

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Carsten Reimann, LL.M., RA, und Dr. Albin Ströbl, RA
**Nissans neues Netz – Wirksamkeit der ersten
 Strukturkündigung nach Art. 3 Abs. 5 GVO 1400/02 –
 wie geht es weiter?** 1462

Prof. Dr. Stefan Leible
**Was tun mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen
 für das Europäische Vertragsrecht? – Plädoyer für
 ein optionales Instrument** 1469

OLG Hamm: Bedingte Kapitalerhöhung – Angabe nur des
 Mindestausgabebetrag unzureichend
 BB-Kommentar von Dr. Edgar Matyschok, RA 1475

// STEUERRECHT

Christian Sterzinger
**Probleme bei der Auszahlung des Körperschaftsteuer-
 guthabens im Insolvenzverfahren** 1480

Dr. Rainer Schick, RA, StB, und Dr. Einiko B. Franz, LL.M., RA
**Die Umsatzsteuerbefreiung von Vermittlungsleistungen
 nach dem „Ludwig“-Urteil des EuGH** 1483

FG Berlin Brandenburg: Angemessenheit von Geschäftsführer-
 vergütungen bei mehreren Geschäftsführern –
 Keine Gewinnabsaugung bei angemessener Kapitalverzinsung
 BB-Kommentar von Armin Prokscha, RA 1493

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Jens Wüstemann
**BB-Rechtsprechungsreport Unternehmens-
 bewertung 2007/08** 1499

BMF: Bilanzsteuerrechtliche Berücksichtigung von sog.
 Nur-Pensionszusagen
 BB-Kommentar von Thomas Weppler 1504

// ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Volker Rieble
Das neue Arbeitskampfrecht des BAG 1506

// BB-MAGAZIN

Dr. Thomas Schänzle, StB
**Geplanter Richtlinienvorschlag zur gemeinsamen
 konsolidierten Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage
 in der EU (GKKB): Ein neues Zeitalter in der europäischen
 Konzernbesteuerung?** M1

Constanze Hacke
**Interview mit Prof. Dr. Roman Seer über Steuermoral:
 „Ist der Ehrliche der Dumme?“** M16

Prof. Dr. Volker Rieble

Das neue Arbeitskampfrecht des BAG

Mit der Entscheidung vom 19.6.2007 hat das BAG die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen – unter gewissen Voraussetzungen – auch auf den Unterstützungstreik ausgeweitet. Der nachfolgende Beitrag betrachtet nunmehr, welche Neuerungen die Entscheidung in das Arbeitskampfrecht einführt, welche Aussagen das BAG trifft und welche Reichweite diese haben. Im Anschluss daran wird sowohl die Grundrechtsdogmatik als auch die einfachrechtliche Ebene beleuchtet. Abschließend gibt der Beitrag einen Kurzabriss über die Entwicklung der Rechtsprechung im Arbeitskampfrecht.

I. Bedeutung der Entscheidung des BAG vom 19.6.2007

Die Unterstützungstreik-Entscheidung des BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06¹ – schafft neues Arbeitskampfrecht. Methodisch ist sie kein Akt der Rechtsfindung, sondern politische Entscheidung². Dem Gericht geht es um die „Ausweitung der Kampfzone“: Der Unterstützungstreik, der bislang grundsätzlich verboten war³, ist nun grundsätzlich erlaubt. Um seriöse judikative Herleitung ist der Senat nicht bemüht. Das neue Recht gilt, weil dies der Erste Senat so will – und nicht weil er dafür transparente Argumente hätte. Der konkrete Streik wäre auch nach der bisherigen Rechtsprechung als Sympathiestreik im Konzern zulässig gewesen; die Rechtsprechungswende war nicht entscheidungserheblich⁴. Der Senat wollte „unbedingt“ kreativ sein; vielleicht weil sein Partizipationskampfansatz aus 2003 stark kritisiert worden ist⁵. Jedenfalls gibt der Senat seine Partizipationslehre zum Unterstützungstreik implizit auf – ohne das zu sagen. Für voluntative politische Richterrechtssetzung ist allenfalls der Große Senat zuständig; der Erste ist inkompetent⁶ und wegen der Abweichung vom Kampfkontrollkonzept des Großen Senats auch nicht der gesetzliche Richter. Die Entscheidung belegt vor allem den Machtanspruch des Senats. Demutszeichen der Präsidentin – Arbeitsrichter seien Diener, nicht Herren des Arbeitsrechts⁷ – sind nicht ernst gemeint. Die Autorin Schmidt verlangt für jede Veränderung der Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit einen belegbaren Änderungsbedarf, dem die Rechtsänderung verhältnismäßig Rechnung tragen müsse – damit die Umgestaltung nicht der „rechtspolitischen Beliebigkeit“ unterfalle⁸. Offenbar soll das für die gewerkschaftsnützige Richterrechtsänderung des Ersten Senats nicht gelten: Die Entscheidung belegt keinen Änderungsbedarf, er ist nicht ansatzweise ersichtlich⁹.

Auch materiell überzeugt die Entscheidung nicht. Sie verlangt nach einer Polemik (*pólemos*: wissenschaftliche und leidenschaftliche Auseinandersetzung)¹⁰. Freilich verträgt die kaum einer; es ist kommod geworden, eine Kritik ungeachtet ihres Argumentationsgehalts zurückzuweisen, weil der Autor als Person verdächtig oder seine Wortwahl zu beanstanden ist¹¹. Sozialpolitische Korrektheit zieht der Streitkultur die Zähne; diese hat keinen Biss mehr. Eris kommt nicht zu ihrem Recht. Gerade weil der erste Senat des BAG nicht nur empfindsam (für soziale Ungerechtigkeit), sondern auch empfindlich (ge-

genüber leidenschaftlicher Kritik¹²) ist, will ich es schonend versuchen.

1. Drei Aussagen des BAG

Die Entscheidung trifft drei elementare Aussagen, lässt eine entscheidende Frage offen und eröffnet ein Schmankehl:

- An erster Stelle steht das Ergebnis: Der *Unterstützungstreik* (auch: Sympathie- oder Solidaritätstreik) – verstanden als Streik außerhalb des Tarifgebiets, auch unter Einbezug dritter Kampfparteien – ist als *Koalitionsbetätigung* wegen Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich zulässig (I 1 der Gründe, Nr. 9 ff.), unterliegt aber der arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle (I 2 c, Nr. 17 ff.). Damit wird die bisherige Beschränkung des Kampfes auf das Tarifgebiet und auf die Tarifparteien aufgegeben.
- Die *Verhältnismäßigkeitskontrolle* prüft, ob das Kampfmittel gemessen an seinem Ziel, Tarifabschlussdruck zu erzeugen, zu große Schäden anrichtet. Das Ultima-ratio-Prinzip ist der zeitliche Aspekt des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Die dreistufige Verhältnismäßigkeitskontrolle wird vom BAG modifiziert: Ob ein Kampfmittel geeignet und erforderlich ist, entscheidet die Kampfpartei – hier also die angreifende Gewerkschaft – kraft eigener Vernunftbegabung. Das BAG will nur auf „offensichtliche Unverhältnismäßigkeit“ kontrollieren (Nr. 26 und 27). Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also die Proportionalität von Kampfdruck und Kampfschaden bleibe hiervon unberührt: „Insoweit steht einer Arbeitskampfpartei keine Einschätzungsprärogative zu, geht es doch hierbei nicht

1 NZA 2007, 1055 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 140 = AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = JZ 2008, 97 mit Anm. Junker, S. 102; Konzen, SAE 2008, 1 ff.; Hohenstatt/Schramm, NZA 2007, 1034; Reinartz/Olbertz, DB 2008, 814; Sunnus, AuR 2008, 1; Paukner, ZTR 2008, 130; halbamtliche Erklärung durch Krefz, BB-Special 4/08, 11. Vgl. den gekürzten Volltext des Urteils unter www.betriebs-bera-ter.de. // **BB-ONLINE** BBL2008-1506-1.

2 So die übereinstimmende Wertung von Konzen, SAE 2008, 9; Junker, JZ 2008, 103; Reinartz/Olbertz, DB 2008, 815.

3 Zentral: BAG, 5.3.1985 – 1 AZR 468/83 – AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 57 = NZA 1985, 504; weiter 12.1.1988 – 1 AZR 219/86 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 73 = AP Nr. 90 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1988, 474; weiter BAG, 9.4.1991 – 1 AZR 332/90 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 98 mit Anm. Rieble = AP Nr. 116 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 815; Buchner, BB 2008, 106.

4 Auch Konzen, SAE 2008, 1.

5 BAG, 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 mit kritischer Anm. Rieble = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit krit. Anm. Thüsing = NZA 2003, 866; Rolfs/Clemens, NZA 2004, 410, 416 f.; Konzen, Die Rechtsstellung des Außenseiter-Arbeitgebers beim Verbandsarbeitskampf, GedS Heinze 2005, S. 515 ff.; Hohenstatt/Schramm, DB 2005, 774.

6 Auch Konzen, SAE 2008, 7 und 9.

7 Schmidt, FS Richardi 2007, S. 765, 775.

8 Schmidt, FS Richardi 2007, S. 768 f., in Gefolgschaft ihres Mentors Dieterich, RdA 2002, 1, 12, der das selbst nicht ernst meint: ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 220; gegen Traditionspflege Rieble, ZfA 2004, 44 f.

9 Konzen, SAE 2008, 7 f.

10 Der Begriff ist ungebildeten Richtern nicht bekannt. ArbG Hannover vom 18.5.2006 – 10 Ca 617/04 – DB 2006, 1847, zitiert „einerseits die – wie immer interessengebundene – Polemik von Bauer/Arnold, NJW 2006, 6“, argumentiert damit höchstselbst ad personam, spricht jenen Autoren jedes Bemühen um Objektivität kraft richterlich überragender Sachkenntnis („wie immer“) vermuteter Interessenbindung ab und betätigt sich als Zensor „im Namen des Volkes“. Leider kein Einzelfall!

11 Aufrecht: VGH Baden-Württemberg, 6.8.1990 – 9 S 1725/89 – NwWz 1991, 184.

12 So beanstandet die „Erfürter Wissenschaftsaufsicht“ unliebsame Veröffentlichungen und Kongressvorträge bei Redakteuren und spricht sich für Auftrittsverbote aus. Großzügig reagiert das BAG auf ehrverletzende Äußerungen von Arbeitnehmern: BAG, 16.5.1991 – 2 ABR 83/90 – juris-verbale Entgleisung eines Betriebsratsvorsitzenden; BAG, 24.6.2004 – 2 AZR 63/03 – EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 65 = AP Nr. 49 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NZA 2005, 158 („brauner Mob“); BAG, 24.11.2005 – 2 AZR 584/04 – NZA 2006, 650 = EzA § 626 BGB 2002 Nr. 13 = AP Nr. 198 zu § 626 BGB.

um eine tatsächliche Einschätzung, sondern um eine rechtliche Abwägung“ (Nr. 28).

- Die Ausweitung der Kampfzone wird komplettiert durch ein *restriktives Verständnis der Friedenspflicht*: Diese verbietet nur den Arbeitskampf gerade um den Tarifvertrag, aus dem die Friedenspflicht folge – aber nicht den Unterstützungskampf um einen anderen, fremden Tarifvertrag. Das heißt: Dieselbe oder eine andere Gewerkschaft kann im befriedeten Tarifgebiet jedweden Unterstützungstreik um einen Tarifvertrag führen (Nr. 30).
- Diffus sind die Äußerungen des Gerichts zur *Akzessorietät des Unterstützungstreiks*. Die Unzulässigkeit des Hauptarbeitskampfes soll nur über die Verhältnismäßigkeitsprüfung zur Rechtswidrigkeit auch des Unterstützungstreiks führen können. „Regelmäßig unangemessen ist ein Unterstützungstreik dann, wenn der Streik, zu dessen Unterstützung er geführt wird, rechtswidrig ist“ (Nr. 44). Jede Regel kennt eine Ausnahme – welche Unterstützung eines rechtswidrigen Hauptkampfes kann denn rechtmäßig sein?
- Als Verschärfungsoption hält das Gericht ein Schmäckerl bereit: Ob der *Demonstrationskampf* – der bislang strikt verboten ist – nicht doch als Koalitionsbetätigung zu eröffnen sei, lässt das Gericht bewusst offen. „Die Frage, ob auch reine Demonstrationstreiks, mit denen ohne Bezug auf einen um einen Tarifvertrag geführten Arbeitskampf lediglich Protest oder Sympathie – etwa für oder gegen Entscheidungen des Gesetzgebers – zum Ausdruck gebracht werden soll (...), zur gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit gehören, stellt sich vorliegend nicht“ (Nr. 13). Das kann als Einladung an die Gewerkschaften gemeint sein, es doch einmal zu versuchen.

2. Reichweite der neuen Rechtsprechung

Das BAG definiert den Unterstützungstreik als Streik außerhalb des Tarifgebiets. Ebenso kann man darauf abstellen, dass fremde Tarifparteien aktiv oder passiv einbezogen werden. Das führt zu drei grundlegenden Erscheinungsformen des „Unterstützungstreiks“:

- Streik derselben Gewerkschaft gegen die Arbeitgeber-Tarifpartei nur außerhalb des Tarifgebiets des Hauptarbeitskampfes,
- Streik einer Drittgewerkschaft gegen die Tarifpartei auf Arbeitgeberseite,
- Streik der Gewerkschaft gegen einen tariffremden Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband.

Die neue Rechtsprechung lässt mit dem generellen Unterstützungstreikrecht erstaunliche Kampfvarianten zu:

- Konzernarbeitskampf ohne Rücksicht auf geltende Tarifbindungen – der wegen „wirtschaftlicher Verflechtung“ schon nach der bisherigen Rechtsprechung zulässig sein soll,
- umfassendes Streikrecht in Gemeinschaftsbetrieben trotz vertragsarbeitgeberbezogener Tarifbindung,
- Unterstützungstreik der Leiharbeiter (über das Leistungsverweigerungsrecht des § 11 Abs. 5 AÜG hinaus),
- Arbeitgeberverbandsmitglied mit laufendem Sanierungstarif wird in Verbandsstreik einbezogen, obschon dieser für ihn gar nicht gelten kann,
- Streik gegen Tarifverband, um Haustarife gegen OT-Mitglieder zu erzwingen – mit Blick auf eine Verbandsverflechtung,
- Streik gegen OT-Mitglieder im Hauptkampf gegen den Tarifverband,
- Streik gegen tarifgebundene Unternehmen eines Konzerns um Tarifdumping durch tariffreie Konzerngesellschaften zu verhindern,

- vorgeschobener Unterstützungstreik, um friedenspflichtwidrig einen „Tarifnachschatz“ zu verlangen – damit sich der Streik auch für die Unterstützer lohnt,
- Unterstützungstreik im Ausland.

3. Mäßige praktische Bedeutung

Gleichwohl geht das Abendland nicht unter, für Alarmismus besteht kein Anlass – auch die Parität ist nach meinem Eindruck nicht in Gefahr: Die Mobilisierungskraft des Streikaufrufes fußt darauf, dass den Streikenden der Tariferfolg zugute kommt. Arbeitnehmer streiken für eigene Arbeitsbedingungen. Der Streik zugunsten Dritter mag als spontane und kurze Solidaritätsdemonstration funktionieren, die immer auch der kollektiven Selbstvergewisserung der Aktivisten dient; ein nachhaltiger Kampferfolg ist nicht in Sicht.

Arbeitnehmer im vom angestrebten Tarifvertrag nicht erfassten Drittbetrieb sind zu einem streikbedingten Entgeltopfer ohne Tarifertrag in der Regel nicht bereit. Nichtorganisierte werden ohne Streikunterstützung von vornherein kaum bereit sein, für ein fremdes Tarifgebiet und ohne Teilhabe am Tariferfolg zu streiken. Auch Gewerkschaftsmitglieder müssen trotz Streikunterstützung Entgelteinbußen hinnehmen. Das belegen die vom BAG entschiedenen Fälle von Streiks im nicht tarifbetroffenen Drittbetrieb, von der Sympathiestreikentscheidung 1985 (Fn. 3) über die Partizipationskampfsentscheidung 2003 (Fn. 5) bis zur jetzigen Unterstützungskampfsentscheidung 2007: Immer haben nur wenige Arbeitnehmer für die fremde Tarifaufsetzung jeweils kurz gestreikt. Offenbar neigen Drucker – um sie ging es in allen drei Fällen – zu solcher „Solidarität“.

Immerhin ist es denkbar, dass die kampfführende Gewerkschaft sich dazu entschließt, die Unterstützungsleistungen für den Sympathiekampf aufzustocken: Streikprämie als Gegenstück zur Arbeitsprämie („Streikbruch“-Prämie) des Arbeitgebers (ver.di soll das schon praktizieren). Indes hülfe auch dies nur begrenzt: Die Unterstützungstreikenden bringen – wenn ihre Arbeitsniederlegung effektiv ist – ihre nicht-streikenden Kollegen um Lohn und Brot. Das führt zu erheblichem Binnendruck in der Drittbelegschaft, dem die Streikenden nicht lange standhalten werden. Am Ende könnte gar eine Druckkündigung stehen.

Effektiv wird der Unterstützungstreik nur dann, wenn er für eigene Ziele eingesetzt wird. Krassere Fälle sind der vorgeschobene Unterstützungstreik, der die Friedenspflicht unterläuft, um einen Nachschlag zu fordern. Auch kann es um die Abwehr von Lohnunterbietung gehen, vor allem im Konzern, der mit tariffreien Gesellschaften partielle Tariffucht begeht. Der aktuelle Kampf der IG Metall um die Altersteilzeit zeigt eine weitere tarifpolitische Dimension: Die streikende Unterstützung eines Pilotstreiks im fremden Tarifgebiet kann sich für die Streikenden lohnen, weil sie am dortigen Tarifergebnis partizipieren. In aller Regel könnte die Gewerkschaft freilich in den anderen Tarifgebieten ebenfalls selbständig streiken; mit dem Unterstützungstreik können allenfalls unterschiedliche Auslauftermine der Friedenspflicht unterlaufen werden.

Die zentrale Bedeutung liegt anderswo: Gewerkschaften setzen Kurzstreiks vielfach aus organisationspolitischen Gründen ein. Auch kurze Streiks vermitteln ein Solidaritätsgefühl, stärken die Mitgliederbindung und werben sogar neue Mitglieder („Rabatz-Theorie“). Dies alles ist in der Praxis gut zu beobachten und wird im Gespräch von Gewerkschaftsvertretern bestätigt. Dem Einwand, dass der Streik funktionswidrig zur Mitgliedergewinnung durch Schädigung und auf Kos-

ten des Gegenspielers eingesetzt wird¹³, geht das BAG nicht nach. Bloße „Kampfkraftdemonstrationen“ sind kein zulässiges Streikziel. „Das Ultima-ratio-Prinzip verbietet daher den Arbeitskampf um des Arbeitskampfes und der Demonstration einer Stärke willen.“¹⁴

II. Merkwürdige Grundrechtsdogmatik

1. Klarer Ausgangspunkt

Ausgangspunkt aller Weiterungen des Senats ist sein modifiziertes Verständnis der Verfassungsvorgaben für die Tarif- und Streikfreiheit: Richtig ist, dass mit Aufgabe der „missverständlichen“ Kernbereichslehre¹⁵ sämtliche Betätigungen einer Koalition im Rahmen der besonderen Zwecksetzung der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vom Grundrechtsschutz „im Prinzip“ erfasst werden (Nr. 11 ff. der Gründe). Für den klassischen Arbeitskampf um den Tarifvertrag im Tarifgebiet als Kampfgebiet heißt das nichts: er rechnete immer schon zum geschützten Kernbereich. Nach diesem ersten – richtigen – Schritt folgt der zweite, ebenso richtige: Die konkrete Reichweite der Koalitions- und damit der Kampfbefugnisse ist eine Frage der Ausgestaltung durch das einfache Recht (Nr. 14 ff. der Gründe) – und damit auch durch das Richterrecht des Arbeitskampfes, jedenfalls „solange“ das BVerfG ernstlich meint, der Parlamentsvorbehalt des Art. 20 Abs. 3 GG spiele im Arbeitskampfrecht keine Rolle¹⁶.

Hier nun hätte ein verantwortungsbewusster Regelungsgeber angesetzt und gefragt, wie jene Randbetätigungs Kompetenzen der Koalitionen außerhalb des Hauptarbeitskampfes „vernünftig“ auszugestaltet sind. So hat es der große Senat 1955 und 1971 gehalten – und so hat auch der Erste Senat 1985 den Sympathiestreik für grundsätzlich unzulässig gehalten. Dahinter stand die – richtige – Erwägung, dass der Arbeitskampf aus tarifvertraglichen Gründen nur zwischen den Tarifparteien und nur im Tarifgebiet (= Geltungsbereich des Tarifvertrages) stattfinden dürfe: Dort musste die Gewerkschaft für einen Erfolg aus eigener Kraft sorgen, wobei es ihr immerhin gestattet war, die tariffreien Arbeitnehmer, also die nicht- und andersorganisierten, für ihr Kampfanliegen zu gewinnen.

2. „Kreationismus“

Das ist jetzt anders – ohne dass man dies mit der Preisgabe der Kernbereichslehre irgendwie rechtfertigen könnte. Das BAG sagt weder, dass das bisherige Richterrecht verfassungswidrig gewesen sei, noch erwägt es ernsthaft, das TVG als Restriktion der Regelungsrechte für Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für eine unverhältnismäßige Ausgestaltung zu halten (und dem BVerfG vorzulegen). Im Gegenteil hält der Erste Senat daran fest, dass nicht jede Koalition tariffähig ist, so dass deren Betätigungsrechte aus vernünftigen tarifvertraglichen Gründen beschnitten werden¹⁷. Mit dem Tarifvertrag ist jenen Koalitionen zugleich jedes Streikrecht genommen.

Den entscheidenden Satz hat das Gericht einer Bundesverfassungsgerichts(kammer)entscheidung¹⁸ entnommen, die eine Verfassungsbeschwerde gegen die Partizipationskampfsentscheidung nicht angenommen hat. Dort heißt es: „Eine Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen durch die Fachgerichte als rechtswidrig kommt deshalb grundsätzlich nur in Betracht, wenn eine Arbeitskampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist.“¹⁹ Jene Aussage ist erstaunlich: Das BVerfG hatte nicht darüber zu befinden, welchen Grenzen den Fachgerichten bei der Beanstandung von Kampfmaßnahmen gezogen sind. Das angegriffene Partizipationskampfurteil

hatte den Streik nicht beanstandet. Selbst wenn man jenen Satz also so lesen wollte, wie ihn das BAG zitiert hat, wäre er bloßes obiter dictum. Versucht man sich als schlichter Textversther, so liegt die Sache einfach. Das BAG hatte schon in der Partizipationskampfsentscheidung den „Koalitionen“ (gemeint: den Gewerkschaften) „einen Beurteilungsspielraum bei der Frage zugesprochen, ob eine Arbeitskampfmaßnahme geeignet ist, Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben“, freilich ohne Beschränkung auf „offensichtliche“ Unverhältnismäßigkeit. Eben dies hat das BVerfG nicht beanstandet²⁰. Dementsprechend ist jener Satz nicht als „Verfassungsrecht“ gemeint, sondern als Bestätigung des BAG, was sich aus einem vorangehenden Satz der Kammerentscheidung erhellt: „Andererseits durfte die Gewerkschaft – wie das BAG näher ausgeführt hat – davon ausgehen, dass die Einbeziehung der Bf. in den Arbeitskampf nicht ungeeignet war, um Druck auf die Arbeitgeberseite zur Durchsetzung des Verbandstarifvertrags zu erzeugen.“ Das „deshalb“ im vom BAG zitierten Kernsatz jener Kammerentscheidung bezieht sich nicht auf ein Verfassungsgebot, sondern auf die unbeanstandete Partizipationskampfsentscheidung.

Verfassungsrechtliche Vorgaben hat das BVerfG in der Aussperrungsentscheidung aus 1991 und in derjenigen zu § 116 AFG gemacht. Eben diese hat die Kammer im Textzusammenhang zitiert. Dort heißt es: „Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen. Die Einzelheiten sind in der arbeitsrechtlichen Literatur stark umstritten. Das BAG stellt in seiner Rechtsprechung zum Arbeitskampf darauf ab, wie sich die Verhandlungsstärke der Gegenspieler beim Aushandeln von Tarifverträgen auswirkt und wie sie durch Arbeitskampfmittel beeinflusst werden kann ... Der Gesetzgeber ist allerdings bei der Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit nicht daran gebunden. Er kann auch andere Regeln aufstellen, die verhindern sollen, dass eine der Tarifvertragsparteien ein Übergewicht bei Tarifverhandlungen erhält. Verfassungswidrig ist sein Ansatz erst dann, wenn er von vornherein ungeeignet ist, dieses Ziel zu erreichen. Der Gesetzgeber ist allerdings nicht verpflichtet, Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen.“²¹ Was das Gericht für den Gesetzgeber des damaligen AFG sagt, gilt ebenso für das BAG als Ersatzgesetzgeber des Arbeitskampfrechts.

13 Eingehend Rieble, Anm. EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 unter I 3.

14 BAG, 9.4.1991 – 1 AZR 332/90 – NZA 1991, 815 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 116 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 98, zu II 3; insofern noch bestätigt durch die Partizipationskampfsentscheidung (Fn. 5) unter B I; ebenso ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 120, 122.

15 BVerfG, 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 – BVerfGE 93, 352 = EzA Art. 9 GG Nr. 60 = AP Nr. 80 zu Art. 9 GG = NZA 1996, 381.

16 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvL 779/85 – BVerfGE 84, 212 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 mit kritischer Anm. Rieble = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 809; darauf beruft sich der Senat Nr. 16 der Gründe. Hiergegen jüngst wieder Höfling/Engels, Der „Bahnstreik“ – oder Offenbarungseid des Arbeitskampfrichterrechts?, NJW 2007, 3102; instruktiv auch Burkiczak, SAE 2008, 32 ff.

17 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 „CGM“ – EzA § 2 TVG Nr. 28 = AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit = NZA 2006, 1112; BAG, 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 „JFO“ – EzA § 2 TVG Nr. 27 = AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit = NZA 2005, 697.

18 Nichtannahmebeschlüsse des BVerfG haben keinerlei über das Verfahren hinausreichende Wirkung, insbesondere keine Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG.

19 BVerfG, 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – NZA 2004, 1338 unter B II 2 b am Ende, worauf sich das BAG hier Nr. 19 der Gründe beruft.

20 Zu recht, die Partizipationskampfsentscheidung ist falsch (Fn. 5), aber nicht verfassungswidrig.

21 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 u. a. – BVerfGE 92, 365 = EzA § 116 AFG Nr. 5 = AP Nr. 4 zu § 116 AFG = NZA 1995, 754 unter C I 1 c der Gründe. Hervorhebung von mir.

Hier spielen sich also BVerfG und BAG Bälle zu – ein (gegenüber Kritik) geschlossenes, selbstreferentielles und selbstzufriedenes System. Die Kammern des BVerfG überdehnen ihre beschränkte Entscheidungskompetenz, derogieren gewachsene Senatsrechtsprechung und setzen „rechtspolitische Impulse“. Folge ist der Abschied von einem dogmatischen Verständnis der Koalitionsfreiheit²². Der Erste Senat hat für seine fundamentale Rechtsprechungswende kein Argument – außer diesem Zirkelzitat. Der Kaiser ist nackt. Die aus Art. 9 Abs. 3 GG gewonnene „Abwägungsdoktrin“ ist bloße Ermächtigungsklausel für subjektive Billigkeitsurteile. Das muss man nicht schlecht finden; es eröffnet umfassenden Beliebigkeitsspielraum.

Immerhin ein Argument gibt es für den Ansatz des BAG: Arbeitskämpfe sollen autonom durch Kampf und nicht durch den Staatszugriff der Gerichte entschieden werden. Das spricht in der Tat dafür, keine Paritätsvorstellungen in das Arbeitskampfrecht zu projizieren, zumal sich Parität nicht ansatzweise feststellen lässt, wie der Senat in zitatloser Verbeugung vor *Zöllner*²³ selbst sagt (Nr. 21 der Gründe). Nur: Ein Argument für beliebige Drittschädigung ist das nicht. Dass die Kampfparteien selbst durch Mobilisierung eigener Kräfte Parität herzustellen haben, heißt nicht, dass dies auf Kosten Dritter geschehen darf. Zurückdrängen mag man die Proportionalitätsprüfung im engeren Sinne, nie aber die Beschränkung dieser Machtausübung.

3. Konsequente Absurdität

Wollte man mit jener zirkulären Selbstgerechtigkeit ernst machen, geriete manches ins Absurde²⁴. Erstens wäre die Beschränkung des Streiks auf die Tariferzwingung kaum zu halten: Politische Ziele und Rechtsdurchsetzung gehören zu den geschützten Koalitionsbetätigungen. Weshalb also wird den Koalitionen das politische und Demonstrationsstreikrecht vorenthalten, sowie den Durchsetzungstreik? Auch hier sind diffuse Wirkungsmöglichkeiten denkbar, die dem geschützten Koalitionsanliegen zum Erfolg verhelfen. Warum erhalten die nicht-tariffähigen Koalitionen kein Streikrecht²⁵ für ihre Koalitionstätigkeiten? Wer Kampfmittelfreiheit zu außertariflichen Zwecken fordert, kann diese nicht auf tariffähige Gewerkschaften beschränken. Auch wird man überlegen müssen, ob Kampfmittelfreiheit nicht auch bislang als unzulässig erkannte „Methoden“ wie Werksbesetzungen oder -blockaden, Sabotageakte und dergleichen umfasst, die von Strategen der Arbeitnehmerseite mitunter als „phantasievolle Aktionen“ befürwortet werden²⁶. Beispiel ist der von ver.di jüngst eingesetzte „Flashmob“: Der Einzelhandelsstreik ist wirkungsarm, weil zuwenig Arbeitnehmer streikbereit sind, die Arbeitgeber ihrerseits Leihkräfte einsetzen, die nicht daran denken, von ihrem Streikarbeitsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen. Deswegen werden „Aktivisten“ in fremde Märkte gerufen, in denen sie Einkaufswagen befüllen (auch mit verderblicher Ware) und stehen lassen, um den Betrieb lahmzulegen²⁷. Koalitionsfreiheit als Recht zur Sabotage – und dies nur, weil die Gewerkschaft bei den Arbeitnehmern keinen Überzeugungserfolg erzielt?

Wer damit ernst macht, wird in einem ersten Schritt wertungsoffene Rechte der Arbeitgeber über Art. 9 Abs. 3 GG beschränken, vor allem das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Sodann könnten absolute und notwehrfähige Rechte wie Eigentum und Besitz entsprechend „ausgestaltet“ werden – mit einer Koalitionsbetätigungshypothek. Weshalb sollten Betriebsbesetzungen und -blockaden noch verboten sein? Das Verhältnismäßigkeitsprinzip geböte doch nur eine zeitliche Beschränkung. So ließe sich schließlich die gezielte

Störung eines EDV-Systems als Kampfmittel rechtfertigen. Letzte Grenze wäre schließlich die körperliche Integrität und die Privatsphäre der auf Arbeitgeberseite Handelnden. Das muss nicht gleich in die in Frankreich praktizierte Geiselnahme von Managern im Arbeitskampf umschlagen. Auch Mahnwachen vor der Privatwohnung oder dem Hotelzimmer (Fall Wiedeking) sind wirkungsvoll oder nächtliche lautstarke Demonstrationen. Ziel solcher Koalitionsbetätigungs-„Rechte“ müssen nicht stets Arbeitgeber sein. So wurde in München Streikbrechern durch nächtliche Motorradcoursi um ihre Wohnblocks Unwillen „demonstriert“.

Kampfmittelfreiheit kraft eigener Selbsteinschätzung müsste theoretisch den Arbeitgeberverbänden zukommen, die in der Vergangenheit in ihrem Aussperrungsrecht durch intensive Verhältnismäßigkeitsprüfung stark beschränkt worden sind²⁸. Werden „die Fachgerichte“ hier ein freies Selbsteinschätzungsrecht des Verbandes akzeptieren und die Aussperrung, auch die lösende nur bei offenkundiger Unverhältnismäßigkeit beschränken – gegen den Großen Senat? Praktisch wird die lösende Aussperrung²⁹, wenn die Gewerkschaft im Zuge einer Betriebsstilllegung um einen Abfindungstarifvertrag streikt³⁰ (wie im Fall Electrolux/AEG): Die lösende Aussperrung kann die Betriebsstilllegung beschleunigen; sie beendet Arbeitsverhältnisse ohne Kündigungsschutz, unabhängig vom Interessenausgleichsverfahren und frei vom Massenentlassungsschutz. Wer gezielt nur Streikende oder „Rädelführer“ angreift, erzielt eine ungemein „disziplinierende Wirkung“. Jene verlieren ihren Arbeitsplatz ohne Abfindung und können bei der Gewerkschaft um Streikunterstützung in Höhe der hypothetischen Sozialplanabfindung nachsuchen.

Die lösende Aussperrung kann nach dem großen Senat überdies zur „Politik der offenen Tür“ genutzt werden: So lassen sich langfristige Streikende aus dem Betrieb entfernen, um Ersatzkräfte einzustellen. Das können bewährte streikunwillige Zeitarbeiter sein. Mit der lösenden Aussperrung kann sogar das erreicht werden, was kündigungsgesetzlich ausgeschlossen ist: Der Austausch von Stammarbeitnehmern durch Leihkräfte. Zeigt nicht auch der Aussperrungsbeschluss selbst, dass die Arbeitgeberseite das Kampfmittel braucht? Hierzu schweigt das Gericht.

4. Widerspruch zum EuGH

Der EuGH hat in den Entscheidungen Viking Line (oder: Rosella) und Laval gerade klar gemacht, dass das Streikrecht als Grundrecht zum (noch) ungeschriebenen europäischen Primärrecht rechnet, dass es als private Freiheit zwar die Grundfreiheiten des EGV beeinträchtigen kann, dass aber drittens die nationalen Gerichte eine konkrete Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen haben³¹. Von einer Be-

22 Kritisch zur „Methode“ des BVerfG *Shlink*, JZ 2007, 157 ff., der mit Recht Beliebigkeit konstatiert.

23 Die Fortentwicklung des Richterrechts zum Arbeitskampf, insbesondere zur Aussperrung, DB 1985, 2450, 2453 ff.; allgemeiner *ders.*, Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, FS 100 Jahre GmbHG 1992, S. 85, 113 f.; weiter *Adomeit*, NJW 1994, 2467; für das Arbeitskampfrecht *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb 1996, Rn. 1376 ff.

24 Verf. ist sich der Gefahr des argumentum ad absurdum bewusst; jenes wird in Erfurt mitunter als Aufforderung zur Konsequenz verstanden.

25 Dazu *Rieble*, RdA 2005, 200; *Bepler*, FS Wißmann 2005, S. 97 ff.

26 Ablehnend *Stahlhacke*, Zulässigkeit neuer Kampfmittel im Arbeitskampf 1994; *Wesch*, Neue Arbeitskampfmittel 1993; *Richter*, Grenzen aktiver Produktionsbehinderung im Arbeitskampf (2005); sympathisierend *Erk/Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 275 ff.; *Treber*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen 1996.

27 Dazu *Rieble*, NZA 2008, Heft 14.

28 Dazu *Rieble*, ZfA 2005, 245, 249 ff. m. w. N.

29 Für sie *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 16 f.; *Greiner*, NZA 2007, 1023.

30 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 139 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan.

31 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 „Viking“ – NZA 2008, 124 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 141; v. 18.12.2007 – C-341/05 „Laval“ – NZA 2008, 159 = BB 2008, 172 kommentiert von *Huke*; dazu *Rebhahn*, ZESAR 2008, 109 ff.; *Zwanziger*, DB 2008, 294.

schränkung derselben auf „Offenkundigkeit“ kann keine Rede sein! Im Gegenteil formuliert der EuGH eindeutig: Der von der kämpfenden Gewerkschaft repräsentierte Arbeitnehmerschutz als „zwingender Grund des Allgemeininteresses“ dürfe die Grundfreiheit des Art. 43 EGV nur dann beschränken, wenn es *erwiesen* (!) ist, dass die Beschränkung geeignet ist, die Erreichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Eine auf offenkundige Unverhältnismäßigkeit beschränkte Streikkontrolle genügt dieser Vorgabe nicht.

5. Verfassungswidriges Abwägungsdefizit

a) Schutzpflicht und Untermaßverbot

Die vom Großen Senat in beiden Entscheidungen eindringlich geforderte Begrenzung des Kampfes ist Reaktion auf die Schädigung des im Arbeitskampf Angegriffenen – aber auch Dritter und der Allgemeinheit, 1955 nach dem Prinzip der Sozialadäquanz³² und 1971 nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³³.

Heute ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung Ausdruck praktischer Konkordanz: Die durch das Kampfmittel bewirkte finale und massive Beeinträchtigung der Opfer in ihrer Berufsfreiheit als Unternehmer und als Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie Dritter in ihrer Handlungsfreiheit gebieten Schutz vor dem unbegrenzten Kampf. Wenn schon die Tarifmacht zum Schutz der Normunterworfenen von Verfassung wegen begrenzt werden muss³⁴ – dann ist es erst recht Aufgabe der staatlichen Schutzpflicht, den zwar zeitlich begrenzten, aber weitaus schärfer wirkenden Arbeitskampf als private Machtausübung zu beschränken – andernfalls verstößt der Staat als Regelsetzer gegen das Untermaßverbot³⁵. Hierfür hat der Große Senat in der Entscheidung vom 21.4.1971 mit dem kampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Grundlage geschaffen: Begrenzung der Kampfwirkung auf die Suspendierung der Arbeitsverhältnisse, Ultima-ratio-Prinzip, Begrenzung der Abwehraussperrung. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip war – richtig – konzipiert als externes kampfbeschränkendes Instrument³⁶: „Arbeitskämpfe müssen zwar nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem mögl. sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können. In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren aber Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Arbeitskämpfe müssen deshalb unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden.“³⁷

Mit der Unterstützungstreikentscheidung wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip aufgegeben – jedenfalls für die Streikkontrolle. An die Stelle der externen Kampfbeschränkung tritt die interne Selbsteinschätzung der Gewerkschaft hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit. Dass die Proportionalität als eigentliche Rechtskontrolle vorgeblich voll überprüft wird, ist eine Leerformel, die allenfalls beim Vernichtungstreik greifen könnte. Das BAG hat noch nie einen Streik als unverhältnismäßig beanstandet: Streiks werden auf ihre Rechtmäßigkeit doch typischerweise nur dann kontrolliert, wenn es (noch) nicht zum Tarifabschluss gekommen ist. Das aber indiziert gerade: Der Streik war nicht hinreichend druckvoll, um den Arbeitgeberwillen zu beugen – wie soll er da disproportional sein. Das ist eine

Münchhausiade: Der Streik rechtfertigt sich selbst und zieht sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf der Verhältnismäßigkeitskontrolle.

Der Erste Senat hat das Prinzip externer Kampfkontrolle lange schon untergraben. Die Unterstützungstreikentscheidung ist nur Bekenntnis zur Senatslinie: Das Ultima-ratio-Prinzip ist nach der Warnstreik-„Dogmatik“³⁸ dadurch entwertet, dass der Senat aus dem Streik selbst ableitet, dass Verhandlungen gescheitert sind: Hier schon ist die Selbstheilung gewerkschaftlicher Kampfhandlungen angelegt. Jetzt heißt es wie schon in der Partizipationskampfsentscheidung (Fn. 5): Der Streik ist erforderlich und geeignet, weil die Gewerkschaft ihn dafür hält. Ein Schelm, wer Böses denkt. Insofern nimmt der Senat eine Anleihe beim Methoden-Großmeister Rudi Carrell: Man kann nur aus dem Ärmel schütteln, was man selbst zuvor hinein getan hat.

Zugleich wird so die einseitige Kampfkontrolle noch einseitiger: Die Rücknahme der Geeignetheits- und Erforderlichkeitskontrolle hilft den Gewerkschaften; die Aussperrung hingegen darf auch künftig an der scharfen Proportionalität gemessen werden – so dass es beim „kalten Aussperrungsverbot“³⁹ bewendet und die Arbeitgeberseite kein effektives Kampfmittel mehr hat. Die bezeichnenderweise entgegen dem dictum des Großen Senats: „Die Anerkennung des Arbeitskampfes, das Prinzip der Neutralität und der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG verbieten es dem Staat ... die Kampfmittel der beiden Sozialpartner ungleichmäßig zu behandeln. Es gilt der Grundsatz der Waffengleichheit, der Kampfparität.“⁴⁰

Nun muss man sich um die Arbeitgeber als angegriffene Tarifpartei keine Sorgen machen: Markt und Wettbewerb sorgen für Innovation – auch im Arbeitskampf. Arbeitgeber weichen längst auf außerkampfrechtliche „Maßnahmen“ aus, mit der sie marktmäßig ihre Exit-Option nutzen: Die endgültige Betriebsstilllegung (oder die Drohung mit ihr) spottet der von BAG erfundenen vorübergehenden⁴¹. Investitionszurückhaltung ist eine Vorstufe. In der Zukunft ist mit der Insolvenz als Kampfmittel zu rechnen; vermögensarme Vertragsarbeitgeber für segmentielle Belegschaften können deren Kampfdruck mindern. Von der Konzern-Solidarisierung darf man sich hoffnungsvoll wenig versprechen, weil die allein kampffähigen Stammbesellschaften von der Segmentierung und der daraus folgenden Zwei-Klassengesellschaft Vorteile haben; die Zustimmung zur Zeitarbeit belegt das. Solche außerkampfrechtlichen Arbeitgebermaßnahmen haben den Vorteil für sich, dass das Kampfrechtsgefühl des Ersten Senats für sie nicht „gilt“. Umgekehrt ist richtig: Der Einfallsreichtum der Praxis ist derjenigen der Gerichte überlegen.

b) Unterstützungskampf gegen Dritte

aa) Legitimationsproblem

Das zentrale Problem des Arbeitskampfrechts ist die finale Drittschädigung (verkürzt werden die Dritten als „Außenseiter“ apostrophiert). Die bestreikten Drittarbeitgeber, die vom erkämpften Tarifvertrag

32 BAG GS, 28.1.1955 – GS 1/54 – AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1955, 882.

33 BAG GS, 21.4.1971 – GS 1/68 – AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Nr. 6 = NJW 1971, 1668.

34 Statt aller: Dieterich, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, FS Schaub 1998, S. 117 ff.

35 Eingehend Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb 1996, Rn. 1363 ff.

36 Sehr klar: Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht 1975, S. 538 ff.; weiter Konzen, Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, AcP 177, 473, 513 f. Jüngst Greiner, NZA 2007, 1024.

37 BAG GS, 21.4.1971 (Fn. 33) Teil III A 1.

38 BAG, 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 – AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75 = NZA 1988, 846.

39 Eingehend Rieble, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung [ZAF] 38 (2005), 218 ff.

40 BAG GS, 28.1.1955 (Fn. 32), unter II 1.

41 Leitentscheidung BAG, 22.3.1994 – 1 AZR 622/93 – NZA 1994, 1097 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 115 = AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

nicht erfasst werden, die von den Streikfolgen erfassten Arbeitnehmer, die gar nicht streiken wollen, und die Allgemeinheit, insbesondere die Verbraucher, können im Arbeitskampf nicht nachgeben, weil sie keinen Einfluss auf die tarifliche Willensbildung haben. Ihnen wird ein Kampfopfer abverlangt, indem sie nach dem Kampfkonzepth des BAG „zwangssolidarisiert“ werden⁴².

Der Senat rechtfertigt den Kampf gegen Dritte lapidar: „Eine Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts dahin, dass Unterstützungstreiks grundsätzlich unangemessen und deshalb rechtswidrig sind, wäre vielmehr eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit und Würde der Bedeutung des Grundrechts nicht gerecht.“ (Nr. 40) Das ist eine unbelegte Behauptung und impliziert, dass die Koalitionsfreiheit ein grundsätzliches Recht zur Schädigung unbeteiligter Dritter umfasst.

Insofern ist klar zu unterscheiden: Der Unterstützungstreik durch Dritte – fremde Gewerkschaften, aber auch nicht- oder andersorganisierte Arbeitnehmer – ist durch die freiwillige Kampfteilnahme „im autonomen Kampfbündnis“ legitimiert. Der Kampf gegen Dritte bezieht diese aber gegen deren Willen ein und bedarf deshalb einer anderweitigen Legitimation. Das BAG sieht diesen zentralen Unterschied nicht und leitet sogar aus dem Recht der Nichtorganisierten zur aktiven Streikteilnahme das Verbot der selektiven Aussperrung⁴³ ab. Dies dient der Schwächung der Arbeitgeberseite, die ihre beschränkte Aussperrungskampfkraft durch Streuverluste mindern und die solchermaßen ausgesperrten Nichtorganisierten in die Arme der Gewerkschaft treiben soll⁴⁴. „Freie Kampftaktik“ gilt nur für Gewerkschaften!

bb) Drittarbeitgeber

Unmittelbar drittschädigend wirkt der Unterstützungskampf gegen den Drittarbeitgeber – im Konzern und auch sonst. Der Unterstützungstreik gegen eine Nichttarifpartei nimmt diesen zur wirtschaftlichen Geisel⁴⁵; er selbst kann nicht nachgeben – und vielfach auch keinen Einfluss auf die Arbeitgeber-Tarifpartei nehmen. Der Hinweis auf vielfältige Kommunikationsmöglichkeiten des Angegriffenen auf die Tarifpartei ist – mit Verlaub – Blödsinn⁴⁶. Keine Tarifpartei auf Arbeitgeberseite wird auf bloßen Zuruf Dritter in Tarifverhandlungen nachgeben und so „Solidarität“ mit einem nicht-tarifgebundenen bestreikten Arbeitgeber zeigen. Unterstützungstreiks gegen Dritte sind typischerweise ungeeignet, den Tarifwillen zu beugen. Eben deshalb nimmt das BAG die Kontrolle auf offensichtliche Ungeeignetheit zurück und liefert den Drittarbeitgeber dem beliebig schädigenden Streikzugriff aus. 1985 hatte das BAG noch gesehen, dass solche Drittopfer besonders schutzbedürftig sind⁴⁷. Weswegen die staatliche Schutzpflicht vor Geiselnahme nun nicht mehr gilt, sagt der Senat nicht. Mit der Aufgabe der Kernbereichslehre (oben II) hat das nichts zu tun.

Geeignet ist ein Unterstützungstreik gegen fremde Arbeitgeber nur in zwei Fällen:

- Erstens bei Störung der Zuliefer- oder Absatzkette, weil die beim Drittarbeitgeber verursachte primäre Kampfstörung sich beim tarifgebundenen Arbeitgeber fortsetzt.
- Zweitens im Konzern, weil streikbedingte Störungen bei einer bestreikten Konzerngesellschaft wirtschaftlich als Ertrags- oder Wertverlust auch die Konzernmutter trifft.

Indes: Die Geeignetheit als solche rechtfertigt keinen Einbezug des Fremdarbeitgebers. Der Zweck heiligt nicht die Mittel. Die bezweckte

Fernschädigung des tarifgebundenen Arbeitgebers deckt doch nicht die unmittelbare Schädigung des tariffremden Arbeitgebers, der als Streikopfer oder Geisel nur Objekt ist. Mit derselben Begründung könnte man die Unterstützungsaussperrung von Ehegatten (und Lebenspartnern!) tarifgebundener Arbeitnehmer wegen wirtschaftlicher Verflechtung akzeptieren.

Das gilt auch für den *Konzernstreik*. Die Rechtsordnung anerkennt die konzernabhängige juristische Person durchweg als selbständig, auch das Arbeitsrecht. Es gibt keinen Konzernkündigungsschutz, weil eine Tochtergesellschaft als Vertragsarbeitgeber keine Möglichkeit hat, eine andere Konzerngesellschaft zur Aufnahme des gekündigten Arbeitnehmers zu bewegen⁴⁸. Es gibt auch keinen Konzerntarifvertrag. Warum also soll es den Konzernstreik geben? Der Rekurs auf die bilanzrechtliche Konzernabschlusspflicht (Konsolidierung)⁴⁹ ist abseitig: Dort geht es um den Konzern als wirtschaftliche und nicht rechtliche Einheit und um Information; der Konzernabschluss ist rechtlich irrelevant (für Zahlungsflüsse). Dass die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Konzern so darzustellen ist, als ob diese Unternehmen insgesamt ein einziges Unternehmen wären, schafft keine die juristische Selbständigkeit überwindende Fiktion. Weswegen im Arbeitskampfrecht der Konzern ausnahmsweise als rechtliche Einheit gesehen werden soll, wird nicht begründet und ist mir unerfindlich. Verlustausgleichsansprüche im Konzern (etwa § 317 AktG) zeigen die rechtliche Geschiedenheit der Konzernunternehmen. Und sie werfen ein kampfrechtliches Folgeproblem auf: Wenn einer Konzerntochter mit dem BAG zuzumuten ist, ein Streikbelastungsoffer zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft zu tragen, weshalb hat diese keinen Ausgleichsanspruch gegen die Obergesellschaft? Aus welchem Rechtsgrund hat die Tochtergesellschaften Kampflasten für andere zu tragen? Sie hat nicht einmal Vorteile vom Tarifschluss.

Auch das BAG sieht Begründungsdefizite und flüchtet sich in die formale Begründung, auch Arbeitnehmeraußenseiter dürften streiken und ausgesperrt werden (Nr. 41). Das ist haltlos, wie *Konzen* richtig bemerkt⁵⁰: Erstens ist auch der Einbezug der Arbeitnehmer-Außenseiter rechtfertigungsbedürftig, weil auch sie nicht naturrechtlich in Zwangssolidarität mit Gewerkschaftsmitgliedern stehen. Der Große Senat hatte dies damals mit einem frei erfundenen Prinzip der Einheit der Belegschaft im Arbeitskampf⁵¹ gerechtfertigt: Während sich das Mitstreikrecht der Nicht- und Andersorganisierten noch mit Paritätsdefiziten erklären lässt – ohne jene kommt die Gewerkschaft nicht weit – geht es beim Aussperrungsrecht um die praktischen Schwierigkeiten des Arbeitgebers, der über die aktuelle Gewerkschaftsmitgliedschaft nicht weiß und um die Kampfausweitung, die bei geringem Organisationsgrad andernfalls unmöglich wäre; zudem wird die Partizipation der Nichtorganisierten am Tarifergebnis angeführt⁵². Die Be-

42 Grundlegend: *Thüsing*, Der Außenseiter im Arbeitskampf 1996; auch *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht 2006, § 10 Rn. 38.

43 BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 331/79 – AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 38 = NJW 1980, 1653.

44 Näher *Rieble*, ZfA 2005, 245, 249 ff.; kritisch auch *Thüsing* (Fn. 42), S. 81 ff.; *Otto* (Fn. 42), § 10 Rn. 81 ff.

45 *Otto* (Fn. 42), § 10 Rn. 39.

46 Eingehend *Rieble*, Anm. EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 unter I 3; zustimmend *Konzen* (Fn. 5), GedS Heinze 2005, S. 520 f.

47 BAG, 5.3.1985 (Fn. 3), unter II 3 b und c.

48 BAG, 23.11.2004 – 2 AZR 24/04 – AP Nr. 132 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 135 = NZA 2005, 929; einschränkend i. S. einer Verschaffungspflicht auf tariflichem Kündigungsschutz BAG, 10.5.2007 – 2 AZR 626/05 – NZA 2007, 1278 = EzA § 626 BGB 2002.

49 § 297 Abs. 3 Satz 1 HGB, Nr. 46 der Gründe.

50 SAE 2008, 8: „schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar“.

51 BAG GS vom 21.4.1971 (Fn. 33), Teil III B 3; treffende Kritik von *Lieb*, RdA 1991, 145, 149 f.

52 Zu Recht kritisch *Thüsing* (Fn. 42), S. 70 f.

gründung des Großen Senates beschränkt sich letztlich auf eine „soziale Wirklichkeit des Kampfgeschehens“, ist also ein unzulässiger Schluss vom Sein auf das Sollen. Das ist die alte (und falsche) Lehre Nipperdeys vom Arbeitskampf als phänomenologisch notwendig kollektivem Geschehen. Selbst wenn man dieses falsche Prinzip hin- nimmt, ist es doch eng begrenzt. Eine unternehmensübersteigende Einheit aller Belegschaften (vulgo „Arbeiterklasse“) oder aller Unternehmen gibt es nicht. Die Engführung des Kampfes war vom Großen Senat grundsätzlich unternehmensbezogen gemeint; der Erste Senat bricht auch hier mit dem Großen.

cc) Drittbetroffene Arbeitnehmer

Gravierender noch sind die Wirkungen auf arbeitswillige Arbeitnehmer, gerne als „Streikbrecher“ diffamiert, so als ob alle Arbeitnehmer auf den Streik verpflichtet wären. Rechtfertigungsbedürftig ist schon der Minimax-Streik, bei dem einige wenige Arbeitnehmer – auch im Drittbetrieb – die Arbeit für viele verunmöglichen, auch und gerade gegenüber den mittelbar streikbetroffenen Arbeitnehmern: Sie werden um ihre Arbeitsmöglichkeit gebracht; die Gewerkschaft verweigert ihnen sogar die Streikunterstützung⁵³. Der Minimax- oder Nadelstichstreik soll die spezifische Erfolglosigkeit der kämpfenden Gewerkschaft kompensieren, der es nicht mehr gelingt, eine breite Streikfront aufzubauen. Über gezielt ausgelöste Leistungsstörungen werden die Streikunwilligen „zwangssolidarisiert“.

Der Unterstützungstreik entlang der Lieferkette baut dieses Konzept aus: Sind im Hauptkampf die Arbeitnehmer nicht hinreichend mobilisierbar, kann der Unterstützungstreik beim Zulieferer auch außerhalb des Tarifgebiets und außerhalb der umkämpften Branche für Durchsetzungserfolg sorgen. Die Arbeitnehmer werden um ihre Beschäftigungsmöglichkeit und ihr Entgelt gebracht – ein finaler Fremdzugriff auf ihr von Art. 12 Abs. 1 GG geschütztes Arbeitsverhältnis und Erwerbseinkommen. Zur Schutzpflicht des Staates sagt der Senat nichts.

Der Senat verschlechtert sogar die Rechtsposition mittelbar streikbetroffener Arbeitnehmer: Wenn die Kampfberechtigung daher rührt, dass irgendwer irgendwen anrufen und dadurch zum Tarifabschluss beitragen kann, dann ist jede Fernwirkung des Streiks im Drittbetrieb paritätsrelevant – mit der Folge, dass nach der Arbeitskampfrisikolehre die Entgeltfortzahlung ausscheidet. Also: Führt der Streik bei einem Maschinenbauunternehmen dazu, dass ein Chemieunternehmen keine Ersatzteile erhält und dort die Arbeit ausfällt, so erhalten die Chemiearbeiter kein Entgelt. Es handelt sich nicht um Betriebsrisiko, sondern um Kampfrisiko. Das Chemieunternehmen kann mit Blick auf „zahlreiche unterschiedliche Einfluss- und Reaktionsmöglichkeiten“ die Tarifauseinandersetzung in der Metallindustrie beeinflussen. Wenn solche kommunikativen Möglichkeiten den Unterstützungstreik bei dem Chemieunternehmen tragen, dann ebenso die Versagung der Entgeltweiterzahlung⁵⁴. Das muss selbst bei inländischen Fernwirkungen ausländischer Arbeitskämpfe gelten. Mit der richtigen Vorwahl kann man auch bei den dortigen Kampfparteien anrufen. Kein Entgelt im kampfbetroffenen Drittbetrieb! Dafür dann verstärkte Inanspruchnahme der Bundesagentur nach § 146 Abs. 3 SGB III⁵⁵.

c) Denkfigur „Kampfbündnis“

Rhetorische Bedeutung gewinnt das Kampfbündnis – das im Fall gar keine Rolle spielte. Im Anschluss an das BVerfG meint das BAG, zwei Angreifer könnten ein Kampfbündnis unter dem Schutz der Koali-

tionsfreiheit bilden. Das ist zunächst richtig. Eine Zweckverbindung zweier Koalitionen genießt Koalitionsbetätigungsschutz. Eine gemeinsame Arbeitskampfbefugnis folgt daraus nicht notwendig. Nicht jede Koalition hat sämtliche Kampfbefugnisse⁵⁶. Hier fehlt eine Begründung.

Vor allem aber kann das autonome Kampfbündnis allenfalls die aktive Kampfbeteiligung Dritter legitimieren – nie aber den zwangsweisen Einbezug auf der Passivseite. Die Gewerkschaft ist nicht befugt, das Kampfbündnis zwischen angegriffenem Drittarbeitgeber und der Arbeitgeber-Tarifpartei durch Streik herzustellen.

III. Einfachrechtliche Fragen

1. Vertragsfunktionale Beschränkungen des (Haupt-)Arbeitskampfes

Die (Wieder-)Entdeckung des Tarifvertrags als kollektive Privatautonomie gebietet, auch den Arbeitskampf privatautonom-vertragsrechtlich zu begreifen. Dazu sagt der Senat kein Wort. Bislang wird das Arbeitskampfrecht tarifvertragsfunktional gesehen. Noch in der Partizipationskampfscheidung sagt das BAG (ganz richtig): „Die auf die Verwirklichung der Tarifautonomie bezogene Hilfsfunktion des Arbeitskampfes hat zur Folge, dass die Arbeitskampfmassnahmen zwischen Tarifvertragsparteien und deren Mitgliedern stattfinden und die Beeinträchtigung Dritter grundsätzlich nur hingenommen wird, soweit dies im Interesse der Tarifautonomie notwendig ist“⁵⁷. Das ist ständige Rechtsprechung des BAG und auch vom BVerfG in der Aussperrungsentscheidung herausgestellt⁵⁸.

Wenn der Tarifvertrag kollektiver Arbeitsvertrag ist, dann ist der Arbeitskampf als privatautonomes Konfliktlösungsmittel von der diffusen Koalitionsbetätigungsfreiheit zu lösen und als vertragsrechtstypische Vorenthaltung der eigenen Leistung gegenüber dem Vertragspartner zu sehen – nur eben kollektiviert. Das führt zu entscheidenden Folgerungen, die dem BAG mit seinem verfassungs- statt zivilrechtlichen Ansatz⁵⁹ verborgen bleiben und die der Professorenentwurf eines Arbeitskampfgesetzes⁶⁰ luzide aufgenommen hat:

- Streik und Aussperrung dürfen nur zwischen tariffähigen Tarifparteien und nur um normative Tarifverträge geführt werden und nur dort, wo der Tarifvertrag normativ gölte.
- Die sind vertragsfunktional auf die Tarifparteien und das Tarifgebiet als Kampfgebiet beschränkt; jeder Unterstützungstreik durchbricht die Vertragsfunktionalität und bedarf der besonderen Rechtfertigung.
- Der Kampf ist notwendig auf die passive Vorenthaltung der Vertragsleistung der eigenen Seite beschränkt; andere Kampfmittel gibt es nicht.

2. Entwertung der Friedenspflicht

Die zweite zentrale Bedeutung liegt in der Entwertung der Friedenspflicht: Auch wenn im Gebiet des Unterstützungskampfes ein Tarifvertrag über die im Haupttarifgebiet (und also: dem Hauptkampfge-

53 Zu Unrecht: MünchArbR/Löwisch 2. Aufl. 2000, § 251 Rn. 23.

54 Eingehend Rieble, Anm. EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 unter III 2.

55 Konzen, SAE 2008, 8.

56 Kritisch Rieble, Anm. zu BVerfG 26.6.1991 (Fn. 16), EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 unter IV 2.

57 BAG, 18.2.2003 (Fn. 5), unter A III 2.

58 BVerfG, 26.6.1991 (Fn. 16), zu C I 1 a.

59 Grundsätzlich: Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht 1988; Rittner, FS Müller-Freienfels 1986, S. 509; weiterführend Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007).

60 Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte 1988, § 5; Begründung S. 42 ff. Abrufbar unter www.zaar.uni-muenchen.de unter Dokumentation | Arbeitskampfrecht.

biet) umstrittene Regelungsfrage gilt, kann dieser den Unterstützungstreik nicht hindern⁶¹. Rein formal ist das richtig: Die relative Friedenspflicht verbietet nur den Kampf um gerade denjenigen Tarifvertrag (und die in ihm geregelten Arbeitsbedingungen), aus dem die Friedenspflicht folgt. Im Unterstützungskampfgebiet also verbietet die dortige Friedenspflicht nur den dortigen Tarifkampf – nicht aber den Unterstützungskampf um den fremden Tarifvertrag. Das gilt auch dann, wenn eine besondere Friedenspflicht aus einem Schlichtungsabkommen folgt: Gegenstand der Schlichtung kann nur ein Tarifkonflikt zwischen den Tarifparteien im Geltungsbereich des Abkommens sein – nicht aber ein Tarifkonflikt fremder Tarifparteien oder im anderen Tarifgebiet.

Der Große Senat freilich hatte ein anderes, materialisiertes Friedenspflichtverständnis. Für das Prinzip der Einheit der Belegschaft – also die Berechtigung der nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer, die Gewerkschaft in ihrem Kampf zu unterstützen, hat der Große Senat ganz bewusst die Friedenspflicht der Andersorganisierten durchschlagen lassen⁶² – obwohl die Streikteilnahme für sie ein Unterstützungskampf ist. Eben dies hat der Professorenentwurf (Fn. 60) in § 5 Abs. 1 Satz 2 klargestellt: „Arbeitnehmer dieser Betriebe dürfen nicht einbezogen werden, wenn für sie ein anderer Tarifvertrag gilt, in dem derselbe Gegenstand geregelt ist, den der umkämpfte Tarifvertrag regeln soll.“ Das führt zu merkwürdiger Friktion: Führt eine Gewerkschaft im Tarifgebiet die Mitglieder einer anderen Gewerkschaft als Individuen in den Streik, so schlägt die Friedenspflicht jener Andersorganisierten nach der Entscheidung des Großen Senates durch. Entschließt sich dagegen jene andere Gewerkschaft zum Kampfbündnis, so soll nach dem Ersten Senat die Friedenspflicht kein Hindernis sein. Diesen greifbaren und nicht erkläraren Widerspruch erörtert der Erste Senat nicht. Auch hier gilt: Respektlosigkeit gegenüber dem Großen Senat und umfassendes Vertrauen in eigene Erkenntnisfähigkeit.

3. Formale Regeln für den Unterstützungstreik

a) Kampfbeschluss

Wer den Unterstützungstreik neu erfindet, sollte über die formale Seite Rechenschaft ablegen. Der Hauptarbeitskampf setzt kollektiven Kampfbeschluss und individuelle Teilnahmeerklärung voraus^{62a}; nach den Satzungen vielfach auch eine Urabstimmung⁶³. Wie ist es mit dem Unterstützungstreik in seinen unterschiedlichen Varianten?

Richtigerweise bedarf auch der Unterstützungstreik die Deckung durch einen eigenständigen Kampfbeschluss. Kämpft dieselbe Gewerkschaft, kann dieser Kampfbeschluss in demjenigen für den Hauptstreik enthalten sein. Er muss aber jedenfalls auch der bekämpften Drittpartei zugehen. Im entschiedenen Fall also hätte das bestreikte Druckereiunternehmen über den Aufruf zum „befristeten Solidaritätsstreik“ informiert werden müssen. Der Tatbestand des Urteils enthält hierzu keine Feststellungen. Bemerkenswert! Der Senat hätte zurückverweisen müssen.

Soll eine verbündete Gewerkschaft unterstützend mitstreiken, muss sie selbstredend einen eigenen Kampfbeschluss fassen und dem Gegner mitteilen. Man wird aber zusätzlich einen „Bitt-Beschluss“ der im Hauptkampf als Tarifpartei stehenden Gewerkschaft verlangen müssen – denn gegen deren Willen darf keine Kampfunterstützung erfolgen. Das folgt einmal aus dem Erfordernis eines legitimierenden Kampfbündnisses und zum anderen daraus, dass der aufgedrängte Unterstützungstreik unzulässige Einmischung in fremde tarifautonome Auseinandersetzungen ist. Wem aber ist dieser Bittbeschluss

mitzuteilen? Der bekämpften Hauptpartei auf Arbeitgeberseite oder dem angegriffenen Dritten?

Schließlich ist an den Fall zu denken, dass der Angreifer sowohl eigenständig kampfberechtigt ist, weil die Gewerkschaft im anderen Tarifgebiet einen eigenständigen Tarifvertrag gefordert hat und zugleich unterstützungstreikberechtigt für einen fremden Pilotbezirk. Dann liegt es an der Gewerkschaft, mit der Mitteilung ihres Kampfbeschlusses dem Gegner klarzumachen, welcher Streik geführt wird. Unklarheiten gehen zu Lasten der angreifenden Gewerkschaft.

Spannender noch sind die Abwehrkampfmaßnahmen des angegriffenen Dritten – im konkreten Fall der Druckerei. Für ihre Abwehraussperrung kann sie nicht vom Verbandsbeschluss des Arbeitgeberverbands abhängen, dem sie nicht angehört und dessen Tarifverträge für sie nicht gelten. Etwas komplizierter noch wird es, wenn der Unterstützungstreik wegen verbandsmäßiger Verflechtung auf einen Arbeitgeberverband zielt, der nicht Tarifpartei ist, wenn etwa die IG Metall in Bayern unterstützend streikt, um einen Tarifierfolg in Baden-Württemberg zu erreichen. Braucht das bestreikte Mitglied des bayrischen Arbeitgeberverbands dann einen kollektiven Kampfbeschluss für die Abwehraussperrung? Um all dies macht sich der Senat keine Gedanken – das Rechtsrisiko solcher Senatserfindungen trägt die Arbeitgeberseite. Insofern ist dem Senat auch handwerkliche Unsauberkeit vorzuwerfen: Man kann kein neues Rechtsinstitut erfinden – und über die Regeln schweigen.

b) Akzessorietät des Unterstützungskampfs

Letzter formaler Gesichtspunkt ist die Akzessorietät des Unterstützungstreiks. Da er auf die Lösung eines fremden Tarifkonfliktes zielt, kann der Unterstützungstreik im Sinne strenger Akzessorietät nur zu lässig sein, wenn der Hauptarbeitskampf zulässig ist. Scheitert jener – an fehlender Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit, am fehlenden Erhobensein der Tarifforderung, am Verstoß der Tarifforderung gegen vorrangiges Recht oder an einer dort greifenden Friedenspflicht – so muss auch der Unterstützungskampf unzulässig sein. Das „kann als gesichert gelten“ meint *Otto*⁶⁴ und verkennt die Elastizität des Kampfsenats. Dieser nämlich relativiert auch die Akzessorietät – ohne Begründung. Der Senat meint unter Nr. 44 der Gründe: „Regelmäßig unangemessen ist ein Unterstützungstreik dann, wenn der Streik, zu dessen Unterstützung er geführt wird, rechtswidrig ist.“ Von strenger Akzessorietät ist keine Rede. Jede Regel kennt Ausnahmen. Die Zuordnung der Akzessorietät zur Angemessenheit oder Proportionalität des Unterstützungstreiks belegt, dass der Senat auch dieses harte Kriterium abwägungsoffen weichspülen will.

IV. Permanente Kampfrechtsänderung

1. Aleatorisches Richterrecht

Das BAG weiß im Arbeitskampfrecht nicht was es will – und dies schon lange⁶⁵. Permanent werden die Spielregeln des Arbeitskampfs verändert:

61 Nr. 30 der Gründe mit Nachweisen; zustimmend *Thüsing*, Anm. AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 14 R.

62 BAG GS vom 21.4.1971 (Fn. 33), Teil III B 3: „soweit nicht etwa für anders Organisierte eine Friedenspflicht besteht.“

62a Eingehend *Raab*, FS Otto 2008, S. 405 ff.

63 Weiterführend: *Rieble*, FS Canaris 2007, S. 1439 ff.

64 *Otto* (Fn. 42), § 10 Rn. 36.

65 Instruktive Übersicht bei *Konzen*, Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, 2. FS BAG 2004, S. 515 ff., der festgabenmotiviert seine sonst harte dogmatische Kritik weichspült.

- „Leitbild“ ist die „360°-Kehre“ für den Warnstreik zwischen 1976 und 1988, die Konzeptlosigkeit offenbart⁶⁶;
- hinzu kommen die ständig wechselnden Konzepte zur Beschränkung der Aussperrung – von der dezisionistischen Quote aus 1980 bis zum „weichen“, unvorhersehbaren und gezielt abschreckenden Übermaßverbot^{66a};
- die freie Erfindung der Betriebsstilllegung des Arbeitgebers auf Kampfbeschluss der Gewerkschaft (Fn. 41);
- damit zusammenhängend eine vollständige Wendung hinsichtlich der Notdienstarbeiten, für die der erste Senat im Abstand von drei Monaten zum entgegengesetzten Ergebnis gekommen ist⁶⁷;
- und die freie Erfindung des Partizipationskampfes 2003 (Fn. 5), der durch die jetzige Unterstützungstreik-Entscheidung obsolet ist: Auf Partizipation kommt es nicht an, weil der Unterstützungstreik in jedem dritt betroffenen Unternehmen zulässig ist.

Aleatorisches Richterrecht zerstört das Vertrauen in die Justiz. Vertrauensschutz gibt es nicht (oder nur für Gewerkschaften⁶⁸). Die Halbwertszeit höchstrichterlicher „Erkenntnis“ sinkt. Die BAG-Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht ist unvorhersehbar. Die einzige Konstante – der Große Senat des BAG – wird bewusst ausgeschaltet. Diese „rechtspolitische Beliebigkeit“ (Fn. 8) findet sich im Ergebnis wie in der Methode: Der Senat bemüht sich nicht um eine dogmatische Begründung seiner ständig wechselnden Kampfrechtsansätze. Nicht einmal das kryptische „kollektive Wesen“ kommt mehr zum Einsatz. Geboten wird ein reizvolles Zitatwechselfpiel mit dem BVerfG, das Ignorieren jeder Kritik und der Verzicht auf Entscheidungstransparenz. Das BAG entscheidet in Arbeitskampffragen politisch. Das ist methodische Konsequenz des Dogmatik-Verzichts und der Hinwendung zur Einzelfall- und Problemsichtweise. Gerade im Arbeitsrecht zeigt das Gericht Sensibilität für Machtfragen⁶⁹ und gerät in die Rolle eines Politikgestalters und Akteurs. Insofern mag man der „Alten Schule“ des Großen Senats nachtrauern. Seine dogmatischen Erkundungen sind wissenschaftlich, konsistent und in der Auseinandersetzung kraft juristischer Rationalität überprüfbar⁷⁰. Hier dagegen ist der Entscheidungskern ein bloßes credo: Der Senat „glaubt“ an die im Ausgangspunkt unbegrenzte Streikfreiheit – der nur mit dem „neuen“ Verhältnismäßigkeitsprinzip beizukommen ist. Wissenschaftlich diskutieren kann man das nicht.

Richterliche Politikfreude müsste Konfliktfreude und Streitbarkeit nach sich ziehen: Wer politisch agiert, den darf man politisch kritisieren. Dazu passt die Empfindlichkeit der Richter nicht. Wer sich aus der Schiedsrichterrolle verabschiedet und Feldspieler wird, der wird angegriffen – und dies um so stärker, je intransparenter und inkonsistenter Entscheidungen ausfallen und je weniger intellektuelle Konstanz geboten wird. Der Senat sagt nicht, weswegen er eine Stärkung des Streikrechts für erforderlich hält; er agiert unredlich, weil er sich über die Folgen für Arbeitgeberkampfinstrumente und die Arbeitskampfrisikolehre ausschweigt. Und er mutet dem geneigten Publikum in kurzen Abständen unerwartete Wendemanöver zu – entwickelt an belanglosen Sachverhalten. Das sind autokratische Launen.

2. Akzeptanzverlust

Diese Entwicklung mindert die Akzeptanz für das richterliche Kampfrecht. Das BAG wirbt nicht mit Argumenten für seine Ansätze – es dekretiert. Mit *Roman Herzog*⁷¹ lässt sich eine spezielle Rechtsverdrossenheit beobachten, die vom Normgeber erzeugt wird. Mir scheint der Hauptgrund in der Beliebigkeit der Kampfrechtsordnung zu lie-

gen. Permanente Veränderung mit immer wechselnden und angreifbaren Begründungen sorgen für Vertrauens- und Autoritätsverlust. Hinzu kommt die bereits geschilderte Einseitigkeit des Kampfrechts, das nicht mehr auf Ausgleich bedacht ist, sondern instrumental-operativ die Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse betreibt.

Bedenkt man, welche ordnende Kraft die intensiv begründeten Entscheidungen des Großen Senats aus 1955 und 1971 bis in die jüngste Gegenwart erzielten, ist die Verflachung beachtlich. Autoritative Rechtsbefehle wirken nicht mehr, weil zur formalen Bundesrichterautorität auch die auf Loyalität der Rechtsbürger zielende materiale Autorität treten muss. Deswegen sprechen angesehene Staatsrechtler bereits vom „Offenbarungseid“ des Arbeitskampfrechts⁷². Anders gewendet: Der Machtwille des Ersatzgesetzgebers taumelt, wenn er nicht in einem Akt der Selbstdisziplinierung methodisch gebändigt wird. Dahin hülfe Ronald Dworkin, der dem Richter Freiraum gibt, aber integrity of law (!) einfordert und ihn auf die strenge Suche nach der right answer verpflichtet⁷³.

Die Kritik ist konstruktiv gemeint⁷⁴. Der Rechtsstaat leidet, wenn Rechtsregeln zur Beliebigkeit verkommen. Gerade das Arbeitskampfrecht hat eine außerordentliche Friedensfunktion: Es soll verhindern, dass der Machtungleich nach dem Gegenmachtprinzip in eine gewaltsame Auseinandersetzung abdriftet. Niemand kann wollen, dass bei Betriebsbesetzungen, zu denen das BAG zumindest ermuntert, Personen verletzt werden. Niemand kann wollen, dass der Verlust an Ordnungsfunktion im Arbeitskampfrecht zum letztlich regel- und zügellosen Wirtschaftskampf führt. Es geht nicht um den wenig fassbaren „sozialen Frieden“, mit dessen Verlust mitunter gedroht wird. Es geht um den Rechtsfrieden als erste Funktion des Rechtsstaates, also um den historischen „Landfrieden“.

3. Anarchie ist machbar

Bundesrichterrecht ist kein Recht. Es bindet den Vorderrichter nicht nach Art. 20 Abs. 3 GG und kann nicht gebeugt werden. Das BAG hat keinen Anspruch auf Gefolgschaft. Der Vorderrichter darf schon im Hauptsacheverfahren frei entscheiden, muss im Fall der Abweichung lediglich die Revision zulassen, § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG. Arbeitskämpfe werden im Verfügungsverfahren entschieden. Dieses endet beim LAG.

Der Verfügungsrichter ist frei in seiner Bewertung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampffmaßnahmen – solange es kein Verfügungsverfahren bis zum BAG gibt⁷⁵. Damit liegt das Arbeitskampfrecht in den Händen der LAG-Verfügungsrichter. So wie diese für den betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch bei Betriebsänderungen partikulares und divergierendes Richterrecht setzen⁷⁶, so können sie ihre Vorstellungen vom „richtigen Arbeitskampfrecht“ frei äußern.

66 Otto (Fn. 42), § 7 Rn. 15 ff.

66a Konzen (Fn. 65), S. 533 f.

67 Dazu Konzen, Anm. zu AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

68 BAG, 9.4.1991 (Fn. 3).

69 Allgemein Schlink, JZ 2007, 157, 162.

70 Auch dazu Schlink, JZ 2007, 162.

71 Von der Akzeptanz des Rechts, in: Rütters/Stern (Hrsg.) Festgabe zum 10-jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik 1984, S. 127 ff.; Thomas Württemberg, Die Akzeptanz von Gesetzen, Soziale Integration 1999, 380 ff.; Roellecke, JZ 1997, 577; weiter Haft/Hoff/Wesche (Hrsg.) Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts 2001.

72 Höfling/Engels, NJW 2007, 3102.

73 Wegweisend: Bittner, Recht als interpretative Praxis 1988, S. 161 ff.

74 Verfasser dieser Zeilen profitiert wirtschaftlich von dieser Aleatorik: Unternehmen suchen Aus- und Umwege. Wissenschaftliche Rechtsberatung zielt darauf, den Rechtsweg auszuschalten oder so schnell zu sein, dass jedes Judikat zu spät kommt.

75 Vgl. meinen Vorschlag: Rieble, BB 2004, 885, 891 f.

76 Dazu Lipinski/Melms, BB 2002, 2226.

Hoffnungsvolle Zeichen richterlicher Unabhängigkeit gibt es bereits: Von den Entscheidungen der ArbG Chemnitz⁷⁷ und Nürnberg⁷⁸ im Bahnstreik (im Ergebnis falsch, in der Entscheidungsautonomie richtig) bis zur jüngsten Entscheidung des ArbG Berlin, im Arbeitskampf der Daseinsvorsorge (Nahverkehr) zunächst eine Ankündigungsfrist zu verlangen⁷⁹. Verfügungsrichter können den Nachweis einer Urabstimmung verlangen oder entsprechend dem Großen Senat die Einlassung auf einen Schlichtungsversuch (nach dem KRG Nr. 35). Das „normale“ Korrektiv abweichender Verfügungsentscheidungen ist Schadensersatz nach § 945 ZPO. Er scheidet aus, weil die Nichtdurchführung eines nach Ansicht des BAG „dann doch“ zulässigen Streiks keinen messbaren Vermögensschaden der Gewerkschaft (!) auslöst. Die Kritikresistenz des Arbeitskampfsenats, ja sein Drang zu einer „höfischen Rechtskultur“, die Kritiker wegen Unbotmäßigkeit abtut⁸⁰ kann eine Gegenbewegung auslösen. Anarchische Eigenständigkeit erwartet der Volkskundler von den Bayern und Sachsen; intellektuelle Autonomie darf man von jedem Richter erwarten. Außerdem lässt sich ein regionaler Standortvorteil begründen.

Der Arbeitskampfsenat selbst ermuntert Vorderrichter zum Experiment: Wenn die Zulässigkeit des Demonstrationenkampfes offengelassen wird und die Koalitionsbetätigungsfreiheit so stark betont wird, dass manche auf eine umfassende Kampfmittelfreiheit schließen könnten, so ist dies eine Einladung zur evolutionären Rechtsentwicklung. Das muss man hinnehmen. Nur darf der Senat nicht beleidigt

sein, wenn Evolution auch in die andere Richtung stattfindet. Ein Arbeitskampfsenat, der die eigene Bindung an die Rechtsprechung des Großen Senats aus politischen Gründen ignoriert, kann schwerlich vom Verfügungsrichter Gehorsam trotz fehlender Rechtsbindung erwarten. Im Gegenteil: Allein der Richter des vorläufigen Rechtsschutzes entscheidet über Kampfmaßnahmen als Streitgegenstand. Er und nicht das BAG trägt die Verantwortung.

// Autor

Professor Dr. Volker Rieble Seit 2004 Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München, Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR) an der LMU. Mehr als 300 meist arbeitsrechtliche Veröffentlichungen, darunter der Standardkommentar von *Löwisch/Rieble* zum Tarifvertragsgesetz.



77 ArbG Chemnitz, 5.10.2007 – 7 Ga 26/07 – ArbuR 2007, 393, korrigiert durch das LAG Sachsen, 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07 – NZA 2008, 59.

78 ArbG Nürnberg, 8.8.2007 – 13 Ga 65/07 – BeckRS 2007, 45850, „erledigt“ durch den Vergleich nach Widerspruch, mit welchem die erfolglose Moderation durch das Duo *Biedenkopf/Geißler* vereinbart worden war.

79 ArbG Berlin, 11.4.2008 – 58 Ga 6014/08 – im Wege der Verfügung ohne mündliche Verhandlung; korrigiert vom selben Gericht nach Widerspruch von *ver.di* durch Urteil vom 29.4.2008.

80 Vgl. Fn. 12 und schon *Gamillscheg vs. Lieb*: G., In Sachen Arbeitskampf: Öfter mal was neues, BB 1996, 212; L. Anm. SAE 1995, 257.

// Entscheidungsreport

// KÜNDIGUNGSSCHUTZRECHT

Vergütungsansprüche bei Freistellung des Arbeitnehmers

BAG, Urteil vom 23.1.2008 – 5 AZR 393/07

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-1515-1

unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Eine Freistellungsvereinbarung führt zur Aufhebung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers.
2. Soll die Freistellungsvereinbarung einen Entgeltanspruch unabhängig von den gesetzlichen, tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Voraussetzungen begründen, bedarf dies einer besonderen Regelung.
3. Macht der Arbeitgeber geltend, der Arbeitnehmer sei während der Freistellungsphase nicht leistungsfähig gewesen (§ 297 BGB), hat er als Gläubiger die Beweislast für die fehlende Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers zu tragen.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Klägerin war ab dem 8.10.2003 bereits arbeitsunfähig, als der Arbeitgeber mit Schreiben vom 24.10.2003 das Arbeitsverhältnis zum 31.3.2004 gekündigt hatte. Im Rahmen des nachfolgenden Kündigungs-

schutzverfahrens hatten die Parteien am 16.12.2003 folgenden Vergleich geschlossen:

„1. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis wird aufgrund fristgemäßer, arbeitgeberseitiger Kündigung aus betriebsbedingten Gründen mit dem 31.3.2004 sein Ende finden.

2. Bis zu diesem Zeitpunkt wird das Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß abgerechnet, wobei die Klägerin ab 15.12.2003 unwiderruflich unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung auf bestehende Urlaubsansprüche von der Arbeitsleistung frei gestellt wird.“

Erst Ende Januar 2004 legte die Klägerin ihrem Arbeitgeber dann eine AU-Bescheinigung vor, wonach sie bereits ab 15.12.2003 wieder arbeitsfähig gewesen sei und forderte Zahlung der Vergütung ab diesem Zeitpunkt. Sowohl Arbeitsgericht als auch Landesarbeitsgericht gaben der Vergütungsklage statt und verurteilten den Arbeitgeber zur Zahlung der Vergütung für den maßgeblichen Zeitraum. Die Revision zum BAG durch den Arbeitgeber war erfolgreich und führte zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung. Unter Fortführung der ständigen Rechtsprechung begründete der Senat seine Entscheidung damit, dass die Freistellungsklausel im Rahmen eines Aufhebungsvertrages allein die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers aufhebt, weitere Rechtsfolgen dagegen nicht regelt. Der Arbeitnehmer ist lediglich entbunden von der ansonsten bestehenden Pflicht, seine Arbeitsleistung konkret anzubieten. Die Entgeltfortzahlung während der Freistellungsphase setzt dagegen voraus, dass der Arbeitnehmer die gesetzlichen, tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Voraussetzungen eines Entgeltanspruchs ohne Arbeitsleistung erfüllt. Dieser Grundsatz gilt so auch im Fall der Erkrankung des Arbeitnehmers in der Freistellungsphase, so dass nach Ablauf des gesetzlichen Entgeltfortzahlungszeitraums von sechs Wochen