

Beitrag von Friedrich-Wilhelm Lehmann FESTSCHRIFT FÜR HERBERT BUCHNER Verlag C.H.Beck München 2009 S.529 ff Arbeitskampfrecht - Macht der Koalitionen

- Ohnmacht der Betroffenen und Drittbetroffenen - Ein Blick zurück nach vorn

Mit Buchner verbinden mich mehr als drei Jahrzehnte, in denen ich mit ihm aktuelle arbeits- und wirtschaftsrechtliche Problemstellungen diskutieren durfte und oft genug seinen Rat eingeholt habe. Ich habe den Eindruck, dass *Buchner* zunehmend unruhiger die Entwicklungen des Arbeitskampfrechts in seiner Eigenschaft als Wissenschaftler begleitet. Die Unruhe drückt sich in seinen Veröffentlichungen der letzten Jahre zum Arbeitskampfrecht aus (*Buchner*, „Unternehmensbezogene Tarifverträge - tarif-, verbands- und arbeitskampfrechtlicher Spielraum“, *BB Beilage Nr.9/2001*; *Buchner* „Tarifverträge im Wettbewerb - Tarifpluralität, Tarifeinheit, Allgemeinverbindlichkeit“, *ZFA 2004 S. 229 ff.*; *Buchner* „Arbeitnehmerrechte im Zugriff der Bahn“, *NZA 2007, S. 1411 ff.*; *Buchner* „Turbulenzen im Arbeitskampfrecht“ *BB 2008, S. 106 ff.*; *Buchner* „Der Funktionselitenstreik - zu den Grenzen der Durchsetzbarkeit von Spartentarifverträgen“, *BB 2003 S. 2121 ff.*).

Tarifvertragsparteien sind tarifautonome Vertragspartner. Jedoch sind im Arbeitskampfrecht - anders als im Strafrecht und im Bürgerlichen Recht - die Instrumente der Nötigung und Drohung mit einem empfindlichen Übel (§ 240 StGB und § 123 BGB) erlaubt. Die Spielregeln setzt bisher nicht der Gesetzgeber, sondern das Richterrecht. Der Richter ist somit der eigentliche Herrscher über die gesamte deutsche Wirtschaft.

Der Autor hat in den mehr als drei Jahrzehnten, in denen er Tarifverhandlungen geführt hat, eine Mischung aus Partnerschaft zum Tarifvertragspartner und starker Polarität bis hin zur geistigen und sogar körperlichen Gegnerschaft erlebt. Die Partnerschaft ist zwar erstrebenswert, geht aber vielfach zu leicht von den Lippen. Die Ziele der Koalitionen liegen in der Realität oft weit auseinander und werden nicht nur durch Sachthemen bestimmt. Die Methode der Kampftaktiken der Gewerkschaften und ihnen folgend die Rechtsprechung haben sich soweit entwickelt, dass die Betroffenen - dies sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die auf eine negative Koalitionsfreiheit wert legen - sowie unbeteiligte Dritte diesen Entwicklungen ohnmächtig gegenüberstehen.

Buchners Leitlinie war und ist es, die Tarifautonomie zu sichern (*Buchner*, „Zur gesamten Ausrichtung der Rechtsprechung im Arbeitskampfrecht“ in *Festschrift für Kissel 1994 S. 103 ff.*). Bemerkenswert ist, dass *Buchner* nicht nur im Tarifrecht, sondern auch im Vorfeld dieses Rechtes mit Tiefgang „surft“, weil es aus seiner Sicht gilt, bereits im Vorfeld soziale Spannungen zu verhindern. Er hat Fragen gestellt und beantwortet wie: „Reform des Arbeitsmarktes - Was brauchen wir und was können wir?“ (*DB 2003 S. 1510*) „Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?“ (*NZA 2000, S. 905 ff.*) oder „Öffnung der Tarifverträge im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Vorgaben und arbeitsmarktpolitischer Erfordernisse“ (*Gedächtnisschrift für Herrn M. Heinze, S. 105 ff.*). *Buchner* hat die Bindung der Tarifpolitik an die gesamtwirtschaftliche Verträglichkeit und die Auswirkungen

einer „mangelnden Funktionsfähigkeit des das Tarifsysteem flankierenden Arbeitskampsrechtes“ dargestellt.

Nicht unerwähnt bleiben sollten *Buchners* flankierende Gedanken und Anregungen über das Verhältnis von Tarifautonomie, Betriebsautonomie und Individualrecht des Arbeitnehmers (*Buchner*, „*Die Tarifnormen das Maß aller Dinge? Gesetzgebung auf ordnungspolitischem Irrweg*“, *Festschrift für Wiedemann* S. 211; „*Der Unterlassungsanspruch der Gewerkschaften - Stabilisierung oder Ende des Verbandstarifvertrages?*“ - zum Beschluss des BAG v. 20.4.1999 - 1 ABR 72/98“; *NZA* 1999, S. 897 ff.; Buchner hält den vom BAG mit der Entscheidung 20.04.1999 eingeräumten Unterlassungsanspruch von Gewerkschaften für eine weitere inhaltliche Anreicherung der den Gewerkschaften eröffneten Betätigungsfreiheit. Zwar diene der Unterlassungsanspruch der Abwehr tarifunterlaufender Strategien von Arbeitgebern und damit dem Schutz des Tarifsystems. Die Notwendigkeit dieser Komplettierung des Tarifsystems habe allerdings vom BAG nicht überzeugend belegt werden können. Die BAG-Entscheidung beruhe auf einem statistischen Arbeitsmarktverständnis und versperre dem einzelnen Arbeitnehmer die wünschenswerten Dispositionen).

Der nun folgende Beitrag richtet im Arbeitskampsrecht den Blick zurück auf die Sünden der Vergangenheit und nach vorn auf die Herausforderungen an die Gesetzgebung und an das Richterrecht, dies umso mehr, wenn in Zukunft Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften mit unterschiedlichen materiellen Inhalten im Betrieb von der Rechtsprechung als gleichwertig erachtet werden sollten und ein Wirrwarr von Arbeitskämpfen und Unterstützungsstreiks (Sympathiearbeitskämpfen) in Betrieben, Unternehmen und Konzernen der deutschen Wirtschaft entstehen. Dies kann darin gipfeln, dass die gesamte deutsche Wirtschaft und der Verkehr in Deutschland gelähmt werden und die Wettbewerber im Ausland die Aufträge an sich ziehen. Spätestens dann wird das Richterrecht in die Rolle von Goethes Zauberlehrling gedrängt, weil es die Geister, die es rief, nicht mehr los wird, bis der Meister - wer immer dies sein mag - erscheint.

I. Ausgangslage

In Umfragen lesen wir, dass Teile der Bevölkerung - insbesondere der neuen Bundesländer und ebenso die neu gebildete Linkspartei - die Fähigkeit der sozialen Marktwirtschaft, für Verteilungsgerechtigkeit zu sorgen, bezweifeln. Man kann es daher dem BAG nicht einmal verdenken, wenn es so, wie Teile der Bevölkerung denkt. Das BAG ist nicht frei Zeitgeist. Denn es folgt der Sozialgeschichte. Dies ist durchaus legitim. Dies gilt umso mehr in den Fällen, in denen die Bürger die Beeinträchtigungen ihrer eigenen Grundrechte geduldig hinnehmen. Das BAG könnte diese Toleranz möglicherweise in Zukunft als ein sozial adäquates Verhalten bewerten, selbst dann, auch wenn die angebliche Geduld nur ein „Nichtaufmachen“ gegen „höhere Gewalt“ ist.

Die Zweifel an der sozialen Marktwirtschaft - zum Teil geschürt durch einzelne Parteien und Medien - und Unzufriedenheit entstehen ausgerechnet in einer Phase, in der die Überlegenheit der sozialen Marktwirtschaft gegenüber allen anderen gesellschaftlichen Ordnungssystemen offenkundig ist (*Kannegiesser*, „*Vorstellungen der Wirtschaft von einem neuen System der Tarifverhandlungen*“ in *ZFA* 2008, S.

305 ff.). Es wird zuviel über das „Verteilen“ und zu wenig über das „Erwirtschaften“ geredet. Arbeitskämpfe werden für das Verteilen und gegen das Erwirtschaften geführt. Der aktuelle Einbruch der globalen Wirtschaft verwirrt noch stärker die Sinne. Der Ruf nach einer zentral vom Staat gelenkten Marktwirtschaft und der Vergesellschaftung der Großindustrie - wie es eine große sozialistische Partei in Deutschland im Parteiprogramm fordert - wird lauter. Gefordert wird der „demokratische Sozialismus“. In der Tat würde der Teufel mit dem Belzebub ausgetrieben, wenn man dem Druck nach Teil-Verstaatlichungen nachgeben würde. Dennoch ist die Teil-Verstaatlichung aktuell sogar bei konservativen politischen Parteien im Gespräch, wenngleich auch nur für einen befristeten

Zeitraum. Dies betrifft auch die laufenden Arbeitskämpfe, in denen sich die Sorgen der Menschen über die Zukunft widerspiegeln.

Laufende Arbeitskämpfe zeigen, wie bald ein Unternehmen in die Knie geht und nachgibt, wenn Funktionseliten verhandlungsbegleitend die Verkehrsströme lahm legen wollen. Andere wiederum sagen: „Seht her! Die Tarifautonomie mit Druck und Gegendruck der Verhandlungspartner haben sich bewährt. Es ist - wenn auch durch Drohungen - ein Vertragsabschluss zustande gekommen. Wie aber sieht die nächste Zukunft des Arbeitskampfrechts aus? Wird der Gesetzgeber, der bisher untätig ist, die durch Richterrecht gerufenen Geister wieder disziplinieren oder wird durch inzwischen hoffähig gewordene Unterstützungstreiks und die Zulassung unterschiedlicher Spartengewerkschaften in einem Betrieb für ein Gewimmel von Tarifverträgen und Streiks sowie Unterstützungstreiks sorgen, so dass das Unternehmen oder der Betrieb nicht mehr wirtschaftlich arbeiten kann? Hierzu haben namhafte Wissenschaftler gute Vorschläge gemacht, denen ich im zweiten Teil meiner Philippika an Gesetzgeber und Rechtsprechung nachgehen werde.

Ein noch größeres Wirrwarr wird im Arbeitskampfrecht die Zulässigkeit von Unterstützungsarbeitskämpfen (Sympathiestreiks) auslösen (*BAG v. 19.6.2007 - 1 AZR 396/06 -*; *BB 2007 S. 2038*). Jede Koalition wird in Zukunft trotz laufender Tarifverträge mit Friedenspflicht die andere kämpfende Koalition mit abgelaufenem Tarifvertrag unterstützen dürfen. Auch der Bund, der aktuell über Veränderungen des Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes (TVöD) gemeinsam mit den Vertretern der Kommunen verhandelt, muss sich darauf einrichten, dass die Beschäftigten der Länder - für diese gilt aktuell noch die Friedenspflicht des TV-L - die Streiks unterstützen. Einer für alle, alle für einen.

II. Grundlagen und Defizite des Arbeitskampfrechts Der Rahmen für Arbeitskampfmaßnahmen ist gesetzlich nicht geregelt. Die in Artikel 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich garantierte Tarifautonomie, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, regelt nicht das Arbeitskampfrecht. Rudimente sind in Artikel 9 Abs. 3 Satz 3 GG vorhanden. Jedoch ist, soweit ersichtlich, unbestritten, dass die Koalitionsfreiheit auch das Recht beider Koalitionen auf Arbeitgeber- und Gewerkschaftsseite für Arbeitskämpfe enthält. Zu den geschützten Tätigkeiten zählt der Streik, der auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet ist (*BverfGE 92, 365 ff.*). Ebenso ist die Aussperrung und die Abwehraussperrung geschützt, soweit sie zur Herstellung der Kampf- bzw. Verhandlungsparität angebracht ist (*BverfGE 84, 212; BAGE 104, 175 ff.*). Dennoch stellt Art. 9 Abs. 3 GG einen Torso dar, der zwar die Legitimation der Koalitionen zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen anstelle des Gesetzgebers enthält, nicht aber die Arbeitskampffreiheit anspricht, es sei denn mittelbar durch

Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG.

Bekanntlich regelt das Grundgesetz die Beziehungen zwischen Staat und Privatrechts-subjekten, nicht aber die Beziehungen zwischen Privaten. Man kann sich die Frage stellen, ob nicht das Tarifvertragsrecht - die Betätigungsfreiheit der Koalitionen - das Verhältnis von Staat und Privatsubjekt betrifft, weil sich der Staat durch die Delegation von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von der Aufgabe der Regelung soweit wie möglich selbst entlastet. Statt Delegation kann man auch sagen, dass die Tarifvertragsparteien einen vom Staat ausgesparten Freiraum wie ein Ersatzgesetzgeber ausfüllen. Das Tarifvertragsgesetz gestattet den Koalitionen, zwingende Normen zu vereinbaren, die wie Gesetze normativ auf die Arbeitsverhältnisse der beiderseits Tarifgebundenen einwirken. Dies führt zur Frage, ob es nicht eine zwingende Pflicht des Gesetzgebers ist, die zum Teil kollidierenden Verfassungsrechte zwischen den Koalitionen einerseits und den Privatrechtssubjekten andererseits auszugestalten (*BverfGE 88, 103 ff.*).

Wollte man hingegen die Beziehungen zwischen den Koalitionen und den Privatrechtssubjekten ausschließlich in die Beziehungen zwischen Privatrechtssubjekten einordnen, können die Gerichte legitim durch Richterrecht auf dem Boden der Verfassung ohne gesetzliche Grundlage tätig werden. Jedoch muss jede Beschränkung von Grundrechten den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. des schonenden Ausgleichs wahren (*BverfGE 84 ff.*). Treten aber „strukturelle Ungleichgewichte“ auf, „die ein ausgewogenes Aushandeln der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht mehr zulassen“, ist der Gesetzgeber verpflichtet, „Maßnahmen zum Schutz der Koalitionsfreiheit zu treffen“ (*BverfGE 92, 365 ff.*). Die Reichweite zulässiger Ausgestaltung muss sich „am Normziel von Art. 9 Abs. 3 GG orientieren“ (*BverfGE 92, 26*). Der Kernbereich der Koalitionsfreiheit - wie immer man ihn versteht - darf nicht beeinträchtigt werden (*BverfGE 93, 352 ff.*). Somit besitzt der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einen erheblichen Spielraum (*BverfGE 92, 365 ff.*)

1. Drittwirkung der Grundrechte

Die herrschende Meinung im Schrifttum entnimmt Art. 9 Abs. 3 eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Koalitionsfreiheit verletzt wird, sind daher auch andere Grundrechte und Verfassungsgüter zu berücksichtigen. Kollidierendes Verfassungsrecht kann sich aus der Koalitionsfreiheit Dritter ergeben (*BverfGE 84, 212 ff.*). Unbeteiligte Dritte haben ebenso gut das Grundrecht auf negative Koalitionsfreiheit, wenn sie nichts mit dem Eigennutz der Koalitionen und der Tarifgebundenen zu tun haben wollen. Zu den Grundrechten der Drittbetroffenen gehören auch die Grundrechte der persönlichen Freiheit, körperlichen Unversehrtheit, Berufsfreiheit und Eigentum. Aus der regelmäßig festzustellenden Kollision der Grundrechte mit dem Grundrecht der Tarifautonomie darf rechtlich zutreffend aber nicht - wie dies die Rechtsprechung anscheinend tut - hergeleitet werden, dass der Arbeitskampf in der Regel Vorrang vor den Grundrechten Drittbetroffener hat. Vielmehr sind die Grundrechte als gleichrangig zu bewerten und daher in eine Grundrechtskonkordanz zu bringen.

2. Beseitigung von Rechtsunsicherheit

Der Gesetzgeber schweigt. Immerhin sind nach statistischen Angaben etwa zwei

Drittel der Mitglieder des Bundestages gewerkschaftlich organisiert. Die Parlamentarier und Politiker wollen das heiße Eisen „Arbeitskampf“ aus begreiflichen Gründen nicht anfassen.

Rechtsunsicherheit besteht zunehmend bei Arbeitgebern und Drittbetroffenen im Arbeitskampfrecht.

Das Bundesarbeitsgericht hat bisher keine Rechtssicherheit den Arbeitgebern und den Drittbetroffenen zu verschaffen vermocht. Es ist für das BAG auch nicht ganz einfach, wenn es nun nach dem ersten Sündenfall der Öffnung der Warnstreiks zu Erzwingungsstreiks zu retten versucht, was noch zu retten ist und nicht zu retten, was nicht zu retten ist oder sogar die Flucht nach vorn anzutreten, indem es durch die Rechtfertigung von Unterstützungstreiks und der Erzwingung von Tarifsozialplänen das Tor zur großen Freiheit öffnet.

Wie das Arbeitskampfrecht aktuell durch Richterrecht beschaffen ist, stelle ich nachfolgend unter Ziffer III. dar. Wie das Arbeitskampfrecht von „morgen“ gestaltet sein sollte oder zur Wahrung der Verhandlungspartität und der Wahrung des Gemeinwohls sowie der Grundrechte unbeteiligter Dritter im Interesse einer verfassungsrechtlich gebotenen Ausgewogenheit sein sollte, stelle ich unter nachfolgender Ziffer IV dar.

III. Stand des Arbeitskampfrechtes „heute“

Das Arbeitskampfrecht, wie es der Große Senat des BAG im Jahr 1971 (*BAG v. 21.4.1971 - GS 1/68, EZA Art. 9 GG Nr. 6*) als vermeintlich verlässliche Grundlage durch Richterrecht umgrenzt hat, existiert im Jahr 2009 nicht mehr. **Es gibt im aktuellen Stand nur noch ein Arbeitskampfrecht 2009, zu dem es seit dem Jahr 1971 durch die Entscheidungen der Fachsenate des BAG geworden ist.** Es ist nicht zu verkennen, dass das allgemeine Arbeitsrecht und im Besonderen das Arbeitskampfrecht erhebliche Auswirkungen auf das Florieren oder auf Defizite der deutschen Wirtschaft haben oder haben können.

Die Rechtsprechung hat aus dem ultima ratio-Prinzip fast unbegrenzt zulässige Arbeitskampfmaßnahmen entwickelt. Sie ist dem Kampffarsenal der Gewerkschaften gefolgt. Dementsprechend haben die Gewerkschaften in der Stufenentwicklung des BAG ihre Satzungen über die Kampfmöglichkeiten tarifautonom angeglichen (*Seiter, Anm. z. Warnstreikentscheidung des BAG v. 12.9.1984 - 1 AZR 342/83 -; EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 54 m. dem Hinweis, dass es in Zukunft zu verhandlungsbegleitenden Erzwingungsstreiks kommt; das Urteil lege es den Gewerkschaften geradezu nahe, auszuprobieren, wo die bundesarbeitsgerichtliche Toleranzgrenze liegt; Beltz-Rübelmann, „Die Tarifparteien gefährden die Tarifautonomie“, in Beltz-Rübelmann, Döding, Kleinhenz, Rühers (Hrg.), Band 15, Wissenschaftsverlag 1988 weist darauf hin, dass beispielsweise die damalige IG-Druck (heute ver.di) die Gewerkschaftssatzung dem neuen Streikrecht stufenweise angepasst hat).*

1. Fast unbegrenzt zulässige verhandlungsbegleitende Streiks

Die Rechtsunsicherheit im Arbeitskampfrecht hat sich im Laufe der letzten Jahrzehnte verstärkt. Die ursprüngliche ultima ratio der Tarifvertragsparteien, im Verlauf von ergebnislos verlaufenden Tarifverhandlungen das Scheitern zu erklären

und den Streik auszurufen, besteht nicht mehr. Der erste Sündenfall der Rechtsprechung war die Öffnung der Kampfmaßnahmen für kurze Warnstreiks in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts. Später wurde daraus die neue Beweglichkeit der Gewerkschaften und des BAG. Im Ergebnis sind die Arbeitskampfmaßnahmen in das Vorfeld von Tarifverhandlungen verlegt worden (BAG v. 17.12.1976 - 1 AZR 605/75 -; EZA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 19; BAG v. 12.09.1984 - 1 AZR 342/83 -; EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 54; BAG v. 29.01.1985 - 1 AZR 179/84 -; EZA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 56; BAG v. 21.06.1988 - 1 AZR 651/86 -; EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75). Aus der ultima ratio wurden fast unbegrenzt zulässige Arbeitskampfmaßnahmen.

2. Unterstützungstreiks und Gegenstände der Arbeitskämpfe

Ein neues unerwartetes Urteil trifft die Wirtschaft und den Rest an Verhandlungsparität durch die Entscheidung über die Rechtfertigung von Unterstützungstreiks (BAG v. 19.6.2007 - 1 AZR 396/06 -; BB 2007, S. 2038). Gleiches gilt für die Erstreikbarkeit von Tarifsozialplänen (BAG v. 24.4.2007 - 1 AZR 252/06 -; BB 2007 S. 2235 ff.). Beide neue Kampfformen waren Gegenstand heftiger Diskussionen anlässlich des Tarifforums 2008 (Eine Zusammenfassung von Meinungen und Gegenmeinungen in Lehmann (Hrg.) „Tarifverträge der Zukunft - Zukunft der Arbeit in Deutschland und Europa“, Schriftenreihe BetriebsBerater „Arbeitsrecht heute“, S. 87 ff. - Kreft, Thüsing, Wolf, Buchner).

Kissel, ehemaliger Präsident des BAG, hielt in seinem im Jahr 2002 herausgegebenen Leitfaden „Arbeitskampfrecht“ den Sympathiestreik für rechtswidrig (Kissel, Leitfaden „Arbeitskampfrecht“, § 74 Rn. 14). Nach dem Wechsel im ersten Senat hat sich das BAG neu und anders entschieden. Es hat den nicht nur den Namen „Sympathiearbeitskampf“ aufgegeben, sondern auch den „Unterstützungstreik“ als grundsätzlich rechtmäßig erachtet. So haben es auch die alten Griechen in der Antike gehalten, da sie beispielsweise das Schwarze Meer mit dem euphemistischen Begriff „das gastfreundliche Meer“ (pontos euxenos) bezeichnet haben.

3. Drittbetroffene und Gemeinwohl

Nun mag man ja noch darüber streiten, ob sich die Arbeitgeber nicht aufgrund ihrer wirtschaftlichen Betätigung in ihren Unternehmen den Arbeitskämpfen als normale Erscheinungsform des Arbeitslebens stellen müssen, zumal der Arbeitnehmer von der Rechtsprechung als der ewig Unterlegene angesehen wird. Man kann noch soviel dagegen halten, dass die Unterlegenheit des Arbeitnehmers empirisch widerlegbar ist, wenn man den betrieblichen Alltag betrachtet. Jedoch muss der Arbeitgeber sich dem Recht stellen, dies aber nur insoweit für und gegen sich gelten lassen, als das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist und der Arbeitgeber nicht dem Bereich des Staates oder der von ihm beauftragten Privatunternehmen mit Gemeinwohlbezug zuzuordnen ist. Das Gemeinwohl und unbeteiligte Bürger sind stets unausweislich betroffen, wenn sie nicht auf andere Anbieter von Produkten und Dienstleistungen ausweichen können. Nur in den Fällen, in denen die Leistungen des Staates oder der beauftragten Unternehmen - wie beispielsweise Müllentsorgungsunternehmen, Energiezufuhr, Nahrung und Genuss - substituierbar sind, ist der Bürger nicht unzumutbar betroffen. Dies heißt noch nicht, dass in diesem Fall der Arbeitskampf als solcher gerechtfertigt ist. Aber

der Bürger ist dann in einer zumutbaren Weise betroffen, wie ja bei einem Arbeitskampf in unterschiedlichen Branchen der Dritte auch auf andere Anbieter ausweichen kann. Nicht substituierbar sind sensible Bereiche, wie Luft-, Bahn- und Straßenverkehr, Ärzte in den Kliniken, Bestattungswesen, Feuerwehr usw.

Die Tarifvertragsparteien sind bei Arbeitskämpfen gehalten, das Gemeinwohl zu beachten, ferner die konkurrierenden Grundrechte Drittbetroffener.

a) Wegweisungen des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Überschreitung der Verletzung des Gemeinwohls wie folgt:

„Selbstverständlich müssen die Gewerkschaften angesichts der Bedeutung ihrer Tätigkeit für die gesamte Wirtschaft und ihres (auch geistigen Einflusses) auf weite Bereiche des öffentlichen Lebens bei allen ihren Aktivitäten das Gemeinwohl berücksichtigen“ (*BverfG v. 18.12.1974 - 1 BvR 430/65 - BverfGE 38, 281, 307*).

Der Verfassungsrechtler *Scholz* (*Scholz in Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 9 GG, Rn. 274) betont, dass eine Begrenzung durch den Begriff des Gemeinwohls nur in dem Sinne zu verstehen ist, dass Koalitionen zur Rücksichtnahme verpflichtet werden können, wo sie in unverhältnismäßigerweise Drittinteressen bzw. Schutzgüter der Allgemeinheit gefährden oder beeinträchtigen. Soweit es im Arbeitskampf zu einem Grundrechtskonflikt zwischen der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) und anderen grundrechtlich geschützten Rechtsgütern unbeteiligter Dritte komme, wie zum Beispiel Leben, körperliche Unversehrtheit, Eigentum und Berufsfreiheit, müsse der Konflikt im Wege der praktischen Grundrechtskonkordanz gelöst werden. Die Beeinträchtigung des einen Rechtsguts müsse dem legitimen Zweck der Verwirklichung des mit ihm kollidierenden Grundrechts dienen; sie müsse hierzu geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Die Grundrechte werden von der Instanzrechtsprechung zumeist nicht genügend abgewogen. Es besteht der Irrtum, dass nicht nur die Geeignetheit und Erforderlichkeit, sondern auch die Verhältnismäßigkeit der Kampfmittel offensichtlich verletzt sein müsse, um zur Entscheidung der Rechtswidrigkeit zu gelangen. Dieses dritte Kriterium der Verhältnismäßigkeit bedarf jedoch der Abwägung der Grundrechte. Das Grundrecht der Tarifautonomie einschließlich des Arbeitskampfes hat nicht per se Vorrang.

Weitgehende Übereinstimmung besteht in der Rechtsliteratur wenigstens darin, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern durch Arbeitskämpfe nicht ernsthaft gestört oder gefährdet werden darf. Ist dies der Fall, so ist der Arbeitskampf aus Gründen des Schutzes des Allgemeinwohls unzulässig (*Löwisch/Rieble* Rn. 411 in *Löwisch* (Hrg.) „Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht“, Schriften zur Arbeitsrecht-Dlattei“ sowie *Löwisch/Kraus* a. a. O., Rn. 862 ff.).

Die Interessenverfolgung des Einzelnen - also auch der Koalition - muss zurückstehen, wenn sie zu unangemessenen Nachteilen für die Allgemeinheit führt (*Hanau/Thüsing* in *Thüsing*, „Tarifautonomie im Wandel“, 2003, S. 35 ff.).

b) Rechtswidrigkeit zielgerichteter Kampfmaßnahmen gegen Dritte

Rechtswidrig sind in jedem Fall - auch wenn dies zum heute üblichen Waffenarsenal der Gewerkschaften gehört - Kampfmaßnahmen, die unbeteiligte Dritte - in der Regel die Bürger und die Reisenden - ins Visier nehmen, und sei es auch nur in Form einer „dankbaren Entgegennahme dieser Nebeneffekte als Haupteffekte“ wie der Bundesgerichtshof im Fluglotsenstreik (BGH, Urteil v. 31.1.1978, AP Nr. 61 zu Art. 9 GG „Arbeitskampf“) missbilligt hat. Einschränkungen ergeben sich aus Zeitpunkt und Ziel, Art, Durchführung und Intensität des Arbeitskampfes.

Rechtswidrig war daher der Streik der Gewerkschaft ver.di im März 2007, bei dem die Gewerkschaft zielgerichtet den Elbtunnel durch organisierte Beschäftigte sperren ließ, die Ärzte in den Kliniken zum Streik anhielt und Arbeitsniederlegungen bei den Straßen-meistereien, die für alle Autobahnen und Straßen zuständig sind, veranlasst hat.

Es sind Hunderttausende von Autofahrern in das Zielrohr der Gewerkschaften gerückt worden. Der Hinweis von ver.di, immerhin sei ein Notdienst zur Freihaltung einer Fahrspur auf den Autobahnen installiert worden, der Elbtunnel sei ja auch nicht lange Zeit gesperrt worden und für Klinikärzte habe es Notdienste gegeben, reicht zur Rechtfertigung nicht aus. Drittbetroffene haben diese Art des Notdienstes als reine Optik und Rechtfertigungsversuche bezeichnet, dies im Bereich Verkehr vor allem deshalb, weil auch die Bundes- und Landstraßen von den zuständigen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes überwiegend nicht von Schnee und Eis geräumt wurden. Die Autofahrer - allein oder mit Familie - konnten die Staus von über 100 Kilometern nicht verlassen, und zwar zum einen deshalb, weil sie bereits im Stau standen, und zum anderen auch deshalb, weil die Bundes- und Landstraßen ebenfalls nicht geräumt und gestreut waren. Es gab auch Tote zu beklagen. Jedoch ist der Kausalzusammenhang oft nicht nachweisbar.

Im Bereich des Gemeinwohls und der Daseinsvorsorge verletzt der Staat, der nicht ausreichend Beamte einsetzen kann, seine Pflicht. Die Dienste sind nicht substituierbar. Gerade dies ist den Gewerkschaften willkommen.

Bei den Tarifverhandlungen im öffentlichen Dienst für Bund und Kommunen zum TVöD hat ver.di-Vorstand A. Meerkamp Anfang Februar 2009 erklärt, dass ver.di gemeinsam mit der GEW und der Tarifunion des Beamtenbundes jetzt eine stärkere Präsenz bei den Warnstreiks im Vergleich zur Situation von vor drei Jahren habe. „Wir gehen quer durch die Republik“ - so Meerkamp - „**Besonders wirkungsvoll sind Arbeitsniederlegungen bei den Straßenmeistereien, die für alle Autobahnen und Straßen zuständig sind. Schnee und Eis würden uns sicherlich helfen**“. (Der Tagesspiegel, Berlin v. 1.2.2009).

Ähnlich verhält es sich bei dem Anfang des Jahres 2009 von ver.di und der GEW ausgerufenen Streik der Lehrer. Die Lehrer sind aufgefordert, während der Unterrichtszeit die Arbeit niederlegen und an Kundgebungen teilnehmen, damit Schüler und Eltern durch ihre Drittbetroffenheit die Bedeutung und Wirkung einer Gewerkschaft erkennen.

Andererseits müssen wir das Dilemma der Gewerkschaften im öffentlichen Dienst sehen. Wenn diese sich nicht Dritte als Ziel zum Arbeitskampf aussuchen, bestünde für die Gewerkschaften das Risiko, dass viele Bürger den Arbeitsausfall nicht bemerken. Jedoch darf dieser Eigennutz nicht dazu verleiten, das Ziel des

Arbeitskampfes auf unbeteiligte Dritte zu richten. Das Risiko für eine Gewerkschaft besteht auch darin, dass die öffentliche Meinung in eine Gegenströmung umschlägt.

c) BGH zum Fluglotsenstreik

Wir erinnern uns an die Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 1978 (BGH v. 31.1.1978 - IV ZR 32/77 EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 61) zum Arbeitskampf der damals zum Teil beamteten Fluglotsen. Der BGH hat entschieden, dass die streikähnliche Aktion der Fluglotsen im Jahr 1973 die Regeln eines fairen Arbeitskampfes verletzt hat. Schon nach Form und Ausmaß im Sinne der Entscheidung des BGH hätten die Schädigungen unbeteiligter Dritter den **Charakter der Sittenwidrigkeit angenommen**, dies sogar noch schlimmer im Hinblick auf das Ziel, Fluggäste in der Ferienzeit mit der Schädigung zu treffen.

Es ist nichts einzuwenden dagegen, wenn der Dritte unvermeidbar mitbetroffen wird, sich aber der Hauptkampf gegen den Arbeitgeber richtet. Rechtswidrig sind - so der BGH im Fluglotsenurteil - **Kampfmaßnahmen, die darauf abzielen, Dritte zu treffen und sei es auch nur in Form einer „dankbaren Entgegennahme dieser Nebeneffekte als Haupteffekte“**.

Der Status der Fluglotsen im Zeitpunkt der Kampffaktionen (Beamte) ändert nichts am Inhalt der Aussage des BGH, dass Schädigungen unbeteiligter Dritter durch so mächtige Funktionseliten und Sparten den Charakter der Sittenwidrigkeit haben können. Was anderes sind denn heute Arbeitskämpfe auf den Flughäfen? Lässt es sich mit den guten Sitten vereinbaren, wenn Fluggäste, insbesondere Frauen und Kinder, auf den Flughäfen stunden-, tage- oder nächtelang campieren müssen und ihre Fluganschlüsse sowie ganz oder teilweise den Urlaub versäumen?

Andererseits fragt es sich, wie denn sonst die Gewerkschaft der Piloten, des Flug- und Bodenpersonals streiken soll, wenn dieser Bereich so sensibel ist? Wieder sind wir bei dem Ruf einer Rahmengesetzgebung.

Hanau und Thüsing (Hanau und Thüsing „Tarifautonomie im Wandel - Neue Sensibilisierung im Arbeitskampfrecht: Streik der Luftfahrt“, S. 35 ff.) stellen beim Rechtsvergleich mit anderen Staaten in Europa und den USA fest, dass die Luftfahrt in anderen Ländern zu den besonders sensiblen Bereichen der Daseinsvorsorge zählt und dass manche Unterschiedlichkeiten in den Rahmenregelungen gemeinsame Leitlinien erkennen lassen. **Ein Arbeitskampf in der Luftfahrt - aber auch in anderen Bereichen mit Gemeinwohlbezug - belastet die Allgemeinheit** in einem besonderen, nicht hinnehmbaren Maße, da **die Produkte oder Dienstleistungen dieser Bereiche nicht substituierbar sind**.

4. Schweigen des Gesetzgebers

Inwieweit Streiks unter dem Aspekt des Gemeinwohls und der Daseinsvorsorge unverhältnismäßig sind, hat der Gesetzgeber ebenfalls bis heute nicht geregelt, obwohl ihn aufgrund des Verhältnisses Staat und Bürger die Pflicht zur Gewährleistung von Gemeinwohl und Daseinsvorsorge trifft. Eine allgemein rechtlich anerkannte Definition des Gemeinwohls gibt es für das Arbeitsrecht nicht (zutreffend das Sächsische LAG v. 2.11.2007 - 7 Sa Ga 19/07 - mit Hinweis auf *Gamillscheg, „Kollektives Arbeitsrecht - Band I“*, S. 1176 ff.; *Scholz in Maunz/Dürig/Herzog, Art. 9 GG Rn. 274*). Allerdings hat der Große Senat des BAG

die Trennung zwischen Gemeinwohlbindung der Tarifverträge einerseits und des zur Durchsetzung von Tarifforderungen geführten Arbeitskampfes andererseits in seiner grundlegenden Entscheidung vom 21.04.1971 (BAG v. 21.4.1971 - GS 1/68 -; EzA GG Art. 9 Nr. 6) ausdrücklich angesprochen. Es seien bei einem Arbeitskampf die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Das Gemeinwohl dürfe nicht offensichtlich verletzt werden. Diese Aussage zielt auf den Arbeitskampf selbst und nicht auf die zugrunde liegenden Tarifforderungen (Kissel, *Arbeitskampf* § 27 Rn. 1).

Heinze hat in seiner bekannten schelmischen Art gesagt: „Die Tarifvertragsparteien tragen die Tarifautonomie wie einen Gral vor sich her. Dies mögen sie auch weiterhin so tun, wenn sie nicht vergessen, dass es nicht um die Existenz und Macht der Koalitionen, nicht um die Koalitionen ihrer selbst willen, sondern um das wirkliche und nicht nur angebliche Wohl der zu Schützenden geht.“ (Heinze/Lehmann „Auf dem Weg in die Zukunft der Tarifautonomie S. 273 ff. in Lehmann (Hrg.) „Der Arbeitnehmer im 21. Jahrhundert -Tarifverträge im Wandel“).

Buchner („Turbulenzen im Arbeitskampfrecht“, BB 2008, S.109) hält einen gesetzlichen Rahmen in der derzeitigen schwierigen Konstellation des Arbeitskampfrechtes für erforderlich. Was jahrelang tabu war - ein gesetzlicher Rahmen - könnte bei Eskalation des Streikgeschehens angesichts der bei gesetzlicher Regelung erfolgenden Verabschiedung der Gerichte vom Richterrecht schnell in Bewegung kommen.

Die Koalitionen der Tarifvertragsparteien rufen nur ungern nach dem Gesetzgeber, aus der Sorge heraus, dass ihnen der Gral genommen werden könnte. Für die eine oder andere Tarifvertragspartei könnte eine gesetzliche Regelung sogar von Nachteil sein, insbesondere für die Arbeitgeber, weil das Parlament die bis heute entwickelte Rechtsprechung des BAG wohl kaum zurückdrehen wird. Auch die Gesetzgebung ist von den Ergebnissen einer neuen Wahl abhängig. Ein Indiz für die Abwechslung des Rechtes sind Korrekturgesetze und Korrekturgesetze zu den Korrekturgesetzen.

Unbestritten darf der Gesetzgeber nicht in die Tarifautonomie eingreifen. Jedoch ist es Sache des Gesetzgebers, die Koalitionsfreiheit näher auszugestalten (BverfGE 84, 212 (226)). Es stellt sich sogar die Frage, ob der Gesetzgeber nicht durch Unterlassen gegen Verfassungsrecht verstößt. Dies wird zum Teil bejaht (K. v. Rosenstiel, Diss. Bei Löwer und Heinze, Rechtswissenschaftliche Forschungsberichte, Mensch und Buch Verlag 2003).

Kreft („Zur Zulässigkeit von Unterstützungsarbeitskämpfen“ S. 91 in Lehmann (Hrg.) „Tarifverträge der Zukunft- Zukunft der Arbeit in Deutschland und Europa, Schriften des BB „Arbeitsrecht heute“) räumt ein: „Demokratiethoretisch und nach Maßgabe des Wesentlichkeitskriteriums des Bundesverfassungsgerichtes (BverfG v. 04.07.1995 - 1 BvF 2/86 -) ist zur Schaffung dieser Rahmenbedingungen zweifellos in erster Linie der parlamentarische Gesetzgeber aufgerufen. Der aber überhört diesen Ruf der Verfassung bisher geflissentlich, wie er ja auch den gleichgewichtigen Ruf aus Art. 30 des Einigungsvertrages nach Schaffung eines Arbeitsvertragsgesetzbuches trotz exzellenter außerparlamentarischer Vorarbeit geflissentlich zu überhören scheint... Pflichtgemäß und notwendigerweise hat die

Rechtsprechung die Aufgabe übernommen, ohne dass sie dabei voluntativ vorgehen dürfte, wie der Gesetzgeber dies in viel größerem Umfang könnte“.

Dies trifft zu.

Zwar differenziert das Bundesverfassungsgericht bei der Frage der Anwendbarkeit der Wesentlichkeitstheorie auf das Verhältnis von Legislative und Judikative danach, ob es um eine Streitigkeit zwischen privaten Grundrechtsträgern geht oder vielmehr um das Verhältnis zwischen Staat und Bürger. Folglich darf der Gesetzgeber nur die Regelungen dem Richterrecht überlassen, in denen keine Beteiligung des Staates gegeben ist. Wäre daher - so könnte man fragen - der Gesetzgeber eben wegen der Gemeinwohlbindung nicht umso eher zu einer eigenen Regelung der arbeitskampfrechtlichen Fragen im Verhältnis von zwei Grundrechtsträgern - den Tarifvertragsparteien und des drittbetroffenen Bürgers - verpflichtet?

Jedoch kann allein der Grund, dass der Staat an dem Konflikt nicht unmittelbar beteiligt ist, nicht dazu führen, dass er sich auf eine passive Beobachterposition zurückzieht. Denn wenn sich der Staat passiv verhält und das Arbeitskampfrecht der Rechtsprechung zur Regelung überlässt, würde der unbeteiligte Bürger, der sich neutral verhalten will, in einem wesentlichen Bereich schutzlos den Mächten der Koalitionspartner überlassen (*K. von Rosenstiel* „Arbeitskampfrecht - Eine verfassungsrechtliche Pflichtverletzung des Gesetzgebers durch Unterlassen“ in Rechtswissenschaftliche Forschungsberichte, Mensch und Buch Verlag, Dissertation bei Löwer und Heinze).

Das Arbeitskampfrecht wird immer differenzierter, nicht genügend greifbar und diffuser. Wann wird das Pendel wieder justiert?

5. Schweigen der Bürger

Die drittbetroffenen Bürger zucken überwiegend mit den Achseln, schimpfen über die sie berührenden erheblichen Beeinträchtigungen bis hin zur Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit, aber sie unternehmen nichts. Dies erinnert an den Titel des Films „Das Schweigen der Lämmer“.

Die Arbeitskampfrechtsprechung lässt die Betroffenen und Drittbetroffenen als ohnmächtig gegenüber einer Entwicklung erscheinen, die einer auf den Eisberg zu laufenden Titanic gleicht. Die Unternehmen benötigen Rechtssicherheit und Planungssicherheit zur Erhaltung des Bestandes der Unternehmen **und** der Arbeitsplätze. Der drittbetroffene Bürger ist auf der Suche nach Rechtssicherheit zur Wahrung seiner eigenen Grundrechte, insbesondere der persönlichen Freiheitsrechte und des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 GG), die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG), Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und Eigentum (Art. 14 GG). Viele betroffene Bürger fragen sich, ob bei einer Kollision der Grundrechte seine Grundrechte weniger wert sind als die Rechte der Koalition auf Streik und Aussperrung. Im Übrigen haben Arbeitnehmer und Drittbetroffene in den letzten Jahrzehnten nur wenige Aussperrungen erlebt, andererseits aber eine lebhaftere Erweiterung des Kampffarsenals der Gewerkschaften begleitet durch die Rechtsprechung.

6. Richterrecht

Das Richterrecht, das an die Stelle des schweigenden Gesetzgebers getreten ist, geht nach wie vor von einer strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers aus. Dies wird von nicht unbedeutenden Wissenschaftlern inzwischen auch anders gesehen.

Das Blatt der Geschichte der Arbeitskämpfe hat sich inzwischen gewendet. Die Arbeitnehmer haben in der Geschichte des Arbeitskampfrechts das Recht zum Arbeitskampf erhalten, weil sie unterlegen waren. Die Kampfparität wurde spätestens im Jahr 1971 durch Richterrecht hergestellt. In Stufen ab 1971 hat Richterrecht jedoch die Arbeitgeber zu Unterlegenen gemacht, zumal sich für die deutschen Unternehmen die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen - begleitet durch die zunehmende Verflechtung der nationalen und internationalen Wirtschaft - wesentlich verändert haben. Durch die Globalität und die Technik ist ein höherer Grad an Sensibilität und Risiken entstanden. Die von den Arbeitskämpfen Drittbetroffenen sind auf diese Weise mittelbar ebenfalls zu Unterlegenen geworden. Die Tarifautonomie wird ihre Funktion, Arbeitsfrieden herzustellen, nicht mehr erfüllen können (*Schliemann*, Festschrift für Hromadka „Betriebliche Tarifeinheit“ in Festschrift für Hromadka „Betriebliche Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität“, S. 359 ff.; *Kamanabrou*, „Der Streik durch Spartengewerkschaften“, ZFA 2008, S. 241 ff.).

Bisher waren die Gewerkschaften mit der Fortentwicklung der Rechtsprechung des BAG nicht unzufrieden, wohl aber die Arbeitgeber, die zunehmend eine Störung der Kampfparität feststellten.

Das Gegenmittel der Arbeitgeber, die Aussperrung, ist zu einem stumpfen Instrument verkommen, nachdem das BAG bereits zu Anfang der 70er Jahre mit einer Pseudo-Mathematik die Aussperrung zur „Fast Unmöglichkeit“ geführt hat. Hinzu kommt, dass das Instrument der Aussperrung für die Arbeitgeberverbände und die ihnen angeschlossenen Unternehmen kein erforderliches und geeignetes Instrument mehr ist. Die Unternehmen werden doch nicht arbeitswillige Mitarbeiter verprellen oder arbeitswilligen Mitarbeitern schaden sowie den Wettbewerbern auf dem Markt ganz das Feld der Produktion oder Dienstleistung überlassen! Dies gilt auch dann, wenn neuerdings Unterstützungs-Aussperrungen aufgrund der Zulässigkeit von Unterstützungsstreiks als Kampfmittel von den Arbeitgebern eingesetzt würden.

a) Die neue Beweglichkeit des BAG

In der nach der Entscheidung des Großen Senates von 1971 einsetzenden Rechtsprechung der Fachsenate wurden wellenförmig die Instrumente des Arbeitskampfes vermehrt. Dies begann mit den ersten leichteren Wellen damit, dass zunächst kurze halbstündige und später zweistündige und danach noch längere Warnstreiks in Form von Demonstrationen der Arbeitnehmer zur Unterstützung des Drucks auf Tarifverhandlungen vom BAG für rechtmäßig erachtet worden sind (*BAG v. 17.12.1976 - 1 AZR 605/75 -*; *EzA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 19*; *BAG v. 12.09.1984 - 1 AZR 342/83 -*; *EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 54*; *BAG v. 29.01.1985 - 1 AZR 179/84 -*; *EzA Art. 9 Arbeitskampf Nr. 56*; *BAG v. 21.06.1988 - 1 AZR 651/86 -*; *EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75*).

b) Wendung vom Warnstreik zum Erzwingungsstreik

Eine große Welle, die ein Stück aus der Rechtsprechung des Großen Senates des Jahres 1971 herausgebrochen hat, überflutete die Wirtschaft im Jahr 1988. Das BAG hat in der Entscheidung vom 21.06.1988 (*BAG v. 21.06.1988 - 1 AZR 651/86 -; EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75*) das Instrument des Warnstreiks gleichsam nur noch auf dem Papier der Zeitungen gelassen, die auch heute noch (2009) von Warnstreiks sprechen, die aber schon echte Streiks sind. Das BAG erlaubt den Gewerkschaften, jederzeit die Verhandlungen für abgebrochen zu erklären und dann streiken zu dürfen. Dies bewege sich im Rahmen des Grundsatzes der ultima ratio.

Nach gegenteiliger Auffassung ist spätestens ab diesem Zeitpunkt 1988 die Kampfparität vollständig gestört. Eine Gewerkschaft kann sich pro forma in Tarifverhandlungen begeben und sogleich das Scheitern erklären, um Arbeitskämpfe auszurufen. Sie könnte es selbst dann, wenn Repräsentanten des Arbeitgeberverbandes in den Medien erklären, dass die Mitglieder des Verbandes den Forderungen nicht nachgeben wollen.

c) Öffnung der Tore durch die Gerichte in Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe - Justitiabilität?

Sehr unbefriedigend ist, dass das Richterrecht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht in griffige Komponenten und Kriterien zerlegen kann. Es ersetzt den Begriff „verhältnismäßig“ durch den gleichen Begriff „verhältnismäßig“ und differenziert diese als verhältnismäßig im weiteren Sinne und als verhältnismäßig im engeren Sinne. Richterrecht legitimiert also die Ersetzung eines unbestimmten Rechtsbegriffes durch neue unbestimmte Rechtsbegriffe, nämlich „geeignet, erforderlich und verhältnismäßig/proportional“. Über die Begriffe „geeignet“ und „erforderlich“ entscheidet die kampfführende Koalition. Über den Begriff „verhältnismäßig im engeren Sinne“ der Richter (*BAG v. 19.6.2007 - 1 AZR 396/06 -; BB 2007, S. 2038*). Die Bewertung dessen, was verhältnismäßig ist, liegt also allein beim Gericht. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Oberbegriff) wird durch den Begriff „verhältnismäßig/proportional“ definiert und besagt letztlich dasselbe. Es ist wie ein Spiegel im Spiegel. Ist das überhaupt justitiabel?

Für den Richter ist es nicht einfach, unbestimmte Rechtsbegriffe, die ihrerseits durch neue unbestimmte Rechtsbegriffe höchstrichterlich interpretiert werden, ohne Netz und Boden zu entscheiden. Überdies ist Richterrecht nicht ganz frei von Zeitgeist, dem es in der Sozialgeschichte - vielleicht sogar zu Recht - bisher stets gefolgt ist.

Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Kampfmittel werden vom BAG leider nicht die Funktionsfähigkeit der deutschen Wirtschaft im globalen Wettbewerb und die Sicherung des Bestandes der Unternehmen und der Arbeitsplätze der Beschäftigten abgewogen.

7. Grundrechtskonkordanz

Nach meiner Beurteilung wird in der Instanzrechtsprechung die Grundrechtskonkordanz zu wenig beachtet. Der Arbeitskampf hat in der Rechtsprechung der Instanzen Vorrang vor den Grundrechten. Das BAG hat - soweit

ersichtlich - mangels eines vorgelegten Falles die Abwägung von Gemeinwohl oder Grundrechten unbeteiligter Dritter noch nicht zu entscheiden gehabt.

Wir können aber in zwei Punkten einen Blick nach vorn werfen. Dies betrifft zum einen die Beweislast und zum anderen die sich überschneidenden Grundrechte bei der Überwachung durch Videokameras. Übertragen wir dann die Fälle von Grundrechts-überschneidungen beispielsweise auf die Entscheidung des Sächsischen Landes-arbeitsgerichtes bei den Streiks der Deutschen Bahn (*Sächsisches LAG v. 2.11.2007 - 7 Sa Ga 19/07 -; NZA 2008, S. 59 ff.*)

a) Abgestufte Darlegungs- und Beweislast

Das Gebot der Grundrechtskonkordanz muss nicht so gesehen werden, dass der Bürger den Koalitionen - wie im derzeitigen Richterrecht - seine Grundrechtsbeeinträchtigung nachweisen oder glaubhaft machen muss, sondern die Koalitionen müssen, wenn der Drittbetroffene die Verletzung seiner Grundrechte vorträgt, den Nachweis führen, dass die Grundrechte nicht beeinträchtigt sind und dem Drittbetroffenen bei Abwägung der Grundrechte die Beeinträchtigung zumutbar ist. Es kann doch nicht rechtens sein, dass der unbeteiligte Dritte nach der Arbeitskampsrechtsprechung die Ausübung des Grundrechtes des Arbeitskampfes so lange dulden, bis jedermann offensichtlich ist, dass der Arbeitskampskampf offensichtlich ungeeignet und unverhältnismäßig ist, d. h. im übertragenen Sinn, „den Gewerkschaften der Stempel der Rechtswidrigkeit auf der Stirn oder auf der Fahne steht“.

b) Verletzung der Persönlichkeitsrechte durch Videoüberwachung

Werfen wir einen Blick zu den Urteilen des Bundesarbeitsgerichtes über die generalisierende Überwachung von Arbeitnehmern durch technische Kontroll-einrichtungen (Videoüberwachung). Ohnehin ist zurzeit das Thema bei großen Lebensmittelfirmen und sogar bei der Deutschen Bahn AG in der Diskussion. Die generalisierende Überwachung ohne konkreten Tatverdacht und fehlende Informationen werden bis zur weiteren Klärung mit sehr viel Zurückhaltung betrachtet.

Das BAG hat in den Videoentscheidungen (*BAG v. 29.06.2004 - 1 ABR 21/03 -; EZA § 611 BGB 2002 Persönlichkeitsrecht Nr. 2; BAG v. 14.12.2004 - 1 ABR 34/03 -; EZA § 87 BetrVG 2001 Überwachung Nr. 1; BAG v. 26.08.2008 - 1 ABR 16/07; EZA § 87 BetrVG 2001 Überwachung Nr. 2*) die Grundrechte von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gegeneinander abgewogen.

Übertragen wir einmal die Entscheidung des BAG zu dem sensiblen Grundrecht des Persönlichkeitsrechts und dessen Konkordanz zu den Grundrechten des Arbeitgebers (Art. 14 GG) auf das Arbeitskampsrecht, indem wir die gebräuchlichen Begriffe des Arbeitskampsrechtes in Klammern setzen. Wir stellen auf diese Weise eine überraschende Diskrepanz zwischen der Bewertung des Streikrechts durch das BAG einerseits und die Bewertung der Grundrechte des Bürgers oder Arbeitnehmers in Bereichen außerhalb der Tarifautonomie fest:

Das BAG führt aus, die Intensität der Beeinträchtigung des Grundrechtes eines unbeteiligten Dritten hänge maßgeblich von der Dauer und der Art der Überwachungs-maßnahmen (Streikmaßnahmen) ab. Durch die Videoüberwachung

(Arbeitskampf) werde in schwerwiegender Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer (sprich des unbeteiligten Dritten) eingegriffen. Auch wenn zugunsten des Arbeitgebers (der streikführenden Gewerkschaft) angenommen würde, die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten (der Arbeitskampf) sei im Sinne von § 28 BDSG (Art. 9 Abs. 3 GG) zur Wahrung berechtigter Interessen der Arbeitgeber (Gewerkschaft) erforderlich, so überwiege jedenfalls unter den vorliegenden Umständen das schutzwürdige Interesse der betroffenen Arbeitnehmer („betroffenen Dritten“) an dem Ausschluss der Verarbeitung und Nutzung ihrer Daten (an dem Verbot dieser Form des Arbeitskampfes).

In dieser Entscheidung hat das BAG die Konkordanz der Grundrechte so lehrreich dargestellt, dass sich anhand dieser Entscheidung, wenn man sie auf das Arbeitskampfrecht überträgt, die Konkordanz der Grundrechte der Arbeitskampffreiheit und des Persönlichkeitsrechtes unschwer ermitteln lässt.

Wenn diese Entscheidung des BAG zur Videoüberwachung richtig ist, dann müsste es richtig sein, die Rechte unbeteiligter Dritter (in der Videoentscheidung der generell überwachten Arbeitnehmer) sogar höher zu bewerten als das Grundrecht des Arbeitskampfes. Aber soweit - wie das BAG im vorgenannten Videourteil - will ich nicht gehen. Jedoch ist die Frage nach einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu stellen und zu beantworten. Die Koalition ist mächtiger als der Bürger. Der Koalition ist es zuzumuten, sich sachkundig darüber zu machen, welche Auswirkungen die von ihr angestrebte Arbeitskampfmaßnahme hat und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zur Beeinträchtigung der Bürger steht.

c) Entscheidung des Sächsischen LAG zu den Streiks bei der Lokführer

Überträgt man die Videoentscheidungen des BAG auf das Verfahren vor dem Sächsischen LAG, ist die Entscheidung kritisch zu betrachten. Zwar hat das LAG einen bravourösen Ritt durch das gesamte Arbeitskampfrecht bis hin zur Tarifpluralität durch die schriftliche Begründung gemacht, aber am entscheidenden Punkt der Güterabwägung hat es - nach meiner Auffassung zu Unrecht - entschieden, dass die Reisenden nicht in unerträglicher Weise - also nicht offensichtlich - beeinträchtigt worden sind. Außerdem habe der Verfügungskläger zu den einzelnen Störungen des Reise- und Güterverkehrs nicht genügend substantiiert vorgetragen. Im Übrigen sei die Gewerkschaft bereit gewesen, einen Notdienst zu organisieren.

Darüber hinaus beziehe sich der verfassungsrechtliche Gewährleistungsauftrag gegenüber der Allgemeinheit auf ungestörte Beförderung im Güter- und Personenverkehr ausschließlich auf den Bund. Der verfassungsrechtliche Gewährleistungsauftrag gem. Art. 87 e Abs. 4 GG verpflichte allein den Bund. Dieser Gewährleistungsauftrag entfalte keinerlei verfassungsunmittelbare Bindungen gegenüber den Eisenbahnen des Bundes.

Mit diesem Hinweis hat sich das LAG gegen die gutachterlich von *Hufen* (Professor Dr. F. Hufen, Lehrstuhl für öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht, der Johannes Gutenberg-Universität Mainz) vorgetragene Auffassung gewendet. *Hufen* hat neben gewichtigen Argumenten, deren Wiedergabe den Rahmen meines Beitrags sprengen würde, auf den Sicherstellungsauftrag hingewiesen, den der Arbeitgeber (Deutsche Bahn AG) vom Staat für die Daseinsvorsorge Verkehr

erhalten hat und die in Art. 87 e Abs. 4 GG Verfassungsgut geworden ist. Dieser Sicherstellungsauftrag werde in einer für Dritt-betroffene unerträglichen Weise verletzt.

Diese Betrachtung hält aus meiner Sicht der verfassungsrechtlichen Bewertung nicht stand. Denn wenn der Staat eine ihm originär zustehende Aufgabe auf ein Privatsubjekt delegiert, dann verliert er hierdurch nicht die Verantwortung aus der Verfassung, die ihm die Delegation im Hinblick darauf erlaubt, dass der Erfüllungsgehilfe des Staates die Erfordernisse des Gemeinwohls und der Daseinsvorsorge erfüllt. Somit entsteht aus der Delegation vormals staatlicher Aufgaben die Verpflichtung des Staates, sich nicht mit der Delegation allein zufrieden zu geben, sondern die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Pflichten zu gewährleisten. Beispiele sind die staatsentlastende Delegation der Aufgaben der technischen Überwachung nach dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz GPSG vom 06.01.2004 (BGBL I S. 219 = historisch § 24 GEWO mit Verordnungen der Länder über die Organisation der Technischen Überwachung) und Kraftfahrtsachverständigenengesetz (BGBL I S. 2086) mit allen zugehörigen gesetzesbegleitenden Verfahrensvorschriften und deren Einhaltung unter der Aufsicht des Staates.

d) Beschränkungen des nationalen Arbeitskampfes durch das „allgemeine Interesse“ im Spiegel des EuGH

Der Europäische Gerichtshof hat das nationale Arbeitskampfes dem EG-Schutz zugeordnet (*EuGH v. 11.12.2007 - C - 438/05 - Viking, DB 2008 S. 198; EuGH v. 18.12.2007 - C 341/05 - Laval, DB 2008 S. 71 mit Anmerkung Zwanziger, DB 2008 S. 294*). Er hält es für bedenklich, die Koalitionsfreiheit durch die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des EG-Vertrages ohne besondere Rechtfertigungsgründe zu beschränken. Der EuGH hat in der Entscheidung „Viking Line“ vom 11.12.2007 zwar betont, dass das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als Grundrecht anzuerkennen sei. Der EuGH hat aber verlangt, dass die nationalen Grundrechte mit den durch EG-Primärrecht geschützten Rechten in Einklang gebracht werden müssen (**Grundsatz der praktischen Konkordanz**) und die Einschränkung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen hat. Die Ausübung der nationalen Grundrechte könne daher bestimmten Beschränkungen unterworfen werden. Grundsätzlich könnten diese Beschränkungen durch einen zwingenden Grund des allgemeinen Interesses gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, es sei erwiesen, dass sie geeignet sind, die Erreichung des verfolgten legitimen Ziels zu gewährleisten, und dass sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. **Auch die Koalitions- und Arbeitskampsfreiheit unterliege Einschränkungen. Die Arbeitskampsmaßnahmen müssten geeignet sein, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten und dürften nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Ein Verstoß liege insbesondere vor, wenn die Gewerkschaft nach nationalem Recht nicht über andere (...), weniger beschränkende Mittel verfüge und diese Mittel ausgeschöpft hat.**

IV. Ein Blick in die Zukunft des Arbeitskamps

Bisher waren die Gewerkschaften mit der Fortentwicklung der Rechtsprechung des BAG zufrieden. Jetzt aber geraten sie selbst in Sorge vor konkurrierenden

Gewerkschaften, insbesondere sehen sie die Risiken, die sich für ihre Koalition ergeben, wenn die Tarifkonkurrenzen im Betrieb als gleichwertig erachtet werden. Diese Entwicklung droht (*Schliemann*, „Betriebliche Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität“, S. 359 ff. in Festschrift für Hromadka; *Kamanabrou*, „Der Streik durch Spartengewerkschaften“, ZFA 2/2008, S. 241 ff.; *Wiedemann/Wank*, § 4 TVG Rn. 287 m.w.N.; *Däubler/Zwanziger*, § 4 TVG Rn. 944; *Bayreuther* NZA 2006, S. 642/643; *Buchner*, BB 2003, S. 2121; *Reiner*, NZA 2007, S. 1023 ff.; *Hanau/Kania*, Anm. z. BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; *Heinze/Ricken*, ZFA 2001, 159; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Diss. 1999, S. 412 ff.; *Kempfen*, NZA 2003, 415; *Kraft*, RdA 1992, S. 161 ff.; *Sindemann/Simon*, BB 2006, 1852, 1856; *C. Meyer*, DB 2006, 1.271; *Rieble*, BB 2003, 1227, 1228; *Schaub*, RdA 2003, 378, 380; *Thüsing/v. Medem* ZIP 2007, S. 510 ff.; *Reichold*, „Abschied von der Tarifeinheit im Betrieb und die Folgen“, S. 148 in *Lehmann* (Hrg.) „Zukunft der Tarifverträge - Zukunft der Arbeit in Deutschland und Europa“, Schriftenreihe BetriebsBerater „Arbeitsrecht heute“).

Das durch Richterrecht gestaltete Arbeitskampfrecht gerät in Zukunft in eine gefährliche Phase, falls die Tarifpluralität das Tarifrecht und das Arbeitskampfrecht beherrschen sollte. Die Tarifpluralität birgt die Gefahr eines verwirrenden Gewimmels von Tarifverträgen (*Hanau*, NZA 2003, 128). Es führt zu einem Wirrwarr in der Tariflandschaft (*Bayreuther*, BB 2005, 2641).

V. Vorschläge von Wissenschaftlern zum Arbeitskampfrecht „heute“

Lenken wir den Blick nach vorn mit den Erfahrungen der Vergangenheit. Die Arbeitskampffreiheit muss die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und der Rechtssätze des Großen Senates des BAG von 1969 und 1971 zur Grundlage haben, nicht aber die nach 1971 eingetretene Fortentwicklung dieser Grundlagen oder sogar genauer gesagt: deren grundlegende Veränderungen durch Richterrecht. Dies erfordert die Rückbesinnung („back to the roots“) und zugleich den mutigen Blick nach vorn. Im Professorenentwurf 1988 zur Schaffung eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte (*Birke/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter* - Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, veröffentlicht bei J.C.D. Mohr-Siebeck, Tübingen 1988) haben mutige Wissenschaftler versucht, dem Gesetzgeber nahe zu legen, eine Rahmenregelung zu schaffen. Dieser Professoren-Entwurf hat Zustimmung und Kritik erfahren (*Kissel*, Arbeitskampfrecht - Ein Leitfaden § 16 Rn. 10). Besonders harte Kritik kam von Seiten der Gewerkschaften, die es nicht zulassen wollen, dass das durch Richterrecht weit geöffnete Tor des Arbeitskampfes etwas verengt wird.

Andere Wissenschaftler haben ebenfalls Vorschläge vorgelegt. Ich fasse die Vorschläge aus dem Professoren-Entwurf, von *Heinze*, *Hanau/Thüsing*, *Hromadka*, *Schliemann*, *Kamanabrou*, *C. Meyer*, *Löwisch*, *Buchner* im Folgenden im Kern zusammen. Alle Vorschläge geben sowohl der Gesetzgebung als auch dem Richterrecht Handreichungen. Mit Blick auf das drohende Wirrwarr von Gewerkschaftspluralität und Tarifpluralität hat insbesondere *Kamanabrou* beachtenswerte Vorschläge gemacht (*Kamanabrou*, „Der Streik durch Spartengewerkschaften - Zulässigkeit und Grenzen“, S. 241 ff. in ZFA 2/2008). Diese Vorschläge der letzten Zeit verdienen es, in der Vielfalt weiterer Vorschläge bedacht zu werden.

1. Professoren-Entwurf 1998 zur gesetzlichen Regelung kollektiver Arbeitskonflikte

Sehr viel Beachtung hat im Jahr 1988 der so genannte Professoren-Entwurf zur Schaffung eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte (*Birke/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, J.C.D. Mohr-Siebeck, Tübingen 1988) gefunden. Ein Kernpunkt ist folgende Formulierung zur Berücksichtigung der Grundrechte des Kampfgegners und des Gemeinwohls:

„Arbeitskämpfe und Kampfmaßnahmen, die den Kampfgegner oder die Allgemeinheit unverhältnismäßig belasten, sind unzulässig ...

... Die Kampfparteien haben bei Arbeitskämpfen gemeinsam dafür zu sorgen, dass die zur Befriedigung der elementaren, persönlichen, sozialen und staatlichen Bedürfnisse die erforderliche Mindestversorgung aufrechterhalten werden kann. ...“

Zu diesen Bedürfnissen zählt § 11 des Entwurfes beispielsweise den Straßenverkehr. Beabsichtigt eine Gewerkschaft im Straßenverkehr einen Streik, so hat sie nach dem Entwurf dem zuständigen Kampfgegner dies mindestens drei Tage zuvor mitzuteilen. Überdies haben die Kampfparteien ihre Rechte so auszuüben, dass diese nur in geringem Umfang Dritte belasten.

Zum Zwecke der Schlichtung wird vorgeschlagen, nach dem Vorbild des § 146 Abs. 6 SGB III das BAG wegen des Erlasses eines Beschlusses über die einstweilige Einstellung des Arbeitskampfes anrufen zu können. Aufgrund der Bedeutung des Gemeinwohlbezugs könnte auch bei drohenden oder laufenden Arbeitskämpfen ein entsprechender Antrag an das BVerfG in Erwägung gezogen werden.

Mit anderen Worten:

Einstweilige Verfügungsverfahren dürfen im Arbeitskampfrecht nicht in der zweiten Instanz versandt. Daher ist der gesetzliche Ansatz nicht falsch, dass der Betroffene das BAG - eher noch das Bundesverfassungsgericht - als Beschlussgericht erster und letzter Instanz anrufen darf, um Schaden zu verhindern.

2. Vorschläge von Löwisch: Statt Arbeitskampf alternative Konfliktlösungen

Löwisch (*Löwisch*, „Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung“, S. 36 ff. in Rieble (Hrg.) „Zukunft des Arbeitskampfes“, ZAAR, Schriftenreihe Band II) schlägt folgende Zukunftslösungen zur Vermeidung von Arbeitskampfkonflikten durch eine alternative Konfliktlösung wie folgt vor (in Stichworten):

- a) Notwendig ist ein Urabstimmungsgebot - gesetzlich oder durch Tarifvereinbarung - als Legitimationsverpflichtung der Verbände.
- b) Die tarifschließenden Koalitionen sollen Friedensabkommen schließen, durch die die Arbeitskämpfe für bestimmte Zeiträume (3, 4 oder 5 Jahre) überhaupt ausgeschlossen werden.
- c) Warnstreiks sind nur zuzulassen, wenn sie während der Verhandlungen

verhandlungsbegleitend zur Demonstration der Kampfbereitschaft erfolgen. Sie müssen aber zeitlich begrenzt werden, beispielsweise auf 1 Stunde oder 2 Stunden. Sie dürfen jedoch jeden Betrieb eines Arbeitgebers nur einmal treffen. Die Warnaussperrung der Arbeitgeber würde durch die vorgenannte Regelung entbehrlich werden können. Auch dies kann gesetzlich oder tariflich festgelegt werden.

d) Der Schritt zum Arbeitskampf muss entsprechend seinem Gewicht deutlich durch das Erfordernis einer schriftlichen Erklärung der Tarifvertragsparteien oder einer Tarifvertragspartei markiert werden.

e) Zur Abwehr oder Beseitigung schwerwiegender wirtschaftlicher Störungen muss dem Staat das Recht offen stehen, trotz Endes der Friedenspflicht Arbeitskämpfe für einen begrenzten Zeitraum (20, 30, 40 Tage) zu untersagen und die Tarifvertragsparteien zu verpflichten, sich einem vom Staat benannten Schlichter zu stellen.

f) Eine Koalition, die sich nicht auf die Schlichtung einlässt, darf auch keinen Arbeitskampf führen. Dies ergibt sich indirekt aus der Entscheidung des Großen Senates und kann daher auch gesetzlich so geregelt werden.

g) Gesetzliche Regelungen über eine im Verhältnis zur Tarifvereinbarung subsidiäre Bundesschlichtung wäre eine alternative Konfliktlösung; die Verantwortung für die Durchführung der gesetzlichen Regelungen trägt beispielsweise der Präsident des Bundeskartellamtes.

Unter Umständen können gedankliche Anleihen auch aus dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 entnommen werden (so auch *Lembke*, „Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35“, RdA 2000, S. 223 ff.).

h) Die Einführung gesetzlicher Mindestlöhne sollte aus Gründen der Parität zugleich zur Festlegung von gesetzlichen Höchstgrenzen führen. Auch dies würde eine alternative Konfliktlösung zur Vermeidung exorbitanter, arbeitskampfträchtiger Forderungen werden.

i) Aufgrund des Stabilitätsgesetzes sammelt die Bundesregierung alle wirtschaftlichen Daten und legt sie dem Wirtschaftsrat vor. Die Tarifpolitik könnte durch die Weitergabe der wirtschaftlichen Orientierungsdaten der Bundesregierung auf der Grundlage dieses Stabilitätsgesetzes verbessert werden, und zwar differenziert nach Wirtschaftszweigen und Regionen.

j) Zur Vermeidung schwerer wirtschaftlicher Schäden erhält das Bundesarbeitsgericht die Zuständigkeit, im ersten und letzten Rechtszug über die Rechtswidrigkeit eines Verbandsarbeitskampfes auf Antrag eines der Fachspitzenverbände oder beider Fachspitzenverbände entscheiden. Wie im Professoren-Entwurf sieht § 146 Abs. 6 SGB III (früher: § 116 Abs. 6 AFG) eine Zuständigkeit des BAG vor. Dieser Gedanke kann auf das Arbeitsrecht übernommen werden.

k) *Buchner* (*Buchner*, „Der Bahnstreik - und welche Lehren daraus zu ziehen sind“, BB 2007, S. 2520 ff.) erkennt in § 19 GWB eine auf dem Arbeitskampfrecht nicht fern liegende Interessenbewertung. Buchner schlägt vor, zur Vermeidung

gravierender Schädigung Drittbetroffener und zur Konkretisierung des Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit auf die dem § 19 GWB zugrunde liegende Interessenbewertung zurückzugreifen. Die Bestimmung des § 19 GWB befasst sich mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Nach § 19 Abs. 5 GWB kehrt sich die Beweislast um, wenn sich aufgrund bestimmter Tatsachen nach allgemeiner Erfahrung der Anschein ergibt, dass ein Unternehmen (sprich: Koalition) seine Marktmacht ausgenutzt hat. In diesem Fall obliegt es dem Unternehmen (der Koalition), den Anschein zu widerlegen und solche anspruchsbegründenden Umstände aus seinem Geschäftsbereich aufzuklären, deren Aufklärung dem Betroffenen nicht möglich, dem in Anspruch genommenen Unternehmen (der Koalition) aber leicht möglich und zumutbar ist.

l) *Heinze (Heinze, Festschrift für Molitor, S. 159 ff.)* hat Normierungen des Arbeitskampfrechtes durch Ergänzungen des Tarifvertragsgesetzes und des Betriebsverfassungsgesetzes in Eckpunkten vorgeschlagen. Er beschränkt sich auf die Eckdaten. Insgesamt enthält hat sein Entwurf vier Ergänzungen zum Tarifvertragsgesetz, eine Ergänzung zum Betriebsverfassungsgesetz sowie die Neufassung einer Regelung im Arbeitsgerichtsgesetz. Ferner enthält der Vorschlag von *Heinze* auch einen Entwurf für eine Schlichtungsvereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien. Ich skizziere die Vorschläge von *Heinze*, die leider irgendwie recht unbeachtet geblieben sind, wie folgt:

aa) In einem neu einzufügenden **§ 9 a Abs. 1 TVG** soll die Pflicht der Tarifvertragsparteien zur Förderung der Tarifverhandlungen niedergelegt werden sowie die Pflicht, während der Tarifverhandlungen jegliche Kampfmaßnahmen zu unterlassen. Erst wenn gemäß **§ 9 a Abs. 2 TVG** die Tarifvertragsverhandlungen von einer der beteiligten Parteien für gescheitert erklärt worden sind, können sie Kampfmaßnahmen ergreifen, ohne gegen die Friedenspflicht zu verstoßen.

bb) In dem zu normierenden Schlichtungsverfahren schlägt *Heinze* die Schaffung eines **§ 9 b TVG** vor. Die Schlichtungsstelle kann gemäß **§ 9 b Absatz 1 TVG** nach dem Scheitern der Verhandlungen von beiden Koalitionspartnern gemeinsam oder aber auch nur von einer Koalition angerufen werden.

In **§ 9 b Abs. 2 TVG** wird die Zusammensetzung der Schlichtungsstelle normiert und in **Abs. 3** das Verfahren konkretisiert.

Ebenso wie im „Professoren-Entwurf“ ist der Schlichtungsvorschlag nach *Heinze* nur dann verbindlich, wenn sich die Beteiligten mit ihm einverstanden erklärt haben.

Es findet also keine Zwangsschlichtung statt, die verfassungsrechtlich nicht haltbar wäre (BverfGE 18, 18 ff.). Ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Professorenentwurf „wird tariflichen Vereinbarungen gegenüber diesem Schlichtungsverfahren in **§ 9 b TVG** der Vorrang eingeräumt.“ Ferner wird durch eine Ergänzung des **§ 11 TVG** dem Bundesminister für Arbeit unter Mitwirkung der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber die Befugnis erteilt, für den Fall des Nichtbestehens einer vertraglichen Vereinbarung das Schlichtungsverfahren, insbesondere Errichtung, Besetzung und Verfahren der Schlichtungsstelle, näher auszugestalten.

cc) In einer ergänzenden Bestimmung des **§ 9 c TVG** sollen schließlich

rahmengesetzliche Regelungen über den Inhalt und Umfang von Arbeitsk Kampfmaßnahmen im Kern wie folgt normiert werden:

Ø Die Bestimmung des § 9 c Abs. 1 TVG bezieht sich zunächst auf die Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen.

Ø Die Regelung des § 9 c Abs. 2 TVG legt in Form einer Generalklausel fest, dass Kampfmaßnahmen nur dann rechtmäßig sind, wenn sie notwendig, sachlich geeignet und inhaltlich erforderlich sind. Mit dieser Bestimmung haben der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Übermaßverbot eine gesetzliche Verankerung gefunden.

Ø Die Bestimmung des § 9 c Abs. 3 TVG verpflichtet die Tarifvertragsparteien, auch während eines Arbeitskampfes stets durch weitere Verhandlungen oder Schlichtungsversuche auf eine Einigung hinzuwirken.

Ø In § 9 c Abs. 4 TVG wird geregelt, dass mittelbar betroffene Arbeitgeber bei tatsächlicher oder wirtschaftlicher Unmöglichkeit der Beschäftigung infolge eines Arbeitskampfes nach § 323 BGB von der Lohnzahlungspflicht freigestellt werden.

dd) Die Durchführung von Notstands- und Erhaltungsarbeiten sollen im Betriebsverfassungsgesetz geregelt werden, damit auf diese Weise der notwendige Bezug zu den einzelnen Betrieben hergestellt werden.

Daher sieht der neu einzufügende § 99 a Abs. 1 BetrVG in einem Absatz 1 vor, dass der Arbeitgeber in Betrieben im Geltungsbereich des BetrVG den Betriebsrat über Art, Umfang und Durchführung von Notdienstarbeiten unter Vorlage eines Notdienstplanes dessen Zustimmung zum Notdienst einzuholen hat.

In § 99 a Abs. 2 BetrVG wird klargestellt, dass Notdienstarbeiten sowohl Erhaltungsarbeiten als auch Notstandsarbeiten umfassen. Sodann wird definiert, was unter diesen beiden Formen der Notdienstarbeit zu verstehen ist (vgl. *K. von Rosenstiel*, „Arbeitskampfrecht“, Rechtswissenschaftliche Forschungsberichte, Mensch und Buch Verlag, Diss. für Löwer und Heinze 2003, S. 177 ff.).

3. Hanau und Thüsing (*Hanau und Thüsing*, „Neue Sensibilisierungen im Arbeitsk ampfrecht: Der Streik in der Luftfahrt“ in Thüsing (Hrg.) „Tarifautonomie im Wandel“) kommen zur Schlussfolgerung, **dass ein Arbeitsk ampf die Allgemeinheit in besonderem Maße belastet, wenn die ausfallenden Dienste nicht substituierbar sind.**

Eben weil der Begriff der Daseinsvorsorge unterschiedlich verstanden werde und ein Konsens über diesen Begriff nicht möglich erscheine, sei ein **Vorgehen in Fallgruppen** sinnvoll. Dazu zählen (*Hanau und Thüsing*, „Tarifautonomie im Wandel - neue Sensibilisierungen im Arbeitsk ampfrecht: Streik der Luftfahrt“, S. 35 ff.) Gas- und Stromversorgung, Telekommunikation, Post, Personen-/Nahverkehr, Eisenbahn- und Luftfahrtbereich. Die Schranken des Streikrechts seien an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit zu messen, insbesondere dem Verbot der übermäßigen Schädigung und dem Paritätsgrundsatz.

Es bleibe jedoch das **Unbehagen**, dass im Luftfahrtbetrieb der **Streik kleiner Funktions-eliten** den ganzen Betrieb lahm legen kann. Diesem Unbehagen könne

der erkennende Richter bei seinem Auftrag zur Rechtsfortbildung auch im Rückgriff auf das Gebot der Kampfparität Geltung verschaffen.

**Unabdingbare Voraussetzungen für Streiks sind nach *Hanau* und *Thüsing*:
Verfahrensmäßige Voraussetzungen vor Streikbeginn**

- die Ankündigungspflicht
- das Gebot zur Schlichtung

· **Materielle Bedingungen des Streiks**

- Notdienstarbeiten
- Schutz des Arbeitskampfgegners gegen übermäßige Forderungen

(Zweck - Mittel - Relation)

Generell lässt sich vor allem für den objektiven Betrachter der Vorrang des Gemeinwohlbezugs vor der Arbeitskampffreiheit insbesondere in folgenden sensiblen Bereichen erkennen: Nahrung und Gesundheit; Energie und Wasser; Post-, Fernmelde-wesen; Rundfunk und Fernsehen; Bestattung; Müllbeseitigung; Landesverteidigung und innere Sicherheit; Privatisierte Flugsicherung.

Es gelte zu vermeiden, dass - ob gewollt oder ungewollt - Dritte betroffen werden, die sich nicht wehren können, die auch nicht auf die mit dem Arbeitskampf durchzusetzenden Forderungen und Gegenforderungen durch Zugeständnisse oder Verweigerungshaltung bis hin zur Aussperrung reagieren können - wer sollte denn etwa beim Gemeinwohlbezug ausgesperrt werden?

Hanau und Thüsing vergleichen das Arbeitskampfrecht anderer Staaten in den USA und Europa mit dem deutschen Arbeitskampfrecht. Trotz aller Unterschiedlichkeiten im Einzelfall seien gemeinsame Leitlinien zu erkennen.

Ø **Zum ersten**, dass der Arbeitskampf im Bereich der Daseinsvorsorge allgemein besonderen Regelungen unterworfen wird.

Ø **Zum Zweiten**, dass überall die **Luftfahrt zum sensiblen Bereich** gezählt wird.

Ø **Zum Dritten**, dass die **Mittel eines angemessenen Ausgleichs** zwischen Interessen der **Allgemeinheit** und dem Streikrecht ähnlich sind, nämlich: Die Verpflichtung zur **Ankündigung des Streiks** und zum **Schlichtungsverfahren** vor Streikausbruch, danach **Notdienstarbeiten** in **unterschiedlichem, jedoch zumeist erheblichem Umfang**.

VI. Ein Blick auf das Arbeitskampfrecht von „morgen“

Das bisher durch Richterrecht gestaltete Prinzip der betrieblichen Tarifeinheit, dem praktische Erwägungen der Ordnungswirkung eines - und nur eines - Tarifvertrages zugrunde gelegen haben, wird in Zukunft möglicherweise ganz oder teilweise mit Grenzziehungen von der Rechtsprechung des BAG aufgegeben. Dies deutet sich vor allem deshalb an, weil der Erste Senat des BAG in jüngster Rechtsprechung auch kleineren „Spartengewerkschaften“ die Tariffähigkeit

zuerkannt hat.

Die Diskussion um die betriebliche Tarifeinheit hat es bereits schon nach dem Ende des zweiten Weltkrieges bei der Schaffung des Tarifvertragsgesetzes gegeben. Hierauf weist *Schliemann* (Festschrift für *Hromadka* S. 260) hin.

Es ergeben sich aus der Vielfalt von Vorschlägen der Wissenschaft folgende Schwerpunkte:

1. *Hromadka, Buchner und Rebhan* (*Hromadka* Gedächtnisschrift für Heinze 2005 S. 383; *Buchner* ZFA 2004, S. 250; *Rebhan* NZA 2001, S. 767) zeigen jeweils diskussionswürdige Lösungen auf, die Arbeitnehmer darüber entscheiden zu lassen, welche Gewerkschaft sie in den nächsten zwei bis drei Jahren vertreten soll, wenn die Tarifkonkurrenz nicht mehr wie bisher durch den Grundsatz der Spezialität aufgelöst wird.

2. Buchner schlägt zwei Modelle als Varianten vor.

Variante 1:

Der Gesetzgeber verschafft eine Verpflichtung aller beteiligten Gewerkschaften zur Bildung einer Tarifgemeinschaft;

Variante 2:

Eine der beteiligten Gewerkschaften wird durch eine entsprechende Entscheidung der beteiligten Arbeitnehmer mit der Durchführung der Tarifverhandlungen und mit dem Tarifabschluss beauftragt.

Beide Varianten sollen auch dann möglich sein, wenn sich die Tarifvertragsparteien im Betrieb einigen (*Buchner* „Turbulenzen im Arbeitskämpfrecht“, BB 2008, S. 106 ff.).

3. *Schliemann* (*Schliemann* in Festschrift für *Hromadka*, S. 359 ff.) und *Kamanabrou* (*Kamanabrou*, ZFA 2/2008, S. 241 ff. „Der Streik durch Spartengewerkschaften - Zulässigkeit und Grenzen“) schlagen bei sich überschneidenden Inhalten von Tarifverträgen im gleichen Betrieb die Verpflichtung aller im Betrieb vertretenen Gewerkschaft zur Vereinbarung gleicher Laufzeiten vor. Dies könne durch Gesetz oder Richterrecht geschehen. Auf diese Weise sollen Dauerarbeitskämpfe verhindert werden; dies kann je nach Laufzeit der Tarifverträge für eine einzelne Koalition im Betrieb auch eine doppelte Friedenspflicht bewirken.

4. *Kamanabrou* sieht die Festlegung von Verhandlungs- und Abkühlungs- sowie Friedensphasen als unerlässlich an (*Kamanabrou* „Der Streik durch Spartengewerkschaften - Zulässigkeit und Grenzen“, ZFA 2008 S. 241 ff.).

Kamanabrou schlägt insbesondere vor:

- a) Tarifabschlüsse mehrerer zuständiger Gewerkschaften gelten nur dann als wirksam abgeschlossen, wenn sich die zuständigen Gewerkschaften über den Abschluss der Tarifverträge - eventuell mit Sonderregelungen für Sparten - geeinigt haben
- b) Das Ausscheiden einer Gewerkschaft aus der Verhandlungsrunde oder den Abstimmungsmodus würde kraft Gesetzes zur Folge haben, dass diese Gewerkschaft in dieser Tarifrunde keine Tarifverträge mehr durch Arbeitskämpfe erzwingen darf
- c) Jede zuständige Gewerkschaft kann zwar für sich bestimmen, ob sie streiken will oder nicht, dann aber nur wegen einzelner Punkte des Gesamtpaketes, die sie als regelungszuständige Gewerkschaft unmittelbar betrifft - bei Betroffenheit mehrerer Gewerkschaften nur gleichzeitig in gleicher Art, Dauer und Intensität.

5. C. Meyer (C. Meyer „Zum Konkurrenzkampf mehrerer Gewerkschaften in einem Betrieb oder Unternehmen - Das Beispiel Deutsche Bahn AG“, S. 151 ff. in Lehmann (Hrg.) „Tarifverträge der Zukunft - Zukunft der Arbeit in Deutschland und Europa“, Schriften des Betriebs-Beraters, Band 142) schlägt „Basis-Tarifverträge“ vor. Beteiligt werden sollen alle zuständigen Gewerkschaften mit einem innerhalb der Tarifgemeinschaft von Gewerkschaften freiwillig, oder einem - bei Versagen - gesetzlich geregelten Abstimmungsmodus. Aufbauend auf dem Basis-Tarifvertrag sollen funktionsbezogene Tarifverträge (spartenspezifische Bausteine) zulässig sein. Dazu gehört, dass die Arbeitnehmer und die Unternehmen einen Anspruch auf den Abschluss verlässlicher und klarer Tarifverträge haben. Insoweit verpflichte also gleichsam nicht nur das Eigentum nach Art. 14 Abs. 2 GG, sondern auch die Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG dazu, die Belange Dritter zu beachten. Eine unregelmäßige „solidarische“ Gewerkschaftskonkurrenz könne bestehende Arbeitsplätze bedrohen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn ein Spartentarifvertrag die Verteilungslasten in einem bestehenden Beschäftigungs- bündnis verändert und so ein Personalabbaudruck auf andere - ggfs. in einer anderen Gewerkschaft organisierte - Arbeitnehmergruppen erzeugt wird. Das BAG selbst habe in seiner ständigen Rechtsprechung zu beschäftigungssichernden Tarifverträgen stets auch den sich aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG abgeleiteten Gedanken der Solidarität betont (BAG v. 25.10.2000 - 4 AZR 438/99 -, NZA 2001, S. 328/330 sowie BAG v. 28.6.2001 - 6 AZR 114/00 -, NZA 2002, 331, 335). Aus der Kooperationspflicht der Tarifvertragsparteien folge, dass etwa die Laufzeiten der Tarifverträge abzustimmen sind, umso permanente Arbeitskämpfe im Unternehmen zu vermeiden (C. Meyer, NZA 2006, 1387, 1390).

Meyer gibt Lösungsansätze für eine Kooperation mit den Gewerkschaften.

VII. Ausblick

Alle Vorschläge führen in die Richtung, dass Schaden von der Allgemeinheit abzuwenden und in die Interessen Drittbetroffener bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes stärker Rechnung zu tragen ist. Maßgebend ist das seit langem anerkannte Erfordernis der Verhältnismäßigkeit und der Konkordanz der Grundrechte.

Enden wir mit den Worten des Jubilars (*Buchner*, „Der Bahnstreik - und welche Lehren daraus zu ziehen sind“, BB 2007, S. 2520 ff.) der seine Vorschläge für das Arbeitskampfrecht der Zukunft mit den Worten abschließt:

*„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf nicht mehr länger nur als Leerformel arbeitsgerichtliche Entscheidungen garnieren, sondern muss zur Vermeidung gravierender Schädigungen Drittbetroffener aktualisiert werden. **Bessere Vorschläge sind willkommen**; auf allgemeine Formeln und Beteuerungen kann sich die Rechtswissenschaft aber nicht mehr länger zurückziehen. Richterrechtliche Lösungen sind gefordert; die rechtswissenschaftliche Diskussion muss Überlegungen beisteuern.“*

Ergebnis des Autors:

Kritik an der Rechtsprechung reicht nicht. **Gefordert ist die Unterstützung der „Weisen“.**

Wer findet den Stein?