

Prof. Dr. Volker Rieble

Fallenlassen einzelner Streikforderungen

Besonders in kampfrechtlichen Verfügungsverfahren (gern auf richterliche Anregung), gelegentlich aus Einsicht oder zur Risikobegrenzung lassen Gewerkschaften „problematische“ Streikforderungen fallen – um ihren Arbeitskampf auf die sicheren Ziele zu konzentrieren und ihn so rechtssicher[er] zu machen. Dabei ist die Frage aufgeworfen, welchen Anforderungen der gewerkschaftliche Tarifwillensumschwung genügen muss.

I. Tarifierbare Arbeitsbedingung als notwendiges Streikziel

Das deutsche Arbeitskampfrecht versteht Tarifautonomie und die privilegierten Arbeitskämpfbefugnisse als Einheit: Art. 9 Abs. 3 GG baut auf den *faktischen Einigungszwang durch Arbeitskampf*. Deshalb sagt der Große Senat des BAG: „Arbeitskämpfe müssen [...] nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem möglich sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können.“¹ Ähnlich wertet das BVerfG in der Aussperrungsentscheidung: „Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, [...] werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.“²

Solange Tarif- und Streikmonopol verschränkt sind, solange also das BAG nicht den tariffreien Streik erfindet³, solange gilt der Satz: *Was tariflich-normativ nicht regelbar ist, darf nicht mit dem Streik erzwungen werden*, weshalb die tarifrechtliche Unzulässigkeit einer Forderung den Arbeitskampf rechtswidrig macht.⁴ Jüngst betont das BAG sehr klar: „Ein Grundrecht auf Streik, losgelöst von seiner funktionalen Bezugnahme auf die Tarifautonomie, gewährleistet Art. 9 Abs. 3 GG nicht.“⁵

Insbesondere hat das BAG bislang der Versuchung widerstanden, aus internationalrechtlichen Gewährleistungen (EMRK, ESC) ein tariffreies Streikrecht zu schaffen.⁶

II. Bestimmtheit und Erhobensein der Tarifforderung

Eine Tarifforderung kann erst dann streikweise durchgesetzt werden, wenn sie überhaupt und von den hierfür nach der Satzung zuständigen Organ „erhoben“ ist und dies dem Gegner durch einen *konkreten Kampfbeschluss* mitgeteilt ist.⁷ Ist gar keine Tarifforderung erhoben, bleibt der Streik unzulässig.⁸

Der Kampfbeschluss verknüpft die Tarifforderung mit dem Streik als Willensbeugungsinstrument, definiert also die konkrete Zweck-Mittel-Relation und legitimiert erst hierdurch den Streik nach dem eben unter I Gesagten. Dieser Kampfbeschluss ist der Gewerkschaft zurechenbar nur, wenn das satzungsgemäß zuständige Gewerkschaftsorgan entschieden hat.⁹ Auch muss dieser Kampfbeschluss unter Bezeichnung der Tarifforderung dem tariflichen Gegenspieler zugehen.¹⁰

Dies richtigerweise deshalb, weil es sich um ein *kollektives Gestaltungsrecht* handelt: Erst der Zugang des Kampfbeschlusses eröffnet den Arbeitnehmern die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses durch Streikteilnahme, eröffnet also den Kampf.¹¹

Richtigerweise ist für die Tarifforderung als Streikgrundlage zu verlangen, dass sie so bestimmt ist, dass der bestreikte Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband die Forderung *mit einem bloßen „Ja“ annehmen kann*.¹² Sonst kann die Arbeitgeberseite den Streik nicht durch Nachgeben vermeiden. Auch lässt sich nur bei einer hinreichend konkretisierten Tarifforderung exakt prüfen, ob das Tarifziel rechtmäßig ist, insbesondere nicht gegen die Friedenspflicht verstößt und nicht unzulässig diskriminiert. Für „überspitzt“ halten das *Dieterich* und *Linsenmaier*: „Das Kampfziel muss zwar so klar formuliert sein, dass die Gegenseite sinnvoll reagieren kann und auch eine Rechtmäßigkeitskontrolle mögl. ist. Jedoch ist es nicht erforderl., dass mit einem bloßen „Ja“ ein Tarifabschluss zu Stande käme.“¹³ Daran erstaunt, dass rechtliche Argumente wie das ultima-ratio-Prinzip keine Rolle mehr spielen. Was heißt „sinnvoll reagieren“?

Der „*Basarstreik*“, mit dem die Gewerkschaft nur Verhandlungen über ein Thema ohne konkrete Forderung erzwingen will, ist unverhältnismäßig.¹⁴ Er schädigt ohne hinreichenden Grund, weil ihm die konkrete

1 BAG GS, 21.4.1971 – GS 1/68, NJW 1971, 1668, 1669.

2 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809, 810.

3 Zentral BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; weiter *Rieble*, RdA 2005, 200, 207 ff.

4 BAG, 9.4.1991 – 1 AZR 332/90, BB 1991, 1794, NZA 1991, 815; 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, BB 2003, 1125 m. BB-Komm. *Melot de Beauregard*, NZA 2003, 734 für die unzulässige tarifliche Pflicht zu bestimmter arbeitsvertraglicher Regelung; bestätigt in der Tarifsozialplan-Entscheidung 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 79: „Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG können Arbeitskämpfe nur zur Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele geführt werden [...] Dies folgt aus der Hilfsfunktion des Arbeitskampfs zur Sicherung der Tarifautonomie“. Weiter *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 2, 22; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, S. 217 ff.; *Ricken*, in: MünchArbR, 3. Aufl. 2009, § 200 Rn. 29, 47; *Peters*, Das Scheitern der Tarifverhandlungen als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Arbeitskampfmaßnahmen, 1997, S. 110; *Dietz*, JuS 1968, 1, 6 *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 485 ff.; a. A. *Däubler*, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 5: keine Bindung an das Tarifziel; weiter *Dieterich/Linsenmaier*, in: ErFK, 14. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 114: „Arbeitskampf zur Durchsetzung schuldrechtl. Kollektivverträge legitim“, das wird dort zu Unrecht als „hl“ bezeichnet; ähnlich *Franzen*, ZAAR 27 (2012), 119, 129 ff. Richtig ist allein, dass der Streik um einen schuldrechtlichen Tarifvertrag (!) zulässig ist, *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 20.

5 BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 179/11 „Dritter Weg“, NZA 2013, 448 Rn. 111: wortgleich 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 „Zweiter Weg“, NZA 2013, 437 Rn. 49. Damit dürften frühere Irritationen um den Demonstrationstreik beigelegt sein.

6 Zentral BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055; weiter *Rieble*, RdA 2005, 200, 207 ff. m. w. N.

7 Allg. Meinung, statt vieler *Raab*, FS Otto, 2008, S. 405; BAG, 31.10.1995 – 1 AZR 217/95, NZA 1996, 389.

8 BAG, 9.4.1991 – 1 AZR 332/90, BB 1991, 1794, NZA 1991, 815.

9 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 2, *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 42 Rn. 2; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 7 Rn. 38 f., *Raab*, FS Otto, 2008, S. 424. Hiervon geht ersichtlich aus BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 „Tarifsozialplan“, BB 2007, 2235 m. BB-Komm. *Kappenhagen/Lambrich*, NZA 2007, 987 Rn. 110.

10 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 1013; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 42 Rn. 15; für die Aussperrung: BAG, 31.10.1995 – 1 AZR 217/95, BB 1996, 1275, NZA 1996, 389.

11 Dazu *Raab*, FS Otto, 2008, S. 410, 413, 424 ff.

12 Explizit *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 24 Rn. 12.

13 *Dieterich/Linsenmaier*, in: ErFK, 14. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 117.

14 Schief insoweit BAG, 26.10.1971 – 1 AZR 113/68, AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 44: „Ein Streik der dazu dient, den tarifunwilligen Arbeitgeber an den Verhandlungstisch zu bringen, ist nicht schon um dieser Zielrichtung willen rechtswidrig“, zumal das Gericht unter

Willensbeugungsfunktion fehlt. Und er verfehlt das ultima-ratio-Prinzip. Dass Verhandlungen gescheitert seien, lässt sich ohne konkrete Forderung nicht ansatzweise sagen. Umgekehrt setzte die autonome und unkontrollierte Scheiternserklärung durch die Gewerkschaft nach der Warnstreikrechtsprechung des BAG doch voraus, dass die Arbeitgeberseite weiß, zu welchen Verhandlungen sie unter Kampfandrohung aufgefordert war. Das BAG sagt explizit: „Damit setzt die Zulässigkeit jeder Arbeitskämpfmaßnahme voraus, dass zuvor Forderungen für den Inhalt des abzuschließenden Tarifvertrages erhoben worden sind und dass in der Regel über diese Forderungen auch Tarifvertragsverhandlungen geführt wurden; eine Ausnahme gilt dann, wenn die andere Seite Verhandlungen über eine Forderung überhaupt ablehnt.“¹⁵ Das heißt: Verzichtbar ist nur die Verhandlung, nie aber die Forderung.

III. Gemisch rechtmäßiger und rechtswidriger Streikziele

Nach der „Rührei“-Theorie führt jedes unzulässige Streikziel zur Rechtswidrigkeit des gesamten Streiks.¹⁶ Solche Teilrechtswidrigkeit kommt vor, vor allem wenn einzelne Forderungen in einem laufenden Tarifvertrag (mit)geregelt sind, jeder Streik also gegen die Friedenspflicht verstößt. Oder wenn eine Forderung tariflich-normativ gar nicht regelbar ist (Rücknahme einer Kündigung, Standortgarantie). Oder wenn eine Tariffähigkeit gegen höherrangiges Recht verstößt. Jeder Kampf um eine gemischte Forderung scheitert an ihren unzulässigen Elementen. Der Arbeitgeber hat nicht die Möglichkeit, sein kampfbedingtes Nachgeben auf die zulässige Tarifforderung zu beschränken, weswegen schon eine rechtswidrige Teilforderung das Kampfziel insgesamt „infiziert“. Das hat das BAG zuletzt 2002 bestätigt – für den Fall, dass eine Hauptforderung unzulässig ist und nur offen gelassen, ob die Rechtswidrigkeit einer ganz untergeordneten Forderung schadet.¹⁷

Eben wegen jener „Rührei“-Theorie wird es für die Gewerkschaft interessant, beanstandete Streikziele nachträglich aus dem Forderungskatalog herauszunehmen – um so weniger angreifbar zu sein. Das kann dazu dienen, einer Unterlassungsverfügung zu entgehen, kann aber auch Schadensersatzforderungen präventiv begegnen.

IV. Punktuelle Rechtsprechung zum Fallenlassen

1. LAG Berlin-Brandenburg 14.8.2012

Die 22. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg lässt es zu, dass ein Prozessvertreter im einstweiligen Rechtsschutz nach richterlichem Hinweis eine bislang erhobene Tarifforderung „fallen lässt“ und damit der bis dahin begründeten Unterlassungsverfügung die Grundlage nimmt.¹⁸ Im Fall ging es um einen Streikaufruf für die Wachmannschaften von Kernkraftwerken, mit insgesamt interessanter Parteinahme. Prozessual richtig, aber ebenso selbstverständlich stellt das Gericht darauf ab, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des zukunftsgerichteten Unterlassungsanspruchs der Zeitpunkt der Entscheidung ist. Die eigentliche Frage ignoriert das Gericht (zu eigener Arbeitersparnis und im Bewusstsein letzter Instanz): „Die Erklärung des Prozessbevollmächtigten der beklagten Gewerkschaft ist durch die Prozessvollmacht gedeckt. Prozessuale Hindernisse bestehen entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers nicht.“ Das darf man als erstaunlich ansehen. Ob das Gericht auch einen streitbelegenden Tarif-

abschluss durch den Prozessvertreter akzeptiert? Das Gericht denkt ganz pragmatisch: Der rechtswidrige Streik bleibe dem Verfügungskläger ja erspart. Vor den Kosten kann er sich mit einer Erledigungserklärung nach § 91a ZPO schützen. Dass auch der solchermaßen modifizierte Streik rechtswidrig ist – weil es für dieses Streikziel keinen Beschluss des Gewerkschaftsvorstands gibt (wie dies explizit das BAG verlangt, oben II) – wen kümmert's.

2. ArbG Mainz 10.7.2007

Ähnlich sieht dies das ArbG Mainz: Der Fall war dort indes anders gelagert: Das Gericht hatte der GDL zunächst den Streik verboten, weil erhebliche Teile der Forderung gegen die Friedenspflicht verstoßen hatten. Es hat die Verfügung auf Widerspruch aufgehoben, weil die Gewerkschaft zwischenzeitlich von der rechtswidrigen Tarifforderung abgerückt sei:

„Die Verfügungsbeklagte hat dargelegt, sie habe für diese Tarifrunde Teile ihrer früheren Forderungen verbindlich fallen gelassen und dies durch eidesstattliche Versicherung des Vorsitzenden ihres Hauptvorstandes glaubhaft gemacht. Bei den weggefallenen Forderungen handelte es sich um die beanstandeten Vorschläge, die die Friedenspflicht aus den Tarifverträgen [...] berührten [...] – dies hat die Verfügungsbeklagte in der Kammerverhandlung bekundet und im Parallelverfahren (4 Ga 17/07) auch zu Protokoll erklärt.

Damit hat sie nicht nur von unwesentlichen Teilen ihrer früheren Forderungen Abstand genommen. Diese erhebliche Abänderung der früheren Streikziele hat Auswirkung auf den Streitgegenstand. Die am 10.7.2007 erlassene einstweilige Verfügung ist damit gegenstandslos geworden. Sie kann nicht aufrechterhalten werden, da sie keinen Bezug zu dem derzeitigen Sachstand hat. Durch Veränderungen, die seit ihrem Erlass eingetreten sind, hat sie sich damit erledigt und war in der Konsequenz aufzuheben.“¹⁹

Nicht sauber mitgeteilt ist, ob der Hauptvorstand ordnungsgemäß getagt und beschlossen hat oder ob der Vorsitzende aus eigener Machtvollkommenheit handelte. Das LAG Rheinland-Pfalz hat die Entscheidung bestätigt, insofern ist nur eine Pressemitteilung verfügbar.²⁰

3. Hessisches LAG 9.8.2011

Noch deutlicher war der Sachverhalt in einem Verfügungsverfahren vor dem Hessischen LAG.²¹ Die Gewerkschaft der Fluglotsen war mit einem ersten Streikversuch an einer einstweiligen Verfügung des ArbG Frankfurt vom 3.8.2011 gescheitert, weil eine Tarifforderung im ungekündigten Manteltarif geregelt war und also gegen die Friedenspflicht verstieß.²² Daraufhin hatte die Gewerkschaft den Streik abgesetzt,

A II 3 „zu h“ den Hinweis gibt, nur wenn die Gewerkschaft ausschließlich tariffremde Verhandlungen führen wolle, sei der Streik rechtswidrig.

15 BAG, 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BB 1988, 2461, NZA 1988, 846, 849; BAG, 9.4.1991 – 1 AZR 332/90, BB 1991, 1794, NZA 1991, 815, 816; so auch schon *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 514 f.; *Otto*, Arbeitskämpf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 7 Rn. 19; *Peters*, Das Scheitern der Tarifverhandlungen als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Arbeitskämpfmaßnahmen, 1997 S. 111 m. w. v. N.

16 BAG, 4.5.1955 – 1 AZR 493/54, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf; *Kissel*, Arbeitskämpfrecht, 2002, S. 219 f.; *Otto*, Arbeitskämpf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 25; *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, Grundl. Rn. 451; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2013, 1400.

17 BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, BB 2003, 1125 m. BB-Komm. *Melot de Beauregard*, NZA 2003, 734; ähnlich LAG Nürnberg, 30.9.2010 – 5 Ta 135/10, juris. Für die Unbeachtlichkeit untergeordneter Nebenforderungen *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 1066.

18 LAG Berlin-Brandenburg, 14.8.2012 – 22 SaGa 1131/12, juris Rn. 67.

19 ArbG Mainz, 14.7.2007 – 3 Ga 19/07, juris Rn. 80 ff.

20 LAG Rheinland-Pfalz, 16.7.2007 – 4 Ga 17/07 u. a., juris.

21 Hess. LAG, 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11, juris.

22 ArbG Frankfurt a. M. 3.8.2011 – 22 Ga 134/11, n. v.; Hess. LAG, 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11, juris Rn. 3.

aber am 8.8.2011, nach fünf Tagen, einen neuen und bereinigten Streikbeschluss gefasst. Im zweiten Verfügungsverfahren meinte das LAG: „Diese Forderung [...] hat der Verfügungsbeklagte mit Schreiben vom 8.8.2011 nicht aufrechterhalten. Er hat darin erklärt, diese Forderungen seien nicht mehr Gegenstand des Tarifkonflikts und des angekündigten Arbeitskampfes. Streikforderung ist und bleibt neben den Forderungen zur Vergütungsrunde der Abschluss des ETV-E. Diese Mitteilung erfolgte durch den Bundesvorstand des Verfügungsbeklagten. Eine erneute Urabstimmung war nicht erforderlich. Zum einen ist die Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen ohne das Vorliegen einer satzungsmäßigen Urabstimmung als verbandsintern anzusehen und ohne Außenwirkung (*Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 40 Rn. 19). Zum anderen ist bei der Tarifforderung eines komplexen Regelwerkes wie einem Eingruppierungstarifvertrag nicht bei jedem Fallenlassen einer einzelnen Klausel vor einem Streik erneut das Scheitern der Verhandlungen festzustellen. Die Verfügungsklägerin war jederzeit in der Lage, die eingeschränkte Forderung anzunehmen.“²³

4. ArbG Frankfurt 29.2.2012

Kampfrechtlich denkt die Neunte Kammer des ArbG Frankfurt. Sie sieht den Arbeitskampf als einheitliches Geschehen, so dass ab dem Streikaufruf keine heilende Modifikation der Tarifforderung möglich ist. Wieder ging es um einen Streik der Lotsengewerkschaft, diesmal für das Vorfeld in 2012. Und wieder waren Elemente der ersten Forderung von der Friedenspflicht erfasst. Das Gericht sagt: „Der Rechtswidrigkeit der streitgegenständlichen Streikmaßnahme steht auch nicht entgegen, dass der Bundesvorsitzende der Verfügungsbeklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärte, dass an den o.g. Tarifforderungen nicht mehr festgehalten werde. Vielmehr handelt es sich bei der streitgegenständlichen Arbeitskampfmaßnahme um eine bereits andauernde einheitliche Maßnahme, die auch nur einheitlich als rechtswidrig oder aber rechtmäßig beurteilt werden kann. Anders mag es sich verhalten, solange eine Arbeitskampfmaßnahme lediglich angekündigt ist, jedoch noch nicht begonnen hat. Eine solche Fallkonstellation ist hier aber nicht gegeben. Die Verfügungsklägerin zu 1) musste spätestens mit Aufruf zum Streik und der Arbeitsniederlegung für die gesamte Dauer des Streiks Maßnahmen ergreifen, um den Auswirkungen der Arbeitsniederlegung entgegenzuwirken. Die Entscheidung, welche Maßnahmen sie für welche Zeitdauer durchführt bzw. ob sie sich auf Verhandlungen zu den konkreten Tarifforderungen einlässt, statt den Arbeitskampf hinzunehmen, orientiert sich an der Abwägung der durch den Arbeitskampf eintretenden Folgen und den mit dem Arbeitskampf durchzusetzenden Regelungen. Daher können während einer laufenden Arbeitskampfmaßnahme nicht die Kampfziele geändert werden. Ob die zu Protokoll erklärte Änderung der Kampfziele nun erheblich oder von übergeordneter Bedeutung ist, entzieht sich der Beurteilung durch die Gerichte. Andernfalls würden die Gerichte eine Tariffensur betreiben. Es ist eben nicht die Aufgabe der Gerichte, die Kampfziele zu bewerten.“²⁴

Freilich hält die Neunte Kammer nicht so recht durch: Als es dann für denselben – nach Auffassung des Gerichts eben rechtswidrigen – Streik zum Hauptsacheverfahren über Schadensersatz kam, hielt das Gericht schon an seinem ursprünglichen Verdikt nicht mehr richtig fest, sondern lässt die Frage offen: „Der Rechtswidrigkeit des Hauptstreiks steht auch nicht entgegen, dass der Bundesvorsitzende der Verfügungsbeklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung in dem Verfahren

9 Ga 24/12 am 29.2.2012 zu Protokoll erklärte, dass an den o.g. Tarifforderungen nicht mehr festgehalten werde. Dies lässt die Rechtswidrigkeit des Hauptstreiks jedenfalls nicht rückwirkend entfallen. Denn die Arbeitskampfparteien haben bereits vor Beginn einer Arbeitskampfmaßnahme dem jeweiligen Gegner den Kampfbeschluss bekanntzugeben, da die von einer Arbeitskampfmaßnahme betroffene Seite wissen muss, woran sie ist und was von ihr verlangt wird, damit sie ihr eigenes Verhalten darauf einrichten und von ihren arbeitskampfrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten Gebrauch machen kann (vgl. BAG vom 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – NZA 2012, 1372 m. w. N.). [...]

Vielmehr handelt es sich bei der Frage, ob der oben dargestellte Verstoß gegen die Friedenspflicht überhaupt Einfluss auf die Verhandlungen und deren Verlauf hatte, um eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität bzw. der Zurechenbarkeit unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens (s.u.). Ein bestreikter Arbeitgeber ist damit hinreichend davor geschützt, dass eine Gewerkschaft ihren Streikforderungen (bewusst) unwesentliche, friedenspflichtverletzende Forderungen beifügt. Denn auch wenn diese Forderungen den Streikverlauf nicht beeinflussen, hat der Arbeitgeber gegen die rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahme einen Unterlassungsanspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB. Andererseits wird sich die Gewerkschaft, wenn feststeht, dass auch ohne diese unwesentlichen Nebenforderungen der Streik zur selben Zeit und in derselben Art und Weise stattgefunden hätte, was sie darzulegen und ggf. auch zu beweisen hätte (vgl. BGH, 25.11.1992 – VIII ZR 170/91, NWJ 1993, 520), auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens berufen können, was zwar einen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers nicht entgegen steht, aber eine Pflicht zum Ersatz der durch den rechtswidrigen Arbeitskampf verursachten Schäden ausschließt.²⁵ Das ist Freirechtsschule: Der rechtswidrige Kampf führt nur zu Unterlassungs-, nicht aber zu Ersatzansprüchen. Dem Arbeitgeber wird so die Verantwortung dafür auferlegt, einen rechtswidrigen Streik abzuwehren – für die Folgen muss ja die Gewerkschaft nicht einstehen. Zivilrechtlich wird so das Prinzip der Einheit von präventiver Störungsabwehr und repressiver Reparation aufgegeben. Vor allem aber ist die Argumentation widersprüchlich. Wenn es für den Unterlassungsanspruch entscheidend ist, dass der Arbeitgeber sich im Arbeitskampf auf eine veränderte Forderung nicht mehr friedlich einlassen kann, dann schließt eben dies jedes rechtmäßige Alternativverhalten vom Schutzzweck her aus – worauf *Willemsen* und *Mehrens* richtig hinweisen.²⁶

V. Der Kampfbeschluss und seine Änderung

1. Zuständigkeit

Eine Gewerkschaft kann ihre Tarifforderung innerhalb der Tarifausinandersetzung ändern und damit den *kollektiven Kampfbeschluss modifizieren*. Dazu ist aber grundsätzlich erforderlich, dass das nach der Satzung erforderliche Gewerkschaftsorgan sowohl über die Tarifforderung wie über den Streikaufruf zu ihrer Durchsetzung entschei-

23 Hessisches LAG, 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11, juris Rn. 31.

24 ArbG Frankfurt, 29.2.2012 – 9 Ga 24/12, juris Rn. 50.

25 ArbG Frankfurt, 25.3.2013 – 9 Ga 555/12, juris Rn. 133 f.

26 *Willemsen/Mehrens*, NZA 2013, 1400, 1402 f. mit treffendem Verweis insbesondere auf die OT-Streikentscheidung BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10, NZA 2012, 1372, in der das BAG nicht ansatzweise erwogen hat, der Ersatzanspruch des rechtswidrig Bestreikten könne entfallen, weil gegen ihn auch ein Unterstützungstreik hätte geführt werden können.

det. Andernfalls ist der Kern des Tarifgeschehens nicht mehr „demokratisch“ legitimiert.

In den Satzungen der DGB-Gewerkschaften finden sich (mit gutem Grund) strenge Regeln, die dem geschäftsführenden oder Hauptvorstand die Entscheidung vorbehalten:

- § 18 Nr. 3 lit c der IG Metall-Satzung: „Der Vorstand entscheidet nach Prüfung über Tarifikündigungen, Urabstimmungen und Arbeitseinstellungen.“ § 22 Nr. 1 sieht eine Delegationsbefugnis an Bezirksleitungen und Ortsvorstand vor, jedoch nur für den Aufruf zu Warnstreiks und hält in Nr. 2 explizit fest: „Arbeitseinstellungen setzen den Beschluss des Vorstandes voraus.“
- Für die IG BCE schreibt § 11 Nr. 2 Abs. 1 der Satzung vor: „Vorbereitung, Einleitung und Durchführung von Urabstimmungen oder Arbeitskämpfen bedürfen der Zustimmung des Hauptvorstands.“ Das wird als Aufgabe des Hauptvorstandes wiederholt in § 19 Nr. 7 lit e.
- Für ver.di regelt § 70 der Satzung den Arbeitskampf. Nr. 1: „Über Urabstimmungen und Arbeitskampfmaßnahmen entscheidet der Bundesvorstand.“ Und Nr. 2: „Der Bundesvorstand kann im Falle kurzzeitiger, befristeter Arbeitsniederlegungen und Warnstreiks sein Entscheidungsrecht delegieren.“
- Nach § 20 der NGG-Satzung entscheidet der Geschäftsführende Hauptvorstand über „Einleitung und Durchführung von Arbeitskämpfen“ und kann nach seinem Ermessen „eine[r] Mitgliederbefragung (Urabstimmung) [...] über die Kampfbereitschaft in jeder Phase des Arbeitskampfes wiederholen.“
- Für die IG B.A.U. bestimmt § 10 Nr. 3 der Satzung „Der Bundesvorstand beschließt die Vorbereitung und Durchführung eines Arbeitskampfes.“
- In der EVG inst der Bundesvorstand nach § 21 Nr. 5 lit h zuständig für „die Einleitung von Urabstimmungen und Streikbewegungen nach Maßgabe der Satzung“.

Wie das BAG in seiner OT-Rechtsprechung immer wieder betont, dürfen auf tarifpolitische Entscheidungen ausschließlich jene Mitglieder einwirken, die ihrerseits tarifgebunden sind: „*Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit*“.²⁷ Wenn schon der *Einfluss von OT-Mitgliedern auf tarifpolitische Entscheidungen* schlechthin illegitim ist, gilt das erst recht für gewerkschaftliche Prozessvertreter, einfache Mitarbeiter der Gewerkschaft bis hin zum Verwaltungsstellenleiter – die sämtlich nach den einschlägigen Satzungen der Gewerkschaft für Tariffbewegungen nicht entscheidungszuständig sind. Nicht einmal der Bundesvorsitzende der Gewerkschaft ist allein berufen, in einer Verhandlung vor dem Arbeitsgericht für „seine“ Gewerkschaft zu entscheiden. Er kann eine solche Entscheidung zwar mitteilen, entscheiden muss aber doch der Vorstand als Gremium.

Auch kommt es keinem Richter zu, durch „Hinweise“ die tarifpolitische Willensbildung einer Gewerkschaft gezielt zu beeinflussen und gar das Fallenlassen von Forderungen nahelegen. Gerichte sind nicht tariffähig, dürfen keine ergänzende Tariffauslegung vornehmen oder Tarifverträge an eine veränderte Geschäftsgrundlage anpassen und eben auch nicht einer Gewerkschaft zum risikoarmen Streik verhelfen. Dass bestimmte Richter das anders sehen und fühlen, zeigt nur die strukturelle Parteinahme in der Arbeitsgerichtsbarkeit. Man stelle sich umgekehrt vor, der Richter würde der Arbeitgeberseite einen „Tipp“ geben, welche Antragsumstellung Erfolg verspricht. Mit jener arbeitsrichterlichen „Dialektik der Einheit von Parteilichkeit und Gesetzlichkeit“²⁸ muss man sich nicht abfinden.

So wie die Gewerkschaft für den erstmaligen Streikaufruf die satzungsrechtlichen Vorgaben zu beachten hat, so gilt das auch für dessen Anpassung. Ob die Änderung von Tarifforderung und Kampfbeschluss einer Zustimmung der Tarifkommission, einer satzungsgemäßen Urabstimmung etc. bedarf, das regelt allein die Gewerkschaftssatzung. Arbeitsgerichte sind nicht zur Nothilfe berufen.

2. Zugang

Zudem *muss auch der modifizierte Kampfbeschluss „irgendwie“ dem Tarifgegner*, also dem bestreikten Arbeitgeberverband oder im Fall des Haustarifs dem einzelnen Arbeitgeber *zugehen*. Ist der Arbeitgeberverband oder gar das einzelne Unternehmen als Verfügungskläger in der Gerichtsverhandlung nicht mit einem passiv-vertretungsberechtigten Organ präsent, genügt insbesondere der Anwalt nicht als „Zugangsstelle“. Seine Prozessvollmacht beschränkt sich auf innerprozessuale Vorgänge, § 85 ZPO. Sowenig der Arbeitnehmeranwalt im Kündigungsschutzprozess Empfangsvertreter für eine Nachkündigung ist, sowenig ist der Anwalt der Arbeitgeberseite passiv vertretungsberechtigt für Kampfaufrufe. Insbesondere der Variante des LAG Berlin-Brandenburg entzieht das jede Grundlage.

3. Scheitern der Verhandlungen?

Die Entscheidung des ArbG Frankfurt lenkt den Blick auf einen entscheidenden Punkt: Sobald die Schwelle vom Verhandlungs- zum Kampfstadium überschritten ist, setzt die Gewerkschaft den Streik zur Beugung des Tarifwillens ein. Auf die in der Kampfphase modifizierte Forderung wurde aber nie verhandelt. Damit wird im Kern das ultima-ratio-Prinzip verletzt. Die „Rührei“-Theorie (oben III) will doch eben dies sichern: Dass der Arbeitgeber nur über den rechtmäßigen Teil der Forderung verhandeln muss. Das ultima-ratio-Prinzip garantiert ihm wenigstens eine friedliche Einigungschance. Wenn aber der friedliche Teil der Verhandlung mit einer rechtswidrigen Teilforderung belastet war, auf die sich der Arbeitgeber nicht einlassen muss, dann ist eine Korrektur nur auf einem Wege möglich: Der bereits eingeleitete Streik muss abgesagt werden. Die Gewerkschaft muss der Arbeitgeberseite Verhandlungen über die neue Forderung anbieten. Sobald diese gescheitert sind, kann ein „zweiter Streikanlauf“ erfolgen. Das bringt die Gewerkschaft womöglich in Mobilisierungsnot. Mit sorgsamer Engführung des Kampfbeschlusses auf rechtmäßige Ziele lässt sich das vermeiden. Insofern trägt die Gewerkschaft nur die Eigenverantwortung für eigenes riskantes Tun.

VI. Ergebnisse

1. Die Tarifierbarkeit einer gewerkschaftlichen Forderung ist Streikvoraussetzung. Richtigerweise muss die Forderung so bestimmt erhoben sein, dass die bestreikte Arbeitgeberseite durch bloßes „Ja“ den Streik abwenden kann. Der Basarstreik, mit dem nur die Aufnahme von Verhandlungen durchgesetzt werden soll, ist unzulässig.
2. Sind einzelne Tarifforderungen unzulässig, infizieren sie nach der „Rührei“-Theorie den ganzen Streik. Das legt die Modifikation des Kampfbeschlusses nahe.
3. Hierzu ist allein das nach der Satzung zuständige Organ der Gewerkschaft berufen, also der Vorstand. Rechtsanwälte, Ortsbe-

²⁷ BAG, 20.5.2009 – 4 AZR 179/08, NZA 2010, 102; 4.6.2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366 Rn. 38f.; 22.4.2009 – 4 AZR 111/08, BB 2010, 382, NZA 2010, 105 Rn. 29.

²⁸ *Hilde Benjamin*, NJ DDR 1958, 365.

vollmächtigte, selbst Gewerkschaftsvorsitzende sind nicht legitimiert.

4. Der ändernde Kampfbeschluss muss dem Tarifpartner zugehen, um wirksam zu sein. Der Prozessvertreter der Arbeitgeberseite ist durch die Prozessvollmacht nicht legitimiert.
5. Ist der Streik einmal angelaufen, kann seine Druckfunktion nicht auf eine veränderte Forderung umgestellt werden. Das ultima-ratio-Prinzip gewährleistet dem Arbeitgeber eine friedliche Verhandlungschance ohne anfänglichen Kampfdruck.

Prof. Dr. Volker Rieble lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht in München und ist Direktor des ZAAR.

