

SONDERDRUCK  
AUS



FESTSCHRIFT FÜR

# CLAUS-WILHELM CANARIS

ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN  
VON

ANDREAS HELDRICH  
JÜRGEN PRÖLSS  
INGO KOLLER

SOWIE

KATJA LANGENBUCHER  
HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT  
JOHANNES HAGER  
FELIX CHRISTOPHER HEY  
JÖRG NEUNER  
JENS PETERSEN  
REINHARD SINGER



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2007

## Urabstimmung als Streikvoraussetzung

### *I. Grundrechtsbindung, Tarifvertrag und Arbeitskampf*

Der Jubilar hat sich arbeitsrechtlich vor allem dadurch verdient gemacht, daß er mit der Schutzpflichtkonzeption die mittelbare Grundrechtsbindung nicht nur für das Privatrecht im Allgemeinen, sondern gerade auch für den Tarifvertrag im besonderen fruchtbar gemacht hat.<sup>1</sup> Während für das Vertragsrecht damit eine Intensivierung der Rechtsbindung erreicht worden ist, wurde für das Tarifvertragsrecht auf diese Weise ein – bis heute nicht vollständig abgearbeiteter – Dogmenwechsel erreicht. An die Stelle der unmittelbaren ist eine mittelbare Grundrechtsbindung getreten; zugleich hat sich das Tarifverständnis radikal verändert. Der Tarifvertrag wird inzwischen als privatautonomer Kollektivvertrag und nicht mehr von seiner Wirkung her als Rechtsnorm begriffen.<sup>2</sup> Dementsprechend knüpft die Grundrechtsbindung nicht mehr an die Rechtsnormqualität und den verfehlten Delegationsgedanken an – sondern an die (gemeinschaftliche) Machtausübung durch die Tarifparteien. Diese für das kollektive Arbeitsrecht unerhört wichtige Wende wird weitere Folgen haben: Vor allem für die kleine Schwester des Tarifvertrags, den Arbeitskampf, der einer privatautonomen Deutung harrt und sich die Frage nach der Grundrechtswirkung „erst recht“ gefallen lassen muß – weil Streik und Aussperrung massive privatautonome Machtausübungen darstellen, die für den Einzelnen grundsätzlich zur Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz gehen können.

Das Arbeitskampfrecht versucht durchaus, die mit Streik und Aussperrung verbundene massive Beeinträchtigung der Betroffenen, Dritter, wie der Allgemeinheit aufzunehmen. Von Anfang an hat das BAG, vor allem in den beiden Entscheidungen des Großen Senates aus den Jahren 1955 und 1971<sup>3</sup> den Arbeitskampf in seine Schranken gewiesen – vor allem durch das arbeitskampfrechtliche ultima-ratio-Prinzip (nach welchem zum Arbeitskampf erst gegriffen werden darf, wenn alle zuvorigen Verständigungs- und Verhandlungsmöglichkeiten erschöpft sind). Dieses Prinzip ist Teil einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitskontrolle des Arbeitskampfs – die vom Großen Senat 1971 vor allem

<sup>1</sup> AcP 184 (1984), 202ff., und insbesondere S.243ff. zum Tarifvertrag; vertieft in seiner Schrift *Grundrechte und Privatrecht*, 1998, diesmal ohne tarifvertragliche Besonderheiten.

<sup>2</sup> Dazu nur *Rieble*, *ZfA* 2000, 5ff. mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>3</sup> *BAG GS AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf*; *BAG GS AP Nr.43 zu Art.9 GG Arbeitskampf* = *EzA Art.9 GG Nr.6* = *NJW* 1971, 1668; dazu *Löwisch*, *ZfA* 1971, 319ff. und die „entwicklungsgeschichtliche Übersicht von *Otto*, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, 2006, § 2 Rn. 17ff.

dazu genutzt worden ist, die Wirkung von Streik und Aussperrung auf die Arbeitsverhältnisse zu begrenzen. Sein Kernsatz lautet: „Arbeitskampfmaßnahmen stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit“.<sup>4</sup>

Begreift man den Arbeitskampf nicht mehr als „an sich systemwidrige“ Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols,<sup>5</sup> sondern als marktkonformen Abgleich von Arbeitsangebot und Nachfrage durch kollektiven Einsatz von Vertragsrechten,<sup>6</sup> so fügt sich auch das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip in die Zivilrechtsdogmatik des Schutzes vor übermäßiger Machtausübung ein. Freilich: Das Arbeitskampfrecht schmort in seinem eigenen richterrechtlichen Saft und vermag die „kollektivistischen“ Prägungen *Nipperdeys* nicht abzustreifen. Das aber wäre nötig, um die arbeitskampfrechtliche Dogmatik an das Zivilrecht anzunähern. Diese (notwendige) Entwicklung steht aus.

„Aufgeladen“ wurde das Verhältnismäßigkeitsprinzip später mit einem positiven Paritätsprinzip: Der Arbeitskampf sei überhaupt nur insoweit verhältnismäßig, als er der Herstellung von Parität diene. Eben deswegen gelangte das BAG zu einer einseitigen Beschränkung nur der Aussperrung. Für den Streik dagegen blieb es bislang bei der umfassenden Streikfreiheit – so daß die Gewerkschaften rechtlich begünstigt sind.<sup>7</sup>

## II. Das Urabstimmungsproblem

### 1. Urabstimmungen in den Gewerkschaftssatzungen

Nahezu alle Gewerkschaften sehen in ihren Satzungen eine Urabstimmung als Voraussetzung des Streiks vor – vielfach mit Ausnahme des Warnstreiks. Beispiel ist § 22 der Satzung der IG Metall:<sup>8</sup>

#### § 22 Streik

1. Der Vorstand kann Bezirksleitungen und Ortsvorstand ermächtigen, zu Warnstreiks aufzurufen.

2. Arbeitseinstellungen setzen den Beschluß des Vorstandes voraus.

3. Vor der Beschlußfassung über Arbeitseinstellungen hat der Vorstand sowohl die Geschäftslage der betreffenden Industriegruppe als auch die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in Betracht zu ziehen. Der Vorstand hat ferner zu berücksichtigen, ob zur Durchführung des Streiks die nötigen Mittel vorhanden sind oder beschafft werden können.

<sup>4</sup> Insofern ist das Arbeitskampfrecht dem allgemeinen Zivilrecht etwas aus dem Blick geraten (und umgekehrt); vgl. *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 ff.

<sup>5</sup> So sogar *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988, S. 18; ähnlich *J.H. Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956, S. 322; *Hoeniger*, RdA 1953, 205, 206 unter 4.

<sup>6</sup> *Ramm*, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, 1965, S. 1–25; *Rüthers*, GedS Dietz, 1973, S. 299, 306 f.; *Krüger*, Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifparteien, Gutachten zum 46. DJT (1966), S. 7, 74 f.; *Scholz*, ZfA 1990, 377, 388; *Buchner*, in: *Lieb/von Stebut/Zöllner* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht – Symposium Hugo Seiter zum Gedächtnis 1990, S. 21, 47; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1310 ff.

<sup>7</sup> Zur „Einseitigkeit“ des Arbeitskampfrechts *Rieble*, ZAF 38 (2005), 218 ff.

<sup>8</sup> Im Internet unter [www.igmetall.de](http://www.igmetall.de) abrufbar, zuletzt am 6. 12. 2006.

Der Antrag auf Arbeitseinstellung kann abgelehnt werden, wenn schon an einem anderen Orte gestreikt wird, Kündigung der Tarifverträge erfolgt oder das Organisationsverhältnis ein ungünstiges ist. Der Antrag muß abgelehnt werden, wenn nicht mindestens 75 Prozent der für die Bewegung in Betracht kommenden Gewerkschaftsmitglieder in der vom Vorstand beschlossenen geheimen Urabstimmung für die Arbeitseinstellung gestimmt haben. Vor der Abstimmung hat der Vertreter bzw. die Vertreterin des Vorstandes auf die gesetzlichen Bestimmungen über eventuellen Tarif- oder Vertragsbruch und auf die für die Durchführung und Unterstützung des Streiks geltenden Bestimmungen dieser Satzung hinzuweisen.

4. Tritt während eines anerkannten Streiks nach Auffassung des Vorstandes eine wesentliche Änderung der Situation ein, so muß erneut eine geheime Urabstimmung unter den an dieser Streikbewegung beteiligten Mitgliedern durchgeführt werden.

Der Vorstand darf der Fortführung der Bewegung nur dann zustimmen, wenn mindestens 75 Prozent der für die Bewegung in Betracht kommenden Gewerkschaftsmitglieder sich dafür ausgesprochen haben.

5. Die Entscheidungen des Vorstandes sind unter allen Umständen für die betreffenden Mitglieder bindend. Wird gegen den Beschluß des Vorstandes die Arbeit niedergelegt, so verzichten die Mitglieder auf jede Unterstützung.

6. Werden Mitglieder ausgesperrt, ist dies vom zuständigen Ortsvorstand unverzüglich über die Bezirksleitung dem Vorstand zu melden.

7. Sperren über Betriebe können nur vom Vorstand verhängt werden und sind durch diesen bekannt zu machen.

Nun ist es schön, wenn Mitglieder der eigenen Gewerkschaft den Rücken im Arbeitskampf stärken – durch eine erfolgreiche Urabstimmung und durch umfassende Teilnahme am Streik. Unschön wäre es, wenn sie die Gefolgschaft verweigern. Deswegen kennt die Praxis grundsätzlich keine verlorenen Urabstimmungen. Ob das nur daran liegt, daß die Gefolgschaft folgt, mag dahinstehen. Jedenfalls werden Urabstimmungen mitunter „gestaltet“ – in einer Art und Weise, wie man dies bei politischen Abstimmungen nicht duldet. Das reicht von der Auswahl der Stimmberechtigten, die nicht abstrakt-generell festgelegt ist, sondern von den Exekutivorganen der Gewerkschaft nach dem unbestimmten Satzungs-begriff der „der für die Bewegung in Betracht kommenden Gewerkschaftsmitglieder“ vorgenommen wird. Wer kommt für die Tarifbewegung in Betracht? Vor allem jene, die die begründete Erwartung rechtfertigen, daß sie richtig abstimmen. Und wenn selbst das nicht reicht, helfen Stimmzettel, auf denen den Mitgliedern mitgeteilt wird, wie „richtig“ abzustimmen ist.<sup>9</sup> Da die Gewerkschaften sich selbst mit dem Demokratieprinzip erklären,<sup>10</sup> darf man an Bertold Brecht denken: So wird es möglich, daß die Exekutive (der Gewerkschaftsvorstand) das Stimmvolk selbst bestimmt – auf der Basis eines hinreichend unbestimmten Volksbegriffes.

<sup>9</sup> Einen derartigen Stimmzettel „gefunden“ hat *Hettlage*, DGB in der Sackgasse, 2003, S. 149 mit Stimmzetteldruck und S. 134 ff. zu den Merkwürdigkeiten des ostdeutschen Metallarbeitskampfes.

<sup>10</sup> Mit Nachweisen *Kempfen/Zachert*, TVG, 4. Aufl. 2006, Grundlagen Rn. 67 ff.; § 2 Rn. 33. Dazu auch *Schüren*, Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, 1990, S. 230 ff. und *Däubler*, TVG, 2. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 92.

## 2. Bislang: Urabstimmung als bloßes Verbandsinternum

Ob der Streik im Außenverhältnis zum Arbeitgeber und damit für die Allgemeinheit rechtmäßig nur dann ist, wenn er von einer Urabstimmung der Gewerkschaftsmitglieder gedeckt ist, ist seit langem umstritten. Die leicht überwiegende Meinung sieht in der Urabstimmung ein Verbandsinternum:<sup>11</sup> Weder seien Gewerkschaften überhaupt verpflichtet, in ihrer Satzung eine Urabstimmung vorzusehen – noch müßten sie sich aus arbeitskampfrechtlicher Sicht an die eigene Satzung halten. Satzungsverstöße bis hin zur Manipulation der Urabstimmung blieben ohne Folge – weil die Arbeitgeberseite als sozialer Gegenspieler kein Recht darauf habe, daß die Gewerkschaft ihre internen Regeln einhalte, mithin nicht zur Gewerkschaftsaufsicht berufen sei. Dann und nur dann, wenn ganz ausnahmsweise die Satzung der Gewerkschaft selbst und „freiwillig“ den für den Arbeitskampf erforderlichen Kampfbeschuß nach außen (!) an die Urabstimmung binde (im Sinne einer Beschränkung der Vertretungsmacht und nicht nur der Geschäftsführung), führe die fehlende oder unwirksame Urabstimmung zur Außenrechtswidrigkeit der Kampfmaßnahme.<sup>12</sup>

Auch der sogenannte „Professorenentwurf“ zum Arbeitskampfrecht<sup>13</sup> sieht für den normalen Arbeitskampf eine lediglich verbandsinterne Pflicht zur Urabstimmung vor, § 6. Deren Verletzung machte den Arbeitskampf nicht außenrechtswidrig. Immerhin postuliert der Entwurf bei seinem *verbandsfreien Streikrecht* eine notwendige (!) Urabstimmung in § 34 Abs. 2 und begründet das damit, daß nicht „wenige Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen auf eigene Faust private Interessen unter dem Deckmantel des verbandsfreien Streikrechts durchzusetzen versuchen“ (S. 98).

Das BAG schließlich hat sich nur beiläufig und nur für den damals noch für einen Sonderfall gehaltenen „kurzen“ Warnstreik ablehnend geäußert.<sup>14</sup> Diese Entscheidung ist als Teil der Sonderrechtsprechung zum Warnstreik mit der Rechtsprechungswende aus 1988 (Fn. 18) insgesamt überholt.

Freilich: Ohne jede Folgewirkung ist die Urabstimmung auch dann nicht! Sieht die Gewerkschaftssatzung eine Urabstimmung vor, so bedeutet deren Fehlen, daß die Gewerkschaftsmitglieder vereinsrechtlich nicht verpflichtet sind,

<sup>11</sup> Zur herrschenden Meinung vor allem *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 40 Rn. 1 ff. und *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 509 f. jeweils mit umfassenden Nachweisen; weiter *Juncker*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 612; *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 602. Historisch vor allem *Gütter*, JZ 1965, 197 ff., der aber im Kern nur zutreffend herausarbeitet, daß es keine generelle „einheitliche“ Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs nach innen und außen geben müsse und zum ultima-ratio-Prinzip nur kurz und unzureichend auf S. 201 Stellung nimmt. Gegen eine Urabstimmung als Außenrechtmäßigkeitserfordernis auch – trotz gelegentlich gegenläufiger Zitierung – *Vorderwülbecke*, BB 1987, 750 ff., der eindeutig nur eine innerverbandliche Urabstimmungspflicht fordert; ebenso *Schüren*, Die Legitimation der tariflichen Normsetzung, 1990, S. 276 ff., der die innerverbandliche Urabstimmung nicht der Rechtsaufsicht durch die Arbeitgeberverbände unterstellen will.

<sup>12</sup> Dazu *Otto* (Fn. 3), § 7 Rn. 33.

<sup>13</sup> *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988.

<sup>14</sup> BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 19.

dem Streikaufruf zu folgen oder den Streik gar aktiv zu unterstützen, etwa durch Streikpostenstehen (keine Folgepflicht).<sup>15</sup>

Dagegen steht immer schon eine starke und wachsende Mindermeinung, die die Urabstimmung zur Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Kampfmaßnahme (also mit Außenwirkung) machen will – aus zwei miteinander wechselwirkenden Gründen: zur Legitimation des Arbeitskampfes durch die Mitglieder der Koalitionen und um die Schädigung Dritter und der Allgemeinheit durch den Kampf zu begrenzen – also diesen die Kampffolgen dann und nur dann zuzumuten, wenn ein entsprechendes Mitgliedervotum vorliegt.<sup>16</sup>

Warum hat sich diese Meinung bislang nicht durchgesetzt? Das hat aus meiner Sicht vier Gründe – zwei rechtspolitische und zwei rechtstechnische:

- Rechtspolitisch steht das Arbeitskampfrecht unter dem umfassenden Eindruck der Streikfreiheit der Gewerkschaft bei größtmöglicher Beschränkung der Aussperrung – bis hin zum „kalten Aussperrungsverbot“ durch das BAG.<sup>17</sup> Insbesondere die Farce der Warnstreikrechtsprechungsentwicklung bis hin zur merkwürdigen Entscheidung vom 21.6. 1988 – Warnstreik „an sich“ Vollstreik, doch sei der Streik schon selbst die Scheiternserklärung für die parallel weiterlaufenden Verhandlungen<sup>18</sup> zeigt das Bemühen des BAG, das rhetorisch hochgehaltene ultima-ratio-Prinzip des Arbeitskampfes nicht zu Lasten der Gewerkschaften gehen zu lassen. So wird auch auf die vom Großen Senat betonte Kernaussage, vor jedem (!) Arbeitskampf sei ein Schlichtungsversuch geboten, vom Ersten und Arbeitskampf-Senat des BAG nicht mehr aufgegriffen.<sup>19</sup>
- Zweitens kann eine Urabstimmungspflicht – genauer: eine arbeitskampfrechtliche Urabstimmungsobliegenheit – nicht von der Satzungsgestaltung der Gewerkschaft abhängen; vielmehr müssten konsequenterweise alle Gewerkschaften (und die Arbeitgeberverbände für den theoretischen Fall der Angriffsaussperrung<sup>20</sup>) zur Urabstimmung verpflichtet sein. Denn das Arbeitskampfrecht und nicht die Satzung einer Gewerkschaft bestimmt den

<sup>15</sup> Ganz h.M. *Otto* (Fn.3), § 7 Rn.35; *Rieble/Bitterberg*, Arbeitskampf und Verbandsrecht, AR-Blattei SD 170.6 2005, Rn.33; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I 1997, S. 1288. Zu diesem innerverbandlichen Legitimationsansatz *Vorderwülbecke*, Rechtsform der Gewerkschaften und Kontrollbefugnisse des Gewerkschaftsmitglieds 1988, S. 195.

<sup>16</sup> Vor allem: *Löwisch*, in: *Rieble* (Hrsg.) Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, § 2 Rn.7ff. unter Aufgabe seiner früheren Meinung; *Rieble/Bitterberg* AR-Blattei SD 170.6 2005, Rn.17, 20; *Löwisch/Rieble* TVG 2. Aufl. 2004, § 2 Rn.32; *Reuter*, FS Wiese 1998, S. 427, 438; *Hanau/Adomeit* Arbeitsrecht, 11. Aufl. 2005, Rn.294 – aber nur wenn die Satzung eine Urabstimmung vorsieht; *Bauer/Röder*, DB 1984, 1096 ff.; zuvor schon *Hueck/Nipperdey/Säcker*, Arbeitsrecht II/2, 7. Aufl. 1967, S. 1025f. sowie *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, 1960, S. 116; *De lege ferenda Rieble* (Fn. 7), 218, 225 unter 2.2.

<sup>17</sup> Zu diesem *Rieble*, ZfA 2005, 245, 249 ff.

<sup>18</sup> BAG AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75 = NZA 1988, 846 = JZ 1989, 85 mit kritischer Anmerkung *Löwisch/Rieble*; hierzu inzwischen „geläutert“ *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 41 Rn.27ff., 42; Kritisch auch die Gesamtwürdigung der Warnstreikrechtsprechung durch *Konzen*, 2. BAG-FS 2004, S. 515, 543 ff.

<sup>19</sup> Dazu etwa *Konzen* (Fn.18), S.544; *Otto* (Fn.3), § 7 Rn.11ff., eingehend *Picker*, RdA 1982, 331 ff., 332.

<sup>20</sup> Zu ihr *Lessner*, FA 2003, 233 ff.

Rechtsrahmen des Arbeitskampfs. Das Arbeitskampfrecht griffe also in die koalitionsinterne Willensbildung ein – ein verfassungspolitisch bedeutsamer Vorgang (Stichwort: Verbände- oder Gewerkschaftsgesetz), der dem Richter Mut abverlangt.

- Drittens schließlich erforderte dies die Festlegung eines Regulariums: Wer stimmt ab (Festlegung des „Stimmvolkes“)? Wie wird abgestimmt (Geltung allgemeiner Wahlrechtsprinzipien)? Welches Maß an Stimmbeeinflussung durch Kampfpropaganda ist zulässig? Und vor allem: Wie wird die Urabstimmung rechtstechnisch kontrolliert?<sup>21</sup> Könnte nicht die Arbeitgeberseite auf diese Weise in den internen Bereich der kampfbezogenen Willensbildung in der Gewerkschaft „hineinhorchen“; geht es nicht um denknötwendige Verbandsinterna?
- Viertens schließlich sind systematische Folgewirkungen auf das überkommene Arbeitskampsystem zu bedenken: Die vom BAG einst gebilligte nachträgliche Übernahme eines wilden Streiks<sup>22</sup> ist dann nicht mehr möglich. Die nachträgliche Urabstimmung als Streikvoraussetzung kann denklologisch nicht in die Vergangenheit zurückwirken. Indes: Jene Rückwirkung war immer schon falsch.<sup>23</sup> Der kollektive Kampfbeschluss der Tarifpartei ist eine einseitig gestaltende Willenserklärung, die die Arbeitsniederlegung durch den einzelnen Arbeitnehmer – gleichfalls eine einseitige gestaltende Willenserklärung – rechtfertigt. Einseitige Gestaltungserklärungen aber können grundsätzlich nicht genehmigt werden. Vor allem aber darf man auch von Arbeitnehmern Rechtstreue verlangen – wer verbandsfrei streikt, muß mit Kündigung und Schadensersatzforderungen rechnen; das rückwirkende Übernahmerecht der Gewerkschaft nimmt dem Arbeitgeber rückwirkend die Möglichkeit, den verbandstragenen Streik durch Nachgeben in den Tarifverhandlungen auszuweichen – ein Argument das im Rahmen der „Rührei-Theorie“ bereits Gefolgschaft erheischt: Eine einzige rechtswidrige Tarifforderung macht den Arbeitskampf insgesamt rechtswidrig.<sup>24</sup>

### 3. Wechsel zur Außenwirkung?

#### a) Veränderte Arbeitskampsrealität

Das Arbeitskamps geschehen hat sich verändert – und zwar erheblich: Arbeitskämpfe finden inzwischen unter globalen Wettbewerbsbedingungen statt<sup>25</sup> – und können schädigende Langzeitwirkungen auslösen, die nicht abzusehen sind.

<sup>21</sup> Deshalb hat das *ArbG Dresden* vom 14.1. 2004 -1 Ca 3081/03 – n.v. (juris) einen entsprechenden Unterlassungsantrag der Arbeitgeberseite für zu unbestimmt gehalten.

<sup>22</sup> BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 7; so auch noch *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997, 170.2 Rn. 72.

<sup>23</sup> Kritisch auch *Otto* (Fn. 3), § 6 Rn. 30 mit Nachweisen; *Ramm*, *ArbuR* 1964, 353 ff., 356.

<sup>24</sup> H.M., dazu mit Nachweisen *Löwisch/Rieble* (Fn. 22), 170.2 Rn. 31 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 5 Rn. 25.

<sup>25</sup> Dazu *Loritz*, 2. BAG-FS 2004, S. 557 ff.

Zugleich haben sich die Arbeitskampftechniken verändert: Während der Streik früher eine Massenerscheinung war, können heute einige wenige Arbeitnehmer mit Nadelstichtaktik und Wellenstreik nach dem Muster der Neuen Beweglichkeit ganze Betriebe lahmlegen. Dieser Wandel bedeutet Delegitimation: Eine formale Urabstimmung konnte früher eher für entbehrlich gehalten werden, weil die Arbeitnehmer durch ihre Streikteilnahme auch über den Streik als Gesamtmaßnahme „abgestimmt“ haben – freilich nicht geheim und durchaus unter erheblichem Druck (Spießrutenlaufen der „Streikbrecher“).

Der Verzicht auf Urabstimmung bedeutet, daß ein Gewerkschaftsorgan kraft eigener Erkenntnis zusammen mit einer Handvoll kampfwilliger Arbeitnehmer in Schlüsselfunktionen massive Schäden anrichten kann – auch und gerade zu Lasten der eigenen Mitglieder, die infolge der kampfbedingten Leistungsstörung nicht mehr arbeiten können und ihren Entgeltanspruch verlieren. Daß Fehleinschätzungen gewerkschaftsintern nachträglich „sanktioniert“ werden, wie der ostdeutsche IG-Metall-Bezirksführer *Düvel* hat erfahren müssen, ist kein Gegenargument. Zu verantworten hatte den Streik die IG-Metall-Spitze in Frankfurt. Dort rollten keine Köpfe; dort wurde nur das Bauernopfer organisiert. Die repressive Selbststeuerung in Großverbänden funktioniert nicht derart zuverlässig, daß das Arbeitskampfrecht davon ausgehen dürfte, unvernünftige Entscheidungen seien mit hinreichender Gewißheit nicht zu erwarten. Das BAG freilich meinte vor kurzem, die Gewerkschaft könne für ihre einseitigen Kampfentscheidungen eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Geeignetheit ihres Kampfmittels, also für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beanspruchen.<sup>26</sup> Das ist praktisch, weil der Schädiger seine eigene Schädigungsbefugnis beurteilen darf. Bezogen auf die Urabstimmung möchte man dem Gericht zurufen: Worauf gründet dieses Richtigkeitsvertrauen – wenn das Arbeitskampfrecht nicht einmal Verfahrenssicherung durch Urabstimmungserfordernis betreibt?

Die „Minimax“-Taktik heißt in der Praxis also: Die streikenden Arbeitnehmer entscheiden für sich durch die Teilnahme am Streik, daß sie ihr Arbeitsverhältnis suspendieren. Als Gewerkschaftsmitglieder werden sie hierfür aus dem Streikfonds entschädigt. Über die vernetzte Wirtschaft und die eng getakteten Produktionsbedingungen entscheiden Gewerkschaftsorgan und Streikende aber auch – und zwar gezielt (!) – daß eine ungleich größere Anzahl von Arbeitnehmern, Gewerkschaftsmitglieder wie Nicht- und Andersorganisierte, ihre Arbeit kraft Leistungsstörung verlieren und nach der hier nicht zu problematisierenden Arbeitskampsrisikolehre des BAG<sup>27</sup> ihren Entgeltanspruch einbüßen, wenn sie bei einem Arbeitgeber arbeiten, der von dem umkämpften Tarifver-

---

<sup>26</sup> Vgl. aber BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 mit kritischer Anmerkung *Rieble* = AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2003, 866: Nichtamtlicher Orientierungssatz 3.

<sup>27</sup> BAG EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 7 = AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1981, 937 sowie EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 8 = AP Nr. 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1981, 942; dazu *Picker*, FS Locher 1990, S. 477 ff.; *Gutzeit*, Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung, 2000, S. 141 ff.; zu den Folgeproblemen der Partizipationsrechtsprechung *Rieble*, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 unter III 2.



trag erfaßt wird. Hier geht es nicht um „kalte Aussperrung“, sondern um eiskalte Streiktaktik. Diesen mittelbar und final von der Arbeitsniederlegung betroffenen Arbeitnehmer wird zunächst die Arbeitsleistung unmöglich gemacht – sie verlieren zuerst die individuell freie Entscheidung über die Streikteilnahme und werden zwangsweise einbezogen. Ihr Vertragsrecht auf Beschäftigung und Vergütung wird im gewerkschaftlichen Kampfinteresse vereitelt. Und anders als die Streikenden erhalten diese mittelbar betroffenen Arbeitnehmer keine Entschädigung aus der gewerkschaftlichen Kampfkasse – was unter Gleichbehandlungsaspekten unzulässig ist,<sup>28</sup> aber dennoch geübte Praxis, gerade weil kein Arbeitnehmer seine Gewerkschaft auf Streikunterstützung verklagt. Das aber heißt: Gewerkschaftsorgan und wenige Streikwillige bringen die anderen Gewerkschaftsmitglieder gezielt um Arbeit und Entgelt – ohne daß jene auch nur das geringste Mitspracherecht hätten.

### *b) Urabstimmung und verbandsinterne Legitimation*

Daß sich eine Urabstimmungspflicht verbandsrechtlich mit den besonderen Mitwirkungsbefugnissen der Mitglieder gegenüber einer sie im Arbeitsverhältnis zentral treffenden Entscheidung begründen läßt, hat *Vorderwülbecke* bereits eindrucksvoll gezeigt<sup>29</sup> – mit der zusätzlichen Komponente eines verbandsinternen ultima-ratio-Prinzips. Der Sache nach geht es um nicht mehr und nicht weniger als um Legitimation.<sup>30</sup>

Die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ist keine Generalermächtigung, die den Gewerkschaftsorganen schlechthin „freie Hand“ ließe – zu belastenden Tarifregeln oder zu einschneidenden Kampfentscheidungen. Und auch die Wahl der Gewerkschaftsrepräsentanten für den Gewerkschaftstag und damit mittelbar die Wahl derjenigen Organe, die weitreichende Tarif- und Arbeitskampfentscheidungen für die Gewerkschaft treffen, reicht nicht aus. Insofern nämlich ist ein wesentlicher Unterschied zu anderen Verbänden zu verzeichnen: Gewerkschaften (und Arbeitgeberverbände) greifen mit ihren Entscheidungen in die Außenrechtsverhältnisse ihrer Mitglieder zum sozialen Gegenspieler ein – wohingegen andere private Verbände mit ihren Entscheidungen grundsätzlich nur die Pflichtenstellung des Mitglieds regeln.

Der Schutz vor belastenden Regelungen in Tarifverträgen läßt sich – gerade weil die Gewerkschaftsmitgliedschaft keine umfassende Belastungseinwilligung bedeutet – über die mittelbare Grundrechtsbindung des Tarifvertrags bewerkstelligen. Solange aber das Streikrecht nicht beschränkt wird, und auch gegenständiglich oder im Umfang nicht sinnvoll beschränkt werden kann, so lange kann der Schutz der Gewerkschaftsmitglieder vor unverhältnismäßigen Streik-

<sup>28</sup> Dazu *Löwisch*, AcP 174 (1974), 202, 223 und MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, § 251 Rn. 23; hiergegen *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 1289 mit dem Argument, Gleichbehandlung trafe die Gewerkschaften zu hart. So trifft es die Gewerkschaftsmitglieder hart.

<sup>29</sup> Die Pflicht zur Urabstimmung, BB 1987, 750ff. sowie *ders.*, Rechtsform der Gewerkschaften und Kontrollbefugnisse des Gewerkschaftsmitglieds (1987).

<sup>30</sup> Grundlegend *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964, S. 47ff. und *Schüren* (Fn. 10), insbesondere S. 160ff. und S. 276f.

aktionen nur durch Verfahren gesichert werden. Eben durch eine Urabstimmung, die die betroffenen Arbeitnehmer selbst entscheiden läßt, ob sie sich dem Arbeitskampf und seinen Folgen aussetzen mögen.

Immer schon verlangt das Tariffrecht mit der „demokratischen Organisation“ angemessene Möglichkeiten der Mitglieder, an der tariflichen Willensbildung teilzuhaben – hierunter läßt sich auch und gerade die Urabstimmung fassen.<sup>31</sup> Das BAG deutet in der jüngsten Tariffähigkeitsentscheidung „CGM“ freilich an, den Kontrollzugriff mildern zu wollen<sup>32</sup> – freilich nicht, weil die Anforderungen an die innerverbandliche Willensbildung insgesamt abgesenkt werden sollen, sondern weil der Entzug der Tariffähigkeit eine scharfe Sanktion ist, die nur bei krasser Verfehlung dieser Teilhabeanforderung und nicht schon bei jedem Mitwirkungsdefizit gerechtfertigt ist.<sup>33</sup> Auch wenn man also eine Urabstimmung für geboten hält, muß das nicht heißen, daß derjenigen Gewerkschaft, deren Satzung insofern Defizite aufweist, notwendig die Tariffähigkeit zu entziehen ist.

Insofern bleibt es bei der verbandsrechtlichen Seite: Die Machtposition, die die Gewerkschaft gegenüber ihren Mitgliedern hat, gebietet nicht nur eine materiale Beschränkung der Verbandsmacht<sup>34</sup> – durch eine Satzungskontrolle auf unangemessene Mitgliedschaftsbedingungen und durch eine gerichtliche Kontrolle der Aufnahme- und Ausschlußentscheidungen. Sie gebietet gerade auch eine angemessene Mitwirkung der Mitglieder an sie besonders treffenden Entscheidungen der Gewerkschaft. Sie gebietet zwingend die Urabstimmung auch bei fehlender Satzungsregelung – aber zunächst nur im Verhältnis zwischen Gewerkschaft und Mitglied und mit Rechtsfolgen nur in diesem Mitgliedschaftsverhältnis.<sup>35</sup>

### c) Urabstimmung und ultima ratio

Weswegen aber soll die Arbeitgeberseite als Kampfgegner und womöglich die Allgemeinheit durch eine Urabstimmungsobliegenheit vor dem Streik geschützt werden? Die Antwort fällt nur scheinbar schwer. Nach außen spielt das Legitimationserfordernis keine Rolle. Dem sozialen Gegenspieler gegenüber ist der Streik legitimiert, sobald das vertretungsberechtigte Gewerkschaftsorgan den erforderlichen kollektiven Kampfbeschuß trifft und diesen mitteilt. Interne Legitimationsfragen haben – insofern hat die bislang herrschende Meinung (Fn. 11) recht – keine Außenwirkung.

<sup>31</sup> Löwisch/Rieble, § 2 Rn. 32. Sehr klar auch Schüren (Fn. 10), S. 276 ff.

<sup>32</sup> BAG NZA 2006, 1112 unter B III 1 c cc der Gründe.

<sup>33</sup> Oetker, in: Wiedemann, TVG, § 2 Rn. 274; Löwisch/Rieble, TVG 2. Aufl. 2004, § 2 Rn. 78.

<sup>34</sup> Eingehend Schmiegel, Die Inhaltskontrolle von Koalitionssatzungen, 1995, S. 3 ff. und Münch-Komm/Reuter, BGB, 5. Aufl. 2006, Vor § 21 Rn. 108 ff.

<sup>35</sup> Im Kern auch Schmiegel (Fn. 34), S. 163 ff., die zwar „andere Wege“ der Legitimierung für möglich hält, jedoch eine Arbeitskampfsentscheidung nur der Gewerkschaftsorgane (also der „Exekutive“) für unzureichend hält. Fragen mag man sich insoweit nur, ob auch eine mittelbare Delegiertenversammlung legitimatorisch ausreichte – das ist aber eine wenig praktische Idee.

Indes: Das ultima-ratio-Prinzip des Großen Senates des BAG läuft seit geraumer Zeit leer – vor allem seit den Irrungen um den Warnstreik. Eine irgendeartete materielle oder Verfahrensschwelle zwischen der kampffreien Verhandlungsphase und der eigentlichen Kampfphase, womöglich mit einer Zwischenphase von verhandlungsbegleitendem (Warn)Arbeitskampf gibt es nicht. Auch wenn man dem BAG nicht darin folgt, daß der Warnstreikaufruf als solcher schon die (selbsteilende) Scheiternserklärung sein soll, bleibt doch das Problem: Wie soll festgestellt werden, ob die Verhandlungen schon „ausgereizt“ sind, so daß der Kampfeinsatz gerechtfertigt ist. Jede materiale Beurteilung, ob es noch Verhandlungs- oder Verständigungsmöglichkeiten zwischen den Tarifparteien gibt, ist mit der Tarifautonomie nicht vereinbar – wie *Picker* eindrucksvoll gezeigt hat.<sup>36</sup>

Konzeptionell hülfe die Schlichtungsobliegenheit des Großen Senats:<sup>37</sup> Müßte die angriffslustige Tarifpartei zuerst in die Schlichtung, bevor sie kämpfen darf, dürfte sie also erst zum Streik aufrufen, wenn der Schlichtungsspruch ergangen und sie dessen Nichtannahme – frei – erklärt hat, so wäre eine entsprechende Schwelle gegeben. Indes bedürfte es hierzu eines funktionsfähigen Schlichtungsverfahrens. Die Tarifparteien kann man nicht zwingen, eine autonome Schlichtung vorzuhalten, weil das den Zwang zum Abschluß eines Schlichtungsabkommens bedeutete.

Der Staat müßte vielmehr „ersatzweise“ ein effektives staatliches (und subsidiäres) Schlichtungsverfahren bereithalten, das von nur einer Seite eingeleitet werden kann und die auch bei der Weigerung der anderen Seite zu einem (notwendig nur!) unverbindlichen, also annahmebedürftigen Schlichtungsspruch führte. Die Nichtannahme des Schlichtervorschlags kann mit Blick auf die Tarifautonomie nicht überprüft werden (keine Zwangsschlichtung) – wohl aber kann dem Recht zum Arbeitskampf ein notwendiger Schlichtungsversuch vorgeschaltet werden.

Indes: Das rudimentäre Kontrollratsgesetz Nr. 35 – das durch den Einigungsvertrag sogar auf das Gebiet der neuen Länder erstreckt worden ist – nebst der im ehemaligen Südbaden weitergeltenden badischen Schlichtungsordnung – erfüllt diese Anforderungen nicht.<sup>38</sup> Solange aber der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, ein effektives Schlichtungsverfahren vorzuhalten, um die aus dem ultima-ratio-Prinzip abzuleitende Schwelle zum „jetzt geht’s los“ zu definieren – solange bleibt nur die Suche nach einem Ersatz.

Dieser Ersatz ist die Urabstimmung: Sie kann als arbeitskampfrechtlicher Verfahrensschritt diese Schwelle liefern, weil die Gewerkschaft sich dies genau überlegen muß: Leitet sie die Urabstimmung ein, ist der Weg zurück nicht einfach. Ohne einen hinreichenden – aus den Schwierigkeiten im tariflichen Eini-

<sup>36</sup> *Picker* (Fn. 19), RdA 1982, 331 ff., 338 ff., 341, 346. Weiter *Peters*, Das Scheitern der Tarifverhandlungen als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für Arbeitskampfmaßnahmen, 1997.

<sup>37</sup> Dazu BAG EzA Art. 9 GG Nr. 6 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 1971, 701; einschränkend *Otto* (Fn. 3), § 7 Rn. 19 ff.; zustimmend *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 416.

<sup>38</sup> Eingehend *Lembke*, RdA 2000, 223 ff., der S. 234 gerade meint, das KRG sei hinreichend effektiv, weswegen ein Schlichtungsversuch erfolgen müsse.

gungsprozeß abzuleitenden – Grund wird sie das Wagnis nicht eingehen. Auf der anderen Seite ist der Gegenspieler nach einer erfolgreichen Urabstimmung gewarnt. Auch wenn man diese nicht mehr als eigenständiges Kampfmittel sieht, sondern als bloße Vorbereitungshandlung (weswegen die Urabstimmung als solche nicht gegen die Friedenspflicht verstößt<sup>39</sup>), löst sie eigenständigen Druck aus und kann im Rahmen des Kampfrituals Signalfunktion haben.

Die Urabstimmung als ultima-ratio-Schwelle läßt sich mit deren mittelbar-faktischer Außenwirkung erklären: Solange in der Gewerkschaft nur das zuständige vertretungsberechtigte Organ und einige (wenige) aktiv Streikende für den Streik zu haben sind, solange kann man gerade davon ausgehen, daß das Verhandlungspotential nicht erschöpft ist. Erst wenn die potentiell kampfbetroffenen Mitglieder in der Urabstimmung die Bereitschaft zum Streik erklären, erst dann darf auch der Gegenspieler davon ausgehen, daß friedliche Verständigungsmöglichkeiten ausgereizt sind. Ein Streik, den nur Funktionäre und Aktivistinnen wollen, der aber in der Mitgliedschaft keine Rückendeckung hat – dieser Streik ist nicht erforderlich im Sinne des ultima-ratio-Prinzips. Insofern also schafft die Urabstimmung nicht nur die verbandsinterne Legitimation gegenüber dem Gewerkschaftsmitglied – sondern auch die arbeitskampfrechtliche in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Insofern wird mit der Urabstimmung gerade der Zugriff auf die Tarifautonomie vermieden: Niemand schreibt der Gewerkschaft vor, ab welchem Grad des Verhandlungsmißvergnügens sie streiken darf. Die Urabstimmung verlangt von der Gewerkschaft nur, daß sie selbst eine Entscheidung über diese Frage trifft – und zwar auf der Ebene der Mitglieder. An dies Stelle einer unzulässigen materialen Beurteilung tritt ein vorgegebenes Verfahren – um eine hinreichende Legitimation nach innen und außen sicherzustellen.

Insofern weist die Änderung der Streikwirklichkeit (eben a) in die vom „Professoren-Entwurf“ seinerzeit für das verbandsfreie Streikrecht formulierte Vorgabe einer zwingend auch im Außenverhältnis erforderlichen Urabstimmung: „Dadurch soll verhindert werden, daß wenige Arbeitnehmer in Schlüsselpositionen auf eigene Faust private Interessen unter dem Deckmantel des ... Streikrechts durchzusetzen suchen.“<sup>40</sup> Eben diese Gefahr besteht heute schon bei gewerkschaftlichen Streiks: Sie werden als Instrumente gewerkschaftsinterner Ranküne um bedeutsame Posten eingesetzt (wie seinerzeit der Oststreik in der IG Metall) oder zu tariffremden Zwecken genutzt, wie dem der Mitgliederwerbung.<sup>41</sup> Damit wird gegen das Prinzip der strikten Tarifakzessorietät des Arbeitskampfs verstoßen: Streik (und Aussperrung) dürfen ausschließlich zur Beugung des Tarifwillens eingesetzt werden.

Das hatten *Nipperdey* und *Säcker* schon 1967 klar gesehen:

---

<sup>39</sup> Wiedemann/Wiedemann, TVG, 6. Aufl. 1999, § 1 Rn. 676; Däubler/Reim, TVG, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 1040ff. und Kempen/Zachert (Fn. 10), § 1 Rn. 697; anders aber BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht = DB 1959, 143 = BB 1959, 115 und wohl auch Kissel (Fn. 11), § 40 Rn. 23.

<sup>40</sup> Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter (Fn. 5), S. 98.

<sup>41</sup> Bezeichnend die Partizipationskampf-Entscheidung des BAG (Fn. 26).

„Verstößt eine Gewerkschaft gegen die ... Pflicht zur Durchführung einer Urabstimmung vor Ausruf des Streiks, so läßt sich hieraus an sich kein Schluß von der im Verhältnis Gewerkschaft – Mitglieder begangenen Rechtswidrigkeit auf die Rechtswidrigkeit im Verhältnis zum Kampfgegner ziehen. Die Kampfpartei verstößt jedoch gegen die ihr im Verhältnis zum Sozialpartner obliegende Pflicht, vor Eingriff in eine fremde Interessensphäre ihrerseits alle Möglichkeiten einer friedlichen Einigung zu bedenken und zu erschöpfen und zunächst einmal ihre Mitglieder zu befragen, ob sie überhaupt bereit sind, für die erhobenen Forderungen zu kämpfen.“<sup>42</sup>

Die Arbeitgeberseite ist also gerade nicht zum Rechtsaufseher über innergewerkschaftliche Willensbildungsmaßnahmen berufen. Ihr gegenüber besteht das objektive Rechtmäßigkeitserfordernis einer Urabstimmung – weil der Kampf erst dann sein darf, wenn die Betroffenen in der Gewerkschaft diese Last auf sich nehmen wollen.

Dieses Urabstimmungserfordernis sichert einmal die Tarifikzessorietät und damit die innere Rechtfertigung des Streiks. Vor allem aber ist sie derjenige Verfahrensschritt, der das ultima-ratio-prinzip für den Streik effektiv macht und damit die Arbeitgeberseite und die Allgemeinheit vor dem verführten und damit unnötigen Streik bewahrt.

Rechtstechnisch läßt sich diese Außenwirkung der Urabstimmung auf zwei konstruktiven Wegen begreifen: Immer schon verlangt das BAG einen kollektiven Kampfbeschuß der Gewerkschaft, der der gegnerischen Tarifpartei zugehen muss.<sup>43</sup> Man könnte die Urabstimmung nun als notwendiges „binnen-demokratisches“ Element dieser kollektiven Willensäußerung begreifen. Damit freilich griffe die Rechtsprechung tief in die Organisationsautonomie der Gewerkschaft ein – letztlich schüfe man auf diese Weise ein zusätzliches Gewerkschaftsorgan. Das ist nicht erforderlich. Es genügt, die Urabstimmung als bloße arbeitskampfrechtliche Obliegenheit des Angreifers – also praktisch: der streikwilligen Gewerkschaft – zu sehen: Die Gewerkschaft darf dann und nur dann zum Streik greifen, wenn sie zuvor eine Urabstimmung durchgeführt hat.

#### *d) Beteiligung nur der Gewerkschaftsmitglieder*

Mit Blick auf die Betroffenheit wird mitunter argumentiert, an einer solchen Urabstimmung müßten auch Nichtmitglieder teilnehmen – weil sie vom Arbeitskampf nicht anders als Mitglieder der Gewerkschaft betroffen seien. In der Rechtswissenschaft hat *Seiter* dieses als argumentum ad absurdum gegen jede Urabstimmungspflicht geführt;<sup>44</sup> ansonsten wird gelegentlich sogar (absurderweise) eben dies gefordert.<sup>45</sup> Richtig ist, daß die Außenseiter „betroffen“ sind. Indes haben sie mit ihrer Entscheidung, der Gewerkschaft nicht beizutreten, auf die Möglichkeit verzichtet, an der innergewerkschaftlichen Willensbildung

<sup>42</sup> Fn. 16, S. 1025 unten.

<sup>43</sup> BAG AP Nr. 140 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 123 = NZA 1996, 389.

<sup>44</sup> (Fn. 11), S. 510; hiergegen treffend *Vorderwülbecke* (Fn. 11), BB 1987, 751.

<sup>45</sup> Etwa *Hettlage*, NJW 2004, 3299 mit nicht nachvollziehbarem Zugriff auf Art. 20 Abs. 2 GG. Der Arbeitskampf ist private Machtausübung.

teilzunehmen. Irgendein Gleichbehandlungsgebot zwischen Mitgliedern und Außenseitern ist nicht in Sicht. Eher wird man die Teilnahme der Außenseiter im Arbeitskampf nach dem sogenannten „Prinzip der Einheit der Belegschaft“ zurückdrängen müssen – als daß man eine Fremdbestimmung in diesem für die Koalition entscheidenden Betätigungsfeld zuließe.

Der Sache nach bedeutete die Mitwirkung der Außenseiter eine Form der Mitbestimmung von außen. Das ist dem Arbeitsrecht zwar nicht fremd – aber gerade zu Lasten der Gewerkschaften doch mit Blick auf deren verfassungsrechtlich geforderten Tendenzschutz (§1 Abs.4 MitBestG, §118 Abs.1 BetrVG) systemwidrig. Gewerkschaften unterliegen insofern weder einer Mitbestimmung durch ihre eigenen Arbeitnehmer noch einer solchen durch andere aber betroffene Arbeitnehmer. Alles andere wäre verfassungswidrig. Augenscheinlich wird das, wenn man sich vorstellt, Andersorganisierte – also Mitglieder einer fremden Gewerkschaft – würden über eine Urabstimmung in die Willensbildung eingreifen. Dann könnte die große DGB-Gewerkschaft recht leicht den Arbeitskampf der Funktionselitenvereinigung (Piloten, Ärzte) vereiteln.

### *III. Das Modalitäten- und Nachweisproblem*

Welchen Modalitäten eine gewerkschaftsinterne Urabstimmung genügen muß, ist in der Tat offen. Indes rechtfertigt die Furcht vor Richterrechtsdezonismus nicht den Verzicht auf ein Urabstimmungsgebot.

Der Zugriff auf die Organisationsautonomie läßt sich begrenzen: Das Arbeitskampfrecht darf nur seinerseits nicht meinen, nach Art eines Verbändegesetzes eine konkrete Form der Urabstimmung und ihrer Modalitäten vorgeben zu müssen. Das wäre mit Blick auf die Koalitionsfreiheit als Organisationsfreiheit<sup>46</sup> auch unverhältnismäßig. In welchem verbandsinternen Verfahren die Urabstimmung stattzufinden hat – das regeln die Gewerkschaften selbst.

Die Aufgabe der Rechtsprechung besteht also nicht darin, positiv zu definieren,

- welches Organ die Urabstimmung in welcher Weise einzuleiten hat
- welche Mitglieder konkret stimmberechtigt sind
- und wie das Abstimmungsergebnis festgestellt wird.

Vielmehr muß die Rechtsprechung allgemeine Mindeststandards für das Urabstimmungsverfahren entwickeln – so wie dies für autonome Wahlen in Verbänden der Fall ist und so wie die Rechtsprechung des BGH auch Verfahrensstandards für den strafweisen Ausschluß aus einem Verband und die Vereinsgerichtsbarkeit gestaltet hat.

Diese Standards lassen sich vernünftig und plausibel entwickeln. Die verbandsinterne Zuständigkeit für die Einleitung und Auszählung der Urabstimmung kann eine Gewerkschaft frei regeln. Zentral sind die Vorgaben für das Stimmrecht der Arbeitnehmer: Insofern ist einmal auf die materiale Betroffenheit der Gewerkschaftsmitglieder abzustellen und zum anderen auf die Stimm-

<sup>46</sup> MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Aufl. 2000, § 246 Rn. 22ff.

rechtsgleichheit als für Abstimmungen und Wahlen zentralen Grundsatz, der in mächtigen Verbänden auch nicht (mit Blick auf § 35 BGB) disponibel ist.<sup>47</sup>

Die Gewerkschaft ist also frei darin, alle tariflich betroffenen Mitglieder einzu beziehen, kann also all jene befragen, für die der umstrittene Tarifvertrag gelten würde („normative Betroffenheit“). Sie muß aber zumindest jene einbeziehen, die nach der Prognose der Gewerkschaft vom Arbeitskampf aktiv oder passiv betroffen sind – also nicht nur den Streikenden, sondern auch denjenigen, denen als Streikfolge Arbeit und Entgelt entgeht. In keinem Fall reicht es mit Blick auf das oben II.3.a Gesagte aus, sich auf die aktiv Streikenden zu beschränken.

Schwierigkeiten bei der Stimmabgabe dürfen das Stimmrecht nicht vereiteln. Arbeitnehmer auf Montage oder in Krankheit oder Urlaub sind grundsätzlich ebenso zu beteiligen, wie jene, die die Gewerkschaft am Arbeitsplatz ansprechen kann. Kommunikative Hindernisse sind im Wege brieflicher Abstimmung zu überwinden (wie bei der Briefwahl).

Das Richterrecht des Arbeitskampfs ist nicht berufen, eine qualifizierte Mehrheit für die Abstimmung vorzusehen. Das ist den Satzungen vorbehalten. Es genügt aus sich der Mindestanforderungen vielmehr die einfache Mehrheit der Stimmen.

Das zentrale Problem schließlich liegt im Nachweis der ordnungsgemäßen Urabstimmung: Die Arbeitgeberseite kann arbeitskampfrechtlich die Unterlassung unzulässiger Kampfmaßnahmen verlangen<sup>48</sup> – also auch des Streiks ohne Urabstimmung. Das kann und wird sie im Wege vorläufigen Rechtsschutzes verfolgen.<sup>49</sup> Müßte die Gewerkschaft nun schon im Vorfeld einer kampfwesen Auseinandersetzung aufdecken, welche Arbeitnehmer in welchen Betrieben zur Urabstimmung gerufen worden sind, könnte dies die Streiktaktik offenbaren.

Das aber ist kein Grund auf ein Urabstimmungsgebot zu verzichten. Denkbar sind zwei Auswege:

- Einmal kann und wird die Gewerkschaft typischerweise alternative Streikszenarien vorhalten – schon um taktisch flexibel zu bleiben. Wenn und soweit die Gewerkschaft alle auch für alternative Streikkonzepte in Betracht kommenden Mitglieder einbezieht, sind nur wenig Rückschlüsse möglich.
- Zum anderen ist auch hier an das im Kollektivarbeitsrecht inzwischen eingeführte Geheimverfahren zu denken – also die prozeßrechtlich höchst fragwürdige, aber pragmatische Delegation der Beweisaufnahme an einen Notar, der die Urabstimmung überwacht und gegenüber dem Gegenspieler die Ordnungsgemäßheit bescheinigt. Dieses Verfahren ist vom BAG für den Nachweis des Vertretenseins einer Gewerkschaft im Betrieb gebilligt worden<sup>50</sup> und könnte auch hier Ausspähversuche hindern und effektiven Koalitionschutz sichern.

Mir liegt die erste Variante deutlich näher.

<sup>47</sup> Dazu MünchKomm/Reuter, BGB, 5. Aufl. 2006, § 32 Rn. 31.

<sup>48</sup> Otto (Fn. 3), § 15 Rn. 2ff.; Kissel (Fn. 11), § 47 Rn. 49.

<sup>49</sup> Dazu Otto (Fn. 3), § 19 Rn. 28; Kissel (Fn. 11), § 47 Rn. 53.

<sup>50</sup> BAG EZA § 2 BetrVG 1972 Nr. 14 m. Anm. Teske = AP Nr. 4 zu § 2 BetrVG 1972 = SAE 1993, 302 m. ablehnender Anm. Schilken; dazu kritisch Prütting/Weth, NJW 1993, 576, 577.

*IV. Ergebnis*

Die Frage nach der Urabstimmung ist neu gestellt und neu zu beantworten: Sämtliche Versuche, die friedliche Verhandlungsphase von der Kampfphase zu scheiden, scheiterten – auch am Unvermögen des Staates, ein effektives Schiedsverfahren vorzuhalten.

Die staatliche Schutzpflicht aus den Grundrechten gebietet aber einen hinreichenden Schutz vor der Marktmachtausübung durch Streik und Aussperrung. Das ultima-ratio-Prinzip des Großen Senats des BAG steht im Dienst dieser Grundrechte – und muß deshalb effektiv gemacht werden.

Geboten ist die Urabstimmung deshalb nicht nur im Zuge innerverbandlicher „Demokratie“, sondern gerade auch im Außenverhältnis zum Kampfgegner und der Allgemeinheit: Solange nicht die vom Arbeitskampf betroffenen Mitglieder den Arbeitskampf für erforderlich halten, so lange darf auch die Gewerkschaftsspitze nicht davon ausgehen, daß kampffreie Verhandlungen gescheitert seien. Erst die Urabstimmung legitimiert die Scheiternserklärung der Gewerkschaft – auch nach außen.

Die Modalitäten der Urabstimmung regeln die Gewerkschaft in ihren Satzungen selbst. Die Rechtsprechung ist nur berufen, einen Kontrollrahmen zu entwickeln, der Mindestanforderungen an dieses Urabstimmungsverfahren enthält. Der Nachweis der Urabstimmung ist gleichfalls der Gewerkschaft überantwortet.