

14. ZAAR-Kongress
„Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung“



am Freitag, 28. April 2017
im Paulaner am Nockherberg, München

Professor Dr. Giesen eröffnete den Kongress mit einigen einleitenden Worten. Im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts sei bereits das Tarifvertragsrecht und der Arbeitskampf als solcher reflektiert worden. Nachdem aber eine zunehmende Konfrontation festzustellen sei, sei es angebracht den Weg aus der Verhandlung in den Konflikt auch rechtlich nachzuvollziehen.

Die Schlichtung sei autonom ausgestaltet und werde daher in den Lehrbüchern nur sehr knapp behandelt. Eine Auseinandersetzung mit der Schlichtung sei aus rechtlicher Sicht dennoch nötig. Diese werde in den kommenden Vorträgen und den Diskussionen erfolgen. Dafür sei es umso erfreulicher, dass neben Vertretern der Wissenschaft, der Justiz und der Anwaltschaft auch Gewerkschaften, Verbände und Arbeitgeber anwesend seien.

I. Wohin bewegt sich das Arbeitskampfrecht? – Neue Kampfformen, veränderte Streikziele, mehr Drittwirkung



Professor Dr. Frank Bayreuther (Universität Passau) stieg mit der Bemerkung ein, dass zu Beginn seiner Befassung mit dem Arbeitsrecht das Arbeitskampfrecht eine Randmaterie gewesen sei. Mangels größerer Kampfmaßnahmen schien damals Ruhe eingeleitet zu sein. Im Jahr 2002 habe dann eine neue Entwicklung in der Rechtsprechung begonnen, welche 2009 ihren bisherigen Höhepunkt erreicht habe. Auf diese Rechtsprechung werde er nicht näher eingehen. Als Quintessenz sei lediglich die durch das BAG nun gebilligte freie Wahl der Kampfmittel hervorzuheben. Aus seiner Sicht sei der früher vertretene Numerus Clausus der Kampfmittel jedoch nicht derart in Stein gemeißelt gewesen, wie dies häufig in der Literatur vertreten worden sei. Dennoch sei der Arbeitskampf die ultima ratio, welcher zumindest theoretisch einer strengen justiziellen Verhältnismäßigkeitskontrolle unterliege. Mitte der 90iger Jahre habe das BVerfG den Schutzbereich

der Koalitionsfreiheit auf alle Verhaltensweisen erstreckt. Dementsprechend habe das BAG mit einer formalistischen Argumentation, nach welcher ein Arbeitskampf dann zulässig sei, wenn eine tarifbare Forderung bestünde, seit 2002 den Aktionsradius der Gewerkschaften deutlich erweitert. Dabei sei mit der Drittbetroffenheit insbesondere bei Unterstützungs Arbeitskämpfen eine Grenze tangiert worden. Die Rechtsparameter der Begründung seien dabei im Kern jedoch gleichgeblieben. Bei einem Unterstützungsarbeitskampf liege kein echtes Auseinanderfallen vor. Wegen des Art. 28 EUGrCH wäre diese Zulassung vermutlich auch ohne die Entscheidung des BAG ohnehin erforderlich geworden. Ein wirklicher Paradigmenwechsel habe erst im Flashmoburteil stattgefunden. Der Referent hielt in diesem Bereich eine Korrektur für erforderlich, da die Entscheidung von Grundfragen des Arbeitskampfrechts abgehoben sei. Der Arbeitskampf sei auf die Vorenthaltung von Arbeit gerichtet und nicht auf eine Betriebsstörung. Anders als in Frankreich werde in Deutschland eine Gefährdung des Betriebs in seiner Substanz nicht als Teil des Arbeitskampfes akzeptiert. Diese Gefahr der Betriebsstörung bestehe im Rahmen eines Flashmobs aber auch dann, wenn dazu aufgerufen werde keine Schäden zu verursachen. Weiter sei bei einem Flashmob problematisch, dass die Verteidigungsmittel des Arbeitgebers nur schwach seien. Eine Betriebsstilllegung käme schließlich einer Selbstzerstörung sehr nahe. Bei Exzessen Dritter bestünde die, wenn auch schwer durchsetzbare, Möglichkeit der Zurechnung, § 278, 831 BGB. Der Referent wies zudem darauf hin, dass nach einer neuen BVerfG-Entscheidung auch fraglich sei, ob das Hausrecht durchgesetzt werden könne, da nach dieser Entscheidung auch bei einer Versammlung auf Privatgelände eine koncordante Abwägung erforderlich sei. Die größten Bedenken des Referenten waren nicht rechtlicher Natur. Er denke, dass es umso schwerer werde die Ordnungs- und Befriedungsfunktion durchzusetzen, je mehr vom klassischen Arbeitskampf abweichende Kampfmittel zugelassen würden. Dennoch befürchte er keine französischen Verhältnisse. Entgegen vieler Befürchtungen sei es nicht zu zahlreichen Flashmobs gekommen.

Der Referent ging anschließend auf die Problematik des „go sick“ der Tuifly-Belegschaft ein. Er ordnete dies als kollektive Kampfmaßnahme ein. Problematisch sei daran, dass in diesem Fall bereits die tarifliche Forderung gefehlt habe und der Kampf nicht mit „offenem Visier“ geführt worden sei. Er sehe keine Fortsetzung der Flashmobrechtsprechung. Es sei jedoch möglich, dass die dadurch

abgesenkte Schwelle diese „Kampfform“ begünstigt hatte. Gegen dieses „go sick“ habe der Arbeitgeber zahlreiche Abwehrmöglichkeiten, die jedoch weit überwiegend auf der individuellen Ebene angesiedelt seien. Einzelne dieser wurden vertieft: im Rahmen der Entgeltfortzahlung stelle sich unterhalb der Dreitagesfrist die Frage der Darlegungs- und Beweislast. Abmahnungen könnten im Einzelfall möglich sein; Kündigungen seien in der Praxis eher nicht zu erwarten, da der Arbeitgeber froh sein werde, wenn die Belegschaft wieder arbeitet.

Die Ausführungen widmeten sich dann den Arbeitskämpfen in der Daseinsvorsorge. Diese seien insbesondere in den letzten zehn Jahren vermehrt von der Öffentlichkeit wahrgenommen worden. Daseinsvorsorgestreitigkeiten stellten jedoch kein neues Phänomen dar. Er erinnerte in diesem Zusammenhang lediglich an den „Druckerstreik“ der 70iger Jahre. Wegen der im Sommer zu erwartenden Entscheidung des BVerfG werde er bewusst auf die Problematik der Spartengewerkschaften nicht eingehen, sondern den Fokus auf die Drittwirkung legen. Aus Sicht des öffentlichen Rechts werde häufig gefordert, dem Arbeitskampf über das Gemeinwohl Schranken zu setzen. Der Arbeitskampf dürfe wegen der Schutzpflicht des Staates nicht gemeinwohlgefährdend sein (Art. 2, 12 GG). Der Referent wies jedoch darauf hin, dass selbst wenn überschießenden Streikmaßnahmen Grenzen gezogen werden könnten, es dogmatisch nicht nachvollziehbar sei, dass sich der Arbeitgeber auf Grundrechte der drittbetroffenen Allgemeinheit beziehen dürfe. Weiter könne der Grundrechtsschutz der Allgemeinheit nicht von der willkürlichen Entscheidung des Arbeitgebers abhängen. Wenn die Grenzen des Arbeitskampfes über die Schutzpflicht des Staates gezogen werden sollen, dann müsse entweder der Staat selbst oder die Drittbetroffenen Versorgungsansprüche durchsetzen können. In diesem Zusammenhang wurde auf das italienische Modell einer staatlichen Kontrolle einerseits und andererseits auf das französische Modell der Individualansprüche der Bürger verwiesen.

Abschließend stellte der Referent fest, dass das bisherige Verhalten im Arbeitskampf eine Art „common sense“ sei, welches nun zu korrodieren drohe. Die Lösung sehe er nicht über Schadenersatzansprüche, da die klassischen Drittfälle der Fluggesellschaften ihre Wirkung nicht beim Tarifgegner entfalteten. Somit komme letztlich nur § 823 BGB in Betracht. Dieser schütze bekanntermaßen nicht das Vermögen als Solches, sondern den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ein Schutz setze einen zielgerichteten Eingriff voraus. Die ständige Rechtsprechung des BAG, wonach keine Zensur der Tarifforderung statfinde, sei im Ergebnis zutreffend. Eine Druckwirkung des Arbeitskampfes auf Dritte sei normal. Ein Arbeitskampf sei daher allein wegen der Drittwirkung nicht rechtswidrig. Eine andere Einordnung käme bei wirtschaftlich eng verbundenen Bereichen einem „kalten Streikverbot“ gleich, welches zumindest einer intensiven verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfte.

Der Vortrag endete mit folgenden drei Thesen: Das Arbeitskampfrecht befinde sich nicht auf dem Weg zur Konturlosigkeit, weise an den Grenzen aber bedenkliche Ausfransungen auf. Weiter beruhe das bekannte Tarifmodell zu einem großen Teil auf „common sense“, welchen man nicht aufs Spiel setzen sollte. Drittens seien die jüngeren Entscheidungen zur vermeintlichen Drittausweitung noch im Rahmen des Üblichen.

Die sehr lebhafteste erste Diskussion vertiefte unter anderem Fragen des Streikbrecherverbots nach der Neuregelung des AÜG, die Art und Reichweite von Kampfmitteln des Arbeitgebers, insbesondere, ob die Arbeitskampfmittel des Arbeitgebers nicht auch eklatant rechtswidrigem Tun begegnen können müssten. Rund um die Frage des „go sick“ bei TUI Fly kam es abschließend zu einem sehr lebhaften Meinungs-austausch der verschiedenen Lager um die Frage, wann eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt und ob diese in diesem Fall nicht als Kampfmittel ohne medizinische Indikation empfohlen worden sei.

II. Theorie und Praxis der österreichischen Kollektivvertragsverhandlungen



Professor Dr. Franz Marhold (Wirtschaftsuniversität Wien) begann seinen Vortrag mit der Vorbemerkung, dass die Ähnlichkeit der deutschen und österreichischen Rechtsordnung einen Vergleich erschwere. Bekanntermaßen sei aus deutscher Sicht die österreichische Rechtsordnung die, mit dem „S-Fehler“: Schadenersatz und Schmerzensgeld werde vertauscht. Dagegen bestünden bei der Lohnfortzahlung wegen Krankheit die gleichen Fristen. Auch beim Urlaub bestünde eine große Ähnlichkeit. Große Unterschiede fänden sich trotz begrifflicher Ähnlichkeit im kollektiven Arbeitsrecht – besonders im kollektivvertraglichen Arbeitskämpfrecht. Diese Bereiche des Arbeitsrechts seien „geronnene Politik“. Daher spiegle sich darin stark der historisch in Österreich gewachsene und fortgelebte Kammerstaat. Wirtschaftskammer und die vielen Standesorganisationen seien tarifvertragsfähig. Ein solches System sei nicht zwingend (post-)fas-

schistisch. Das ständische System sei in Österreich demokratisch eingebunden. Die Arbeitskämpfstatistik gehe gegen „0“. Dies liege daran, dass das Kampfgeschehen nicht als solches verstanden werde. Parallel zu Verhandlungen werde es etwa als Informationsveranstaltung auf betrieblicher Ebene und nicht als Kampfmaßnahme qualifiziert. Nachwirkungen von Tarifverhandlungen hätten in rechtlicher Sicht dennoch den Weg bis zum EuGH gefunden (AUA). Der Umstand, dass Kampfhandlungen als massive Druckausübung nicht in der Statistik erscheinen, sei auch der Mentalität geschuldet: man wolle die Konfrontation vermeiden. Auch in Österreich habe es ein „go sick“ mit einem ausgewiesenen Kampfziel der Erhöhung der Personaldecke gegeben. Die Krankheit zu hinterfragen hielt der Referent für müßig, da dies rechtlich nicht greifbar sei, wenn ein ärztliches Attest vorliege. Das Thema Konfliktvermeidung verdeutliche auch der Fall eines Fernsehsenders aus Salzburg: Das Minderheitenrecht der Betriebsratsbildung konnte nicht ausgeübt werden, nachdem mit der Schließung des Betriebs gedroht worden war.

In den letzten fünf Jahren sehe er einen Paradigmenwechsel. Ursprünglich stellte eine Streikteilnahme als beharrliche Pflichtverletzung einen Entlassungsgrund dar. Inzwischen finde eine Annäherung an die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte statt: Kampfhandlungen würden an der Verhältnismäßigkeit gemessen. Da es keinen Arbeitskampf gebe, müssten andere Streitbeilegungsmechanismen bestehen. In der Literatur habe sich bei dieser Frage viel getan; in der Praxis und der Mentalität nur wenig; bei der Rechtsprechung gar nichts – es fehlten die Fälle. Dies hänge mit der Vorstellung der Gewerkschaften zusammen ihre Probleme selbst zu lösen. 35% aller Arbeitnehmer seien in der ÖGB organisiert. Dementsprechend bedeutend seien die Tarifabschlüsse. Exemplarisch sei der Fall des Arbeitskampfes im Einzelhandel, bei welchem in der Zeitung die Entlassung aller Streikteilnehmer angekündigt worden sei. Dies sei von der Gewerkschaft dementiert worden: „in Österreich kann niemand entlassen werden wegen Streik – dafür sorgen wir“. Sogar sein Lehrer Professor Dr. Tomandl habe vertreten, dass es egal sei ob die Arbeitsverträge während des Streiks suspendiert würden oder ob eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen würde und nach dem Streik alle wiedereingestellt würden. Daher könne ein Arbeitskämpfrecht den Interessen des ÖGB und dem gewachsenen System in Österreich schaden, da es die Bildung kleinerer Gewerkschaften begünstigen würde.

Das Arbeitskämpfrecht sei eng mit dem Tarifrecht verwoben. Die Art dieser Verflechtung führe dazu, dass es wenige Arbeitskämpfe gebe. Es bestünden knapp unter 1000 Tarifverträge. Einzelne

Arbeitgeber seien grundsätzlich nicht tariffähig. Für die Arbeitgeber verhandelten die Fachverbände der tariffähigen Wirtschaftskammer, welche mit einer Pflichtmitgliedschaft ausgestattet sei. Auf Arbeitnehmerseite sei der Gewerkschaftsbund tariffähig. Diese Tariffähigkeit werde durch eine Behörde verliehen. Spartengewerkschaften seien in Österreich nicht tariffähig. Damit bestünden keine Probleme der Segmentierung auf Arbeitnehmerseite. Die stark föderale Struktur habe zu einer deutlichen Ausdifferenzierung im Handwerk geführt. Dagegen bestünden in der Industrie große Verbände, welche bis zum Ausstieg der Elektroindustrie 2003 eine Verhandlungsgemeinschaft gebildet hätten. Die Elektroindustrie habe damit einen anderen Verhandlungstermin durchgesetzt und erheblich abweichende Tarifwerke verabschiedet. Die restlichen sechs Fachverbände verhandelten inzwischen parallel und erzielten ähnliche Ergebnisse. Dennoch stelle dies den Bruch mit der Vorstellung des einheitlichen Tarifvertrags dar.

Die Tarifverhandlungen orientierten sich an globalen Branchenzahlen. Dies sei sehr rational. Im Gegensatz zu Deutschland bestünde keine Verschwiegenheitspflicht zwischen dem Betriebsrat und den überbetrieblichen Interessenvertretungen. In jüngerer Zeit bestünden Bruchstellen: so habe die Arbeitgeberseite 2013 den Verhandlungen die Inflationsrate zugrunde legen wollen, andere Probleme lägen in der Arbeitszeitflexibilisierung oder dem Produktivitätsfortschritt. Bemerkenswert sei, dass das Verhandlungsgefühl durch die Rationalität ein „in einem Boot sitzen“ sei, was Lohnentwicklungen langfristig und nachhaltig verhandelbar mache. Das untere Drittel der von den Tarifabschlüssen Betroffenen werde einem erheblichen Insolvenzrisiko ausgesetzt. Dies werde jedoch im Sinn einer Marktbereinigung hingenommen, bzw. im Rahmen einer zweiten Verhandlungsrunde abgemildert. Es sei nämlich verbreitet, dass in dieser auch Lohnvereinbarungen unter dem eigentlichen Tarif geduldet werden würden. Zu Klagen auf den Tariflohn komme es wohl wegen der spezifischen Machtverhältnisse nicht.

Im Folgenden wurde der Ablauf einer Tarifverhandlung geschildert. Sie folge strikten Ritualen. Kennzeichnend sei, dass eine Abstufung von der allgemeinen Wirtschaftskammer mit etwa 70 Mitgliedern über einen Verhandlungsausschuss bis hin zu zwei Spitzenvertretern stattfinde. Dies ermögliche eine leichtere Kompromissfindung, da die Verantwortung von den direkt Kommunizierenden formal auf die Gremien abgegeben werden könne. Dieses System wahre das Gesicht. So könnten die gleichen Personen über viele Jahre miteinander verhandeln.

Abschließend ging der Referent auf die Schlichtung ein. Diese sei zwar gesetzlich geregelt (154 ArbVG) werde aber nie genutzt, da dies eine enorme Schwäche darstellen würde, wenn schon das Arbeitskampfrecht nicht gewünscht sei. Formell zuständig wäre das Bundeseinigungsamt. Dieses „satze“ (Allgemeinverbindlicherklärung) auch Tarifverträge. Diese beiden Kompetenzen könnten kollidieren. Zur Streitschlichtung werde statt des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens der Streit auf beiden Seiten (Gewerkschaft und Wirtschaftskammer) immer höher gelagert. Weiter bestünden unternehmensbezogene Verbandstarife (unechter Branchenkollektivvertrag). Dabei schließe die Wirtschaftskammer mit dem ÖGB einen nur für einen Arbeitgeber geltenden Tarifvertrag oder eine Lohntabelle. Die Wirtschaftskammer sei verpflichtet alle gleich zu behandeln. Dies kollidiere mit diesen Sonderverträgen – Ausgangspunkt der AUA Streitigkeit. Sie kam aus dem öffentlichen Sektor mit einem hohen Lohnniveau. Andere Fluggesellschaften hätten mit diesem nicht mithalten können und daher mit der Wirtschaftskammer gesonderte Verträge geschlossen. Nach der Übernahme dieser kleinen Unternehmen durch die AUA haben innerhalb der AUA mehrere Tarifverträge bestanden bzw. noch Nachwirkungen entfaltet. Dies zeige, dass es gefährlich sei, die geplanten Wege zu verlassen und Einzellösungen zu finden.

Im Gespräch wurde anschließend erörtert, warum die Arbeiterkammer die Tariffähigkeit nicht ausübe, wie das Verhältnis von unechtem Branchentarifvertrag und der Lohntabelle ist und ob die Tarifvertragsparteien einen Einfluss auf die öffentliche Hand ausüben.

III. Rechtsfragen der Schlichtung



Nach der Mittagspause brachte der Beitrag von *Professor Dr. Clemens Höpfner* (Universität Konstanz) eine neue Note. Die Schlichtung werde kaum bis gar nicht diskutiert. Das Thema sei undankbar, da es totes Recht betreffe; Gesetze die nicht mehr in Kraft seien oder nicht angewandt würden. Der Arbeitskampf stelle ein Mittel der Tarifautonomie dar und sei trotz Schädigungspotential das kleinere Übel im Verhältnis zu einer staatlichen Festsetzung von Lohn- und Arbeitsbedingungen. Die Schlichtung habe eine negative (Arbeitskämpfe verhindern) und eine positive Funktion (Konfliktlösung). Sie sei ein Dienst an der Tarifautonomie und „Geburtsheifer“ der vertraglichen Einigung. Den Ausführungen zur Schlichtung im geltenden Recht stellte der Referent einen kurzen historischen Abriss voran. Die gesetzlichen Regelungen seien lückenhaft. Erste Anfänge der tariflichen Schlichtung würden sich in Deutschland im 19. Jahrhundert finden. Die

Tarifämter vereinten die Kompetenzen von Verwaltungsorgan und Gericht. Sie seien für Rechts- und Regelungsstreitigkeiten zuständig gewesen. Diesen Tarifämtern folgten die Einigungsverfahren vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten. Seit 1916 habe die Möglichkeit einer fakultativen Schlichtung vor den paritätisch besetzten Schlichtungsstellen des Hilfsdienstgesetzes bestanden. Für die Einberufung einer Schlichtung habe danach der Antrag einer Partei genügt. Weiter sei jedoch die Annahme durch beide Parteien zwingend gewesen. Ansonsten drohte den Arbeitnehmern sogar die Einziehung zum Wehrdienst (Schützengrabendrohung). Nach der kurzen Phase der Demobilmachungsverordnungen von 1919/1920 sei das staatliche Verfahren der Weimarer Zwangsschlichtung entstanden. Diese bezweckte die Stabilisierung der politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse, sowie den Übergang der Kriegswirtschaft in eine Friedenswirtschaft. Sowohl Ausspernung als auch Streik seien erst nach einer Schlichtung und einer mindestens dreitägigen Friedenspflicht möglich gewesen. Diese Regelung habe den Streik faktisch ausgeschlossen. Grundsätzlich sei der Schiedsspruch unverbindlich gewesen, es habe jedoch die Möglichkeit bestanden diesen durch den Schlichter für verbindlich erklären zu lassen. Dann habe er die Wirkung eines Verwaltungsaktes entfaltet. Die Zweckmäßigkeit dieser Erklärung sei gerichtlich nicht überprüfbar gewesen. Bei beiderseitiger Annahme sei die Wirkung dagegen der eines Tarifvertrages sehr ähnlich gewesen. Mit diesem Mittel der Verbindlicherklärung sei in der Weimarer Republik eine einheitliche Lohnpolitik durchgesetzt worden. Den Höhepunkt habe diese Fehlentwicklung mit dem Eingriff des Reichspräsidenten in einen Tarifvertrag erfahren. Aus heutiger Sicht sei das Lohndiktat mitursächlich für das Scheitern der Weimarer Republik gewesen. Vor dem Hintergrund der jüngsten Gesetzgebungsentwicklungen sei es geboten an diese historischen Erfahrungen zu erinnern. Bedenklich sei, dass auch heute in Form des Tarifautonomiestärkungsgesetzes, wieder eine Pervertierung des Vertragshilfegedankens erkennbar sei, da tatsächlich die Tarifgeltung in der Breite gestärkt werde. Damit liege eine, durch hoheitlichen Akt begründete, Fremdbestimmung vor. Dies gelte auch für die vorgeschlagene Erweiterung der Nachwirkung und die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen. Eine Rückkehr zu staatlicher Tarifpolitik verbiete sich jedoch.

Nach diesem historischen Abriss stellte der Referent die Schlichtung im geltenden Recht dar. Die tarifliche Schlichtung habe auf dem „Margarethenhof-Abkommen“ von 1954 beruht. Dieses sei nur vor dem Hintergrund einer drohenden verbindlichen staatlichen Schlichtungsordnung zustande

gekommen. Danach sei ein Beschluss nach dem Mehrheitsprinzip erfolgt. Die Besetzung sei abgesehen des Vorsitzenden Obmanns paritätisch gewesen. Auch wenn hier eine obligatorische Schlichtung vorlag, habe sie erst mit Annahme beider Parteien ihre Wirkung entfaltet.

Am 20. August 1946 wurde mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 ein staatliches Verfahren eingeführt, welches für Recht- und Regelungsstreitigkeiten gegolten habe. Die Eröffnung dieses Verfahrens sei nur durch beide Parteien möglich gewesen. Der Vorsitzende des paritätischen Gremiums sei aus einer Liste mit sachverständigen Personen ausgewählt worden. Dieser bindende Schlichtungsspruch habe die Wirkung eines Tarifvertrages entfaltet. Dieses Gesetz gelte in den alten Bundesländern als Besatzungsrecht gemäß dem „zwei plus vier Vertrag“ fort. Eine Transformation in Bundesrecht fände jedoch ohne eine Erweiterung auf das ganze Bundesgebiet nicht statt. Art. 72 GG stünde dem nicht entgegen. Allerdings verstieße dies gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Daneben bestehe teils, wie in Baden, noch ein Landesschlichtungsrecht welches zu Kollisionen mit den Regeln des Kontrollratsgesetzes führen könne.

Hinsichtlich der Systematik der Schlichtung komme eine Unterscheidung einerseits nach dem Grad der Durchsetzbarkeit (von fakultativer Schlichtung mit oder ohne Arbeitskampfbezug bis hin zu einer obligatorischen Schlichtung) und andererseits nach der Intensität der Willensbeeinflussung in Betracht (ohne inhaltliche Einflussnahme – Mediation über Schlichtung mit Gestaltungsrechten bis hin zu einer gesetzlichen Zwangsschlichtung nach Weimarer Vorbild).

Den Vortrag rundete eine Analyse ausgewählter Rechtsfragen der Schlichtung im geltenden Recht ab: Das Schlichten sei von der gerichtlichen Rechtsanwendung zu unterscheiden. Es schaffe als Ausübung einer Verwaltungstätigkeit neues Recht. Die Grenzen zu einer gerichtlichen Bewertung seien aber fließend, da jede Auslegung auch ein bisschen Rechtsbildung sei. Die wohl weitreichendste Regelung tariflicher Zwangsschlichtung bestehe als Nachfolge der Friedensabkommen in der Schweiz. In Deutschland sei die gesetzliche Zwangsschlichtung 1964 beiläufig durch das Verfassungsgericht für unzulässig erklärt worden. Diese Entscheidung habe das BAG 2012 i.V.m. Art. 9 GG bestätigt. Dagegen könne eine tarifliche Vorabunterwerfung nach Urabstimmung oder mit Absicherungsmechanismen der Letztverantwortung des Verbandes für den Tarifinhalt zulässig sein. Eine Umgehung der Urabstimmung oder des Rückbehalts der Letztverantwortung nach dem Grundsatz „volenti non fit iniuria“ greife nicht, da nicht das zuständige Organ zustimme. Sie verstoße dann nicht gegen das Delegationsverbot tariflicher Normsetzungsmacht an Dritte. Außer in dem aufgeführten Fall Badens bestehe kein gesetzlicher Schlichtungs- oder Einlassungszwang. Die Tatbestandslösung des BAG lasse Arbeitskämpfe nur zu, wenn vorab ein verfügbares Schlichtungsverfahren eingeleitet worden sei. Die Reihenfolge Verhandlung, Schlichtung, Arbeitskampf sei damit zwingend festgelegt worden. Offen sei ob ein Anrufungszwang für die Schlichtung bestehe oder lediglich eine Schlichtungsobliegenheit. Zwang sei aus dogmatischen Gesichtspunkten abzulehnen. Nachdem Schlichtungssprüche inhaltlich alle Voraussetzungen eines Tarifvertrages erfüllten und mangels staatlichem Hoheitsakts keinen Verwaltungsakt darstellten, käme keine separate gerichtliche Kontrolle in Betracht.

Die Diskussion begann mit der Frage der authentischen Interpretation. Fraglich sei, ob Tarifvertragsparteien vor dem Hintergrund der Friedenspflicht eine authentische Interpretationsstelle schaffen dürften, welche bei Regelungskonflikten den bisherigen Tarifvertrag ablösen könne. Weiter wurde gefragt, ob dies durch einen „pactum de non pretendo“ abgesichert werden könne. Außerdem wurde herausgearbeitet, dass durch eine geschickte Gerichtsstandswahl unter Umständen bei lokal breit aufgestellten Arbeitgebern eine Schlichtung verhindert werden könne.

IV. Schlichtung und Mediation im kollektiven Konflikt



Herr *Florian Weh* (Hauptgeschäftsführer Arbeitgeberverband Luftverkehr e.V.) rundete den Kongress aus „dem Inneren des Auges des Taifuns“ ab. Rechtliche Themen und Fragen der Schlichtung hätten in der Praxis nicht so viel Gewicht. In diesen Bereichen käme in letzter Zeit jedoch Interessantes aus den USA. Dort sei die intensive wissenschaftliche Befassung mit Verhandlungen bereits seit ca. 40 Jahren etabliert. Aus dieser Forschung sei bekannt, dass bestimmtes Verhalten der Problemlösung zu einem erhöhten gemeinsamen Nutzen führe. Die Hinzuziehung geschulter Dritter könne dabei signifikant die Einigungschancen erhöhen. Aus eigener Erfahrung mit den Schlichtern der Lufthansa (z.B. Herr Dohnanyi, Frau Simonis) rate er allerdings vorab genau zu prüfen, wer die Schlichtung übernimmt. Gewisse Berühmtheit könne helfen, sei jedoch kein Erfolgsgarant und kein Synonym für die nötige Wissensgrundlage.

Nachdem die Konflikte der Sozialpartner wegen zunehmender Globalisierung, Vernetzung und Beschleunigung immer anspruchsvoller und vielschichtiger würden, sei auch zunehmend die Hinzuziehung von Verhandlungsexperten zur Strukturierung der Inhalte und einer nachhaltigen Kommunikation sinnvoll. Ein Erfolgsbeispiel einer solchen Einbeziehung werde er nun vorstellen: Die Ausgangslage dieses Schlichtungsfalls stellte mit über 100 Millionen Euro Schaden, 500.000 betroffenen Passagieren und 4.500 betroffenen Flügen den schlimmsten Konflikt der Lufthansa dar.

Diesen Konflikt sollte das System der „Platzeck-Schlichtung / Risse-Moderation“ lösen. Kennzeichen sei dabei gewesen, dass einer viel in der Öffentlichkeit, der andere aus dem Hintergrund agierte. Im Rahmen dieser Schlichtung seien sehr komplexe Regelungen unterschiedlicher Innovation vereinbart worden: 1. Tabellenanpassungen, 2. klassische Regelungen von Tarifverträgen (Vergütung oder Altersversorgung), 3. Regelungen für Teilzeit, Reisen und Differenzierungsklauseln, etc. und 4. Monitoring, „Partnertherapie“, Mitarbeiterfonds sowie Sozialpartnerschaft, Berufsbild oder Konfliktbeilegung. Dabei stellten gerade die letzten Themen nichttariflicher Art, wie die Sozialpartnerschaft und Konfliktbeilegung Schwerpunkte der Moderation dar. Tarifliche Themen seien dagegen durch die Schlichtung erfasst worden. Am Ende seien die Ergebnisse beider Konfliktlösungsmechanismen zusammengeführt worden.

Den Ablauf dieser Konfliktlösung könne man in drei Phasen gliedern: In der ersten Phase wurde der Ablauf der Konfliktbewältigung festgelegt. Neben regelmäßigen Abstimmungen zur künftigen Vermeidung einer Konfliktentstehung, sei ein formalisierter Prozess mit einer Verschriftlichungsvereinbarung, eine Moderation sowie gegebenenfalls schon jetzt eine Schlichtung vereinbart worden. Die zweite Phase regle den Arbeitskampf. So sei etwa zwischen Warnstreik, welcher sieben Stunden vorher anzukündigen sei und einem echten Streik mit einer Vorankündigungsfrist von 37 Stunden zu differenzieren. Weiter sei die Dauer der Warnstreiks sowie eine, zwischen mehreren einzuhaltende „Cool-Down“ Phase geregelt. Außerdem habe man sich auf zwei Abwendungsoptionen eines Streiks geeinigt: dies sei zum einen die Schlichtung, zum anderen der „financial strike“ – bei welchem ein Bruchteil des zu erwartenden Schadens auf einem Anwaltskonto gebunden werde. Damit könne einerseits bereits der Schaden durch die Streikankündigung verhindert werden, andererseits sei das Geld nicht als Schaden verloren, sondern stünde als Verhandlungsmasse

zur Konfliktlösung zur Verfügung. Die Dritte Phase regle eine tarifliche Schiedsstelle für Ausgestaltungskonflikte. Sie beginne mit Redaktions- und Rahmenvereinbarungen. In diesen würden die Eckpunkte des Tarifvertrages (im konkreten Fall etwa 8 Seiten) festgelegt, welche anschließend im Detail verhandelt würden (Gesamtergebnis des Falls: ca 200 Seiten). Außerdem werde in der dritten Phase eine Vorabunterwerfung unter einen Schlichtungsspruch für die tarifliche Rahmenvereinbarung durch die Tarifpartner autonom vereinbart. Aus heutiger Sicht könne man zusammenfassen, dass dies ein Erfolgsmodell darstelle. Während des Prozesses sei dies jedoch nicht immer klar ersichtlich gewesen.

Die Besonderheit des § 117 II BetrVG führe im Luftverkehr dazu, dass die Grenzen zwischen betrieblicher und tariflicher Mitbestimmung verschwimmen. Dies sei etwa ursächlich dafür, dass trotz der enormen Entwicklungen der letzten elf Jahre mit Verdi keine Tarifierfassung stattgefunden habe. Nach dieser Ergänzung erläuterte der Referent die tarifliche Schiedsstelle. Gleich zu Beginn sei die Frage entstanden, ob etwas entschieden werden könne, für das der Rahmen entfallen war oder ob dadurch ein zu starker Eingriff in die Tarifautonomie erfolgen würde. Eine, seiner Ansicht nach gute Möglichkeit sei die aus den USA stammende „final offer arbitration“, bei welcher der Schlichter nicht frei entscheide, sondern nur die Wahl zwischen den zwei Einigungsvorschlägen der Parteien habe. Dieses System führe faktisch zu einer Angleichung, da die Wahrscheinlichkeit der Akzeptanz des Vorschlags umso geringer sei, je weiter er von dem anderen abweiche. Außerdem würde gerade im Luftverkehr häufig die Einigungsstelle angerufen.

Der Einsatz Dritter in der Verhandlung werde in Deutschland stiefmütterlich behandelt. Der Referent schilderte die Entwicklung des Einsatzes Dritter von den Ansätzen „Basars“ oder Machiavellis über den „win-win“ Gedanken bis dahin, dass nicht jede Verhandlung distributiv sei. Es existierten auch kooperative Lösungen, bei welchen die Lösung größer sei als die Summe der Nutzen des A und des B. Ein Fokus wurde dabei insbesondere auf die pareto-optimale Verteilungskurve gelegt. Anschließend folgte ein Überblick über die verschiedenen Erscheinungsformen von Verhandlungen sowie deren Potentiale und Kombinationsmöglichkeiten. Als Kombinationen wurde etwa die „MedArb“, also die Abfolge von Verfahren, Mediation und bindender Schlichtung; oder die „ArbMed“ bei welcher die Mediation der Schlichtung folge erörtert. Allen gemeinsam sei, dass Dritte der Konfliktlösung wegen ihrer Schattendiplomatie conflict bias / overconfidence bias oder der Notarfunktion dienlich seien. Oftmals hilfreich sei auch das Eintextverfahren, bei welchem beide Parteien dem Dritten ihre Sicht schildern und dieser dann eine Lösung erarbeite. Diese Verfahren beinhalten jedoch auch Nachteile, wie etwa die prozessuale Verkomplizierung, hohe Kosten oder eine Deal-Ausrichtung. Daher sei die richtige Wahl des Dritten essentiell. Mögliche Erfolgsfaktoren dieser Auswahl wurden ausgeführt.

Den Vortrag rundete ein Blick auf einzelne jüngere rechtliche Probleme der Lufthansa ab. Bei verbindlichen Schlichtungssprüchen könne sich die Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit stellen. Eine Inhaltskontrolle könne nicht erfolgen. In Betracht komme jedoch eine Kontrolle des Gestaltungsermessens nach § 319 BGB analog oder § 76 Abs. 5 BetrVG analog. Empfehlenswert sei eine Ausstiegsklausel für den Schlichter. Die Haftung des Schlichters müsse mangels vertraglicher Regelung parallel zu der der Einigungsstelle erfolgen. Hinsichtlich der Landes-Schlichtungsverfahrensgesetze, stelle sich die Frage, warum es keine Bundesgesetzliche Regelung mit einem Vorrang tariflicher Vereinbarungen gebe. Nachdem keine umfassende arbeitskampfrechtliche Regelung bestehe und dies Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz sei spreche nichts dagegen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Letztlich dränge sich ihm die Frage auf, ob der Arbeitskampf zumindest in Branchen, in denen er nach den geltenden Regeln offensichtlich nicht funktioniere, nicht etwas mehr geregelt werden sollte.

Gegenstand der letzten Diskussion war zunächst die Paritätsverschiebung nach der Aufgabe der Tarifeinheit durch das BAG. In diesem Zusammenhang wurden einerseits die Erforderlichkeit eines

Tarifeinheitengesetzes und andererseits die Aufarbeitung dieser Problematik in der Praxis thematisiert. Außerdem ging es um die Differenzierung von Zwangsschlichtung und freiwilliger verbindlicher Schlichtung.

Felisa Frey, wissenschaftliche Mitarbeiterin am ZAAR

Im Rahmen der ZAAR Schriftenreihe erscheint demnächst ein Tagungsband, der diese Veranstaltung dokumentiert.