

7. ZAAR-Kongreß „Neues Arbeitskampfrecht“

Freitag, 7. Mai 2010



Am Freitag, den 7. Mai 2010 fand im Paulaner am Nockherberg in München der 7. ZAAR-Kongreß zum Thema „**Neues Arbeitskampfrecht**“ statt. Die Tagung beschäftigte sich mit dem neu ausgerichteten richterlichen Arbeitskampfrecht des BAG und ging einerseits der Frage nach, wo die – vom Ersten Senat nunmehr als Leitlinie betrachtete – Kampf(mittel)freiheit endet und welche etablierten Elemente des überkommenen Richterrechts von der Erosion bedroht sind. Auf der anderen Seite wurde die Tragfähigkeit dieses Richterrechtkonzepts untersucht, auch mit Blick auf die Folgewirkungen.



I. **Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeitskampf?**

Nach Begrüßung der Teilnehmer durch Professor Dr. Volker Rieble (ZAAR) eröffnete *Professor Dr. Hansjörg Otto* (Georg-August-Universität Göttingen) den 7. ZAAR-Kongreß mit dem Referat „Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeitskampf?“. Nach einem kurzen Überblick über die Wegmarken der Rechtsprechungsentwicklung erläuterte der Referent den neuen Prüfungskanon für die Bewertung von Arbeitskampfmitteln der Gewerkschaften. Anschließend würdigte er die neue Arbeitskampfrechtsordnung des BAG kritisch und sprach über die kollektiven Arbeitsbeziehungen im sozialen Rechtsstaat Deutschland. Zusammenfassend stellte er folgende Thesen auf: (1) Das BAG verkenne den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, indem es die verfassungsrechtlich gewährleistete koalitionspezifische Betätigung mit Hilfe des rechtstatsächlichen Verhaltens der Gewerkschaften definiere. (2) Neben dem Gebot praktischer Konkordanz ließe es auch das Rechtsstaatsgebot und das Gemeinwohl außer Acht. (3) Dies beruhe ganz wesentlich auf der verfehlten Umwidmung des

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. (4) Da das BAG bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts an Stelle des Gesetzgebers trete, hätte es sich fragen müssen, ob dieser als neutraler Sachwalter Unterstützungstreiks und Flashmob-Aktionen so weitgehend gestatten würde. (5) Die vagen Vorhalte des BAG hinsichtlich Unterstützungstreiks schafften keine Rechtsklarheit. (6) Flashmob-Aktionen beeinträchtigten neben dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb auch Eigentum und Besitz. (7) Die vom BAG ins Feld geführten Möglichkeiten der Gegenwehr beim Flashmob seien entweder praktisch kaum umsetzbar oder liefen auf eine zusätzliche Selbstschädigung hinaus. (8) Die Ausweitung des gewerkschaftlichen Handlungsspielraums gefährde auf längere Sicht den Rechtsfrieden, indem sie die Hemmschwelle für Rechtsverletzungen leichtfertig herabsetze.



II. Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit?

Der folgende Vortrag von *Professor Dr. Jens Kersten* (Ludwig-Maximilians-Universität München) beschäftigte sich mit dem Thema „Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit?“. Nach einer kurzen Einleitung erläuterte der Referent zunächst die verfassungsrechtliche Struktur des Arbeitskampfrechts und übte am neuen Arbeitskampfrecht insoweit Kritik: Auf Schutzbereichsebene verkenne das BAG, daß es sich bei der Koalitionsfreiheit um eine Kombination von Freiheitsgrundrecht und Institutsgarantie handle. Auf Schrankenebene fehle es an der Vorhersehbarkeit der Prüfungskriterien und der Prognostizierbarkeit der Prüfungsdichte. Ein daran anknüpfender Prüfungsvorschlag des Referenten umfaßte zum einen eine sorgfältige Untersuchung des Schutzbereichs (kein Schutz von Dritten ohne koalitionspezifisches Bezugskriterium sowie von Verletzungen des Lebens und der Gesundheit) und zum anderen eine am Maßstab der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems vorgenommene Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sodann sprach Kersten über den Flashmob als Arbeitskampfmittel. In einem ersten Schritt behandelte er das Phänomen der Schwarmbildung (sog. *swarming*), dessen Muster, sowie dessen Herausforderungen für das Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht. Anschließend bewertete er den Flashmob aus arbeitskampfrechtlicher Sicht: dieser sei als für die Gewerkschaft beherrschbare und risikolose Maßnahme im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems weder erforderlich noch angemessen. Der Vortrag wurde mit einem Ausblick auf Gegenmaßnahmen abgerundet, im Rahmen dessen der Referent Bildung von „Gegenschwärmen“ und die Re-Individualisierung des Risikos der Schwarmbildung durch private Sicherheitstechnik erwog.



III. Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampsrisikos

Nach der Mittagspause trug *Professor Dr. Richard Giesen* (ZAAR) zum Thema „Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampsrisikos“ vor. Zunächst gab er einen Überblick über die erweiterten Arbeitskampsbefugnisse im neuen Arbeitskampsrecht. Die Flashmob-Entscheidung, so Giesen, liege in einem Trend der Eskalation. Alle Arbeitskampsmittel und -ziele könnten nunmehr unter dem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt für zulässig erklärt werden. Qualität und Quantität des Einsatzes neuer Arbeitskampsmittel seien hingegen unsicher. Angesichts der Unterstützungstreik-Entscheidung, in welcher der Erste Senat die Zulässigkeit von Protest oder Sympathie gegen Entscheidungen des Gesetzgebers offen ließ, sei die bisherige Ablehnung des politischen Streiks obsolet geworden. Sodann beleuchtete der Referent die Verteilung der erweiterten Arbeitskampsrisiken. Seiner Ansicht nach sei eine Risikoweisung nach Kampsparität und Partizipation nicht mehr praktikabel: auf der einen Seite spreche das Partizipationsprinzip dagegen, dem Arbeitnehmer das Arbeitskampsrisiko aufzuerlegen. Die Gewerkschaft sei nicht mehr gezwungen, bei der Arbeitskampsplanung Belegschaftswünsche zu vertreten oder zu berücksichtigen, und ein Entgeltausfall folglich nicht mehr mit dem Gedanken des Profits zu rechtfertigen. Andererseits spreche das Paritätsprinzip dagegen, dem Arbeitgeber das Arbeitskampsrisiko aufzuerlegen – vor allem dieser werde durch die neuen Kampsmittel belastet. Damit ergebe sich die Notwendigkeit einer Neubewertung: für die Risikoverteilung seien angesichts der leistungsstörungsrechtlichen Wirkung des neuen Arbeitskamps allgemeine schuldrechtliche Regeln (§§ 275, 326 BGB) anzuwenden. Folglich müsse die kampsführende Koalition bereits bei der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit einer neuen Arbeitskampsmaßnahme berücksichtigen, welche Beeinträchtigungen sich für Dritte daraus ergeben könnten.



IV. Kampfxzeß und Veranstalterverantwortung (Arbeitskampscompliance)

Im Anschluß referierte *Professor Dr. Steffen Klumpp* (Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg) über das Thema „Kampfxzeß und Veranstalterverantwortung (Arbeitskampscompliance)“. Einleitend wies er darauf hin, daß mit dem neuen Arbeitskampsrecht des Exzeßrisikos angestiegen sei. Weiter zeigte Klumpp in einem ersten Schritt auf, inwiefern die Einhaltung von Regeln als Veranstalteraufgabe gesehen werden müsse. Dabei erläuterte er zum einen die rechtlichen Grundlagen der Veranstalterverantwortung und die bisherigen Veranstalterpflichten (Auswahl- und

Instruktionspflichten, Überwachungspflichten, Einwirkungspflichten, allgemeine Kampfleitungspflicht, öffentlich-rechtliche Pflichten und strafrechtliche Grenzen). Zum anderen erklärte er, daß grundsätzlich keine Rückkoppelung auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs erfolge. In einem zweiten Schritt thematisierte der Referent die Veranstalterverantwortung im Hinblick auf das neue Arbeitskampfrecht. Diesbezüglich erörterte er zunächst die Tragfähigkeit des bisherigen Konzepts: aus dem erhöhten abstrakten Exzeßrisiko folgten noch kein Rechtswidrigkeitsverdikt hinsichtlich des Arbeitskampfes, sondern lediglich strengere Organisationspflichten. Anschließend befaßte er sich mit den Folgefragen wie der Frage des nach seiner Auffassung nicht gerechtfertigten Eingriffs eines Dritten in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Insoweit führe bereits der Aufruf, Dritte mögen sich an Flashmobs beteiligen, zu einem Personalexzeß. Hieraus ergäben sich wiederum Organisationspflichten der Kampfparteien hinsichtlich der Teilnehmersauswahl und der Überwachung. Abschließend sprach Klumpp über die Unwirksamkeit tariflicher Maßregelungsabreden. Als Fazit hielt der Referent fest, daß auf der Grundlage des neuen Arbeitskampfrechts eine Steigerung der organisationsrechtlichen Komponente einherginge. Diese erhöhte Pflicht deute wiederum darauf hin, daß eine Arbeitskampfmaßnahme auch mit eigenen Opfern einhergehen müsse.



V. Entwicklung des Arbeitskampfrechts in Europa

Das Referat von *Professor Dr. Abbo Junker* befaßte sich mit dem Thema „Entwicklung des Arbeitskampfrechts in Europa“. Vergleichende Erwägungen im Arbeitskampfrecht, so Junker, könnten drei Ziele verfolgen: (1) die Vorbereitung einer Rechtsvereinheitlichung, (2) praktische Gründe oder (3) die Anschauung zum besseren Verständnis des deutschen Arbeitskampfrechts. Gegenwärtig sei vor allem das dritte Ziel von Bedeutung: die Rechtsvergleichung führe Fälle und Probleme vor

Augen, die in Deutschland noch nicht aufgetreten seien, und zeige bei den bekannten Problemen den international vorhandenen Vorrat an Lösungen. In einem ersten Punkt befaßte sich der Referent mit der Herleitung des Streikrechts. Die weitestgehende Streikgarantie befinde sich in Art. 58.1 der portugiesischen Verfassung aus dem Jahre 1976, die das Streikrecht mit einer dem Art. 79 Abs. 3 GG vergleichbaren Unantastbarkeitsgarantie versehe. Im Hinblick auf das Stichwort der „Streikfreiheit“ wies Junker auf den bestehenden konzeptionellen Unterschied zwischen den kontinental-europäischen und den angelsächsischen Rechtsordnungen hin. Innerhalb Europas beständen zudem unterschiedliche Spruchpraxen: Während das Arbeitskampfrecht hierzulande größtenteils vom BAG bestimmt werde, existierten in Frankreich, ähnlich wie in Österreich, bestimmte Kammern des obersten Gerichtshofs. In einem zweiten Punkt wurden die Mittel des Arbeitskampfs thematisiert. Neben primären (Streik) und sekundären (Aussperrung) Kampfmitteln seien teilweise auch tertiäre Mittel wie (1)

Anreize, sich nicht an der Arbeit zu beteiligen, (2) die kollektive Ausübung von individuellen Rechten und (3) mehr oder weniger mit Gewalt verstandene Kampfmittel verbreitet. Thematisiert wurde neben den Betriebsblockaden unter anderem auch das in Großbritannien eine herausragende Rolle spielende „Streikpostenstehen“ (*picketing*) i.S.v. Sect. 220 TULR(C)A. In einem letzten Punkt erläuterte der Referent schließlich die Ziele des Arbeitskampfs.

Der diesjährige ZAAR-Kongreß hat das Arbeitskampfrecht im Hinblick auf die Rechtsprechung des BAG umfassend aufbereitet, einer kritischen Würdigung unterzogen und damit für eine Fortentwicklung in diesem Bereich gesorgt.

Bei der Verabschiedung bedankte sich Professor Dr. Martin Franzen (Ludwig-Maximilians-Universität München) nicht nur bei den fachlich herausragenden Referenten, sondern auch bei den zahlreichen Teilnehmern für ihr reges Interesse und die Mitwirkung bei den spannenden Diskussionen. Er beendete die Veranstaltung mit dem Hinweis auf die 2. ZAAR-Tagung, die am 10. September 2010 in Hamburg zum Thema „Arbeitsrecht im Konzern“ stattfinden wird.

Über die Vorträge und Diskussionen des 7. ZAAR-Kongreß erscheint ein Tagungsband in der ZAAR Schriftenreihe.

Frederike Gärtner
Wissenschaftliche Mitarbeiterin