Urheberrechte achten!

Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht

*Volker Rieble**

Die Arbeitskampfrechtsprechung hat das Streikrecht stark gemacht und die Aussperrung bis zur Unmöglichkeit erschwert. Auf solche Verschiebung der Arbeitsmarktmacht reagieren Unternehmer mit Standortverlagerungen und Gütermarktmacht. Die Gewerkschaften werden zudem von gruppenegoistischen Funktionseliten bedroht. All dies stellt die Eignung des Arbeitskampfs zur Konfliktlösung in Frage.

Will man an der Konfliktlösungsfunktion des Arbeitskampfs festhalten, sind Einschränkungen des Streikrechtes erforderlich. Zur Vermeidung schädlicher Arbeitskämpfe ist ein effektiver Schlichtungsversuch geboten. Ankündigungsfristen für Kampfmaßnahmen sind zwingend. Schädigende Kampfwirkungen in Drittbetrieben müssen als Arbeitskampfrisiko auch zu Lasten der Arbeitnehmer gehen. Jeder Streik bedarf einer legitimierenden Urabstimmung in der Gewerkschaft. Für Betriebe der Daseinsvorsorge ist ein effektives Notdienstgebot zu verankern. Der Betriebsrat darf Mitwirkungs- und Informationsrechte nicht zur Kampfbeeinflussung nutzen können.

Gliederung

1 Diagnose

1.1 Verschiebung des Arbeitskampfrechts

1.2 Bumerangeffekt: Standortverlagerung als Kampfmittel

1.3 Gruppenegoistische Streiks von Funktionselitengewerkschaften

1.4 Rechtspolitische Folgerung

2 Therapie

2.1 Schlichtungsobliegenheit

2.2 Urabstimmung

2.3 Ankündigungsfrist

2.4 Zugang zum Betrieb

2.5 Betriebe der Daseinsvorsorge

2.6 Schutz des verbandsangehörigen Arbeitgebers

2.7 Wirkungen in drittbetroffenen Betrieben

2.8 Neutralität der Betriebsräte im Arbeitskampf

2.9 Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes

3 Schluß

Literatur

* Der Beitrag liegt in der alleinigen Verantwortung des Autors.

ZAF 2 und 3/2005, S. 218–229

1 Diagnose

1.1 Verschiebung des Arbeitskampfrechts

Das Arbeitskampfrecht ist eine Spezialdisziplin für nur wenige Arbeitsrechtler. Als Phänomen erregen Streik und – früher – Aussperrung viele; die rechtliche Ordnung des Arbeitskampfs interessiert nur Verbandsjuristen, wenige Professoren und die Richter des zuständigen Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts. Der Gesetzgeber ist feige; ein Arbeitskampfgesetz traut er sich nicht zu. Ein Professorenentwurf zum Arbeitskampfrecht zeigte Wirkung nur in der Wissenschaft.[1] So darf das Bundesarbeitsgericht als Ersatzgesetzgeber das Arbeitskampfrecht kreieren und verändern, nach eigenem Gutdünken. Wiewohl für die Gesellschaft wesentliche Fragen verfassungsrechtlich vom Parlament entschieden werden müssen, hat das Bundesverfassungsgericht dem Richterrecht hier einen Freibrief erteilt.[2]

Das BAG hat in einer langen Richterrechtsentwicklung das Arbeitskampfrecht geformt; diesen Entwicklungsgang hat *Konzen* jüngst ausführlich nachgezeichnet.[3] Während das BAG in seinen Ursprüngen, vor allem in den beiden Leitentscheidungen des Großen Senats 1955 und 1971[4] betonte, daß der Arbeitskampf wegen seiner schädigenden Wirkung gesellschaftlich unerwünscht, aber leider zur Lösung von Tarifkonflikten erforderlich sei – und dabei stets auf **formale** Waffengleichheit zwischen den Kampfparteien achtete, hat der Erste Senat in der Folgezeit „materialisierend" den Streik stets erleichtert – und die Aussperrung bis zur faktischen Unmöglichkeit erschwert. Über die Gründe kann man nur spekulieren – war es einseitige Parteinahme oder die (irrige) Annahme, man müsse den gewerkschaftlichen Kampfdruck rechtlich effektuieren, um zu vernünftigen Tarifabschlüssen zu kommen.

Das **Arbeitskampfrecht** ist auf diese Weise einseitig geworden: Den Gewerkschaften sind keine Grenzen für ihre Streiks und Streikdrohungen gezogen. Das vom BAG geprägte Arbeitskampfrecht läßt nach Ablauf der Friedenspflicht und für ein tariflich regelbares Ziel den Streik in jeder Form und ohne Ankündigungsfrist zu, vom verhandlungsbegleitenden Warnstreik bis zu Nadelstich- und Wellenstreiks. Grenzen gibt es keine – weil die Kampftaktik frei sein müsse. Die Streikfolgen werden nur zu einem geringen Teil von den Gewerkschaften selbst getragen: Sie zahlen Streikunterstützung nur für die eigenen Mitglieder, und nur dann, wenn diese unmittelbar im Arbeitskampf stehen, nicht aber, wenn sie mittelbar von arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen erfaßt werden. Die von den Gewerkschaften in den Arbeitskampf geführten nicht- und andersorganisierten Arbeitnehmer bleiben ebenso außen vor, wie die von kampfbedingten Leistungsstörungen betroffen Mitglieder der eigenen Gewerkschaften. Arbeitskampffolgen in Drittbetrieben werden nach der Arbeitskampfrisikolehre bislang weithin den Arbeitgebern aufgebürdet. Ergänzend greift das Kurzarbeitergeld im Arbeitskampf nach § 146 SGB III.

Auf der anderen Seite haben die Arbeitgeber heute kein kollektives Kampfmittel mehr. Das gilt zuerst für die Abwehraussperrung zur Verteidigung gegen Tarifforderungen der Gewerkschaft:

- Sie ist – unter dem intellektuell nicht faßbaren Vorwand der Paritätsförderung[5] – streng reglementiert, von ihrer Quotierung in den achtziger Jahren bis zur unkalkulierbaren Verhältnismäßigkeitsprüfung.[6] Kein Arbeitgeberverband und kein Arbeitgeber kann heute noch wissen, in welchem Ausmaß eine Aussperrung zulässig ist. Dies zeigt sich an einer absurden BAG-Entscheidung, die einem im Arbeitskampf um einen Haustarifvertrag stehenden mittelständischen Unternehmer untersagte, auf einen halbstündigen Streik, der eine gesamte Schicht entwertete, mit einer anderthalbtägigen Aussperrung zu antworten.[7] Wie soll eine Industriegewerkschaft durch solche Kurzaussperrung von 250 Arbeitnehmern paritätswidrig unter Druck geraten?

- Der entscheidende Schlag gegen die Aussperrung liegt in der **Kombination von Rechtsunsicherheit und Rechtsfolge**: Die rechtswidrige Aussperrung

---

[1] *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*: Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte (1988); im Internet verfügbar unter http://www.zaar.uni-muenchen.de unter Dokumentation | Arbeitskampfrecht.

[2] BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvL 779/85 – **BVerfGE 84, 212** = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 = AP Nr. 117 zu Art 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 809.

[3] *Konzen:* Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, 2. BAG-FS (2004) S. 515.

[4] BAG **GS** vom 28.1.1955 – GS 1/54 – AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG **GS** vom 21.4.1971 – GS 1/68 – AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Nr. 6 = NJW 1971, 1668.

[5] Allgemein für das Problem vermeintlicher Ungleichgewichtslagen *Zöllner,* Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, FS 100 Jahre GmbHG (1992) S. 85, 113 f. *Adomeit:* Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467; für das Arbeitskampfrecht *Rieble:* Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 1376 ff.

[6] Hierzu mit Nachweisen kritisch *Konzen:* (Fn 3) 2. BAG-FS (2004) S. 515, 517 f, 533 f, 537 f. Auch *Reuter:* Für ein konsistentes Arbeitskampfrecht, FS Wiese (1998) S. 427 ff.

[7] BAG vom 11.8.1992 – 1 AZR 103/92 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 105 = AP Nr. 124 zu Art. 9 GG = NZA 1993, 39.

führt verschuldensunabhängig zum Annahmeverzugsentgelt des § 615 BGB. Weil nun aber nach der Konzeption des Bundesarbeitsgerichts nicht etwa nur der als unverhältnismäßig qualifizierte überschießende Teil der Aussperrung dem Rechtwidrigkeitsverdikt anheim fällt, sondern die Aussperrung insgesamt[8], müßten Arbeitgeber, wollten sie effektiv aussperren, immer einen gehörigen Sicherheitsabstand zur hypothetischen Schwelle zur Unverhältnismäßigkeit wahren. Dann aber fallen die Kampfmaßnahmen so schwach aus, daß sie nicht mehr effektiv sind. Auf der anderen Seite löst der rechtswidrige Streik zunächst dieselben Rechtsfolgen aus wie der rechtmäßige, nämlich Entzug Arbeitsleistung und Entfall des Arbeitslohnes. Schadensersatzansprüche der Arbeitgeber sind keine effektiven Sanktionen, weil der Entzug und Arbeitskraft als solche kein Schaden ist, vielmehr eine drauf beruhender Einnahmeausfall nachzuweisen ist, was mit Blick auf die nach dem Streik erfolgende Nacharbeit und die Komplexität des Marktgeschehens nur schwer gelingt.

- Komplettiert wird diese richterliche Strategie zur Verhinderung der Aussperrung durch das vom BAG frei erfundene **Verbot der selektiven Aussperrung**[9]: Der Arbeitgeber darf nicht gezielt nur die Gewerkschaftsmitglieder aussperren, obschon er den Tarifwillen der Gewerkschaft beugen will, ihm ist die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit im Arbeitskampf untersagt. Das heißt: Die nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip beschränkte Arbeitgeberkampfkraft darf nicht zielgerichtet gegen die Gewerkschaft eingesetzt werden; der Arbeitgeber muß zur „arbeitskampfrechtlichen Schrotflinte" greifen und die Nichtorganisierten mitaussperren – auch wenn diese arbeitswillig sind und die Forderung der Gewerkschaft nicht teilen. Das Verbot der selektiven Aussperrung zwingt den Arbeitgeber also zur Selbstschädigung. Die Begründung des BAG ist dürftig: Aus dem Recht der Nichtorganisierten, sich **freiwillig** einem gewerkschaftlichen Streik anzuschließen wird auf deren **zwangsweise Beteiligung** bei der Aussperrung geschlossen.[10] Die primäre Druckfunktion der Aussperrung bleibt außer Betracht. Deswegen taugt auch der Hinweis auf die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsmitglieder nicht: Im Fall der Aussperrung geht doch der Angriff von der Gewerkschaft aus – weswegen sich die Abwehrmaßnahme auch gegen die Gewerkschaft richten können muß. Die ausgesperrten Gewerkschaftsmitglieder sind durch Unterstützungsleistungen ihrer Gewerkschaft im Arbeitskampf hinreichend geschützt.

- Ergänzend wirken Betriebsräte trotz des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitskampfverbots § 74 Abs. 2 BetrVG am Arbeitskampf mit, insbesondere indem sie im Vorfeld der Auseinandersetzung Überstunden verweigern. Das BAG meint sogar, daß das Informationsrecht des Betriebsrates nach § 80 BetrVG im Arbeitskampf nicht ruhe, weswegen der Arbeitgeber den Betriebsrat informieren muß, wie er den arbeitskampfbedingten Arbeitsausfall durch Reorganisation der Arbeit, Überstunden und Neueinstellungen sowie Arbeitsprämien kompensieren will.[11] So muß der Arbeitgeber seine Kampftaktik dem Betriebsrat preisgeben – daß dies die kampfführende Gewerkschaft typischerweise erfährt, weil ihre Mitglieder im Betriebsrat sitzen und ihre Schweigepflicht ignorieren, paßt nicht ins normative Bild.

Wiewohl das Bundesverfassungsgericht nicht nur den Streik, sondern „ebenso" die Aussperrung als von Art. 9 Abs. 3 GG garantiert ansieht[12] ist in der Gesamtbewertung ein richterrechtliches „kaltes" Aussperrungsverbot zu verzeichnen. Wer wissen will, wie wichtig die Aussperrung als Abwehrinstrument ist, braucht nur den Metallarbeitskampf 1963 zu betrachten.[13]

Freilich haben sich die wirtschaftlichen Bedingungen inzwischen verschoben. Die zeitlich eng getaktete arbeitsteilige Vernetzung der Wirtschaft[14] läßt Arbeitskampfstörungen in einer Wellenbewegung schnell auf andere Unternehmen übergreifen. Damit sind Arbeitgeber nicht nur Streikschäden schärfer ausgesetzt (womit die Gewerkschaften taktisch klug kalkulieren) – zugleich wird die Aussperrung zur Selbstschädigung. Verschärfter Wettbewerb schwächt zudem die für kollektive Kampfmaßnahmen unerläßliche Verbandssolidarität auf Arbeitgeberseite. Internationale Wettbewerber nehmen oh-

---

[8] BAG vom 11.8.1992 – 1 AZR 103/92 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 105 = AP Nr. 124 zu Art. 9 GG = NZA 1993, 39, kritisch *Löwisch/Rieble:* Zum Ausmaß des Rechtswidrigkeitsurteils über Arbeitskämpfe – insbesondere bei der unverhältnismäßigen Aussperrung, Betrieb 1993, 882.

[9] BAG vom 10.6.1980 – 1 AZR 331/79 – AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 38; auch *Kissel:* Arbeitskampfrecht (2002) § 55 Rn 5 ff.

[10] Kritisch *Rieble:* Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996) Rn. 1389. Dagegen auch *Thüsing:* Der Außenseiter im Arbeitskampf (1996) S. 80 ff; MünchArbR/*Otto* 2. Auflage (2000) § 286 Rn. 93 ff.

[11] BAG vom 10.12.2002 – 1 ABR 7/02 – EzA § 80 BetrVG 2001 Nr. 1 mit Anmerkung *Krause* = AP Nr. 59 zu § 80 BetrVG 1972 = NZA 2004, S. 223.

[12] BVerfG vom 26.6.1991 (Fn 2).

[13] *Günther Löwisch/Manfred Löwisch:* Aussperrung 1963 – Bericht und Schlußfolgerungen, ZfA 2002, S. 551 ff.

[14] *Löwisch*, Arbeitsrecht und wirtschaftlicher Wandel, RdA 1999, S. 69 ff.

nehin keine Rücksicht auf nationale Arbeitskämpfe; auch im Inland ist der Wettbewerbsdruck so groß, daß das Durchhaltevermögen im Arbeitskampf schwindet. Die Entkollektivierung wird schließlich dadurch befördert, daß es für den einzelnen Arbeitgeber einfacher ist, einen zu hohen Tarifabschluß hinzunehmen und dann den Standort zu fliehen, als in eine mühsame Auseinandersetzung mit den Gewerkschaften einzutreten.

1.2 Bumerangeffekt: Standortverlagerungsdrohung als Kampfmittel

Folge dieser rechtlichen und ökonomischen Entwicklung war über Jahrzehnte eine Marktmachtverschiebung zu Gunsten der Gewerkschaften, die bei bröckelndem Organisationsgrad[15] erhebliche Tarifgewinne durchsetzen konnten. Gegen den Markt freilich läßt sich keine Tarifpolitik betreiben. Inzwischen sorgt der internationale Wettbewerb für eine Begrenzung der Tarifmacht – durch den Wegzug von Betrieben und dem Verlust von Arbeitsplätzen, der die Gewerkschaften inzwischen substantiell bedroht. Damit hat der klassische Arbeitskampf als Auspendeln der Gegenmacht von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite ausgespielt.[16] Das hat in erster Linie ökonomische Gründe: Weil das (in der Verfassung angelegte) Gegenmachtprinzip nicht zu einer sinnvollen Begrenzung der Löhne geführt hat, stoßen die tariflichen Arbeitskosten nunmehr an die Wettbewerbsschwelle. Dementsprechend üben Arbeitgeber heutzutage keinen Kampfdruck qua Aussperrung mehr aus, sondern drohen mit der Verlagerung von Standorten und Investitionen (DaimlerChrysler, Opel).

Das hat für die Arbeitgeber zwei entscheidende Vorteile. Erstens sind sie mit diesem Druckmittel an keine Kampfordnung gebunden. Standort- und Investitionsentscheidungen sind sogenannte „Individualbefugnisse" der Unternehmen, die praktisch keinen rechtlichen Vorgaben unterliegen. Das heißt im Prinzip: Was man frei tun darf, damit kann man auch drohen[17] – oder jedenfalls vorbeugend darüber informieren. Damit findet die ökonomische Auseinandersetzung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auf einem für die Arbeitgeber weithin regelfreien Felde statt. Einzige rechtliche Grenze ist das Verbot sachwidrigen Drucks, also die unangemessene Verknüpfung des erlaubten Drohungsmittels mit dem erlaubten Regelungszweck der Absenkung der Arbeitskosten; doch stehen beide gerade in einem sachlogischen wettbewerblichen Sachzusammenhang. Die pausbäckige Hilflosigkeit der Politik zeigt sich am Appell an Moral und vaterländische Gesinnung bis hin zum haßschürenden Tiervergleich unserer Tage. Dahinter steht die ignorante Vorstellung, daß Unternehmen frei darin wären, auf Kosten ihrer Eigner und deren Renditeerwartungen in Deutschland zu bleiben und den Teil der Arbeitskoten, der nicht durch Produktivitätsvorsprünge gedeckt ist, zu subventionieren.

Bezeichnenderweise folgt als Kampfreaktion auf diese rechtlich erlaubten Druckmaßnahmen der Arbeitgeber der rechtswidrige Streik – bei DaimlerChrysler wie bei Opel: Betriebsräte organisieren Arbeitsniederlegungen, obschon die Betriebsverfassung ein absolutes Kampfverbot enthält (§ 74 Abs. 2 BetrVG) und der Streik ausschließlich tariffähigen Gewerkschaften im Kampf um rechtmäßige Tarifverträge vorbehalten ist.[18] So rechtwidrig dieses Tun, sowenig wehren sich die Arbeitgeber dagegen. Die Allgemeinheit trägt die Schäden. Immerhin wird jetzt strafrechtlich überprüft, ob der Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats von DaimlerChrysler sich der Erpressung, Nötigung und Untreue strafbar gemacht hat.[19]

Dieses Spiel wird weiter gehen. Unternehmen werden verstärkt die Standortfrage stellen und von den Belegschaften Eigenbeiträge für Standorterhalt und Investitionen fordern. Damit gerät der klassische Arbeitskampf und das ihn ordnende Arbeitskampfrecht zum Auslaufmodell. Zwischenzeitliches Aufbäumen der Gewerkschaften – mit Versuchen, den Standorterhalt gegen die Unternehmerfreiheit zu erzwingen, sei es durch Unkündbarkeitsregeln oder durch tarifliche Sozialpläne, die die Verlagerung unerschwinglich machen sollen[20] – kann nicht zum Er-

---

[15] *Niedenhoff:* Dossier: Gewerkschaften in Deutschland (2003) S. 14. Weiter *Fizzenberger/Haggeney/Ernst:* Wer ist noch Mitglied in Gewerkschaften? Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (ZWS), 119 (1999), S. 223 ff.

[16] Zum Gegenmachtprinzip als Ordnung des Arbeitsmarktes: *Rieble:* Walter Eucken und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung. In: Külp/Vanberg (Hrsg.): Gedächtnisschrift Walter Eucken (2000), S. 199 ff; *Böhm:* Kartelle und Koalitionsfreiheit (1933) S. 29; *Söllner:* Der Flächentarifvertrag – ein Kartell? Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht [JArbR], Band 35 (1998) S. 21 ff., S. 23 ff.

[17] Dazu *Jacobs:* Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – neues Kampfmittel der Arbeitgeberseite? In: Rieble (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 92 ff; auch *Däubler:* Offshoring und die Hilflosigkeit des Arbeitsrechts, NJW 2005, 30.

[18] Zu entsprechenden Forderungen, auch Belegschaften ein Streikrecht zur Standorterhaltung einzuräumen: *Rieble,* Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200.

[19] Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft Stuttgart 140 Js 113356/04 W.

[20] Zu den Rechtsfragen LAG Hamm vom 31.5.2000 – 18 Sa 858/00 – NZA-RR 2000, 535; *Lobinger:* Arbeitskämpfe bei Standort-

folg führen. Das Konzept setzt auf den Zugriff auf bestehende inländische Einheiten und verstärkt den Druck zur Auslandsinvestition. Rentabilität läßt sich nicht erzwingen. Soweit es um die Standortverlagerung innerhalb der Europäischen Union geht, wird auch der EuGH ein Wörtchen mitzureden haben: Die Gewerkschaftsstrategie zielt auf Behinderung der Niederlassungsfreiheit der Unternehmen nach Art. 43 EG. Für die Warenverkehrsfreiheit hat der EuGH bereits staatlichen Schutz vor Arbeitskampf und Boykott sowie Blockaden gefordert. Im entschiedenen Fall behinderten französische Bauern den innergemeinschaftlichen Warenverkehr mit Obst und Gemüse.[21] Europarechtlich greift diese Schutzpflicht notwendig gegenüber dem Arbeitskampf zur Standortverlagerung innerhalb der EU. Denn mit der Unternehmer-Freizügigkeit ist konsequenterweise auch das Recht zur Niederlassungsverlagerung garantiert: Die Zuzugsfreiheit hülfe wenig, wenn mit ihr nicht die grundsätzliche Freiheit des Wegzugs verbunden ist.[22]

1.3 Gruppenegoistische Streiks von Funktionselitengewerkschaften

Die Erosion der Organisationsmacht der großen (DGB-)Gewerkschaften macht es für kampfstarke Funktionseliten attraktiv, eigene kleine Koalitionen zu bilden und sich aus der Breitensolidarität zu verabschieden: Piloten organisieren sich in Cockpit, Bordpersonal in der UFO, Fluglotsen in der GdF, Lokführer in einer eigenen Gewerkschaft außerhalb von Transnet und nun sagt sich auch der Marburger Bund als Ärztevertretung von der gemeinsamen Tarifpolitik mit ver.di los. Die Symptomatik ist eindeutig: Es handelt sich um solche Arbeitnehmergruppen, die kraft ihrer arbeitsorganisatorischen Stellung extrem kampfstark sind und mit relativ geringem Streikeinsatz den Arbeitgeber lahm legen können. Das Flugzeug kann ohne Piloten und ohne Fluglotsen sowenig fliegen, wie der Zug ohne Lokführer fahren kann oder wie das Krankenhaus ohne Ärzte betrieben werden kann. Eben aus dieser Stärke folgt dann auch die Tariffähigkeit.[23]

Offenbar haben diese Schlüsselkräfte oder Funktionseliten keine Lust mehr, ihre spezifische Kampfkraft in den Dienst einer Flächengewerkschaft und damit der weniger kampfstarken Arbeitnehmer zu stellen. Weil die Koalitionsfreiheit jeder Arbeitnehmergruppe zukommt, sind zu Solidarität auch nicht verpflichtet. Ver.di hat kein Recht an abtrünnigen Funktionseliten.

Dementsprechend dürfen solche kleinen Gewerkschaften eigenständige Tarifziele verfolgen und diese mit einer eigenständigen Arbeitskampftaktik durchzusetzen suchen, auch wenn Einzelheiten hier noch streitig sind.[24] Das aber heißt: Die großzügige rechtliche Ausstattung des Streiks wendet sich gegen die DGB-Gewerkschaften selbst. Denn eine Funktionselitengewerkschaft ist weitaus kampfstärker als ein großer DGB-Tanker, dem Mitglieder und gerade die kampfstarken unter diesen abhanden kommen.

Das **Störpotential** ist enorm: Schon die Tariffordерung einer kleinen aber kampfstarken Gewerkschaft wirkt auf die Tarifpolitik der großen DGB-Gewerkschaft: Wie will diese Lohnzurückhaltung zur Arbeitsplatzsicherung vermitteln, wenn sich Funktionseliten auf erhebliche Entgeltsteigerung konzentrieren? Wie sollen weniger mobilisierungsträchtige Tarifziele – etwa zur Qualifizierung der Arbeitnehmer und damit zur Sicherung der Beschäftigungssicherung – der eigenen Mitgliedschaft vermittelt werden, wenn die kleine Gewerkschaft nur auf Geld setzt? Ökonomisch führt ein großer Entgelterfolg etwa der Piloten dazu, daß für das übrige Personal der Luftfahrtgesellschaft weniger Verteilungsmasse vorhanden ist. Es geht also um einen Arbeitskampf der kleinen Arbeitnehmergruppe auch zu Lasten der großen, noch solidarisch verfaßten. Die abnehmende Durchsetzungsstärke macht die Mitgliedschaft für die nachteilig betroffenen anderen Arbeitnehmer weniger attraktiv und löst erhebliche Fliehkräfte aus.

Vor allem können die Funktionseliten das Streikkonzept der DGB-Gewerkschaft mit eigenen Kampfmittel torpedieren – etwa mit einem Streik zur falschen zur falschen Zeit, etwa wenn in der Fläche noch aussichtsreiche Tarifverhandlungen laufen oder am falschen Ort, etwa in Durchkreuzung des Kampfkonzeptes der Großgewerkschaft. Denn die Kampfkraft der Großgewerkschaft wird empfindlich

---

schließungen und -verlagerungen. In: Rieble (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 56ff; *Wolter:* Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, S. 218ff.

[21] EuGH vom 9.12.1997 – Rs C-265/95 – EuGHE 1997 I, 6959 = NJW 1998, 1931.

[22] Statt aller: *Müller-Huschke* in *Schwarze* (Hrsg.): EU-Kommentar (2000) Art. 48 EGV Rn. 14ff. zur Sitzverlegung; *Müller-Graff* in: *Streinz* (Hrsg.): EUV/EGV (2003) Art. 48 EGV Rn. 14ff. zur Sitzverlegung und Rn. 17ff. zum Wegzug.

[23] Vgl. die UFO-Entscheidung des BAG vom 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – EzA § 2 TVG Nr. 27 = AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit = NZA 2005, 697.

[24] Einerseits *Buchner:* Der „Funktionseliten"-Streik – zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartentarifverträgen, BB 2003, 2121; andererseits *Rieble:* Zulässigkeit des Lokführer-„Funktionseliten"-Streiks, BB 2003, 1227.

gestört, wenn ihre Mitglieder durch einen vorangegangenen Streik der Funktionseliten arbeitskampfrechtlich ihren Lohn einbüßen. Die Bereitschaft zu einem weiteren Kampfopfer läßt schnell nach. Zu denken ist auch an die Kampffolgen in Drittbetrieben.

Wie es auch kommen mag: Das Arbeitskampfrecht muß sich der Frage stellen, ob der Streik solcher Funktionseliten rücksichtslos nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber sondern auch gegenüber den traditionellen Gewerkschaften geführt werden darf. Ein Sonderarbeitskampfrecht nur für kleine Gewerkschaften kann es schon aus Gründen der Gleichbehandlung nicht geben. Deswegen ist die Frage nach einer Beschränkung des Streiks insgesamt gestellt.

1.4 Rechtspolitische Folgerung

Verblasst die ordnende Funktion des Gegenmachtprinzips, so läuft auch der Arbeitskampf als Konfliktlösungsmodell aus. Artenschutz ist nicht angebracht. Auf diese Entwicklung sind nur zwei Reaktionen denkbar: Entweder nimmt man die Entwicklung hin. Dann ist jede Befassung mit dem Arbeitskampfrecht überflüssig. Oder man versucht eine Korrektur, die das Arbeitskampfrecht so austariert, daß es seiner ursprünglichen Zielsetzung – vernünftige und ausgewogene Tarifverträge in formal verstandenem Kräftegleichgewicht hervorzubringen – wieder gerecht wird. Diesem zweiten Weg widmet sich dieser Beitrag. Dazu aber ist eine klare Rückbesinnung erforderlich: Der Streik ist weder Selbstzweck, noch Organisationsinstrument der Gewerkschaften, die durch einen Schuß Arbeiterromantik Mitglieder gewinnen und halten wollen.[25] Streik und Aussperrung dienen allein dem Zweck der tariflichen Konfliktlösung.[26] Arbeitskampfrecht muß Tarifverhandlungsrecht sein – und nichts weiter. Unter heutigen Wirtschaftsbedingungen geht es zuerst darum, unnötige Arbeitskämpfe zu vermeiden, und erst in zweiter Stufe darum, erforderliche Arbeitskämpfe „waffengleich" auszugestalten. Die folgenden Vorschläge zielen zuerst darauf, den Arbeitskampf unattraktiver und riskanter zu machen.

Hiergegen läßt sich sozialautistisch einwenden, daß nur der Streik beschränkt werde, weswegen die Vorschläge einseitig zu Lasten der Arbeitnehmerseite gingen. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Die Vorschläge reagieren auf die einseitige Bevorzugung des Streiks gegenüber der Aussperrung durch das Richterrecht des BAG und versuchen vorsichtige Korrektur – in der Tat durch eine nachziehende „einseitige" Beschränkung des Streikrechts. Deren Einseitigkeit liegt auch darin begründet, daß es die Aussperrung praktisch nicht mehr gibt, diese also nicht mehr beschränkt werden kann. Vom Geltungsanspruch her erfassen die vorgeschlagenen Arbeitskampfregelungen auch die Aussperrung. Wer den einmal erreichten „sozialen Besitzstand" der Arbeitnehmerseite verteidigen will, mag sich zu Erich Honeckers Parole „vorwärts immer, rückwärts nimmer" bekennen. Davon abgesehen zielen die Vorschläge nur auf eines: Wahrnehmung der Realität tariflicher Auseinandersetzungen in Deutschland. Arbeitskämpfe sind schädlich und dürfen deswegen nicht leichtfertig ausgelöst werden. Um mehr geht es nicht.

2 Therapie

2.1 Schlichtungsobliegenheit

Ein Arbeitskampf richtet unnötigen Schaden an, wenn nicht alle Verständigungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind. Das ist der unbestrittene Kern des ultima-ratio-Grundsatzes, der nach dem Großen Senat des BAG immer schon einen Schlichtungsversuch vor dem Kampf geboten hat.[27] Den Tarifparteien wird kein Schlichtungszwang auferlegt, auch kein inhaltlicher Einlassungszwang. Das wäre mit der Tarifautonomie nicht zu vereinbaren. Der **Schlichtungsversuch** ist arbeitskampfrechtliche Obliegenheit: Solange die angreifende Partei ein mögliches Schlichtungsverfahren nicht versucht hat, solange sind ihr jegliche Kampfmaßnahmen – unter Einschluß des verhandlungsbegleitenden Warnarbeitskampfes – verboten. Auf der anderen Seite ist ein Streik nach einem nicht angenommenen Schlichterspruch riskant: Kommt am Ende nicht deutlich mehr als der Vorschlag des Schlichters heraus, ist der Gewerkschaftsführer diskreditiert. Das schreckt ab.

[25] Gleichwohl erlaubt das BAG neuerdings den organisationspolitischen Streik – beim Arbeitgeber-Außenseiter, der einen Anschlußtarifvertrag abgeschlossen hat, BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 mit kritischer Anmerkung *Rieble* = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2003, 866.

[26] BVerfG vom 26.6.1991 (Fn 2).

[27] BAG GS vom 21.4.1971 (Fn 4): „Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich."; *Löwisch*: Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung. In: Rieble (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 36ff., Rn 19ff.; Loritz, Das überkommene Arbeitskampfrecht und die aktuellen Entwicklungen, 2. BAG-FS (2004) S. 557, S. 567ff.

Vorschlag § 1a TVG:

Arbeitskampf

(1) Arbeitskämpfe sind nur zulässig zwischen tariffähigen Parteien um den Inhalt eines zu vereinbarenden Tarifvertrages.

(2) Arbeitskämpfe sind erst zulässig, wenn die kämpfende Partei einen Schlichtungsversuch unternommen hat. Ein tarifliches Schlichtungsabkommen muß eine kampffreie Schlichtungsphase von mindestens einer Woche vorsehen. Die Schlichtung gibt als versucht, wenn nach wirksamer Anrufung der Schichtungsstelle 16 Tage verstrichen sind.

Solange die Tarifparteien selbst ein effektives **Schlichtungsverfahren** vereinbart haben, ist dieses vorrangig. Für den Fall aber, daß keine autonome Schlichtungsvereinbarung besteht oder die autonome Schlichtung nicht funktioniert (etwa, weil das Schlichtungsabkommen über Besetzungsfragen etc. Verhinderungsspielräume enthält), muß – wie bislang mit dem noch geltenden Kontrollratsgesetz Nr. 35[28] – ein staatliches Schlichtungsverfahren vorgehalten werden. Ein solches staatliches Schlichtungsverfahren setzt zudem einen Anreiz für die Tarifparteien, ein autonomes Schlichtungsverfahren zu vereinbaren.

Das staatliche Schlichtungsverfahren muß aber – anders als die Schlichtung nach dem KRG Nr. 35 – effektiv sein, also einerseits mit Blick auf die Kampfgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG hinreichend schnell vollzogen werden können und andererseits im Interesse des Vorranges einer friedlichen Lösung zu einem Spruch kommen. Statt einer umfassenden Reglementierung des Einigungsverfahrens zu seiner Beschleunigung bietet es sich an, die Kampfruhe zu befristen.

Sinnvollerweise sind für das gesetzliche Schlichtungsverfahren im TVG nur die Kernpunkte der Schlichtung festzuhalten:

- Bestellung des Schlichters
- Anrufung als Verfahrenseröffnung
- Verfahrensabschluß durch unverbindlichen Spruch, ggf. Annahme (resp. Veto) durch die Tarifparteien.

[28] Zu seiner Fortgeltung *Lembke:* Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 – Relikt der Besatzungszeit oder Modell für Mediation im Arbeitsrecht?. RdA 2000, S. 223, S. 227.

Die Einzelheiten des Schlichtungsverfahrens sollten in der Durchführungsverordnung zum TVG geregelt werden. Die staatliche Schlichtungsbehörde sollte nicht bei den obersten Gerichten, sondern bei den obersten Arbeitsbehörden angesiedelt sein. Besondere Sorgfalt muß der Auswahl der Schlichter gelten: Hier sind nicht erfahrene Sozialpolitiker, sondern Personen mit ökonomischem Sachverstand gefragt. Insofern wäre zu erwägen, den Bundesschlichter in der Nähe des Sachverständigenrates anzusiedeln.

Vorschlag § 2a TVG:

Staatliche Schlichtung

(1) Ist zwischen den Parteien kein funktionsfähiges Schlichtungsverfahren vereinbart, so kann jede Partei für tarifliche Regelungsstreitigkeiten das gesetzliche Schlichtungsverfahren einleiten. Beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wird eine weisungsfreie Bundesschlichtungsstelle errichtet. Ihr steht der Bundesschlichter vor, der vom Bundesminister im Einvernehmen mit dem Ausschuß nach § 5 für eine Amtszeit von fünf Jahren berufen wird. Für jeden Schlichtungsfall wird nach Anrufung der Bundesschlichtungsstelle von jeder Arbeitskampfpartei innerhalb von drei Tagen je ein ehrenamtlicher Beisitzer gestellt. Stehen mehrere Parteien auf einer Seite des Kampfes, müssen sie sich auf einen gemeinsamen Beisitzer einigen.

(2) Die Bundesschlichtungsstelle formuliert innerhalb von zehn Tagen nach ihrem Zusammentreten einen schriftlichen Einigungsvorschlag. Nehmen die Tarifparteien diesen Vorschlag durch schriftliche Zustimmungserklärung an, ist ein formwirksamer Tarifvertrag zustande gekommen. *[Alternativ: Lehnen die Tarifparteien diesen Einigungsvorschlag nicht innerhalb von einer Woche durch schriftlichen Widerspruch ab, gilt ihre Zustimmung als erteilt. Haben alle Tarifparteien zugestimmt, ist ein formwirksamer Tarifvertrag zustande gekommen.]*

(3) Der Bundesschlichter kann die Schlichtung im Einzelfall unverzüglich an eine Landesschlichtungsstelle delegieren, wenn

a) der umkämpfte Tarifvertrag nur innerhalb eines Landes gelten soll und

b) der Arbeitskampf keine Pilotfunktion für andere Tarifgebiete hat und

c) wenn bei der obersten Landesbehörde ein Landesschlichter berufen ist.

Für das Verfahren vor der Landesschlichtungsstelle gelten die Absätze 1 und 2 sowie die Durchführungsbestimmungen entsprechend.

Änderung § 11:

Die Verordnungsermächtigung in § 11 wird erstreckt auf „4. das gesetzliche Schlichtungsverfahren nach § 2a".

2.2 Urabstimmung

Arbeitskämpfe richten Schäden an. Daß die mit dem Recht auf Arbeitskampf verbundene Verantwortung von den kämpfenden Verbänden sachgerecht wahrgenommen wird läßt sich nicht stets sagen. Die Belastung mit einem Arbeitskampf ist aber insbesondere dann unzumutbar, wenn nicht einmal eine Mehrheit der Gewerkschaftsangehörigen dahinter steht. Deswegen ist zu fordern, daß die Rechtmäßigkeit von Streiks und Aussperrungen zusätzlich zum Kampfbeschluß des nach der Satzung zuständigen Exekutivorgans eine Urabstimmung voraussetzt.[29] Die bislang verbandsinterne Praxis soll also verbindlich werden – aber anders als nach bisheriger Rechtslage[30] mit Außenwirkung. Damit beschränkt der Gesetzgeber zwar die Satzungsfreiheit der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände; diese Ausgestaltung ist aber – nicht anders als das Prinzip demokratischer Organisation als Voraussetzung der Tariffähigkeit – sachgerecht, weil der Arbeitskampf als wesentliche Frage der Verbandsbetätigung an den Mitgliederwillen gebunden wird.

Da das Arbeitskampfrecht ohnehin einen kollektiven Kampfbeschluß derjenigen Tarifpartei verlangt, die zu Streik oder Aussperrung greifen will[31], braucht man nur eine Mitgliederbeteiligung an dieser Verbandsentscheidung vorzusehen. Das fügt sich konsequent in das Programm des Tarifrechts ein, das für die Tariffähigkeit eine Verbandes „demokratische Organisation" und damit Teilhabe der Mitglieder an der tariflichen Willensbildung des Verbandes fordert.[32]

Die Urabstimmung ist unter allen Mitgliedern im (gesamten) Tarifgebiet durchzuführen und nicht nur abzustellen auf die – auch für die Urabstimmung ausgewählten Kampfbetriebe. Ein Arbeitskampf darf nur erfolgen, wenn sich mindestens 75 % [oder: 50 % wegen des Abstellens auf das Tarifgebiet] der Abstimmungsberechtigten für den Arbeitskampf ausgesprochen haben. Verlangt man eine Mehrheit der Stimmberechtigten, so zählt jede nicht abgegebene Stimme als Nein. Eine besondere Regelung für die Beteiligung Abwesender etc erübrigt sich. Sonst müßte bei Verhinderung eine schriftliche Abstimmung vorgesehen werden. Nun ließen sich zwar noch weitere Absicherungen denken, etwa eine Pflicht, ein Verzeichnis der Stimmberechtigten führen, das Ob der Stimmabgabe und die Stimmauszählung zu protokollieren. Wie die Wahlordnung zum BetrVG zeigt, kann man vieles regulieren. Das geschieht aber auf Kosten der Einfachheit.

Vorschlag § 1a Abs. 3 TVG:

(3) Der Arbeitskampf setzt einen schriftlichen Kampfbeschluß der kämpfenden Tarifpartei voraus, der dem Gegner zugehen muß. Zudem muß im intendierten Tarifgebiet als Kampfgebiet eine Urabstimmung unter allen Vollmitgliedern eine einfache | qualifizierte Mehrheit von 50 | 75 % aller stimmberechtigten Mitglieder für den Arbeitskampf ergeben haben. Die Urabstimmung muß unmittelbar, frei und geheim erfolgen.

2.3 Ankündigungsfrist

Streiks, insbesondere als Wellen- und Nadelstichstreik, beziehen ihre Kraft aus dem Überraschungseffekt. Das ist systemwidrig, weil das Gegenmachtprinzip des Arbeitsmarktes auf Machtbildung durch Kollektivierung und nicht durch Schadensmaximierung kraft Überraschung setzt. Richtigerweise ist zur Schadensbegrenzung eine **Ankündigungsfrist** für jede Arbeitskampfmaßnahme zu fordern.[33]

Denn so wird ein Marktabgleich möglich: Der Arbeitgeber kann der durch den Streik bewirkten Angebotsverknappung mit einer Verlagerung seiner Arbeitsnachfrage begegnen: durch Einstellung von Ersatzkräften und der Fremdvergabe von Arbeiten.

---

[29] So auch *Löwisch* (Fn 27) Rn. 7ff; *Reuter* (Fn 5) S. 438; *Bauer/Röder:* Streik ohne Urabstimmung? DB 1984, 1096ff.; diesen folgend *Vorderwühlbecke:* Die Pflicht zur Urabstimmung, BB 1987, 750ff.; MünchArbR/*Otto* (Fn 10) § 285 Rn 106.

[30] Zur herrschenden Meinung nur *Kissel* (Fn 9) § 40 mit Nachweisen.

[31] BAG vom 31.10.1995 – 1 AZR 217/95 – AP Nr. 140 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 123 = NZA 1996, 389.

[32] Statt vieler *Löwisch/Rieble:* TVG, 2. Auflage (2004) § 2 Rn. 30ff.; *Schüren:* Die Legitimation der tariflichen Normsetzung (1990).

[33] So schon *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter* (Fn 1) § 7 Abs. 2: 12 Stunden; im Bereich der Daseinsvorsorge drei Tage, § 11 Abs. 3 Satz 1; *Rieble*: Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn 1337 f: drei Tage; rechtsvergleichend *Gamillscheg:* Kollektives Arbeitsrecht I (1997) S. 1149f.

Vorschlag § 1a Abs. 4 TVG:

(4) Arbeitskampfmaßnahmen sind der gegnerischen Tarifpartei mit einer Frist von drei Tagen anzukündigen.

2.4 Zugang zum Betrieb

So wenig die streikende Gewerkschaft zu **Betriebsblockaden** befugt ist[34], so sehr arten Streikposten und die für den Zugang zum Betrieb nach bisheriger Rechtsprechung zu gewährleistende 3-Meter-Gasse[35] in Beschimpfungen bis hin zu Bedrohungen, Pöbeleien oder gar körperlichen Mißhandlungen aus.[36] Je schwächer die Gewerkschaft, desto übler agieren Streikposten. Im Interesse des ungestörten Zugangs um Betrieb und der Arbeitsfreiheit der Arbeitswilligen könnte deswegen eine gesetzliche Regelung des Streikpostenstehens erfolgen. An erster Stelle muß eine Gasse stehen, die den Zugang zum Betrieb ohne Rempeleien erlaubt (6 Meter).

Die Erfahrung zeigt zudem, daß insbesondere betriebsfremde Streikposten die Grenzen des Erlaubten im Arbeitskampf durchbrechen. Ein Verbot für den Einsatz betriebsfremder Streikposten nach britischem Vorbild könnte helfen. Doch würden dann Versammlungen vor dem Werksgelände stattfinden, die nur schlecht verbietbar sind (Art. 8 GG).

Vorschlag § 1a Abs. 5 TVG:

(5) Betriebe dürfen im Arbeitskampf nicht blockiert werden. Zugang und Zufahrt zum Betrieb müssen durch eine Gasse von mindestens sechs Meter Breite gewährleistet sein.

2.5 Betriebe der Daseinsvorsorge

Betriebe der **Daseinsvorsorge** (Versorgung mit Wasser-, Strom- und Gas; Entsorgung, Gesundheitswesen, Verkehr) müsse auch in Arbeitskampfzeiten zuverlässig funktionieren. Das zeigte schon die Verordnung des Reichspräsidenten betreffend die Stilllegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen vom 10.11.1920 (RGBl 1865). Auch das Arbeitssicherstellungsgesetz läßt erkennen, welche Einrichtungen dienstbereit bleiben müssen. Das darf zwar nicht zum Totalausschluß des Arbeitskampfes führen. Es genügt aber, eine arbeitskampfrechtliche Notdienstpflicht vorzusehen und als Sanktion die Rechtswidrigkeit des gesamten Arbeitskampfes vorzusehen. Alternativ ist eine Rechtspflicht zu polizeibehördlichem Eingreifen denkbar.

Vorschlag § 1a Abs. 6 TVG:

(6) Betriebe, die für die Daseinsvorsorge der Bevölkerung aufrechterhalten werden müssen (Versorgung mit Wasser-, Strom- und Gas; Entsorgung, Gesundheitswesen, Kommunikation, Bankdienstleistungen, Verkehr) dürfen von Arbeitskampfmaßnahmen nur dann erfaßt werden, wenn der für die Allgemeinheit erforderliche Mindestbetrieb durch einen Notdienst aufrechterhalten wird. Andernfalls ist die Kampfmaßnahme in Ansehung eines solchen Betriebes insgesamt rechtswidrig.

2.6 Schutz des verbandsangehörigen Arbeitgebers

Nach geltendem Tarifrecht kann der **verbandsangehörige Arbeitgeber für den Abschluß eines Haustarifvertrages bestreikt** werden und so aus der Solidarität seines Verbandes herausgebrochen werden.[37] Der Gewerkschaft ist von der Verfassung aber nur die Haustariffähigkeit des nichtorganisierten Arbeitgebers garantiert, damit ihr ein Tarifpartner zur Verfügung steht. Auf der anderen Seite ist die Koalitionsfreiheit für den Arbeitgeber nur attraktiv, wenn er sich durch Beitritt zum Arbeitgeberverband auch dem Kampfschutz seines Verbandes unterstellen kann – Art. 9 Abs. 3 GG schützt gerade auch die Koalitionssolidarität.[38]

Freiwillige Haustarifverträge bleiben möglich, insbesondere als Sanierungstarif. Unbenommen bleibt der Gewerkschaft auch, vom Arbeitgeberverband einen firmenbezogenen Verbandstarif zu fordern, soweit dessen Regelungsgegenstand nicht von der Friedenspflicht aus einem laufenden Tarifvertrag erfaßt wird.

---

[34] BAG vom 21.6.1988 – 1 AZR 653/86 – EzA Art 9 Arbeitskampf Nr 76 = AP Nr. 109 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1988, 884.

[35] Nur LAG Köln vom 2.7.1984 – 9 Sa 602/84 – EzA Art 9 GG Nr. 53 – NZA 1984, 402.

[36] Dazu MünchArbR/*Otto* (Fn 10) § 287 Rn. 5 ff.

[37] BAG vom 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134 = AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2003, 734.

[38] Vgl. BVerfG vom 24.2.1999 – 1 BvR 123/93 – BVerfGE 100, 214 = EzA Art. 9 GG Nr. 64 = NZA 1999, 713 = NJW 1999, 2657 = AP Nr. 18 zu § 20 BetrVG 1972 für die Gewerkschaftssolidarität in Betriebsratswahlen.

Vorschlag § 2 Abs. 1 Satz 2 TVG: Der einem tariffähigen Verband angehörende Arbeitgeber darf nicht mit dem Ziel eines Haustarifvertrages bekämpft werden.

2.7 Wirkungen in drittbetroffenen Betrieben

Die Betriebsrisikolehre – durch die Schuldrechtsreform in § 615 Satz 3 BGB aufgenommen – verpflichtet den Arbeitgeber zur Entgeltzahlung trotz Arbeitsausfalles, wenn der Arbeitsausfall in seine Risikosphäre fällt. Das **Arbeitskampfrisiko** gehört nach einhelliger Meinung nicht hierher. Wie Betriebsrisiko und Arbeitskampfrisiko abzugrenzen sind, ist umstritten.[39] Richtigerweise muß für jede durch Arbeitskampf verursachte Betriebsstörung gelten: Fällt die Arbeit aus, gibt es entsprechend dem Grundsatz „ohne Leistung keine Gegenleistung; ohne Arbeit kein Lohn" (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB) keinen Vergütungsanspruch. Paritätserwägungen haben damit nichts zu tun. Das Leistungsstörungsrisiko haben vielmehr beide Vertragspartner getrennt zu tragen: der Arbeitgeber schultert die Last, daß Zulieferer oder Abnehmer infolge des Kampfes ausfallen; der Arbeitnehmer trägt das Lohnausfallrisiko – nach dem Kausalprinzip.[40] Anders gewendet: Der Arbeitgeber ist keine Arbeitskampfversicherung zugunsten seiner Arbeitnehmer; er kann nur das allgemeine Wirtschaftsrisiko tragen – nicht aber Betriebsstörungen, die von streikenden Gewerkschaften in aller Regel gezielt ausgelöst werden. Das überschreitet seine Opfergrenze.[41] Diese Versicherungslast trägt vielmehr die Arbeitslosenversicherung, die im Rahmen des § 146 SGB III Kurzarbeitergeld auch im Arbeitskampffalle unter bestimmten Voraussetzungen zahlt.[42]

Nur so wird eine gewisse Internalisierung dieser externen Kampfeffekte erreicht.

Vorschlag § 615 Satz 4 BGB: Der Arbeitgeber trägt das Risiko des Arbeitsausfalles nicht, soweit der Arbeitsausfall unmittelbar oder mittelbar Folge eines Arbeitskampfes ist.

2.8 Neutralität der Betriebsräte im Arbeitskampf

Betriebsräte werden im Vorfeld von Arbeitskämpfen häufig als Waffe eingesetzt: Sie sammeln kampftaktisch bedeutsame Informationen und geben sie an die Gewerkschaft weiter. Gerade erst hat das BAG die allgemeine Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat im Arbeitskampf bestätigt – gerade für die Einstellung von Ersatzkräften und die Beschäftigung von Mitarbeitern fremder Unternehmen – und dabei blauäugig gemeint, der (häufig gewerkschaftsnah besetzte) Betriebsrat werde seine Informationen schon nicht dazu nutzen, die Abwehrstrategie des Arbeitgebers zu durchkreuzen, weil er das ja nicht dürfe.[43] Betriebsräte nutzen ihre Mitbestimmungsrechte sogar gezielt zur Druckausübung im Vorfeld einer Tarifauseinandersetzung – insbesondere durch Verweigerung von Überstunden. Das für die Betriebsverfassung strikt geltende Arbeitskampfverbot muß präzisiert werden, um die im BetrVG festgeschriebene **koalitionspolitische Neutralität des Betriebsrats** durchzusetzen und die Parität zu sichern.

Daß der Arbeitgeber ein einseitiges Durchführungsrecht hat, folgt schon aus dem Entfall des Mitbestimmungsrechts. Ein Verfahren wie nach § 100 BetrVG erlegte dem Arbeitgeber eine systemwidrige Rechtfertigungslast auf. Außerdem träfe den Arbeitgeber eine besondere Informationspflicht (vgl. § 100 Abs. 2 BetrVG), die gerade zu vermeiden ist.

Vorschlag § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG: In einem solchen Arbeitskampf ruhen sämtliche Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte, soweit ihre Ausübung auch nur mittelbaren Einfluß auf die Auseinandersetzungen haben kann. Das gilt auch vor Beginn von Kampfmaßnahmen, sobald eine Tarifforderung erhoben ist. Informationspflichten des Arbeitgebers entfallen, soweit die Informationsweitergabe Einfluß auf das Kampfgeschehen haben kann.

(Bisherige Sätze 2 und 3 werden Abs. 3, bisheriger Abs. 3 wird Abs. 4)

[39] BAG vom 22.3.1994 – 1 AZR 622/93 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 115 mit Anm. *Fischer/Rüthers* = AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1994, 1097; aus der Literatur vor allem *Kalb:* Arbeitskampfrisiko und Regelungsbetroffenheit, FS Stahlhacke (1995) S. 213 ff.; *Gutzeit:* Zuweisung des Arbeitskampfrisikos zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. In: Rieble (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 118 ff; *Kissel* (Fn 9) § 49 Rn. 8 ff; MünchArbR/*Otto* (Fn 10) § 290 Rn 1 ff.

[40] Hierzu schon *Lieb*: Zum gegenwärtigen Stand der Arbeitskampfrisikolehre, NZA 1990, 289; *Picker*: Auswirkungen des Arbeitskampfs auf Drittunternehmen, FS Locher (1990) S. 477 ff.

[41] Eingehend *Rieble* Anmerkung zu BAG vom 12.11.1996 – 1 AZR 364/96 – SAE 1997, 285, 288 f.

[42] Darauf stellt mit Recht ab MünchArbR/*Otto* (Fn 10) § 290 Rn 18 ff; *Seiter:* Staatsneutralität im Arbeitskampf (1987) S. 367; ebenso § 30 des Professorenentwurfs (Fn 1).

[43] BAG vom 10.12.2002 (Fn 11).

2.9 Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes

Damit im Arbeitskampf des öffentlichen Dienstes Beamte zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Dienstes eingesetzt werden können, bedarf es nach der Beamtenstreik-Entscheidung des BVerfG[44] einer gesetzlichen Regelung. Nur mit ihrer Hilfe kann der Staat seiner Pflicht, öffentliche Aufgaben auch im Streikfalle gewährleisten zu können, nachkommen. Mit Staatsneutralität im Arbeitskampf hat das nichts zu tun. Denn der Staat ist in seiner Rolle als Arbeitgeber angesprochen.

Vorschlag § 122a BRRG: Fällt im öffentlichen Dienst Arbeit durch einen Arbeitskampf aus, können Beamte derselben oder einer anderen Dienststelle vorübergehend zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der betroffenen Dienststelle zur Arbeitsleistung herangezogen werden.

3 Schluß

Das überkommene Arbeitskampfrecht gibt keine fairen Spielregeln mehr vor. Da den Arbeitgebern die Aussperrung nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch unmöglich ist, liegt die Lösung nicht in einer Beatmung der Aussperrung. Vielmehr sind Einschränkungen des Streikrechtes erforderlich – wenn man an der Konfliktlösungsfunktion des Arbeitskampfs festhalten will. Solche Beschränkungsmöglichkeiten sind:

- Der zentrale Gedanke, daß der Arbeitskampf als schädigendes Ereignis erst als letzter Akt einer Tarifbewegung erfolgen darf, gebietet einen effektiven Schlichtungsversuch.
- Die Schädigung der Arbeitnehmer verlangt nach einer legitimierenden Urabstimmung in der Gewerkschaft.
- Mit einer Ankündigungsfrist soll der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, die Kampfschäden zu begrenzen.
- Der Zugang zum Betrieb muß für den Arbeitgeber, Arbeitswillige sowie Kunden und Lieferanten effektiv gesichert werden.
- Für Betriebe der Daseinsvorsorge ist ein effektives Notdienstgebot zu verankern.
- Der verbandsangehörige Arbeitgeber muß sich der Kampfsolidarität seines Verbandes sicher sein können.
- Schädigende Kampfwirkungen in Drittbetrieben müssen als Arbeitskampfrisiko auch zu Lasten der Arbeitnehmer gehen.
- Der Betriebsrat darf Mitwirkungs- und Informationsrechte nicht zur Kampfbeeinflussung nutzen können.
- Der Staat schließlich muß als Streikopfer seine öffentlichen Aufgaben notfalls auch mit Beamten erfüllen können.

Wer sich der Reform des Arbeitskampfrechts versagt, wird erleben müssen, daß der Standortwettbewerb die Regulierung übernimmt. Er ist mit Rechtsregeln nicht einzufangen.

[44] BVerfG vom 2.3.1993 – 1 BVR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 = EzBAT § 8 BAT Arbeitskampf Nr. 31 = AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Literatur

Adomeit, Klaus: Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild, NJW 1994, 2467.

Bauer, Jobst-Hubertus/Röder, Gerhard: Streik ohne Urabstimmung? DB 1984, 1096.

Birk, Rolf/Konzen, Horst/Löwisch, Manfred/Raiser, Thomas/Seiter, Hugo: Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte (1988).

Böhm, Franz: Kartelle und Koalitionsfreiheit (1933).

Buchner, Herbert: Der „Funktionseliten"-Streik – zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartentarifverträgen, BB 2003, 2121.

Däubler, Wolfgang: Offshoring und die Hilflosigkeit des Arbeitsrechts. In: NJW 2005, 30.

Fischer, Christian/Rüthers, Bernd: Anmerkung zu BAG vom 22.31994–1 AZR 622/93 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 115.

Fizzenberger, Bernd/Haggeney Isabelle/Ernst Michaela: Wer ist noch Mitglied in Gewerkschaften? In: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (ZWS) 119 (1999) S. 223;

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht I (1997).

Gutzeit, Martin: Zuweisung des Arbeitskampfrisikos zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik. In: Rieble, Volker (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005), S. 118.

Jacobs, Matthias: Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – neues Kampfmittel der Arbeitgeberseite? In: Rieble, Volker (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005) S. 92;

Kalb, Heinz-Jürgen, Arbeitskampfrisiko und Regelungsbetroffenheit, FS Stahlhacke (1995), S. 213.

Konzen, Horst: Fünfzig Jahre richterliches Arbeitskampfrecht – Grundlagen, Bilanz, Weiterentwicklung, 2. BAG-FS (2004), S. 515.

Lembke, Mark: Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 – Relikt der Besatzungszeit oder Modell für Mediation im Arbeitsrecht? RdA 2000, 223.

Lieb, Manfred: Zum gegenwärtigen Stand der Arbeitskampfrisikolehre. In: NZA 1990, S. 289.

Lobinger, Thomas: Arbeitskämpfe bei Standortschließungen und –verlagerungen. In: Rieble, Volker (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005), S. 56ff.

Loritz, Karl-Georg: Das überkommene Arbeitskampfrecht und die aktuellen Entwicklungen, 2. BAG-FS (2004), S. 557;

Löwisch, Günther/Löwisch, Manfred, Aussperrung 1963 – Bericht und Schlußfolgerungen, ZfA 2002, 551.

Löwisch, Manfred: Arbeitsrecht und wirtschaftlicher Wandel, RdA 1999, 69.

Löwisch, Manfred: Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung. In: Rieble (Hrsg.): Zukunft des Arbeitskampfes (2005), S. 36.

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker: TVG, 2. Auflage (2004).

Löwisch, Manfred/Rieble, Volker: Zum Ausmaß des Rechtswidrigkeitsurteils über Arbeitskämpfe – insbesondere bei der unverhältnismäßigen Aussperrung. Betrieb 1993, 882.

Niedenhoff, Horst-Udo: Dossier: Gewerkschaften in Deutschland (2003).

Picker, Eduard: Auswirkungen des Arbeitskampfs auf Drittunternehmen, FS Locher (1990), S. 477.

Reuter, Dieter: Für ein konsistentes Arbeitskampfrecht. FS Wiese (1998), S. 427.

Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage (2000).

Rieble, Volker: Anmerkung zu BAG vom 12.11 1996 – 1 AZR 364/96 – SAE 1997, 285, 288.

Rieble, Volker:, Anmerkung zu BAG vom 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135.

Rieble, Volker: Arbeitsmarkt und Wettbewerb (1996).

Rieble, Volker: Walter Eucken und die Frage nach der Arbeitsmarktordnung. In: Külp/Vanberg (Hrsg.): Gedächtnisschrift Walter Eucken (2000), S. 199.

Rieble, Volker: Zulässigkeit des Lokführer-„Funktionseliten"-Streiks, BB 2003, 1227.

Schüren, Peter: Die Legitimation der tariflichen Normsetzung (1990).

Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar (2000).

Seiter, Hugo: Staatsneutralität im Arbeitskampf (1987).

Söllner, Alfred: Der Flächentarifvertrag – ein Kartell? In: Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht [JArbR] Bd. 35 (1998), S. 21.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/EGV (2003).

Thüsing, Georg: Der Außenseiter im Arbeitskampf (1996).

Vorderwühlbecke, Martin: Die Pflicht zur Urabstimmung, BB 1987, 750.

Wolter, Henner: Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, 218.

Zöllner, Wolfgang: Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen. FS 100 Jahre GmbHG (1992), S. 85.