

## Vorwort

Die Kodifikation des Arbeitskampfrechts ist ein Verfassungsauftrag an das Parlament. Das ergibt eine unbefangene Interpretation des Grundgesetzes. Der Gesetzgeber ignoriert diesen Auftrag seit nahezu vierzig Jahren, ersichtlich mit politischem Realitätssinn und ohne schlechtes Gewissen. Ein Arbeitskampfgesetz scheidet nicht nur in der Bundesrepublik Deutschland an der Macht der Verbände des Arbeitslebens. Diese haben bereits die Vorarbeiten zur Kodifikation des Arbeitsverhältnisrechts angehalten und lassen den Gedanken an ein Arbeitskampfgesetz erst gar nicht aufkeimen. Die Ablehnung ist namentlich bei einigen Gewerkschaftlern schroff, deren Kampfansage sogar der Kodifikationsidee in den Köpfen von Wissenschaftlern gilt. Der Gesetzgeber hat spätestens bei der Neufassung des § 116 AFG erfahren, welches politische Wagnis schon in der Regelung einer Einzelfrage des Arbeitskampfrechts liegt. Er scheut das Risiko und überläßt das Schicksal des Arbeitskampfrechts dem Bundesarbeitsgericht und manchmal dem Bundesverfassungsgericht. Die Rechtsprechung behilft sich punktuell und meist mit Kompromissen zwischen den Gruppeninteressen, um ein Stück Akzeptanz zu erzielen. Sie kann aber die innere Geschlossenheit einer Kodifikation und die damit verbundene Rechtssicherheit nicht ersetzen.

Vermutlich erscheint der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von kollektiven Arbeitskonflikten nicht wenigen als ein praxis- und realitätsfernes Produkt von Wissenschaftlern, die ihrer Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Absatz 3 GG) frönen. Der Kodifikationsversuch kann mit keinerlei Dank und schon gar nicht mit einer baldigen Verwirklichung rechnen. Die Ziele des Entwurfs müssen bescheidener sein, und sie sind es auch. Die Veröffentlichung dient zuerst dem Nachweis, daß ein Konsens über ein Arbeitskampfgesetz trotz divergenter politischer Standorte möglich ist, jedenfalls bei einer Gruppe unabhängiger Wissenschaftler, für die Sachargumente im Vordergrund stehen. Die von den Autoren erstrebte Geschlossenheit des Gesetzestextes kann weiterhin auch die Rechtsprechung befruchten, die ihre Entscheidungen selbst dann in ein System einordnen kann, wenn ein Entwurf nicht Gesetz wird. Schließlich kann ein solcher Text die wissenschaftliche und vielleicht sogar die öffentliche Diskussion von Einzelfragen ablenken und zum grundsätzlichen Nachdenken über das Tarif- und Arbeitskampfsystem hinführen. Darin läge selbst dann ein Fortschritt,

### CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte** : Entwurf u. Begründung / von Rolf Birk ... — Tübingen : Mohr, 1988  
ISBN 3-16-645401-2  
NE: Birk, Rolf [Mitverf.]

© 1988 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz von Computersatz Staiger in Unterjesingen; Druck von Gulde-Druck GmbH in Tübingen; Einband von Großbuchbinderei Heinrich Koch KG in Tübingen.

Printed in Germany.

wenn erwartungsgemäß weder ein wissenschaftlicher noch gar ein gesellschaftlicher Konsens erreichbar sein sollte.

Die Autoren haben sich zur Verwirklichung der selbstgestellten Aufgabe als Arbeitsgruppe konstituiert. Sie haben sich in einer Reihe von Sitzungen über den Entwurf und die Begründung geeinigt und tragen die wissenschaftliche Verantwortung gemeinsam.

Hugo Seiter, dessen unfaßbaren, plötzlichen Tod wir mit vielen Freunden und Kollegen tief betrauern, konnte an der Endredaktion des Textes nicht mehr teilnehmen. Er hat aber alle Teile entscheidend mitgeprägt und inhaltlich gebilligt. Die Veröffentlichung trägt daher auch seinen Namen.

Die Fritz Thyssen-Stiftung hat für die vorbereitenden Sitzungen die Kosten übernommen und für die Drucklegung einen Zuschuß gewährt. Die Autoren danken ihr für die stets verständnisvolle und großzügige Hilfe.

Mai 1988 Rolf Birk, Horst Konzen, Manfred Löwisch, Thomas Raiser

## Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	III
<b>Teil I: Gesetzestext</b> . . . . .	1
<b>Teil II: Begründung</b> . . . . .	13
<b>A. Grundlagen eines Gesetzes zur Regelung von kollektiven Arbeitskonflikten</b> . . . . .	13
I. Verfassungsrechtliche Grundlagen einer Kodifikation des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts . . . . .	13
1. Koalitionsfreiheit, Koalitionsbetätigungsgarantie, Arbeitskampf und Schlichtung . . . . .	13
a) Inhalt des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG . . . . .	13
b) Tarifvertrag als Koalitionszweck . . . . .	14
c) Gewährleistung des Arbeitskampfs . . . . .	16
d) Unerläßlichkeit als Kriterium des verfassungsrechtlich geschützten Kernbereichs . . . . .	16
aa) Streik als unerläßliches Kampfmittel . . . . .	17
bb) Aussperrung als unerläßliches Kampfmittel . . . . .	17
e) Paritätsprinzip . . . . .	17
f) Übermaßverbot . . . . .	18
aa) Erforderlichkeit einzelner Kampfformen . . . . .	19
bb) Erforderlichkeit und ultima ratio-Prinzip . . . . .	20
cc) Übermaßverbot und Verhältnismäßigkeit . . . . .	20
g) Zulässigkeit der Schlichtung . . . . .	20
h) Gesetzgebungsauftrag und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers . . . . .	21
2. Notstandsverfassung und Arbeitskampfrecht . . . . .	22
II. Internationales Recht . . . . .	23
1. Einschlägige Rechtsinstrumente . . . . .	23
a) Vereinte Nationen . . . . .	23
b) Internationale Arbeitsorganisation . . . . .	24
c) Europarat . . . . .	24
2. Rechtliche Bedeutung der Praxis der Überwachungs- gremien von Internationaler Arbeitsorganisation und Europarat . . . . .	25

a) Wesentliche sachliche Abweichungen der Auslegungspraxis der Überwachungsausschüsse . . . . .	26
b) Völkerrechtliche Verbindlichkeit der Auslegungspraxis der Überwachungsausschüsse? . . . . .	27
aa) Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation . . . . .	27
bb) Europäische Sozialcharta . . . . .	29
3. Ergebnis . . . . .	29
III. Grundfragen einer Kodifikation des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts . . . . .	30
1. Verfassungsrechtlicher Regelungsauftrag und politische Zweckmäßigkeit . . . . .	30
2. Sinn rechtswissenschaftlicher Bemühungen um Modelle eines Arbeitskampf- und Schlichtungsgesetzes . . . . .	30
3. Leitvorstellungen des Entwurfs . . . . .	31
<b>B. Begründung zu den einzelnen Abschnitten und Vorschriften</b> . . . . .	32
1. Abschnitt: Allgemeine Vorschriften . . . . .	32
§ 1 Tarifbezogenheit des Arbeitskampfs . . . . .	32
§ 2 Kampfparität und Übermaßverbot . . . . .	33
§ 3 Friedenspflicht . . . . .	37
§ 4 Arbeitskampf als letztes Mittel . . . . .	38
§ 5. Begrenzung des Arbeitskampfs auf den fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags . . . . .	41
§ 6 Urabstimmung . . . . .	47
§ 7 Ankündigung und Einleitung . . . . .	48
§ 8 Durchführung des Arbeitskampfs . . . . .	50
§ 9 Organisations- und Überwachungspflichten . . . . .	52
§ 10 Erhaltungsarbeiten . . . . .	53
§ 11 Notstandsarbeiten . . . . .	54
§ 12 Beendigung des Arbeitskampfs . . . . .	58
2. Abschnitt: Schlichtung . . . . .	59
§ 13 Schlichtungsordnung . . . . .	59
§ 14 Schlichtungsstellen . . . . .	60
§ 15 Besetzung der Schlichtungsstelle . . . . .	61
§ 16 Verfahren . . . . .	62
§ 17 Einigung der Tarifparteien . . . . .	62
§ 18 Schlichtungsvorschlag . . . . .	62
§ 19 Beendigung des Verfahrens . . . . .	62
§ 20 Entschädigung und Kosten . . . . .	63
3. Abschnitt: Streik . . . . .	64
§ 21 Streikrecht . . . . .	65
§ 22 Wegfall des Arbeitsentgelts . . . . .	68

§ 23 Warnstreik . . . . .	69
§ 24 Haftung . . . . .	70
4. Abschnitt: Aussperrung . . . . .	71
§ 25 Recht zur suspendierenden Aussperrung . . . . .	74
§ 26 Einschränkungen der Angriffsaussperrung . . . . .	77
§ 27 Ruhen der Arbeitspflicht . . . . .	82
§ 28 Lösende Aussperrung . . . . .	82
§ 29 Verbot der selektiven Aussperrung . . . . .	86
5. Abschnitt: Arbeitskampfisiko . . . . .	86
§ 30 Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers . . . . .	88
§ 31 Beweislast . . . . .	92
§ 32 Beteiligung des Betriebsrats . . . . .	93
§ 33 Tarifvorbehalt . . . . .	94
6. Abschnitt: Verbandsfreie Arbeitskämpfe . . . . .	95
§ 34 Verbandsfreies Streikrecht . . . . .	96
§ 35 Verbandsfreie Abwehraussperrung . . . . .	99
§ 36 Individualrechtliche Friedenspflicht . . . . .	99
§ 37 Anwendung anderer Vorschriften . . . . .	100
§ 38 Vorrang von Betriebsvereinbarungen . . . . .	101
7. Abschnitt: Ergänzung des Arbeitsgerichtsgesetzes . . . . .	101
§ 39 Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts . . . . .	107
§ 40 Verfahren . . . . .	107
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	109
<b>Autorenverzeichnis</b> . . . . .	117

# Entwurf eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte

## *1. Abschnitt: Allgemeine Vorschriften*

### **§ 1 Tarifbezogenheit des Arbeitskampfs**

Arbeitskämpfe sind zulässig zur Durchsetzung von Tarifverträgen.

### **§ 2 Kampfparität und Übermaßverbot**

(1) Arbeitskämpfe sollen die gleichgewichtige Regelung der Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen gewährleisten; Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen, die dazu nicht geeignet oder nicht erforderlich sind, sind unzulässig.

(2) Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen, die den Kampfgegner oder die Allgemeinheit unverhältnismäßig belasten, sind unzulässig. Sie dürfen insbesondere nicht darauf gerichtet sein, den Gegner wirtschaftlich zu vernichten.

### **§ 3 Friedenspflicht**

(1) Während des Laufs eines Tarifvertrags sind Kampfmaßnahmen mit dem Ziel einer Änderung oder Neuregelung der tariflich geregelten Gegenstände unzulässig.

(2) Die Tarifparteien können die gesetzliche Friedenspflicht durch Vereinbarung erweitern.

### **§ 4 Arbeitskampf als letztes Mittel**

Haben Tarifverhandlungen stattgefunden, dürfen Arbeitskämpfe erst eingeleitet werden, wenn eine Tarifpartei deren Scheitern erklärt hat und

ein unverzüglich danach von einer Tarifpartei beantragtes Schlichtungsverfahren erfolglos geblieben ist.

### **§ 5 Begrenzung des Arbeitskampfs auf den fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags**

(1) In den Arbeitskampf dürfen nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Betriebe einbezogen werden, in denen der umkämpfte Tarifvertrag gelten würde. 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.

(2) Ist der Arbeitskampf darauf gerichtet, den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags zu erweitern, so dürfen auch die Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Betriebe einbezogen werden, in denen der geänderte Tarifvertrag gelten würde. Ist der Arbeitskampf darauf gerichtet, den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags zu begrenzen, so dürfen auch die Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Betriebe einbezogen werden, in denen der bisherige Tarifvertrag gegolten hat.

(3) Die Einbeziehung weiterer Arbeitnehmer oder Arbeitgeber in den Arbeitskampf ist zulässig, soweit ohne sie eine gleichgewichtige Regelung der Arbeitsbedingungen offensichtlich nicht möglich ist.

### **§ 6 Urabstimmung**

(1) Will ein Verband einen Streik oder eine Aussperrung beginnen, so ist er verpflichtet festzustellen, ob die Mehrheit seiner unter den Tarifvertrag fallenden Mitglieder diesen Arbeitskampf billigt.

(2) Die Verbandssatzung kann einen höheren Anteil vorsehen oder auf der Arbeitgeberseite die Gewichtung des Stimmrechts entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen bestimmen.

(3) Leitet ein Verband einen Arbeitskampf ein, ohne daß ihn die nach Absatz 1 oder 2 erforderliche Mehrheit gebilligt hat, so sind die Mitglieder nicht verpflichtet, sich daran zu beteiligen.

### **§ 7 Ankündigung und Einleitung**

(1) Das Regelungsziel und der Beginn eines Arbeitskampfs sind der anderen Partei gegenüber klarzustellen.

(2) Gegenüber einzelnen Kampfteiligen sind Kampfmaßnahmen jeweils 12 Stunden vorher anzukündigen.

### **§ 8 Durchführung des Arbeitskampfs**

(1) Die Kampfparteien haben das Recht, mit friedlichen Mitteln für ihre Kampfmaßnahmen zu werben.

(2) Die streikführende Gewerkschaft kann zu diesem Zweck Streikposten aufstellen. Diese dürfen Arbeitswillige nicht durch physische oder psychische Zwangsmittel am Betreten des Betriebs hindern oder dabei behindern. Auch dürfen sie die Anlieferung und den Abtransport von Rohstoffen und Waren nicht behindern.

### **§ 9 Organisations- und Überwachungspflichten**

(1) Jede Partei hat die Pflicht, die Durchführung des Arbeitskampfs sorgfältig zu organisieren und zu überwachen.

(2) Die kampfführende Gewerkschaft hat örtliche Streikleitungen einzurichten. Die Arbeitgeber haben beim Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag entsprechende Einrichtungen vorzusehen.

### **§ 10 Erhaltungsarbeiten**

(1) Die Kampfparteien haben gemeinsam für die Erhaltungsarbeiten zu sorgen. Sie haben insbesondere die dafür erforderlichen Arbeitnehmer von den Kampfmaßnahmen auszunehmen.

(2) Als Erhaltungsarbeiten sind insbesondere solche Arbeiten anzusehen, die erforderlich sind, um

- a) Gefahren für Menschen abzuwehren, Schäden an Gebäuden, Anlagen und Maschinen zu verhüten sowie dem Verderb oder der Zerstörung von Rohstoffen und Waren vorzubeugen, oder
- b) nach der Beendigung des Arbeitskampfs die unverzügliche Wiederaufnahme der Arbeit zu ermöglichen.

### **§ 11 Notstandsarbeiten**

(1) Die Kampfparteien haben bei Arbeitskämpfen gemeinsam dafür zu sorgen, daß die zur Befriedigung der elementaren persönlichen, sozialen

und staatlichen Bedürfnisse erforderliche Mindestversorgung aufrechterhalten werden kann. § 10 Absatz 1 Satz 2 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Eine Mindestversorgung ist insbesondere in folgenden Bereichen sicherzustellen:

- a) Nahrung und Gesundheit
- b) Energie und Wasser
- c) Verkehr
- d) Post, Fernmeldewesen, Rundfunk und Fernsehen
- e) Feuerwehr, Bestattung, Müllbeseitigung
- f) Landesverteidigung und innere Sicherheit.

(3) Beabsichtigt eine Gewerkschaft, zu einem Streik in einem der unter Absatz 2 genannten Bereiche aufzurufen, so hat sie dies dem zuständigen Kampfgegner mindestens drei Tage vorher mitzuteilen. Die Absicht ist in geeigneter Weise auch der Öffentlichkeit bekannt zu machen.

## § 12 Beendigung des Arbeitskampfes

(1) Erklärt eine Kampfpartei gegenüber dem Gegner die Beendigung des Arbeitskampfes, so leben die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten wieder auf.

(2) Unabhängig davon kann jede kämpfende Arbeitsvertragspartei das Ruhen des Arbeitsverhältnisses durch Erklärung gegenüber der anderen Arbeitsvertragspartei beenden.

## 2. Abschnitt: Schlichtung

### § 13 Schlichtungsordnung

Für das Schlichtungsverfahren gilt die zwischen den Tarifparteien vereinbarte Schlichtungsordnung. Besteht eine solche nicht, gelten die nachfolgenden Bestimmungen über die Schlichtung. Eine Zwangsschlichtung findet nicht statt.

### § 14 Schlichtungsstellen

(1) Die Schlichtungsverfahren nach diesem Gesetz werden von einer Bundesschlichtungsstelle und von Landesschlichtungsstellen durchgeführt.

Die Bundesschlichtungsstelle ist nur zuständig für die Schlichtung von Streitigkeiten über Tarifverträge, deren Geltungsbereich sich über das Gebiet eines Bundeslandes hinaus erstrecken soll. Im übrigen sind die Landesschlichtungsstellen zuständig.

(2) Die Bundesschlichtungsstelle wird beim Bundesarbeitsgericht, die Landesschlichtungsstellen werden bei den Landesarbeitsgerichten errichtet. Bestehen in einem Bundesland mehrere Landesarbeitsgerichte, bestimmt die Landesregierung das Landesarbeitsgericht, bei dem die Landesschlichtungsstelle errichtet wird.

### § 15 Besetzung der Schlichtungsstelle

Die Schlichtungsstelle besteht aus einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern, die von den beiden am Tarifkonflikt beteiligten Tarifparteien dem Präsidenten des für die Schlichtungsstelle zuständigen Gerichts zu benennen sind. Einigen sich die Tarifparteien nicht auf die Person des Vorsitzenden, wird dieser vom Präsidenten des für die Schlichtungsstelle zuständigen Gerichts aus einer Liste von fünf Personen bestimmt, die das Präsidium dieses Gerichts aufstellt und jedes Jahr ergänzt.

### § 16 Verfahren

(1) Die Schlichtungsstelle bestimmt den Gang ihres Verfahrens. Sie kann Beweise erheben und Auskünfte einholen. Die Gerichte und Behörden des Bundes und der Länder leisten ihr dabei Amtshilfe.

(2) Die Verhandlungen vor der Schlichtungsstelle sind nicht öffentlich.

### § 17 Einigung der Tarifparteien

Die Schlichtungsstelle hat in jeder Lage des Verfahrens auf eine Einigung der Tarifparteien hinzuwirken. Die Tarifparteien können gemeinsam die Schlichtungsstelle ersuchen, das Schlichtungsverfahren auszusetzen, um eine Einigung untereinander herbeizuführen. Erklärt eine Tarifpartei gegenüber dem Vorsitzenden der Schlichtungsstelle, daß eine Einigung nicht erzielt werden konnte, ist das Schlichtungsverfahren unverzüglich fortzusetzen.

### § 18 Schlichtungsvorschlag

(1) Kommt eine Einigung der Tarifparteien nicht zustande, stellt die Schlichtungsstelle einen Schlichtungsvorschlag auf. Über den Schlichtungsvorschlag beschließt die Schlichtungsstelle mit Stimmenmehrheit. Bei der Beschlußfassung hat sich der Vorsitzende zunächst der Stimme zu enthalten; kommt eine Stimmenmehrheit nicht zustande, so nimmt der Vorsitzende nach weiterer Beratung an der erneuten Beschlußfassung teil. Beratung und Abstimmung über den Schlichtungsvorschlag sind geheim. Der Schlichtungsvorschlag ist schriftlich niederzulegen, vom Vorsitzenden zu unterschreiben und den Tarifparteien zuzuleiten.

(2) Nehmen beide Tarifparteien den Schlichtungsvorschlag an, hat dieser die Wirkung eines zwischen den Tarifparteien zustandegekommenen Tarifvertrags. Das gleiche gilt, wenn beide Tarifparteien sich dem Schlichtungsvorschlag im voraus unterworfen haben.

### § 19 Beendigung des Verfahrens

Das Schlichtungsverfahren endet eine Woche nach Aufstellen des Schlichtungsvorschlags.

### § 20 Entschädigung und Kosten

Der Vorsitzende der Schlichtungsstelle hat Anspruch auf eine Entschädigung für seine Tätigkeit. Falls nichts anderes vereinbart wird, beträgt die Entschädigung das Vierfache der nach dem Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen für Sachverständige maßgebenden Sätze. Die Kosten der Entschädigung und die übrigen Kosten des Verfahrens tragen die beteiligten Tarifparteien je zur Hälfte. Jedoch trägt jede Tarifpartei die Kosten der von ihr benannten Mitglieder der Schlichtungsstelle sowie der von ihr benannten oder gestellten Auskunftspersonen und Sachverständigen selbst.

## 3. Abschnitt: Streik

### § 21 Streikrecht

(1) Zur Durchsetzung von Tarifverträgen haben die Arbeitnehmer das Recht, die geschuldete Arbeitsleistung einseitig zu suspendieren (Streikrecht).

(2) Das Streikrecht kann nur mit Zustimmung und unter Führung einer tariffähigen Gewerkschaft ausgeübt werden.

(3) Das Streikrecht umfaßt nicht die Verminderung der Arbeitsleistung und die Schlechtleistung von Arbeit.

### § 22 Wegfall des Arbeitsentgelts

Für die Dauer des Streiks ruht der Anspruch auf Beschäftigung und auf Arbeitsentgelt.

### § 23 Warnstreik

(1) Abweichend von § 4 sind Arbeitsniederlegungen zum Zweck der Demonstration der Kampfbereitschaft (Warnstreiks) zulässig, wenn die einzelnen Arbeitsniederlegungen die Dauer von jeweils einer Stunde nicht überschreiten.

(2) Ein Warnstreik ist in jedem Betrieb eines Arbeitgebers während laufender Tarifverhandlungen nur einmal zulässig.

(3) §§ 6 Absatz 1, 7 Absatz 2 und § 11 Absatz 3 sind auf Warnstreiks nicht anzuwenden.

### § 24 Haftung

Arbeitnehmer, die durch ihre Beteiligung an unzulässigen Kampfmaßnahmen lediglich ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen, haften dem Arbeitgeber gegenüber für den dadurch entstandenen Gesamtschaden nur anteilig.

#### 4. Abschnitt: Aussperrung

##### § 25 Recht zur suspendierenden Aussperrung

(1) Zur Durchsetzung von Verbands- oder Unternehmenstarifverträgen haben die Arbeitgeber das Recht, die geschuldete Beschäftigung und das geschuldete Arbeitsentgelt einseitig zu suspendieren (Aussperrungsrecht).

(2) Beim Kampf um einen Verbandstarifvertrag ist die Aussperrung durch den einzelnen Arbeitgeber nur mit Zustimmung und unter der Führung eines tariffähigen Arbeitgeberverbands zulässig.

##### § 26 Einschränkungen der Angriffsaussperrung

(1) Die Aussperrung eines Arbeitgebers oder Arbeitgeberverbands zur Eröffnung eines Arbeitskampfs (Angriffsaussperrung) ist nur zulässig,

1. wenn eine Gewerkschaft Verhandlungen über eine Tarifforderung der Arbeitgeber ablehnt oder nach dem von ihr erklärten Scheitern der Verhandlungen und der erfolglosen Durchführung eines danach beantragten Schlichtungsverfahrens keine Kampfmaßnahmen zur Durchsetzung ihrer Forderungen einleitet;

2. wenn die Arbeitgeber mit dem Tarifvertrag eine Änderung des bisher bestehenden Geltungsbereichs des Tarifvertrags anstreben;

3. wenn die von den Arbeitgebern angestrebte tarifvertragliche Regelung dazu dienen soll, in einer offensichtlichen wirtschaftlichen Krise oder während eines offensichtlichen wirtschaftlichen oder technischen Strukturwandels die Unternehmen und die Arbeitsplätze zu erhalten oder zu fördern.

(2) Die Einschränkungen nach Absatz 1 gelten nicht, wenn die Gewerkschaft unter Aufrechterhaltung der erhobenen Forderung den Streik für beendet erklärt, die Arbeitgeber aber eine während des Streiks eingeleitete Abwehraussperrung mit dem Ziel eines Tarifvertrags aufrechterhalten.

##### § 27 Ruhen der Arbeitspflicht

Für die Dauer der Aussperrung ruht die Arbeitspflicht der ausgesperrten Arbeitnehmer.

#### § 28 Lösende Aussperrung

(1) Das Recht, Arbeitsverhältnisse während eines Arbeitskampfs zu lösen (lösende Aussperrung), hat ein Arbeitgeber

1. gegenüber streikenden Arbeitnehmern, deren Arbeitsplatz durch kampfbedingte Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers in einem Arbeitskampf um einen Unternehmenstarifvertrag weggefallen oder neu besetzt worden ist;

2. gegenüber Arbeitnehmern, die trotz Abmahnung grob fahrlässig an einem rechtswidrigen Streik festhalten.

(2) Im Falle des Absatzes 1 Nr. 1 sind lösend ausgesperrte Arbeitnehmer wieder einzustellen, wenn ihr früherer Arbeitsplatz innerhalb von vier Monaten nach Beendigung des Arbeitskampfs wieder besetzt werden kann. Der Arbeitgeber hat bei der Lösung und bei der Wiedereinstellung die Grundsätze sozialer Auswahl zu beachten.

(3) Die gesetzlichen Vorschriften über die individualrechtliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen bleiben unberührt.

##### § 29 Verbot der selektiven Aussperrung

Eine Beschränkung der Aussperrung auf Gewerkschaftsmitglieder ist unzulässig.

#### 5. Abschnitt: Arbeitskampfrisiko

##### § 30 Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers

(1) Soweit die Fortführung der Arbeit infolge eines Arbeitskampfs unmöglich ist, hat der Arbeitgeber das Recht, den Arbeitnehmern, die nicht am Arbeitskampf beteiligt sind, die Beschäftigung und das Arbeitsentgelt zu verweigern. Dieses Recht besteht nicht, wenn der Arbeitsausfall nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung vermeidbar wäre.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, soweit infolge eines Arbeitskampfs die Arbeitsprodukte nicht mehr abgesetzt oder die vertragsgemäßen Dienstleistungen gegenüber den Abnehmern nicht mehr erbracht werden können und die Fortführung der Arbeit nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung nicht mehr zu rechtfertigen ist.

### § 31 Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Fortführung der Arbeit infolge des Arbeitskampfes unmöglich geworden oder nicht mehr zu rechtfertigen ist, trägt der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer hat darzulegen und zu beweisen, daß der Arbeitsausfall nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung vermeidbar war.

### § 32 Beteiligung des Betriebsrats

Beabsichtigt der Arbeitgeber, Beschäftigung und Arbeitsentgelt nach § 30 zu verweigern, hat er den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Arbeitgeber und Betriebsrat haben über die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls zu beraten. § 72 Absatz 1 a AFG bleibt unberührt; § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG findet keine Anwendung.

### § 33 Tarifvorbehalt

Von den vorstehenden Vorschriften kann durch Tarifvertrag abgewichen werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags gelten die abweichenden tarifvertraglichen Bestimmungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn die Anwendung zwischen ihnen vereinbart ist. Arbeitskämpfe zur Durchsetzung eines Tarifvertrags nach Satz 1 sind unzulässig.

## 6. Abschnitt: Verbandsfreie Arbeitskämpfe

### § 34 Verbandsfreies Streikrecht

(1) Zur Durchsetzung Allgemeiner Arbeitsbedingungen auf einzelvertraglicher Grundlage haben die Arbeitnehmer eines Betriebs oder Betriebsteils auch ohne gewerkschaftliche Zustimmung das Streikrecht, wenn

1. für die Vertretung der Interessen der betreffenden Arbeitnehmer eine tariffähige Gewerkschaft fehlt;
2. in dem Betrieb keine Gewerkschaften vertreten sind;

3. die zuständige Gewerkschaft die Aufnahme von Tarifverhandlungen um einen Firmentarifvertrag abgelehnt hat; oder

4. eine an sich zuständige Gewerkschaft wegen Interessenkollision ausscheidet.

(2) Das Streikrecht kann nur ausgeübt werden, wenn die Mehrheit der von der Regelung betroffenen Arbeitnehmer sich in einer geheimen Abstimmung für die Erkämpfung der umstrittenen Regelung ausgesprochen und eine Streikleitung eingesetzt hat. Der Arbeitgeber hat die Urabstimmung im Betrieb zu dulden.

(3) Die Arbeitsniederlegung muß von der Streikleitung eine Woche vorher angekündigt werden.

### § 35 Verbandsfreie Abwehraussperrung

Zur Abwehr von Kampfmaßnahmen nach § 34 kann der Arbeitgeber die von der angestrebten Regelung betroffenen Arbeitnehmer der bestreikten Betriebe oder Betriebsteile mit sofortiger Wirkung suspendierend aussperren.

### § 36 Individualrechtliche Friedenspflicht

Solange die erkämpften Allgemeinen Arbeitsbedingungen gelten, sind Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer zur Änderung oder Neuregelung der geregelten Gegenstände unzulässig.

### § 37 Anwendung anderer Vorschriften

Die Vorschriften des ersten und dritten bis fünften Abschnitts sind auf das verbandsfreie Streik- und Aussperrungsrecht entsprechend anzuwenden.

### § 38 Vorrang von Betriebsvereinbarungen

Das verbandsfreie Streikrecht erstreckt sich nicht auf Arbeitsbedingungen, die in dem betreffenden Betrieb durch Betriebsvereinbarung geregelt sind.

## 7. Abschnitt: Ergänzung des Arbeitsgerichtsgesetzes

### § 39 Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht entscheidet im ersten und letzten Rechtszug auf Antrag durch feststellenden Beschluß über die Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfs, an dem Vereinigungen im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 Satz 1 GG beteiligt sind. Antragsbefugt sind die Fachspitzenverbände (§ 12 TVG) derjenigen Vereinigungen im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 Satz 1 GG, deren Mitglieder vom Arbeitskampf betroffen sind. Der Antrag ist gegen die Vereinigungen zu richten, die am Arbeitskampf beteiligt sind.

### § 40 Verfahren

Auf das Verfahren sind die §§ 80, 81, 83-84 ArbGG entsprechend anzuwenden. Das Verfahren ist vorrangig zu erledigen.

## Begründung

### A. Grundlagen eines Gesetzes zur Regelung von kollektiven Arbeitskonflikten

#### I. Verfassungsrechtliche Grundlagen einer Kodifikation des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts

##### 1. Koalitionsfreiheit, Koalitionsbetätigungsgarantie, Arbeitskampf und Schlichtung

Jede gesetzliche Regelung des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts muß von der verfassungsrechtlichen Garantie der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG ausgehen, wie sie aus dem Text des Grundgesetzes und seiner Entstehungsgeschichte hervorgeht und von den Gerichten, in erster Linie dem Bundesverfassungsgericht, interpretiert und ausgeformt wurde. Die hier vorgelegten Gesetzesvorschläge beruhen auf folgenden verfassungsrechtlichen Prämissen:

##### a) Inhalt des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG

Art. 9 Absatz 3 GG garantiert „jedermann“, also nicht nur den Arbeitnehmern, die *Koalitionsgründung* und damit auch den *Koalitionsbeitritt*. Dazu erfaßt die Vorschrift auch die *negative Koalitionsfreiheit*, nämlich das Recht, aus einer Koalition auszutreten oder ihr fernzubleiben. Insofern handelt es sich um subjektive Freiheitsrechte, die grundsätzlich keine fremden Rechte beeinträchtigen, also einen Schrankenvorbehalt für gesetzliche Begrenzungen entbehrlich machen. Auf diese Freiheitsrechte bezieht sich der Verzicht des Grundgesetzes auf einen Gesetzesvorbehalt (BVerfGE 4, 96, 106; 38, 386, 393; 50, 290, 367).

Weder das Recht zum Streik noch das Aussperrungsrecht sind in Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG als *subjektive Freiheitsrechte* ausdrücklich garantiert. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes schließt es aus, die Kampfrechte einer Seite oder beider Seiten als gesetzlich uneinschränkbare Freiheitsrechte zu verstehen. Ursprünglich hatte der Verfassungsgeber in einem besonderen Absatz eine Garantie des *Streikrechts* vorgesehen, das bei gewerkschaftlichen,

nicht tarifwidrigen Streiks nur durch ein förmliches Gesetz hätte eingeschränkt werden können. Er ist sich jedoch bald bewußt geworden, daß die Ausübung eines solchen Rechts gesetzlich geregelt werden müßte, und hat dann wegen der umfangreichen Kasuistik, die sich aus den notwendigen Beschränkungen ergeben hätte, auf eine Regelung des Streikrechts in der Verfassung verzichtet (Verhandlungen des Parlamentarischen Rats, Hauptausschuß, 1948/49, S. 211 ff.; Quellensammlung im Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1, 1951, S. 116 ff.). Daraus folgt, daß die Regelung des Streikrechts dem einfachen Gesetzgeber vorbehalten bleiben sollte. Die Bindung an diese Entscheidung verbietet es, dem Grundgesetz das Streikrecht im Wege der Verfassungsinterpretation unterzuschieben. Das schließt nicht aus, daß der Zweck der Koalitionsfreiheit in gewissem Umfang auch den verfassungsrechtlichen Schutz des Streiks gebietet. Der Verfassungsgeber wollte das Streikrecht nicht schlechthin dem verfassungsrechtlichen Schutz entziehen, sondern die notwendige Ausgestaltung dem einfachen Gesetzesrecht überlassen. Der verfassungsrechtliche Schutz des Streiks ist deshalb aus einer funktionalen Interpretation des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG abzuleiten. Die Einzelheiten sind dem Gesetzgeber überlassen.

Dasselbe gilt auch für die *Aussperrung*. Der Verfassungsgeber hat ein verfassungsrechtliches Aussperrungsverbot abgelehnt und die Regelung der Aussperrung dem Gesetz überlassen (*Raiser*, Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, 1975, S. 22 ff.). Ein verfassungsrechtlicher Schutz kann daher gleichfalls nur aus dem Zweck und dem Systemzusammenhang des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG abgeleitet werden.

#### b) Tarifvertrag als Koalitionszweck

Der Verfassungsgeber hebt die Koalitionsfreiheit von der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Absatz 1 GG ab. Der Sinn der Unterscheidung liegt darin, daß die Gründung von Vereinigungen im Sinn des Art. 9 Absatz 3 GG nicht als Selbstzweck geschützt werden soll, sondern zu dem in Art. 9 Absatz 3 Satz 1 genannten Zweck der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Der Schutz des Art. 9 Absatz 3 wäre nicht vollkommen, wenn nicht auch dieser Koalitionszweck mitgeschützt wäre. Das historisch und aktuell wichtigste Mittel zur Erfüllung des Koalitionszwecks ist der *Tarifvertrag*, der folgerichtig in einem gewissen Umfang – nicht notwendig in der konkreten gesetzlichen Ausgestaltung – mitgeschützt sein muß. Der Sinn des Tarifvertrags liegt vor allem darin, das fehlende Verhandlungsgleichgewicht der Vertragsparteien beim Individualarbeitsvertrag auszugleichen. Der Ausgleich soll durch die Koalitionen erfolgen, dagegen nicht durch staatliche Eingriffe, da andernfalls der von Art. 9 Absatz 3 GG geschützte Koalitionszweck ausgehöhlt würde. Durch den Abschluß von Tarifverträgen regeln die Koalitionen

insbesondere die Lohn- und sonstigen materiellen Arbeitsbedingungen in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme. Der Staat hat in diesem Bereich seine Regelungszuständigkeit weit zurückgenommen. Insofern dient die Koalitionsfreiheit einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens (BVerfGE 4, 96, 107; 18, 18, 27; 44, 322, 340; 50, 290, 367).

Aus dieser Konkretisierung des verfassungsrechtlich geschützten Koalitionszwecks ergibt sich das *verfassungsrechtliche Gebot der Neutralität des Staates*. Der Ausgleich des fehlenden Gleichgewichts beim individuellen Arbeitsvertrag ist der Autonomie und dem Kampf der Tarifparteien überlassen, jedenfalls bis zur Grenze der offenkundigen Gefährdung des Allgemeinwohls durch gröbliche Mißachtung der gesamtwirtschaftlichen Ordnung. Daraus folgt das Verbot der Tarifizensur. Die Neutralitätspflicht verlangt weiterhin, daß sich der Staat jeder Einflußnahme auf den Ablauf von Tarifvertragsverhandlungen und auf den durch den Abschluß eines Tarifvertrags bezweckten Interessenausgleich zwischen den Tarifparteien zu enthalten hat (*passive Neutralität*). Daraus folgt, daß die Leistung von Arbeitslosengeld oder anderen Lohnersatzleistungen an streikende oder ausgesperrte Arbeitnehmer von seiten der Bundesanstalt für Arbeit verfassungswidrig wäre (§ 116 Absatz 2 AFG). Der Staat hat ferner die Startbedingungen dafür herzustellen, daß ein Interessenausgleich durch Tarifvertrag stattfinden kann, das heißt, er hat im Sinne *gestaltender Neutralität* für typischerweise gleichwertige Verhandlungschancen zu sorgen (BAGE 33, 140, 153 = AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 3 R).

Auf der anderen Seite bedarf die Koalitionsfreiheit von vornherein der *gesetzlichen Ausgestaltung*, damit die grundrechtlich garantierten Freiheiten ausgeübt werden können. Auch die Auswirkungen der Koalitionsbetätigung auf Dritte und auf die Wirtschafts- und Sozialordnung im Ganzen verlangen Rechtsvorschriften, welche der Koalitionsfreiheit Schranken ziehen können. Daher schützt Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG die Koalitionsfreiheit und das System der kollektiven Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht umfassend, sondern nur in einem *Kernbereich* (ständige Rechtsprechung des BVerfG, zuletzt BVerfGE 50, 290, 369). Das Koalitionsrecht räumt den Koalitionen keinen unbegrenzten Handlungsspielraum ein, sondern überläßt es dem Gesetzgeber, ihre Befugnisse im einzelnen auszugestalten. Namentlich erstreckt sich die Gewährleistung der Tarifautonomie nicht auf die jeweils konkrete Gestalt des Systems der kollektiven Rechtsbeziehungen, wie es sich historisch herausgebildet hat, sondern hält dieses für neue Entwicklungen offen und gestattet dem Gesetzgeber, es den sich wandelnden wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen anzupassen (BVerfGE 20, 312, 317 f.; 38, 386, 393; 50, 290, 368).

### c) Gewährleistung des Arbeitskampfs

Der Schutz des Koalitionszwecks, historisch und aktuell also die Gewährleistung des Tarifvertrags, schließt als Annex gleichfalls in einem Kernbereich auch eine *Gewährleistung des Arbeitskampfs* ein. Dies folgt daraus, daß die Ausgleichsfunktion des Tarifvertrags verfehlt würde, wenn der Tarifabschluß ohne Nachteil abgelehnt werden könnte. Unter den Bedingungen staatlicher Neutralität ist die kollektive Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifvertrag ohne Arbeitskampf in der Regel nicht durchsetzbar. Daher fällt der Arbeitskampf unter die in Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG enthaltene *Garantie der spezifischen koalitionsmäßigen Betätigung* und der dazu erforderlichen Koalitionsmittel. Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn eines Tages andere gleichwertige Einrichtungen und Verfahren des kollektiven Interessenausgleichs das Tarifvertrags- und Arbeitskampfsystem überflüssig machen sollten.

Der Schutzzumfang des Arbeitskampfs läßt sich dadurch noch näher präzisieren, daß er als *Mittel zum Zweck des Tarifvertrags* dienen soll. Er reicht daher nur so weit, als das Kampfziel ein Tarifvertrag ist. Damit ist notwendig verbunden, daß die Tarifparteien dem Einsatz der Kampfmittel zustimmen, entweder von Anfang an oder durch nachträgliche Genehmigung und Übernahme eines Arbeitskampfs. Wer die Träger des Rechts auf Arbeitskampf sein können, ist damit noch nicht festgelegt.

Weiterhin muß das Tarifziel *rechtmäßig* und erkämpfbar sein. Daher schützt Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG nur einen Arbeitskampf, der nicht gegen die tarifvertragliche *Friedenspflicht* verstößt. Schließlich ist der Arbeitskampf als Mittel zum Zweck Tarifvertrag im Grundsatz nur insoweit geschützt, als ein Tarifvertrag nicht auch ohne Arbeitskampf erreichbar ist. In diesem Sinn kann er nur *ultima ratio* sein.

### d) Unerläßlichkeit als Kriterium des verfassungsrechtlich geschützten Kernbereichs

Auch der Schutz des Arbeitskampfs und der Kampfmittel nach Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG ist nicht umfassend. Streik und Aussperrung sind nicht als solche garantiert, vielmehr gelten dieselben Einschränkungen wie bei der Tarifautonomie (*Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, S. 84 ff.; *Raiser*, Die Aussperrung nach dem Grundgesetz, 1975, S. 50 ff.; *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 83 ff.; *Scholz/Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, 1980, S. 54 ff.; *Gerhard Müller*, Arbeitskampf und Recht, 1987, S. 77 ff.).

Geschützt ist wie bei der Tarifautonomie nur ein *Kernbereich*, das heißt ein *Mindeststandard* der für ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem notwendigen Kampfmittel. Diese bedürfen der rechtlichen Ausgestaltung, welche das

Grundgesetz dem Gesetzgeber überlassen hat. Arbeitskämpfe ziehen Dritte und die Allgemeinheit in Mitleidenschaft und verursachen erhebliche wirtschaftliche Schäden. Da zudem die Zulassung von Arbeitskämpfen eine Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol darstellt und insofern auch die Prinzipien der Demokratie und des Rechtsstaats berührt, kommt der gesetzlichen Konkretisierung ein noch größeres Gewicht zu als bei anderen Formen der Koalitionsfreiheit. Der Gesetzgeber ist auch nicht daran gehindert, das Arbeitskampfrecht zu modifizieren und fortzuentwickeln, um es veränderten wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen anzupassen.

### aa) Streik als unerläßliches Kampfmittel

Der von der Kernbereichsgarantie umfaßte verfassungsrechtliche Mindeststandard bezieht sich auf die zur Erreichung des Koalitionszwecks, das heißt eines Tarifvertrags *unerläßlichen Kampfmittel*. Dazu gehört der *Streik*, denn ohne Streik können die Gewerkschaften einen Tarifvertrag gegen den Willen der Arbeitgeber nicht durchsetzen.

### bb) Aussperrung als unerläßliches Kampfmittel

Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG gewährt die Koalitionsfreiheit darüber hinaus „jedermann“. Auch der Arbeitgeberverband hat daher ein verfassungskräftiges Recht auf gleichberechtigte Teilnahme an der Tarifautonomie und dem Koalitionsverfahren. Daraus folgt, daß die *Aussperrung* unter den Kernbereichsschutz des Arbeitskampfrechts fällt, soweit sie unerläßlich ist, einen Tarifvertrag zu erreichen. Das Grundgesetz verlangt aber nicht, Streik und Aussperrung in der formalen Ausgestaltung gleich zu behandeln. Vielmehr kommt es darauf an, daß zwischen den Tarifparteien ein Gleichgewicht der Kräfte im Sinn von gleichwertigen Verhandlungschancen hergestellt wird. Die Kampfmittel der Tarifparteien müssen so ausgestaltet werden, daß hinsichtlich Abschluß und Inhalt des Tarifvertrags Verhandlungsparität herrscht. Daher darf nicht vorab das Streikrecht garantiert und erst danach gefragt werden, in welchem Umfang die Parität die Anerkennung eines Rechts zu Aussperrung fordert. Vielmehr sind Streik- und Aussperrungsrecht in eine sinnvolle Beziehung zueinander zu bringen, welche die Parität verwirklicht. Es besteht nach der Verfassung keine Vermutung, daß eine formale Gleichbehandlung von Streik und Aussperrung der materiellen Parität entspricht.

### e) Paritätsprinzip

Das im Sinn des Verhandlungsgleichgewichts und gleichwertiger Chancen verstandene *Paritätsprinzip* ist Bestandteil des unerläßlichen Mindeststandards eines funktionsfähigen Koalitionsverfahrens und daher auch des verfas-

sungsmäßig garantierten Kernbereichs des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG. Gemeint ist damit wie im allgemeinen Vertragsrecht nicht das konkrete Gleichgewicht der Vertragsparteien im Einzelfall, sondern eine typische, abstrakt-generelle Parität. Sie bezieht sich nicht isoliert auf die formelle Parallelität oder Symmetrie bei der rechtlichen Ausgestaltung der Kampfmittel, sondern ist funktional zu verstehen. Ihr Bezugspunkt ist der Tarifvertrag (materielle oder funktionale Parität).

Wann funktionale Parität zwischen den Tarifparteien besteht, ist nicht eindeutig und mathematisch zu bestimmen, weil dafür mehrere, nicht nur quantitative Faktoren ins Gewicht fallen und ein Meßverfahren nicht vorhanden ist. Das Paritätsprinzip ist daher ein Leitbild, das der Gesetzgeber normativ näher ausformen kann. Dabei ist sein Spielraum aber nicht unbegrenzt. Die bei den Arbeitskämpfen der Vergangenheit gewonnenen Erfahrungen und allgemeinen juristischen Beurteilungsmaßstäbe lassen nämlich nähere Aussagen über das Paritätsprinzip zu. Sie gestatten, die Kriterien herauszuarbeiten, auf die es bei der Beurteilung ankommt, und deren Wirkungsweise abzuschätzen. Auch ermöglichen sie einige sichere Aussagen jedenfalls darüber, wann *keine Parität* herrscht, der Gesetzgeber also eingreifen muß, um den Kernbereich der verfassungsrechtlichen Arbeitskampfgarantie sicherzustellen. So ist die Parität namentlich dann nicht gewahrt, wenn eine Kampfpartei Art und Ausmaß des Kampfs allein zu bestimmen vermag, während die andere dazu verurteilt ist, lediglich still zu halten. Das Gesetz ist daran zu messen, ob es diesen Paritätsrahmen wahrt; andernfalls ist es verfassungswidrig. Soweit aber die Kampfmittel Streik und Aussperrung in ihrem unerläßlichem Umfang nicht angetastet werden und sich Störungen der Parität nach den genannten Kriterien und den aus der Erfahrung gewonnenen Maßstäben nicht feststellen lassen, ist der *Gesetzgeber prinzipiell frei*, das Arbeitskampfrecht zu gestalten, ohne gegen die Verfassung zu verstoßen.

#### f) Übermaßverbot

Weitere Grenzen des gesetzlichen Gestaltungsspielraums folgen aus dem *verfassungsrechtlichen Übermaßverbot*. Der Arbeitskampf greift in die Rechte sowohl der Kampfgegner als auch Dritter und der Allgemeinheit ein. Er ist eine Ausnahme vom staatlichen Gewaltmonopol. Er führt zu Schäden bei Kampfgegnern und Kampfuntersetzten. Diese Folgen werden vom Grundgesetz grundsätzlich hingenommen. Bereits die Anerkennung eines verfassungsrechtlichen Kernbereichs des Arbeitskampfs besagt, daß die unerläßlichen Kampfmittel in gewissem Umfang den Vorrang vor den beeinträchtigten Rechten der Kampfuntersetzten genießen. Auch die vom Verfassungsgeber vorausgesetzte Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers erlaubt diesem, in fremde Rechte einzugreifen oder den Eingriff zuzulassen. Wie stets

bei zulässigen Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen stößt der Gesetzgeber dabei aber auf das verfassungsrechtliche Übermaßverbot. Dieses ist nicht nur bei Eingriffen der staatlichen Verwaltung in private Rechte zu beachten, sondern bindet ebenso den Gesetzgeber, wenn er durch das Gesetz Eingriffe erlaubt. Das gilt auch, wenn er Eingriffe durch private Rechtsträger, hier die Koalitionen, zuläßt.

Das verfassungsrechtliche Übermaßverbot verlangt, daß Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen auch auf gesetzlicher Grundlage zu dem gesetzlichen Zweck *geeignet, erforderlich* und im engeren Sinn *nicht unverhältnismäßig*, das heißt zur Erreichung des Zwecks angemessen (proportional) sind (*Seiter*, Arbeitskämpfparität und Übermaßverbot, 1979, S. 51 ff.). Bei diesen Maßstäben ist im Arbeitskampfrecht zu berücksichtigen, daß der Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum hat und nicht nur den verfassungsunmittelbar geschützten Kernbereich konkretisiert. Das Kriterium der Erforderlichkeit einer Kampfmaßnahme verlangt deshalb nicht, die Kampfmaßnahmen auf den verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich zu begrenzen. Der Gesetzgeber wahrt folglich das Übermaßverbot auch dann, wenn er ein Spektrum von Kampfmaßnahmen zur Verfügung stellt. Doch muß während eines Arbeitskampfs prognostizierbar sein, welche Kampfmittel zulässig sind. Daher kann die Erforderlichkeit einer Kampfmaßnahme nicht von den Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht, sondern muß typisiert werden. Erforderlich sind solche Kampfmaßnahmen, auf die bei abstrakter Betrachtung nicht verzichtet werden kann, ohne daß das Gleichgewicht zwischen den Kampfgegnern in Frage gestellt würde. Inwieweit Eingriffe durch konkrete Kampfmaßnahmen weiteren Schranken unterworfen sind, richtet sich nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, vor allem nach dem *privatrechtlichen Übermaßverbot* (*Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 150 ff.).

#### aa) Erforderlichkeit einzelner Kampfformen

Am Maßstab der Erforderlichkeit sind vor allem die einzelnen Erscheinungsformen von Streik und Aussperrung sowie die Art und Weise ihrer Durchführung zu messen. Wenn Erzwingungsstreiks und Abwehraussperrungen verfassungsrechtlich garantiert sind, dann können Streik- und Aussperrungsformen, welche die Rechte der Kampfuntersetzten in geringerem Umfang beeinträchtigen, das Übermaßverbot nicht verletzen. *Der Warnstreik und die Nadelstichtaktik* sind daher als solche, solange sie die Parität nicht verletzen, keine Verstöße gegen das Übermaßverbot. Das gilt jedenfalls, wenn das ultima ratio-Prinzip beachtet ist. Erforderlich ist auch *die suspendierende Wirkung von Streiks und Aussperrungen*. Am Maßstab der typischen Erforderlichkeit sind weiter die *Außenseiterbeteiligung* bei Streiks und Aussperrungen und die Kriterien zu messen, unter denen ein *Sympathiestreik, eine Sympathieaussperrung* oder ein *Boycott* zulässig sind.

### bb) Erforderlichkeit und ultima ratio-Prinzip

Eine Kampfmaßnahme ist nur dann erforderlich, wenn im konkreten Fall ein Tarifvertrag nicht ohne Arbeitskampf erreichbar ist. Insofern gehört die *Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten* (ultima ratio-Prinzip) jedenfalls grundsätzlich zur Einhaltung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbotes (BAGE 23, 292, 306 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6 R). Allerdings legt das Übermaßverbot den Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Ausgestaltung der Verhandlungsphase fest. Vor allem kann er die Trennung zwischen Verhandlungs- und Kampfphase den Tarifpartnern weitgehend überlassen. Es verstößt daher nicht gegen das Übermaßverbot, wenn eine Tarifpartei einseitig das Scheitern der Verhandlungen erklären kann. Insofern geht die Tarifautonomie den Rechten der Betroffenen vor, die durch das *Scheitern der Verhandlungen* und den Beginn des Arbeitskampfs beeinträchtigt werden. Auch eine *Urabstimmung* der Gewerkschaftsmitglieder vor dem Streikbeschluß ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

### cc) Übermaßverbot und Verhältnismäßigkeit

Unverhältnismäßig ist eine an sich zulässige Kampfmaßnahme dann, wenn die drohende Schädigung außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht. Weder darf der Gesetzgeber unverhältnismäßige Kampfmittel zulassen, noch sind einer Kampfpartei *konkrete* Kampfmaßnahmen erlaubt, die unverhältnismäßig sind (§ 2 Absatz 2). Inhaltlich geht es um eine Exzeßkontrolle, wie es die negative Formulierung des Verbots der Unverhältnismäßigkeit unterstreicht.

Die Grenze der konkreten Verhältnismäßigkeit verbietet vor allem, Streik oder Aussperrung dazu einzusetzen, den Kampfgegner zu vernichten oder in seiner Existenz zu bedrohen.

### g) Zulässigkeit der Schlichtung

Aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Neutralität des Staates folgt das grundsätzliche Verbot einer staatlich angeordneten *Zwangsschlichtung*. Gleichgültig, ob der Staat die verbindlich entscheidende Schlichtungsinstanz, der die Tarifparteien unterworfen sind, selbst bildet oder einen neutralen Dritten einsetzt, entzieht er mit der Zwangsschlichtung den Tarifparteien die autonome Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.

Allerdings kennt dieser Grundsatz Ausnahmen. Wo es um sachliche Teilgebiete der Arbeitsbedingungen von besonders hohem Allgemeininteresse geht oder wo zeitlich begrenzt einer besonderen Notstandssituation entgegengesteuert werden soll, greift eine staatliche Zwangsschlichtung nicht in den Kernbereich des Art. 9 Absatz 3 GG ein.

Ebenso wie die Zwangsschlichtung ist auch die Beendigung eines laufenden

Tarifkonflikts *durch Gesetz* grundsätzlich unzulässig. Auch eine solche Vorgehensweise, die in Schweden und Dänemark 1971 und 1985 eine gewisse praktische Bedeutung erlangt hat, kann nur ausnahmsweise aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein.

Zum Kernbereich der Koalitionsbetätigung in der Ausprägung der Koalitionsverfahrensgarantie zählt aber die Befugnis der Tarifparteien, eine *freiwillige Schlichtung* zu vereinbaren und deren *Verfahren selbst zu bestimmen*. Insbesondere unterliegt es der Entscheidung der Koalitionen, ob sie die Schlichtung selbst betreiben, einen neutralen Dritten einschalten oder sich staatlicher Schlichtungsorgane bedienen wollen. Die Tarifparteien können sich auch einem Schlichtungsanspruch im voraus unterwerfen.

Um die Erfolgsaussichten der Schlichtung zu vergrößern, kann der Staat die Einhaltung einer angemessenen *Abkühlungsphase* vorschreiben. Eine solche Vorschrift greift nicht in den Kernbereich der Koalitionsbetätigungsgarantie ein, denn sie nimmt den Koalitionen das Recht auf kampfwise Betätigung nur für kurze Zeit (*Rüthers*, Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung, 1973, S. 20 ff.).

### h) Gesetzgebungsauftrag und Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Soweit der Gesetzgeber die unerläßlichen Kampfmittel Streik und Aussperrung gewährleistet und das Paritätsprinzip und Übermaßverbot beachtet, ist er frei, das Arbeitskampfrecht zu gestalten. Er hat insoweit einen inhaltlich weiterreichenden Entscheidungsspielraum als der Richter, da er nicht an die Vorgaben des überkommenen Arbeitskampfrechts gebunden ist. Er darf das Arbeitskampfrecht vielmehr in seiner Gesamtkonzeption neu schaffen, alle Einzelregelungen aufeinander abstimmen und der gegenwärtigen wirtschaftlichen und sozialen Lage anpassen. Allerdings steht es nicht völlig im Ermessen des Gesetzgebers, ob er gesetzliche Regelungen über den Arbeitskampf schaffen will oder nicht. Soweit der verfassungsrechtlich geschützte Kernbereich konkretisierungsbedürftig ist, um die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems sicherzustellen und die Interessen der nicht in Verbänden organisierten Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie der Allgemeinheit zu schützen, treffen ihn vielmehr ein *Gesetzgebungsauftrag* und eine *verfassungsrechtliche Pflicht* zum Tätigwerden. Darüber hinaus ist die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur sogenannten Wesentlichkeitstheorie zu erwägen (BVerfGE 49, 89, 126 f.; 58, 257, 268 ff.; 64, 261, 268). Sie wird in neuerer Zeit mehrfach, wenn auch in unterschiedlichem Umfang, herangezogen, um eine Pflicht des Gesetzgebers zur Regelung des Arbeitskampfrechts zu begründen (*Kloepfer*, NJW 1985, 2503; *Friauf*, RdA 1986, 192; *Seiter*, RdA 1986, 171; *Löwisch*, DB 1988, 1013). Inwieweit sie eine eigenständige Bedeutung im Bereich des Arbeitskampfrechts hat, hängt von einer Reihe ungelö-

ster Fragen ab. Zum einen entspringt die Theorie dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, so daß ihre Reichweite für das Privatrecht offen ist. Zum anderen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Gesetzesvorbehalt und Koalitionsautonomie, deren Rechtswirkungen jedenfalls partiell durch die freiwillige Mitgliedschaft in den Koalitionen legitimiert werden. Die Arbeitsgruppe brauchte über solche Fragen nicht zu entscheiden. Es genügt, daß es einen Gesetzgebungsauftrag gibt. Der exakte Umfang der Verpflichtung bedarf keiner Festlegung. Soweit der Gesetzgeber über den von der Verfassung gebotenen Mindestumfang hinausgeht, kann er die Initiative ergreifen, er muß es aber nicht.

Eine *Normsetzungsprärogative* der Tarifparteien in dem Sinn, daß der Gesetzgeber verpflichtet wäre, ihnen die Regelung des Arbeitskampfrechts zu überlassen oder ihnen den Vorrang dafür einzuräumen, besteht *nicht*, weil das Arbeitskampfrecht auch Dritte und die Allgemeinheit berührt. Den Tarifparteien fehlt die Kompetenz, darüber zu entscheiden, was Dritte hinzunehmen haben. Sie können nicht Richter in eigener Sache sein. Das schließt allerdings nicht aus, daß der Gesetzgeber in Einzelfragen Vereinbarungen der Tarifparteien den Vorrang läßt. Die Tarifparteien sind aber gleichfalls an die verfassungsrechtlichen Grenzen gebunden. Ihre Vereinbarungen dürfen also übergeordnete Rechte und Interessen nicht beeinträchtigen.

## 2. Notstandsverfassung und Arbeitskampfrecht

Art. 9 Absatz 3 Satz 3 GG, der im Rahmen der Notstandsgesetzgebung vom 24. 6. 1968 (BGBl. I S. 709) in die Verfassung aufgenommen worden ist, untersagt, daß sich bestimmte notstandsrechtliche Maßnahmen „gegen Arbeitskämpfe“ richten, die „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satz 1 geführt werden“. Art. 9 Absatz 3 Satz 3 GG bestätigt damit die prinzipielle Zuordnung des Arbeitskampfrechts zur Garantie der Koalitionsfreiheit. Er garantiert aber nicht einzelne Kampfmittel. Das Wort „Arbeitskampf“ ist zwar in den Verfassungstext aufgenommen worden, weil parlamentarische Initiativen scheiterten, die zwischen Streik und Aussperrung differenzieren wollten (BT-Drucks. V/1879, S. 3, 24; BT-Drucks. V/2873, S. 3; Stenographische Berichte des 5. Deutschen Bundestages, Bd. 67, S. 9315 f., 9644; Stenographische Berichte der Verhandlungen des Bundesrates, 326. Sitzung, S. 141). Dabei war aber das Verständnis des Begriffs „Arbeitskampf“ innerhalb der parlamentarischen Mehrheit gänzlich unterschiedlich. Art. 9 Absatz 3 Satz 3 GG enthält daher keine konstitutive Regelung des Arbeitskampfrechts. Er schreibt weder den Streik noch die Aussperrung fest, noch rezipiert er die bis dahin vorliegende richterliche Konkretisierung des Arbeitskampfrechts (offengelassen in BVerfGE 38, 386, 393). Art. 9 Absatz 3 Satz 3 GG knüpft nur im deklaratorischen Sinn an der Garan-

tie des Arbeitskampfs durch den Zweck des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG an, ohne zu deren Umfang inhaltlich Stellung zu nehmen. Die Notstandsverfassung hat die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfs nicht ausgeweitet; die Interpretation des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG ergibt daher bereits allein die verbindlichen Maßstäbe.

## II. Internationales Recht

Der Gesetzgeber hat bei der Schaffung eines Arbeitskampfgesetzes wie bei jedem seiner Akte die völkerrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland zu beachten. Mögliche internationalrechtliche Bindungen ergeben sich allein aus Völkervertragsrecht. Gewohnheitsrecht oder allgemeine Rechtsgrundsätze völkerrechtlicher Art sind bis heute im Bereich des Arbeitskampfrechts nicht feststellbar. Das Recht der Europäischen Gemeinschaften kennt zwar insgesamt prinzipiell allgemeine Rechtsgrundsätze, diese erlangen aber nur für die Beschäftigten der Europäischen Gemeinschaften, jedoch nicht für die Gesetzgebung der einzelnen Mitgliedsstaaten Bedeutung.

### 1. Einschlägige Rechtsinstrumente

In einer Reihe von multilateralen Staatsverträgen und im Rahmen der in der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) abgeschlossenen Konventionen finden sich Aussagen über die Koalitionsfreiheit, die Schlichtung, zum Teil auch über das Streikrecht und das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf „kollektive Maßnahmen“.

#### a) Vereinte Nationen

Im Bereich der Vereinten Nationen wird durch Art. 23 Nr. 4 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 die individuelle Koalitionsfreiheit zum Menschenrecht erhoben. Dies wiederholt Art. 22 Absatz 1 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966. Nach Art. 8 Absatz 1 lit. d des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. 12. 1966 verpflichten sich die Vertragsstaaten, das Streikrecht, soweit es in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung ausgeübt wird, zu gewährleisten.

Während aus den beiden zuerst erwähnten Rechtsinstrumenten keine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten folgt, wenigstens das Streikrecht allgemein zu garantieren, gestattet die in Art. 8 Abs. 1 lit. d des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte enthaltene, aber nicht durchsetzbare völkerrechtliche Pflicht der Bundesrepublik Deutschland zur Gewährleistung des Streikrechts dessen nähere gesetzliche Regelung, sofern

dadurch nicht gegen das ILO-Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts vom 9. 7. 1948 verstoßen wird (Art. 8 Absatz 3). Die vorgeschlagenen Regelungen verletzen in keiner Hinsicht Art. 8 Absatz 1 lit. d. Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sieht im übrigen weder eine Überwachung der Einhaltung der in ihm statuierten Pflichten noch eine Ahndung bei Verstößen durch die Mitgliedsstaaten vor. Seine praktische Relevanz ist daher gering.

### b) Internationale Arbeitsorganisation

Als Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation ist die Bundesrepublik verpflichtet, die von ihr ratifizierten Übereinkommen einzuhalten. Streik und Aussperrung werden jedoch in keinem Übereinkommen ausdrücklich angesprochen oder erwähnt. Auch die beiden Übereinkommen zur Koalitionsfreiheit, nämlich das Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. 7. 1948 und das Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1. 7. 1949, enthalten sich jeglicher Stellungnahme zu Fragen des Arbeitskampfs. In der die Mitgliedstaaten nicht bindenden Empfehlung Nr. 92 betreffend das freiwillige Einigungs- und Schiedsverfahren vom 29. 6. 1951 wird die Errichtung freiwilliger paritätischer Einigungsverfahren vorgeschlagen, wobei durch entsprechende Bestimmungen dafür gesorgt werden soll, daß das Verfahren entweder auf Betreiben einer der an der Streitigkeit beteiligten Parteien oder von Amts wegen durch die Stelle für freiwillige Einigung eingeleitet werden kann. Dabei soll den Parteien nahegelegt werden, während des Einigungsverfahrens von Streiks und Aussperrungen abzusehen; allerdings darf die Empfehlung nicht so ausgelegt werden, als ob sie das Streikrecht beschränke. Über die Einhaltung der Übereinkommen wachen zwei vom Verwaltungsrat der ILO eingesetzte Sachverständigenkommissionen, auf deren Arbeit noch unten näher einzugehen ist.

Die von der ILO am 11. 11. 1977 verabschiedete, rechtlich nicht verbindliche dreigliedrige Grundsatzklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik behandelt zwar auch einige Probleme des Arbeitskampfs, sie richtet sich jedoch nicht an die Mitgliedstaaten, sondern unmittelbar an die Unternehmen. Dies gilt in gleicher Weise für die OECD Guidelines for Multinational Enterprises vom 21. 6. 1976 und ihre Verhaltensregeln in § 8 für den Arbeitskampf.

### c) Europarat

Rechtlich schärfere Konturen besitzen für die gesetzgeberische Gestaltung des Arbeitskampfs die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vom

4. 11. 1950 sowie vor allem die Europäische Sozialcharta vom 18. 10. 1961, die beide von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert worden sind.

Während Art. 11 Abs. 1 EMRK ausdrücklich nur die Koalitionsfreiheit als Menschenrecht statuiert, verpflichten sich die Vertragsparteien in Art. 6 ESC, „um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten“, zur Förderung „geeigneter Vermittlungs- und Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten“ (Nr. 3) und anerkennen „das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen“ (Nr. 4).

Dem Art. 11 Abs. 1 EMRK entnimmt zwar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – zur verbindlichen Auslegung der EMRK befugt – eine Garantie von Kollektivmaßnahmen, wie etwa den Kern des Streikrechts (vgl. Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgements and Decisions Bd. 21, S. 16), aber die nähere Ausgestaltung fällt auch hier in die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers. Besondere Verpflichtungen, die sich auf den vorliegenden Gesetzentwurf auswirken könnten, sind deshalb nicht ersichtlich.

### 2. Rechtliche Bedeutung der Praxis der Überwachungsgremien von Internationaler Arbeitsorganisation und Europarat

Die zur Überwachung der Einhaltung der ILO-Konventionen und der Europäischen Sozialcharta eingesetzten speziellen Überwachungsorgane haben eine verhältnismäßig umfangreiche Tätigkeit entfaltet, in deren Verlauf sie auch eine ansehnliche „Spruchpraxis“ zu Fragen des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts entwickelt haben. Im Rahmen der ILO handelt es sich dabei um den vom Verwaltungsrat errichteten Sachverständigenausschuß zur Überwachung der Einhaltung der Übereinkommen und Empfehlungen sowie um den Ausschuß zur Überwachung der Einhaltung der Übereinkommen über die Vereinigungsfreiheit; ob die Europäische Sozialcharta eingehalten wird, ist von dem beim Europarat gebildeten Sachverständigenausschuß für die Europäische Sozialcharta zu überprüfen. Was das Schlichtungsrecht angeht, so stimmen das bisher geltende Recht und auch der hier vorgelegte Gesetzentwurf mit der Auffassung dieser Gremien überein. Insbesondere sehen sie es nicht als eine Verletzung der Vereinigungsfreiheit an, wenn vor Einleitung eines Arbeitskampfes die Einhaltung eines Schlichtungs- oder Schiedsverfahrens verlangt wird (Freedom of Association – Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO [FAC] Nr. 378, 3rd ed., ILO, Geneva 1985). Hingegen bestehen zum geltenden wie zum hier vorgeschlagenen Arbeitskampfrecht Diskrepan-

zen. Zum Teil ist die Bundesregierung sogar aufgefordert worden, für eine Änderung des deutschen Rechtes Sorge zu tragen. Es ist daher erforderlich, die rechtliche Bedeutung dieser Auslegungspraxis internationaler Gremien für die Bundesrepublik Deutschland und den deutschen Gesetzgeber zu prüfen. Dies ist schon deshalb wichtig, weil die Texte der einschlägigen Übereinkommen selbst von ihrem Wortlaut her keine besonderen inhaltlichen Vorgaben für das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland enthalten.

*a) Wesentliche sachliche Abweichungen der Auslegungspraxis der Überwachungsausschüsse*

Die Überwachungsorgane von Europarat und ILO weichen nicht nur vom generellen Arbeitskämpfmodell des geltenden deutschen Rechts, sondern auch in einer Reihe von eingehenden Sachpunkten vom vorliegenden Gesetzentwurf ab.

Alle drei Kontrollinstanzen lehnen die Begrenzung des Streiks auf ein bloßes Mittel der Tarifauseinandersetzung ab (Freedom of Association and Collective Bargaining – General Survey by the *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* [CE], ILO, Geneva 1983, Nr. 200: „The Committee considers that the right of strike is one of the essential means available to workers and their organisations for the protection of their economic and social interests. These interests not only have to do with obtaining better working conditions and pursuing collective demands of an occupational nature, but also with seeking solutions to economic and social policy questions and to labour problems of any kind which are of direct concern to the workers“; fast gleichlautend die Formulierungen in: FAC, Nr. 368, 388: „The right to strike should not be limited solely to industrial disputes that are likely to be resolved through the signing of a collective agreement; workers and their organisations should be able to express in a broader context, if necessary, their dissatisfaction as regards economic and social matters affecting their members' interests“; für die Sozialcharta: Council of Europe-*Committee of Independent Experts* [CIE], Strasbourg, Conclusions I, 1969/70, 183; II, 1971, 27; III, 1973, 37; IV, 1975, 48; VIII, 1984, 96; IX-2, 1986, 47).

Daraus folgen zwei andere Weiterungen gegenüber dem deutschen Recht: Aus Art. 6 Nr. 4 ESC leitet der Sachverständigenausschuß für die Europäische Sozialcharta die Zulässigkeit des nicht gewerkschaftlichen, also des spontanen oder wilden Streiks ab, weil Verhandlungen zwischen den Streikenden und dem Arbeitgeber auch auf andere Weise möglich seien als mit dem Ziel, einen Tarifvertrag abzuschließen.

Die beiden Ausschüsse der ILO halten darüber hinaus Proteststreiks,

insbesondere solche gegen die Wirtschafts- und Sozialpolitik einer Regierung, für zulässig (vgl. speziell zu den Protestaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes gegen die Novellierung des § 116 AFG: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference 73rd Session 1987, S. 181 ff.: „The Committee feels bound to point out, that the exclusion of purely political strikes from the scope of the principle of freedom of association can in no way apply to a strike to express criticism of the economic and social policy of the Government . . . The Committee requests the Government to take steps to enable workers fully to exercise the right to strike“).

Ebenso sind nach deren Auffassung Sitzstreiks und Betriebsbesetzungen rechtmäßig, solange sie nicht aufhören, „friedlich“ (peaceful) zu sein (FAC Nr. 367: „Regarding various types of strike action denied to workers (tools-down, go-slow, and sit-down strikes), the Committee considers that these restrictions may be justified only if the strike ceases to be peaceful“. – CE Nr. 218: „The Committee shares the opinion of the Committee on Freedom of Association that as far as the methods of exercising the right of strike are concerned, restrictions on working to rule, the occupation of an enterprise or working premises, sit-down strikes and picketing can only be justified if the action ceases to be peaceful.“).

*b) Völkerrechtliche Verbindlichkeit der Auslegungspraxis der Überwachungsausschüsse?*

Eine nationale gesetzliche Regelung des Arbeitskämpfrechts hat die dargestellten grundlegenden Abweichungen in der „Spruchpraxis“ der Kontrollinstanzen von ILO und Europarat dann zu beachten und entsprechend zu berücksichtigen, wenn diese für den Gesetzgeber eines Mitgliedsstaates völkerrechtlich verbindliche Vorgaben bilden. Der deutsche Gesetzgeber soll seinen internationalen Verpflichtungen nachkommen und sich daher völkerrechtskonform verhalten.

*aa) Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation*

Die von der Bundesrepublik Deutschland ratifizierten ILO-Übereinkommen, also vor allem die Konventionen Nr. 87 und 98, haben innerstaatlich wie auch die Europäische Sozialcharta den Rang eines einfachen Gesetzes. Soweit das Arbeitskämpfrecht daher verfassungsrechtlichen Rang genießt, was nicht zuletzt für die arbeitskampfrechtlichen Grundentscheidungen gilt, steht es über diesen internationalen Rechtsinstrumenten. Geht es hingegen um solche arbeitskampfrechtliche Regeln des Gesetzentwurfes, welche der Disposition des einfachen Gesetzgebers entspringen,

könnten sich aus etwaigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland bindende Vorgaben für die deutsche Gesetzgebung ergeben.

Bei den hier einschlägigen ILO-Übereinkommen zur Koalitionsfreiheit trifft dies jedoch nicht zu. Sie enthalten überhaupt keine unmittelbaren Aussagen zum Arbeitskampfrecht. Erst aus der Überwachungspraxis der beiden Sachverständigenausschüsse des Verwaltungsrats der ILO ist ein Bestand an arbeitskampfrechtlichen Erkenntnissen, Feststellungen und Festlegungen erwachsen, den die beiden Gremien heute als Beurteilungsmaßstab ihrer Überprüfungsarbeit und quasi-judiziellen Tätigkeit zugrundelegen. Inhaltlich federführend war und ist dabei der Ausschuß des Verwaltungsrates für die Vereinigungsfreiheit.

Der „ILO-Corpus“ des Arbeitskampfrechts stellt sich weithin als Ergebnis rechtsschöpferischer Konventionsauslegung dar. Zur authentischen und damit für die Mitgliedsstaaten völkerrechtlich verbindlichen Interpretation der einschlägigen Übereinkommen besitzen beide Gremien aber keine Zuständigkeit, sie geben nur „Stellungnahmen“ ab. Diesen kommt freilich eine nicht zu unterschätzende politische Bedeutung zu.

Die rechtsfortbildende Auslegung vor allem des ILO-Übereinkommens Nr. 87, auf das die beiden Ausschüsse, insbesondere der Ausschuß für die Vereinigungsfreiheit, ihre arbeitskampfrechtlichen Erkenntnisse im wesentlichen stützen, steht auf äußerst schwankendem Boden. Problematisch erscheint nämlich, ob die beiden Ausschüsse im Rahmen ihrer Überwachungstätigkeit überhaupt eine Zuständigkeit zur Konventionsfortbildung besitzen. Um „klassische“ Auslegung handelt es sich angesichts der politisch gezielten Nichtbefassung der sonstigen Gremien der ILO mit Fragen des Arbeitskampfs ja nicht.

Davon unabhängig geben Inhalt und Methode dieser „Rechtsfortbildung“ im Rahmen der Anwendung der einschlägigen ILO-Übereinkommen Anlaß zu kritischer Auseinandersetzung. Die verwendeten Maßstäbe wie überhaupt der Prozeß der Rechtsfortbildung werden nicht weiter offengelegt. Politisch verständlich, aber deshalb nicht weniger fragwürdig werden die Rechts- und Sozialordnungen der Mitgliedstaaten fast durchweg als gleichwertig behandelt. Dies gilt insbesondere für die behandelten Fälle und damit auch Anlässe von Proteststreiks. Hier werden Ecuador (172nd Report of the Committee on Freedom of Association, Official Bulletin of the ILO 61 (1978), Series B, Case no. 885), Tunesien (181st Report, case no. 899), Sri Lanka (190th Report, case no. 913), Argentinien (214th Report, case no. 1067) und die Dominikanische Republik (236th Report, cases no. 1277 and 1288) mit der Bundesrepublik Deutschland unter Außerachtlassung der unterschiedlichen politischen und rechtlichen Systeme auf eine Stufe gestellt.

Ferner ist es insbesondere im Rahmen der ILO problematisch, der Überwachungspraxis deutlich das „romanische Konfliktmodell“ bei kollektiven Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Auseinandersetzungen zugrunde zu legen und dieses damit für allgemeingültig zu erklären. Solches läßt sich nicht legitimieren. Es ist im übrigen auch nicht mit Art. 9 Absatz 3 GG vereinbar.

### bb) Europäische Sozialcharta

Anders als die ILO-Konventionen Nr. 87 und 98 enthält Art. 6 Nr. 4 ESC eine ausdrückliche Streikgarantie, während die Aussperrung verbal nicht, wohl aber der Sache nach mit dem Begriff „kollektive Aktion“ erwähnt wird. Weitere Regeln für den Arbeitskampf sieht die ESC nicht vor, sie gestattet jedoch gem. Art. 31 gesetzliche Einschränkungen der in Art. 6 Nr. 4 garantierten Rechte, soweit sie in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder des öffentlichen Interesses, der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit oder der Sittlichkeit notwendig sind.

In Anlehnung an die ILO sieht die Europäische Sozialcharta ein Verfahren zur Überwachung ihrer Einhaltung vor, das aufgrund der Berichte der Regierungen der Mitgliedsstaaten im wesentlichen durch den unabhängigen Sachverständigenausschuß durchgeführt wird. Dieses Gremium legt zwar bei seiner Kontrolltätigkeit die Europäische Sozialcharta aus, seine Spruchpraxis besitzt jedoch keine bindende Wirkung. Das Überwachungsverfahren führt zu keiner authentischen Interpretation der Europäischen Sozialcharta. Für verbindliche Entscheidungen ist allein das Ministerkomitee zuständig, das freilich in Materien wie derjenigen des Arbeitskampfs bisher noch nicht aktiv geworden ist. Deshalb stellen die vom Sachverständigenausschuß geäußerten Rechtsansichten keine völkerrechtlich verbindlichen Vorgaben für den deutschen Gesetzgeber dar.

Damit erscheint es auch nicht erforderlich, die Spruchpraxis selbst einer umfassenderen, sachlichen Kritik zu unterziehen. Dabei dürfte freilich nicht außer Acht gelassen werden, daß die vom Sachverständigenausschuß aufgestellten Rechtsansichten auf einem wesentlich homogeneren Hintergrund zu sehen sind als die entsprechenden Äußerungen der beiden ILO-Gremien. Allerdings gilt auch hier der gleiche Einwand, der schon gegen die Praxis der ILO-Ausschüsse formuliert worden ist, daß es nämlich nicht angeht, ein einzelnes Konfliktmodell in der Spruchpraxis zu monopolisieren.

### 3. Ergebnis

Insgesamt gesehen enthalten die ILO-Übereinkommen keine den Gesetzgeber völkerrechtlich bindenden Vorgaben für die Ausgestaltung

seines eigenen Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts. Die Europäische Sozialcharta zieht allerdings dem nationalen Gesetzgeber gewisse Grenzen, die jedoch vom vorliegenden Gesetzesentwurf nicht überschritten werden. Soweit aber der Sachverständigenausschuß zur Überwachung der Einhaltung der Europäischen Sozialcharta vom Entwurf abweichende Rechtsauffassungen vertritt, binden diese Äußerungen die Bundesrepublik Deutschland in ihrer Gesetzgebung weder formal noch inhaltlich.

### III. Grundfragen einer Kodifikation des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts.

#### 1. Verfassungsrechtlicher Regelungsauftrag und politische Zweckmäßigkeit

Der Sinn eines Gesetzesentwurfs für ein Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht ergibt sich schon daraus, daß eine für das Arbeits- und Wirtschaftsleben so bedeutsame Materie wie das Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht nach den Vorstellungen des Verfassungsgebers der Regelung durch den Gesetzgeber bedarf (oben I 1 h). Dennoch glaubt, jedenfalls zur Zeit, kaum jemand, daß eine Regierungsmehrheit – gleich welcher Zusammensetzung – eine Kodifikation des Arbeitskampfrechts versuchen wird. Die Erfahrungen mit der Novellierung des § 116 AFG 1986 haben wohl die Bereitschaft zu weiteren Initiativen auf ein Minimum sinken lassen.

Demgegenüber bleibt jedoch aus rechtlicher Sicht festzuhalten: Ein demokratisch vom ganzen Volk legitimierter Gesetzgeber darf sich seiner Pflicht zur optimalen, gemeinwohlorientierten Regelung des Arbeitskampfes nicht unter Hinweis auf den Widerstand der betroffenen Interessenverbände entziehen. Der immer wieder strapazierte Vorbehalt des Machbaren hat verfassungsrechtlich keinen Begründungswert. Er entpuppt sich politisch als Ausrede. Der Rechtsstaat darf nicht vor der Macht organisierter Interessen kapitulieren.

#### 2. Sinn rechtswissenschaftlicher Bemühungen um Modelle eines Arbeitskampf- und Schlichtungsgesetzes

Die Mitglieder der Arbeitsgruppe sehen den Sinn des vorgelegten Entwurfs zunächst darin zu zeigen, daß eine in sich konsistente Kodifikation des Arbeitskampfrechts überhaupt möglich ist und wie sie aussehen könnte. Soweit ersichtlich, ist im deutschen Sprachraum ein solcher Versuch noch nicht unternommen worden. Solange die Betroffenen keine

klare Vorstellung vom erforderlichen Inhalt eines Arbeitskampfgesetzes haben, liegt es nahe, daß sie sich von vornherein gegen eine Kodifikation sträuben.

Darüber hinaus erhoffen die Verfasser des vorliegenden Entwurfs, eine wissenschaftliche Diskussion über ein Arbeitskampfrecht *de lege ferenda* auslösen zu können. Es kann der Sache nur dienen, wenn sich diese Diskussion unabhängig von der Hektik eines Gesetzgebungsverfahrens abspielt.

Vor allem trägt die Arbeitsgruppe mit dem Entwurf den allgemeinen Gründen für eine Kodifikation des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts Rechnung, nämlich der Entpolitisierung der Justiz, der demokratischen Legitimation, der Rechtssicherheit durch tatbestandsmäßige Fixierung und der Rechtsverbindlichkeit der Arbeitskampfnormen, der Vermeidung vertrauensschutzwidriger Rückwirkung der Rechtsprechung und der Erleichterung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle (vgl. die Podiumsdiskussion: „Kodifizierung des Arbeitskampfrechts?“, Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentags, Bd II, Teil R, 1976, Sitzungsberichte; *Seiter RdA* 1986, 165, 177–181).

#### 3. Leitvorstellungen des Entwurfs

Der Entwurf bringt keine völlig neue Konzeption des Arbeitskampfrechts. Die Rechtspraxis ist bereits durch eine Vielzahl von richterlichen Regeln geprägt, deren Änderung rechtspolitisch nicht wünschenswert wäre. Eine bloße Festschreibung des richterlichen Arbeitskampfrechts ist aber ebensowenig beabsichtigt, denn ein Gesetzgeber hat mehr Möglichkeiten zu einer sinnvollen Gestaltung als der Richter. Der Entwurf kann im Arbeitskampfrecht am besten als *Kodifikation mit begrenzter Sachreform* charakterisiert werden. Hinsichtlich des Schlichtungsrechts entwickelt er das als Bundesrecht noch fortgeltende Kontrollratsgesetz Nr. 35 betreffend Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten vom 20. 8. 1946 weiter.

Inhaltlich liegen dem Entwurf folgende Maximen zugrunde:

- Tarifvertragliche Regelungen und Kompromisse sollen gefördert werden und der Arbeitskampf demgegenüber die Ausnahme bleiben.
- Das Regel-Ausnahme-Verhältnis rechtfertigt sich auch aus den mit Arbeitskämpfen notwendig verbundenen Schäden für die Kampfbeteiligten, für Dritte und für die Allgemeinheit.
- Statt Verbote aufzustellen, versucht der Entwurf möglichst, das Kampfverhalten zu „kanalisieren“.

- Das Verhalten der Tarifparteien soll bereits im Vorfeld des Arbeitskampfs gesteuert werden.
- Das Ziel des Entwurfs ist ein freiheitliches, auf paritätischen Interessenausgleich ausgerichtetes Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht.

## B. Begründung zu den einzelnen Abschnitten und Vorschriften

### 1. Abschnitt: Allgemeine Vorschriften

Der Entwurf stellt den Einzelregelungen zu Streik und Aussperrung einen ersten Abschnitt „Allgemeine Vorschriften“ voran. Er enthält die für beide Kampfmittel gleichermaßen geltenden Regeln. Das dient nicht nur der rechtstechnischen Vereinfachung. Eine solche Konzeption bringt vielmehr die von Art. 9 Absatz 3 GG gebotene rechtliche Gleichbehandlung der Koalitionen zum Ausdruck. Sie dokumentiert überdies das Regelungsziel der Parität im Sinne von gleichen abstrakten Verhandlungschancen, soweit diese sich durch übereinstimmende Vorschriften gewährleisten lassen.

Indem der Entwurf im ersten Abschnitt den allgemeinen Begriff des Arbeitskampfs verwendet, bringt er zugleich zum Ausdruck, daß die Vorschriften dieses Abschnitts nicht nur für Streik und Aussperrung gelten sollen, sondern auch für andere Kampfmittel. Praktische Bedeutung hat dies insbesondere für den Boykott in seinen verschiedenen Erscheinungsformen.

### § 1 Tarifbezogenheit des Arbeitskampfs

**Arbeitskämpfe sind zulässig zur Durchsetzung von Tarifverträgen.**

#### Begründung

Der Arbeitskampf ist den Koalitionen lediglich als Teil eines funktionsfähigen autonomen Tarifvertragssystems garantiert. Nur diese Funktion vermag die mit dem Arbeitskampf verbundenen Eingriffe in die Rechte

Dritter, insbesondere in die Vertragsrechte der im Arbeitskampf stehenden oder von diesem mittelbar betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und deren Vertragspartner sowie die mit ihm verbundenen Schäden für die Allgemeinheit zu rechtfertigen. Zulässig kann deshalb grundsätzlich nur ein tarifbezogener Arbeitskampf sein. Arbeitskämpfe für betriebsverfassungsrechtliche Regelungen oder zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen, politische Arbeitskämpfe, Demonstrationenkämpfe und Beamtenstreiks sind daher unzulässig. Verbandsfreie Kampfmaßnahmen (§§ 34–38) müssen die Ausnahme bleiben.

### § 2 Kampfparität und Übermaßverbot

**(1) Arbeitskämpfe sollen die gleichgewichtige Regelung der Arbeitsbedingungen in Tarifverträgen gewährleisten; Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen, die dazu nicht geeignet oder nicht erforderlich sind, sind unzulässig.**

**(2) Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen, die den Kampfgegner oder die Allgemeinheit unverhältnismäßig belasten, sind unzulässig. Sie dürfen insbesondere nicht darauf gerichtet sein, den Gegner wirtschaftlich zu vernichten.**

#### Begründung

##### I. Allgemeines

Parität und Übermaßverbot prägen das Arbeitskampfrecht, und zwar nicht nur Arbeitskämpfe um Tarifverträge, sondern auch verbandsfreie Arbeitskämpfe um einzelvertragliche Arbeitsbedingungen. Man kann darüber streiten, ob es zweckmäßig ist, allgemeine Prinzipien wie Parität und Übermaßverbot in ein Arbeitskampfgesetz aufzunehmen, obwohl sich diese Prinzipien nach herrschender Meinung schon aus der Verfassung ableiten lassen. Für die Aufnahme spricht: Ein Arbeitskampfgesetz soll das Kampfverhalten regeln und tatsächlich prägen. Dazu ist erforderlich, daß es die Grundgedanken klar zum Ausdruck bringt, so daß sich die Normadressaten danach richten können. Außerdem ist es der neueren Gesetzgebungspraxis nicht fremd, die Grundgedanken der Regelung in Form von allgemeinen Leitsätzen an die Spitze eines Gesetzes zu stellen (zum Beispiel § 1 SGB I, § 1 AFG). Bei Auslegungszweifeln kann dann der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck aus den Leitprinzipien entnommen werden. In diesem Sinne ist § 2 als Auslegungshilfe und Auslegungsdirektive zu ver-

stehen. Darüber hinaus enthält § 2 Absatz 2 eine unmittelbar wirkende Schranke des Kampfverhaltens.

## II. Paritätsprinzip

Zum Paritätsprinzip ist auf A I 1 e zu verweisen. In den verfassungsrechtlichen Grenzen ist die Konkretisierung der Parität die Aufgabe des Gesetzgebers. Die Vorschriften des Entwurfs orientieren sich daher am Paritätsprinzip.

## III. Übermaßverbot

Auch zum Übermaßverbot kann zunächst auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen (A I 1 f) verwiesen werden. § 2 enthält für das Arbeitskämpfrecht eine zusammenfassende Regelung des verfassungsrechtlichen und des privatrechtlichen Übermaßverbots. Die Vorschrift wiederholt zunächst die Grundsätze des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots und legt sie gesetzlich fest. Weder der Gesetzgeber noch der Richter dürfen einer Kampfpartei das Recht zu Arbeitskämpfen oder Kampfmaßnahmen zubilligen, wenn diese ungeeignet, nicht erforderlich oder unverhältnismäßig sind. § 2 Absatz 1 schreibt darüber hinaus die Kampfparität als Bezugspunkt der Eignungs- und Erforderlichkeitsprüfung fest und steht insoweit im Einklang mit der Judikatur des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 48, 195, 207 = AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf Bl. 5). Neben das verfassungsrechtliche Übermaßverbot tritt, wie der Sache nach auch das Bundesarbeitsgericht (BAGE 48, 195, 206 = AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf Bl. 4 R) bestätigt, das privatrechtliche Übermaßverbot (vgl. *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 156 ff.). Es bestimmt, welches von den prinzipiell zulässigen Kampfmitteln im Einzelfall in welchem Umfang eingesetzt werden darf. Das privatrechtliche Übermaßverbot verbietet an sich jeden nicht erforderlichen oder unverhältnismäßigen Eingriff. Allerdings verlangt Art. 9 Absatz 3 GG für das Arbeitskämpfrecht an dieser Stelle eine Typisierung. Die Eingriffe in fremde Rechte durch Arbeitskämpfe dienen der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen und Kampfmaßnahmen muß daher für die Kampfparteien grundsätzlich prognostizierbar sein. Diese dürfen nicht ex post darauf verwiesen werden, der konkrete Arbeitskampf oder eine ergriffene Kampfmaßnahme sei im Einzelfall nicht geeignet oder erforderlich gewesen. Daher müssen die generell geeigneten und erforderlichen Arbeitskämpfe und Kampfmittel zugelassen bleiben und dürfen im Einzelfall nicht mehr auf ihre Eignung und Erforderlichkeit überprüft werden.

Anderes gilt für das Verbot der Unverhältnismäßigkeit, das nur im Ein-

zelfall eine Exzeßkontrolle bedeutet (*Konzen*, AcP 177 (1977), 513 f.). Seine Anwendung verhindert nicht, daß die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen und Kampfmaßnahmen vorhersehbar bleibt. § 2 beachtet diese Unterscheidung. § 2 Absatz 1 verlangt nur die generelle Eignung und Erforderlichkeit; § 2 Absatz 2 verbietet konkret unverhältnismäßige Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen und hebt beispielhaft das Verbot hervor, den Kampfgegner wirtschaftlich zu vernichten.

Gegen das Übermaßverbot verstoßen auch gemeinwohlwidrige Arbeitskämpfe. Von einer genaueren Regelung sieht der Entwurf gleichwohl ab, zum einen, weil sich die einschlägigen Fälle nicht vorhersehen lassen, zum anderen, weil jede Festlegung politische Implikationen mit sich bringen würde, deren Nutzen zweifelhaft wäre. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß bei offenkundiger Gefährdung des Gemeinwohls der Bundestag als Gesetzgeber umstrittene Fragen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, in denen die Tarifpartner zu keiner Einigung finden, durch Gesetz regeln und den Arbeitskampf damit gegenstandslos machen kann (A I 1 g).

## IV. Übermaßverbot und andere Kampfmittel

Das Paritätsprinzip und das Übermaßverbot sind nicht nur bei Streiks und Aussperrungen zu beachten, sondern auch bei sonstigen Kampfmitteln.

### I. Boykott

Das gilt vor allem für die traditionelle Kampfform des Boykotts. Bei Boykottwirkungen ist im Arbeitskämpfrecht zu differenzieren: Aufrufe der kampfführenden Gewerkschaft, keine neuen Arbeitsverträge mit bestreikten oder aussperrenden Arbeitgebern abzuschließen (*Zuzugssperren*) sind zulässig. Sie gehören zur überkommenen Aufgabe der gewerkschaftlich organisierten Streikposten. Zuzugssperren dienen dazu, die Arbeitsniederlegung durchzusetzen und sind daher als Kampfmaßnahme zur Durchführung des Streiks erforderlich. Der Arbeitgeber darf bei Streiks und Aussperrungen Ersatzarbeitskräfte einstellen (BAGE 23, 292, 314 = BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf Bl. 10), um den Betrieb mit anderen Arbeitnehmern weiterzuführen. Folgerichtig müssen umgekehrt die Arbeitnehmer dieser Bedrohung der Streikwirkung durch eine Zuzugssperre entgegentreten dürfen. Die Zuzugssperre gehört daher zum Streik und ist von dessen Zulässigkeit gedeckt (BAGE 15, 211, 214 = BAG AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf Bl. 1 R). Unbedenklich erscheinen der Arbeitsgruppe auch, wie in der Begründung zu § 8 ausgeführt wird, Versuche von Streikposten, Kunden und Lieferanten von Verträgen und Lie-

ferungen abzuhalten. Erst der organisierte Boykott auf dem Waren- oder Dienstleistungsmarkt überschreitet die Grenze der Zulässigkeit.

Im übrigen ist die allgemein von den Kampfparteien entfaltete *Propaganda* gleichfalls zulässig. Zwar soll die publizistische Abstützung des Arbeitskampfs insbesondere über die Massenmedien den psychischen Druck auf die Gegenseite verstärken. Aber das ist unter den Bedingungen der modernen Kommunikationsgesellschaft eine erforderliche und verhältnismäßige Maßnahme.

Die Kampfpropaganda darf allerdings die Grenze zum planmäßigen *Boycott* in der Form der Kundensperre oder ähnlicher Beeinträchtigungen des Unternehmens auf dem Waren- und Dienstleistungsmarkt nicht überschreiten. Der Boykott ist als eigenständige Kampfform vorbehaltlich der Maßstäbe des § 5 Absatz 3 grundsätzlich unzulässig. Auch wenn Boykotte zur Durchsetzung von Arbeitsbedingungen in der Weimarer Republik für zulässig gehalten worden sind und heute Boykottaufrufe durch die Meinungs- und Pressefreiheit gedeckt sein können, so gilt für den Arbeitskampf im Rahmen des Art. 9 Absatz 3 GG, daß die beiderseitigen Kampfmittel zur Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität geeignet und erforderlich sein müssen. Das ist auch beim Boykott so. Zwar wird der Boykott bisweilen allein unter Rückgriff auf die historisch überkommenen Kampfmittel und den Grundsatz der freien Kampfmittelwahl gerechtfertigt (BAGE 28, 225, 232 = BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form Bl. 3 R), aber die Wahlfreiheit besteht nur innerhalb der rechtlich zulässigen Kampfmittel, über die die Normkonkretisierung des Art. 9 Absatz 3 GG bestimmt. Im Unterschied zu Streik und Aussperrung gibt es gegenüber den bezeichneten Boykottformen keine etablierte Gegenwehr, sondern nur die Möglichkeit des Durchhaltens. Der Boykott ist in den geschilderten Formen als eigenständige Kampfform zur Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität nicht geeignet, und er ist, da Streik und Aussperrung die Parität wahren, grundsätzlich auch nicht erforderlich und daher im Arbeitskampf rechtswidrig.

## 2. Schwarze Listen

Auf der anderen Seite ist auch die Verbreitung sogenannter „Schwarzer Listen“ von Arbeitnehmern, die an einem Streik teilnehmen oder sich dabei besonders hervortun, durch einen Arbeitgeberverband oder einzelne Arbeitgeber als unverhältnismäßig und damit unzulässig anzusehen. Die Verbreitung des Namens eines Arbeitnehmers auf einer solchen Liste zielt darauf ab, ihn daran zu hindern, seine Arbeitskraft im Rahmen eines neuen Arbeitsvertrags anderweitig zu verwenden und greift damit in vergleichbar schwerer Weise in die berufliche Entfaltungsfreiheit des Arbeit-

nehmers ein wie der Boykottaufruf in den Gewerbebetrieb des Arbeitgebers.

## 3. Sanktionen gegen Verbandsmitglieder

Keine Kampfmaßnahme im Sinne des Arbeitskampfrechts – und damit auch nicht nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen – sind *Maßnahmen eines Arbeitgeberverbandes* gegenüber einzelnen Unternehmen, die aus seiner Solidarität ausscheiden wollen. Ob derartige Maßnahmen zulässig sind, richtet sich vielmehr nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Danach hat man davon auszugehen, daß Verstöße gegen die Solidarität mit den Mitteln der Vereinsgewalt, insbesondere mit einem Ausschluß aus dem Verband, geahndet werden dürfen und daß es zulässig ist, einen solchen Ausschluß den anderen Mitgliedern des Verbands und der Öffentlichkeit bekanntzugeben. Nicht zulässig ist es dagegen, wenn der Verband einen Verstoß gegen die Verbandspflichten damit beantwortet, daß er die übrigen Verbandsmitglieder und andere Unternehmen dazu auffordert, die Geschäftsbeziehungen mit dem verbandsuntreuen Mitglied abzubrechen oder keine neuen Geschäftsbeziehungen mit ihm aufzunehmen. Ein solcher Boykottaufruf erweist sich bei der gebotenen Güter- und Interessenabwägung als unzulässiger Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb und verletzt darüber hinaus die nach Art. 9 Absatz 3 GG gewährleistete negative Koalitionsfreiheit des betroffenen Arbeitgebers.

## § 3 Friedenspflicht

(1) Während des Laufs eines Tarifvertrags sind Kampfmaßnahmen mit dem Ziel einer Änderung oder Neuregelung der tariflich geregelten Gegenstände unzulässig.

(2) Die Tarifparteien können die gesetzliche Friedenspflicht durch Vereinbarung erweitern.

## Begründung

Daß während der Laufzeit eines Tarifvertrags Kampfmaßnahmen mit dem Ziel der Änderung oder Neuregelung der tariflich geregelten Gegenstände nicht zulässig sein können, folgt schon aus dem Sinn des Tarifvertrags, die in ihm geregelte Materie für eine bestimmte Zeit für beide Seiten verbindlich und damit kalkulierbar festzulegen. § 3 versucht keine umfas-

sende Regelung der Friedenspflicht; er läßt beispielsweise die Einwirkungspflicht der Verbände auf ihre Mitglieder unberührt, die aus dem Sinn der Friedenspflicht folgt. Er zieht nur die Konsequenz aus der Verletzung der Friedenspflicht.

Aus der Regelung des Absatz 1 ergibt sich, daß bei Verletzung der Friedenspflicht nicht nur Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften rechtswidrig handeln, sondern daß auch die Suspendierung der Arbeitsverhältnisse nicht eintreten kann, so daß auch die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen. Der Verstoß gegen die relative Friedenspflicht setzt voraus, daß der Tarifvertrag die Materie tatsächlich geregelt hat. Das schließt die bewußte Unterlassung einer weitergehenden Regelung ein.

Die Friedenspflicht erfaßt nicht nur das Streik- und Aussperrungsrecht im eigentlichen Sinn, sondern auch sonstige Kampfmaßnahmen. Auf der anderen Seite bezieht sie sich entsprechend dem geltenden Recht nur auf die durch den Tarifvertrag geregelten Gegenstände.

Die *Erweiterung* der Friedenspflicht (Absatz 2) ist im geltenden Recht anerkannt. Für sie kann insbesondere im Zusammenhang mit tariflichen Schlichtungsabkommen ein Bedürfnis bestehen. Der Systemzusammenhang mit Absatz 1 stellt klar, daß Kampfmaßnahmen auch bei Verstoß gegen die erweiterte Friedenspflicht unzulässig sind.

Der Entwurf läßt offen, inwieweit eine *Einschränkung* der Friedenspflicht zulässig ist, zum Beispiel eine Öffnungsklausel für Neuverhandlungen beim Abweichen von tarifvertraglich festgelegten Kaufkraftindizes. Ein Ausschluß der Friedenspflicht ist dagegen eindeutig unzulässig. Er würde nämlich dem Sinn der Friedenspflicht zuwiderlaufen, eine Friedensordnung für den durch den Tarifvertrag gegenständlich erfaßten und geregelten Bereich der Arbeitsbedingungen zu gewährleisten.

#### § 4 Arbeitskampf als letztes Mittel

**Haben Tarifverhandlungen stattgefunden, dürfen Arbeitskämpfe erst eingeleitet werden, wenn eine Tarifpartei deren Scheitern erklärt hat und ein unverzüglich danach von einer Tarifpartei beantragtes Schlichtungsverfahren erfolglos geblieben ist.**

#### Begründung

##### I. Allgemeines

Erforderlich und damit vom Übermaßverbot gedeckt ist ein Arbeitskampf *grundsätzlich* dann, wenn alle Möglichkeiten fehlgeschlagen sind, auf dem Wege von Verhandlungen zu einer Lösung des Tarifkonflikts zu gelangen (ultima ratio-Prinzip). Diesen Grundgedanken hat der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in seiner Entscheidung vom 21. 4. 1971 (BAGE 23, 292, 306 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6 R) sehr stark betont. Daran ist entgegen dem Zweifel des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 46, 322, 348 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 11) festzuhalten. Der Sorge vor Eingriffen in die Tarifautonomie ist durch Interpretation des ultima ratio-Prinzips zu begegnen.

Von einer Ausschöpfung der Verständigungsmöglichkeiten kann mit Sicherheit jedenfalls nur dann gesprochen werden, wenn die Tarifparteien den Versuch gemacht haben, den zwischen ihnen bestehenden Tarifkonflikt durch eigene Verhandlungen zu lösen.

Doch legt das Übermaßverbot den Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Ausgestaltung der Verhandlungsphase fest. Er kann die Trennung zwischen Verhandlungs- und Kampfphase vielmehr den Tarifpartnern weitgehend selbst überlassen (A I 1 f, bb). Auf diese Weise läßt sich jede Tarifizensur vermeiden. In diesem Sinne verlangt der Entwurf auf der einen Seite, daß vor dem Beginn eines Arbeitskampfs Verhandlungen zwischen den Tarifpartnern stattgefunden haben; er überläßt es auf der anderen Seite aber jedem der beiden Partner, diese Verhandlungen – gegebenenfalls auch nach kurzer Dauer – für gescheitert zu erklären und damit den Weg zum Arbeitskampf zu eröffnen. Das Scheitern der Verhandlungen muß förmlich erklärt werden, damit der Verhandlungsgegner und auch die Öffentlichkeit eindeutig erkennen können, daß nach der Schlichtung nunmehr ein Arbeitskampf droht. Darin liegt eine Schwelle für den Arbeitskampf, da zuvor die Mitglieder und die Öffentlichkeit für diesen gewonnen werden müssen.

##### II. Erforderlichkeit der Schlichtung

Zu den Verständigungsmöglichkeiten in Tarifkonflikten gehört die Schlichtung. Sie hat im deutschen Arbeitsrecht eine lange Tradition, bei der zunächst die – im Kontrollratsgesetz Nr. 35 vom 20. 8. 1946 und in den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen der Länder geregelte – staatliche Schlichtung im Vordergrund stand. Heute liegt der Schwerpunkt demgegenüber ganz auf den zwischen den Tarifparteien der meisten Wirt-

schaftszweige und des öffentlichen Dienstes vereinbarten Schlichtungsabkommen. Diese Schlichtungsabkommen statuieren normalerweise eine Friedenspflicht für die Dauer der Schlichtungsverhandlungen, sie sehen aber in einer Reihe von Fällen auch einen Einlassungszwang der Tarifparteien auf Antrag der Gegenseite vor. Sie haben in der Praxis seit dem Zweiten Weltkrieg zur Lösung einer Reihe schwerer Tarifkonflikte geführt. Diese Erfahrungen rechtfertigen es nach Auffassung der Arbeitsgruppe, die Schlichtung allgemein in die Verständigungsmöglichkeiten einzubeziehen, die ausgeschöpft werden müssen, ehe es zu Maßnahmen des Arbeitskampfs kommen darf, sofern auch nur eine Partei dies beantragt. Die nicht zu leugnende Gefahr, daß es in manchen Fällen zu „Ritualisierungen“ kommt, also das Schlichtungsverfahren nur durchgeführt wird, um dem Verfahrensgebot zu genügen, muß in Kauf genommen werden. § 13 läßt dabei der von den Tarifparteien vereinbarten Schlichtung den Vorrang.

Die gesetzliche Verpflichtung, vor der Einleitung eines Arbeitskampfs die Lösung des Tarifkonflikts in einem Schlichtungsverfahren zu suchen, wenn eine Partei es beantragt, fördert auch die Akzeptanz der Tarifvertragsordnung in der Gesellschaft. Die Tarifautonomie und die mit ihr verbundene Arbeitskampffreiheit sind in den Augen weiter Teile der Gesellschaft nicht selbstverständlich. Daß im Interesse einer freiheitlichen Arbeitsrechtsordnung Unternehmen und Gewerkschaften als mächtige Organisationen ihre Konflikte in Arbeitskämpfen austragen dürfen, obwohl deren Auswirkungen auch unbeteiligte Kreise der Bevölkerung treffen, wird viel eher verständlich, wenn ein Schlichtungsverfahren vorangeht, sofern auch nur eine Partei die Schlichtung für aussichtsreich hielt.

Dagegen war die Arbeitsgruppe der Meinung, daß es zu weit gehen würde, in jedem Fall, also auch ohne Antrag wenigstens einer Tarifpartei, ein Schlichtungsverfahren zu verlangen, bevor ein Arbeitskampf eingeleitet werden darf. Will nicht einmal eine Partei das Schlichtungsverfahren, hat es von vornherein kaum Aussicht, zur Konfliktlösung beizutragen. Die Pflicht zu seiner Durchführung würde dann zur Formalie, die den Konflikt nur verschleppt.

Ein Schlichtungsverfahren kann auch dann nicht verlangt werden, wenn sich eine Gewerkschaft, ein Arbeitgeberverband oder ein einzelner Arbeitgeber überhaupt weigern, in Tarifverhandlungen einzutreten. Dies wird durch die Formulierung des § 4 ausgedrückt.

### III. Abkühlungsphase

Dem Gesetzgeber stünde es frei, zusätzlich eine staatlich verordnete Abkühlungsphase vorzuschreiben. Die Arbeitsgruppe hat sich jedoch dagegen entschieden. Eine gesetzliche Abkühlungsphase ist dem deutschen Ar-

beitskampfrecht fremd. Sie birgt die Gefahr in sich, daß staatliche Stellen in die Rolle eines Zensors von Tarifaueinandersetzungen gedrängt werden. Zudem ist ihre Wirkung ambivalent, denn sie kann dazu führen, daß die Lösung des Tarifkonflikts verschleppt und damit eine lang dauernde Unsicherheit in das Wirtschaftsleben getragen wird.

### IV. Unanwendbarkeit bei Warnstreiks

Die Vorschrift gilt nicht für verhandlungsbegleitende Warnstreiks (§ 23). Der Entwurf folgt damit der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die Warnstreiks in gewissen Grenzen zuläßt. Verfassungsrechtlich ist die Zulassung von verhandlungsbegleitenden Warnstreiks unter weniger einschneidenden Voraussetzungen als bei Erzwingungsstreiks nicht zu beanstanden (A I 1 f, aa). Die Voraussetzungen, unter denen Warnstreiks nach Meinung der Arbeitsgruppe zu gestatten sind, werden in § 23 geregelt.

### § 5 Begrenzung des Arbeitskampfs auf den fachlichen und räumlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags

**(1) In den Arbeitskampf dürfen nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer der Betriebe einbezogen werden, in denen der umkämpfte Tarifvertrag gelten würde. 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.**

**(2) Ist der Arbeitskampf darauf gerichtet, den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags zu erweitern, so dürfen auch die Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Betriebe einbezogen werden, in denen der geänderte Tarifvertrag gelten würde. Ist der Arbeitskampf darauf gerichtet, den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags zu begrenzen, so dürfen auch die Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Betriebe einbezogen werden, für die der bisherige Tarifvertrag gegolten hat.**

**(3) Die Einbeziehung weiterer Arbeitnehmer oder Arbeitgeber in den Arbeitskampf ist zulässig, soweit ohne sie eine gleichgewichtige Regelung der Arbeitsbedingungen offensichtlich nicht möglich ist.**

## Begründung

## I. Allgemeines

Die Vorschrift begrenzt in Absatz 1 zulässige Arbeitskämpfe mit Hilfe des Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags. Sie verzichtet auf eine Definition und Abgrenzung von Haupt- und Sympathiearbeitskämpfen, indem sie für zulässige Arbeitskämpfe auf die Arbeitnehmer und Arbeitgeber der Betriebe abstellt, in denen der umkämpfte Tarifvertrag gelten würde. Der Betrieb wird dabei durch den räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags erfaßt. Unter „fachlichem“ Geltungsbereich ist in Anlehnung an die in der Tarifpraxis und in § 116 AFG verwendete Terminologie der Wirtschaftszweig zu verstehen, für den der Tarifvertrag gelten soll. Regelmäßig erfassen die Geltungsbereiche das ganze tarifgebundene Unternehmen. Die Vorschrift verwendet aber den Begriff Betriebe, um Fälle regeln zu können, in denen die Geltungsbereiche verschiedener Tarifverträge nur einzelne Betriebe eines Unternehmens erfassen. Die Beteiligung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern dieser Betriebe ist zulässig. Dagegen kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob die Arbeitnehmer tarifgebunden sind oder unter den persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen. Es gilt die Einheit der Belegschaft im Arbeitskampf. Dieser Grundsatz soll nach Absatz 1 Satz 2 nur dann nicht gelten, wenn für Arbeitnehmer, die nicht an den umkämpften Tarifvertrag tarifgebunden wären oder dem persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags nicht unterfallen, ein anderer Tarifvertrag mit einem entsprechenden Regelungsgegenstand unmittelbar und zwingend gilt.

Während Absatz 1 auf den übereinstimmenden Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags abstellt, regelt Absatz 2 die Fälle, in denen eine Tarifpartei den Geltungsbereich gegen den Willen der anderen ändern möchte. Absatz 3 enthält eine Ausnahmeregelung, die die Grundregelung in Absatz 1 für seltene Fälle durchbricht.

## II. Begrenzung auf die vom umkämpften Tarifvertrag erfaßten Betriebe

## 1. Erforderlichkeit des Arbeitskampfs und Parität im Tarifgebiet

Arbeitskämpfe sind im Rahmen der von Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG mitgeschützten Koalitionsbetätigung nur zulässig, wenn sie unter Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität beider Seiten zur Erreichung eines Tarif-

vertrags *geeignet* und *erforderlich* sind und *nicht außer Verhältnis* zu diesem Zweck stehen. Die Eignung und Erforderlichkeit müssen sich auf die Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität in dem Tarifgebiet beziehen, das durch den Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags bestimmt wird. Das Bundesarbeitsgericht und das weitaus überwiegende Schrifttum gehen davon aus, daß Streiks und Aussperrungen im Tarifgebiet die Verhandlungs- und Kampfparität wahren. Dabei wird zu wenig beachtet, daß das Tarifgebiet nicht selten das zufällige Ergebnis von Entscheidungen der Tarifparteien ist und nichts mit Paritätsgesichtspunkten zu tun hat. Diese Zufälligkeit schließt aus, daß in jedem konkreten Tarifgebiet die vorausgesetzte Parität herrschen muß. Der Entwurf trägt dem dadurch Rechnung, daß in § 5 Absatz 2 jede Tarifpartei die Änderung des Geltungsbereichs des Tarifvertrags fordern und durch Arbeitskampf durchsetzen darf. Verzichten die Tarifparteien auf eine solche Änderung, so ist ihnen die Beschränkung der Kampfmaßnahmen auf das traditionelle Tarifgebiet zurechenbar. Insoweit ist dann davon auszugehen, daß Streiks und Aussperrungen im Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags die Verhandlungs- und Kampfparität auch im *konkreten* Tarifgebiet wahren. Aus diesem Grund sind Arbeitskämpfe im Tarifgebiet *geeignet* und *erforderlich*, Arbeitskämpfe außerhalb des Tarifgebiets dagegen grundsätzlich nicht erforderlich und unzulässig.

## 2. Maßgeblichkeit der erfaßten Betriebe

§ 5 Absatz 1 präzisiert diese Abgrenzung, indem er mit Hilfe des Betriebs, in dem der Tarifvertrag gelten würde, lediglich auf den räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags abstellt. Die Arbeitgeber und Arbeitnehmer dieser Betriebe dürfen in den Arbeitskampf einbezogen werden, auch wenn die Arbeitnehmer nicht tarifgebunden sind oder nicht von personellen oder beruflichen Merkmalen des persönlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags erfaßt werden. Daher ist es zulässig, Außenseiter in den Arbeitskampf einzubeziehen, ohne daß es darauf ankommt, ob der umkämpfte Tarifvertrag im Sinne des § 116 Absatz 3 Satz 3 AFG nach individualrechtlichen Maßstäben auf den Arbeitnehmer angewendet würde. Der mittelbare Nutzen aus dem umkämpften Tarifvertrag ist also nicht entscheidend. Der Außenseiter wird in den Arbeitskampf einbezogen, weil seine Beteiligung wegen des begrenzten Organisationsgrads zur Durchsetzung des Tarifvertrages erforderlich ist. Daher dürfen grundsätzlich auch Andersorganisierte und zum Beispiel auch Angestellte beim Arbeitskampf um einen Tarifvertrag, dessen persönlicher Geltungsbereich Arbeiter betrifft, einbezogen werden.

### 3. Grenze der Friedenspflicht

Die Einheit der Belegschaft beim Arbeitskampf führt grundsätzlich dazu, daß Andersorganisierte und Arbeitnehmer, die nicht dem persönlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags unterfallen, in den Arbeitskampf einbezogen werden können, obwohl für sie andere Tarifverträge im Sinne des § 4 Absatz 1 TVG unmittelbar und zwingend gelten. § 5 Absatz 1 Satz 2 soll deren Beteiligung am Arbeitskampf begrenzen, wenn der umkämpfte Tarifvertrag einen Regelungsgegenstand enthält, der in einem anderen Tarifvertrag geregelt ist, der für diese Arbeitnehmer unmittelbar und zwingend gilt. § 5 Absatz 1 Satz 2 zieht die Konsequenz daraus, daß die Beteiligung dieser Arbeitnehmer an einem Arbeitskampf um einen für sie geltenden Tarifvertrag gegen die Friedenspflicht ihrer Gewerkschaft verstoßen würde und für sie vertragswidrig wäre. In diesem Umfang soll verhindert werden, sie in einen Arbeitskampf um einen fremden Tarifvertrag einzubeziehen.

### III. Arbeitskampf zur Änderung des Geltungsbereichs

§ 5 Absatz 2 zieht die Konsequenz daraus, daß von der Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität bei Streiks und Aussperrungen im *konkreten* Tarifgebiet nur ausgegangen werden kann, wenn die Tarifparteien am Tarifgebiet festhalten. Diesem Vorbehalt wäre nicht entsprochen, wenn nicht eine Tarifpartei eine Änderung des Geltungsbereichs des Tarifvertrags fordern und diese Forderung durch Arbeitskampf durchsetzen könnte. Bedenken dagegen, daß die Veränderung eines Tarifgebiets zum Kampfziel gemacht werden darf (BAGE 33, 185, 193 = AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 14 R), sind nicht gerechtfertigt. Die Festschreibung des Geltungsbereichs bei Fortdauer der Friedenspflicht wäre ein Eingriff in die Tarifautonomie. Die Vorschrift geht davon aus, daß jede Tarifpartei befugt ist, die Änderung des Geltungsbereichs des Tarifvertrags (eventuell nach Änderung der satzungsmäßigen Tarifzuständigkeit) zu verlangen. Absatz 2 geht davon aus, daß jede Tarifpartei berechtigt ist, diese Forderung durch Arbeitskampf durchzusetzen. Der Wunsch nach Änderung kann auch von der Arbeitgeberseite ausgehen. Folgerichtig dürfen die Arbeitgeber einen Arbeitskampf zur Änderung des Geltungsbereichs auch durch Aussperrung eröffnen (§ 26 Absatz 1 Nr. 2).

Die Sätze 1 und 2 unterscheiden danach, ob der Arbeitskampf auf die Erweiterung oder Begrenzung des Geltungsbereichs gerichtet ist. Sie sorgen dafür, daß jeweils alle Betriebe einbezogen werden, die von der weitergehenden Forderung über den räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags erfaßt sind. Satz 2 soll auch den Fall

erfassen, daß ein Firmentarifvertrag von oder gegenüber einem verbandsangehörigen Unternehmen verlangt wird. Besteht bereits ein Unternehmenstarifvertrag mit einem solchen Unternehmen und verlangt die Gewerkschaft dessen Neuabschluß, so ist eine unterstützende Aussperrung des Arbeitgeberverbands in anderen Unternehmen eine Abwehraussperrung und nach Ansicht der Arbeitsgruppe nicht durch eine eigene Vorschrift regelungsbedürftig.

### IV. Verbot unterstützender Arbeitskämpfe

#### 1. Streik und Aussperrung

§ 5 Absatz 3 bestätigt mittelbar die von § 5 Absatz 1 gezogene Grenzlinie für die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen, indem er die Einbeziehung weiterer Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur als seltene Ausnahme zuläßt. Im Grundsatz ist daher diese Einbeziehung unzulässig, da sie zur Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität im Tarifgebiet *nicht erforderlich* ist. Der Entwurf knüpft insoweit an die Beurteilung von Sympthiestreiks durch das Bundesarbeitsgericht (BAGE 48, 160 = AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) an und dehnt diese Beurteilung schlechthin auf Sympthiearbeitskämpfe aus. Die Arbeitsgruppe geht aber wie das Bundesarbeitsgericht davon aus, daß es Ausnahmen gibt, bei denen unterstützende Arbeitskämpfe zulässig sein können.

Diese Ausnahmen können sich nach dem Sinn der in § 5 vorgesehenen Begrenzung nur auf Fälle beziehen, in denen Streik und Aussperrung im Tarifgebiet offensichtlich nicht zur Wahrung der Verhandlungs- und Kampfparität führen. Dem trägt die Formulierung in § 5 Absatz 3 Rechnung. Sie soll einerseits ausdrücken, daß derartige Fälle seltene Ausnahmen sind, andererseits ist sie so gefaßt, daß sie hinreichend Spielräume für Konkretisierungen läßt. Eine abschließende Aufzählung der Ausnahmefälle scheint der Arbeitsgruppe nicht möglich. Sie hält die Zulässigkeit von unterstützenden Arbeitskämpfen in Fällen für denkbar, in denen Arbeitnehmer an einem Arbeitskampf rechtlich oder faktisch gehindert sind (*Birk*, Die Rechtmäßigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungskampfmäßnahmen, 1978, S. 42 ff., 46 ff.), und meint, Fälle faktischer Verhinderung seien in der Seeschifffahrt möglich (*Birk a.a.O.*, S. 47). Dagegen sind unter die faktische Verhinderung nicht solche Fälle zu rechnen, in denen eine Gewerkschaft oder ein Arbeitgeberverband in einem Wirtschaftszweig oder eine Gewerkschaft in einem Unternehmen keinen hinreichenden Organisationsgrad erreicht hat, um einen Arbeitskampf durchzuführen. Weiterhin erscheint auch die Ausdehnung eines Arbeitskampfs auf einen Konzern nicht erforderlich.

Ein zulässiger unterstützender Arbeitskampf außerhalb des Tarifgebiets ist demgegenüber nach Ansicht der Arbeitsgruppe der „Neutralitätsstreik“, der die Verlagerung der Produktion, des Verkaufs oder der Erbringung von Dienstleistungen aus einem bestreikten Unternehmen in ein Unternehmen außerhalb des Tarifgebiets abwehrt; gedacht ist vor allem an eine Verlagerung innerhalb eines Konzerns oder aufgrund eines Streikhilfeabkommens. Wenn Streik und Aussperrung im Tarifgebiet für Parität sorgen, so ist die Verlagerung der Unternehmenstätigkeit aus dem Tarifgebiet heraus offensichtlich paritätswidrig. Der „Neutralitätsstreik“ wirkt in diesen Fällen der Zuweisung von *indirekter Streikarbeit* entgegen. Die Arbeitsgruppe knüpft mit dieser Vorstellung an die Unterscheidung zwischen *direkter* und *indirekter* Streikarbeit an. Sie hält nur die Abwehr der indirekten Streikarbeit für eine Aufgabe des Arbeitskampfrechts. Dagegen gibt es zur Abwehr direkter Streikarbeit ein individualrechtliches Leistungsverweigerungsrecht. Der Unterschied resultiert daraus, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei direkter Streikarbeit zu einer Leistung auffordert, die dieser vertraglich nicht schuldet. Daraus ergibt sich die Befugnis, die Aufforderung abzulehnen und die geschuldete Arbeitsleistung anzubieten. Auf diese Weise kommt der Arbeitgeber regelmäßig in Annahmeverzug, und der Lohnanspruch besteht weiter (§§ 611, 615 BGB).

Eine entsprechende Lösung erscheint der Arbeitsgruppe bei indirekter Streikarbeit nicht überzeugend begründbar. Die Solidarität der Arbeitnehmer ist kein anerkanntes Rechtsprinzip des kollektiven Arbeitsrechts. Der Gedanke sollte daher auch nicht hinter der Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung verborgen, mit einem Zurückbehaltungsrecht verbunden und dadurch verdeckt im Individualarbeitsrecht angewendet werden. Deshalb ist an einen Streik mit suspendierender Wirkung, also ohne Lohnanspruch, zu denken. Bei der Abwehr indirekter Streikarbeit innerhalb des Tarifgebiets sind diese Fälle bei gewerkschaftlicher Kampfführung durch das Streikrecht gedeckt. Bei der Abwehr von Streikarbeit außerhalb des Tarifgebiets ist daher die Zulässigkeit eines unterstützenden „Neutralitätsstreiks“ zu befürworten, der unter gewerkschaftlicher Kampfführung nicht nur die Verweigerung der Streikarbeit, sondern den Streik im gesamten Unternehmen deckt, das die Streikarbeit übernommen hat.

## 2. Boykott

§ 5 Absatz 3 ist wie die meisten Vorschriften des Entwurfs auf Streiks und Aussperrungen zugeschnitten. Der Grundgedanke der Vorschrift ist nach Ansicht der Arbeitsgruppe jedoch auch auf den Boykott anwendbar. Boykottwirkungen in der Form der Zuzugssperre ergänzen den Streik und unterliegen denselben Zulässigkeitsvoraussetzungen wie dieser. Sonst ist

der organisierte Boykott grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme ist allenfalls unter den Voraussetzungen des § 5 Absatz 3 vorstellbar, möglicherweise unter denselben Voraussetzungen wie der Sympathiestreik in der Seeschifffahrt.

## § 6 Urabstimmung

**(1) Will ein Verband einen Streik oder eine Aussperrung beginnen, so ist er verpflichtet festzustellen, ob die Mehrheit seiner unter den Tarifvertrag fallenden Mitglieder diesen Arbeitskampf billigt.**

**(2) Die Verbandssatzung kann einen höheren Anteil vorsehen oder auf der Arbeitgeberseite die Gewichtung des Stimmrechts entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen bestimmen.**

**(3) Leitet ein Verband einen Arbeitskampf ein, ohne daß ihn die nach Absatz 1 oder 2 erforderliche Mehrheit gebilligt hat, so sind die Mitglieder nicht verpflichtet, sich daran zu beteiligen.**

## Begründung

### I. Allgemeines

Die Vorschrift macht es sowohl den Gewerkschaften als auch den Arbeitgeberverbänden zur Pflicht, vor Einleitung eines Streiks oder einer Aussperrung eine Willensbildung (Urabstimmung) der Mitglieder herbeizuführen. Damit soll Tendenzen begegnet werden, die Kampfwillensbildung der Mitglieder in das Ermessen der Verbandsspitze zu stellen. Die vorgeschlagene Regelung kann allerdings für verhandlungsbegleitende Warnstreiks nicht gelten, weil kurz befristete Arbeitsniederlegungen den für eine Urabstimmung erforderlichen Aufwand nicht rechtfertigen (§ 23 Absatz 3).

### II. Inhalt der Vorschrift

Absatz 1 beschränkt das Beteiligungsrecht gemäß der herrschenden Praxis auf die Mitglieder des Verbands, der die Befugnis zum Arbeitskampf hat. Für eine Ausweitung dieses Rechts auf die vom Arbeitskampf mitbetroffenen *Außenseiter* bestehen keine ausreichenden Sachgründe. Die Außenseiter haben auf die Mitgliedschaft bewußt verzichtet. Ihre mittelbare Betroffenheit rechtfertigt nicht, ihnen Mitgliedschaftsrechte zuzuerkennen.

Absatz 2 räumt der Verbandsautonomie ein Gestaltungsermessen ein hinsichtlich des Stimmenanteils und hinsichtlich der Stimmengewichtung auf der Arbeitgeberseite. Die Arbeitsgruppe sah keinen Anlaß, darüber hinaus auch Repräsentativorgane bei der Urabstimmung zuzulassen, und zwar auch nicht auf der Seite der Arbeitgeberverbände, obwohl solche Repräsentativorgane dort heute vorkommen. Technisch ist die Beteiligung aller Arbeitnehmer und Arbeitgeber durchführbar. Eine unterschiedliche Behandlung beider Seiten ist nicht gerechtfertigt.

Absatz 3 regelt die umstrittene Frage der Rechtsfolgen für den Fall, daß vor der Einleitung des Arbeitskampfs keine Willensbildung stattgefunden hat. Nach der Regelung des Entwurfs ist die Urabstimmung im Einklang mit der wohl herrschenden Meinung *keine* Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Arbeitskampfs; die Mitglieder verstoßen daher nicht gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten, wenn sie gleichwohl dem Kampfaufruf folgen. Sie können den Kampfaufruf aber mißachten, ohne verbandsinterne Nachteile befürchten zu müssen.

### III. Kontrolle der Urabstimmung

Ein in neuerer Zeit aufgetauchtes grundsätzliches Problem ist die Kontrolle der Urabstimmung. Der Entwurf sieht davon ab, hierzu Regeln aufzustellen. Es ist Sache der Mitglieder, verbandsinterne Manipulationsmöglichkeiten zu verhindern. Immerhin erscheint es empfehlenswert, neutrale Personen zur Überwachung des Abstimmungsverfahrens heranzuziehen.

## § 7 Ankündigung und Einleitung

(1) Das Regelungsziel und der Beginn eines Arbeitskampfs sind der anderen Partei gegenüber klarzustellen.

(2) Gegenüber einzelnen Kampfbeteiligten sind Kampfmaßnahmen jeweils 12 Stunden vorher anzukündigen.

### Begründung

#### I. Klarstellungspflicht

Die Pflicht zur Kundgabe des Kampfziels ist nach Ansicht der Arbeitsgruppe Voraussetzung fairen Kampfverhaltens. Dem Kampfgegner muß das Kampfziel genannt werden, damit dieser gegebenenfalls einlenken

kann, bevor es zum Kampf kommt. Die Arbeitsgruppe ist der Meinung, daß diese Pflicht ausdrücklich normiert werden sollte, um die im Arbeitskampf besonders wichtige Rechtsklarheit zu betonen. Das Bundesarbeitsgericht (BAGE 15, 174, 189 = AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 7 R; BAGE 23, 484, 498 = AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6) hat bislang eindeutige Erklärungen nur zur Abgrenzung von wildem Streik und gebündelter Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sowie von suspendierender und lösender Aussperrung verlangt. Dagegen hat es bei unklarem Tarifziel die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfs vermutet (BAGE 25, 226, 233 = AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 3 R), obwohl die Bezeichnung des Kampfziels zur Sphäre der kampfführenden Partei gehört. Auch das Schrifttum erwähnt nur eine „Klarstellungsobliegenheit“ mit der Folge, daß infolge unterlassener Verlautbarung eine Berufung auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs ausgeschlossen ist (*Lieb*, Festschrift für Herschel, 1982, S. 229; *ders.*, ZfA 1982, 117 ff.). Demgegenüber geht die Arbeitsgruppe von einer Klarstellungspflicht der kampfführenden Partei aus, deren Verletzung den Arbeitskampf unrechtmäßig macht. Für den einzelnen Arbeitnehmer wird die Vermutung der Rechtmäßigkeit eines gewerkschaftlichen Streiks (BAGE 25, 226, 233 = AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 3 R.) allerdings gegen ein Verschulden sprechen. Bei großen Arbeitskämpfen wird die Kampfforderung schon durch die vorausgegangenen Tarifverhandlungen und die Urabstimmung bekannt sein; dazu kommt die Berichterstattung in den Medien. In solchen Fällen bedarf es keiner zusätzlichen formalen Mitteilung des Kampfziels an den Kampfgegner.

#### II. Ankündigung

Die Regelung des Absatz 2 über die Ankündigung von einzelnen Kampfmaßnahmen statuiert eine Ankündigungspflicht gegenüber dem jeweils unmittelbar betroffenen Kampfgegner. Praktisch bedeutsam ist diese Ankündigungspflicht beim Kampf um einen Verbandstarifvertrag, bei dem vielfach unklar bleibt, welche Betriebe in den Kampf einbezogen werden. Vielleicht ergäbe sich die Ankündigungspflicht schon aus der Pflicht zur Organisation von Erhaltungs- und Notdienstarbeiten (§§ 10, 11). Zum Schutz der Betroffenen und im Interesse der Rechtsklarheit sollte die Ankündigungspflicht jedoch gesetzlich vorgeschrieben werden.

Um einen Ausgleich zwischen den Interessen an einem effektiven Angriff und an einer wirksamen Verteidigung zu gewährleisten, setzt der Entwurf die Ankündigungsfrist auf 12 Stunden fest. Diese Frist erscheint der Arbeitsgruppe notwendig, aber auch ausreichend. Lediglich bei Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge ist eine längere Ankündigungs-

frist vorzusehen (dazu unten § 11 Absatz 3). Bei verhandlungsbegleitenden Warnstreiks gilt gemäß § 23 Absatz 3 die Frist nicht, weil sie bei kurzen, befristeten Arbeitsniederlegungen unangemessen wäre.

Hinsichtlich des sachlichen Umfangs der Mitteilungspflichten ist zu beachten, daß die Regeln der Fairness nicht verlangen können, dem Gegner die gesamte Kampfaktik vorher deutlich zu machen. Es kann sich immer nur um die *generelle* Ankündigung von Kampfmaßnahmen handeln. Die Unterlassung der Ankündigung macht die Maßnahme gegenüber den von ihr betroffenen Kampfbeteiligten rechtswidrig. Bei den einzelnen Arbeitnehmern wird allerdings wiederum ein Verschulden fehlen.

Zur Klarstellung ist noch darauf hinzuweisen, daß man bei der Einleitung eines Arbeitskampfs insgesamt folgende Erklärungen unterscheiden muß:

- die Mitteilung der mit den Kampfmaßnahmen verfolgten Kampfziele gegenüber dem Verhandlungspartner,
- die Ankündigung einzelner Kampfmaßnahmen gegenüber dem jeweils betroffenen Kampfgegner,
- die zur Suspendierung notwendige rechtsgeschäftliche Streikerklärung der Arbeitnehmer, die die Arbeit niederlegen wollen, und
- schließlich die rechtsgeschäftliche Zustimmungserklärung der kampf führenden Gewerkschaft, die eine zusätzliche Voraussetzung der Suspendierung darstellt.

## § 8 Durchführung des Arbeitskampfs

**(1) Die Kampfparteien haben das Recht, mit friedlichen Mitteln für ihre Kampfmaßnahmen zu werben.**

**(2) Die streikführende Gewerkschaft kann zu diesem Zweck Streikposten aufstellen. Diese dürfen Arbeitswillige nicht durch physische oder psychische Zwangsmittel am Betreten des Betriebs hindern oder dabei behindern. Auch dürfen sie die Anlieferung und den Abtransport von Rohstoffen und Waren nicht behindern.**

### Begründung

#### I. Allgemeines

Die Vorschrift gestattet den Kampfparteien ausdrücklich das friedliche Werben für ihre Kampfmaßnahmen, das heißt die übliche Propaganda zum

Beispiel mit Hilfe von Broschüren, Handzetteln und über die Medien. Dazu gehören auch das Aufstellen von Streikposten und deren Aufrufe an arbeitswillige Arbeitnehmer, der Arbeit fernzubleiben oder keine neuen Arbeitsverträge mit dem Arbeitgeber einzugehen, sowie entsprechende Aufrufe der Gewerkschaft selbst. Auch der Versuch von Streikposten, Lieferanten und Kunden mit friedlichen Mitteln dazu zu bewegen, keine Waren in den Betrieb hinein oder aus ihm heraus zu befördern, kann nicht beanstandet werden. Dagegen sind alle Einwirkungen auf Dritte nicht von § 8 gedeckt, die nicht mehr als friedliche Werbung für den Arbeitskampf oder bestimmte Kampfmaßnahmen verstanden werden können. Insoweit muß die Rechtmäßigkeit nach den allgemeinen straf- oder zivilrechtlichen Vorschriften beurteilt werden. Das gilt namentlich für die Blockade, die Besetzung eines bestreikten Betriebs oder allgemeine öffentliche Boykottaufrufe.

#### II. Streikposten

Das Aufstellen von Streikposten gehört zu den wichtigsten streikbegleitenden Kampfmaßnahmen. Streikposten sollen arbeitswillige Betriebsangehörige zur Teilnahme am Streik bewegen, Dritte davon abhalten, eine Arbeit im bestreikten Betrieb oder beim bestreikten Arbeitgeber aufzunehmen, die Öffentlichkeit auf den Konflikt aufmerksam machen und sie für die Forderungen der Gewerkschaften gewinnen. Erst der Einsatz von Streikposten macht einen effektiven Arbeitskampf möglich. Das Recht dazu ist historisch gewachsen. Doch unterliegt es dem Verbot der Unverhältnismäßigkeit. Dessen Grenzen sind erreicht, wenn die Streikposten den Zu- und Abgang zum bestreikten Betrieb für arbeitswillige Arbeitnehmer, Lieferanten und Abnehmer sowie für den Arbeitgeber und dessen Repräsentanten sperren. Absatz 1 gestattet den Streikposten nur, mit friedlichen Mitteln für den Streik zu werben.

In der Praxis kommt es erfahrungsgemäß häufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen erlaubten und verbotenen Handlungen der Streikposten. Zu erinnern ist an den Streit um die erforderliche Breite der passierbaren Zufahrt zum Werksgelände – 2,5 m oder 3 m? – und um die Frage, wie lang die von den Streikposten vor dem Eingang zum Werksgelände gebildete Gasse sein darf, durch welche Arbeitswillige „Spießbruten laufen“ müssen. Auch stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, bestimmte Zugänge zum Betrieb vollständig abzusperren, wenn andere passierbar bleiben, den Arbeitswilligen und Lieferanten also Umwege zuzumuten.

Obgleich derartige Fragen nach einer klaren Regelung verlangen, würde ihre Festlegung im Gesetz zu einer zu detaillierten Normierung des Arbeitskampfrechts führen. Auch unterliegen Ausschreitungen der Streikpo-

sten strafrechtlichen Sanktionen. Aus diesen Gründen begnügt sich der Entwurf damit, eine allgemeine Grenze zu ziehen, indem er zwischen zulässiger friedlicher Werbung für den Arbeitskampf und unzulässiger Behinderung oder Verhinderung durch physische oder psychische Zwangsmittel unterscheidet. Zwangsmittel sind Maßnahmen, mit denen bei verständiger Würdigung ein entgegenstehender Wille gebrochen werden kann.

Der Entwurf sagt nichts darüber aus, wen die streikende Gewerkschaft als Streikposten einsetzen darf, ob nur streikende Mitglieder oder auch streikende Nichtmitglieder, betriebsfremde Mitglieder oder eigene Funktionäre. Obwohl das Problem der „flying pickets“ bisher in der Bundesrepublik keine große Rolle gespielt hat, könnte sich dies bei einer Verschärfung der Konflikte ändern. Großbritannien bietet dafür reichlich Anschauungsmaterial. Vor dem Hintergrund der bisherigen deutschen Erfahrungen besteht jedoch gegenwärtig für eine gesetzliche Regelung kein Bedürfnis.

### III. Betriebsbesetzung

Die Unzulässigkeit der Betriebsbesetzung steht nach geltendem deutschen Recht außer Frage und bedarf daher keiner Regelung in einem Arbeitskampfgesetz. Sie ist Gegenstand straf- und polizeirechtlicher Verbote sowie des Besitzschutzes nach §§ 858 ff. BGB. Eine Legalisierung von Betriebsbesetzungen befürwortet die Arbeitsgruppe nicht. Auch in anderen Ländern, in denen es häufiger zu Betriebsbesetzungen kommt als in Deutschland, wird diese Kampfform rechtlich nicht anerkannt.

## § 9 Organisations- und Überwachungspflichten

**(1) Jede Partei hat die Pflicht, die Durchführung des Arbeitskampfes sorgfältig zu organisieren und zu überwachen.**

**(2) Die kampfführende Gewerkschaft hat örtliche Streikleitungen einzurichten. Die Arbeitgeber haben beim Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag entsprechende Einrichtungen vorzusehen.**

### Begründung

#### I. Überwachungspflicht

Die in der Bundesrepublik durchgeführten Arbeitskämpfe sind hauptsächlich Verbandskämpfe und damit meist von beträchtlichem Ausmaß.

Sie machen daher zwangsläufig eine gewisse Dezentralisierung notwendig. Die zentrale Streikleitung einer Gewerkschaft muß einen Teil ihrer Entscheidungen auf die örtlichen Streikleitungen verlagern. Für Verbandsaussperrungen größeren Umfangs gilt Entsprechendes. Damit ist die Gefahr verbunden, daß die lokalen Gremien zu viel Eigenständigkeit entwickeln, sich zum Beispiel stärker radikalieren als die zentrale Kampfleitung.

Um rechtzeitig Vorsorge gegen lokale Ausschreitungen und Abweichungen zu treffen, verlangt der Entwurf daher von den kämpfenden Parteien, im Rahmen der ihnen zu Gebote stehenden Möglichkeiten für eine effektive Kontrolle der ihnen unterstehenden Kampforganisationen zu sorgen.

Die in Absatz 1 vorgesehene Pflicht zur sorgfältigen Organisation und Überwachung wird von den Arbeitsgerichten auch schon bisher anerkannt (LAG Köln DB 1984, 2095 und LAG Schleswig-Holstein DB 1987, 55). Sie läßt sich aus der Zulässigkeit des Verbandskampfes ableiten, der die Verantwortung für alle Kampfmaßnahmen funktionsnotwendig bei der zentralen Kampfleitung des Verbandes konzentriert.

#### II. Örtliche Kampfleitung

Eine effektive Kontrolle seitens der zentralen Kampfleitung ist allerdings nur möglich, wenn sie geeignete „Anlaufstellen“ vor Ort vorfindet. Daher schreibt Absatz 2 vor, örtliche Streik- bzw. Aussperrungsleitungen einzurichten. Die Formulierung der Vorschrift läßt Organisation und Dichte dieser Stellen offen und gibt den Kampfparteien damit genügend Spielraum, den Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht zu werden.

#### III. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Organisations- und Kontrollpflichten läßt der Entwurf offen. Sie ergeben sich aus allgemeinen Regeln.

Kommt es infolge unzureichender Organisation oder Überwachung zu einzelnen rechtswidrigen Kampfmaßnahmen, zum Beispiel zu Übergriffen von Streikposten, so haftet der Verband für den dadurch verursachten Schaden.

## § 10 Erhaltungsarbeiten

**(1) Die Kampfparteien haben gemeinsam für die Erhaltungsarbeiten zu sorgen. Sie haben insbesondere die dafür erforderlichen Arbeitnehmer von den Kampfmaßnahmen auszunehmen.**

(2) Als Erhaltungsarbeiten sind insbesondere solche Arbeiten anzusehen, die erforderlich sind, um

a) Gefahren für Menschen abzuwehren, Schäden an Gebäuden, Anlagen und Maschinen zu verhüten sowie dem Verderb oder der Zerstörung von Rohstoffen und Waren vorzubeugen, oder

b) nach der Beendigung des Arbeitskamps die unverzügliche Wiederaufnahme der Arbeit zu ermöglichen.

## § 11 Notstandsarbeiten

(1) Die Kampfparteien haben bei Arbeitskämpfen gemeinsam dafür zu sorgen, daß die zur Befriedigung der elementaren persönlichen, sozialen und staatlichen Bedürfnisse erforderliche Mindestversorgung aufrechterhalten werden kann. § 10 Absatz 1 Satz 2 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Eine Mindestversorgung ist insbesondere in folgenden Bereichen sicherzustellen:

- a) Nahrung und Gesundheit
- b) Energie und Wasser
- c) Verkehr
- d) Post, Fernmeldewesen, Rundfunk und Fernsehen
- e) Feuerwehr, Bestattung, Müllbeseitigung
- f) Landesverteidigung und innere Sicherheit.

(3) Beabsichtigt eine Gewerkschaft, zu einem Streik in einem der unter Absatz 2 genannten Bereiche aufzurufen, so hat sie dies dem zuständigen Kampfgegner mindestens drei Tage vorher mitzuteilen. Die Absicht ist in geeigneter Weise auch der Öffentlichkeit bekannt zu machen.

### Begründung

#### I. Gemeinsame Erläuterungen

Obwohl die Begriffe der Erhaltungs- und der Notstandsarbeiten nicht genau wiedergeben, was im allgemeinen darunter verstanden wird, haben sie sich doch weitgehend durchgesetzt und können deshalb in den Entwurf übernommen werden.

Bei den Erhaltungs- und Notstandsarbeiten geht es um von vornherein feststehende, immanente Grenzen des Streik- und des Aussperrungsrechts. Beide unterscheiden sich vor allem in ihrer Zielrichtung: Hauptziel der Erhaltungsarbeiten ist – wenn auch nicht ausschließlich – der Schutz des

Kampfgegners, während die Notstandsarbeiten darauf gerichtet sind, am Arbeitskampf unbeteiligte Dritte und die Allgemeinheit so weit wie nötig vor den Auswirkungen eines Arbeitskamps zu schützen.

Die Legitimation der Erhaltungs- und Notstandsarbeiten als Einschränkungen des Streik- und des Aussperrungsrechts ergibt sich aus dem Übermaßverbot. Aus ihm leitet sich ab, daß nicht alle an sich kampfberechtigten Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zum Mittel des Streiks bzw. der Aussperrung greifen dürfen, wenn dadurch der Kampfgegner oder die Allgemeinheit übermäßig geschädigt würden.

Auf der anderen Seite dürfen allerdings auch die Schranken nicht unverhältnismäßig hoch sein. Es ist also eine Abwägung der beiderseits betroffenen Rechtsgüter erforderlich, die bei Erhaltungs- und Notstandsarbeiten gelegentlich Probleme aufwirft.

### II. Erhaltungsarbeiten

#### 1. Grundsatz

Die Erhaltungsarbeiten sind von der Sache her zum Schutz vorwiegend der Rechtsgüter des Kampfgegners geboten. Der Arbeitskampf muß auf die Lösung eines Konflikts und damit auf ein Ende angelegt sein, nach dem der Arbeitsfriede wiederhergestellt wird. Äußeres Zeichen hierfür bildet die unverzügliche Wiederaufnahme der Arbeit. Diesem Zweck dienen die Erhaltungsarbeiten in erster Linie. Über ihre Notwendigkeit sind sich die Sozialpartner im Grundsatz einig. Umstritten sind bislang jedoch eine Reihe von Einzelheiten.

#### 2. Gemeinsame Pflicht der Kampfparteien

Absatz 1 bringt in der Formulierung, wonach die Kampfparteien gemeinsam für die Erhaltungsarbeiten zu sorgen haben, zum Ausdruck, daß sie bei ihrer Regelung zusammenwirken müssen. Sie haben sich insbesondere über den Umfang der Erhaltungsarbeiten und die für sie erforderliche Zahl der Arbeitnehmer zu verständigen. Die Arbeitsgruppe hat erwogen, von den Tarifparteien darüber hinaus allgemeine Vereinbarungen über die Durchführung von Erhaltungsarbeiten zu verlangen. Doch schien es im Ergebnis nicht möglich, eine solche Verpflichtung auszusprechen, weil die tatsächlichen Umstände, unter denen derartige Vereinbarungen zustande kommen können, zu wenig bekannt sind und die notwendigen Vorarbeiten fehlen.

Eine gesetzliche Regelung muß die Durchführung der Erhaltungsarbeiten auch dann gewährleisten, wenn sich die Kampfparteien nicht ver-

ständigen können. § 10 Absatz 1 Satz 2 legt deshalb den Kampfparteien die Verpflichtung auf, die für die Erhaltungsarbeiten erforderlichen Arbeitnehmer von den Kampfmaßnahmen auszunehmen. Die Erfüllung dieser Pflicht ist gerichtlich, insbesondere mittels einstweiliger Verfügung durchsetzbar. Wer sie verletzt, trägt das Risiko einer daraus abzuleitenden Schadensersatzpflicht. Hierfür reicht das allgemeine Instrumentarium des Rechts- und Rechtsgüterschutzes.

### 3. Umfang

Absatz 2 umschreibt beispielhaft den gegenständlichen Kern der Erhaltungsarbeiten. Für ihren Umfang ist entscheidend, daß sie arbeitskampfneutral sein müssen, also zum Beispiel einen Streik weder fördern noch behindern oder das allgemeine Schädigungspotential des Streiks schwächen dürfen. Wie die Erhaltungsarbeiten im einzelnen zu organisieren und durchzuführen sind, läßt der Entwurf offen. Grundsätzlich muß es insoweit bei den allgemeinen Prinzipien des Arbeitsrechts bleiben. So obliegt auch bei einem Streik die Entscheidung darüber, welche Arbeitnehmer zu den einzelnen Erhaltungsarbeiten herangezogen und wie sie eingesetzt werden, dem Arbeitgeber und nicht der streikenden Gewerkschaft. Die Klärung der Einzelheiten, namentlich auch der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats, muß Rechtspraxis und Rechtsprechung überlassen bleiben.

## III. Notstandsarbeiten

### 1. Allgemeines

Es besteht heute weitgehend Einigkeit darüber, daß die an einem Arbeitskampf nicht Beteiligten und die Allgemeinheit ein gewisses Maß an Beeinträchtigung ihrer Interessen und Rechtsgüter hinnehmen müssen, weil angesichts der hohen Verflechtung des gesamten Wirtschafts- und Soziallebens andernfalls ein wirksamer Arbeitskampf nicht geführt werden könnte. So gut wie jeder Arbeitskampf wirkt über die Sphäre der unmittelbar Beteiligten hinaus. Die Drittwirkung kann sogar Ziel der Kampf-taktik werden. Das Grundgesetz hat die Drittwirkung um der Freiheit der Tarifpartner und der Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems willen hingenommen (A I 1 f). Immerhin haben die Kampfparteien ihre Rechte so auszuüben, daß sie in möglichst geringem Umfang Dritte belasten.

Dem Gesetzgeber steht es offen, die Toleranzgrenze für die Eingriffe in die Interessensphäre und für die Belastungen Dritter näher zu bestimmen. Er darf die unvermeidlichen Außenwirkungen des Arbeitskampfs zum

Anlaß nehmen, den Einsatz einzelner Kampfmittel so zu beschneiden, daß Dritte und die Allgemeinheit nicht über das erträgliche Maß hinaus in Mitleidenschaft gezogen werden. Im Verhältnis zu den betroffenen Einzelpersonen ordnet er damit eine Kollision der Rechte und Rechtsgüter verschiedener Privatrechtssubjekte. Im Hinblick auf die Allgemeinheit legitimiert sich sein Eingreifen einerseits aus dem Sozialstaatsprinzip, das auch eine Mindestversorgung mit elementaren Gütern und Dienstleistungen im Sinn einer Mindestdaseinsvorsorge umfaßt, zum anderen aus seiner Verantwortlichkeit für das Gemeinwohl gegenüber partikularen Verbänden und deren Interessen.

### 2. Pflicht zur Mindestversorgung

Der Entwurf verpflichtet die Kampfparteien kraft Gesetzes, trotz des Arbeitskampfs zu gewährleisten, daß die notwendige Mindestversorgung aufrechterhalten werden kann. Dabei gestattet die Formulierung der Vorschrift, die Anforderungen nach der Wichtigkeit der betroffenen Rechtsgüter abzustufen und zum Beispiel für den Schutz der Gesundheit ein höheres Mindestniveau festzulegen als für den Schutz des Post- und Fernmeldewesens (vgl. auch Art. 31 ESC). Die vorgeschlagene Lösung geht nicht von generellen Kampfverboten in den in Absatz 2 aufgezählten „lebenswichtigen“ Wirtschaftsbereichen aus. Eine solche Regelung wäre zu wenig differenziert, weil die unter die Vorschrift fallenden Unternehmen die für die notwendige Mindestversorgung erforderlichen Leistungen in großem Umfang auch dann noch erbringen können, wenn ein Teil ihrer Arbeitnehmer streikt oder ausgesperrt ist. Auch würde eine solche Lösung in den betroffenen Wirtschaftsbereichen andere Wege der Konfliktlösung erforderlich machen, deren Akzeptanz jedoch fraglich wäre. Statt dessen zielt der Entwurf auf funktionelle Kampfverbote ab, die nur die für die Mindestversorgung jeweils erforderlichen Tätigkeiten erfassen, den Arbeitskampf im übrigen aber nicht einschränken.

### 3. Betroffene Bereiche

Der Kreis der in Absatz 2 genannten Bereiche, in denen die Mindestversorgung der Bevölkerung und Mindestleistungen für die Aufrechterhaltung staatlicher Funktionen als unverzichtbar anzusehen ist, entspricht einer schon jahrzehntelang vertretenen und sehr verbreiteten Auffassung. Der Sache nach findet sich die gleiche Zusammenstellung „lebenswichtiger“ Bedürfnisse auch im Ausland. In der Arbeitsgruppe war nur streitig, ob in dem Katalog auch die Presse aufgeführt werden sollte. Die Mehrheit hielt das nicht für erforderlich. Ihr schien der Schutz von Post, Fernmelde-

wesen, Funk und Fernsehen ausreichend, eine Mindestversorgung der Bevölkerung auch mit Informationen aufrechtzuerhalten. Sollte dies einmal nicht genügen, läßt sich der Schutz der Presse auch aus der allgemeinen Vorschrift des Absatz 1 ableiten.

#### 4. Gemeinsame Pflicht der Kampfparteien

Die Pflicht zur Gewährleistung der notwendigen Mindestversorgung trifft die Kampfparteien. Sie ist eine arbeitskampfrechtliche Pflicht. Ob daneben der Staat auch selbst eingreifen und die Mindestversorgung in die Hand nehmen kann, ist eine andere Frage, die hier auf sich beruhen kann.

Wie die Notstandsarbeiten durchzuführen sind, läßt der Entwurf offen. Im wesentlichen stellen sich die gleichen oder ähnliche Fragen wie bei den Erhaltungsarbeiten. Die Parteien haben gemeinsam für die Durchführung der Notstandsarbeiten zu sorgen und müssen sich deshalb darüber verständigen. Unabhängig davon besteht auch hier die Verpflichtung, die für die Notstandsarbeiten erforderlichen Arbeitnehmer von den beiderseitigen Kampfmaßnahmen auszunehmen. Insoweit kann auf das zu § 10 Gesagte verwiesen werden.

#### 5. Ankündigungsfrist

Unter Berücksichtigung ausländischer Erfahrungen hält es die Arbeitsgruppe schließlich für angemessen, einem Streik in einem der in Absatz 2 genannten Bereiche eine längere Ankündigungsfrist voranzuschicken. Absatz 3 sieht deshalb hier eine Mitteilungsfrist von mindestens drei Tagen vor. Die Absicht zum Streik ist nicht nur dem Kampfgegner, sondern auch der Öffentlichkeit in geeigneter Weise bekannt zu machen.

### § 12 Beendigung des Arbeitskampfs

(1) Erklärt eine Kampfpartei gegenüber dem Gegner die Beendigung des Arbeitskampfs, so leben die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten wieder auf.

(2) Unabhängig davon kann jede kämpfende Arbeitsvertragspartei das Ruhen des Arbeitsverhältnisses durch Erklärung gegenüber der anderen Arbeitsvertragspartei beenden.

#### I. Beendigung durch eine Tarifpartei

Die Vorschrift eröffnet in Absatz 1 den kampf führenden Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, unabhängig von ihren Mitgliedern, das heißt ohne Urabstimmung, den Kampf zu beenden. Dogmatisch gesehen beendet der Verband seine Zustimmung zur Ausübung des Streik- oder Aussperrungsrechts. In der Beendigungserklärung kann und wird in der Regel auch der Zeitpunkt der Beendigung des Kampfs bekanntgegeben. Zu diesem Zeitpunkt leben die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten wieder auf. Die tatsächliche Aufnahme der Arbeit kann sich allerdings verzögern. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer Lohn nur nach Regeln über die Verteilung des Arbeitskampfrisikos verlangen (BAG AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf).

#### II. Beendigung durch einzelne Arbeitnehmer

Die Bestimmung über die individuelle Beendigung der Kampfteilnahme nach Absatz 2 legt den Grundsatz fest, daß Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht haben, die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses für ihre Person durch Erklärung gegenüber der anderen Arbeitsvertragspartei zu beenden. Dies folgt aus der subjektiv-privatrechtlichen Arbeitskampfkonzepktion und aus der negativen Arbeitskampffreiheit gemäß Art. 9 Absatz 3 GG. Die Beendigungserklärung bedeutet nicht, daß das Arbeitsverhältnis in jedem Fall wieder auflebt. Erklärt beispielsweise ein Arbeitnehmer, daß er nicht mehr streike, so kann sein Arbeitsverhältnis aufgrund einer suspendierenden Abwehraussperrung gleichwohl weiterhin ruhen.

Nicht geregelt ist durch Absatz 2, ob ein Mitglied des kampf führenden Verbands, das aus dem Arbeitskampf „aussteigt“, verbandsrechtliche Konsequenzen hinzunehmen hat.

### 2. Abschnitt: Schlichtung

#### § 13 Schlichtungsordnung

Für das Schlichtungsverfahren gilt die zwischen den Tarifparteien vereinbarte Schlichtungsordnung. Besteht eine solche nicht, gelten die nachfolgenden Bestimmungen über die Schlichtung. Eine Zwangsschlichtung findet nicht statt.

*Begründung*

Dem Erfordernis, daß vor Einleitung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen erfolglos eine Schlichtung versucht worden sein muß (§4), kann sowohl durch ein zwischen den Tarifparteien vereinbartes wie auf dem Weg über ein staatliches Schlichtungsverfahren genügt werden. Dabei muß die tarifliche Schlichtungsordnung Vorrang haben (Satz 1). Dies entspricht nicht nur dem Grundsatz möglichst freiheitlicher Ausgestaltung des Tarifsystems. Es ist auch deshalb geboten, weil angesichts der unterschiedlichen Strukturen sowohl der Gewerkschaften wie der Arbeitgeberverbände, des von Branche zu Branche verschiedenen Verhältnisses der Koalitionen zueinander und der Verschiedenartigkeit der zu lösenden Konflikte in den einzelnen Branchen die Tarifparteien am ehesten selbst die Schlichtungsordnung finden können, die ihren Bedürfnissen am besten angepaßt ist. Die Arbeitsgruppe will damit auch Schlichtungsformen Rechnung tragen, die, wie in der chemischen Industrie, ohne einen neutralen Schlichter durchgeführt werden und sich bewährt haben.

Das subsidiär von der staatlichen Rechtsordnung bereitzustellende Schlichtungsverfahren (Satz 2) erfüllt seine Funktion am besten, wenn es von den Tarifparteien als Signal verstanden wird, Schlichtungsordnungen auch dort zu vereinbaren, wo das bisher noch nicht geschehen ist, und bereits vorhandene Schlichtungsordnungen aufrecht zu erhalten und auszubauen.

Die insbesondere auf Seiten der Gewerkschaften zu findende Reserve gegenüber gesetzlichen Vorschriften über die Schlichtung hat ihre Ursachen in den negativen historischen Erfahrungen mit der staatlichen Zwangsschlichtung. Diese Erfahrungen können aber heute kein Gegenargument mehr gegen Vorschriften abgeben, die sich darauf beschränken, die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens vor der Einleitung von Kampfmaßnahmen zu verlangen und die dabei der tariflichen Schlichtungsordnung den Vorrang geben. Doch erscheint es angebracht, die Ablehnung der staatlichen Zwangsschlichtung nicht nur den Verfahrensvorschriften zugrunde zu legen, sondern auch als Grundsatz festzulegen (Satz 3).

**§ 14 Schlichtungsstellen**

**(1) Die Schlichtungsverfahren nach diesem Gesetz werden von einer Bundesschlichtungsstelle und von Landesschlichtungsstellen durchgeführt. Die Bundesschlichtungsstelle ist nur zuständig für die Schlichtung von Streitigkeiten über Tarifverträge, deren Geltungsbereich sich über das Ge-**

**biet eines Bundeslandes hinaus erstrecken soll. Im übrigen sind die Landesschlichtungsstellen zuständig.**

**(2) Die Bundesschlichtungsstelle wird beim Bundesarbeitsgericht, die Landesschlichtungsstellen werden bei den Landesarbeitsgerichten errichtet. Bestehen in einem Bundesland mehrere Landesarbeitsgerichte, bestimmt die Landesregierung das Landesarbeitsgericht, bei dem die Landesschlichtungsstelle errichtet wird.**

**§ 15 Besetzung der Schlichtungsstelle**

**Die Schlichtungsstelle besteht aus einem Vorsitzenden und je drei Beisitzern, die von den beiden am Tarifkonflikt beteiligten Tarifparteien dem Präsidenten des für die Schlichtungsstelle zuständigen Gerichts zu benennen sind. Einigen sich die Tarifparteien nicht auf die Person des Vorsitzenden, wird dieser vom Präsidenten des für die Schlichtungsstelle zuständigen Gerichts aus einer Liste von fünf Personen bestimmt, die das Präsidium dieses Gerichts aufstellt und jedes Jahr ergänzt.**

*Begründung*

Das bisherige Schlichtungsrecht geht von einer Zuständigkeit der Arbeitsbehörden des Bundes und der Länder für die Einrichtung der Schlichtungsstellen aus. Um die Unabhängigkeit der Schlichtungsstellen zu betonen, soll diese Aufgabe den Arbeitsgerichten zugeordnet werden. Der neuralgische Punkt der Bestimmung des Vorsitzenden wird dabei in Anlehnung an das von der Insolvenzkommision für die Bestellung des Einigungsstellenvorsitzenden gefundene Verfahren so gelöst, daß der Vorsitzende vom Präsidenten des für die Schlichtungsstelle zuständigen Gerichts aus einer Liste bestimmt wird, die das Präsidium dieses Gerichts aufstellt und jedes Jahr ergänzt. Dabei wird bewußt darauf verzichtet vorzuschreiben, daß die Vorsitzenden nach der Reihenfolge der Liste zu berufen sind. Es soll so einerseits vermieden werden, daß die Führung von Tarifverhandlungen durch die Spekulation auf bestimmte Vorsitzende beeinflusst wird. Andererseits soll dem Präsidenten des zuständigen Gerichts die Möglichkeit offengehalten werden, die besondere Eignung eines Vorsitzenden, etwa seine besondere Sachkunde im Hinblick auf den in Rede stehenden Tarifkonflikt, zu berücksichtigen.

## § 16 Verfahren

**(1) Die Schlichtungsstelle bestimmt den Gang ihres Verfahrens. Sie kann Beweise erheben und Auskünfte einholen. Die Gerichte und Behörden des Bundes und der Länder leisten ihr dabei Amtshilfe.**

**(2) Die Verhandlungen vor der Schlichtungsstelle sind nicht öffentlich.**

## § 17 Einigung der Tarifparteien

Die Schlichtungsstelle hat in jeder Lage des Verfahrens auf eine Einigung der Tarifparteien hinzuwirken. Die Tarifparteien können gemeinsam die Schlichtungsstelle ersuchen, das Schlichtungsverfahren auszusetzen, um eine Einigung untereinander herbeizuführen. Erklärt eine Tarifpartei gegenüber dem Vorsitzenden der Schlichtungsstelle, daß eine Einigung nicht erzielt werden konnte, ist das Schlichtungsverfahren unverzüglich fortzusetzen.

## § 18 Schlichtungsvorschlag

**(1) Kommt eine Einigung der Tarifparteien nicht zustande, stellt die Schlichtungsstelle einen Schlichtungsvorschlag auf. Über den Schlichtungsvorschlag beschließt die Schlichtungsstelle mit Stimmenmehrheit. Bei der Beschlußfassung hat sich der Vorsitzende zunächst der Stimme zu enthalten; kommt eine Stimmenmehrheit nicht zustande, so nimmt der Vorsitzende nach weiterer Beratung an der erneuten Beschlußfassung teil. Beratung und Abstimmung über den Schlichtungsvorschlag sind geheim. Der Schlichtungsvorschlag ist schriftlich niederzulegen, vom Vorsitzenden zu unterschreiben und den Tarifparteien zuzuleiten.**

**(2) Nehmen beide Tarifparteien den Schlichtungsvorschlag an, hat dieser die Wirkung eines zwischen den Tarifparteien zustandegekommenen Tarifvertrags. Das gleiche gilt, wenn beide Tarifparteien sich dem Schlichtungsvorschlag im voraus unterworfen haben.**

## § 19 Beendigung des Verfahrens

Das Schlichtungsverfahren endet eine Woche nach Aufstellen des Schlichtungsvorschlags.

## Begründung

Die vorgeschlagenen Verfahrensvorschriften für die Schlichtungsstelle (§§ 16–19) gehen in Anlehnung an § 76 BetrVG vom Mehrheitsprinzip aus (§ 18). Damit soll einerseits für ein genügendes Gewicht des Vorsitzenden gesorgt werden. Andererseits wird so sichergestellt, daß die zügige Durchführung des Schlichtungsverfahrens von keiner der beiden Seiten behindert werden kann. Besondere Fristen für die einzelnen Verfahrensschritte vorzusehen, erscheint angesichts der Vielgestaltigkeit der Fälle, die mit den Verfahrensvorschriften bewältigt werden müssen, nicht angebracht. Lediglich das Ende des Schlichtungsverfahrens, von dem die Zulässigkeit der Einleitung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen abhängt, war eindeutig zu bestimmen (§ 19).

Um in Verhandlung mit den Tarifparteien eine Lösung des Tarifkonflikts zu finden und dort, wo eine solche Lösung nicht gelingt, doch einen Schlichtungsvorschlag zu erarbeiten, der Aussicht auf Annahme durch die Tarifparteien hat, muß die Schlichtungsstelle die Möglichkeit haben, den Sachverhalt aufzuklären, insbesondere auch sich Kenntnisse von der Arbeitsmarktsituation, der wirtschaftlichen Lage und der technischen Entwicklung der betreffenden Branche zu verschaffen. Nach dem Vorbild der meisten bestehenden staatlichen und tariflichen Schlichtungsordnungen wird ihr deshalb das Recht eingeräumt, Beweise zu erheben und Auskünfte einzuholen. Sie kann sich dabei der Amtshilfe der Gerichte und Behörden des Bundes und der Länder bedienen (§ 16). Um die Entscheidung zu erleichtern, sind die Verhandlungen nicht öffentlich (§ 16 Absatz 2) und die Beratung und Abstimmung geheim (§ 18 Absatz 1 Satz 4). Im übrigen erscheint es im Interesse der notwendigen Flexibilität zweckmäßig, der Schlichtungsstelle die Bestimmung des Verfahrensgangs selbst zu überlassen.

## § 20 Entschädigung und Kosten

Der Vorsitzende der Schlichtungsstelle hat Anspruch auf eine Entschädigung für seine Tätigkeit. Falls nichts anderes vereinbart wird, beträgt die Entschädigung das Vierfache der nach dem Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen für Sachverständige maßgebenden Sätze. Die Kosten der Entschädigung und die übrigen Kosten des Verfahrens tragen die beteiligten Tarifparteien je zur Hälfte. Jedoch trägt jede Tarifpartei die Kosten der von ihr benannten Mitglieder der Schlichtungsstelle sowie der von ihr benannten oder gestellten Auskunftspersonen und Sachverständigen selbst.

### Begründung

Angesichts der problematischen Erfahrungen, die mit dem Fehlen einer Vorschrift über die Entschädigung der Mitglieder von Einigungsstellen nach § 76 BetrVG gemacht worden sind, erscheint es zweckmäßig, diese Frage bei den Schlichtungsstellen gesetzlich zu regeln. Dabei legt der Entwurf lediglich fest, daß der Vorsitzende der Schlichtungsstelle Anspruch auf eine Entschädigung hat. Die Kosten dieser Entschädigung und die übrigen Kosten des Verfahrens werden zwischen den beteiligten Tarifparteien geteilt, jedoch muß nach dem Vorbild der Schlichtungsregelung für die chemische Industrie jede Tarifpartei die Kosten der von ihr benannten Mitglieder der Einigungsstelle sowie der von ihr benannten oder gestellten Auskunftspersonen und Sachverständigen selbst tragen.

### 3. Abschnitt: Streik

#### I. Anerkennung des Streikrechts

Das Streikrecht im Sinne des Rechts zur Suspendierung der geschuldeten Arbeit ist 1955 vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 1, 291 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt worden und heute allgemein anerkannt, soweit Gewerkschaften den Streik mit dem Ziel einer tarifvertraglichen Regelung führen. Dieses Streikrecht ist für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderlich und damit unerlässlich im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 9 Absatz 3 GG. Es gehört daher zum Gewährleistungsgehalt dieses Grundrechts. Mit der Anerkennung eines „Streikrechts“ in der Europäischen Sozialcharta und im Internationalen Sozialpakt ist ebenfalls das suspendierende Streikrecht im genannten Sinne gemeint. Davon abgesehen, kann wohl schon ein Gewohnheitsrecht angenommen werden.

#### II. Rechtsnatur des Streikrechts

Über die rechtsdogmatische Natur des Streikrechts besteht jedoch noch wenig Klarheit. Die vorgeschlagenen Regelungen vermeiden es, eine bestimmte Position festzuschreiben; sie sind jedoch am besten verständlich, wenn man folgende Streikrechtstheorie zugrundelegt: Das Streikrecht ist ein subjektiv-privates Recht, und zwar ein *Gestaltungsrecht*, das im Unterschied zur Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet, sondern lediglich die Arbeitspflicht suspendiert. Es genügt, in § 21 Absatz 1 die Gestal-

tungswirkung gesetzlich festzulegen. Träger des Streikrechts sind sowohl die Arbeitnehmer als auch die Gewerkschaften. Es handelt sich um ein individuelles Streikrecht der Arbeitnehmer, das kollektiv an die Mitwirkung der Gewerkschaften gebunden ist. Diese Deutung macht das Streikrecht der Außenseiter plausibel und ermöglicht als Ausnahmetatbestand ein Streikrecht ohne gewerkschaftliche Bindung (dazu Abschnitt 6). Vor allem aber wird dadurch verhindert, daß durch gewerkschaftliche Erklärung gegen den Willen eines Arbeitnehmers in dessen Arbeitsverhältnis eingegriffen wird. Die Grundzüge dieser Konzeption sind in § 21 enthalten. Die Ausnahme eines verbandsfreien Streikrechts ist in §§ 34 ff. geregelt.

#### III. Ausübung des Streikrechts

Der Entwurf läßt offen, wie das Streikrecht vom Arbeitnehmer ausgeübt wird, durch den Realakt der Arbeitsniederlegung oder des Nichterscheins im Betrieb oder durch eine darin zum Ausdruck kommende einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Zutreffend dürfte die *rechtsgeschäftliche Deutung* sein, die auch überwiegend für die Abwehraussperrung vertreten wird. Die Zustimmung der Gewerkschaft ist dann eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Die rechtsgeschäftliche Deutung schützt die freie Willensentscheidung des Arbeitnehmers und liegt im Sinne der Rechtssicherheit, da in Zweifelsfragen auf die rechtsgeschäftlichen Regeln zurückgegriffen werden kann.

### § 21 Streikrecht

(1) Zur Durchsetzung von Tarifverträgen haben die Arbeitnehmer das Recht, die geschuldete Arbeitsleistung einseitig zu suspendieren (Streikrecht).

(2) Das Streikrecht kann nur mit Zustimmung und unter Führung einer tariffähigen Gewerkschaft ausgeübt werden.

(3) Das Streikrecht umfaßt nicht die Verminderung der Arbeitsleistung und die Schlechtleistung von Arbeit.

#### Begründung

##### I. Streikberechtigte Arbeitnehmer und Wirkung des Streiks

Absatz 1 enthält eine zweifache Regelung: Trägerschaft und Suspendierungswirkung des Streikrechts auf privatrechtlicher Ebene.

### 1. Träger des Streikrechts

Die Bestimmung regelt zunächst, wer streikberechtigt ist. Sie stellt klar, daß Träger des Streikrechts grundsätzlich alle Arbeitnehmer sind, also nicht nur die Mitglieder der streikführenden Gewerkschaft, sondern auch die *Außenseiter*. Eine Rechtsgrundlage findet diese Entscheidung vor allem in Art. 6 Nr. 4 ESC.

Die Erstreckung des Streikrechts auf *arbeitnehmerähnliche* Personen und auf Beschäftigte in Heimarbeit folgt schon daraus, daß für diese Personengruppen Tarifverträge abgeschlossen werden können. Eine besondere Regelung erweist sich daher als nicht erforderlich.

Das Streikrecht der Auszubildenden ist umstritten; bejaht wurde es vom Bundesarbeitsgericht bisher nur für die Teilnahme an einem Warnstreik (BAGE 46, 322, 356 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 14). Bei einem Erzwingungsstreik ist die Interessenlage jedoch anders: Gegen ein Streikrecht der Auszubildenden spricht, daß deren Arbeitsniederlegung in der Regel nicht geeignet ist, wirksamen Druck auszuüben. Die Pflicht zur Organisation der Ausbildung während eines Arbeitskampfs belastet lediglich den Arbeitgeber; Vorteile hat er nicht, da die Auszubildenden nicht für Streikarbeit eingesetzt werden dürfen. Ein nicht geeignetes Mittel kann auch nicht erforderlich sein; damit entfällt die Zulässigkeit einer mehr oder weniger symbolhaften Streikteilnahme. Schließlich würde ein Streikrecht die Auszubildenden auch zu Adressaten einer Aussperrung machen, was nicht in deren Interesse liegen kann. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe hielt eine gesetzliche Regelung nicht für notwendig. Es muß jedoch klargestellt werden, daß mit der Verwendung des Begriffs „Arbeitnehmer“ noch keine Entscheidung über das Streikrecht der Auszubildenden getroffen worden ist.

Durch die Verwendung des Begriffs „Arbeitnehmer“ ist auch klargestellt, daß den *Beamten* kein Streikrecht eingeräumt wird. Eine darüber hinausgehende ausdrückliche gesetzliche Klarstellung im Hinblick auf diesen Personenkreis erschien der Arbeitsgruppe nicht erforderlich. Die Argumente der Anhänger eines Beamtenstreikrechts haben sich nicht durchgesetzt. Es kann auch rechtspolitisch nicht befürwortet werden, die Privilegien des Beamtenstatus mit den besonders effektiven Möglichkeiten des Arbeitskampfs im öffentlichen Dienst zu kombinieren.

### 2. Suspendierende Wirkung

Absatz 1 regelt außerdem die allgemein anerkannte Wirkung der Suspendierung beim Streik. Aus der Formulierung ergibt sich, daß die Suspendierungswirkung unmittelbar mit Ausübung des Streikrechts eintritt, also

nicht an Fristen gebunden ist, falls keine besondere Regelung erfolgt. Außerdem wird durch die Formulierung „geschuldete Arbeit“ der Inhalt des Streikrechts umrissen. Absperrrmaßnahmen, Betriebsbesetzungen und sonstige Eingriffe in den Betriebsablauf sind vom Streikrecht in diesem Sinne nicht gedeckt; Zuzugssperren, die Arbeitswillige von der Aufnahme der Arbeit abhalten sollen, entsprechen aber dem Sinn des Streiks.

### II. Bindung des Streikrechts an die Gewerkschaft

Die Regelung in Absatz 2 enthält die kollektive Seite des Streikrechts. Es handelt sich um eine notwendige Folge daraus, daß der Arbeitskampf auf den Tarifvertrag bezogen ist. Die kollektive Bindung nach Absatz 2 besteht in zweifacher Hinsicht: Einmal muß die Gewerkschaft die Arbeitsniederlegung als gewerkschaftlichen Kampf um einen Tarifvertrag wollen. Hierfür eignet sich die Figur der Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. BGB zum einseitigen Rechtsgeschäft der (konkludenten) Streikerklärung durch die einzelnen Arbeitnehmer. Zum anderen darf sich die Gewerkschaft nicht mit der Zustimmung begnügen; sie muß auch die Führung des Streiks übernehmen und die Durchführung kontrollieren. Die finanzielle und publizistische Unterstützung eines wilden Streiks ist keine Übernahme.

Die Zustimmung kann auch *nach* der Arbeitsniederlegung erklärt werden und damit einen wilden Streik „legalisieren“; eine solche *rückwirkende* „Heilung“ tritt jedoch nur ein, wenn im Rückwirkungszeitraum die sonstigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen gegeben sind. Diese vom Bundesarbeitsgericht (BAGE 15, 174, 193 = AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 9) entwickelte Auffassung ist zwar auf Widerstand in der Literatur gestoßen (*Konzen*, ZfA 1970, 159 ff.). Die Arbeitsgruppe ist aber mehrheitlich der Auffassung, daß der Streit nicht durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung entschieden werden muß. Auf dem Hintergrund der hier vertretenen Streikrechtstheorie erhält allerdings die Auffassung des Bundesarbeitsgerichts eine gesetzliche Unterstützung durch § 184 BGB.

Der Entwurf verwendet an dieser Stelle die Formulierung „*tariffähige*“ *Gewerkschaft*. Dies ist zu verstehen vor dem Hintergrund der herrschenden Praxis, die zwischen tariffähigen und nicht tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen unterscheidet. Meist werden nur die tariffähigen Arbeitnehmervereinigungen, die durch das Merkmal der sozialen Mächtigkeit gekennzeichnet sind, als Gewerkschaften angesehen. Die Terminologie ist allerdings nicht allgemein anerkannt. Deshalb ist im Text der klarstellende Zusatz verwendet worden.

### III. Bummelstreik

Wohl überwiegend werden heute der sogenannte Bummelstreik (Dienst nach Vorschrift) und sonstige Formen der Leistungsreduzierung unter Hinweis auf die Möglichkeit des Arbeitgebers zur Abwehraussperrung als zulässig angesehen. Der Entwurf verbietet demgegenüber in Absatz 3 diese Kampfform mit Rücksicht darauf, daß in vielen Fällen die Abwehraussperrung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist. Die Leistungsreduzierung ist auch schwer nachprüfbar, so daß der Arbeitgeber in Schwierigkeiten käme, wenn er den Lohn entsprechend vermindern wollte. Die Zulassung dieser Kampfform würde daher den Arbeitskampf entweder eskalieren oder die Kampfparität gefährden.

### § 22 Wegfall des Arbeitsentgelts

**Für die Dauer des Streiks ruht der Anspruch auf Beschäftigung und auf Arbeitsentgelt.**

#### Begründung

Diese Regelung erscheint auf den ersten Blick überflüssig, weil sie eine allgemein anerkannte Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt: Wer streikt, kann nicht vom bekämpften Arbeitgeber Entlohnung verlangen. Die Arbeitsgruppe hat sich gleichwohl für die Aufnahme dieser Regelung in den Entwurf entschieden, weil es sich beim Entzug des Arbeitsentgelts in vielen Arbeitskämpfen um das allein eingesetzte Mittel des Gegendrucks durch den Arbeitgeber handelt. Außerdem wird mit dem Begriff „Arbeitsentgelt“ klargestellt, daß nur die synallagmatische Gegenleistung für die Arbeit entfällt. Was das im einzelnen bedeutet, kann der Rechtsprechung zur Entscheidung belassen werden; zum Beispiel kann der Arbeitgeber für die Streikzeit im Regelfall zusätzliche soziale Leistungen, wie Gewinnbeteiligungen, Gratifikationen und dergleichen, entsprechend kürzen.

Die Formulierung läßt offen, ob der Anspruch auf Arbeitsentgelt kraft Gesetzes entfällt oder aufgrund eines durch rechtsgeschäftliche Erklärung auszuübenden Leistungsverweigerungsrechts des Arbeitgebers. Offen bleibt auch die rechtliche Einordnung des Vorgangs als individualrechtliche Form einer Leistungsstörung oder als kollektivrechtliches Instrument des Arbeitskampfrechts.

### § 23 Warnstreik

**(1) Abweichend von § 4 sind Arbeitsniederlegungen zum Zweck der Demonstration der Kampfbereitschaft (Warnstreiks) zulässig, wenn die einzelnen Arbeitsniederlegungen die Dauer von jeweils einer Stunde nicht überschreiten.**

**(2) Ein Warnstreik ist in jedem Betrieb eines Arbeitgebers während laufender Tarifverhandlungen nur einmal zulässig.**

**(3) §§ 6 Absatz 1, 7 Absatz 2 und § 11 Absatz 3 sind auf Warnstreiks nicht anzuwenden.**

#### Begründung

Die Vorschrift geht im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 28, 295 = AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) davon aus, daß der verhandlungsbegleitende Warnstreik grundsätzlich zulässig ist, daß er aber vor dem Scheitern der Verhandlungen – mit Rücksicht auf das ultima ratio-Prinzip – nur in engen Grenzen geduldet werden kann. Die Zulassung beruht auf der zwar problematischen, aber doch nicht ganz auszuschließenden Prognose, daß durch Warnstreiks große Arbeitskämpfe unter Umständen vermieden werden können. Der Warnstreik ist unter diesem Aspekt zur Vermeidung eines größeren Schadens erforderlich und unterstützt damit das mit dem ultima ratio-Prinzip verfolgte Anliegen. Die Zulassung beruht weiter auf der pragmatischen Erwägung, daß es bei einem absoluten Verbot wieder wie früher zu sogenannten „spontanen“ Arbeitsniederlegungen kommen würde, die nur schwer zu fassen sind.

Die Vorschrift legt als Merkmal des Warnstreiks die Demonstration der Kampfbereitschaft fest. Daraus folgt, daß es sich um kurze, befristete Arbeitsniederlegungen handeln muß.

Wie lange ein Warnstreik dauern muß, um den Kampfwillen der Arbeitnehmer hinreichend zu demonstrieren, ist schwer abzuschätzen. Wie immer, wenn es auf präzise quantitative oder zeitliche Abgrenzungen ankommt, läßt sich keine zwingende Begründung für die eine oder andere Festlegung geben (Seiter, BAG-Festschrift 1979, S. 583; Raiser, RdA 1987, 201). In der Arbeitsgruppe bestand Einigkeit darüber, daß im Gesetz eine exakte *Höchstdauer festgelegt* werden sollte. Es empfiehlt sich nicht, die Frage offenzulassen und den Gerichten zur differenzierten Beurteilung nach Maßgabe des Übermaßverbots zu überantworten. Dies verlangt zum einen die begriffliche Abgrenzung zum Erzwingungsstreik, die wegen der unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen notwendig ist. Zum andern

wiegen gerade die in diesem Fall besonders wünschenswerte Rechtsklarheit und Rechtssicherheit schwerer als mögliche branchenspezifische oder einzelfallbezogene Unterschiede.

Übereinstimmend war die Arbeitsgruppe der Ansicht, daß die vom Bundesarbeitsgericht noch für zulässig erklärte Dauer von drei Stunden nicht erforderlich ist, den Demonstrationszweck zu erfüllen. Auch liegt bei ihr das Ausmaß der Betriebsstörung und der verursachten Schäden schon jenseits der Grenze dessen, was der Arbeitgeberseite zuzumuten ist, ohne daß sie die üblichen Mittel zur Gegenwehr einsetzen kann. Unterschiede bestanden lediglich bei der Frage, ob eine Dauer von einer Stunde oder von zwei Stunden festgelegt werden sollte. Die Mehrheit entschied sich für die Begrenzung auf eine Stunde.

Umstritten war in der Arbeitsgruppe weiter, ob die Warnfunktion des Warnstreiks eine *Wiederholung in demselben Betrieb* rechtfertigt oder umgekehrt gerade ausschließt. Für die Wiederholbarkeit spricht, daß es, etwa bei veränderter Verhandlungslage oder wenn sich die Verhandlungen ohne Fortschritt lange hinschleppen, durchaus naheliegen kann, auch ein und demselben Arbeitgeber die Kampfbereitschaft zweimal oder vielleicht sogar mehrfach vor Augen zu führen. Dagegen läßt sich einwenden, daß es für den Demonstrationszweck genügt, in jedem Betrieb nur einen Warnstreik zuzulassen, während jede Wiederholung die zeitliche Begrenzung in Frage stellt und daher auch die Grenze zum Erzwingungsstreik verwischt. Die Mehrheit entschied sich dafür, die Wiederholung nicht zuzulassen (Absatz 2).

Der verhandlungsbegleitende Warnstreik wird weiterhin begrenzt durch die Friedenspflicht (§3), die durch ein Schlichtungsabkommen erweitert sein kann, sowie durch das Übermaßverbot (§2). Das ist auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt, aber bislang nicht präzisiert worden. Die Arbeitsgruppe hat davon abgesehen, das Übermaßverbot durch Zahlenangaben zu konkretisieren.

## § 24 Haftung

**Arbeitnehmer, die durch ihre Beteiligung an unzulässigen Kampfmaßnahmen lediglich ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen, haften dem Arbeitgeber gegenüber für den dadurch entstandenen Gesamtschaden nur anteilig.**

## Begründung

Für deliktische Kampfmaßnahmen sieht das Zivilrecht die gesamtschuldnerische Haftung vor. Dabei wird man es belassen müssen. Bei lediglich arbeitsvertragswidrigen Kampfmaßnahmen ist die Rechtslage zur Zeit sehr zweifelhaft; Kausalitätsüberlegungen stoßen auf kaum lösbare Schwierigkeiten. Der Entwurf sieht daher im Wege der gesetzgeberischen Festlegung eine anteilige Haftung vor, die bisher in der Literatur gelegentlich schon in Erwägung gezogen worden ist. Eine gesamtschuldnerische Haftung würde dem geringeren Unrechtsgehalt der lediglich arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung nicht gerecht.

### 4. Abschnitt: Aussperrung

#### I. Prinzipielle Zulässigkeit der Aussperrung

Der Regelungsvorschlag zur Aussperrung beruht auf den in der Einleitung herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Vorgaben, wonach die Aussperrung ein im Sinne von Art. 9 Absatz 3 GG unerläßliches Kampfmittel ist, das die Verhandlungs- und Kampfparität gewährleistet (I 1 d, bb). Innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen kann der Gesetzgeber die Aussperrung nach rechtspolitischer Zweckmäßigkeit ausgestalten. Die Vorschriften in diesem Abschnitt konkretisieren die prinzipielle Zulässigkeit der Aussperrung auf einfachgesetzlicher Ebene.

#### II. Systematik der Regelung

Der Gesetzesvorschlag statuiert in § 25 die grundsätzliche Zulässigkeit des Rechts zur suspendierenden Aussperrung in Entsprechung zum suspendierenden Streikrecht. In § 26 sind dann Einschränkungen für die Angriffsaussperrung enthalten. Aus dieser Systematik ergibt sich, daß die Grundregelung in § 25 die in der bisherigen Kampfpraxis ganz im Vordergrund stehende *Abwehraussperrung* betrifft. Die hierfür aufgestellten Regeln gelten jedoch auch für die ausnahmsweise zulässige Angriffsaussperrung. So gilt zum Beispiel das Zustimmungserfordernis des Arbeitgeberverbands auch bei der Angriffsaussperrung zur Durchsetzung eines Verbandstarifvertrags.

Die beiden Regelungen in §§ 25 und 26 beziehen sich grundsätzlich auf Firmen- und Verbandstarifverträge in gleicher Weise. Das ist deshalb von Bedeutung, weil die Aussperrung des Einzelarbeitgebers im Rahmen eines

Kampfes um einen Firmentarifvertrag nicht ohne weiteres aus Art. 9 Absatz 3 GG abgeleitet werden kann.

Die Vorschrift des § 28 zur lösenden Aussperrung betrifft eng begrenzte arbeitskampfrechtliche Modifikationen des individualrechtlichen Kündigungsrechts.

Aus der Gesamregelung folgt, daß die Arbeitsgruppe darauf verzichtet hat, eine Begrenzung der Aussperrung nach Zahlen oder Quoten vorzusehen; es gilt jedoch das in § 2 enthaltene Übermaßverbot.

### III. Terminologie

Nach dem Entwurf wird unter „Aussperrung“ oder „Aussperrungsrecht“ die suspendierende Aussperrung verstanden, gleichgültig, ob sie zur Abwehr oder angriffsweise erfolgt. Das entspricht auch dem üblichen Sprachgebrauch.

Soweit der Entwurf Resttatbestände einer arbeitskampfrechtlichen Lösung von Arbeitsverhältnissen neben den individualrechtlichen Kündigungsvorschriften zuläßt, verwendet er den gewohnten Begriff „lösende Aussperrung“, obwohl dieser Begriff nicht mehr mit dem vom Bundesarbeitsgericht geprägten Inhalt verwendet wird.

### IV. Rechtsnatur des Aussperrungsrechts

Der Entwurf geht davon aus, daß es sich beim Recht zur suspendierenden Aussperrung ebenso wie beim Streikrecht um ein *subjektiv-privates Gestaltungsrecht* des Arbeitgebers handelt, das in das Gefüge der arbeitsvertraglichen Pflichten eingreift, indem es die Beschäftigungs- und Arbeitsentgeltspflicht zum Ruhen bringt. Ähnlich wie beim Streikrecht ist auch die Einbeziehung des Arbeitgeberverbandes im Fall eines Kampfs um einen Verbandstarifvertrag eine rechtsgeschäftliche Zustimmung.

Ausgeübt wird das Aussperrungsrecht durch *einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung* gegenüber den von der Aussperrung betroffenen Arbeitnehmern. Dies entspricht der hier vertretenen Auffassung zum Streikrecht.

### V. Ablehnung einer Quotenregelung

Übereinstimmend ging die Arbeitsgruppe davon aus, daß für die Aussperrung das Übermaßverbot gemäß § 2 in der Praxis besonders relevant wird. Allerdings hat sich nach der gleichfalls einhelligen Meinung der Gruppe die vom Bundesarbeitsgericht zur Präzisierung des Übermaßverbots bei der Aussperrung angewandte sogenannte Arbeitskampfarithmetik

(BAGE 33, 140 und 185 = AP Nr. 64 und 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) als nicht überzeugend erwiesen. Sie wird deshalb in dem Entwurf nicht aufgegriffen. Statt dessen hat sich die Arbeitsgruppe ausführlich mit der Frage beschäftigt, ob die suspendierende Abwehr- und Angriffsaussperrung durch eine einfachere Quotenregelung beschränkt werden solle. Sie hat namentlich unter Verzicht auf andere Differenzierungen eine Regelung erwogen, wonach die Arbeitgeber weitere Arbeitnehmer nicht mehr aussperren dürfen, wenn bereits mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer eines Tarifgebiets streikt oder ausgesperrt ist, es sei denn, die Wettbewerbsverhältnisse des Wirtschaftszweiges lassen eine Begrenzung des Arbeitskamps auf die Hälfte der Arbeitnehmer nicht zu.

Die Arbeitsgruppe hat darauf verzichtet, eine derartige Vorschrift in den Entwurf aufzunehmen. Maßgeblich für diese Entscheidung war die Einsicht, daß die Grundlagen für eine generelle zahlenmäßige Beschränkung der Aussperrung durch ein Gesetz, das lediglich bestimmte einzelne Ausnahmen zulassen kann, nicht sicher genug sind und daß auch ausreichende Erfahrungen bisher fehlen. Die Rechtsprechung begnügt sich mit eher vorsichtigen und flexiblen Formulierungen. Das Landesarbeitsgericht Hamm (DB 1983, 558) hat die Quotenregelung sogar ausdrücklich abgelehnt. Das Bundesarbeitsgericht greift in seinem zweiten Urteil zur Aussperrung in der Druckindustrie (BAGE 48, 195, 212 = AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6) auf die von ihm selbst aufgestellte Arbeitskampfarithmetik nicht mehr zurück, sondern stützt sich nur noch auf das Übermaßverbot. Manche deuten dies als Abschied von der Quotenregelung.

Auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist der ganze Fragenkreis weiterhin heftig umstritten. Namentlich haben die Anhänger der Quotenregelung die Behauptung nicht beweisen können, nur eine Begrenzung der Aussperrung auf die Hälfte der Arbeitnehmer eines Tarifgebiets wahre die Parität, weil die Gewerkschaften andernfalls größere Arbeitskämpfe finanziell nicht durchstehen könnten. Allerdings kann auch die Gegenseite den Beweis nicht erbringen, daß eine Begrenzung der Aussperrung im Sinne der Quotenregelung die Parität zu Lasten der Arbeitgeberseite in einer Weise verschieben würde, welche die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gefährdet.

In dieser Lage spricht zugunsten einer Einschränkung der Aussperrung auf regelmäßig die Hälfte der Arbeitnehmer eines Tarifgebiets der Gedanke, das Ausmaß von Arbeitskämpfen zu begrenzen. Das Übermaßverbot bietet als Generalklausel keine präzisen Kriterien für eine solche Begrenzung. Es führt in der Praxis dazu, alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Damit bleibt regelmäßig bis zur letztinstanzlichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts offen und für die Arbeitgeber kaum abschätzbar, ob die Aussperrung rechtmäßig war oder nicht. Für die während

eines Arbeitskamps notwendige Entscheidung über das Ausmaß der Aussperrung gewährt sie keine hinlängliche Rechtssicherheit. Die in § 39 angestrebte Konzentration des Verfahrens beim Bundesarbeitsgericht kann diesen Mangel nur unvollständig beseitigen, da dieses oftmals nicht während des Arbeitskamps über die Frage entscheiden wird.

Auf der anderen Seite würde eine gesetzliche Festlegung der Quotenregelung in der gegenwärtigen Situation Probleme aufwerfen, welche ihre Vorteile wieder in Frage stellen. Angesichts der begrenzten bisherigen Erfahrungen müßten Ausnahmen zugelassen werden, die schwer zu formulieren sind und die ihrerseits wieder zu einzelfallbezogenen Gerichtsentscheidungen nötigten. Hinzu kommen rechtstechnische Schwierigkeiten. Die Arbeitnehmer eines Tarifgebiets müßten genauer abgegrenzt werden. Es wäre zu klären, ob dazu auch die mittelbar betroffenen Arbeitnehmer gehören; weiter, wie zu verfahren ist, wenn die streikenden Arbeitnehmer fortlaufend wechseln oder, bei der sogenannten Nadelstichtaktik, die Arbeit nur kurzfristig niederlegen. Ferner wäre zu entscheiden, ob es für die Zählung auf den Aussperrungsbeschluß des Arbeitgeberverbandes ankommen soll, wie das Bundesarbeitsgericht sagt, oder auf die Zahl der Arbeitnehmer, die tatsächlich streiken und ausgesperrt wurden. Auch wirft die Feststellung der streikenden und ausgesperrten Arbeitnehmer sowohl während des Arbeitskamps wie nachträglich im Zug eines Gerichtsverfahrens erhebliche praktische Probleme auf. Schließlich würde eine quotenmäßige Begrenzung der Aussperrung zu der Frage nötigen, ob nicht das Streikrecht aus Gründen der Parität in gleicher Weise beschränkt werden muß. Dieser Aspekt, der in der öffentlichen Diskussion bisher kaum eine Rolle gespielt hat, würde zu neuen Überlegungen hinsichtlich der Gesamtkonzeption des Arbeitskampsrechts zwingen.

Angesichts dieses Befundes erschien der Arbeitsgruppe eine gesetzliche Regelung der Frage zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht ratsam. Das Problem einer Begrenzung der Aussperrung bleibt daher nach dem Entwurf auch künftig Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen, die dazu weitere Erfahrungen sammeln müssen.

Möglicherweise wird sich die Rechtsprechung auch ohne ausformulierte Regel künftig an der 50%-Grenze orientieren, zumal sich die Arbeitgeberverbände als Faustregel an sie halten und anscheinend mit ihr zurechtkommen.

## § 25 Recht zur suspendierenden Aussperrung

**(1) Zur Durchsetzung von Verbands- oder Unternehmenstarifverträgen haben die Arbeitgeber das Recht, die geschuldete Beschäftigung und das geschuldete Arbeitsentgelt einseitig zu suspendieren (Aussperrungsrecht).**

**(2) Beim Kampf um einen Verbandstarifvertrag ist die Aussperrung durch den einzelnen Arbeitgeber nur mit Zustimmung und unter der Führung eines tariffähigen Arbeitgeberverbands zulässig.**

### Begründung

Die Vorschrift enthält die einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für das bislang im Arbeitsrecht nicht ausdrücklich geregelte suspendierende Aussperrungsrecht. Sie gilt sowohl für die Abwehr- wie für die Angriffsaussperrung. Geregelt werden in Anlehnung an das Streikrecht (§ 21) außerdem die Wirkung der Aussperrung und deren Trägerschaft.

#### I. Suspendierende Wirkung

Absatz 1 der Vorschrift regelt die suspendierende Wirkung des Aussperrungsrechts. Gegenstand der Suspendierung ist nicht nur die Arbeitsentgeltspflicht, sondern auch die Beschäftigungspflicht. Da der Entwurf die Verminderung der Arbeitspflicht durch Streik nicht als zulässiges Kampfmittel anerkennt (§ 21 Absatz 3), scheidet konsequenterweise auch die Verminderung der Arbeitsentgeltspflicht als Kampfmittel aus. Das mußte bei der Aussperrung nicht mehr ausdrücklich geregelt werden.

#### II. Träger des Aussperrungsrechts

Hier ist zu unterscheiden zwischen Firmentarifvertrag und Verbandstarifvertrag.

##### 1. Firmentarifvertrag

Im Hinblick auf einen Firmentarifvertrag ist nach Absatz 1 jeder Arbeitgeber, auch der Außenseiter, aussperrungsbefugt. Das folgt daraus, daß das Tarifvertragsgesetz ihn als tariffähig anerkennt. Ansätze in Literatur und Rechtsprechung, dem „kleinen“, zur Gegenwehr nicht fähigen Arbeitgeber die Tarif- und Arbeitskampsfähigkeit vorzuenthalten, haben sich bisher nicht durchsetzen können. Andernfalls könnte sich der Arbeitgeber dem Tarifvertrag zum Nachteil der Arbeitnehmer entziehen.

##### 2. Verbandstarifvertrag

In bezug auf einen Verbandstarifvertrag trifft Absatz 2 in Parallele zum Streikrecht (§ 21 Absatz 2) eine entsprechende Regelung; Träger des Aus-

sperrungsrechts sind zunächst die einzelnen Arbeitgeber; der Arbeitgeberverband kann nicht anstelle der Mitgliedsfirmen oder gar der Außenseiterunternehmen die Aussperrung gegenüber den Arbeitnehmern erklären. Auf der anderen Seite bedarf ein einzelner Arbeitgeber zur Aussperrung der Zustimmung des Arbeitgeberverbands. Der Verband kann also durch Verweigerung der Zustimmung die Suspendierung verhindern, so daß der Arbeitgeber unter den Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach § 615 BGB den Lohn an die unwirksam ausgesperrten Arbeitnehmer fortzahlen muß. Die Lösung entspricht Art. 9 Absatz 3 GG: Der Abschluß von Verbandstarifverträgen ist eine koalitionspezifische Betätigung der Arbeitgeberkoalition. Für die kampfwise Durchsetzung solcher Tarifverträge darf dem Verband nicht die Initiative aus der Hand genommen werden.

Die Frage, ob die Zustimmung *rückwirkend* erklärt werden kann, ist in Entsprechung zum Streikrecht (Begründung II zu § 21) zu entscheiden. Eine ausdrückliche Regelung dieser Frage erschien der Arbeitsgruppe nicht erforderlich.

### 3. Verbandstarifvertrag und Außenseiterunternehmen

Aus der Regelung des § 25 ergibt sich auch, daß ein Außenseiterunternehmen an einem Kampf um einen Verbandstarifvertrag teilnehmen kann, wenn die Zustimmung des Arbeitgeberverbands vorliegt. Der umkämpfte Verbandstarifvertrag muß allerdings Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen des Außenseiterunternehmens haben. Zu weit ginge es, die Aussperrungsbefugnis des Außenseiterunternehmens davon abhängig zu machen, daß für dieses Unternehmen ein *eigener* Firmentarifvertrag angestrebt wird; es muß genügen, wenn zu erwarten ist, daß sich die Arbeitsbedingungen in dem Außenseiterunternehmen nach den zu erkämpfenden Tarifnormen richten.

### III. Suspendierende Aussperrung bei rechtswidrigem Streik?

Gegenüber rechtswidrig streikenden Arbeitnehmern sieht der Entwurf in § 28 Absatz 1 Nr. 2 ein Recht zur lösenden Aussperrung unter besonderen Voraussetzungen vor; wahlweise verbleibt dem Arbeitgeber das individualrechtliche Kündigungsrecht. Fraglich ist, inwieweit die suspendierende Abwehraussperrung bei rechtswidrigen Streiks zugelassen werden soll. Der Entwurf regelt die Frage nicht ausdrücklich, legt jedoch folgende Differenzierung nahe:

#### 1. Streik um einen Tarifvertrag

Bei einem rechtswidrigen Streik um einen Tarifvertrag ist die suspendierende Abwehraussperrung zulässig. Zwar könnte dem der Grundsatz entgegenstehen, daß die Möglichkeit, die Frage auf dem Rechtsweg entscheiden zu lassen, Kampfmaßnahmen ausschließt. Die Unterscheidung von rechtmäßigen und rechtswidrigen Arbeitskämpfen ist jedoch schwierig und meist erst in einem langwierigen Gerichtsverfahren zu klären, sieht man von der Möglichkeit nach § 39 ab. Außerdem kann die Rechtswidrigkeit sich erst im Laufe eines Arbeitskamps abzeichnen. Die Arbeitskämpftaktik würde mit einer unzumutbaren Rechtsunsicherheit belastet, wenn die Arbeitgeberseite eine Aussperrung immer dann abrechnen müßte, wenn der Streik sich als rechtswidrig erweist und dies in einem Gerichtsverfahren geklärt werden könnte.

#### 2. Sonstige Streiks

Anders ist es dagegen bei einem *um außertarifvertragliche Ziele geführten Streik*. In Betracht kommen insoweit vor allem der politische Streik und der wilde Streik, bei dem nicht die Voraussetzungen des § 34 eingehalten sind. Der Arbeitgeber kann gegenüber diesen Angriffen den Schutz der Gerichte in Anspruch nehmen. Die Abgrenzung gegenüber tarifbezogenen Streiks ist ohne große Schwierigkeiten möglich. Deshalb wäre es in diesen Fällen bedenklich, arbeitswillige Arbeitnehmer im Wege der Abwehraussperrung in das Kampfgeschehen einzubeziehen, um die rechtswidrig handelnden Arbeitnehmer von ihrem Vorhaben abzubringen.

### § 26 Einschränkungen der Angriffsaussperrung

(1) Die Aussperrung eines Arbeitgebers oder Arbeitgeberverbands zur Eröffnung eines Arbeitskamps (Angriffsaussperrung) ist nur zulässig,

1. wenn eine Gewerkschaft Verhandlungen über eine Tarifforderung der Arbeitgeber ablehnt oder nach dem von ihr erklärten Scheitern der Verhandlungen und der erfolglosen Durchführung eines danach beantragten Schlichtungsverfahrens keine Kampfmaßnahmen zur Durchsetzung ihrer Forderungen einleitet;

2. wenn die Arbeitgeber mit dem Tarifvertrag eine Änderung des bisher bestehenden Geltungsbereichs des Tarifvertrags anstreben;

3. wenn die von den Arbeitgebern angestrebte tarifvertragliche Regelung dazu dienen soll, in einer offensichtlichen wirtschaftlichen Krise oder

während eines offensichtlichen wirtschaftlichen oder technischen Strukturwandels die Unternehmen und die Arbeitsplätze zu erhalten oder zu fördern.

(2) Die Einschränkungen nach Absatz 1 gelten nicht, wenn die Gewerkschaft unter Aufrechterhaltung der erhobenen Forderung den Streik für beendet erklärt, die Arbeitgeber aber eine während des Streiks eingeleitete Abwehraussperrung mit dem Ziel eines Tarifvertrags aufrechterhalten.

### Begründung

#### I. Begriff der Angriffsaussperrung

Der Entwurf definiert die Angriffsaussperrung und damit allgemein den Angriffskampf nach der zeitlichen Priorität der ersten Kampfmaßnahme im Rahmen einer Tarifaueinandersetzung. § 26 Abs. 2 des Entwurfs stellt für den besonders wichtigen Fall der *Kampf fortsetzung* klar, daß die Einschränkungen der Angriffsaussperrung nicht gelten sollen, wobei offenbleiben kann, ob es sich um eine Angriffs- oder Abwehrmaßnahme handelt.

#### II. Zulässigkeit der Angriffsaussperrung

Es fiel der Arbeitsgruppe nicht leicht, sich für die grundsätzliche Anerkennung der suspendierenden Angriffsaussperrung (ohne quotenmäßige Begrenzung) zu entscheiden. Unter dem Blickwinkel des Art. 9 Absatz 3 GG sah sie jedoch keinen Spielraum für ein völliges Verbot der Angriffsaussperrung: Wenn die Gewerkschaften Zeit und Ort der Eröffnung des Arbeitskampfs bestimmen können, so wäre es mit der verfassungsrechtlich garantierten Parität nicht vereinbar, die Arbeitgeber auf die bloße Abwehr- und Durchhalterolle zu verweisen. Da Art. 9 Absatz 3 GG, wie allgemein angenommen wird, die Tarifautonomie für *beide* sozialen Gegenspieler gewährleistet, müssen auch die Arbeitgeber, um an der Tarifautonomie teilzuhaben, rechtlich in die Lage versetzt werden, die Initiative zu einem Arbeitskampf zu ergreifen.

Der Gesetzesvorschlag zieht dabei nicht nur Folgerungen aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, sondern folgt auch der Rechtsprechung, wonach die Zulässigkeit der Angriffsaussperrung unter dem Blickwinkel der Kampfparität immer als selbstverständlich angesehen wurde. Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts verlangt in seinem Beschluß von 1971 lediglich, daß die Kampföffnung auf die Suspendierung beschränkt sein müsse (BAGE 23, 292, 310 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl.

8 R). Auch die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von 1980 stellt ausdrücklich klar, daß aus der Begrenzung der Abwehraussperrung nicht auf die Unzulässigkeit der Angriffsaussperrung geschlossen werden könne (BAGE 33, 140, 166 = AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 10 R).

Als untauglich mußte der oft vorgetragene Vorschlag abgelehnt werden, die Angriffsaussperrung durch die individualrechtliche (Massen-)Änderungskündigung auf betrieblicher Ebene zu ersetzen. Die Änderungskündigung ist als Druckmittel zur Herbeiführung einer *arbeitsvertraglichen* Änderung der Arbeitsbedingungen ausgestaltet. Sie ist nicht geeignet, einen einheitlichen, kollektiven Druck auszuüben, um die Gewerkschaft zum Abschluß eines *Tarifvertrags* zu bewegen: Einmal führt die Unkündbarkeit von einzelnen Arbeitnehmern zu ungleicher Kampfbelastung; zum anderen vermindern ungleich lange Kündigungsfristen die Effektivität der Änderungskündigung; schließlich und vor allem unterliegt die individualrechtliche Änderungskündigung nach herrschender Meinung, die § 25 KSchG nicht anwendet, der gerichtlichen Nachprüfung im Hinblick auf die soziale Rechtfertigung der Änderung, was notwendig zu einer Tarifzensur führen würde.

Auf der anderen Seite war sich die Arbeitsgruppe einig, daß ein Bedürfnis, die Angriffsaussperrung zuzulassen, nur in bestimmten abgrenzbaren Fällen besteht oder doch auftreten kann. Dazu gehören die Fälle der *Verhandlungs- und Kampf unwilligkeit* einer Gewerkschaft nach Ablauf eines Tarifvertrags und der Friedenspflicht, in denen die Arbeitgeberseite aus Gründen der Parität in die Lage versetzt werden muß, den Fortgang der Verhandlungen mit Kampfmaßnahmen zu erzwingen (§ 26 Absatz 1 Nr. 1). Zweitens muß ein Arbeitgeberverband eine *Änderung des Tarifgebots* kampfwise durchsetzen können (Absatz 1 Nr. 2). Insofern handelt es sich um eine folgerichtige und notwendige Ergänzung zu § 5 Absatz 2.

Schließlich stimmte die Arbeitsgruppe auch darin überein, daß aus allgemeinen rechts- und wirtschaftspolitischen Gründen die Möglichkeit nicht gänzlich versperrt werden darf, die *tariflichen Arbeitsbedingungen zum Nachteil der Arbeitnehmer zu ändern* und einen Arbeitskampf mit diesem Ziel zu beginnen, wenn dies notwendig ist, die Unternehmen und die Arbeitsplätze langfristig zu erhalten oder zu fördern. Da von den Arbeitnehmern und Gewerkschaften aus verständlichen Gründen nicht erwartet werden kann, daß sie um langfristiger und daher unvermeidlich auch unsicherer Vorteile willen einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zustimmen, muß der Arbeitgeberseite auch insoweit die Möglichkeit der Initiative einschließlich des Beginns eines Arbeitskampfs belassen werden (Absatz 1 Nr. 3).

Immerhin kam es gerade bei diesem Fall darauf an, den Tatbestand eng

und präzise genug auf den außergewöhnlichen Fall zuzuspitzen, in dem eine Anpassung der Arbeitsbedingungen an veränderte technische und wirtschaftliche Umstände unabdingbar ist. Eine „offene“ Anwendbarkeit wäre weder verfassungsrechtlich geboten noch politisch zweckmäßig und wünschenswert. Die im Entwurf formulierten Fallgruppen sind demgegenüber als *abschließende Aufzählung* zu verstehen.

### III. Einzelne Tatbestände

#### 1. Verhandlungs- und Kampfunwilligkeit der Gewerkschaft

Die Notwendigkeit der Angriffsaussperrung ergibt sich in diesem Fall daraus, daß die Rechtsprechung (BAGE 36, 131 = AP Nr. 1 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht) einen Verhandlungsanspruch der Tarifparteien abgelehnt hat. Die Ablehnung bezog sich zwar auf den Verhandlungsanspruch einer Gewerkschaft. Nach der Begründung ist jedoch damit zu rechnen, daß auch der Arbeitgeberseite kein Verhandlungsanspruch zugebilligt wird. Da das Bundesarbeitsgericht die Tarifparteien stattdessen auf den Arbeitskampf verweist, muß der Arbeitgeberseite folgerichtig die Angriffsaussperrung zugestanden werden, um sich den Zugang zu Tarifverhandlungen zu erzwingen.

Verhandelt eine Gewerkschaft zwar über ihre Forderungen, ergreift aber keine Kampfmaßnahmen, zum Beispiel weil sie erst zu einem späteren, für sie günstigeren Zeitpunkt den Kampf eröffnen will, so muß der Arbeitgeberseite unter dem Blickwinkel des Art. 9 Absatz 3 GG die Möglichkeit eingeräumt werden, alsbald den Abschluß eines Tarifvertrags zu erzwingen. Im tariflosen Zustand wirken zwar die früheren Tarifnormen nach (§ 4 Absatz 5 TVG), die Arbeitgeberseite kann jedoch am Abschluß eines Tarifvertrags nicht nur aus kampftaktischen Gesichtspunkten, sondern auch wegen der tarifvertraglichen „Kartellwirkung“ interessiert sein.

#### 2. Änderung des Geltungsbereichs

Der Geltungsbereich wird im jeweiligen Tarifvertrag festgelegt, wobei die Tarifparteien als Grenzen ihre (übereinstimmende) Tarifzuständigkeit zu beachten haben. Als Teil des Tarifvertrags ist die Regelung des Geltungsbereichs grundsätzlich erkämpfbar. Die Arbeitsgruppe ist der Meinung, daß der Arbeitgeberseite das Recht zugestanden werden muß, den Geltungsbereich des Tarifvertrags notfalls auch angriffsweise zu erkämpfen. Bei der Auslegung des Tatbestandes ist dafür zu sorgen, daß die Bestimmung nicht dazu benutzt wird, das grundsätzliche Verbot der Angriffsaussperrung zu unterlaufen. § 5 Absatz 2 stellt auch für diesen Fall

klar, wer in den Arbeitskampf einbezogen werden darf. Bestand bereits ein Firmentarifvertrag mit einem verbandsangehörigen Unternehmen und dient ein Streik der weiteren Durchsetzung eines solchen Tarifvertrags, so ist eine Verbandsaussperrung als Abwehraussperrung zulässig (Begründung III zu § 5).

#### 3. Verschlechternder Tarifvertrag

Die Zulässigkeit der Angriffsaussperrung, mit der eine für die Arbeitnehmer nachteilige Anpassung der Arbeitsbedingungen an veränderte technische oder wirtschaftliche Umstände erreicht werden soll, hängt nach dem Entwurf von zwei Voraussetzungen ab. Einmal einem *kausalen Element*: Die angestrebte Verschlechterung der Arbeitsbedingungen muß durch eine wirtschaftliche Krise oder einen wirtschaftlichen oder technischen Strukturwandel verursacht sein. Zum anderen von einem *finalen Element*: Die erstrebte Tarifregelung dient dazu, die Unternehmen und die Arbeitsplätze zu erhalten und zu fördern.

Die Vorschrift ist so gefaßt, daß sie *nur in den unerläßlichen Ausnahmefällen* zum Zuge kommen kann und nicht zum Mittel regulärer Tarifpolitik der Arbeitgeberverbände wird, auf der anderen Seite aber auch nicht zu eng ist. Die Angriffsaussperrung kann nicht nur ein Instrument zur Sanierung notleidender Unternehmen oder Wirtschaftszweige oder zur Erhaltung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts sein, sondern sie muß auch die rechtzeitige Anpassung an veränderte Umstände ermöglichen. Daher wäre es unangebracht, sie auf den Fall zu beschränken, daß ohne die Anpassung die Unternehmen zugrunde gehen oder Arbeitsplätze vernichtet würden. Einbezogen werden muß vielmehr auch der Fall der inneren Stärkung oder Umstrukturierung der Unternehmen mit dem Ziel, sie stabil und widerstandsfähig genug zu machen, um sich unter den veränderten Bedingungen künftig im Wettbewerb behaupten zu können. Dies ist gemeint, wenn der Entwurf von der Förderung der Unternehmen und der Arbeitsplätze spricht. Nicht genügen kann dagegen das Ziel, lediglich die Ertragslage des Unternehmens zu verbessern, bestimmte Marktstrategien zu ermöglichen oder Expansionstendenzen aussichtsreich zu machen.

Die wirtschaftliche Krise oder der Strukturwandel müssen *offensichtlich* vorliegen. Damit soll die Angriffsaussperrung auf Fälle beschränkt werden, in denen die Voraussetzungen für jeden mit hinreichendem Sachverstand ausgestatteten Betrachter erkennbar sind. Die Regelung bezieht sich sowohl auf Unternehmenstarifverträge als auch auf Verbandstarifverträge. Sie geht von der anerkannten Auffassung aus, daß eine Tarifregelung durch eine nachfolgende in den Grenzen eines etwaigen Vertrauensschutzes verschlechtert werden kann. Ob ein Tarifvertrag auch individual-

rechtliche Allgemeine Arbeitsbedingungen verschlechtern kann, braucht nicht entschieden zu werden. Für den Fall, daß dies bejaht werden sollte, würde die Vorschrift ebenfalls eingreifen und die Angriffsaussperrung erlauben.

### § 27 Ruhen der Arbeitspflicht

**Für die Dauer der Aussperrung ruht die Arbeitspflicht der ausgesperrten Arbeitnehmer.**

#### Begründung

In Parallele zum Streikrecht (§ 22) wird festgelegt, daß die ausgesperrten Arbeitnehmer keine Arbeitspflicht trifft. Das bedeutet zum Beispiel, daß Arbeitnehmer, die für Notdienst- und Erhaltungsarbeiten vorgesehen sind, von der Aussperrung ausdrücklich ausgenommen werden müssen.

### § 28 Lösende Aussperrung

**(1) Das Recht, Arbeitsverhältnisse während eines Arbeitskamps zu lösen (lösende Aussperrung), hat ein Arbeitgeber**

**1. gegenüber streikenden Arbeitnehmern, deren Arbeitsplatz durch kampfbedingte Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers in einem Arbeitskampf um einen Unternehmenstarifvertrag weggefallen oder neu besetzt worden ist;**

**2. gegenüber Arbeitnehmern, die trotz Abmahnung grob fahrlässig an einem rechtswidrigen Streik festhalten.**

**(2) Im Falle des Absatzes 1 Nr. 1 sind lösend ausgesperrte Arbeitnehmer wieder einzustellen, wenn ihr früherer Arbeitsplatz innerhalb von vier Monaten nach Beendigung des Arbeitskamps wieder besetzt werden kann. Der Arbeitgeber hat bei der Lösung und bei der Wiedereinstellung die Grundsätze sozialer Auswahl zu beachten.**

**(3) Die gesetzlichen Vorschriften über die individualrechtliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen bleiben unberührt.**

#### Begründung

##### I. Allgemeines

##### 1. Regelungsbedürfnis

In der Arbeitsgruppe war sehr umstritten, ob die lösende Aussperrung in der von der Rechtsprechung entwickelten oder in einer modifizierten Form beibehalten werden solle oder ob das individualrechtliche Instrumentarium der Kündigung ausreiche. Die Mehrheit vertrat die Meinung, daß das individualrechtliche Kündigungsrecht zwar ausreichen würde, wenn die Besonderheiten des Arbeitskamps in der Rechtsprechung besser als bisher berücksichtigt würden. Ergänzende lösende Kampfrechte werden aber der kollektivrechtlichen Gesamtkonzeption des Tarif- und Arbeitskampsystems besser gerecht.

##### 2. Einzellösungsrecht

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die lösende Aussperrung in erster Linie als kollektive, auf eine Gesamtheit von Arbeitnehmern bezogene Maßnahme der Vertragsbeendigung – unter der Voraussetzung besonderer Intensität oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskamps – gedacht, wobei nach Kampfbeendigung eine grundsätzliche Wiedereinstellungspflicht besteht (BAGE 23, 292, 316 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 11). Die im Entwurf vorgesehene Kampfform ist anders konzipiert. Es handelt sich um eine *Einzellösung* gegenüber den Arbeitnehmern, in deren Person bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

Nach dem Bundesarbeitsgericht ist der Arbeitgeber berechtigt, alle Arbeitsverhältnisse der kampfbefangenen Arbeitnehmer zu lösen; wer endgültig den Arbeitsplatz verliert, zum Beispiel weil der Arbeitsplatz weggefallen ist oder weil ein Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, wird erst nach Kampfbeendigung im Rahmen der Wiedereinstellung geklärt. Demgegenüber läßt der Entwurf das Mittel der Vertragslösung von vornherein nur bei solchen Arbeitnehmern zu, die nach den Prämissen des Bundesarbeitsgerichts nicht wieder eingestellt werden müßten. Für diese Erschwerung der Abwehrreaktion des Arbeitgebers war die Überlegung maßgebend, daß die Gründe für die lösende Aussperrung gleiches Gewicht haben müssen wie die Kündigungsgründe. Denn es wäre mit der Verfassungsgarantie des Streiks schwerlich vereinbar, könnte ein Arbeitnehmer im Arbeitskampf seinen Arbeitsplatz leichter verlieren als sonst.

Ob man für diese eingeschränkte, auf einzelne Arbeitnehmer bezogene Lösung des Arbeitsverhältnisses noch den Begriff der „Aussperrung“ verwenden kann, ist zweifelhaft. Der Entwurf behält gleichwohl in Form einer Legaldefinition das Wort „lösende Aussperrung“ bei, weil sich dieses eingebürgert hat.

Unabhängig von der systematischen Einordnung besteht Einigkeit, daß es sich bei der lösenden Aussperrung um ein *Gestaltungsrecht* des Arbeitgebers handelt, das durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ausgeübt werden muß. Die lösende Aussperrung ist aber keine Kündigung, so daß die Vorschriften für Kündigungen nicht, auch nicht analog anwendbar sind. So ist namentlich § 1 KSchG nicht anzuwenden. Auch ist der Betriebsrat nicht nach § 102 BetrVG zu hören.

## II. Wegfall von Arbeitsplätzen beim Kampf um einen Unternehmenstarifvertrag

Das Wesentliche der Regelung von Nr. 1 ist die Beschränkung auf den Kampf um einen *Unternehmenstarifvertrag*. Beim Kampf um einen Verbandstarifvertrag wird die Lösung des Arbeitsverhältnisses als Kampfmittel mit der Begründung, der Arbeitsplatz sei anderweitig besetzt worden oder weggefallen, generell nicht mehr zugelassen. Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung des Kampfs um einen Unternehmens- oder um einen Verbandstarifvertrag ist darin zu sehen, daß beim Kampf um einen Unternehmenstarifvertrag typischerweise ein Übergewicht der Gewerkschaft besteht. Ein einzelner Unternehmer kann die suspendierende Abwehraussperrung nicht in einer Weise einsetzen, die eine Gewerkschaft unter nennenswerten Druck setzen würde, von Großunternehmen wie etwa der Volkswagen AG einmal abgesehen. Dem bestreikten Unternehmen bliebe dann nur die Durchhaltetaktik, bei der mit Hilfe von Arbeitswilligen der Betrieb so weit wie möglich aufrecht erhalten wird. Um diese Kampfaktik wirksam anwenden zu können, muß ihm auch der Versuch gestattet sein, neue Arbeitnehmer einzustellen oder den Arbeitsplatz durch Rationalisierungsmaßnahmen einzusparen.

Dafür reicht das Kündigungsrecht nicht aus. Es ist keineswegs sicher, daß die Arbeitsgerichte einen wichtigen Kündigungsgrund für eine außerordentliche Kündigung anerkennen werden, wenn der Arbeitgeber anstelle eines streikenden Arbeitnehmers einen Ersatzmann eingestellt oder durch Rationalisierungsmaßnahmen Arbeitsplätze eingespart hat. Der im Kampf stehende Arbeitgeber muß aber eine gewisse Sicherheit haben, daß er nach Kampfbeendigung nicht zwei Arbeitnehmer beschäftigen muß, obwohl nur ein Arbeitsplatz zur Verfügung steht.

Will ein Arbeitnehmer die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kün-

digung geltend machen, so muß er dies durch Feststellungsklage innerhalb von drei Wochen nach Ausspruch der Kündigung tun; versäumt er die Frist, so gilt die Kündigung als von Anfang an wirksam (§ 13 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 4 und § 7 KSchG). Diese Regelung paßt nicht auf das Arbeitskampfgeschehen. § 25 KSchG, der die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf Kampfkündigungen ausschließt, ist nach herrschender Meinung auf Kündigungen als individualrechtliche Reaktionen des Arbeitgebers nicht anwendbar. Deshalb ist es sinnvoll, ein spezielles arbeitskampfrechtliches Instrument anzuerkennen.

In Absatz 2 sind in Anlehnung an das Bundesarbeitsgericht (BAGE 23, 292, 387 f. = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 11) zusätzliche Vorkehrungen zum Schutz der Arbeitnehmer getroffen worden.

## III. Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik

Das Bundesarbeitsgericht hat die lösende Aussperrung insbesondere als Abwehrmittel gegenüber einem rechtswidrigen (gewerkschaftlichen oder nicht gewerkschaftlichen) Streik anerkannt, daneben aber als individualrechtliche Reaktion die außerordentliche Kündigung vorgesehen (BAGE 23, 292, 314 f. = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 10). Die Arbeitsgruppe hat erwogen, ob bei rechtswidrigen Streiks die außerordentliche Kündigung von Seiten des Arbeitgebers nach § 626 BGB nicht als wirksames Abwehrmittel ausreicht. Sie hält jedoch auch in diesem Fall die Möglichkeit einer kollektivrechtlichen Reaktion für notwendig. Der Entwurf sieht daher einen zweiten Tatbestand der lösenden Aussperrung gegenüber Arbeitnehmern vor, die an einem rechtswidrigen Streik teilnehmen. Allerdings wird das Recht zur Lösung des Arbeitsverhältnisses davon abhängig gemacht, daß der Arbeitgeber abgemahnt hat und daß der Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; leichte Fahrlässigkeit schadet nicht.

Die Regelung gilt auch für die Reaktion des Arbeitgebers gegenüber einem rechtswidrigen nichtgewerkschaftlichen Streik (§ 37).

## IV. Verhältnis der lösenden Aussperrung zur Kündigung

Absatz 3 stellt klar, daß der Arbeitgeber wahlweise auch auf die individualrechtliche Kündigung zurückgreifen kann, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Der Arbeitgeber muß deutlich erklären, ob er lösend aussperrt oder ob er kündigt, weil die Kündigung innerhalb von drei Wochen mit der Kündigungsschutzklage vom Arbeitnehmer angegriffen werden muß.

Angesichts der im Entwurf vorgesehenen Möglichkeiten zur lösenden

Aussperrung ist eine Befreiung der individualrechtlichen Kündigung von den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes entbehrlich. § 25 KSchG ist deshalb zu streichen.

## § 29 Verbot der selektiven Aussperrung

**Eine Beschränkung der Aussperrung auf Gewerkschaftsmitglieder ist unzulässig.**

### Begründung

Die Vorschrift nimmt in das Gesetz eine Rechtsfolge auf, die das Bundesarbeitsgericht (BAGE 33, 195 = AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) unmittelbar aus Art. 9 Absatz 3 GG abgeleitet hat. Innerhalb der Arbeitsgruppe ist sowohl die Notwendigkeit einer Regelung als auch der Inhalt der Regelung angezweifelt worden (Seiter, JZ 1979, 657; JZ 1980, 749).

## 5. Abschnitt: Arbeitskampfrisiko

### I. Betriebsrisiko und Arbeitskampfrisiko

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das Risiko dafür, daß er die von den Arbeitnehmern angebotene Arbeit annehmen, das heißt die erforderlichen Räume, Materialien, Maschinen usw. bereitstellen kann. Kann er das nicht, so trägt er auch das Lohnrisiko, hat also den Lohn trotz des Arbeitsausfalls zu zahlen. Dieser Grundsatz entspricht dem Rechtsgedanken des § 615 BGB. In Rechtsprechung und Schrifttum ist jedoch seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. 2. 1923 (RGZ 106, 272) anerkannt, daß hiervon insofern eine Ausnahme zu machen ist, als die Lohnansprüche der Arbeitnehmer entfallen, die infolge der Fernwirkungen eines Arbeitskampfes in demselben oder einem anderen Unternehmen nicht mehr beschäftigt werden können.

Die dogmatische Begründung und der Umfang dieser Risikoregelung sind auch heute noch umstritten. § 30 Absatz 1 Satz 1 bürdet den Arbeitnehmern bei arbeitskampfbedingter Unmöglichkeit der Arbeitsleistung grundsätzlich das Beschäftigungs- und Lohnrisiko auf. § 30 Absatz 2 stellt der Unmöglichkeit die wirtschaftliche Unzumutbarkeit für den Arbeitgeber gleich. Diese Regelung entspricht im Ergebnis § 323 BGB, der bei

Unmöglichkeit der Leistung, die keine der Vertragsparteien zu vertreten hat, den Anspruch auf die Gegenleistung entfallen läßt. Dasselbe Resultat leitet im Grundsatz, wenn auch mit Abweichungen im Detail, das Bundesarbeitsgericht (BAGE 34, 331 = AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) im Anschluß an Teile des Schrifttums aus dem Paritätsprinzip ab.

Das Paritätsprinzip ist allerdings auch umgekehrt zu beachten. Die Abwälzung des Lohnrisikos auf die Arbeitnehmer darf nicht zu einer Paritätswidrigkeit des Arbeitskampfes führen. Daher sind die Lohnersatzleistungen und deren Ruhen nach § 116 AFG zu berücksichtigen. Dies hat zur Folge, daß bei einzelnen Fallgruppen des arbeitskampfbedingten Arbeitsausfalls überprüft werden muß, ob es der Parität entspricht, die Arbeitnehmer mit dem Lohnrisiko zu belasten.

§ 30 weicht in Einzelheiten von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ab, das Differenzierungen eingeführt und die Verteilung des Arbeitskampfrisikos mit der organisatorischen Beziehung zwischen den Betroffenen und den Parteien des Arbeitskampfes gekoppelt hat. Diese Differenzierungen haben die Arbeitsgruppe nicht überzeugt. § 30 geht daher allein vom Tatbestand aus, daß der Arbeitsausfall durch einen Arbeitskampf verursacht worden ist.

### II. Grundgedanken der Regelung

Da der Arbeitgeber beim Arbeitsausfall grundsätzlich das Lohnrisiko zu tragen hat, stellt dessen Verlagerung auf die Arbeitnehmer in den Fällen, in denen die Arbeit infolge der Fernwirkungen eines Arbeitskampfes nicht durchgeführt werden kann, ohne daß es einer der Vertragspartner zu vertreten hat, eine *Ausnahmeregel* dar, die sich nur unter eng gefaßten Voraussetzungen rechtfertigt. Sie verlangt einen präzisen und gerichtlich nachprüfbaren Tatbestand, der dem Arbeitgeber keinen Spielraum dafür gibt, sie als strategische Maßnahme im Arbeitskampf zu gebrauchen. Dadurch unterscheidet sie sich von der Aussperrung. § 30 regelt die Folgen einer arbeitskampfbedingten Leistungsstörung. Die Vorschrift gewährt dagegen kein nach taktischen Gesichtspunkten einsetzbares Kampfmittel, wie es der Ausdruck „kalte Aussperrung“ nahelegt.

Dies wird besonders deutlich, wenn der Betrieb infolge des Arbeitskampfes aus technischen Gründen nicht aufrechterhalten werden kann, zum Beispiel weil notwendige Rohmaterialien oder Vorprodukte nicht mehr zur Verfügung stehen oder weil die betriebsnotwendige Energie nicht geliefert wird. Hierbei handelt es sich um Fälle der Unmöglichkeit, die nach dem im allgemeinen Schuldrecht angewandten Unmöglichkeitsbegriff beurteilt werden können (§ 30 Absatz 1).

Schwieriger wird es bei infolge des Arbeitskampfes eingetretenen Absatz-

schwierigkeiten, weil hier die Produktion oder die geschuldeten Dienstleistungen nicht unmöglich werden, solange auf Vorrat produziert oder gearbeitet werden kann. Gleichwohl dürfen derartige Tatbestände nicht anders behandelt werden als die Fälle der Unmöglichkeit. Die Lohnzahlung für eine wirtschaftlich sinnlose Arbeitsleistung würde die Folgen des Arbeitskampfs bei Abnehmern von Leistungen ohne Sachgrund anders beurteilen als diejenigen eines Arbeitskampfs bei Zulieferern. Doch muß die Gesetzesfassung in diesen Fällen erst recht sorgfältig darauf achten, daß die Voraussetzungen nach objektiven Kriterien festgestellt werden können und dem Arbeitgeber keinen taktischen Spielraum lassen. Die Formulierung in § 30 Absatz 2, wonach es darauf ankommt, daß die Fortführung der Arbeit nach den Maßstäben wirtschaftlicher Unternehmensführung nicht mehr zu rechtfertigen ist, soll diese Forderung erfüllen.

### § 30 Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers

(1) Soweit die Fortführung der Arbeit infolge eines Arbeitskampfs unmöglich ist, hat der Arbeitgeber das Recht, den Arbeitnehmern, die nicht am Arbeitskampf beteiligt sind, die Beschäftigung und das Arbeitsentgelt zu verweigern. Dieses Recht besteht nicht, wenn der Arbeitsausfall nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung vermeidbar wäre.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, soweit infolge eines Arbeitskampfs die Arbeitsprodukte nicht mehr abgesetzt oder die vertragsgemäßen Dienstleistungen gegenüber den Abnehmern nicht mehr erbracht werden können und die Fortführung der Arbeit nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung nicht mehr zu rechtfertigen ist.

### Begründung

#### I. Fallgruppen des Arbeitskampfrisikos

§ 30 unterscheidet nicht danach, ob der Arbeitskampf in dem Unternehmen, in dem die Arbeit unmöglich oder unzumutbar geworden ist, oder in einem anderen Unternehmen desselben oder eines anderen Tarifgebiets geführt wird. Die Vorschrift regelt sowohl die Folgen des Teilstreiks als auch des Schwerpunktstreiks. Ebenso werden der Streik und die Ausspernung als Ursachen des Arbeitsausfalls gleichgesetzt. Das dient, wie auch das Bundesarbeitsgericht annimmt, der Wahrung der Parität im umkämpften Tarifgebiet. Schließlich unterscheidet die Regelung auch nicht

zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Arbeitskämpfen. Letzteres berücksichtigt, daß nur zielgerichtete Eingriffe in den Gewerbebetrieb einen Abwehranspruch zulassen und daher oft das Leistungsverweigerungsrecht des vom Arbeitsausfall betroffenen Unternehmers dessen einzige Gegenwehr gegen rechtswidrige Arbeitskämpfe ist. Entscheidend ist demnach lediglich der Ursachenzusammenhang zwischen Arbeitskampf und Arbeitsausfall. Dabei lassen sich die folgenden sieben Fallgruppen unterscheiden.

#### 1. Arbeitsausfall im kampfbetroffenen Unternehmen

Daß die Arbeitnehmer das Lohnrisiko tragen müssen, wenn sich andere Arbeitnehmer *desselben Betriebs* oder in einem anderen Betrieb *desselben Unternehmens* im Arbeitskampf befinden, ist allgemein anerkannt. Hier ist der Arbeitgeber von dem Kostendruck des Arbeitskampfs selbst unmittelbar betroffen. Die Parität wäre daher gestört, wenn er gleichwohl die Lohnkosten der Arbeitnehmer tragen müßte, die er nicht mehr beschäftigen kann.

#### 2. Arbeitsausfall in einem anderen Unternehmen des Tarifgebiets

Dasselbe gilt, wenn der Arbeitskampf in einem anderen Unternehmen, jedoch *innerhalb des fachlichen und räumlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags* geführt wird, dem auch der mittelbar betroffene Arbeitgeber zugehört. In diesem Fall entspricht die Zuweisung des Lohnkostenrisikos an die Arbeitnehmer der Parität, weil kämpfende und mittelbar betroffene Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch die gemeinsame Zugehörigkeit zu der kämpfenden Gewerkschaft bzw. zum kämpfenden Arbeitgeberverband miteinander verbunden sind.

#### 3. Betroffenheit des Außenseiter-Arbeitgebers

Gehört der betroffene Arbeitgeber nicht zum kämpfenden Arbeitgeberverband, so gilt nichts anderes. Es wäre sachwidrig, beim Arbeitsausfall infolge eines Arbeitskampfs zwischen einem Verbandsmitglied und einem Außenseiter zu unterscheiden.

#### 4. Firmentarifvertrag

Eine Modifikation der Regel kommt gleichfalls nicht in Betracht beim Arbeitskampf um einen *Firmentarifvertrag*, denn auch in diesem Fall wäre die Parität gestört, wenn einem mittelbar betroffenen Unternehmen neben

den Kosten des infolge der Fernwirkungen des Arbeitskampfs eingetretenen Produktionsausfalls auch noch die Lohnkosten aufgebürdet würden.

#### 5. Arbeitsausfall im fachlichen, aber nicht räumlichen Geltungsbereich

Problematisch sind demgegenüber die Fälle der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer außerhalb des räumlichen, aber *innerhalb des fachlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags*. Die Anwendung der Arbeitskampfrisikolehre in der hier vertretenen Konzeption führt dazu, daß auch ihre Lohnansprüche entfallen. Offenkundig entspricht dieses Ergebnis auch den Vorstellungen des Bundesarbeitsgerichts und der dahinterstehenden Paritätsbeurteilung. Im Zuge des Kampfs um die Neufassung von § 116 AFG und der anhängigen Verfassungsbeschwerde gegen die Neuregelung geriet der Fall gleichwohl in das Zentrum der rechtlichen und politischen Auseinandersetzungen. Es kommt darauf an, ob die materielle Parität noch gewahrt ist, wenn die möglicherweise große Zahl der mittelbar betroffenen Arbeitnehmer für die Dauer des Arbeitskampfs weder Lohn noch Lohnersatz nach dem Arbeitsförderungsgesetz erhält. Dann nämlich entstünde ein Druck auf die kämpfende Gewerkschaft, ihnen wie den streikenden oder den ausgesperrten Arbeitnehmern Arbeitskampfunterstützung zukommen zu lassen oder jedenfalls den Arbeitskampf vorzeitig zu beenden. Die Problematik ist bekannt und braucht daher hier nicht ausgeführt zu werden. Nach der Überzeugung der Arbeitsgruppe wäre es aber systematisch und rechtspolitisch verfehlt, sie mit Hilfe der Arbeitskampfrisikolehre lösen zu wollen und diese dafür zu modifizieren. Sollte sich auf der Seite der Arbeitnehmer ein Druck ergeben, der die Parität beim Arbeitskampf beseitigt, so wäre § 116 AFG zu korrigieren. Erwägenswert scheint der Arbeitsgruppe, einen gemeinsam finanzierten Fonds bei der Bundesanstalt für Arbeit zu schaffen, aus dem die Unterstützung in diesen Fällen bezahlt werden könnte. Überdies sieht § 33 die Möglichkeit einer tarifvertraglichen Abänderung des Arbeitskampfrisikos vor.

#### 6. Arbeitsausfall außerhalb des fachlichen und räumlichen Geltungsbereichs

Liegt das von dem Arbeitskampf mittelbar betroffene Unternehmen *außerhalb des räumlichen und des fachlichen Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags*, so führt die Anwendung des § 30 gleichfalls zum Wegfall der Lohnansprüche der betroffenen Arbeitnehmer. Der Fall ist jedoch durch die Neufassung des § 116 AFG in der Weise geregelt, daß die Bundesanstalt für Arbeit anstelle der Lohnansprüche Lohnersatzleistungen in Form von Kurzarbeitergeld, Arbeitslosengeld oder Arbeitslo-

senhilfe gewähren muß. Es besteht kein Anlaß, diese seit langem anerkannte und vom Gesetzgeber bei der Neuregelung des § 116 AFG bestätigte Regelung in Frage zu stellen.

#### 7. Arbeitsausfall im Konzern

Gehören das kämpfende und das mittelbar betroffene Unternehmen zum *gleichen Konzern*, so ist danach zu unterscheiden, ob sie dem gleichen fachlichen und räumlichen Tarifvertrag unterfallen oder nicht. Im ersten Fall gelten die unter 2–4 dargelegten Überlegungen, im zweiten handelt es sich um unter 5 und 6 zu subsumierende Fälle. Konzernverbundene Unternehmen bilden demnach keine eigenständige Gruppe. In ausländischen Konzernunternehmen sind die für das jeweilige Land geltenden Vorschriften über die Verteilung des Arbeitskampfrisikos anzuwenden.

### II. Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls

Nach § 30 Absatz 1 Satz 2 tritt die Verlagerung des Beschäftigungs- und des Lohnrisikos auf die Arbeitnehmer nicht ein, wenn der Arbeitsausfall nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung vermeidbar wäre. Die Regelung entspricht dem Grundgedanken des § 324 BGB. Sie knüpft in der Sache an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts an, die das Lohnverweigerungsrecht nur bejaht, „wenn nicht die eigentliche Ursache in einer unternehmerischen Fehldisposition zu finden ist“ (BAGE 34, 331, 347 = AP Nr. 70 zu Art 9 GG Arbeitskampf Bl. 7). Allerdings verwendet die Vorschrift die Formulierung „nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung vermeidbar“, um klarzustellen, daß für den Arbeitskampf keine eigenständigen Verhaltensmaßstäbe gelten. Das Merkmal der Vermeidbarkeit ist § 72 Absatz 1 a Satz 4 AFG entnommen, der diese Wertung auf das Arbeitsförderungsrecht überträgt.

Die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls verlangt die Prüfung, ob der Arbeitsausfall, etwa durch eine umfangreichere Lagerhaltung, hätte vermieden werden können oder durch anderweitige Eindeckung jetzt noch vermieden werden kann. Ob die Grundsätze wirtschaftlicher Unternehmensführung eingehalten sind, unterliegt, wie bei unternehmerischen Entscheidungen generell, nur einer eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung. Mehrere Landesarbeitsgerichte haben entschieden, daß nur eine *offensichtliche* unternehmerische Fehldisposition die Verlagerung des Lohnrisikos ausschließt (LAG Hamburg NZA 1984, 404 f.; LAG Berlin DB 1986, 808). Die Arbeitsgruppe brauchte über die exakte Umgrenzung der Vermeidbarkeit nicht zu befinden. Grundsätzlich hat jedenfalls der Arbeit-

geber bei Arbeitskämpfen keine anderen unternehmerischen Maßstäbe anzulegen als außerhalb des Arbeitskamps.

Bei Absatzschwierigkeiten, die infolge des Arbeitskamps eingetreten sind, hängt die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls auch davon ab, ob die Fortführung der Produktion nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung zu rechtfertigen ist, etwa weil der Absatz nach dem Ende des Arbeitskamps nachgeholt werden kann. Absatz 2 bringt das in sachlicher Übereinstimmung mit dem in § 72 Absatz 1 a Satz 5 AFG verwendeten Begriff der „wirtschaftlichen Vertretbarkeit einer Fortsetzung der Arbeit“ zum Ausdruck.

### III. Leistungsverweigerungsrecht

Rechtsfolge ist das Recht des Arbeitgebers, Beschäftigung und Arbeitsentgelt zu verweigern. Dies stimmt sachlich mit den Rechtsfolgen der Aussperrung überein. Es entspricht auch § 323 BGB. Die Ausgestaltung als Leistungsverweigerungsrecht anstatt als kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolge trägt dem Umstand Rechnung, daß für die betroffenen Arbeitnehmer nicht ohne weiteres erkennbar ist, wann der Tatbestand eintritt, so daß zur Klarstellung eine Erklärung des Arbeitgebers verlangt werden muß. Sie hat auch den Vorzug, dem Arbeitgeber zu überlassen, ob er den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit geltend machen will oder nicht.

### IV. Verringerung der Arbeit

Führen die Folgewirkungen des Arbeitskamps dazu, daß die Arbeit zwar nicht ganz eingestellt, aber verringert werden muß, so müssen grundsätzlich dieselben Regeln gelten. Dies bringt der Regelungsvorschlag dadurch zum Ausdruck, daß er seine Vorschriften mit „soweit“ einleitet. Die Schwierigkeit besteht in diesen Fällen darin, das Ausmaß der Arbeitsverringerung zu bestimmen und die Art und Weise der Durchführung festzulegen, zumal es hierfür häufig mehrere Möglichkeiten geben wird. Das Bundesarbeitsgericht hat die Durchführung solcher Regelungen an die Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG gebunden, sofern ein Regelungsspielraum besteht. Der Entwurf folgt dieser Ansicht nicht, sondern trifft in § 32 eine abweichende Regelung.

## § 31 Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Fortführung der Arbeit infolge des Arbeitskamps unmöglich geworden oder nicht mehr zu recht-

fertigen ist, trägt der Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer hat darzulegen und zu beweisen, daß der Arbeitsausfall nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unternehmensführung vermeidbar war.

### Begründung

Die dem Arbeitgeber aufgebürdete Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die Fortführung der Arbeit infolge des Arbeitskamps unmöglich geworden oder nicht mehr zu rechtfertigen ist, versteht sich nach der Formulierung des § 30 an sich von selbst. Sie ist zur Klarstellung trotzdem in den Entwurf aufgenommen worden, um gegenüber allen möglichen Zweifeln und Mißverständnissen deutlich zu machen, daß es sich nicht um Arbeitskämpfungsmittel handelt, die der Arbeitgeber nach Ermessen und taktischen Erwägungen einsetzen kann, sondern um an strenge Tatbestandsvoraussetzungen gebundene Rechtsfolgen. Der Arbeitgeber hat das Risiko zu tragen, wenn sich im Prozeß nachträglich herausstellt, daß die Voraussetzungen nicht erfüllt waren.

Zur weiteren Klarstellung ist in § 31 Satz 2 angefügt, daß umgekehrt der Arbeitnehmer den Einwand der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls darzulegen und zu beweisen hat.

Insgesamt verzichtet der Regelungsvorschlag auf eine vollständige Abstimmung mit § 72 Absatz 1 a AFG, wonach die Bundesanstalt für Arbeit den Sachverhalt aufzuklären hat. Er trägt damit dem Umstand Rechnung, daß keineswegs alle einschlägigen Fälle vor die Bundesanstalt für Arbeit gelangen werden, so daß auf jeden Fall damit zu rechnen ist, daß die Frage im arbeitsgerichtlichen Verfahren relevant wird. Hat die Bundesanstalt für Arbeit aber vorweg entschieden, so wird ihre Entscheidung, falls es gleichwohl noch zum Prozeß zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kommt, eine zumindest faktische Wirkung entfalten.

## § 32 Beteiligung des Betriebsrats

Beabsichtigt der Arbeitgeber, Beschäftigung und Arbeitsentgelt nach § 30 zu verweigern, hat er den Betriebsrat rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Arbeitgeber und Betriebsrat haben über die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls zu beraten. § 72 Absatz 1 a AFG bleibt unberührt; § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG findet keine Anwendung.

## Begründung

Ob und auf welche Weise der Betriebsrat an Entscheidungen zu beteiligen ist, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen über Weiterbeschäftigung und Weiterzahlung des Entgelts zu treffen sind, ist bislang nicht befriedigend geklärt. Geht es um die Folgen eines Arbeitskamps in demselben Betrieb, versagt das Bundesarbeitsgericht dem Betriebsrat das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG. Stehen die Folgen eines Arbeitskamps in einem anderen Betrieb in Rede, wird dieses Mitbestimmungsrecht auf die Regelung der Modalitäten des Arbeitsausfalls beschränkt (BAGE 34, 331, 355 = AP Nr. 70 und 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Welche Folgen eintreten, wenn der Arbeitgeber dieses Mitbestimmungsrecht nicht beachtet, ist in den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts unklar geblieben.

Der Arbeitsgruppe erschien es richtig, die Regelung der Frage aus dem Zusammenhang von § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG zu lösen und in Anlehnung an das Regelungsmodell des § 17 Absatz 2 KSchG ein für alle Fälle einheitliches Unterrichts- und Beratungsrecht des Betriebsrats vorzusehen. Die Unterrichtung und Beratung sind nach dem Vorschlag keine Wirksamkeitsvoraussetzungen für das Leistungsverweigerungsrecht. Auf das schwer praktikable Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Modalitäten des Arbeitsausfalls kann verzichtet werden, nachdem § 72 Absatz 1 a AFG vorsieht, daß die Bundesanstalt für Arbeit bei Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls mit der Zahlung von Kurzarbeitergeld in Vorlage tritt. Das Unterrichts- und Beratungsrecht harmonisiert auch mit dem in § 72 Absatz 1 a AFG vorgesehenen Beteiligungsrecht des Betriebsrats im sozialrechtlichen Verfahren über die Gewährung von Kurzarbeitergeld im Falle des Arbeitskamps.

## § 33 Tarifvorbehalt

**Von den vorstehenden Vorschriften kann durch Tarifvertrag abgewichen werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags gelten die abweichenden tarifvertraglichen Bestimmungen zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, wenn die Anwendung zwischen ihnen vereinbart ist. Arbeitskämpfe zur Durchsetzung eines Tarifvertrags nach Satz 1 sind unzulässig.**

## Begründung

Vor allem beim arbeitskampfbedingten Ausfall in Unternehmen innerhalb des fachlichen, aber außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs ist, nicht zuletzt wegen der Neuregelung des § 116 AFG, nicht ganz sicher, inwieweit die Regelung des § 30 dem Paritätsgrundsatz genügt. § 33 eröffnet daher die Möglichkeit zu einer tarifvertraglichen Regelung des Arbeitskampsrisikos. Satz 3 unterstreicht allerdings mit dem Verbot des Arbeitskamps, daß damit nicht die Möglichkeit geschaffen werden soll, einen neuen Tarifstreit zu entfachen.

## 6. Abschnitt: Verbandsfreie Arbeitskämpfe

## I. Bisherige Rechtslage

Die Regelungen weichen von der bestehenden Rechtsprechung ab, nach der der sogenannte „wilde Streik“ nicht nur eine Arbeitsvertragsverletzung darstellt, sondern auch den Tatbestand der unerlaubten Handlung nach § 823 Absatz 1 BGB erfüllt (BAGE 15, 174 = AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf). Nach der für den deutschen Gesetzgeber allerdings nicht verbindlichen Auslegung des Art. 6 Nr. 4 ESC durch den Sachverständigenrat würde ein völliges Verbot verbandsunabhängiger Kampfmaßnahmen der Charta nicht entsprechen. Folgt man dem, so können die Arbeitnehmer auch nicht auf das Risiko einer Arbeitsniederlegung unter Bruch der Arbeitsvertragspflichten verwiesen werden. Der Entwurf stellt aber zugleich sicher, daß die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie nicht beeinträchtigt wird.

Darüber hinaus ist die Zulässigkeit der Massenänderungskündigung von Arbeitnehmerseite in einem früheren Urteil des Bundesarbeitsgerichts (AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) verneint worden und heute immer noch umstritten. Davon abgesehen ist die Kündigung im Hinblick auf die unterschiedlich langen Kündigungsfristen von Arbeitern und Angestellten und im Hinblick auf die vertragsbeendende Wirkung der Kündigung für Kampfzwecke wenig geeignet.

## II. Neue Konzeption

Mit der Legalisierung verbandsfreier Auseinandersetzungen um einzelvertragliche Arbeitsbedingungen bringt der Entwurf ein *bislang fremdes Element* in das Arbeitskampsrechtssystem. Es fehlt weitgehend noch an

rechtswissenschaftlichen Vorarbeiten. Der Entwurf versucht, das verbandsfreie Streikrecht in seinen Voraussetzungen so auszugestalten, daß sich dieses in die anderen Institutionen des Arbeitsrechts ohne Bruch einfügt.

Regelungsziel können nur Allgemeine Arbeitsbedingungen sein; für die Druckausübung zur Durchsetzung individueller Arbeitsvertragsregelungen steht das verbandsfreie Streikrecht nicht zur Verfügung.

Das verbandsfreie Streikrecht wird ferner nur dann zugelassen, wenn eine tarifliche Regelung fehlt. Zwar hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (BGBl 1952 I S. 17) für den Fall fehlender Tarifnormen Ersatzregelungen vorgesehen. Dieses Gesetz schließt jedoch Allgemeine Arbeitsbedingungen auf einfachgesetzlicher Grundlage nicht aus, auch dann nicht, wenn diese erkämpft werden können.

Das verbandsfreie Streikrecht wird schließlich dann nicht zugelassen, wenn eine Betriebsvereinbarung besteht.

### § 34 Verbandsfreies Streikrecht

(1) Zur Durchsetzung Allgemeiner Arbeitsbedingungen auf einzelvertraglicher Grundlage haben die Arbeitnehmer eines Betriebs oder Betriebsteils auch ohne gewerkschaftliche Zustimmung das Streikrecht, wenn

1. für die Vertretung der Interessen der betreffenden Arbeitnehmer eine tariffähige Gewerkschaft fehlt;
2. in dem Betrieb keine Gewerkschaften vertreten sind;
3. die zuständige Gewerkschaft die Aufnahme von Tarifverhandlungen um einen Firmentarifvertrag abgelehnt hat; oder
4. eine an sich zuständige Gewerkschaft wegen Interessenkollision ausscheidet.

(2) Das Streikrecht kann nur ausgeübt werden, wenn die Mehrheit der von der Regelung betroffenen Arbeitnehmer sich in einer geheimen Abstimmung für die Erkämpfung der umstrittenen Regelung ausgesprochen und eine Streikleitung eingesetzt hat. Der Arbeitgeber hat die Urabstimmung im Betrieb zu dulden.

(3) Die Arbeitsniederlegung muß von der Streikleitung eine Woche vorher angekündigt werden.

### Begründung

#### I. Grundsatz

Die Vorschrift stellt eine Ausnahme von § 21 Absatz 2 dar. Sie sieht von dem Erfordernis *gewerkschaftlicher Zustimmung* zur Arbeitsniederlegung und Führung des Kampfs ab, setzt aber an deren Stelle eine *Ankündigungsfrist von einer Woche*, innerhalb derer die Möglichkeit zu einer Bereinigung des Konflikts besteht. Es handelt sich also um ein Streikrecht mit Ankündigungsfrist.

Als Kampfziel wird die Durchsetzung von *Allgemeinen Arbeitsbedingungen* verlangt, um sicherzustellen, daß das verbandsfreie Streikrecht auf kollektive Maßnahmen beschränkt bleibt. Individuelle Änderungen des Arbeitsvertrags sind allein mit der Änderungskündigung durchsetzbar. Betriebsvereinbarungen sind ohnehin nicht erkämpfbar.

Unter die Allgemeinen Arbeitsbedingungen auf arbeitsvertraglicher Grundlage fallen auch solche Regelungen, die ihre Verbindlichkeit über eine betriebliche Übung oder über den Grundsatz der Gleichbehandlung erlangt haben. Durch den zusätzlichen Hinweis auf den Geltungsbereich „Betrieb“ oder „Betriebsteil“ wird das kollektive Moment noch verstärkt. Das verbandsfreie Streikrecht kommt auch dann in Betracht, wenn ein Unternehmen aus mehreren Betrieben besteht und die Regelung für mehrere Betriebe durchgesetzt werden soll. Der Umfang des Konflikts und der Geltungsbereich der Allgemeinen Arbeitsbedingungen ergibt sich aus den Verhandlungen, die nach dem ultima ratio-Prinzip auch beim verbandsfreien Streikrecht vorgeschaltet werden müssen (Begründung zu § 37).

*Parteien* der Allgemeinen Arbeitsbedingungen sind der Arbeitgeber auf der einen und die Arbeitnehmer auf der anderen Seite. Die verhandelnde Streikleitung (§ 34) bedarf einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht, wenn die von ihr ausgehandelte Regelung für die Arbeitsverhältnisse Verbindlichkeit erlangen soll. Meist wird jedoch eine stillschweigende Billigung des Verhandlungsergebnisses durch die Arbeitnehmer anzunehmen sein, wenn die Regelung für diese günstig ist oder die Arbeitnehmer keinen Widerspruch erheben, obwohl sie alsbald von der Regelung betroffen sind. Die Allgemeinen Arbeitsbedingungen werden sonach allein auf individualrechtlichem Wege verbindlich.

Der Entwurf zählt abschließend auf, in welchen Fällen ausnahmsweise das verbandsfreie Streikrecht in Betracht kommen soll. Anstelle einer Generalklausel sind *Einzeltatbestände* vorgesehen. Der gemeinsame Nenner liegt darin, daß das verbandsfreie Streikrecht nur dann zum Zuge kommen soll, wenn die Tarifautonomie im konkreten Fall versagt.

Die einzelnen Tatbestände dürften keine großen Auslegungsschwierig-

keiten hervorrufen. Bei den „Interessenkollisionen“ (Nr. 4) ist zum Beispiel an gewerkschaftseigene Unternehmen gedacht, in denen die Arbeitnehmer ebenfalls ein Recht zur kampfwisen Durchsetzung ihrer Interessen haben müssen.

Unberührt bleibt durch § 34 die Möglichkeit der gemeinsamen Ausübung des *Zurückbehaltungsrechts*, wenn die Voraussetzungen dieses Rechts bei mehreren Arbeitnehmern gegeben sind. Hierbei handelt es sich um die von der Rechtsordnung ausnahmsweise zugelassene druckweise Durchsetzung von Rechten, also um *Rechtsstreitigkeiten*, die streng von den *Regelungsstreitigkeiten* zu unterscheiden sind. Mit dem verbandsfreien Streikrecht können nur *Regelungsstreitigkeiten* durchgesetzt werden. Zu Kollisionen kann es daher nicht kommen.

Die Zulassung des verbandsfreien Streikrechts macht die *Massenänderungskündigung* voraussichtlich überflüssig. Gleichwohl bleibt den Arbeitsvertragsparteien dieser Weg offen. Das ergibt sich aus der Verweisungsvorschrift des § 37 in Verbindung mit § 28 Absatz 3. Für eine ausdrückliche Klarstellung bestand daher keine Veranlassung.

### II. Streikleitung und Urabstimmung

Der Entwurf will erreichen, daß auch bei verbandsfreien Kampfmaßnahmen eine kollektive Führung in Form einer Streikleitung gebildet wird. Diese Streikleitung muß dann die Durchführung der Arbeitsniederlegung organisieren und überwachen; außerdem wird sie normalerweise die Verhandlungen mit dem Arbeitgeber führen.

Die Einsetzung der Streikleitung und die Urabstimmung sind Voraussetzungen für den Eintritt der Suspendierungswirkung. Dadurch soll verhindert werden, daß wenige Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen auf eigene Faust private Interessen unter dem Deckmantel des verbandsfreien Streikrechts durchzusetzen versuchen.

Der Entwurf sieht davon ab, für die Streikleitung und die Urabstimmung detaillierte Regelungen vorzusehen. Man wird abwarten müssen, welche Formen und Verhaltensweisen sich in der Praxis herausbilden.

### III. Ankündigungsfrist

Die Ankündigungsfrist von einer Woche soll den Parteien noch eine letzte Gelegenheit bieten, zu einem Kompromiß zu kommen. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Urabstimmung durchgeführt ist und die Streikerklärung der Streikleitung dem Arbeitgeber zugeht. Die Mitglieder der Streikleitung können die Erklärung entweder gemeinsam abgeben oder ein Mitglied mit der Vertretung in der Erklärung beauftragen. Die Suspendierungswirkung tritt jedoch nicht automatisch mit Ablauf der Frist ein; wie beim Streikrecht kann ein Arbeitsverhältnis nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers suspendiert werden. Die Suspendierung tritt vielmehr erst mit der Arbeitsniederlegung durch den Arbeitnehmer ein. Die Arbeitnehmer können daher auch das Streikrecht nadelstichartig einsetzen.

## § 35 Verbandsfreie Abwehraussperrung

**Zur Abwehr von Kampfmaßnahmen nach § 34 kann der Arbeitgeber die von der angestrebten Regelung betroffenen Arbeitnehmer der bestreikten Betriebe oder Betriebsteile mit sofortiger Wirkung suspendierend aussperren.**

### Begründung

Die Einräumung der Abwehraussperrung ergibt sich notwendig aus dem Grundsatz der Parität. Es ist nämlich denkbar, daß das verbandsfreie Streikrecht besonders effektiv, zum Beispiel nadelstichartig, eingesetzt wird. Für diesen Fall muß der Arbeitgeber ein Abwehrmittel haben. Der bloße Lohnentzug gegenüber den streikenden Arbeitnehmern reicht nach Ansicht der Arbeitsgruppe nicht aus.

Die verbandsfreie Aussperrung wird nur in sehr eingeschränktem Umfang zugelassen: sie ist lediglich Abwehrmittel; es können nur solche Arbeitnehmer suspendierend ausgesperrt werden, die von der Regelung „betroffen“ sind, die also am Kampfergebnis partizipieren; schließlich sind die Beschränkungen durch das Verbot der Unverhältnismäßigkeit zu beachten (§ 37).

Die Arbeitsgruppe hat außerdem in Erwägung gezogen, dem Arbeitgeber ein Aussperrungsrecht zur Einleitung eines Arbeitskamps um Allgemeine Arbeitsbedingungen einzuräumen. Davon wurde jedoch Abstand genommen, weil die Auswirkungen eines solchen Kampfmittels nach den derzeitigen Erkenntnissen nicht vorausgesehen werden können.

## § 36 Individualrechtliche Friedenspflicht

**Solange die erkämpften Allgemeinen Arbeitsbedingungen gelten, sind Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer zur Änderung oder Neuregelung der geregelten Gegenstände unzulässig.**

*Begründung*

Die in Anlehnung an die tarifvertragliche Friedenspflicht (§ 3 Absatz 1) gebildete Vorschrift will verhindern, daß alsbald nach einem erkämpften Kompromiß erneut eine Verbesserung kampfwise angestrebt wird. Dadurch würde dem Arbeitgeber die Kalkulationsbasis erheblich beeinträchtigt; dies wiederum hätte wahrscheinlich zur Folge, daß von Unternehmerseite gegen Allgemeine Arbeitsbedingungen unnötig heftiger Widerstand entgegengebracht würde. Mit der Friedenspflicht wird ein weiterer Schritt getan, die Allgemeinen Arbeitsbedingungen als kollektives Regelungsinstrument zu verselbständigen.

Die Arbeitsgruppe hat Erwägungen darüber angestellt, ob eine bestimmte *Dauer* der Geltung von Allgemeinen Arbeitsbedingungen vorgeschrieben werden sollte. Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, diese Frage der privatautonomen Regelung durch die Parteien zu überlassen. In Betracht kommt ein vereinbartes Teilkündigungsrecht oder ein Widerrufsvorbehalt. Berechtigt zur Ausübung dieser Beendigungstatbestände sind der Arbeitgeber und jeder einzelne Arbeitnehmer, für den die Allgemeinen Arbeitsbedingungen gelten. Ob es Möglichkeiten für eine einheitliche Beendigung gibt, bedarf noch näherer Klärung. Eine Regelung schien insoweit nicht erforderlich.

Die Friedenspflicht verbietet nur die Änderung der Allgemeinen Arbeitsbedingungen durch Kampfmaßnahmen. Im übrigen führt sie nicht dazu, daß die Allgemeinen Arbeitsbedingungen zwingend sind. Den Arbeitsvertragsparteien steht es frei, eine von den Allgemeinen Arbeitsbedingungen abweichende Regelung zu treffen. Das ist jedoch nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers möglich. Gegen eine Änderungskündigung schützen die Kündigungsvorschriften.

**§ 37 Anwendung anderer Vorschriften**

**Die Vorschriften des ersten und dritten bis fünften Abschnitts sind auf das verbandsfreie Streik- und Aussperrungsrecht entsprechend anzuwenden.**

*Begründung*

Die Vorschrift stellt klar, daß das verbandsfreie Streik- und Aussperrungsrecht den Bestimmungen des ersten und dritten bis fünften Abschnitts unterliegen, soweit dort allgemeine, von der Kampfführung durch

einen Verband unabhängige Regelungen enthalten und im 6. Abschnitt keine Spezialregelungen zu finden sind.

In Betracht kommen beispielsweise: § 2 (Kampfparität und Übermaßverbot); § 7 Absatz 1 (Klarstellungspflicht); § 8 (Streikposten); § 9 Absatz 1 (Organisations- und Überwachungspflichten); § 10 (Erhaltungsarbeiten); § 11 (Notstandsarbeiten); § 12 (Beendigung); §§ 22 und 26 (suspendierende Wirkung von Streik und Aussperrung); § 30 (Arbeitskampfrisiko).

Auch das ultima ratio-Prinzip des § 4 gilt entsprechend in dem Sinne, daß verbandsfreie Kampfmaßnahmen (einschließlich der Urabstimmung) erst zulässig sind, wenn Verhandlungen über die Allgemeinen Arbeitsbedingungen stattgefunden haben und erfolglos abgebrochen wurden. Dagegen paßt die Anwendung der Vorschriften über die Schlichtung nicht.

**§ 38 Vorrang von Betriebsvereinbarungen**

**Das verbandsfreie Streikrecht erstreckt sich nicht auf Arbeitsbedingungen, die in dem betreffenden Betrieb durch Betriebsvereinbarungen geregelt sind.**

*Begründung*

Die Vorschrift regelt die Konkurrenz zwischen Betriebsvereinbarungen und Allgemeinen Arbeitsbedingungen in dem Sinne, daß die Erkämpfbarkeit Allgemeiner Arbeitsbedingungen ausscheidet, soweit ihr Gegenstand bereits durch Betriebsvereinbarung geregelt ist. Das gilt auch, wenn mit dem Streik eine günstigere einzelvertragliche Regelung durchgesetzt werden soll. Freiwillige Allgemeine Arbeitsbedingungen sind selbstverständlich zulässig, soweit sie eine Verbesserung darstellen. Der Entwurf will damit erreichen, daß die Bedeutung des Betriebsrats nicht durch Kampfaktionen geschmälert wird; denn dem Betriebsrat selbst stehen nach § 74 Absatz 2 Satz 1 BetrVG Kampfmaßnahmen nicht zur Verfügung.

**7. Abschnitt: Ergänzung des Arbeitsgerichtsgesetzes****I. Allgemeines**

Die Vorschriften dieses Abschnitts sind an § 116 Absatz 6 AFG angelehnt und sollen eine frühzeitige Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts

über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfs ermöglichen, an dem Vereinigungen im Sinn des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG beteiligt sind. § 116 Absatz 6 AFG, der eine Zuständigkeit des Bundessozialgerichts im ersten und letzten Rechtszug begründet, ist allerdings auf die *Aufhebung einer Entscheidung* des Neutralitätsausschusses zugeschnitten und insoweit auf die gerichtliche Entscheidung über Arbeitskämpfe nur mit Modifikationen übertragbar. §§ 39 und 40 enthalten daher gegenüber § 116 Absatz 6 AFG beträchtliche Abweichungen.

## II. Regelungsbedürfnis

§ 116 Absatz 6 AFG bezweckt, im Hinblick auf Lohnersatzleistungen der Bundesanstalt für Arbeit entscheidungsrelevante Modalitäten von Arbeitskämpfen einer raschen und möglichst endgültigen Klärung durch das zuständige oberste Bundesgericht zuzuführen. Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen ist nicht weniger dringlich. Gegenwärtig trifft sie endgültig jeweils mit Verzögerungen von einigen Jahren das Bundesarbeitsgericht. Bis dahin bleibt angesichts der richterlichen Wertungsspielräume für die kämpfenden Parteien, die Kampfbetroffenen sowie die Instanzgerichte eine nachhaltige Rechtsunsicherheit. Die richterlichen Wertungsspielräume lassen sich durch eine Kodifikation des Arbeitskampfrechts einschränken, aber keineswegs ausschließen. Daher sollte ein verfahrensrechtlicher Flankenschutz bereitstehen, der eventuell noch während der Durchführung eines Arbeitskampfs, zumindest aber rasch nach dessen Beendigung, wegen der Folgestreitigkeiten die Rechtsunsicherheit für die Kampfparteien und -betroffenen ohne nennenswerte Verkürzung des Rechtsschutzes mindern und widersprüchlichen unterinstanzlichen Entscheidungen entgegenwirken kann.

Die aktuellen arbeitsgerichtlichen Verfahrensvorschriften und einige Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts verhindern die Verwirklichung dieses Ziels in einer Reihe von Punkten: Der Instanzenzug ermöglicht einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz. Er läßt aber eine endgültige Klärung durch das Bundesarbeitsgericht erst nach Jahren zu, wenn die beurteilten Arbeitskämpfe für die Kampfparteien längst nicht mehr aktuell sind. Bis dahin bleibt es bei oft widersprüchlichen Entscheidungen der Instanzgerichte, die den Konflikt zwischen den Kampfbeteiligten über einige Jahre ausdehnen. Besonders gravierend ist die Rechtsunsicherheit beim einstweiligen Rechtsschutz, für den es eine dritte Instanz nicht gibt. Ein weiteres, nach Ansicht der Arbeitsgruppe zudem auch verfassungsrechtlich bedenkliches Hindernis liegt darin, daß das Bundesarbeitsgericht den Koalitionen gegenüber rechtswidrigen Arbeitskämpfen des Kampfgegners weder eine eigene Klagebefugnis noch eine Prozeßführungsbefugnis für

ihre Mitglieder zuerkennt (BAGE 41, 209, 225 ff. = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4 ff.; BAGE 46, 322, 333 = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 5). Der Streit über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen wird in das Verfahren zwischen einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern verlagert, er provoziert daher viele Rechtsstreitigkeiten und steigert die Gefahr widersprüchlicher Instanzenentscheidungen. Schließlich sieht das Bundesarbeitsgericht bislang keine Möglichkeit, über die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfs in einem eingeleiteten Verfahren auch dann noch zu entscheiden, wenn der Arbeitskampf zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits beendet ist. Es meint, die Grundsätze, die es im Beschlußverfahren für die nachträgliche Feststellung eines Mitbestimmungsrechts entwickelt hat, nicht auf ein Urteilsverfahren, in dem es über einen Arbeitskampf entscheidet, übertragen zu können.

## III. Zweck der Verfahrensvorschriften

### 1. Regelungsziel

Die vorgeschlagene Ergänzung des Arbeitsgerichtsgesetzes bezweckt, die verfahrensrechtlichen Hindernisse zu beseitigen oder wenigstens in ihrer Wirkung zu mindern. Die Problematik ist nicht neu, sondern sie war Gegenstand verschiedener Vorschläge, die durchweg die Erweiterung des Instanzenzugs bei einstweiligen Verfügungen auf das Bundesarbeitsgericht befürwortet haben. Diese Vorschläge können allerdings die bezeichneten verfahrensrechtlichen Defizite nur teilweise ausgleichen. Sie greifen zeitlich nur bis zur Beendigung des Arbeitskampfs und können nicht erreichen, daß die instanzgerichtliche Judikatur durch eine frühzeitige *endgültige* Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vereinheitlicht wird und überdies Rechtsstreitigkeiten entbehrlich werden können. Außerdem schadet es der Autorität eines obersten Bundesgerichts, wenn es auch dort zu einer raschen, vorläufigen Entscheidung gezwungen wird, wo schwierige Rechtsfragen zu entscheiden sind, insbesondere eine richterliche Rechtsfortbildung erfolgen soll.

§ 116 Absatz 6 Satz 6 AFG sieht zwar eine einstweilige Anordnung des Bundessozialgerichts vor. Aber diese Regelung hat nicht nur wegen des drohenden Autoritätsschwundes des Bundessozialgerichts, das nur schwer von seiner Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz wieder abrücken könnte, Kritik gefunden. Ihr geht auch eine verbindliche Entscheidung des Neutralitätsausschusses voran, die ohne einstweiligen Rechtsschutz fortbestünde. Eine effiziente Kompetenzverlagerung auf das Bundessozialgericht mag daher bei § 116 Absatz 6 AFG die Einbeziehung des einstweiligen

Rechtsschutzes fordern. Die Übertragung auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts über Arbeitskämpfe empfiehlt sich dagegen nicht. Es sollte das *Verfahren unverzüglich* einleiten. Ihm sollte eine *rasche Entscheidung möglich* sein, aber bei schwierigen Rechtsfragen die notwendige Zeit bleiben.

## 2. Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts

Diesem Ziel dient das von der Arbeitsgruppe – unter lockerer Anlehnung an §116 Absatz 6 AFG – vorgeschlagene Verfahren, mit dem eine *besondere* erst- und letztinstanzliche *Zuständigkeit* des Bundesarbeitsgerichts zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen begründet wird. Das *Verfahrensziel* liegt nicht im einstweiligen Rechtsschutz, sondern in einer *endgültigen* Entscheidung. §40 Satz 2 ordnet daher ebenso wie §116 Absatz 6 Satz 5 AFG nur an, daß das Verfahren vorrangig zu erledigen ist.

Die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts wäre eine verfassungsrechtlich bedenkliche Verkürzung des Rechtsschutzes, wenn sie für alle Kampfteiligen und Kampf Betroffenen – zudem noch ohne deren Beteiligung am Verfahren – eine umfassende Entscheidung über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskamps bewirken würde. Dieser Gefahr wird vorgebeugt, indem die Antragsbefugnis unter Bezugnahme auf §12 TVG auf die Fachspitzenverbände und die ihnen gleichgestellten Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften beschränkt wird und Antragsgegner vor dem Bundesarbeitsgericht lediglich die gegnerische Vereinigung ist. Da die Rechtskraft der Entscheidung vor dem Bundesarbeitsgericht nur zwischen dem Antragsteller und dem Antragsgegner wirkt und eine Rechtskrafterstreckung auf Dritte, anders als in §9 TVG, nicht vorgesehen ist, unterbleibt eine rechtliche Bindung vor allem für die kampfteiligen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Insofern gilt dasselbe wie bei §116 Absatz 6 AFG.

Im Unterschied zu dieser Vorschrift ist allerdings nur eine *feststellende* Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vorgesehen. Diese erreicht den Zweck der Klärung und trägt dem Umstand Rechnung, daß §116 Absatz 6 AFG weitergehend die Aufhebung einer verwaltungsrechtlichen Entscheidung bewirken muß, während es hier nur um die Klärung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskamps geht. Die feststellende Entscheidung korrespondiert auch damit, daß eine einstweilige Verfügung durch das Bundesarbeitsgericht nicht vorgesehen ist. Selbst wenn, um eine Verkürzung des gerichtlichen Rechtsschutzes zu verhindern, eine rechtliche Bindungswirkung der feststellenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nur inter partes eintritt, wird sie die Instanzgerichte bei Klagen

von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern regelmäßig *faktisch* binden, oft sogar weitere Rechtsstreitigkeiten verhindern und damit dem Phänomen von Massenklagen erfolgreich begegnen. Das ist, wenn auch in kritischer Absicht, bereits zur Wirkung des §116 Absatz 6 AFG ebenfalls prognostiziert worden.

Durch die Antragsbefugnis der Fachspitzenverbände wird zugleich das Problem der Klagebefugnis oder Prozeßführungsbefugnis der Koalitionen entschärft, denn jede Seite kann auf diese Weise die gerichtliche Kontrolle über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskamps aus eigenem Recht erreichen. Schließlich spricht die Anwendung der Vorschriften des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens (§40 Satz 1) dafür, daß das Bundesarbeitsgericht für das rechtliche Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Arbeitskamps ähnliche Maßstäbe gelten läßt wie bei einem beendeten Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats.

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kann daher nach Beendigung des Arbeitskamps noch ergehen, wenn sich – wie regelmäßig – Rechtsfolgen für die Koalitionen, Arbeitnehmer und Arbeitgeber ergeben können. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts *kann* auch vor Beendigung eines Arbeitskamps ergehen. Sie wird aber, wie außerhalb der einstweiligen Anordnung gegen §116 Absatz 6 AFG eingewendet worden ist, oft erst nach Beendigung des Arbeitskamps möglich sein. Der Vorschlag der Arbeitsgruppe gewährleistet also während der Arbeitskämpfe meist noch keine Rechtssicherheit und begegnet der Gefahr widersprüchlicher einstweiliger Verfügungen der ersten und zweiten Instanz in dieser Phase nicht. Diesem Defizit ließe sich, wenn auch nicht ohne eine Zeitverzögerung, allein durch einen Ausbau des Instanzenzugs beim einstweiligen Rechtsschutz entgegenwirken, gegen den nach Ansicht der Gruppe gewichtigere Gegengründe sprechen.

## 3. Verhältnis zu §116 Absatz 6 AFG

Der Vorschlag enthält ungeachtet der Modifikationen einzelne Elemente der Neuregelung in §116 Absatz 6 AFG. Die Arbeitsgruppe hatte daher die Kritik an §116 Absatz 6 AFG zu berücksichtigen (*Rohwer-Kahlmann*, ZSR 1986, 588). Soweit diese den einstweiligen Rechtsschutz durch das Bundessozialgericht betrifft, ist sie für §§ 39 und 40 irrelevant. Die befürchtete und nicht selten abgelehnte Schiedsrichterfunktion des Bundessozialgerichts bei Arbeitskämpfen hat mit dem Verständnis der Neutralität in der sozialgerichtlichen Judikatur zu tun und ist im Arbeitskampsrecht nicht bedeutsam. Andererseits ist zuzugeben, daß das Bundessozial- und das Bundesarbeitsgericht nicht stets während des Arbeitskamps eine end-

gültige Entscheidung treffen werden; jedoch nimmt das einer möglichst frühzeitigen, vereinheitlichenden Entscheidung durch das Bundesarbeitsgericht im Hinblick auf Rechtsstreitigkeiten über die Rechtsfolgen des Arbeitskampfs nicht ihren Sinn.

Im Unterschied zu § 116 Absatz 6 AFG sieht § 39 Satz 2 nicht nur die Antragsbefugnis der Fachspitzenverbände vor, sondern bezieht durch den Hinweis auf § 12 TVG die gleichgestellten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände ein. Damit ist einer Kritik an § 116 Absatz 6 AFG Rechnung getragen, zumal § 116 Absatz 6 AFG insoweit darauf beruhen dürfte, daß die Entscheidung des Neutralitätsausschusses gegenüber den Tarifparteien ein Verwaltungsakt ist, der ohne Verkürzung des Instanzenzugs anfechtbar bleiben soll. Die Anlehnung an § 12 TVG birgt für die Gewerkschaft zudem auch nicht die Gefahr einer Verkürzung des Rechtsschutzes, solange es ihr offensteht, sich beispielsweise durch die Parteifähigkeit ihrer Landesbezirke der veränderten Rechtslage anzupassen.

Wenn schließlich angesichts der fehlenden rechtlichen Bindungswirkung und der ungehinderten Rechtsverfolgung durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei § 116 Absatz 6 AFG die Gefahr eines „Chaos“ beschworen wird, so ist das mit der Prognose einer faktischen Bindung nicht vereinbar. Soweit Divergenzen entstehen, sind diese die unvermeidliche Folge des Ziels, eine zügige, vereinheitlichende Entscheidung durch ein oberstes Bundesgericht zu erreichen, ohne den effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nennenswert zu verkürzen. Die Arbeitsgruppe hält die frühzeitige Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts für wichtig genug, um vorhergehende und vereinzelt auch noch spätere widersprüchliche Entscheidungen von Unterinstanzen, die auch gegenwärtig nicht ausgeschlossen sind, hinnehmen zu können.

In der Diskussion der letzten Zeit ist erwogen worden, ob nicht auch für die Streitigkeiten nach § 116 AFG die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, insbesondere des Bundesarbeitsgerichts, begründet werden sollte, um Divergenzen zwischen der arbeitsgerichtlichen und der sozialgerichtlichen Rechtsprechung zu vermeiden. Die Arbeitsgruppe hat es vorgezogen, der erst- und letztinstanzlichen Zuständigkeit des Bundessozialgerichts nach § 116 Absatz 6 AFG für Arbeitskämpfe eine entsprechende Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts zur Seite zu stellen. Zunächst sollte die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit der obersten Bundesgerichte bei Arbeitskämpfen begründet werden. Erst wenn einschlägige Erfahrungen damit vorliegen, kann beurteilt werden, ob noch zusätzlich die Konzentration dieser Zuständigkeit bei *einem* obersten Bundesgericht notwendig ist.

### § 39 Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts

**Das Bundesarbeitsgericht entscheidet im ersten und letzten Rechtszug auf Antrag durch feststellenden Beschluß über die Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfs, an dem Vereinigungen im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 Satz 1 GG beteiligt sind. Antragsbefugt sind die Fachspitzenverbände (§ 12 TVG) derjenigen Vereinigungen im Sinne des Artikels 9 Absatz 3 Satz 1 GG, deren Mitglieder vom Arbeitskampf betroffen sind. Der Antrag ist gegen die Vereinigungen zu richten, die am Arbeitskampf beteiligt sind.**

#### Begründung

Die besondere Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts betrifft nur Arbeitskämpfe, nicht dagegen einzelne Kampfmaßnahmen. Nur die Rechtswidrigkeit des gesamten Arbeitskampfs soll vom Bundesarbeitsgericht geprüft werden. Darüber hinaus ist das Bundesarbeitsgericht nur zuständig bei Arbeitskämpfen, an denen auf beiden Seiten Vereinigungen im Sinne des Art. 9 Absatz 3 Satz 1 GG beteiligt sind. Der Arbeitskampf um einen Unternehmenstarifvertrag und der wilde Streik begründen daher nicht die Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts. Andererseits reicht der Begriff der Vereinigung über den Gewerkschaftsbegriff des § 2 TVG hinaus und schließt Beamtenorganisationen ein. Der Beamtenstreik, der von diesen organisiert wird, ist von der Vorschrift also gleichfalls erfaßt. Im übrigen sagt § 39 nichts über das Ziel des Arbeitskampfs, schließt also bei Vorliegen der organisatorischen Voraussetzungen auch politische Arbeitskämpfe ein. Die Antragsbefugnis steht nur den Fachspitzenverbänden oder den gleichgestellten Gewerkschaften oder Arbeitgeberverbänden zu. Letzteres bezweckt die ausdrückliche Verweisung in § 39 Satz 2 auf § 12 TVG. Das Bundesarbeitsgericht entscheidet im Einklang mit der entsprechenden Anwendung der §§ 80 ff. ArbGG durch feststellenden Beschluß.

### § 40 Verfahren

**Auf das Verfahren sind §§ 80, 81, 83–84 ArbGG entsprechend anzuwenden. Das Verfahren ist vorrangig zu erledigen.**

## Begründung

Für das Verfahren gelten die einschlägigen Vorschriften über das arbeitsgerichtliche Beschlußverfahren entsprechend. § 85 ist angesichts des lediglich feststellenden Beschlusses und der Aussparung des einstweiligen Rechtsschutzes nicht einschlägig und daher nicht in die Verweisung einbezogen. Die Vorschrift über die vorrangige Erledigung des Verfahrens entspricht § 116 Absatz 6 Satz 5 AFG.

## Stichwortverzeichnis

- Abbruch der Geschäftsbeziehungen** 37 f.
- Abkühlungsphase** 21, 40 f.
- Absatzschwierigkeiten** 87
- Abwehraussperrung** 71
  - verbandsfreie 11, 99 f.
- Allgemeine Arbeitsbedingungen**
  - als Kampfziel 97
- Änderungskündigung** 79
- Amtshilfe**
  - zugunsten der Schlichtungsstelle 1, 63
- Angestellte** 43
- Angriffsaussperrung** 8 f., 71, 77 ff.
  - Begriff 78
  - Einschränkung 8 ff.
  - Einzelfälle 80 ff.
  - einzelne Tatbestände 80 ff.
  - Zulässigkeit 78 ff.
- Ankündigung von Kampfmaßnahmen** 2, 49; 55
  - Frist 58, 98
- Anspruch auf Beschäftigung**
  - Ruhen 68
- Antragsbefugnis** 12
- Arbeitgeberverband**
  - Zustimmung zur Aussperrung 76
- arbeitnehmerähnliche Personen** 66
  - im Konzern 91
  - Vermeidbarkeit 91 f.
- Arbeitsentgelt**
  - Ruhen des Anspruchs 7, 68 f.
- Arbeitsförderungsgesetz** 10, 104 ff.
- Arbeitsgerichtsgesetz** 12 f.
  - Ergänzung 101 ff.
- Arbeitskampf**
  - Ankündigung 2, 49 f., 58
  - Beendigung 4, 58 ff.
  - durch Tarifpartei 59
  - durch einzelnen Arbeitnehmer 59 ff.
  - Beginn 2, 48
  - Begrenzung fachlich und räumlich 2, 42 ff.
  - Begriff 22, 32
  - Betriebsbezogenheit 42
  - Drittwirkung 16, 18
  - Durchführung 3, 50 ff.
  - Einbeziehung von Außenseitern 43
  - Einleitung 2, 48 ff.
  - Erforderlichkeit 42 f.
  - Fernwirkungen 87 f.
  - gemeinwohlwideriger 35
  - Grenzen der Zulässigkeit 32
  - Grundsatz der Einheit der Belegschaft 42
  - Neutralitätsstreik 45
  - Organisation 3
  - politischer 33
  - Schutzzumfang 16
  - Tarifbezug 32 ff.
  - Überwachung 3
  - Unerläßlichkeit 16 ff.
  - unterstützender 45 ff.
  - verbandsfreier 11, 95 ff.
  - verfassungsrechtliche Gewährleistung 16 f.
  - verfassungsrechtliche Grundlagen 16 ff.
  - Verhältnismäßigkeit 1
  - Zulässigkeit 42
  - Zulässigkeitsprognose 34
  - Zur Durchsetzung eines Tarifvertrags 10
- Arbeitskampfrecht**
  - Kodifikation allgemein 30 ff.
  - Richterrecht 31
- Arbeitskampfrisiko** 9 ff., 86 ff.
  - Drittwirkung 9
  - Fallgruppen 88 ff.
  - tarifvertragliche Abänderung 90
- Arbeitsniederlegung**
  - Ankündigung 11
  - spontane 78

- Arbeitspflicht**
- Ruhen 8, 82
- Arbeitsplatz**
- Wegfall infolge Arbeitskamps 9, 84 ff.
- Arbeitsverhältnis**
- Ruhen 4
- Suspendierung 66, 75, 82
- Ausschöpfung der Verständigungsmöglichkeiten** 39
- Außenseiter**
- Begrenzung der Beteiligung am Arbeitskampf 44
- Einbeziehung in den Arbeitskampf 43
- kein Recht zur Urabstimmung 47
- Außenseiterunternehmen** 76, 89
- Ausperrung** 8, 71 ff.
- Abwehrausperrung 9, 71
- Angriffsausperrung 8 f., 78 ff.
- Ausmaß 72–74
- lösende 9, 82 ff.
- Quotenregelung 72 ff.
- Rechtsnatur 72
- selektive 9, 89
- suspendierende 8, 72, 75, 76
- und Verfassung 14
- Unerläßlichkeit 17
- verbandsfreie Abwehrausperrung 11, 99 ff.
- zur Änderung des Geltungsbereichs des Tarifvertrags 44
- Zulässigkeit 8, 71
- Ausperrungsrecht** 8
- Träger 75 ff.
- Auszubildende** 66
- Beamtenorganisation**
- als gewerkschaftsähnliche Vereinigungen 107
- Beamtenstreik** 33, 66
- Beendigung des Arbeitskamps**
- durch Tarifpartei 58
- durch einzelne Arbeitnehmer 4, 58 f.
- Beschäftigung**
- Ruhen des Anspruchs 7
- Beschäftigungsrisiko** 86
- betriebsbedingter Arbeitsplatzverlust** 84
- Betriebsbesetzungen** 27
- Unzulässigkeit 52
- Betriebsrat**
- Beteiligung 10, 93
- Betriebsrisiko** 86 ff.
- Betriebsvereinbarungen**
- Vorrang 11, 101
- Beweislast** 10, 92 f.
- Boycott** 19, 35 ff., 46
- Bummelstreik** 68
- Bundesarbeitsgericht**
- Beschluß 107
- Zeitpunkt der Entscheidung 105
- Zuständigkeit 12, 104 ff., 107
- Bundessozialgericht** 106, 103
- Dänemark** 20
- Darlegungslast** 10, 92 f.
- Daseinsvorsorge** 3, 49, 56 ff.
- Demonstrationskämpfe** 33
- Dezentralisierung der Streikleitung** 53
- Drittwirkung von Arbeitskämpfen**
- Notstandsarbeiten 54 ff.
- Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** 37
- Einheit der Belegschaft** 43 f.
- einstweiliger Rechtsschutz** 102, 105
- einstweilige Verfügung**
- zur Erzwingung von Erhaltungsmaßnahmen 56
- Einzellösungsrecht** 83
- Entschädigung**
- Vorsitzender der Schlichtungsstelle 6
- Entwurf eines Arbeitskampf- und Schlichtungsgesetzes**
- Maximen 31
- Erforderlichkeit**
- einzelner Kampfformen 19
- innerhalb des Tarifgebiets 43
- von Kampfmaßnahmen 20, 42
- Erhaltungsarbeiten** 3, 53 ff.
- gemeinsame Pflicht 53 f.
- gerichtliche Erzwingung 56
- Umfang 56
- Zweck 55
- Erledigung** 103
- Ersatzarbeitskräfte** 35
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)** 25

- Europäische Sozialcharta** 25, 26, 29 ff.
- Gesetzesrang 28
- Art. 6 Nr. 4 66, 95
- Europarat** 25 ff.
- Exzeßkontrolle**
- von Kampfmaßnahmen 56
- Fachspitzenverbände**
- Antragsbefugnis 105, 12
- Fernwirkung von Arbeitskämpfen** 86
- Feststellungsurteil**
- des Bundesarbeitsgerichts 104
- Firmentarifvertrag** 44, 75, 89
- „flying pickets“** 52
- Friedenspflicht** 1, 37 ff.
- Ausschluß 38
- Bedeutung 37
- Einschränkung 38
- erweiterte 1, 38
- Grenzen 44
- individualrechtliche 11, 99 f.
- relative 37
- Umfang 38
- Warnstreik 69 f.
- Gefahrenabwehr** 3, 55
- Genehmigung**
- des Streiks durch die Gewerkschaft 67
- Gesetzgeber**
- Gestaltungsfreiheit 21 ff.
- Grenzen des Gestaltungsspielraums 18, 19
- Regelungsbefugnis 16 ff.
- Gesetzgebungsauftrag** 21 ff.
- Gewerkschaft**
- Bindung des Streikrechts 67
- Führung des Streiks 67
- Kontrolle der Durchführung 67
- tariffähige 67
- Verhandlungs- und Kampfunwilligkeit 80
- Zustimmung zum Streik 97
- Ausnahme 97
- Gewohnheitsrecht** 64
- Grundsätze wirtschaftlicher Unternehmensführung** 9, 10, 91
- Haftung** 70
- anteilige 7, 71
- für Übergriffe der Streikposten 54
- für unzulässige Kampfmaßnahmen 7
- Nichtdurchführung von Erhaltungsmaßnahmen 55
- Heimarbeiter** 66
- ILO (IAO)** 23, 24
- Konventionen Nr. 87 und 98, 27
- Sachverständigenkommissionen 24
- Interessenausgleich** 31
- durch Tarifvertrag 15
- kollektiver 16
- Internationales Recht** 23 ff.
- Europarat 24 f.
- Internationale Arbeitsorganisation 24 f.
- Vereinte Nationen 23 f.
- Kampfformen**
- Boycott 35 ff.
- Erforderlichkeit 19
- Kampfleitung** 53
- Kampfmaßnahmen**
- Ankündigung 2, 49
- Erforderlichkeit 19
- Schranken 19 ff.
- Typisierung 19, 34
- Kampfmittel**
- Grundsatz der freien Kampfmittelwahl 36
- Kampfparität** 1, 17, 33
- Gefährdung durch Bummelstreik 68
- s. auch Parität
- Kampfpropaganda** 36
- Kampfziele**
- Änderung des Tarifgebiets 44
- Klarstellungspflicht 48
- Mitteilung 50
- Kausalität zwischen Arbeitskampf und Arbeitsausfall** 89
- Kernbereich, Schutz**
- der Kampfmittel 16 ff.
- der Koalitionsfreiheit 15
- Klagebefugnis der Koalitionen** 105
- Klarstellungspflicht bezüglich der Kampfziele** 48
- Koalitionsfreiheit** 13 ff.
- gesetzliche Ausgestaltung 14
- negative 37
- verfassungsrechtlicher Schutz 13 ff.

**Kodifikation**

- Gründe 30
- Rechtsprechung III
- Verfassungsauftrag III
- verfassungsrechtliche Grundlagen 13 ff.

**Kontrolle der**

- Durchführung des Streiks durch die Gewerkschaft 67

**Kontrollratsgesetz Nr. 35 39****Konzern 91****Kosten**

- der Schlichtung 6, 64

**Kündigung**

- Verhältnis zur lösenden Aussperrung 83, 85

**Kündigungsschutzgesetz 86, 94****Kundensperre 35****Leistungsstörung**

- arbeitskampfbedingte 87

**Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers 9, 88 ff., 92****Lohnrisiko 86**

- bei Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls 91

**Massenänderungskündigung 79, 95, 98****Massenklagen 105****Mindestversorgung**

- Aufrechterhaltung 3, 53 ff., 57

**Motive des Entwurfs 30 ff.****Nadelstichtaktik 19, 74****Neutralitätsausschuß 106****Neutralitätsgebot 15, 20, 106****Neutralitätsstreik 45 f.****Notstandsarbeiten 3, 56 ff.**

- betroffene Bereiche 57 f.

- gemeinsame Pflicht 58

**Notstandsverfassung 22****OECD 24****Öffentlichkeit 5**

- Verhandlungen der Schlichtungsstelle 63

**Örtliche Kampfleitung 53****Organisationspflichten 3, 52 f.****Parität 18 ff., 33 ff., 87**

- Abwehraussperrung 99

- Regelungsziel 32

- Angriffsaussperrung 78

- funktionale 18

- Gesetzesauftrag zur Wahrung 18

- materielle 18

- und Tarifgebiet 44

- Verlagerung der Unternehmenstätigkeit aus dem Tarifgebiet heraus 46

- Quotenregelung 72

- s. auch Kampfpärität

**Prärogative der Tarifpartner 22****Presse**

- Schutz 57

**Proportionalität**

- von Eingriffsnormen 19

**Prozeßführungsbefugnis**

- der Koalitionen 105

**Quotenregelung**

- bei Aussperrung 72 ff.

**Realakttheorie 65****rechtsgeschäftliche Streikausübung 65****Rechtssicherheit III, 102****rechtswidriger Streik 76 f.****Regelungsauftrag 30 f.****Ruhen**

- des Anspruchs auf Arbeitsentgelt 7, 68

- des Anspruchs auf Beschäftigung 7, 68

- der Arbeitspflicht 8, 82

**Sachverständige**

- Entschädigung 6

**Sachverständigenausschuß**

- des Europarats 25, 29

- der ILO 25

**Schlichtung 4, 59 ff.**

- Einfluß der ESC 25 f.

- Erforderlichkeit 39

- freiwillige 20

- Zulässigkeit 20 ff.

**Schlichtungsabkommen 40****Schlichtungsordnung 4**

- tarifliche 59

**Schlichtungsstelle 60 ff.**

- Aufklärungsanspruch 63

- Beratung und Abstimmung 6, 63

- Besetzung 61 ff.

- Erforderlichkeit 40

- Errichtung 4

- Hinwirken auf Einigung 5

- Präsident 4

- zuständiges Gericht 5

- Zuständigkeit 5

**Schlichtungsrecht**

- Kodifikation 30 ff.

**Schlichtungsverfahren 5, 62 f.**

- Beendigung 6, 62 f.

- Entbehrlichkeit 40

- Kosten 6, 63 f.

- staatliches 60

**Schlichtungsvorschlag 6, 62**

- Wirkung bei Annahme 6

**Schwarze Listen 36****Schweden 21****Schwerpunktstreik 88****selektive Aussperrung 9, 86****Sitzstreik 27****Sozialauswahl 9****soziale Mächtigkeit (s. Tariffähigkeit)****Sozialstaatsprinzip 57****Streik**

- Ankündigungsfrist 58, 97, 98

- Aufruf 3

- Begrenzung als Mittel der Tarifaufeinandersetzung 26

- nachträgliche Legalisierung 67

- nicht gewerkschaftlich organisierter 26

- öffentliche Bekanntmachung 4

- Proteststreik 26

- rechtswidriger 76, 85

- suspendierende Wirkung 66

- Unerläßlichkeit 16 f.

- verfassungsrechtlicher Schutz 14

**Streikarbeit**

- direkte 46

- indirekte 46

**Streikgarantie 29****Streikhilfeabkommen 46****Streikleitung**

- bei verbandsfreiem Streikrecht 98

- örtliche 3, 53

- Streikposten 3, 51 f.

- Behinderung durch 3, 35

- Gebrauch von Zwangsmitteln 52

- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 51

**Streikrecht 7, 65 ff.**

- Anerkennung 65 f.

- arbeitnehmerähnliche Person 66

- Außenseiter 66

- Ausübung 65

- Auszubildender 66

- Bindung an die Gewerkschaft 67 f.

- Garantie 13, 64

- Gestaltungsrecht 64

- Rechtsnatur 64

- subjektives Freiheitsrecht 14

- Träger 66 f.

- verbandsfreies 10, 65, 96 ff.

- individuelles 65

**Strukturwandel 81****Suspendierung des Arbeitsverhältnisses 7, 65**

- Eintritt 66

- Streik 66

- verbandsfreier Streik 96 f.

- Verletzung der Friedenspflicht 38

**Sympathieaussperrung 19****Sympathiestreik 19**

- Ausnahme der Unzulässigkeit 45

- unterstützender Arbeitskampf 45

**Tarifaufonomie**

- Angriffsaussperrung 78

- Funktionsfähigkeit 34

- Kernbereich 16

- und Streikrecht 64

**Tarifbezogenheit des Arbeitskampfes 1, 32 f.****Tariffähigkeit 67****Tarifgebiet 42****Tarifparteien**

- Einigung 5

**Tarifvertrag - Änderung**

- als Koalitionszweck 15 ff.

- Änderung 44 f.

- Durchsetzung 1

- Erkämpfbarkeit des Geltungsbereichs 80

- Geltungsbereich fachlich und räumlich 2, 41 ff., 90 f.

- staatliche Einflußnahme 15

- umkämpfter 2

- verschlechterter 81

**Tarifvorbehalt** 10, 94 f.  
**Tarifzensur** 79  
**Tarifziele** 16  
**Teilstreik** 88  
  
**Übermaßverbot** 1, 18 ff., 34 ff.  
 – andere Kampfmittel 35  
 – Aussperrung 72  
 – Erhaltungs- und Notstandsmaßnahmen 55  
 – privatrechtliches 34  
 – verfassungsrechtliches 34  
 – und Verhältnismäßigkeit 20 f.  
**Überwachungsausschüsse**  
 – abweichende Auslegung 26 ff.  
 – der ILO 25  
 – des Europarats 25  
 – Praxis 25 ff.  
 – Verbindlichkeit der Auslegungspraxis 27 ff.  
**Überwachungspflicht** 3, 52 f.  
**ultimo ratio** 1, 38 ff.  
 – Erforderlichkeit 20  
 – Schlichtung 39  
**Unmöglichkeit** 10  
 – Beweislast 10, 92  
 – der Arbeitsleistung 86  
**Unternehmenstarifvertrag** 84  
**Unterrichtung des Betriebsrats** 10, 93 f.  
**unterstützender Arbeitskampf** 45 ff.  
 – Ausnahmen der Unzulässigkeit 45  
 – Neutralitätsstreik 45  
**Urabstimmung** 2, 11, 46 ff.  
 – Außenseiter 47  
 – Beendigung des Arbeitskampfs 58  
 – im Rahmen des verbandsfreien Streikrechts 98  
 – keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Arbeitskampfs 48  
 – Kontrolle 48  
 – verbandsfreier Streik 11, 98  
  
**verbandsfreies Streikrecht** 96 ff.  
 – Betriebsvereinbarungen 101  
**Verbandstarifvertrag** 3, 75  
**Verbände III**  
 – Satzung 3

**Vereinte Nationen (UN)** 23  
**Verfahren** 12  
 – Beendigung 6  
 – Schlichtungsstelle 5  
**Verfahrensvorschriften** 101 ff.  
**Verhältnismäßigkeit** 18, 20  
 (s. Übermaßverbot)  
 – bei verbandsfreier Abwehraussperrung 99  
 – Boykott 35  
 – gemeinwohlwidriger Arbeitskampf 35  
 – schwarze Listen 36  
 – und Übermaßverbot 20 f.  
**Verhandlungsparität** 17  
**Verringerung der Arbeit** 92 f.  
**Vertrauensschutz**  
 – Rückwirkung der Rechtsprechung 31  
**Völkerrecht** 23 ff.  
 – Auslegungspraxis der Überwachungsausschüsse 27  
 – Bindungswirkung 28, 30  
  
**Warnstreik** 7, 69 ff.  
 – Dauer 69  
 – Erforderlichkeit 19  
 – Häufigkeit 69  
 – keine Urabstimmung 47  
 – keine Wiederholbarkeit 70  
 – räumliche Begrenzung 7  
 – Schlichtung 41  
 – verhandlungsbegleitender 69  
 – Wiederholung 70  
 – zeitliche Begrenzung 7, 70  
 – Zumutbarkeit 70  
**Wesentlichkeitstheorie** 21  
**Wiederaufnahme der Arbeit** 3  
**Wiedereinstellung**  
 – nach lösender Aussperrung 8 f., 83 ff.  
**wilder Streik** 95  
  
**Zwangsschlichtung** 4, 60  
 – Verbot 20 ff., 60  
 – Zulässigkeit in Notstandssituationen 20  
**Zwangsmittel** 3  
 – Gebrauch durch Streikposten 52  
**Zeugen**

– Entschädigung 6  
**Zurückbehaltungsrecht**  
 – gemeinsame Ausübung 98  
**Zuständigkeit** 12  
  
 – des Bundesarbeitsgerichts 104 ff., 107 ff.  
 – Konzentration 106  
**Zuzugssperren** 35

## Autorenverzeichnis

**Rolf Birk** ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft und o. Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Internationales Privatrecht in Trier.

**Horst Konzen** ist o. Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Handels- und Zivilprozeßrecht in Mainz.

**Manfred Löwisch** ist o. Professor für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in Freiburg und Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe.

**Thomas Raiser** ist o. Professor für Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Bürgerliches Recht und Rechtssoziologie in Gießen.

**Hugo Seiter** † war o. Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Freien Universität Berlin.