heffler*, „Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung“, *JbÖffR* 1925 S. 82.

5 *Heckel*, „Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand“, *AöR* 1932 S. 257.

6 *Carl Schmitt*, Verfassungslehre (1928), S. 170.

7 *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), S. 3.

8 *Ernst Rudolf Huber* (Fußnote 2) S. 393 Anm. 5.

9 Die Literatur zu den Arbeitskämpfen in dieser Zeit ist recht gering; vgl. als Materialsammlungen die Abhandlungen über „Arbeitseinstellungen“ von *Oldenberg*, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 1. bis 3. Aufl., Bd. I (Jena 1890/1909); *Steglich*, „Eine Streiktabelle für Deutschland 1860—80“ in *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte*, 1960, Bd. II, S. 235 ff.; *Dieter Schneider*, „Der Streik“ in *Zur Theorie und Praxis des Streiks* (Herausgeber: *Dieter Schneider*, 1971), S. 7 ff.

Die wissenschaftlichen Lehren zu dieser neuen Situation kamen allerdings nicht von seiten der damals herrschenden Rechtswissenschaft¹⁰. 1866 hatte *von Mohl* Streiks noch kurzerhand „als eine besondere Art von Müßiggang“ gekennzeichnet¹¹, und 1874 schrieb er: „Nehmen wir z. B. den Shlipshändler an! Ich habe mir bei diesem vor einem Jahre einen Shlips für 10 Sgr. gekauft. Heute will ich mir einen von derselben Sorte zum gleichen Preise anschaffen, der Shlipshändler verlangt aber 12¹/₂ Sgr. . . ., was tut er anders als streiken?“¹² In dem großen „Staatsrecht des Deutschen Reiches“ von *Laband* finden die sozialen Probleme keine Erwähnung¹³. Für eine kritische Reflexion der bestehenden Verhältnisse bestand bei den von der Reichsgründung faszinierten Juristen erst recht kein Anlaß. *Windscheid* umriß ihre Aufgabe folgendermaßen: „Wir können nicht Bismarck sein. Aber wir können dafür sorgen, daß sein Werk durch uns keinen Schaden leidet.“¹⁴ Für *Rudolf von Jhering* war ein Besuch bei *Bismarck* ein besonderes Erlebnis: „Ganz hingerissen bin ich von dem seelenvollen Ausdruck seines Auges, man glaubt in einen klaren, tief-

blauen See hineinzusehen, ich habe mich ganz in diesen Anblick vertieft.“¹⁵

Mit der Rolle des Staates im Arbeitskampf befaßten sich in dieser Zeit theoretisch fast nur die überwiegend nationalökonomisch orientierten „Kathedersozialisten“¹⁶. Diese faßten, bei mancherlei zutreffender Analyse und Kritik im Einzelfall, den bürgerlichen Staat als eine über den Klassen stehende neutrale Institution zum Gemeinwohl aller auf. Im Interesse des sozialen Friedens hatte dieser die „Auswüchse“, die die kapitalistische Gesellschaft im Gefolge hatte, zu beseitigen. Von dieser Grundauffassung her konnte *Schmoller* 1874 die Meinung vertreten, das „König- und Beamtentum, diese berufensten Vertreter des Staatsgedankens“, seien die „einzigen neutralen Elemente im sozialen Klassenkampf“¹⁷. Für *von Schönberg* wurde schon durch die Koalitionsfreiheit „die rechtliche Freiheit und Gleichberechtigung des Arbeiters beim Abschluß des Arbeitsvertrages auch zu einer wirklichen“¹⁸, und für *Hirsch* bedeutete sie schon „die soziale Gleichstellung der Arbeiter“¹⁹.

Die Frage, inwieweit der Staat gegenüber den Widersprüchen der Gesellschaft überhaupt selbständig und damit neutral sein konnte und inwieweit sein faktisches Verhalten evtl. dem Neutralitätsprinzip widersprach, wurde nicht mehr diskutiert²⁰. Dagegen wurde von den „Kathedersozialisten“ erkannt, daß von dem Prinzip der „Neutralität des Staates“ in konkreten Entscheidungssituationen keine eindeutigen Deduktionen möglich sind. Dieses wurde deutlich bei den ersten Versuchen sozialpolitischer Einflußnahme des Staates, bei der Einführung staatlicher Arbeitsnachweisbüros. „Wo in den 80er Jahren die Frage Unternehmern und Arbeitern vorgelegt wurde (ob ein Arbeitsnachweis bei Streiks oder Aussperrungen durch die kommunalen Behörden stattfinden sollte), haben sich die Unternehmer in der Regel dahin ausgesprochen, daß der Arbeitsnachweis, wenn er unparteiisch sein wolle, von dem Vorhandensein der Streitigkeit überhaupt keine Kenntnis nehmen dürfe. Die Arbeitervertretungen erklärten ebenso regelmäßig, dies sei unter dem Schema der Unparteilichkeit tatsächlich eine Parteinahme gegen die Arbeiter (Lieferung von Waffen an eine der kriegführenden Mächte).“²¹

1893 führte einer der ersten Theoretiker der Arbeitslosenversicherung und -vermittlung, *Adler*, aus: „Im Falle von Streiks oder Aussperrung müßte den öffentlichen Arbeitsnachweis-Bureaux absolute Neutralität anbefohlen sein, um in keiner Weise den privaten Kampf um die Arbeitsbedingungen zugunsten eines der streitenden Teile zu beeinflussen.“²² 1898 hatte er dann schon den ambivalenten Charakter des Prinzips der Neutralität erkannt: „Aber was heißt hier Neutralität?“²³

In der Weimarer Republik erfolgte durch die Verordnung vom 23. Dezember 1918 über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten erstmalig eine positive staatliche Sanktionierung der tariflichen Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberorganisationen. Für die Gewerkschaften wurden die Tarifverträge mehr und mehr Ziel gewerkschaftlichen Interessenkampfes²⁴.

10 Vgl. hierzu *Sinzheimer*, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft (1953), S. 209.

11 *von Mohl*, Polizei-Wissenschaft, 3. Aufl. 1866, S. 367.

12 *von Mohl*, „Strike, Arbeitslohn und Arbeitstag“, AnnDR 1874 S. 39.

13 *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. (1911/14).

14 *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, herausgegeben v. *Oertmann* (Leipzig 1904), S. 123.

15 *von Jhering*, Briefe an seine Freunde, herausgegeben von *Ehrenberg* (1912), S. 386.

16 Vgl. allgemein über sie *Müssiggang*, Die soziale Frage in der historischen Schule der deutschen Nationalökonomie (1966); *Völkerling*, Der deutsche Kathedersozialismus (1959); *Conrad*, Der Verein für Sozialpolitik und seine Wirksamkeit auf dem Gebiet der gewerblichen Arbeiterfrage (1906); *Lindenlaub*, „Richtungskämpfe im Verein für Sozialpolitik“ in Vierteljahreshefte für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 1967, Beihefte 52/53.

17 *Schmoller*, „Die soziale Frage und der preussische Staat“ in Preussische Jahrbücher (1874), Bd. 33, S. 323 (342).

18 *von Schönberg*, „Die gewerbliche Arbeiterfrage“ in Handbuch der politischen Ökonomie, 4. Aufl. 1898, Bd. II/2, S. 67.

19 Zit. nach *Loewenfeld*, „Kontraktbruch und Koalitionsrecht im Hinblick auf die Reform der deutschen Gewerbegesetzgebung“ in BraunsArch. 1890 S. 463.

20 „Durch die Emanzipation des Privateigentums vom Gemeinwesen ist der Staat zu einer besonderen Existenz neben und außer der bürgerlichen Gesellschaft geworden; er ist aber weiter nichts als die Form der Organisation, welche sich die Bourgeoisie sowohl nach außen als auch nach innen hin zur gegenseitigen Garantie ihres Eigentums und ihrer Interessen notwendig geben“ in *Marx-Engels*, Die deutsche Ideologie, 1957, S. 62. Kritische Erörterungen des Verhältnisses von „Staat“ und „Gesellschaft“ würden an dieser Stelle zu weit führen; die Unterscheidung wird im folgenden nur als methodisches Prinzip beibehalten.

21 *Jastrow*, Sozialpolitik und Verwaltungswissenschaft (1912), Bd. I, S. 154 f.

22 *Adler*, Über die Aufgaben des Staates angesichts der Arbeitslosigkeit. Akademische Antrittsrede (1894), S. 29.

23 *Adler*, „Arbeitsnachweis und Arbeitsbörsen“ in Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl. 1898, S. 951 (957).

24 In der Sozialdemokratie galt das Wort von *Auer*: „Generalstreik ist Generalunsinn“. Erst 1905/07 wurde die Klassenstreikidee, die Idee des politischen Massenstreiks, durch die Sozialdemokratische Partei gefördert. Die Gewerkschaften verhielten sich schon damals zu diesem Gedanken ablehnend; vgl. *Georgi*, Theorie und Praxis des Generalstreiks in der modernen Arbeiterbewegung (1908), S. 58 ff.; *Weick*, „Theorien des Streiks“ in Zur Theorie und Praxis des Streiks (Fußnote 9) S. 97 ff. — Für *Forsthoff* beginnt die Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen mit dem

Die besondere Bedeutung der Weimarer Republik für den Satz von der „Neutralität des Staates im Arbeitskampf“ ist vor allem darin zu sehen, daß die Rechtswissenschaft in dieser Zeit das Arbeitsrecht „entdeckte“. Gemäß der Tendenz des Positivismus, „das Faktische zum Normalen zu erheben“²⁵, knüpfte sie dabei grundsätzlich an die bestehenden Verhältnisse an: „Die Verhältnisse werden in der Jurisprudenz, Politik etc. — im Bewußtsein zu Begriffen.“²⁶

In diesem Zusammenhang ist es nun interessant, die Herausbildung des Begriffs „neutraler Staat“ zu einem der „mysteriöse(n) Mächte“, die durch den „Kultus“ der Juristen mit Begriffen eine „besondere Geltung“ erhalten, zu beobachten²⁷.

Der Begriff Neutralität erscheint explizit im arbeitsrechtlichen Schrifttum erstmals bei *Oertmann*, der allerdings mehr beiläufig bemerkt: „Die Rechtsordnung verhält sich nur der sozialen Zwangsmaßnahme als *solcher* gegenüber neutral.“²⁸ In einem Urteil des *Hessischen Verwaltungsgerichtshofes* v. 6. 6. 1925 wird (in indirekter Wiedergabe eines Hinweises des „Vertreters des Staatsinteresses“) ausgeführt, es sei „ein anerkannter Grundsatz des ungeschriebenen öffentlichen Rechts, daß öffentliche Behörden im Wirtschaftskampf unbedingte Neutralität zu wahren hätten“²⁹.

1925 erschien dann das grundlegende „Arbeitsrecht“ von *Kaskel*, in dem erstmalig entschieden betont und begründet wird, daß der „Staat in Arbeitskämpfen grundsätzlich Neutralität zu wahren“ hat³⁰. Gegenüber einer allgemeinen rechtlichen Beschränkung gilt „nach allgemeinen Grundsätzen“, daß der Staat neutral bleiben soll, „d. h. er muß sich, sobald ein Arbeitskampf ausgebrochen ist, jedes Eingriffs zugunsten der einen wie der anderen Partei enthalten und darf die Wirkung eines (erlaubten) Kampfmittels nicht durch Erschwerung der Verwendung dieses Mittels oder Unterstützung des Gegners abschwächen“³¹. Ein Recht des Staates zum Eingreifen in den Kampfverlauf gibt es grundsätzlich nicht; denn der Arbeitskampf wird „nicht nach Rechtsgrundsätzen entschieden, sondern durch Überwindung der einen Partei durch die andere gewonnen. Und diese Überwindung ist keine Folge des besseren Rechts oder auch nur der berechtigteren oder größeren Interessen, sondern ausschließlich eine Frage der größeren Macht, bedeutet also lediglich eine Kraftprobe zwischen den streitenden Parteien, bei der der stärkere Teil siegt, der schwächere Teil unterliegt.“³²

Kaskel begründet diese Thesen mit der Haltung des Staates bei Wirtschaftskämpfen. Die Arbeitskämpfe sind für ihn ein besonderer Unterfall der „größeren Gruppe der Wirtschaftskämpfe, wie sie auch zwischen sonstigen wirtschaftlichen Interessengruppen geführt werden“. Es sind Kämpfe, die sich auf das wirtschaftliche Gebiet beschränken, andere — etwa physische — Schädigung oder Überwindung der gegnerischen Partei ist nicht das Ziel. Sie sollen nur „einen Zustand so starker wirtschaftlicher Notlage bei der Gegenpartei hervorrufen, daß diese Gegenpartei dadurch zum Nachgeben genötigt wird . . . Sie sind deshalb hinsichtlich der Zulässigkeit des Kampfmittels bar der Kampfmittel nach den allgemeinen für Wirtschaftskämpfe geltenden Grundsätzen zu beurteilen.“³³

Die vermutlich einflußreichste Theorie der Neutralität wurde aber von *Schindler* aufgestellt. Sie knüpfte an die bereits vor dem 1. Weltkrieg aufgestellte These an, daß Arbeitsrecht und Völkerrecht vergleichbar seien und Arbeitskampf und Krieg (Fehde) Gemeinsamkeiten hätten. *Schindler* betont die Unterschiede zwischen (Wirtschafts-)Konkurrenz und (Arbeits-)Kampf und kommt nach längeren Ausführungen zu dem Ergebnis, „daß nicht nur der Krieg zwischen Staaten, sondern auch die Arbeitskämpfe in Form von Streik und Aussperrung, sowie meistens der Boykott, als Kämpfe zu bezeichnen sind“³⁴.

Davon ausgehend entwickelt *Schindler* das Grundprinzip der Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen: „Aus der Anwendung des hier — im rechtsfreien Raum — einzig maßgebenden Grundsatzes der Rechtsgleichheit auf die soziale Tatsache des Gegenübers von zwei Parteien ergibt sich Gleichbehandlung beider Parteien, das ist aber soviel wie staatliche Neutralität. Die Unterstützung einer Partei im Kampf ist deshalb unzulässig.“³⁵

Die bekanntesten allgemeinen Ausführungen zum Begriff der Neutralität in der Weimarer Republik erfolgten durch *Carl Schmitt* in den Jahren 1929 bis 1931³⁶.

In einem Kapitel über „die konkrete Verfassungslage der Gegenwart“ stellt *Carl Schmitt* fest: „Die Tendenz des liberalen 19. Jahrhunderts geht dahin, den Staat womöglich auf ein Minimum zu beschränken, ihn vor allem an Interventionen und Eingriffen in die Wirtschaft nach Möglichkeit zu hindern, ihn überhaupt gegenüber der Gesellschaft und ihren Interessengegensätzen möglichst zu neutralisieren, damit Gesellschaft und Wirtschaft nach ihren immanenten Prinzipien für ihr Gebiet die notwen-

Jahr 1918 (*Forsthoff-Hueck*, Die politischen Streikaktionen des DGB anlässlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung, 1952, S. 12 f.).

25 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 7. Neudruck (1960), S. 338.

26 *Marx-Engels* (Fußnote 20) S. 596.

27 *Marx-Engels* (Fußnote 20) S. 380.

28 *Oertmann*, Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß der Arbeitskämpfe (1923), S. 276.

29 *VwArch.* 1925 S. 243.

30 *Kaskel*, Arbeitsrecht, 1. Aufl. 1925, S. 317 f.

31 *Kaskel* (Fußnote 30) S. 303.

32 *Kaskel* (Fußnote 30).

33 *Kaskel* (Fußnote 30).

34 *Schindler*, „Werdende Rechte. Betrachtungen über Streitigkeiten und Streiterledigungen im Völkerrecht und Arbeitsrecht“ in *Festschrift für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag* (1927), S. 400 ff.

35 *Schindler* (Fußnote 34) S. 402. Der „Trick“ *Schindlers* besteht darin, daß er den Arbeitskampf als ein gegenüber den „vorherigen“ und „nachherigen“ staatlichen Einflüssen auf das Kapitaleinkommen isolierbares Ereignis hinstellt; auf *Schindler* beruft sich auch der *Große Senat* des *BAG* in seiner Entscheidung v. 28. 1. 55 (Fußnote 2). — Zur Kritik vgl. *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (1960), S. 39 und *Ramm*, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes (1965), S. 8 ff.

36 *Carl Schmitt*, „Die europäische Kultur im Zwischenstadium der Neutralisierung“ in *Europäische Revue* 1929 S. 157 ff.; *ders.*, „Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates“ in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924—1954* (1958), S. 41 ff.; *ders.*, *Der Hüter der Verfassung* (1931, Neudruck 1968).

digen Entscheidungen gewinnen.“³⁷ In der gegenwärtigen Situation sei der Staat aber zur „Selbstorganisation der Gesellschaft“ geworden: „In ihm gibt es kein Gebiet mehr, demgegenüber der Staat unbedingte Neutralität im Sinne der Nicht-Intervention beobachten könnte ... In einer solchen Lage wird die Forderung der Nicht-Intervention zu einer Utopie, ja, zu einem Selbstwiderspruch. Denn Nicht-Intervention würde bedeuten, daß man in den sozialen und wirtschaftlichen Gegensätzen und Konflikten, die heute keineswegs mit rein wirtschaftlichen Mitteln ausgekämpft werden, den verschiedenen Machtgruppen freie Bahn läßt. Nicht-Intervention ist in einer solchen Lage nichts anderes als Intervention zugunsten des jeweils Überlegenen und Rücksichtslosen, und es zeigt sich wieder einmal die einfache Wahrheit des scheinbar so paradoxen Satzes, den *Talleyrand* für die Außenpolitik ausgesprochen hat: Nicht-Intervention ist ein schwieriger Begriff, er bedeutet ungefähr dasselbe wie Intervention.“³⁸

Sodann versucht *Carl Schmitt* „angesichts der Vieldeutigkeit des Wortes ‚Neutralität‘ und der Verwirrung, die einen unentbehrlichen Begriff unbrauchbar oder unanwendbar zu machen droht ... eine zusammenfassende Aufstellung ... , in der die verschiedenen Bedeutungen, Funktionen und polemischen Richtungen dieses Wortes mit einiger Systematik gruppiert sind.“³⁹ Seine Systematik wendet er dann „an dem Beispiel des staatlichen Schlichters von Arbeitsstreitigkeiten“ an. Hier führt er u. a. aus: „*J. St. Mill* selbst sagt, daß in der modernen

industriellen Gesellschaft die Arbeitgeber (employers of labour) und Arbeitnehmer (labourers) diese beiden, einander balancierenden Gruppen bilden und dadurch eine neutrale Entscheidung möglich wird. ... *Friedrich Engels* hatte schon davon gesprochen, daß es (freilich nur ausnahmsweise) Perioden des Klassenkampfes gebe, wo die kämpfenden Parteien einander das Gleichgewicht halten“. *Otto Bauer* hat dann nach dem Jahre 1919 die Theorie von der ‚sozialen Gleichgewichtsstruktur des modernen Industriestaates‘ entwickelt, die von *Otto Kirchheimer* zu einer sehr beachtenswerten staats- und verfassungstheoretischen Konstruktion verwertet worden ist. Die Parteiverhältnisse in Deutschland und die Zahlenverhältnisse der verschiedenen Interessentengruppierungen scheinen das Bild eines Gleichgewichts, sei es von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, sei es von Bürgerlichen und Sozialisten, sowohl im Reich wie in den Ländern im großen und ganzen zu bestätigen.“⁴⁰

Soweit sich heute feststellen läßt, ist durch diese Ausführungen von *Kaschel*, *Schindler* und *Carl Schmitt* die Aufnahme des Satzes von der „Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen“ in den Kanon der „herrschenden Lehre“ des Arbeitsrechts beendet worden⁴¹.

In der Bundesrepublik Deutschland wurde dieser Satz von der Rechtswissenschaft wieder aufgegriffen, die „herrschende Lehre“ hat ihn als Selbstverständlichkeit akzeptiert, von der aus nur noch deduktiv argumentiert wird⁴². Im Gegensatz zur Weimarer Republik wird nicht mehr versucht, diesen Grundsatz näher zu definieren, ihn zu begründen, seinen verfassungsrechtlichen Ort näher anzugeben oder gar seine Grenzen aufzuzeigen.

2. Soziologische Überlegungen zur sozialen Funktion der Formel von der „Neutralität des Staates im Arbeitskampf“

Die bisherige deskriptive Darstellung legt schon den Verdacht nahe, daß der Satz von der „Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen“ unter dem Aspekt von Scheinaussagen, den sogenannten Leerformeln, am adäquatesten zu analysieren ist.

Leerformeln sind sprachliche Formeln, die als belangvolle Einsichten oder sogar als fundamentale Grundsätze des Seins, Erkennens und Wertens anerkannt werden, weil und insofern sie keinen oder keinen näher angebbaren Sach- oder Normgehalt haben⁴³.

Im Hinblick auf die logische Struktur des Satzes „Der Staat muß im Arbeitskampf neutral sein“ ist festzustellen, daß es sich hierbei um eine pseudo-normative Formel handelt. In konkreten Entscheidungssituationen läßt sie grundsätzlich entgegengesetzte Handlungsmöglichkeiten gleichzeitig offen. Sie liefert keinen operationalen Maßstab dafür, ob etwa der Staat an vom Arbeitskampf betroffene Arbeitnehmer die sonst üblichen Leistungen — etwa der Arbeitslosenversicherung oder der Sozialhilfe — erbringen soll. Dieser Sachverhalt wird aus den bereits zitierten Stellungnahmen von *Adler* und *Carl Schmitt* deutlich. Weiterhin stellte schon 1925 *Schrauth* fest, daß eine Verweigerung der staatlichen Fürsorgeleistungen in gleichem Maße wie die des Arbeitslosengeldes während des Arbeitskampfes, die von der „herrschenden Lehre“ damals gefordert wurde⁴⁴, dem Neutralitätsprinzip widersprechen würde: „Eine so weit getriebene

³⁷ *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (Fußnote 36) S. 78.

³⁸ *Carl Schmitt* (Fußnote 37) S. 78, 79 (81).

³⁹ *Carl Schmitt* (Fußnote 37) S. 111 ff.; zur Kritik vgl. *Rüthers* (Fußnote 2) S. 44 Anm. 185. Sein eigener Vorschlag, den Begriff „Neutralität“ durch „Unparteilichkeit“ zu ersetzen, ist aber auch nur eine Scheinlösung.

⁴⁰ *Carl Schmitt* (Fußnote 37) S. 142 f.

⁴¹ Vgl. *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 284 (286); *Silberschmidt*, Das deutsche Arbeitsrecht (1929), Bd. II, S. 105; *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Aufl. 1930, Bd. II, S. 576.

⁴² Diese Argumentation wird besonders relevant bei Fragen des politischen Streiks, der Gewährung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung und der Sozialhilfe an Streikende und vom Streik Betroffene. Im Rahmen dieser Abhandlung kann darauf nicht eingegangen werden; vgl. zur Frage der Sozialleistungen *Gerd Hofmann*, Arbeitskampf und Arbeitslosenversicherung, Rechtsprobleme des § 84 AVAVG (Diss. Würzburg 1967); *Albers*, Die Unterstützung der Arbeitnehmer bei Arbeitskämpfen nach dem Bundessozialhilfegesetz (Diss. Köln 1968); *Demuth*, Die Einwirkung von Arbeitskämpfen auf das Versicherungsverhältnis der Sozialversicherung (Diss. Göttingen 1969). Eine gründliche Analyse dieses Fragenkomplexes steht noch aus; vgl. neuerdings *Löwisch*, „Die Neutralitätsverpflichtung der Bundesanstalt für Arbeit (BfA) in Arbeitskämpfen (§ 116 AFG)“, RdA 1972 S. 73 und *Auerbach*, „Grenzen der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen“, SozSich. 1973 S. 66.

⁴³ Die folgenden allgemeinen Aussagen über „Leerformeln“ beruhen auf den Darlegungen von *Degenkolbe*, „Über logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln“, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1965 S. 327 ff.; vgl. auch *Michael Schmid*, Leerformeln und Ideologiekritik (1972).

⁴⁴ Erlaß des Reichsministers des Innern v. 16. 2. 1924 zu II 1465 B in Volkswohlfahrt 1924 S. 127; Erlaß des Reichsarbeitsministers v. 16. 2. 1924 zu X 371/24 in Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 1924 S. 434. Vgl. auch *Zimmermann*, „Unterstützung bedürftiger Streikender aus öffentlichen Mitteln“, SozPrax. 1924 S. 96; *Hans Maier*, „Arbeitskämpfe und öffentliche Unterstützungen“, ArbR 1924 Sp. 838.

„Enthaltbarkeit“ würde dann geradezu eine einseitige Parteinahme zugunsten der Unternehmer sein.“⁴⁵ Ebenso zu Recht bemerkte *Asmuß* 1963 auf die Frage, ob nicht durch die Gewährung von Sozialhilfe bei Arbeitskämpfen die Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen verletzt wird: „Im Gegenteil.“⁴⁶

Der Satz von der „Neutralität des Staates im Arbeitskampf“ enthält also für sich allein keinen rational verlässlichen Maßstab, an dem eine rechtliche Entscheidung orientiert werden könnte.

Nun läßt aber die logische Analyse der Struktur einer Aussage „keinerlei Rückschluß auf deren Wirkungen in der gesellschaftlichen Realität zu. Auch logisch inhaltsleere Sätze können beträchtliche faktische Konsequenzen haben. Ihre Leerheit macht sie zu ‚Leerschemata‘, die für nachträgliche Interpretationen kognitiver, normativer oder essentialistischer Art verfügbar sind und die dadurch eine Reihe von Funktionen im gesellschaftlichen Bereich zu erfüllen vermögen. Diese sozialen Funktionen erfordern eine soziologisch-sozialpsychologisch orientierte Analyse des Leerformelproblems.“⁴⁷

Hierzu soll zunächst darauf hingewiesen werden, daß der Satz von der „Neutralität des Staates im Arbeitskampf“ auch eine empirische Dimension haben kann: „Der Staat ist im Arbeitskampf neutral.“ Insofern besitzt er einen empirischen Gehalt, einen Informationsgehalt, d. h. bestimmte logisch mögliche Ereignisse schließt er aus, ihr tatsächliches Eintreffen widerlegt ihn. Die Schwierigkeit einer weiteren Analyse in dieser Hinsicht besteht nun darin, daß die fehlende normative Bestimmtheit *cum grano salis* auch hier gilt. Im Hinblick auf die Analyse der gesellschaftlichen Funktion dieses Satzes genügt es aber, von der Anmutung auszugehen, die dem Satz anhaftet und die etymologisch abgeleitet werden kann.

Das Wort „Neutralität“ ist zurückführbar auf das spätlateinische „*neutralis*“, was (im grammatikalischen Sinne) bedeutet: „dem sächlichen Geschlecht angehörend“, und das stammt wiederum von dem lateinischen Wort „*neuter*“, was zu übersetzen ist mit „keiner von beiden“. Schon im Mittelalter wurde „*neutralis*“ aber auch im politischen Sinn als „keiner Partei angehörend“ verstanden. Damit wurde der Zustand einzelner Staaten oder von einzelnen Personen verstanden, die in Meinungsverschiedenheiten oder in kriegerischen Verwicklungen keiner Partei angehörten⁴⁸. Demgemäß ist zu untersuchen, ob die historischen und gegenwärtigen Fakten des Arbeitskampfrechts so beschaffen sind, daß man mit Recht sagen kann: Der Staat verhält sich im Arbeitskampf neutral, d. h. er unterstützt oder behindert keine Partei.

Die Einführung der Koalitionsfreiheit bedeutete zunächst, daß „die Existenzgrundlagen der großen Massen aus dem Bereich der staatlichen Intervention ausgewiesen waren“⁴⁹. Sie war keine staatliche Handlung, die man als „neutral“ bezeichnen konnte. Das kennzeichnete schon der Kathedersozialist *Schmoller* richtig: „Der Irrthum der wirtschaftlich-politischen Partei, welche mit der Gewerbefreiheit glaubt, alles Nöthige für die unteren Klassen gethan zu haben, ist mit dem Irrthum eines Stallmeisters zu vergleichen, der so sehr für eine neue größere Rennbahn schwärmt, daß er erwartet, auch seine

lahmen und zuschanden gerittenen Pferde würden in der neuen größeren Rennbahn wieder zu lauter vortrefflichen Rennern. Unsere ganze neuere Gewerbegesetzgebung hat nur die Rennbahn der Konkurrenz breiter und größer gemacht. Sie hat aber nicht, wie es in jedem ordentlichen Rennen geschieht, dafür gesorgt, daß die konkurrierenden Rennpferde einigermaßen unter gleichen Bedingungen liefen; sie hat die natürliche Ungleichheit nicht durch Gewichte auszugleichen gesucht, wie auf der Rennbahn.“⁵⁰

Die Arbeiter und ihre Gewerkschaften konnten auch nach Einführung der Koalitionsfreiheit und während der einzelnen Arbeitskämpfe keinen Anlaß haben, „im Staat ein neutrales, ihnen nicht feindliches, sondern am Allgemeinwohl interessiertes Subjekt“⁵¹ zu sehen. Durch Vereins-, Versammlungs- und Unterstützungssammlungsverbote — vor allem mit den Möglichkeiten des sog. Sozialistengesetzes, das von 1878 bis 1890 galt⁵² —, Anwendung von unmittelbarem Zwang, einseitige Handhabung des § 153 GewO⁵³ und ähnliches mehr kam es zu ständigen Benachteiligungen der Arbeiterkoalitionen. Zu diesen polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Maßnahmen gegen die Arbeiter kam hinzu, daß von seiten des Reiches die Kapitalposition durch Protektionismus, Sozialistengesetz, überseeische Expansion, Umformung des Beamtenapparats u. a. fortwährend gestärkt wurde⁵⁴. „Jeder Staat steht doch schließlich für die Interessen seiner Industrie“ bemerkte *Bismarck* im Jahr seiner Entlassung⁵⁵. Schließlich ist die Einführung der Koalitionsfreiheit und der grundsätzlichen Streikfreiheit in dem allgemeinen politökonomischen Zusammenhang zu sehen, daß der Staat „das im Kapitalverhältnis ge-

45 *Schrauth*, „Die Stellung der öffentlichen Fürsorge im Arbeitskampf“, *Die Fürsorge* 1925 S. 350.

46 *Asmuß*, „Die Auswirkungen eines Arbeitskampfes auf die Sozialhilfe“, *StädteT* 1963 S. 378; als „Kuriosum“ sei die Meinung von *Haase* („Sozialhilfe bei Arbeitskämpfen?“, *ZfSH* 1967 S. 105 ff.) erwähnt. Danach verbietet die Neutralitätspflicht des Staates Sozialhilfeleistungen. Diese soll jedoch ihre „Grenze“ finden, wo die „öffentliche Sicherheit und Ordnung bedroht wird“, u. a., wenn „infolge der Notlage mit allgemeinen Unruhen zu rechnen ist“; vgl. auch *Radke*, Leserbrief in *FAZ* v. 10. 12. 71 S. 15.

47 *Degenkolbe* (Fußnote 43) S. 332.

48 Vgl. *Schulz-Basler*, *Deutsches Fremdwörterbuch* (1942), Bd. II, S. 203.

49 *Loewenfeld* (Fußnote 19) S. 468.

50 *Schmoller* (Fußnote 17) S. 333.

51 *Müller-Neusüss*, „Die Sozialstaatsillusion und der Widerspruch von Lohnarbeit und Kapital“, *Probleme des Klassenkampfes* 1971, Sonderheft 1, S. 63.

52 *Kampffmeyer*, *Unter dem Sozialistengesetz* (1928); *Bernstein*, *Geschichte der Berliner Arbeiterbewegung* (1907/10); *Auer*, *Nach zehn Jahren. Material und Glossen zur Geschichte des Sozialistengesetzes* (1913); *Fricke*, *Bismarcks Prätorianer* (1962).

53 *Landmann-Rohmer*, *GewO*, 7. Aufl., Bd. II, Anm. 1 zu § 153: „§ 153, der, wie § 152 Abs. 2, den Koalitionszwang bekämpfte und sich grundsätzlich gegen beide Parteien des Lohnkampfes richtete, wurde tatsächlich fast nur gegen Arbeitnehmer angewendet“. *Heinz Potthoff*, *Probleme des Arbeitsrechts, Rechtspolitische Betrachtungen eines Volkswirts* (1912), S. 171, führt folgendes aus: „Er (der Staat) prüft den Streit gar nicht, sondern ergreift ohne weiteres Partei gegen die Arbeiter“. Vgl. auch *Stadthagen*, *Das Arbeiterrecht*, 2. Aufl. 1900, S. 16 ff.

54 Ausführlich hierzu *Wehler*, *Bismarck und der Imperialismus* (1969).

55 *von Bismarck*, *Gesammelte Werke*, 3. Aufl. 1926, Bd. IX, S. 59.

setzte widersprüchliche Interesse jedes Einzelkapitalisten an größter Konsumtionskraft aller Arbeiter mit Ausnahme der von ihm angewendeten und an möglichst niedrigem Lohn seiner eigenen Arbeiter“ nicht überspringen konnte⁵⁶. Es lag dabei objektiv im Interesse des Gesamtkapitals (Reproduktionsfähigkeit der Arbeitskraft, Konsumtionsinteresse), daß der Staat die kollektive Konfrontation der Arbeit mit dem Kapital freigab, ohne dadurch an der Unterordnung der Arbeit unter das Kapital etwas zu ändern. Die Situation änderte sich nicht grundsätzlich, als die offenen Repressionen des sog. Sozialistengesetzes aufhörten. Da die vorgesehene Disziplinierung der Gewerkschaften und der Sozialdemokratie nicht gelungen war, ging die Unternehmerseite (ab 1890!)

dazu über, zu dem bis dahin nur in Großbritannien angewendeten Kampfmittel der Aussperrung zu greifen. Hierdurch entstand für die Kapitaleseite eine neue Möglichkeit, den auf Grund der Kapitaleigentümerposition prinzipiell gegebenen permanenten ökonomischen Druck noch erheblich zu verstärken. Die „herrschende Lehre“ sah dieses Vorgehen durch die Koalitionsfreiheit ausreichend legitimiert, das englische Beispiel stand hierbei Pate. Man konnte sich auch hier auf die nationalökonomische Wissenschaft berufen: Schon 1872 waren für *Lujo Brentano* die „Aussperrungen die vollkommene Analogie mit den Arbeitseinstellungen“⁵⁷. Die faktische Verschiedenheit von „Streik“ und „Aussperrung“, die es verbietet, einen Staat, der beide Kampfmaßnahmen als gleichberechtigt zuläßt, neutral zu nennen, wollte man nicht sehen oder sah man nicht⁵⁸.

Die nach dem 1. Weltkrieg bis heute sich entwickelnde Arbeitsrechtswissenschaft hat an den bis dahin entstandenen Rechtsverhältnissen nichts geändert. „Weil das Faktische überall die psychologische Tendenz hat, sich in Geltendes umzusetzen, so erzeugt es im ganzen Umfange des Rechtssystems die Voraussetzung, daß der gegebene soziale Zustand der zu Recht bestehende sei.“⁵⁹ Die Lehren von der „Neutralität des Staates im Arbeitskampf“ sind nur eine Rationalisierung und Rechtfertigung für die bestehenden Verhältnisse. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Formel von der „Neutralität des Staates im Arbeitskampf“ hinsichtlich ihres empirischen Gehalts durch die Fakten widerlegt ist, hinsichtlich ihres logisch-normativen Aspektes ist sie als Leerformel zu bezeichnen. Ihre Beibehaltung in der „herrschenden Lehre“ ist demnach nur von ihrer sozialen Funktion her zu sehen. Diese ist ideologisch bestimmt, nämlich als Fehlmeinung, die gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse absichert⁶⁰. Sie schafft gegenüber der komplexen sozialen Realität des Arbeitskampfes und der vielfältigen Einflußmöglichkeiten des Staates darauf eine kognitive Orientierung, die bemäntelt, daß auch „der Staat“ in entscheidender und keineswegs selbstverständlicher Art und Weise die Voraussetzungen des Arbeitskampfes und seinen Ablauf selbst bestimmt und bestimmt hat. Für diese Interpretation spricht schließlich auch, daß die Neutralitätstheorien der Weimarer Republik, die heute den unentbehrlichen „Hintergrund von ‚bewährter Lehre und Überlieferung‘“⁶¹ bilden, einmal von letztlich unstimmen Analogien abgeleitet worden sind und zum anderen in sich divergent sind. Ihre Gemeinsamkeit besteht nur in dem Verzicht auf eine politökonomische Analyse, dem Verzicht auf der Situation adäquate Rechtsfiguren und der Suche nach legitimierenden Analogien, von denen aus man „fortschreiben“ kann. Der heute unreflektierte Gebrauch⁶² der Formel von der „Neutralität des Staates bei Arbeitskämpfen“ im Rahmen der „herrschenden Lehre“ wäre demnach soziologisch-sozialpsychologisch nur damit zu erklären, daß sich „solche Leerformeln für alle Arten institutioneller Menschenführung besonders eignen. Sie erwecken — zumal bei den Geführten — den Eindruck unerschütterlicher Stetigkeit der obersten Grundsätze, während sie die lenkenden Autoritäten bei ihren konkreten Entscheidungen in keiner Weise behindern“⁶³.

56 Müller-Neusüss (Fußnote 51) S. 22.

57 *Lujo Brentano*, Zur Kritik der englischen Gewerbevereine (Leipzig 1872), S. 262; vgl. auch *Kleeberg*, „Ein Beitrag zur Revision der Begriffe Strike, Lockout und Boykott“ in *Schmollers Jb.* (1904), Bd. 28, S. 1053 ff.

58 Im Rahmen dieser Untersuchung kann auf die Rechtsentwicklung von „Streik“ und „Aussperrung“ leider nicht näher eingegangen werden. Eine gründliche historisch-soziologische Untersuchung, wie sie für den Arbeitsvertrag schon ansatzweise vorliegt (vgl. *Unterseher*, Arbeitsvertrag und innerbetriebliche Herrschaft, 1969), steht noch aus. Einen möglichen Gesichtspunkt zur Analyse der diesbezüglich „herrschenden Lehre“ bietet der Ansatz von *Radke*, „Zur rechtlichen Problematik der Aussperrung und des Streiks“, *ArbuR* 1964 S. 67 (71): „Der Streik als Faktum stellt sich daher als eine dem Eigentumsrecht adäquate Machtdemonstration der Arbeitnehmer dar. Dem Herrschaftsrecht aus Eigentum an den Produktionsmitteln auf Arbeitgeberseite steht die Koalition auf Arbeitnehmerseite gegenüber. Der Streik ist die konkrete Auseinandersetzung zwischen diesen Gewalten.“ Hingewiesen sei auch auf die Schriften von *Ramm* (Fußnote 35) S. 184 ff., 196 ff., *Dieter Schneider* (Fußnote 9) und *Richard Schmid*, Streik und Aussperrung, Schriftenreihe der IG Metall, Heft 47; enttäuschend *Rajewsky*, Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik (1970). Eine wohl vollständige Literaturübersicht enthält das Lehrbuch des Arbeitsrechts von *Hueck-Nipperdey* (Fußnote 2). Die wichtigsten danach erschienenen Veröffentlichungen siehe bei *van Gelder*, „Ein neues Arbeitskampfrecht“, *ArbuR* 1972 S. 97 ff. Als „Vergleichsskizzen“ bietet sich das kontinental-europäische Ausland an; vgl. *Boldt*, *Durand*, *Horion u. a.*, Streik und Aussperrung (Luxemburg 1961).

59 *Jellinek* (Fußnote 25) S. 339 f. „Die psychologische Tendenz“ des „Faktischen“ wäre hier wohl besser als die „ideologischeschaffende Tendenz“ der „ökonomischen Verhältnisse“ zu bezeichnen.

60 *Werner Hofmann*, Grundelemente der Wirtschaftsgesellschaft (1969), S. 16.

61 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970), S. 185.

62 Der Versuch einer Erörterung bzw. Definition findet sich nur bei *Bulla*, „Neutralität der Arbeitsverwaltung im Arbeitskampf (Arbeitsvermittlung, Arbeitslosenunterstützung, Arbeitsplatzwechselbeschränkung)“, *RdA* 1951 S. 209; *Rüthers* (Fußnote 2) S. 44 ff.; *Hueck-Nipperdey* (Fußnote 2) S. 927 f. sowie ansatzweise auch bei *Löwisch* und *Auerbach* (Fußnote 42).

63 *Topitsch*, zit. nach *Degenkolbe* (Fußnote 43). — Die vorstehenden Überlegungen sollen nur ein Beitrag zur Diskussion um die Funktion der „herrschenden Lehre“ als „Lehre der Herrschenden“ sein, also dazu, welchen „Stellenwert“ sie auch (aber vermutlich nicht notwendig?) bei der „Transformierung“ und „Kanalisierung“ von sozialökonomischer Macht in staatlich sanktioniertes Recht hat. Sie können nur ein erster Schritt sein zu einer umfassenden historisch-soziologischen Analyse der Entwicklung und Funktion der „herrschenden Lehre“ im Arbeitskampfrecht und evtl. im Recht überhaupt. Mögen sie zumindest als „Materialsammlung“ weiteren Studien nützlich sein.