

Zukunft des Arbeitskampfes

Zukunft des Arbeitskampfes

ZAAR Schriftenreihe Band 2
Herausgegeben von Volker Rieble

ZAAR Verlag München 2005

Bibliographische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie;
detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2005 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Infanteriestraße 8 | 80797 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: Lipp GmbH Graphische Betriebe
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISBN 3-9809380-2-6

Vorwort

Das Arbeitskampfrecht kommt nicht zur Ruhe. Die Richterrechtsentwicklung hat die Aussperrung praktisch mit einem kalten Verbot belegt. Eine rechts-sichere Aussperrung ist kaum mehr möglich. Zugleich sind die Grenzen des Arbeitskampfes auf Arbeitnehmerseite aufgeweicht: Weder bekennt sich das BAG zu einem klaren Verbot des Sympathiestreiks, noch wird der Warnstreik klar erfaßt: als Instrument zur Mobilisierung der Arbeitnehmer auf dem Rücken der Arbeitgeber. Dementsprechend verliefen die Tariffbewegungen in der Vergangenheit für die Arbeitnehmerseite recht positiv. Nur in wenigen Branchen siegte die Vernunft.

Die Arbeitgeber haben – unter veränderten weltwirtschaftlichen Rahmenbedingungen – ein neues Druckinstrument gefunden: Wie nicht anders zu erwarten, werden deutsche Standorte auf den Arbeitskostenprüfstand gestellt. Wenn Arbeitgeber um deutsche Standorte ringen, wird – wie im Fall Siemens erfolgreich – eine Reduktion der Arbeitskosten, also vor allem der Entgelte gefordert. Das ist wirtschaftlich gesehen Arbeitskampf: Kampfmittel der Arbeitgeberseite ist nicht die diffuse zeitweilige Betriebsstillegung des Ersten Senates, sondern die endgültige. Gleichwohl kann das tradierte Arbeitskampfrecht hier nicht gelten. Denn die Arbeitgeber agieren nicht kollektiv, sondern individuell. Und sie machen von einer unternehmerischen Grundfreiheit Gebrauch, der Standortentscheidung. Schließlich begehren sie anders als mit der Aussperrung kein rechtliches Privileg, sondern berufen sich auf die vertragsrechtlichen Möglichkeiten der betriebsbedingten Kündigung. Gleichwohl ist zu fragen, ob die Rechtsordnung hier ungeregelt Felder freien Waffengebrauches zur Beeinflussung der Arbeitsbedingungen zulassen kann. Problematischer noch sind die Reaktionen der Arbeitnehmerseite, die zu Arbeitsniederlegungen greift. Das ist echter Arbeitskampf, der aber in die Betriebe und in die Betriebsverfassung hineingetragen wird, wie der Fall DaimlerChrysler zeigt. Die Öffentlichkeit rügt die Arbeitgeber und ignoriert, daß der Arbeitskampf des Betriebsrats verboten ist.

Die „Verrohung“ durch Kampf ist an sich systemgerecht und nicht kritikwürdig. Wohl aber ist zu fragen, ob das Arbeitskampfrecht gut entwickelt ist, wenn es den Kampf auf diese Spitze treibt – und verhindert, daß standortgerechte Arbeitsbedingungen in normaler und geordneter Auseinandersetzung gefunden werden. Das Recht ist dazu da, um schädigende Unvernunft zu zügeln. Dementsprechend stellt sich das 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch die Frage, ob und wie das Arbeitskampfrecht schädigende tarifpolitische Unvernunft begrenzen kann.

München, Januar 2005

Volker Rieble, Direktor des ZAAR

Inhaltsübersicht

Seite

Vorwort	5
Inhaltsübersicht	7

§ 1 Der Arbeitskampf als Dilemma-Situation

A. Referat Hermann Reichold	10
I. Einleitung	10
II. Was kann die Institutionenökonomik für das Recht leisten?	11
III. Theorien zur ökonomischen Erklärung des Arbeitskampfes	13
IV. Ambivalente Gründe für das Dilemma	24
V. Institutionelle Auswege aus dem Dilemma	26
B. Diskussion	28

§ 2 Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung

A. Referat Manfred Löwisch	36
I. Der arbeitskampfrechtliche ultima-ratio-Grundsatz als Rechtsgrundlage und Richtschnur	36
II. Legitimationsverpflichtung der Verbände	37
III. Ausweitung kampffreier Räume	38
IV. Schlichtungsgebot	40
V. Objektivierung der Tarifpolitik	43
VI. Prozeßrechtliche Absicherung	45
B. Diskussion	47

§ 3 Arbeitskämpfe bei Standortschließungen und -verlagerungen?

A. Referat Thomas Lobinger	56
I. Einführung in die Problematik	56
II. Die unabhängig von den Forderungsinhalten aufgeworfenen Rechtsfragen	58
III. Die durch die Forderungsinhalte aufgeworfenen Rechtsfragen	59
IV. Ausblick	83
V. Thesen	84
B. Diskussion	86

§ 4 Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – neues Kampfmittel der Arbeitgeberseite?

A. Referat Matthias Jacobs	92
I. Einleitung	92
II. Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – arbeitskampfrechtliche Beurteilung	96
III. Zusammenfassung und Ausblick	107
B. Diskussion	109

§ 5 Zuweisung des Arbeitskampfrisikos zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik

A. Referat Martin Gutzeit	118
I. Arbeitskampfrisiko und BGB	118
II. Arbeitskampfrisiko de lege ferenda	132
B. Diskussion	134

§ 6 Kampfverbote für einzelne Tarifyinhalte? – dargestellt am Beispiel von Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung

A. Referat Martin Franzen	142
I. Einleitung	142
II. Rechtliche Ansatzpunkte für Kampfverbote bei Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung	143
III. Anwendung dieser Grundsätze auf Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung	149
IV. Ausblick	157
V. Zusammenfassende Thesen	158
B. Diskussion	160
Abkürzungsverzeichnis	168
Sachregister	171

§ 1 Der Arbeitskampf als Dilemma-Situation

Rn.

A. Referat Hermann Reichold	1
I. Einleitung	1
II. Was kann die Institutionenökonomik für das Recht leisten?	4
III. Theorien zur ökonomischen Erklärung des Arbeitskampfes	8
1. Effizienztheoretische Ausgangspunkte	8
2. Können Arbeitskämpfe „effizient“ sein?	10
3. Tarifverhandlungen als Dilemmastruktur: Spieltheoretische Modellierung („Interaktionsökonomik“)	15
a. „Chicken-Game“	18
b. Arbeitsvertragsbeziehung	20
c. Tarifverhandlungen – Modell 1	22
d. Tarifverhandlungen mit Streikoption – Modell 2	23
e. Fazit	24
IV. Ambivalente Gründe für das Dilemma	25
1. Der faktische Wandel – das Kartell bröckelt	25
2. Der institutionelle Wandel zugunsten der Gewerkschaften	26
3. Der ökonomisch-soziale Wandel zugunsten der Arbeitgeber	27
V. Institutionelle Auswege aus dem Dilemma	28
B. Diskussion	29

A. Referat Hermann Reichold*

I. Einleitung

- 1 Wenn ich den Arbeitskampf als „Dilemma-Situation“ oder besser als „Dilemma-Struktur“ in den Blick nehmen darf, so befinde ich mich meinerseits ebenfalls in einem Dilemma: als Jurist Erkenntnisse der Ökonomie rezipieren und auch noch interpretieren zu sollen. Unser juristisches Erkenntnisinteresse ist bekanntlich ein anderes als das der Ökonomen, und das gilt auch für unser methodisches Rüstzeug. Deshalb gehe ich heute ein gewisses Wagnis ein, das mich aber zumindest als risikofreudig (und nicht als „risikoavers“) ausweist.

Juristen deduzieren Rechtserkenntnisse aus vorhandenen Normen oder Rechtsgrundsätzen und bemühen sich um die Bildung eines möglichst stimmigen Systems, was sie als **„Rechtsdogmatik“** bezeichnen. Sind sie mit den ihnen vorgegebenen Normen allerdings nicht zufrieden, wenden sie sich an den Gesetzgeber und fordern mehr „soziale Gerechtigkeit“ oder mehr „Sachgerechtigkeit“ oder einfach bessere Gesetze – das nennt man dann **„Rechtspolitik“**, die freilich bei unserem Thema, wie wir alle wissen, vom eigentlich zuständigen Gesetzgeber längst in die Hände der obersten Richter abgewandert ist.

- 2 Während Juristen die soziale Wirklichkeit mehr oder weniger durch ihre „normative“ Brille sehen (was leicht zu einer recht „selektiven Wahrnehmung“ der Wirklichkeit führt), orientieren sich Ökonomen vorrangig an dieser sozialen Wirklichkeit selbst. Sie bemühen sich um deren empirische Erfassung, um so zu quasi „naturwissenschaftlichen“ Erkenntnissen zu gelangen, die so komplexe Gebilde wie unseren krisenhaften Arbeitsmarkt oder unser noch krisenhafteres Sozialsystem zu verstehen und zu erklären versuchen. Daraus Lehren zu ziehen, fällt wegen der Komplexität der Bestimmungsfaktoren unseres politisch-ökonomischen Systems keineswegs leicht und führt auch unter Ökonomen meist zu Streit. Dennoch ist es legitim, wenn sich Ökonomen an der rechtspolitischen Diskussion und vorrangig an der Politikberatung gerade deshalb beteiligen, weil sich aus ihrer „positiven Ökonomik“ als Erfahrungswissenschaft auch Gestaltungsempfehlungen im Sinne einer „normativen Ökonomik“ ergeben. Der Münchner Wirtschaftsethiker *Karl Homann* z.B. hat das explizit zu seinem Programm gemacht: seine Ökonomik möchte soziale Ordnung nach dem Motto „Erklärung zwecks Gestaltung“ durchsichtig und durch Veränderung der institutionellen Spielregeln auch reformierbar machen¹. Ich komme darauf unten III.3. zurück.

* Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

1 Vgl. *Homann/Suchanek*, Ökonomik – eine Einführung (2000), S. 27 f.; ferner *Engerer/Voigt* in: Zimmermann (Hg.), Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft (2002), S. 149; *Homann/Schanze*, Ethische Aspekte der Institutionalisierung wirtschaftlicher Prozesse, in: Korff (Hg.), Handbuch der Wirtschaftsethik II (1999), S. 17 ff.; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl. (1999), S. 1; *Wegner/Wieland* (Hg.), Formelle und informelle Institutionen – Genese, Interaktion und Wandel (1998), S. 7.

Ein solches rechtsökonomisches Programm sollte auch und gerade Juristen ³ interessieren, soweit sie sich nicht ohnehin als Rechtspolitiker rechtsgestaltend betätigen, wenn auch mit prekärer Methodik und „politischen“ Argumenten. Zumal bei den besonders drängenden Fragen der Leistungsfähigkeit der institutionellen Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktes und der Arbeitsbeziehungen muß Rechtswissenschaft deshalb auch als „**Realwissenschaft**“ verstanden werden²: Rechtswissenschaft hätte insoweit die Aufgabe, die Realfolgen von Rechtsnormen zu erforschen und Wirkungszusammenhänge aufzudecken, ein Programm, wie es z.B. *Eidenmüller* in seinem Münchener Habilitationsvortrag vorgeschlagen hat³. Das drängt zu einer interdisziplinären Zusammenarbeit von Ökonomen und Juristen, und das hat eine lange, gute Tradition: So hat z.B. *Lujo Brentano* (1844 – 1931), in Heidelberg 1866 zum *Doctor juris utriusque* promoviert, anno 1890 als Professor der Nationalökonomie (in Leipzig, seit 1891 in München)⁴ vor dem „Verein für Socialpolitik“ über Arbeitseinstellungen und die Fortbildung des Arbeitsvertrags referiert⁵. Es mag eine feine Ironie darin liegen, daß heute, nach fast 115 Jahren, das von *Brentano* maßgeblich initiierte Projekt „kollektiver Privatautonomie“ in seiner heutigen institutionellen Ausprägung wieder auf seine berechnete Leitidee hinterfragt und auf seine juristische Umsetzung erneut überprüft wird.

II. Was kann die Institutionenökonomik für das Recht leisten?

Ökonomischer Ausgangspunkt in unserer Dilemma-Debatte ist zunächst einmal der ⁴ Arbeitnehmer, hier ziemlich seelenlos als „Humankapital“ bezeichnet, der buchstäblich seine Haut zu Markte trägt⁶. Er ist weniger austauschbar, anpassungsfähig und handelbar als das Sach- oder Realkapital. Die Nachfrager nach diesem Humankapital wissen das zu „schätzen“, im wahrsten Sinn des Wortes. Von der ökonomischen Preistheorie hören wir dazu, daß der Marktmechanismus auch beim Arbeitsmarkt an und für sich dazu führen müßte, daß Arbeitslosigkeit verschwindet, wenn der Lohn, als der Preis für die Ware Arbeit, so weit gesunken ist, daß ein markträumender Preis erreicht ist, Angebot und Nachfrage sich im Gleichgewicht

² Vgl. *Eidenmüller*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, 53.

³ Vgl. seine Schlußthesen, JZ 1999, 53, 61: „(1) Rechtswissenschaft als Realwissenschaft ist möglich. (2) Eine realwissenschaftlich betriebene Rechtswissenschaft ist für die traditionelle Methodenlehre bei einem teleologisch ausgerichteten Regelvollzug und bei einer regelbildenden Rechtsfortbildung ein unentbehrliches Hilfsmittel. (3) Rechtswissenschaft ist als Realwissenschaft aber auch aufgrund der großen und steigenden Bedeutung der Rechtssetzung für die Rechtswissenschaft dringend notwendig“.

⁴ Vgl. näher zu Brentanos arbeitsrechtlichen Lehren *M. Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland (1995), S. 171 ff.; *Reichold*, Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht (1995), S. 110 ff.

⁵ *Brentano* (Hg.), Arbeitseinstellungen und Fortbildung des Arbeitsvertrags (1890), S. IX ff.

⁶ Vgl. *Franz*, Arbeitsmarktökonomik, 5. Aufl. (2003), S. 75 ff.; instruktive Rechtsökonomie auch bei *Engel*, Arbeitsmarkt und staatliche Lenkung, VVDStRL 59 (2000), 56, 60 ff.

befinden und damit der Lohn der Grenzproduktivität des einzelnen Arbeitnehmers entspricht⁷.

- 5 Eine solche Koordination der Arbeitsbeziehungen allein über den Preismechanismus hat aber real noch nie funktioniert und wird so auch nie funktionieren, weil er den Besonderheiten des Humankapitals und seiner optimalen Verwertung nicht gerecht wird. Gerade der Arbeitsmarkt bietet deshalb der sog. **Institutionenökonomik** ein geeignetes Spielfeld⁸. Das ökonomische Knappheitsparadigma spiegelt sich hier auch in „sozialen Restriktionen“ wider, womit nicht nur die Auswirkungen der Arbeits-, Sozial- und Steuergesetzgebung gemeint sind, sondern auch soziale Erfahrungstatsachen wie die, daß viele Arbeitnehmer wegen ein paar Euro mehr nicht einfach ihren Wohnsitz oder ihre eingeübte Tätigkeit verändern, also nicht mit regionaler und beruflicher Mobilität reagieren, wie das die ideale Welt des Marktgleichgewichts von ihnen eigentlich verlangte⁹. Genau so wenig senken die Arbeitgeber ohne weiteres ihre Löhne bei einem Überangebot von qualifizierten Arbeitnehmern als Nachfrager, selbst wenn sie es rechtlich könnten, wie wir aus internationalen Erhebungen wissen¹⁰. Diese so genannten „Lohnrigiditäten“ entstehen also auch ohne Gewerkschaften und Tarifverträge, weil Löhne nicht nur Kostenfaktor sind, sondern auch eine Anreizfunktion beim Wettbewerb um die beste Arbeitskraft haben. Die Grenzproduktivitätsbetrachtung wird deshalb der Preisbildung am Arbeitsmarkt insgesamt nicht gerecht¹¹ – die „Ware“ Arbeit kann eben nicht vom Mensch getrennt werden, der sie anbietet und der im Zweifel Sicherheit und Stetigkeit in einem stabilen und dauerhaften Arbeitsverhältnis über kurzfristige Lohnsteigerungen durch ständigen Arbeitsplatzwechsel stellt. Das ist die eine Seite der **begrenzten** ökonomischen Rationalität der Arbeitsmärkte.
- 6 Doch darf man dabei nicht die andere Seite vergessen, die es nicht erlaubt, bei der Regelung des Arbeitsmarkts alle **ökonomischen** Gesetzmäßigkeiten schlicht zu negieren. Aus diesem Grund werden die hochgradig zentralisierten Tarifverhandlungen in Deutschland nach Ansicht einer großen Mehrheit von Ökonomen als einer von mehreren Gründen für die persistent hohe strukturelle **Arbeitslosigkeit** verantwort-

7 Dazu näher *Franz* (Fn. 6), S. 313 ff.; populäre Darstellung bei *Fourcans*, Die Welt der Wirtschaft, 2. Aufl. (1998), S. 91 ff.; *Sinn*, Ist Deutschland noch zu retten?, 2. Aufl. (2003), S. 119.

8 Dazu allgemein *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik (1999), passim; *Homann/Suchanek* (Fn. 1), S. 32: Ökonomik als Interaktionstheorie; *Richter/Furubotn* (Fn. 1), S. 33 ff., insb. S. 149 ff.

9 So bereits *Brentano* (Fn. 5), S. XXIX f.

10 Hierzu etwa *Franz/Pfeiffer*, Tarifbindung und die ökonomische Rationalität von Lohnrigiditäten, ZEW-Discussion-Paper 01/01 (2001), S. 30: „Die Rationalität von Lohnrigiditäten hängt somit vom Arbeitsrecht einerseits und spezifischen Arbeitsmarktmechanismen andererseits ab. Insofern geht es bei den Ursachen von Lohnrigiditäten nicht um Marktversagen oder Macht, sondern um Marktunvollkommenheiten und Macht.“

11 Vgl. *Franz* (Fn. 6), S. 313 zum Kern der „Effizienzlohntheorie“; allein darauf stellt ab *J. Wagner*, Arbeit-Arbeitslosigkeit, in: *Korff* (Hg.), Handbuch der Wirtschaftsethik IV (1999), S. 25, 38 ff.

lich gemacht¹². *Wernhard Möschel* etwa formulierte in seinem vor Jahresfrist erstellten Gutachten für den Wissenschaftlichen Beirat: „Die Lohnpolitik hat trotz ständig steigender Arbeitslosigkeit – über die Konjunkturschwankungen hinweg – die Löhne ständig weiter erhöht, als wenn es das Selbstverständlichste von der Welt wäre, eine Sache, von der man zu wenig verkauft, auch noch zu verteuern“¹³. Und: „Drei Jahrzehnte Zunahme der Arbeitslosigkeit (...) lassen keinen anderen Schluß zu als den, daß das Regelwerk, nach dem in Deutschland Tariflöhne, die faktisch Mindestarbeitsentgelte sind, und in dem sonstige tarifgebundene Arbeitsbedingungen festgelegt werden, versagt hat“¹⁴.

Das institutionelle Regelwerk der Tarifverhandlungen sieht in Deutschland und anderswo den **Streik** vor, wenn sich die Tarifpartner nicht einigen können. Er ist *ultima ratio* der Konfliktlösung, worauf dann die Arbeitgeber mit Aussperrung reagieren könnten, was sie tatsächlich aber schon lange nicht mehr tun¹⁵. Streikdrohungen starker Gewerkschaften könnten also, so eine geläufige These, maßgeblich für die kostentreibende Lohnpolitik in Deutschland und – nach Meinung vieler Ökonomen – indirekt auch für die hohe Dauerarbeitslosigkeit hierzulande verantwortlich sein. Wir haben also allen Anlaß zu fragen, ob es eine ökonomische Erklärung für den Arbeitskampf geben kann und stoßen zunächst auf zwei wesentliche Eingangsthemen zur Effizienz gewerkschaftlichen Handelns.

III. Theorien zur ökonomischen Erklärung des Arbeitskampfes

1. Effizienztheoretische Ausgangspunkte

Das „Monopolmodell“ und das „*Bargaining*“-Modell ergänzen sich und bilden zudem 8 den historischen Entstehungsprozeß des kollektiven Arbeitsrechts in einer breiten internationalen Perspektive ab¹⁶. Das wußte bereits *Lujo Brentano* anno 1890, als er

12 So z.B. *Engel*, VVDStRL 59 (2000), S. 56, 64 ff.; *Franz* (Fn. 6), S. 364 ff.; *Sinn* (Fn. 7), S. 88 ff.; Vgl. auch *Möschel*, Gutachten für den Wiss. Beirat beim BMWA „Tarifautonomie auf dem Prüfstand“ (2003), Rn. 7 ff., insb. Rn. 13: „Bei allen Einräumungen, die zugunsten der Bedeutung anderer Faktoren zu machen sind, wäre es unvernünftig zu leugnen, daß das Lohnniveau in Deutschland zu hoch, die Lohnstruktur falsch und die Flexibilität der Regeln, nach denen sich Einsatz und Bezahlung von Arbeitskräften richten, unzureichend ist“; vgl. auch internationale Bewertungen der schwachen Wettbewerbsfähigkeit in Deutschland, dazu *Horn*, „Die deutschen Schwachpunkte sind Arbeitsmarkt, Steuern und Abgaben“, FAZ, Nr. 215 vom 16.9.2003, S. 16.

13 *Möschel* (Fn. 12), Rn. 7 (S. 5).

14 *Möschel* (Fn. 12), Rn. 13 (S. 13).

15 Laut dem Statistischen Jahrbuch des BMWA (2000) sind letztmals anno 1984 (!) Arbeitstage wegen einer Aussperrung entfallen.

16 Hierzu instruktiv *Franz* (Fn. 6), S. 254 ff.; *Genosko*, Gewerkschaften, in: Korff (Hg.), Handbuch der Wirtschaftsethik III, Gütersloh (1999), S. 509, 512 ff.; *Jost*, Die Dezentralisierung kollektiver Tarifverhandlung: eine ökonomische Analyse, in: Ott/Schäfer (Hg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts (2001), S. 174 ff.; *E. Posner*, Four Economic Perspectives on American Labor Law and the Problem of Social Conflict, JITE 159 (2003), 101, 103 ff.; *Sadowski*, JITE 159 (2003), 126 ff. (comment to *Posner*); *Vogel*, Neue Wege in der Tarifpolitik: Eine clubtheoretische Analyse (2004), S. 31 ff.; *Windbichler*, JITE 159 (2003), 117 ff. (comment to *Posner*).

als einziges Mittel „gegen jedwede Unfähigkeit der einzelnen, ihre Produktion und das Angebot ihrer Ware zu mindern“, die Aufhebung der Vereinzelung des Arbeitsverkäufers durch die Organisation empfahl¹⁷. In der Tat ist die Entstehung von Gewerkschaften, Tarifverträgen und Streiks nicht von der Verelendungstheorie des *Karl Marx* (1818 – 1883) zu trennen. Der hatte beobachtet, daß die soziale Lage der Arbeiterschaft dazu führte, daß diese auf Lohnsenkungen nicht mit einer Verminderung, sondern mit einer Vermehrung des Angebots reagierten¹⁸. Dieses Angebotsverhalten war vor gut 150 Jahren Ausfluß sozialen Elends, führte damals zu ruinöser Konkurrenz durch die Anbieter und letztendlich zu ihrer gewerkschaftlichen Bündelung in der Organisation, der sich bald auch die Arbeitsnachfrager gebündelt gegenüber stellten: die Gewerkschaften als Kartelle der Arbeitsanbieter verhandelten mit den Arbeitgeberverbänden als Kartellen der Arbeitsnachfrager nach Art eines politischen Prozesses im sog. **bilateralen Monopol** und schalteten damit den Wettbewerbsmechanismus im Bereich des Humankapitals großenteils aus. Ihr Verhandlungsergebnis entzog sich also der disziplinierenden Wirkung der Märkte und führt inzwischen in großer Regelmäßigkeit zu einem „nutzenmaximalen“ Lohnsatz, der weit oberhalb des Wertes liegt, der sich bei vollständiger Konkurrenz auf allen Märkten ergeben hätte, was im Ergebnis zu Unterbeschäftigung und Wohlfahrtsverlusten führt¹⁹. Damit ist die **makroökonomische Dimension** zentralisierter Lohnverhandlungen benannt, die häufig und manchmal etwas vorschnell als Grund für die deutsche Wirtschaftskrise benannt wird²⁰.

- 9 Das „*Bargaining*“-Modell hingegen bildet die **mikroökonomische Dimension** von Lohnverhandlungen ab²¹: Der einzelne Arbeitnehmer verzichtet auf eigene Verhandlungsanstrengungen, weil er davon ausgehen kann, daß seine Interessenvertreter, die Gewerkschaften oder der Betriebsrat, aufgrund ihrer starken Stellung und ihrer guten Informationslage das für ihn optimale Verhandlungsergebnis erzielen können – als Verhandlungspartner können diese mit dem Arbeitgeber kraft Streikdrohung oder kraft gesetzlicher Mitbestimmungsrechte auf gleicher Augenhöhe verhandeln, so bekanntlich auch die stereotype Wendung in der verfassungs-

17 *Brentano* (Fn. 5), S. XXX f., und weiter (S. XXXI): „Unbeirrt von der Unfehlbarkeit der individualistischen Doktrin, welche ihnen die Konkurrenz predigte, haben sie, durch eine Regelung des Angebots ihrer Arbeit, diese Beschäftigungslosen zu beseitigen und den ‚Grenznutzen‘ ihrer Arbeit zu erhöhen gesucht. Damit verwirklichten sie erst die nationalökonomische Grundanschauung der Gesetzgebung, die den ‚freien Arbeitsvertrag‘ schuf: sie behandelten ihre Arbeit als Ware und wurden selbst Warenverkäufer“.

18 Sog. „Konkurrenzparadoxon“, vgl. nur *Stützel*, Marktpreis und Menschenwürde, 2. Aufl. (1982), S. 75 ff.; zur Historie des Arbeitskampfs vgl. auch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (1997), S. 84 ff.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht (2002), S. 10 ff.

19 Vgl. nur *Franz* (Fn. 6), S. 254, 256 f.; *Möschel*, Gutachten (Fn. 12), Rn. 16 ff.; *Sinn* (Fn. 7), S. 88 ff. (in drastischen Formulierungen).

20 Dramatisch etwa *Sinn* (Fn. 7), S. 115: „Arbeitsmarkt im Würgegriff der Gewerkschaften“; vgl. ferner *Giersberg*, „Für den Standort ist nicht die absolute Lohnhöhe entscheidend“, FAZ, Nr. 224 vom 26.9.2003, S. 17.

21 Hierzu näher *Franz* (Fn. 6), S. 254 f.; *Genosko* (Fn. 16), S. 513 ff.; *E. Posner* (Fn. 16), JITE 159 (2003), 101, 105 ff.; *Vogel* (Fn. 16), S. 32 ff.

gerichtlichen Rechtsprechung²². Während der einzelne Arbeitnehmer sich gegen ungünstige Arbeitsbedingungen durch Widerspruch kaum effizient wehren, er also als Konsequenz nur die *exit*-Drohung vorbringen könnte, sichert ihm der gewerkschaftliche Widerspruch (*collective voice*) günstige Arbeitsbedingungen bei dauerhafter Stabilität des Arbeitsverhältnisses²³. Arbeitskonflikte müssen insoweit die Arbeitsbeziehung direkt nicht beschädigen. Gewerkschaften können so gesehen **effizienzverbessernd** wirken, weil sie nicht nur effizient über „Kollektivgüter“ wie z.B. Arbeitsplatzsicherheit, Weiterbildung, betriebliche Altersversorgung etc. verhandeln können, sondern darüber hinaus den Arbeitnehmern gegenüber auch eine **Ordnungsfunktion** wahrnehmen und insoweit sozialen Frieden in den Betrieben gewährleisten²⁴.

2. Können Arbeitskämpfe „effizient“ sein?

Können Arbeitskämpfe als Eskalation von Verhandlungskonflikten nun effizienz- 10
theoretisch überhaupt eine sinnvolle Funktion haben? Die neoklassische Gleichgewichts-Ökonomie verneint das mit dem „schlagend“ theoretischen Argument, daß sich die Tarifparteien im bilateralen Monopol schon im Verhandlungswege zwangsläufig auf jenen Preis einigen können müßten, der etwa in der Mitte der gegenläufigen Präferenzen liegt und den Überschuß insoweit „gerecht“ zwischen Unternehmen (Aktionären) und Arbeitnehmern verteilt. Ein Arbeitskampf könnte danach in der Welt perfekten Wissens nur irrational sein. Doch das ist natürlich zu kurz gesprungen. Nur in einer Welt ohne Transaktionskosten könnten auch Arbeitsmärkte über Tauschverträge funktionieren. Weil die reale Welt aber voller Transaktionskosten ist, gibt es Unternehmungen, Gewerkschaften und den Arbeitskampf. Und weil das inzwischen längst auch den Ökonomen klar geworden ist, müssen sie ihre Modellierungen durch polit- bzw. verhaltensökonomische Annahmen ergänzen²⁵,

- zum einen wegen des strategischen Verhaltens der **korporativen Akteure**, das sich wegen spezifischer Organisationsinteressen keineswegs ausschließlich vom ökonomischen Ziel einer „geräuschlosen“ Nutzenmaximierung leiten läßt,
- zum anderen wegen des **hohen Zentralisierungsgrads** der deutschen Tarifverhandlungen, weshalb von der Produktivität einzelner Unternehmen bewußt

22 „Annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen“, vgl. BVerfGE 92, 365, 395; 84, 212, 229; 38, 281, 305 f.

23 Vgl. *Freeman*, Individual Mobility and Union Voice in the Labor Market, in: The American Economic Review 66 (1976), 361, 364: „The institution of voice in the labor markets is trade unionism and collective bargaining“; dazu näher *Vogel* (Fn. 16), S. 33 ff.

24 Darauf weisen besonders *Genosko* (Fn. 16), S. 516 und *Jost* (Fn. 16), S. 181 ff. hin; krit. gegen die Kollektivgut-Argumentation aber *Vogel* (Fn. 16), S. 40 ff.

25 Dazu näher *Franz* (Fn. 6), S. 291 ff.; monografisch *Gärtner*, Arbeitskonflikte in der Bundesrepublik Deutschland (1989), der ein polit-ökonomisches Modell für die Bundesrepublik zwischen 1969 und 1984 vorlegte.

abgesehen werden kann und polit-ökonomische Erwägungen noch stärker zur Anwendung gelangen als bei dezentralen Verhandlungen²⁶.

- 11** Eine verwirrende Vielzahl von Thesen und Theorien versucht seit Jahrzehnten den Arbeitskampf polit- oder verhaltensökonomisch zu erklären, wobei gerade die amerikanische Literatur wegen anderer institutioneller Rahmenbedingungen nicht immer leicht zu verwerten ist²⁷. Die meisten Theorien setzen sich auseinander mit
- **Anerkennungs-Streiks**, die Zweifeln über die Durchsetzungskraft einer (jungen) Gewerkschaft abhelfen sollen²⁸,
 - **ex-ante-Informationsasymmetrien**, d.h. bei unvollständiger Informiertheit der Gewerkschaft über Geschäftslage oder Kompromißbereitschaft des/der Gegenspieler/s, was sich aber vornehmlich bei Unternehmenstarifen bemerkbar macht und die deutschen zentralen Tarifverhandlungen seltener betrifft²⁹,
 - **hohem Erwartungsdruck** der Mitglieder, d.h. einem Binnendruck seitens der vertretenen Arbeitnehmer bzw. Firmen („Organisationsinteresse“), der dazu drängt, vor allem in der Hochkonjunktur alle Möglichkeiten auszureizen³⁰,
 - **starker Einflußnahme** politisch-sozial interessierter Dritter, d.h. einem besonderen Außendruck etwa durch nahe stehende politische Parteien oder Medien („Öffentlichkeitsinteresse“),
 - schließlich mit **Profilierungsinteressen** zur Stärkung des allgemein-politischen Profils (Gewerkschaft als „Fundamentalopposition“), womit wir bereits den tarifbezogenen Streik im deutschen engeren Sinn verlassen haben und neueste Tendenzen zu politischen Streiks in der EU aufgreifen³¹.
- 12** Dabei übersehe ich nicht, daß eine Gewerkschaft im deutschen Modell selbstverständlich ihrerseits „**organisationsökonomische**“ Erwägungen über die Kosten-Nutzen-Relation von Streikmaßnahmen treffen wird, bevor sie zum Streik aufruft. Die Störanfälligkeit der modernen Industrien durch hochgradige Vernetzung und geringe Fertigungstiefe hat den kostenträchtigen Schwerpunktstreik insoweit unattraktiv gemacht und praktisch verschwinden lassen, wohingegen kurzfristige

26 Eindrucksvolles Beispiel sind die exorbitanten Lohnerhöhungen anno 1974 um ca. 13% im Öffentlichen Dienst, die der ÖTV von der sozialliberalen Koalition unter Willy Brandt zugestanden wurden.

27 Vgl. Kommentar *Windbichler*, JITE 159 (2003), 117, 118 ff.

28 Ich verstehe *E. Posner* (Fn. 16), JITE 159 (2003), 101, 107 f. in dieser Richtung, wenn er von „technologies of conflict“ spricht.

29 So vor allem *Franz* (Fn. 6), S. 293, aber auch *E. Posner* (Fn. 16), JITE 159 (2003), 101, 105 ff.

30 So das Modell von *Ashenfelter/Johnson* (1969), dazu *Franz* (Fn. 6), S. 292 f.; *Gärtner* (Fn. 25), S. 29 ff., das indes von der Lernunfähigkeit der Gewerkschaftsmitglieder in der Hochkonjunktur ausgeht und letztlich die (ökonomische) Irrationalität von Arbeitskämpfen bestätigt.

31 Vgl. auch *Lesch*, Der Arbeitskampf als Instrument tarifpolitischer Konfliktbewältigung, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B 47-48/2003, S. 30, 36 ff., der die seit 2002 häufiger begegnenden politischen Streiks (z.B. zur Rentenreform) in der EU aufzählt; vgl. auch *Lesch*, Das deutsche Sozialmodell am Scheideweg, FAZ, Nr. 114 vom 17.5.2003, S. 13.

Warn-, Wechsel- oder Wellenstreiks, insbesondere auch die Kurzstreiks in Betrieben der Daseinsvorsorge wegen ihrer empfindlichen Störung – z.B. des Flugverkehrs – sehr attraktiv sind, weil die Streikkassen wenig belastend erscheinen³². Was die **Konfliktkosten** angeht, sind die Gewerkschaften daher seit geraumer Zeit trotz drastisch sinkender Mitgliederzahlen wohl deutlich im Vorteil³³. Doch handelt es sich hier um eine zweite, sozusagen „betriebswirtschaftliche“ Ebene, die sich um faktische Kampfparität kümmert, nicht aber um die hier gestellte, vorausgehende und wichtigere Frage, ob Streiks denn auch **wohlfahrtsökonomisch** für eine zivile Gesellschaft noch eine sinnvolle Lösung darstellen und daher als „*pareto-superior*“, d.h. als für alle Betroffenen konsensfähig, erscheinen können³⁴.

Dazu darf man nun nicht die „kollektive Brille“ korporativer Akteure aufsetzen, **13** sondern es bedarf des Blicks auf die **individuellen Akteure** am Arbeitsmarkt, die ja historisch, rechtlich und ökonomisch als Hauptakteure anzusehen sind, auch wenn ihre „politischen“ Mandatsträger, die anders als die „*agents*“ in der *Principal-Agent*-Theorie³⁵ meist in Geschäftsführung ohne Auftrag handeln, häufig einen anderen Eindruck vermitteln.

- Werden Streiks deshalb geführt, um entweder die Anerkennung als Verhandlungspartner oder die vollständige Information über Geschäftsdaten etc. zu erlangen, besteht ein – auch historisch belegter – Anhaltspunkt dafür, daß hierdurch letztlich „Verhandlungskosten“ (**Transaktionskosten**) von der Arbeitgeberseite aufgebracht werden müssen, um effiziente Verhandlungen zu befördern – das kann *pareto-superior* genannt werden und dient effizienten Löhnen³⁶.
- Stehen dagegen organisations- oder allgemeinpoltische Erwägungen der Gewerkschaften ganz im Vordergrund und scheitern Verhandlungen trotz „perfekten Wissens“ über relevante ökonomische Daten oder kommen diese wie beim Warnstreik gar nicht zustande, läßt sich schwerlich noch von einer *pareto-superioren* Lösung sprechen. Das trifft z.B. auf die Situation beim erfolglosen Metall-Streik um die 35-Stunden-Woche in 2003 im Osten Deutschlands zu, als eine kleine Minderheit Organisierter mit militanter Unterstützung aus dem Westen die Mehrheit der Nicht-Organisierten in eine Art „Geiselhaft“ nahm³⁷. Daß der Streik hier in irgendeiner Weise durch eine rechtliche Kanalisierung ökonomische oder soziale Konfliktkosten weit

32 Zu der Veränderung des Arbeitskampfgeschehens vgl. neben Lesch (Fn. 31) noch Heinze, FS Däubler (1999), S. 431 ff.; Kissel (Fn. 18), S. 23 f.; 1023 ff.; Loritz, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 557 ff.

33 So die Einschätzung von Lesch, in: Aus Politik und Zeitgeschichte B 47-48/2003, S. 30, 37.

34 Das wird nicht nur vereinzelt bestritten, vgl. etwa Hettlage, Demokratisierung des Streikrechts, ZRP 2003, 366; Wild, Wenn Streik zum Krieg wird, DIE ZEIT, Nr. 27 vom 26.6.2003, S. 8. Vgl. auch Möschel, Gutachten (Fn. 12), Rn. 20: „Streiks kann man als überholte Form des Tarifstreits ansehen“.

35 Zum Principal-Agent-Modell vgl. nur Richter/Furubotn (Fn. 1), S. 163 ff.

36 So auch Genosko (Fn. 16), S. 512.

37 Vgl. Franz, Lehren aus dem Arbeitskampf, FAZ, Nr. 150 vom 2.7.2003, S. 13.

größeren Ausmaßes ersparen hätte können, wie es etwa *Eric Posner* in seinem Wörlitzer Vortrag als möglichen „Nutzen“ eines Streiks unterstellte³⁸, war hier nicht sichtbar und führte zur bislang größten Legitimationskrise der IG Metall in der Nachkriegsgeschichte.

- 14** Bei der nun folgenden spieltheoretischen Modellierung geht es deshalb nicht nur um die Machtspielen der kollektiven Akteure, sondern vor allem um die Frage, inwiefern und inwieweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer gut beraten sind, ihre Verhandlungsinteressen an mächtige kollektive Spieler zu delegieren, die durch gesamtwirtschaftlich teure Streiks den verteilbaren „Kuchen“ effizienztheoretisch offenkundig verkleinern. Dabei muß man noch nicht einmal die hohe Arbeitslosigkeit mit in die Betrachtung einbeziehen, weil hier besondere politische Spieler und besondere Verteilungsregeln mit einzubeziehen wären. Die der **Spieltheorie** entlehnten Modelle bilden in einem Matrix-Schema die gegenseitige Interdependenz strategischen Verhaltens ab und ermöglichen eine so genannte **Interaktions-ökonomik**³⁹, die sich hier anhand der realen Verteilungskonflikte beim Tarifkonflikt bewähren soll.

3. Tarifverhandlungen als Dilemmastruktur: Spieltheoretische Modellierung („Interaktionsökonomik“)

- 15** Die Interaktionsökonomik stellt die soziale Beziehung – d.h. nicht nur monetär definierte Beziehungen – in den Mittelpunkt ihres Erkenntnisinteresses: zwei oder mehr Akteure agieren unter der Bedingung knapper Ressourcen und konkurrieren um die **Kooperationsgewinne**, um die *gains from trade*⁴⁰. Deutlich wird das z.B. beim Austauschvertrag, der als Kauf- oder Werkvertrag, natürlich auch als Arbeitsvertrag gesellschaftlichen Mehrwert generiert: der Kontrakt würde von beiden Seiten nicht eingegangen, würden sich diese nicht individuelle Vorteile davon versprechen, der Arbeitnehmer, weil er für ihn passende Arbeit bekommt, der Unternehmer, weil er eine offene Stelle besetzen kann – und der Staat gewinnt ebenfalls, weil er bei Vollbeschäftigung mehr Steuern einnimmt und weniger Sozialleistungen verausgabt. In dieser weiten Perspektive der Ökonomik als Sozialwissenschaft gelten alle gesellschaftlichen Vorteile, auch die nicht monetären, als „Kooperationsgewinne“ – das vor dem Hintergrund der *Rawls*-These von der Gesellschaft als „einem Unternehmen der Zusammenarbeit zum gegenseitigen Vorteil“⁴¹. In der Sprache der Ökonomik ist damit eine **„pareto-superiore Lösung“** gesellschaftlicher Verteilungskonflikte gemeint, also eine Lösung, der alle Betroffenen zustimmen, weil sie davon jeweils profitieren können⁴².

38 Vgl. Fazit *E. Posner* (Fn. 16), JITE 159 (2003), 101, 115, in dem er dem „herding“-Modell als Konfliktmodell zuneigt.

39 So das Programm von *Homann/Suchanek* (Fn. 1), insb. S. 35 ff.

40 *Homann/Suchanek* (Fn. 1), S. 34.

41 Vgl. *J. Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1979), S. 105; ähnlich *J. Buchanan*, in: Jochimsen/Knobel (Hg.), Gegenstand und Methoden der Nationalökonomie (1971), S. 88, 90.

42 Zur Legitimation von Rechtsregeln aufgrund einer „kollektiven Selbstbindung“ vgl. (im Anschluß an *Buchanan*) *Homann*, in: Korff (Hg.), Handbuch der Wirtschaftsethik II, (1999), S. 65 ff.

Damit rückt die Rolle des **Staates** in den Mittelpunkt des Interesses der Ökonomik: **16** er zeichnet gewissermaßen verantwortlich für das „Management von (formellen) Institutionen zur Realisierung gesellschaftlicher Kooperationsgewinne“⁴³. Deshalb hat er z.B. den Straßenverkehr ebenso wie die Wettbewerbswirtschaft möglichst so zu regeln, daß „Unfälle“ ausbleiben und Wohlfahrtsgewinne realisiert werden können. Nun ist die Regelung des Straßenverkehrs weniger komplex als es die Gesetze des Wettbewerbs sind; diese wurden ja so „listig“ eingerichtet, um die Anbieter z.B. von Mobil-Telefonen etwa durch strikte Kartellverbote in einen Wettbewerbsdruck zu zwingen, der ihnen Innovation, Effizienz und technologische Höchstleistung zu günstigsten Preisen als Überlebensbedingung am Markt diktiert – und erst damit den Verbrauchern und der Gesellschaft Kooperationsgewinne ermöglicht. Es klingt paradox, ist aber aus Sicht der Interaktionsökonomik zwingend: **Wettbewerb** auf dem Markt ist nicht „Kampf aller gegen alle“, sondern in dieser Perspektive ein **Instrument der Kooperation**⁴⁴.

Für unser Thema wesentlich ist nun die Frage, woran es liegt, daß das Management **17** des Arbeitsmarkts durch kollektives Arbeitsrecht im Ergebnis offensichtlich nicht zuletzt deshalb schlecht funktioniert, weil zu viele Arbeitslose am Weg liegen bleiben und zu viele Unternehmer ins Ausland abwandern – was wohl als ein Fall von **Staatsversagen** beschrieben werden kann⁴⁵. Warum werden mögliche Kooperationsgewinne durch fehlende bezahlbare Arbeit auf diesem unseren Arbeitsmarkt verspielt, und, um das Dilemma zu erklären: wie läßt sich die soziale Wirklichkeit des Tarifkonflikts modelltheoretisch abbilden?

Kurz: Welche Dilemmastruktur wird dem Tarifkonflikt am besten gerecht?

a. „Chicken-Game“

Dieses Spiel hat seinen Namen von den berühmt-berüchtigten automobilen Mut- **18** proben Jugendlicher, die auf gewissen Plätzen oder Straßen mit entsprechendem Publikum in hoher Geschwindigkeit aufeinander zu rasen – und denjenigen, welcher als erster ausweicht, als Feigling („*chicken*“) brandmarken⁴⁶.

43 *Suchanek*, in: Schuppert (Hg.), *Jenseits von Privatisierung und ‚schlankem‘ Staat – Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor* (1999), S. 273, 280.

44 *Homann/Suchanek* (Fn. 1), S. 18.

45 So z.B. Nobelpreisträger *Gary Becker* zur Forderung nach der 35-Std.-Woche im Osten (FAZ, Nr. 149 vom 1.7.2003, S. 13): „Der Glaube an die Vorteilhaftigkeit der 35-Stunden-Woche kommt von der irrigen Vorstellung, es gebe eine feste Menge an Arbeit, die man umverteilen könnte – auf daß mehr Menschen in Lohn und Brot kämen. Die Realität jedoch ist anders: Durch eine Arbeitszeitverkürzung erhöht man die Kosten der Arbeit. Am Ende werden in der Summe weniger Stunden gearbeitet als zuvor, die Arbeitslosigkeit ist höher statt niedriger. Die einzige Lösung liegt darin, die Arbeitsmärkte zu flexibilisieren. Hier hat die Politik versagt.“

46 Vgl. *Homann/Suchanek* (Fn. 1), S. 104.

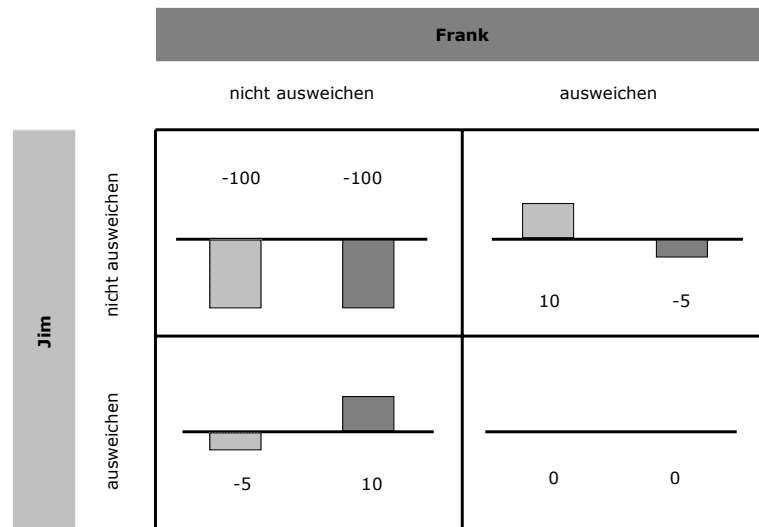


Abb. 1: „Chicken Game“

- 19 In diesem Spiel dominiert der **Interessenkonflikt**: Kooperation hat hier wie beim Boxkampf keinen Sinn, weil der Verlierer jeweils mit -5 „Auszahlung“ verliert, der Sieger dafür überproportional mit +10 gewinnt, und ein Unentschieden nicht vorgesehen ist. Das ungünstigste Ergebnis, der „crash“ mit jeweils -100 Schaden im Quadrant I wird natürlich von beiden nicht gewünscht.

Die Spieltheorie kann hier nur zwei „Gleichgewichte“ anbieten (Quadrant II/III), nicht jedoch einen Kooperationsgewinn: dieser liegt wegen der „Logik“ der Situation für beide Spieler bei „Null“ (Quadrant IV). Sollte sich diese Logik tatsächlich auf Tarifverhandlungen anwenden lassen, dann bedeutete dies eine ruinöse **Schädigungsspirale**: allein die Schädigung des Gegenspielers wäre dann der Sinn des Spiels und würde den ursprünglichen Sinn kollektiver Verhandlungen, den Nutzen der vertretenen Mitglieder zu mehrten, in ein politisches Machtspiel ohne jeden gesellschaftlichen Vorteil pervertieren: das wäre Klassenkampf pur!

b. Arbeitsvertragsbeziehung

- 20 Dieses Spiel soll als Kontrast zum „chicken game“ mögliche Kooperationsgewinne abbilden. Es handelt sich um das **Grundschema einer Dilemmastruktur**, das hier auf die Arbeitsvertragsbeziehung Anwendung finden soll: Arbeitgeber wie Arbeitnehmer verfügen grundsätzlich über zwei Strategien: kooperieren oder defektieren (engl. *defection*: Abfall, Verrat). Der wie immer als Kosten-Nutzen-Maximierer auftretende *homo oeconomicus* wird bei diesem typischen Zwei-Personen-Spiel als

dominante Strategie „Defektieren“ wählen, weil er sonst seine Ausbeutung durch den Gegenüber befürchten muß⁴⁷: der Arbeitgeber z.B. bezahlt den Berufseinsteiger, der auf den Job angewiesen ist, weit unter Marktwert und erzielt damit eine maximale „Auszahlung“ (Vorteil) von 4. Was er dabei aber nicht berücksichtigt ist die Tatsache, daß auch der Berufseinsteiger nach einiger Zeit merkt, daß er seiner schlechten Bezahlung auch eine schlechte Leistung gegenüberstellen sollte, kurz: daß er die vielfältigen Möglichkeiten des Defektierens im Arbeitsverhältnis durch Bummelei, Krankmachen, Freizeitbetonung etc. für sich entdeckt. An dieser Stelle, wenn beide Personen defektieren, d.h. den anderen ausbeuten, führt die jeweils individuelle „Rationalität“ also durch strategische Interdependenz in die **soziale Falle**, die im **Quadranten IV** abgebildet ist: beide erzielen nur Vorteile von jeweils 2, nicht dagegen den möglichen Kooperationsgewinn aus dem **Quadrant I**, nämlich 3. Dieses unerwünschte Ergebnis individuell „rationalen“ Verhaltens nennen die Ökonomen eine „Dilemmastruktur“.

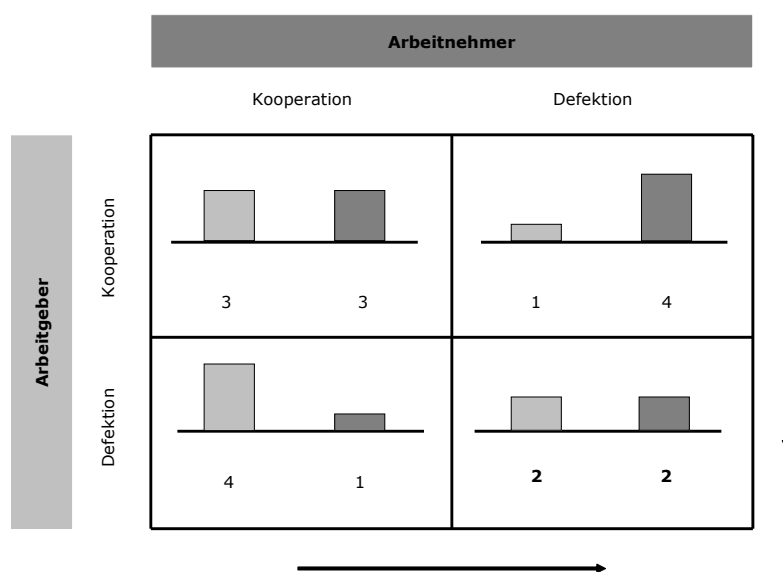


Abb. 2: Arbeitsvertragsbeziehung

Das Problem dieser wie auch anderer Dilemmastrukturen liegt eben darin, daß jeder 21
verlässlich vom anderen wissen müßte, daß der andere auch tatsächlich kooperieren
möchte, und zwar im eigenen Interesse: dann können alle gewinnen – Quadrant I
stellt deshalb die **pareto-superiore** Lösung dar. Können beide Spieler aber nicht
„sicher“ mit der Kooperation des anderen rechnen, werden sie, und sei es nur zum
Schutz vor der Ausbeutung, ihre Defektionsstrategie nicht aufgeben. Zur Über-

47 Ausführliche Darstellung dieser Dilemmastruktur bei Homann (Fn. 42), S. 76 ff.;
Homann/Suchanek (Fn. 1), S. 35 ff.

windung dieser Dilemmastruktur sind deshalb institutionelle Arrangements gefordert, die eine Zusammenarbeit zum gegenseitigen Vorteil nicht nur auf dem Papier, sondern auch im tatsächlichen Arbeitsvollzug durch effiziente Verhaltenssteuerung erwarten lassen. Dazu brauchen wir nicht nur ein vernünftiges Arbeitsrecht, sondern zusätzliche materielle und immaterielle Anreize, die dem Arbeitnehmer zeigen, daß es sich lohnt, vollen Einsatz zu fahren und Leistung zu bringen.

c. Tarifverhandlungen – Modell 1

- 22** Was nun Tarifverhandlungen angeht, könnte man zunächst der Meinung sein, es handelte sich hier nur um ein „**Nullsummenspiel**“ im bilateralen Monopol. Wer die Dilemmastruktur so anlegt, behauptet damit, daß es reine Konfliktspiele gäbe, bei denen Werte weder geschaffen noch zerstört werden, sondern ein fest stehender Kuchen verteilt werde, bei dem die Gewinne des einen den Verlusten des anderen entsprächen. Daß dem bei Tarifverhandlungen wegen deren Drittwirkung auf den Arbeitsmarkt gerade so nicht ist, zeigt die Schwierigkeit von Vereinfachungen⁴⁸.

Lassen wir uns auf das „Nullsummenspiel“ erst einmal ein, ergibt sich die groteske Situation, daß beide Seiten, Arbeitgeber und Gewerkschaft, bei der Verteilung des als exakt meßbar unterstellten **Gewinns** sowohl bei der Strategie „Kompromiß“ wie bei der Strategie „Harte Linie“ das gleiche Ergebnis erhalten: die zu erwartenden 50%!

Würde sich nur der Arbeitgeber kompromißbereit zeigen, hätte die Gewerkschaft einen Anreiz, 55% herauszuschlagen, umgekehrt würde der besser informierte Arbeitgeber bei einer kompromißbereiten Gewerkschaft 60% des Gewinns abschöpfen.

Weil aber **beide Seiten** wissen, daß Kompromißbereitschaft vor allem wegen der vertretenen beiderseitigen Interessen eine ganz falsche Strategie wäre, **müssen** sie als dominante Strategie auf die „**harte Linie**“ setzen, um sich dann, nach den üblichen Marathonsitzungen mit hohem Kaffeeverbrauch und Schlafdefiziten, auf ein Ergebnis zu einigen, daß im wesentlichen auch im Kompromißwege zu erzielen gewesen wäre⁴⁹.

48 So zutr. *Homann/Suchanek* (Fn. 1), S. 97 f. zum allgemeinen Problem, *Möschel*, Gutachten (Fn. 12), Rn. 16 zum speziellen Problem der Tarifverhandlungen.

49 Schöne Darstellung bei *Homann/Suchanek* (Fn. 1), S. 98 f. Andere Modellierung bei *Dixit/Nalebuff*, *Spieltheorie für Einsteiger* (1997) S. 284 ff. („Brinkmanship und Streiks“).

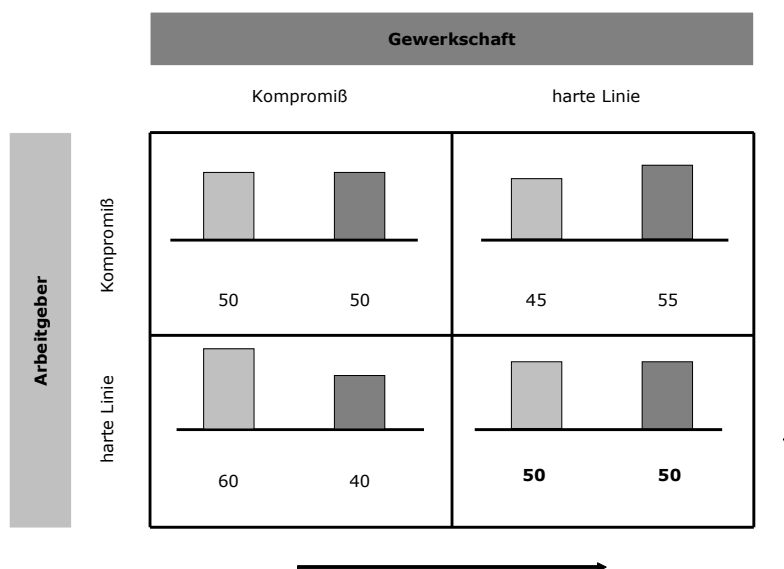


Abb. 3: Nullsummenspiel – Tarifverhandlungen ohne Streik

Das Modell erweckt also Verständnis für Verhandlungsrituale, nicht aber dafür, ob es in einer solchen Situation nicht doch auch Kooperationsgewinne geben könnte.

d. Tarifverhandlungen mit Streikoption – Modell 2

Gerade wenn man die Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen als Konsequenz einer „harten Linie“-Strategie in das Schema integrieren möchte, muß man das Modell „Nullsummenspiel“ als inadäquate Modellierung ablehnen. Denn jetzt gibt es durchaus unterschiedliche „Auszahlungen“, je nachdem, ob die „harte Linie“-Strategie zu **Kampfmaßnahmen** führt oder nicht. Umgekehrt entsteht vor dem Hintergrund hoher Schädigungspotentiale auch der Anreiz zu einer rascheren Einigung, die insoweit als *pareto-superior* angesehen werden könnte.

Die „Auszahlungen“ sind hier wieder nach der Reihenfolge geordnet, in der die Parteien ihre Ergebnisse bewerten und die Sie – als ordinale Ziffern – so schon von der Arbeitsvertragsbeziehung her kennen. Das hat seinen guten Grund darin, daß nach dem „*Bargaining*“-Modell ja kollektive Akteure den Interessen ihrer Mitglieder Geltung verschaffen sollten. Das **beste** Ergebnis für die Gewerkschaft kommt zustande, wenn sie nach kurzen Verhandlungen durch massive Streikdrohung aufgrund der Kompromißbereitschaft der Arbeitgeber ihre Forderungen nahezu ungeschmälert durchsetzen kann. Umgekehrt gilt das natürlich auch für die Arbeitgeber-Seite. Am **zweitbesten** stellte sich die Gewerkschaft zwar, wenn sie das voraussichtliche Ergebnis aufgrund beiderseitiger Kompromißbereitschaft rasch erzielte. Dieser Kooperationsgewinn erscheint aber gerade deshalb **chancenlos**, weil

das Signalisieren von Kompromißbereitschaft gerade nicht der von DGB-Gewerkschaften grundsätzlich für richtig gehaltenen „**harten Linie**“ entspricht, so daß regelmäßig das **zweitschlechteste** Ergebnis realisiert würde – ob mit oder ohne Streiks steigen hier die Transaktionskosten immens.

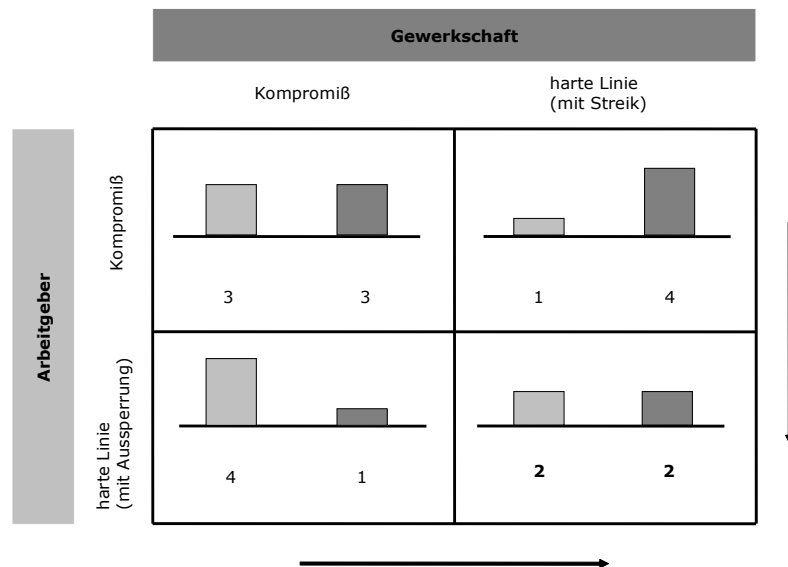


Abb. 4: Tarifverhandlungen mit Streikoption

e. Fazit

- 24** Die Dilemmastruktur des Arbeitskampfes in Deutschland besteht im wesentlichen in ihrer die ökonomischen Zwecke von Tarifverhandlungen regelmäßig verfehlenden Wirkung – die stets präsente Drohung äußert als „**Kampfspiel**“ zwischen etablierten Kartellen eine kooperations- und vertrauenszerstörende Wirkung und führt daher eher selten zu Kooperationsgewinnen, die beiden Seiten nützen könnten.

IV. Ambivalente Gründe für das Dilemma

1. Der faktische Wandel – das Kartell bröckelt

- 25** Den Kartellen der Gewerkschaften und der Arbeitgeber kann man ihr konsequentes Handeln nach den Interessen ihrer Mitglieder nicht vorwerfen, etwa mit „politisch-moralischen“ Argumenten des Gemeinwohlinteresses. Die Institutionenökonomik möchte die „Logik der Situation“ ja gerade deshalb analysieren, um durch **neue Regeln neue Anreize zur Kooperation** zu setzen und nicht, um das „situationslogische“ Verhalten der korporativen Akteure zu kritisieren. Das Konfliktspiel kennt

inzwischen allerdings wiederum neue **Typen und Akteure**, die noch nicht genau genug analysiert worden sind und die ich hier nur kurz anreißen kann:

- Arbeitskämpfe mit **Effizienzwirkung** brechen immer häufiger an Plätzen und um Regelungsfragen aus, die von den Kartellbrüdern auf der oberen Ebene gar nicht „bedient“ werden können – gerade deshalb brechen sie ja aus! Streiks flammen z.B. immer häufiger vor Ort auf, wenn es etwa um Betriebs-schließung und Standortverlagerung und deren soziale Folgen geht (vgl. Beitrag *Lobinger* § 3 in diesem Band).
- Arbeitskämpfe brechen auch dann aus, wenn **Spezialgewerkschaften** wie die Vereinigung Cockpit e.V.⁵⁰ neue und differenziertere Forderungen für ihre Luxus-Klientel stellt und verhandeln möchte, auch wenn die Kartellbrüder auf der oberen Ebene so etwas ähnliches schon einmal geregelt haben mögen.

Das Kartell aus Arbeitsanbietern und Arbeitsnachfragern auf zentralen Verhandlungsebenen kommt also ins Bröckeln. Die Modellierung des Konfliktspiels erfährt dadurch eine neue Dynamik, weil zum Einen die **Spieler** (Verhandler) nun auch mal wechseln können und sich zum Zweiten auch die **Arenen** (Verhandlungsebenen) verändern können. Damit erleben wir so etwas ähnliches wie Tarif- und Gewerkschaftswettbewerb, der sich schon faktisch von den „**geordneten Verhältnissen**“ unterscheidet, die von Kartellbrüdern so geschätzt werden und in der Tat den Arbeitsfrieden auf lange Zeit hin gesichert hatten.

2. Der institutionelle Wandel zugunsten der Gewerkschaften

Blicken wir zurück in die Geschichte des Arbeitsrechts, so wissen wir den Fortschritt **26** in der sozialen und rechtlichen Sicherung der Arbeitnehmer erst richtig zu schätzen. Als *Lujo Brentano* anno 1890 seinen Vortrag hielt, war es für ihn selbstverständliche Rechtslage, daß jedem Streikenden wegen Vertragsbruchs gekündigt werden konnte – innerhalb kürzester Fristen. Die Ausbildung des Arbeitsrechts im 20. Jahrhundert hat dazu geführt, daß die Streikteilnahme einigermaßen gefahrlos für die Akteure abläuft, solange nur eine etablierte Gewerkschaft zum Warn-, Wechsel- oder Wellenstreik aufruft. Das Richterrecht des BAG hat nach Ansicht mancher Beobachter nicht nur zur Waffengleichheit, sondern sogar zu einer neuen Disparität zu Lasten der vernetzten Arbeitgeberseite geführt. Daraus resultiert das bereits geschilderte „*moral hazard*“-Problem: Gewerkschaften können organisationspolitische Eigeninteressen unter Hintanstellung ihrer ursprünglichen *agent*- (Vertretungs-) Funktion institutionell begünstigt verfolgen. Für sie kann sich die „Defektions“-Strategie lohnen, für ihre Mitglieder schon weniger, weil diese potentielle Betroffene des permanenten Arbeitsplatz-Abbaus sind. Der institutionelle Wandel kann die Gewerkschaften also zu einer „harten Linie“ ermutigen, die ökonomische Daten als Verhandlungsgrundlage längst nicht mehr zur Kenntnis nimmt und rationale Ergebnisse insoweit nicht anstrebt.

50 Vgl. hierzu *Noack*, Der Tarifkonflikt bei der Lufthansa ist festgefahren, FAZ, Nr. 75 vom 29.3.2001, S. 30; *ders.*, In der Streikfalle, FAZ, Nr. 104 vom 5.5.2001, S. 13; *ders.*, Webers Mission bei der Lufthansa – durch den Arbeitskampf gefährdet?, FAZ, Nr. 116 vom 19.5.2001, S. 3.

Heute geht es nicht mehr darum, wie *Eric Posner* in Wörlitz zum amerikanischen *National Labor Relations Act* (NLRA) von 1935⁵¹ ausführte, daß der Gesetzgeber die Arbeitnehmer den Gewerkschaften zuführen müßte, damit diese ihrer effizienzfördernden *Bargaining*-Funktion nachkommen könnten. Heute geht es nicht mehr darum, daß Arbeitnehmer nur ihren Gewerkschaften vertrauen können, um im Arbeitsverhältnis mit dem „Klassenfeind“ überleben zu können. Das Problem ist, wie *Posner* formulierte, „the law also increases the power of the union leader – indeed, this is part of the purpose. But union leaders, as history shows, can become corrupt.“⁵²

3. Der ökonomisch-soziale Wandel zugunsten der Arbeitgeber

- 27** Wir sehen und erleben auf der anderen Seite einen unaufhaltsamen ökonomisch-sozialen Wandel, der eher den Arbeitgebern in die Hände spielt, deren Mitarbeiter gerade in qualifizierten Positionen Gewerkschaften häufig nur noch vom Hörensagen kennen, vielleicht, weil nicht mal der Betriebsrat mehr einer Gewerkschaft angehört. Arbeitnehmer, die sich als „Mit-Arbeiter“ im wahrsten Wortsinn verstehen, haben heute, wenn überhaupt, Vertrauensbeziehungen nur noch zum Management und nicht zur Gewerkschaft. Sie sehen sich nicht mehr als „*principals*“ der Gewerkschaft, sondern als „*agents*“ des Arbeitgebers. Arbeitskämpfe nehmen international wohl auch deshalb ab, weil der strukturelle Wandel zur Dienstleistung die Organisation der Arbeitnehmer schwächt. Zudem nimmt das allgemeine Beschäftigungsrisiko zu, steigt die eigene Verhandlungskraft der Mitarbeiter und verhandelt der Betriebsrat vor Ort tendenziell kooperativ mit dem Arbeitgeber, so daß Streiks von außen oder von oben sehr häufig der Nährboden entzogen wird.⁵³

Für den Arbeitgeber stellt sich das „*moral hazard*“-Problem inzwischen anders dar: Will er seine Arbeitsbedingungen überhaupt noch mit Gewerkschaften verhandeln, versucht er es mit „Ersatz“-Gewerkschaften oder mit Einzelverhandlungen? Orientiert er sich überhaupt noch an **Tarifbedingungen**, so nur im Sinne eines Regelungsmusters, das gewisse Kollektivgüter der Branche bereitstellen mag, bei wesentlichen Arbeitsbedingungen jedoch der Spezifizierung und Modifikation bedarf. Und daß der Arbeitsfriede durch das Verhandeln mit der Gewerkschaft gesichert sei, wird heutzutage immer unsicherer.

V. Institutionelle Auswege aus dem Dilemma

- 28** Ich komme an das Ende meines Dilemmas, ohne klare Lösungen anbieten zu können. Der Streik ist und bleibt eine legitime Reaktion auf arbeitgeberseitige Defektionen, ganz abgesehen davon, daß er verfassungsrechtlich im Kern garantiert wird. Die institutionellen Rechtsregeln des Arbeitskampfes haben ihn in Deutschland

51 Auch Wagner Act genannt, vgl. Abdruck bei *Balders*, Die Neubesetzung der Stellen streikender Arbeitnehmer in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland (1999), S. 161 ff.; dazu instruktiv *E. Posner* (Fn. 16), JITE 159 (2003), 101 (103, 112 f.).

52 *E. Posner* (Fn. 16), JITE 159 (2003), 101, 113.

53 Dazu näher *Lesch* (Fn. 31).

wie anderswo zwar „verrechtlicht“, nicht aber entmachtet. Überdies hat der wilde Streik der Opel-Mitarbeiter in Bochum im Oktober 2004 gezeigt, daß Streiks nicht nur inszeniert, sondern schon gelegentlich auch noch spontan von den Betroffenen selbst getragen werden. Doch ändert das nichts an der institutionellen Hilflosigkeit, mit der die deutsche Rechtsordnung dem Streik begegnet. Während der *Wagner-Act* in den USA schon seit 1935 gewisse Spielregeln an die kollektiven Akteure stellt, die stetig fortentwickelt wurden, herrscht insoweit im überregulierten Deutschland Fehlanzeige, sieht man vom *case law* des BAG ab. Es erscheint paradox, hier Regelungen anzumahnen, doch die Interaktionsökonomik zeigt uns Dilemmastrukturen auf, die aus der irrationalen Logik kollektiven Verhaltens herrühren und vom *moral hazard* eines „agents“ zeugen, der sich nicht mehr recht dem eigentlichen „principal“ verpflichtet weiß: dem einzelnen verhandlungsschwachen Arbeitnehmer.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble (Moderation):

- 29 Meine Damen und Herren, das war wunderbar. Ich habe zwei kleine Anmerkungen. Die eine zu der Frage, warum geht es bei Siemens geräuschlos zu? Es ist ja merkwürdigerweise genau dieselbe Gewerkschaft, die IG Metall, beteiligt. Also muß es wohl eher an den Belegschaften liegen. Offenbar sind die stolzen Automobilbauer – betriebsrätlich harsch formiert – eine andere Truppe als die Handy-Reparierer bei Siemens. Vielleicht ist es auch so, daß es schwerer ist, Maschinen von Sindelfingen nach Ungarn zu bringen als letztlich eine Handyreparatur zu verlagern. Das sind vielleicht auch noch Gründe dafür, daß in diesem Fall die Position besser ist.

In Bezug auf die Informationsasymmetrie möchte ich Zweifel anmelden. Nach meiner Erfahrung ist es so, daß die Gewerkschaften aus den Unternehmen so viele Kennzahlen und Daten haben, die sie von den Betriebsräten zugespielt bekommen – was ich jetzt gar nicht kommentieren will –, daß man jedenfalls nicht mehr sagen kann, daß die Gewerkschaften nicht genau über alle ökonomischen Prozesse in den Unternehmen, etwa über Zulieferprozesse Bescheid, wüßten. Sonst könnten sie gar nicht so effektive Streiktaktiken fahren. Dementsprechend glaube ich, ist die Informationsasymmetrie bezogen auf das Individuum – den Arbeitnehmer – sicher vorhanden. Mit Bezug auf die Gewerkschaft glaube ich das aber eben nicht.

Rechtsanwältin Dr. Andrea Nicolai:

- 30 Ich habe nur eine Verständnisfrage. Und zwar geht es um ihre Effizienzkriterien, Herr *Reichold*. Ich habe immer meine Schwierigkeiten mit diesen wirtschaftswissenschaftlichen Fachausdrücken. Deshalb jetzt die Nachfrage, ob ich das richtig verstanden habe. Wenn ich Effizienz mit sinnvoll oder nützlich bezeichne und ich mir einen Effizienz katalog ansehe, dann müßte dies ja eigentlich zu der Schlußfolgerung führen, daß Arbeitskämpfe auch zu anderen Zielen als zur Erreichung von Tarifverträgen zulässig sein müssen. Denn das, was da steht, hat eigentlich mit dem Abschluß von Tarifverträgen nichts zu tun. Das ökonomische Modell, so wie Sie es dargestellt haben, würde im Grunde also den rechtlichen Begrenzungen widersprechen, die wir hier qua Richterrecht entwickelt haben, beispielsweise diese Fundamentalopposition, die politischen Streiks betreffend, die Sie angesprochen haben. Wenn dies aber so ist, dann verstehe ich nicht so ganz, warum Sie dann zum Schluß Ihrer Ausführungen dazu kommen, daß die Arbeitskämpfe letztlich begrenzt werden müssen? Auch in dem Umfang wie Sie es in Ihrem Konzeptpapier dargestellt haben. Da scheint mir im Moment vom Verständnis her ein leichter Widerspruch zu liegen. Das ist die erste Frage.

Die zweite Frage: Wenn Sie von „Stärkung der betrieblichen Verhandlungsebene“ sprechen, habe ich Schwierigkeiten mir vorzustellen, wie das in der Praxis funktionieren soll.

Professor Dr. Hermann Reichold, Eberhard-Karls-Universität Tübingen:

Ja, vielen Dank Frau *Nicolai*! Sie haben sehr gut zugehört und deswegen haben Sie 31
tatsächlich einen Widerspruch aufgedeckt, den ich allerdings, wie ich glaube, an
einer Stelle versucht habe auch einzuräumen. Es hängt immer davon ab, welche
Weite dieser „pareto optimalen“ Betrachtung Sie nunmehr aufmachen. Wenn Sie
eine ganze Volkswirtschaft nehmen und sagen, soziale Kosten sollen durch die
Rechtsordnung verhindert werden, dann stellt sich die Frage, wie geht diese soziale
Rechtsordnung mit politischen Streiks um – und dann kommen wir natürlich auf
ganz andere Fragen wie Versammlungsfreiheit, Polizeitaktik und ähnliches. Das ist
eine andere Geschichte, da gebe ich Ihnen völlig recht. Ich habe aber an einer Stelle
Ihnen auch ganz deutlich zu vermitteln versucht, daß, wenn Sie jetzt auf die
eigentlichen Arbeitskämpfe abstellen, es meines Erachtens ökonomisch nur
zwei Argumente gibt, nämlich dann, wenn sich eine junge Gewerkschaft etablieren
muß, um die Rolle als Verhandlungspartner überhaupt anerkannt zu bekommen. Und
zum zweiten, das Argument hat der Kollege *Rieble* zwar zerrissen, aber es ist
natürlich grundsätzlich anerkannt in der ökonomischen Theorie, daß bei
Informationsasymmetrien ein Streik einfach dazu dienen kann, daß ökonomische
Daten, die der Arbeitgeber verweigert, auf den Tisch gelegt werden. Ich gebe zu,
daß man sich hier durch die Wirklichkeit möglicherweise korrigiert sieht und dann,
das wollen Sie wahrscheinlich hören, dann habe ich größte Probleme an dieser Stelle
zu sagen, es gibt überhaupt noch „*pareto superiore*“ Ergebnisse – durch Streiks
wohlgemerkt. Effizienz läßt sich dann nicht mehr behaupten, wenn eigentlich die
Verhandlung unter gleichberechtigten Partnern mit allen Daten, die zur Verfügung
stehen, geführt wird. Dann läßt sich der Streik in der Tat auch durch die Mehrzahl
der Ökonomen nicht mehr rechtfertigen.

Die zweite Frage, die Verhandlungsebenen, das ist für mich natürlich ein wichtiger
Punkt. Sie können zunehmend davon ausgehen, daß Tarifparteien auf zentraler
Ebene bewußt Rahmen oder Korridore öffnen, die dann sozusagen auf der
betrieblichen Ebene konkret verhandelt werden. Das ist ja auch ein Konzept, das
inzwischen sogar die Tarifpraxis durchzieht. Das meine ich mit einer „unterschied-
lichen Verhandlungsarena“. Es kann nicht sein, daß Tarifparteien auf zentraler Ebene
über alles bis ins kleinste Detail reden können. Kritisch wird es dann aber auf der
betrieblichen Ebene, weil Gewerkschaften „*ad hoc*“ den streikunfähigen Betriebs-
räten ihre Streikmacht „leihen“ müssen.

Professor Dr. Eduard Picker, Eberhard-Karls-Universität Tübingen:

Herr *Reichold*, Arbeitskämpfe hatten schon immer und haben auch neuerdings 32
wieder etwas mythisch-mystisches an sich. Und ich glaube für den Laien, wie ich das
in Bezug auf ökonomische Dinge bin, erhöht sich dies noch, wenn das ganze ins
Ökonomische, in diesen ökonomischen Weg geht. Der einzige Trost für mich waren
die Ergebnisse der Spieltheorie, die ich mir – ohne diese zu kennen – so ungefähr
auch vorher schon überlegt hatte. Darf ich nun, angesichts dieser Lage, daß ich
Ihnen in der Theorie nicht folgen kann, an einen ganz einfachen Grundtatbestand
erinnern, der mir aber doch gleichwohl wichtig erscheint. An sich ist der Arbeits-

kampf nichts anderes, als das simple Verhalten, daß jemand seine Leistung zurückhält, weil ihm der Gegenpreis nicht schmeckt, weil er diesen höher treiben will. Das machen die Arbeitnehmer so mit dem Streik. Das haben die Arbeitgeber – wer das miterlebt hat aus nächster Nähe weiß das – etwas vernachlässigt, als nämlich 1983 die Aussperrung endlich rechtlich freigeben war. Da haben sich viele Arbeitgeberverbände davor gescheut, von ihr zumindest in der Form der Drohung – und nur um die Drohung geht es ja – den angemessenen Gebrauch zu machen, der so manchen Arbeitskampf dann später verhindert hätte. Der Grund dafür war immer der Nahgewinn, daß man seinen Umsatz in den nächsten zwölf Monaten erhöhen könnte. Der Nachteil war, daß dies auf lange Sicht schief lief. Wenn man es nun so sieht, daß hier nichts anderes vorliegt, als das Zurückhalten der eigenen Ware, dann kann man natürlich in der Verhandlung das tun, was ja über viele Jahre geschehen ist: Man kann zuviel verlangen und die andere Seite kann – was übrigens auch geschehen ist – immer zuviel gewähren, wie höheren oder zu hohen Lohn. Das ist ja nie einseitig zustande gekommen, sondern es waren immer zwei beteiligt. Man kann das solange tun und hat das auch solange getan, wie diese Kosten auf einen Dritten überwälzbar waren, und das war dann der Verbraucher. Solange der zahlte, war alles in Ordnung. Da stiegen auch die Preise. Inzwischen haben wir nun gemerkt, daß das mit dem Überwälzen vorbei ist. Wir haben durch die Globalisierung und andere Umstände eben nicht mehr diesen leidensfähigen Dritten, der automatisch mehr bezahlt ohne mehr als einmal kurz aufzumucken, und damit bricht nun unser Modell ganz zusammen. Die richtige Lösung wäre doch ganz einfach – ökonomisch betrachtet, also laienhaft ökonomisch betrachtet –, daß wir die Faktoren, die bis jetzt noch nicht berücksichtigt wurden, daß nämlich die Betriebe auswandern, daß diese zusammenbrechen werden und dergleichen, in den Verhandlungen wieder berücksichtigen müssen. Das heißt der Markt funktioniert mit und nur mit Arbeitskampf, der immer nur das Drohpotential ist, vollkommen normal, wenn hinreichend viele Fakten in der Verhandlung beachtet werden. Und deshalb kommt es so sehr auf die Wichtigkeit der Verhandlung an. Alles andere ist zweitrangig.

Hermann Reichold:

- 33** Vielen Dank, Herr *Picker*! Ich darf Ihnen natürlich sagen, daß Ihre Erwägung zur Globalisierung und zu der Tatsache, daß man das Ganze nicht mehr auf den Verbraucher abschieben kann, natürlich höchst ökonomisch durchdacht ist. Von daher sollten Sie sich keineswegs als ökonomischen Laien darstellen. Im Gegenteil. Sie haben, wie ich meine, einen ganz wichtigen Gesichtspunkt mit eingebracht. Sie haben gesagt, daß bei Tarifverhandlungen mehr Daten zu berücksichtigen sind. Das bringt mich wiederum in ein kleines Problem, denn die Frage ist immer wieder die gleiche: Welchen Anlaß haben eigentlich Arbeitgeberverbände oder Gewerkschaften die schwindende Zahl von Betrieben in den Verhandlungen zu berücksichtigen? Ich gebe Ihnen völlig recht, es ist volkswirtschaftlich die einzig richtige Methode. Aber auch hier sehen wir wieder, daß der Eigensinn der Akteure im kollektiven Raum möglicherweise nicht geeignet ist, eine Kehrtwende herbeizuführen. Ich sage also noch mal: Wir müssen die Spieler in ihren eigennützigen Interessen akzeptieren und besser das Regelwerk ändern. Auch wenn wir alle wissen, daß das gerade in diesem

Bereich des Arbeitskampfrechts auf größte Schwierigkeiten stößt. Noch mal: Die Spieler als solche sind eigensüchtig.

Mein zweiter Ansatz, den ich eigentlich auch aus Ihren Werken kenne, Herr *Picker*, ist im Grunde auch juristisch-ökonomisch und beschreibt das als *principal-agent*-Theorie. Juristisch ist das die Frage der Bevollmächtigung der Gewerkschaften durch die Arbeitnehmer. Letztendlich müssen wir sagen, es funktioniert, nur eben nicht mehr mit diesen Agenten, die ja im Grunde die Gewerkschaften sind. Der Arbeitnehmer als *principal* – als Auftraggeber sozusagen – sieht sich möglicherweise vom Eigeninteresse des Agenten – und wie man auch noch sagt, vom moralischen Risiko, vom „*moral hazard*“ – überrumpelt, und blickt nicht mehr durch, was die auf der oberen Ebene diskutieren. Und hat insoweit größte Probleme, sich eigentlich noch als Auftraggeber solcher in jeder Beziehung sehr professionellen Gewerkschaftskörper zu verstehen. Das heißt, wir haben auch die Schwierigkeit, sicher zu stellen, daß das, was als Streik ausgerufen wird, überhaupt noch dem Willen derer entspricht, die die Gewerkschaften sozusagen beauftragt haben und dazu gibt es sicherlich heute noch Anmerkungen zum Thema „Verfahrensvoraussetzungen“, bevor überhaupt ein Streik zugelassen werden kann.

Dr. Jens Thau, Arbeitgeberverband des privaten Bankengewerbes:

Wenn ich mich an meine New Yorker Zeit richtig erinnere, haben dort die Ökonomen **34** im Bereich der ökonomischen Analyse des Arbeitsrechts unter anderem auch das Problem oder den Tatbestand der *wage-drift* erforscht. Darunter verstand man den übertariflichen Bestandteil, der in einem Tarifvertrag nie erreicht wird. Wir haben heute Branchen, in denen auch Tarifverträge das wahre Lohnniveau gar nicht mehr abbilden. Dies wird am deutlichsten dadurch, daß für Einstiegsgehälter Tarifgruppen aufgerufen werden, deren abstrakte Merkmale der einzelne Arbeitnehmer gar nicht erfüllt. Und wenn man sich dem Arbeitskampf nun ökonomisch nähert, stellt sich die Frage, können denn – jedenfalls in manchen Branchen – Tarifvertragsparteien das bereits gezahlte Lohnniveau überhaupt erreichen? Denn wir sehen ja – und das ist nicht nur branchenbezogen –, daß es in manchen Branchen auch gewisse Lohngruppen geben kann, in denen übertarifliche Entgeltbestandteile gezahlt werden. Und insoweit würde ja eine ökonomische Analyse der Arbeitskampfsituation, jedenfalls für diese Bereiche, nicht so sehr viel weiterhelfen, denn da wird ja jedenfalls vom Arbeitgeber anerkannt, daß er, um die Qualität zu erhalten, die er braucht, auch bereit ist, einen höheren Preis zu bezahlen.

Hermann Reichold:

Ja, ganz kurz, Herr *Thau* Sie haben mit *wage-drift* völlig Recht. Es gibt auch heute **35** noch Effizienzlöhne, die deutlich über dem Tarifniveau liegen. Das ist gar kein Streitpunkt. Die ökonomische Analyse macht uns ja gerade das klar, was ich am Anfang des Vortrags bereits gesagt habe, daß es Lohnrigiditäten gibt, daß also der Lohn sich auf einem hohem, sogar noch höheren Niveau als dem Tariflohn, befinden kann, wenn entsprechende Kräfte, wichtige Arbeitnehmer, gesucht und angeworben

werden. Daraus aber abzuleiten, daß sich jetzt die Tarifparteien grundsätzlich sozusagen an einem unteren Level des Durchschnitts halten sollen, ist wiederum zuviel verlangt. Sie werden sich immer auf Durchschnittsproduktivitätserwägungen der Branche stützen. Das ist übrigens auch ein Effizienzfaktor. Was meinen Sie, warum BMW eigentlich ganz glücklich ist, im Flächentarif in Bayern zu sitzen und im Gegensatz VW zur Zeit sehr unglücklich ist, einen Haustarif zu haben? Denn der Haustarif hat natürlich den deutlichen Nachteil, daß der Arbeitgeber seine deutlichen Produktivitätsgewinne entsprechend auch weitergeben muß. Da haben wir wieder ein Problem des Haustarifs. Also, es ist alles nicht so ganz einfach. Der Flächentarif muß vernünftigerweise Durchschnittsecklöhne bereithalten, die auch von prosperierenden Unternehmen überschritten werden dürfen. Da haben wir, so glaube ich, keinen Dissens.

Professor Dr. Horst Ehmann, Universität Trier:

- 36** Haben Sie keinen Angst, Herr *Rieble*, ich will mein ganzes Unbehagen mit dem mir zu Ohr gekommenen Nullsummenspiel nicht artikulieren. Ich möchte nur eine Bemerkung herausgreifen. Sie haben gesagt, Herr Kollege *Reichhold*, daß es Staatsversagen sei, wenn viele Unternehmer ins Ausland abwandern. Das halte ich teils für richtig. Aber sie haben es leider versäumt, es auf den Punkt zu bringen. Wenn die Unternehmer nämlich deswegen abwandern, weil sie den Tariflöhnen ausweichen wollen und sich dem Arbeitskampf entziehen, und wir bezeichnen dies als Staatsversagen, dann müssen wir uns klar machen, worin dieses Versagen liegt. Nämlich letztlich darin, daß der Staat eine Machtkompetenz außerhalb der Staatsorganisation abgegeben hat – in der Form der Tarifautonomie. Dann liegt das Staatsversagen also im Art. 9 Abs. 3 GG. Wenn Sie das so sehen, würde ich Ihnen Recht geben. Aber dann sollten Sie es auch sagen.

Hermann Reichhold:

- 37** Ja, Herr *Ehmann*, ich bin durchaus interessiert an Ihrer Interpretation und die unterscheidet sich nicht viel von meiner. Es ist unstrittig, daß wir eine absolut unglückselige Verfilzung von Politik und Gewerkschaften und Arbeitgebern haben. Das führt dazu, daß wir ein Verbände-Gesetz einmal in den 60er/70er Jahren diskutiert haben, das nie zustande gekommen ist. Wir haben keinerlei legislative Maßnahmen. Die Vereinigten Staaten, die ja sonst nicht als regulierungswütig bekannt sind, haben im Jahre 1935 den sogenannten *Wagner-Act*, also den *National Labor Relations Act* geschaffen, und da haben sie bereits Regelungen zur Anerkennung und zu den Grenzen für die kollektiven Akteure reingeschrieben. Die amerikanischen Verhältnisse von heute kann man zwar natürlich nicht ausschließlich auf diese Gesetzgebung zurückführen, aber meine Damen und Herren, was die Amerikaner im Jahr 1935 geschafft haben, haben die Deutschen bis heute nicht geschafft! Das ist der Punkt und das ist Staatsversagen, ganz eindeutig! Denn selbstverständlich müssen wir Art. 9 Abs. 3 GG nicht aus den Angeln heben, wenn wir gewisse Regelungen im Sinne der Domestizierung des Arbeitskampfes haben

wollen. Ich glaube, da sind wir uns einig, dies ist ein anerkanntes Defizit unseres Gesetzgebers. Man sollte aber auch sehen, daß die Unternehmen auch wegen anderer Standortprobleme ausweichen, da sind wir uns einig, daß es nicht allein die hohen Tariflöhne sind. Aber selbstverständlich ist das eine der wesentlichen Ursachen. Von daher, Herr *Ehmann*, glaube ich, kann ich diesem, meinem Versäumnis durchaus nachhelfen.

Professor Dr. Robert Rebhahn, Universität Wien:

Ich schließe unmittelbar daran an. Was sagt denn die ökonomische Theorie zu dem eben beschriebenen Sachverhalt? Was also, wenn durch ein Konfliktverhalten, sowohl die eine Seite ihre Existenz verliert als auch die andere? Daß es also kein Gewinnspiel ist und auch kein Nullsummenspiel, sondern ein Minusspiel. Konkret, daß also auf Grund des Konflikts die Arbeitskräfte die Arbeitsplätze verlieren und der Betrieb seine Existenz, weil er nicht mehr überleben kann. Ob das irgendwie besonders berücksichtigt wird, in der Modellierung? Eine kleine Zusatzfrage, was sagt die ökonomische Theorie zum Erfordernis einer Urabstimmung vor dem Streik? **38**

Hermann Reichold:

Ich habe nicht alle Literatur überblickt – aber ich darf sagen, die meisten ökonomischen Theorien kommen aus den Vereinigten Staaten und das, was die Deutschen daraus machen, ist sehr, sehr häufig wenig dazu angetan, allzuviel für unser Thema zu gewinnen. Natürlich gibt es den hervorragenden Kollegen *Wolfgang Franz*, der mit seiner Arbeitsmarktökonomik nahezu alleine dasteht und das meiste sozusagen modelliert ohne klare – das sagt er selber – Antworten zu haben. Ich meine nur, mit diesem meinen Versuch Ihnen deutlich gemacht zu haben, daß es institutionelle Veränderungen braucht, um die kollektiven Akteure von ihrem – wie Sie richtig sagen – Konfliktspiel, von ihrem Verlustspiel abzubringen. Und da ist jetzt natürlich die Phantasie gefragt. Warum eigentlich gibt es nicht die Möglichkeit zu sagen, die Tarifparteien sollen, natürlich ist das noch weit, aber die Tarifparteien sollen und können nur über kollektive Güter entscheiden? Kollektive Güter, was hieße das? Das wären die Bedingungen, die sozusagen jeder Betrieb als Arbeitssicherheits-, als Weiterbildungsmaßnahme, meinetwegen noch als tarifliche Zusatzversorgung, tarifliche Altersversorgung, die jeder Betrieb sozusagen gleichermaßen in Anspruch nimmt, ohne Rivalität im Konsum, wie die Ökonomen sagen. Wenn ich aber an die Einzelheiten der Arbeitszeit und des Arbeitslohns gehe, dann muß ich eigentlich nach der ökonomischen These die „Spieler“ wechseln. Ich muß die Spieler einwechseln, die Interesse daran haben, daß das Unternehmen floriert. Und das sind die „Spieler“ vor Ort. Das ist ein gutes Schlußwort. **39**

Volker Rieble:

- 40** Ich danke sehr herzlich. Es war ein sehr schönes Referat mit einer noch schöneren Diskussion, in der auch deutlich geworden ist, wo die Begriffsschwierigkeiten zwischen Juristen und ökonomischen Ansätzen liegen.

Zweierlei: Sicherlich werden Sie bald von der chemischen Industrie eingeladen, um die ökonomische Überlegenheit der dortigen Sozialpartnerschaft an den eigenen Leuten nochmals zu demonstrieren und in der Pause können Sie ja Rechenschaft darüber ablegen, ob man in der Metallindustrie vielleicht einfach ein Chickengame zwischen *Kannegiesser* und *Peters* veranstalten soll.

§ 2 Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung

Rn.

A. Referat Manfred Löwisch	1
I. Der arbeitskampfrechtliche ultima-ratio-Grundsatz als Rechtsgrundlage und Richtschnur	1
II. Legitimationsverpflichtung der Verbände	7
III. Ausweitung kampffreier Räume	11
IV. Schlichtungsgebot	19
V. Objektivierung der Tarifpolitik	31
VI. Prozeßrechtliche Absicherung	37
B. Diskussion	41

A. Referat Manfred Löwisch***I. Der arbeitskampfrechtliche ultima-ratio-Grundsatz als Rechtsgrundlage und Richtschnur**

- 1 1. Der Große Senat des BAG hat in seinem Beschluß vom 21. April 1971 unter Inanspruchnahme seiner Kompetenz zur Fortentwicklung des Rechts (damals § 45 Abs. 2 Satz 2, heute § 45 Abs. 4 ArbGG) Arbeitskämpfe unter das Gebot der Verhältnismäßigkeit gestellt und diesem entnommen, daß der Arbeitskampf „**das letzte mögliche Mittel (*ultima ratio*) sein**“ muß.
- 2 Das deutsche Arbeitskampfrecht ist mangels gesetzgeberischen Handelns Richterrecht. Zentral sind die beiden Entscheidungen des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955¹ und vom 21.4.1971.² Während die erste Entscheidung dem um einen Tarifvertrag geführten Arbeitskampf **Legitimität** zugesprochen und damit die Freiheit der Wahl der Kampfmittel und den Grundsatz der Kampfparität begründet hat, hat die zweite Entscheidung dem legitimen Arbeitskampf **Grenzen** gezogen, indem es ihn unter das Gebot der Verhältnismäßigkeit und damit den *ultima-ratio*-Grundsatz gestellt hat.

Beide Entscheidungen sind ausdrücklich unter Inanspruchnahme der Kompetenz des Großen Senats des BAG zur **Fortentwicklung des Rechts** gefällt worden. Sie beanspruchen Autorität gegenüber der übrigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung und füllen damit jedenfalls teilweise die Lücke, die der Gesetzgeber gelassen hat und läßt.
- 3 2. Getragen werden das Gebot der Verhältnismäßigkeit und damit der *ultima-ratio*-Grundsatz von der Erwägung, daß in unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft Arbeitskämpfe **tiefgreifende wirtschaftliche und soziale Folgen** haben können. Die von diesen Folgen Betroffenen, nämlich die in den Kampf zu führenden Arbeitnehmer und Arbeitgeber, die bekämpften Arbeitnehmer und Arbeitgeber, mittelbar vom Arbeitskampf betroffene Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie die Allgemeinheit sollen **vor unverhältnismäßigen, insbesondere vor vermeidbaren Arbeitskämpfen geschützt** werden. Diese Erwägung findet heute in der Sache keinen Widerspruch mehr. Sie **entspricht allgemeiner Rechtsüberzeugung**.
- 4 Der Große Senat begründet das Gebot der Verhältnismäßigkeit und damit den *ultima-ratio*-Grundsatz mit den Nachteilen, die Arbeitskämpfe für die unmittelbar Beteiligten, für Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit haben. Dabei, so sagt er, „sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden“.

Das **Gewicht der Erwägung des Großen Senats ist** in den mehr als 30 Jahren seit der Entscheidung **kontinuierlich gewachsen**. Wechselseitige Verflechtung und

* Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.
Herrn Rechtsanwalt Dr. Stefan Bitterberg ist für seine Mitwirkung zu danken.

1 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

2 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Abhängigkeit von Wirtschaft und Gesellschaft, von denen der Große Senat spricht, haben sich infolge des hohen Technisierungsgrades und der fortschreitenden Arbeitsteilung und vor allem infolge der Öffnung der Märkte beträchtlich erhöht.³ Der *ultima-ratio*-Grundsatz findet deshalb bei aller Unterschiedlichkeit des dogmatischen Ansatzes⁴ in der Sache keinen Widerspruch mehr. Er entspricht allgemeiner Rechtsüberzeugung.

3. *De lege lata* ist die Rechtsanwendung an den *ultima-ratio*-Grundsatz gebunden. 5
Er ist aber auch **Richtschnur für die Fortentwicklung** des Rechts durch Verbände, Gesetzgeber und Gerichte. Dabei geht es nicht nur „repressiv“ um Arbeitskämpfe begrenzende, sondern ebenso „präventiv“ um alternative Konfliktlösungen fördernde Maßnahmen.

Entscheidungen des Großen Senats des BAG binden die Rechtsanwendung. Insbesondere dürfen die Senate des BAG von Entscheidungen des Großen Senats nicht abweichen, solange der Große Senat nicht anders entschieden hat (§ 45 Abs. 2 ArbGG). Daß die Senate des BAG sich mehrfach über dieses Gebot hinweggesetzt haben, wird nicht nur zu Recht beklagt⁵, sondern **lenkt den Blick auf Verbände und Gesetzgeber**. An ihnen ist es, dem *ultima-ratio*-Grundsatz die notwendige Geltung zu verschaffen. Dabei darf das Augenmerk nicht nur auf Maßnahmen liegen, die Arbeitskämpfe repressiv bekämpfen. Vielmehr geht es in gleicher Weise darum, präventiv tätig zu werden, also alternative Konfliktlösungen zu fördern. 6

II. Legitimationsverpflichtung der Verbände

4. Die Tarifautonomie steht im Dienst der tarifunterworfenen Mitglieder und 7
bedarf der Legitimation durch diese. Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände trifft deshalb die Verpflichtung, vor Beginn eines Streiks oder einer Aussperrung festzustellen, ob die Mehrheit ihrer unter den Tarifvertrag fallenden Mitglieder den geplanten Arbeitskampf und das mit ihm verfolgte Ziel billigt, wobei es im Sinne der autonomen Willensbildung den Verbänden überlassen bleiben muß, ob sie eine qualifizierte Mehrheit vorsehen oder auf der Arbeitgeberseite die Gewichtung des Stimmrechts entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen bestimmen. Der aus dem Urabstimmungsgebot resultierende **Rechenschaftsdruck** fördert auf beiden Seiten die Suche nach alternativen Konfliktlösungen.

3 Dazu Löwisch, Arbeitsrecht und wirtschaftlicher Wandel, RdA 1999, 69 ff., insbesondere 70 ff.

4 Kritisch zum Ansatz des Großen Senats vor allem Picker, Ultima-ratio-Prinzip und Tarifautonomie, RdA 1982, 331 ff., dessen eigener Ansatz, das ultima-ratio-Prinzip solle allein das zwangs- und gewaltfreie Verhandeln als Primärform jeder Rechtsgestaltung unter Privaten sichern, mir letztlich zu eng erscheint.

5 Siehe nur Rüthers, Der Abbau des „ultima-ratio“-Gebotes im Arbeitskampfrecht durch das Bundesarbeitsgericht, DB 1990, 113 ff. und Rüthers/Bakker, Die Flucht vor dem gesetzlichen Richter – zur Vorlagepflicht an den Großen Senat im Arbeitskampfrecht, ZfA 1992, 199 ff.

- 8 Als Instrument der tariflichen Normsetzung bedarf der von den Tarifvertragsparteien geführte Arbeitskampf der Legitimation durch die Mitglieder.⁶ Solange diese nicht gegeben ist, sind die Verbände auf die Wege alternativer Konfliktlösung verwiesen. Das führt auf beiden Seiten zur Notwendigkeit der Urabstimmung vor Durchführung eines Arbeitskampfes. Der vom Bundesverfassungsgericht betonten Autonomie der Willensbildung der Koalitionen⁷ entspricht es dabei, den Verbänden zu überlassen, ob sie eine qualifizierte Mehrheit vorsehen oder auf der Arbeitgeberseite die Gewichtung des Stimmrechts entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen bestimmen.
- 9 5. Das Gebot zur Urabstimmung vermeidet zugleich, daß die Gegenseite, unbeteiligte Dritte und die Allgemeinheit unnötig Nachteilen ausgesetzt werden: Darf ein Arbeitskampf mangels Erreichens der für die Urabstimmung vorgesehenen Mehrheit nicht stattfinden, kann er Dritte auch nicht beeinträchtigen. Deshalb darf die **Kontrolle der Einhaltung des Urabstimmungsgebots** nicht allein den Mitgliedern selbst überlassen, sondern muß ein unter Verletzung des Urabstimmungsgebots geführter Arbeitskampf als **allgemein rechtswidrig** angesehen werden.
- 10 Das Gebot zur Urabstimmung hat auch die Funktion, im Sinne der Erwägungen des Großen Senats Nachteile von der Gegenseite, unbeteiligten Dritten und der Allgemeinheit abzuwenden.⁸ Es stellt deshalb nicht lediglich ein Verbandsinternum dar, sondern konstituiert eine Rechtspflicht, die den allgemeinen zivilrechtlichen Sanktionen unterliegen muß.

III. Ausweitung kampffreier Räume

- 11 6. Alternative Konfliktlösungen gedeihen in arbeitskampffreien Räumen. Solche werden in erster Linie durch die Friedenspflicht gewährleistet, die während des Laufs eines Tarifvertrags Kampfmaßnahmen verbietet. Als Fortentwicklung bietet sich dabei zunächst eine **Klarstellung des sachlichen Umfangs der Friedenspflicht** an. Diese sollte sich auf alle mit dem betreffenden Tarifvertrag in innerem Zusammenhang stehenden Arbeitsbedingungen erstrecken.
- 12 Der idealtypische Zustand des Tarifvertragssystems ist die nahtlose Aufeinanderfolge von Tarifverträgen: Sie schließt mit der auf den jeweiligen Gegenstand bezogenen Friedenspflicht Arbeitskämpfe aus. In der Realität gibt es vor allem im Bereich der Manteltarifverträge häufig und oft für längere Zeit **tariflose Zustände**. Sie können die aus bestehenden Tarifverträgen folgende Friedenspflicht entwerten, weil sie Arbeitskämpfe um die aktuell nicht tariflich geregelten Materien ermöglichen. Dem sollte jedenfalls insoweit begegnet werden, als die Friedenspflicht auf **alle** mit dem betreffenden Tarifvertrag **im inneren Zusammenhang** stehenden Arbeitsbedingungen erstreckt wird, so daß etwa weitergeltende Lohntarifverträge Arbeitskämpfen

6 Siehe dazu grundsätzlich *Schüren*, Die Legitimation der tariflichen Normsetzung (1990), insbesondere S. 227 ff.

7 BVerfG vom 4.7.1995, AP Nr. 4 zu § 116 AFG unter C II 2.

8 Darauf hat *Reuter*, Für ein konsistentes Arbeitskampfrecht, FS Wiese (1998), 427, 438 nachdrücklich hingewiesen.

um eine Verkürzung der Arbeitszeit bei Lohnausgleich oder um Sozialleistungen von erheblichem finanziellen Umfang entgegenstehen.

7. Auf mittlere Sicht sollten die Verbände zu Friedensabkommen gelangen, durch die **Arbeitskämpfe für bestimmte Zeiträume (drei, vier oder fünf Jahre) überhaupt ausgeschlossen** werden. Daß durch solche Friedensphasen alternative Konfliktlösungen wesentlich gefördert werden, zeigt das Schweizer Vorbild eindrucksvoll. **13**

Es ist immer wieder in Erinnerung zu rufen, daß es bei den Verbänden liegt, den kampffreien Raum durch **Vereinbarungen über die Friedenspflicht**, sei es im Zusammenhang mit Schlichtungsabkommen, sei es ohne diese, auszudehnen. Angesichts der immer schwerer wiegenden Folgen, die Arbeitskämpfe für beide Seiten haben, liegt es nahe, nach dem Vorbild des Friedensabkommens für die schweizerische Maschinen- und Metallindustrie Arbeitskämpfe für bestimmte Zeiträume überhaupt auszuschließen. Das Schweizer Vorbild lehrt nicht nur, daß der von der bloßen Möglichkeit der Rückkehr zur kampfwisen Auseinandersetzung ausgehende Druck prinzipiell ausreicht, um genügend Verhandlungsbereitschaft der Arbeitgeberseite herzustellen. Vielmehr zeigt es auch, daß unter dem Dach einer absoluten Friedenspflicht auf Zeit eine **Verhandlungskultur** entsteht, die auch differenzierte, die unterschiedliche Situation von Unternehmen berücksichtigende Lösungen ermöglicht.⁹ **14**

8. Der kampffreie Raum ist **gegen fließende Übergänge von Nichtkampf zu Kampf** abzusichern. Deshalb muß jeder Kampfmaßnahme die **schriftliche Erklärung des Scheiterns** der Verhandlungen vorangehen. **Warnstreiks** während der Verhandlungen kommen nur zur Demonstration der Kampfbereitschaft in Betracht, müssen **zeitlich eng begrenzt** (eine Stunde, zwei Stunden) sein und dürfen jeden Betrieb eines Arbeitgebers während laufender Tarifverhandlungen nur einmal treffen. **15**

Die von der neueren Rechtsprechung des BAG vorgenommene Verknüpfung von Warnstreik und Scheitern der Tarifverhandlungen (im Warnstreik liegt die Erklärung des Scheiterns – nach der Erklärung des Scheiterns sind Warnstreiks nach den allgemeinen arbeitskampfrechtlichen Regeln zu behandeln), ist verfehlt. Sie schafft fließende Übergänge von Nichtkampf zu Kampf und schadet damit der alternativen Konfliktlösung durch Verhandlungen. Der **Schritt zum Arbeitskampf** muß seinem Gewicht entsprechend **deutlich** durch das Erfordernis einer schriftlichen Erklärung **markiert** werden. Warnstreiks vor Scheitern der Verhandlungen sind wieder auf den Zweck zu beschränken, die Kampfbereitschaft zu demonstrieren. Sie müssen deshalb zeitlich eng begrenzt sein und dürfen jeden Betrieb eines Arbeitgebers während laufender Tarifverhandlungen nur einmal treffen. Bei einer solchen Begrenzung ist dann auch die Warnaussperrung als Reaktion auf den Warnstreik entbehrlich. **16**

9 Siehe dazu *Schmid*, Die heutige Bedeutung des Friedensabkommens, Nr. 8 der Reihe Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Hochschule St. Gallen (November 1978); *Löwisch*, Arbeitsfrieden nach Schweizer Vorbild? – Die Chance der Drei-Jahres-Tarifverträge, BB 1988, 1333 f.

- 17** 9. 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 (dazu noch These 15).
- 18** Die Entscheidung des Großen Senats artikuliert auch die Gefahr, daß Arbeitskämpfe das Gemeinwohl offensichtlich verletzen können. Soweit es dabei um die Erhaltung von Produktionsanlagen und die Sicherstellung der elementaren Daseinsvorsorge für die Bürger geht, wird dieser Gefahr durch entsprechende arbeitskampfrechtliche Regeln der Verbände und der Gerichte Rechnung getragen. Instrumente, um von der Allgemeinheit Schäden abzuwenden, die aus den wirtschaftlichen Folgen von Arbeitskämpfen entstehen, fehlen bislang. Grundsätzlich ist das der Preis der Tarifautonomie. Sie kann nur funktionieren, wenn eine Zensur der mit einem Arbeitskampf verfolgten Forderungen unterbleibt. Aber das kann nicht hindern, dem Staat die Befugnis zuzugestehen, zur Abwehr oder Beseitigung schwerwiegender wirtschaftlicher Störungen sich in Arbeitskämpfe **mit dem Ziel der Vertragshilfe** einzuschalten. Zu diesem Zweck muß er die Befugnis haben, Arbeitskämpfe für begrenzte Zeiträume zu untersagen und die Tarifvertragsparteien zu verpflichten, sich einem von ihm benannten Schlichter zu stellen.

Daß eine Erstreckung der Friedenspflicht über die Laufzeit des Tarifvertrags hinaus für den Fall in Betracht kommt, daß Arbeitskämpfe „gesamtwirtschaftliche Belange nachhaltig beeinträchtigen“, hat auch die Bundesregierung in ihrer Antwort vom 15.8.2003 auf eine kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion ausdrücklich erklärt.¹⁰

IV. Schlichtungsgebot

- 19** 10. Schon *de lege lata* besteht ein Schlichtungsgebot. Der Große Senat sagt zur Ausfüllung des *ultima-ratio*-Grundsatzes ausdrücklich: „Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich“. Da die Gerichte dieses Gebot bislang nicht befolgen, ist eine **gesetzliche Regelung angezeigt**.
- 20** Die gegenüber der streitigen Auseinandersetzung alternative Konfliktlösung ist die Streitschlichtung. Während diese bei Rechtsstreitigkeiten in Gestalt der informellen Mediation zunehmende Bedeutung erlangt, stagniert die Schlichtung als alternatives Konfliktlösungsmittel in Tarifauseinandersetzungen, obwohl ihre ordnungspolitische Notwendigkeit weithin anerkannt ist.¹¹ Deshalb ist es an der Zeit, mit dem Satz des Großen Senats „Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich“ ernst zu machen. Angesichts der zögerlichen Haltung der deutschen Gerichte¹² liegt eine

¹⁰ BTDrucks. 15/1480, S. 4.

¹¹ Vgl. zuletzt die Vorschläge des Managerkreises der Friedrich-Ebert-Stiftung für eine moderne Abgaben- und Tarifpolitik (unter: www.fes.de/managerkreis, Link Publikationen, zuletzt abgerufen am 15.2.2005) unter 9 (S. 15).

¹² Sie betrifft nicht nur das Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht. Auch sonst hat die deutsche Rechtsprechung die sich aus dem Wandel der Wirtschaft ergebenden Notwendigkeiten oft zu wenig im Blick. In anderen Ländern, etwa in Japan, ist das anders,

gesetzliche Regelung, wie sie vom Professorenentwurf vorgeschlagen worden ist,¹³ nahe: Es sollte bestimmt werden, daß Arbeitskämpfe erst eingeleitet werden dürfen, wenn ein nach Scheitern der Schlichtung von einer Tarifpartei beantragtes Schlichtungsverfahren erfolglos geblieben ist.

11. Für die – abgesehen von der in Thesen 9 und 15 angesprochenen Konstellation **21** schwerwiegender wirtschaftlicher Störungen – subsidiäre staatliche Schlichtung kann auf das nach wie vor in Kraft befindliche Kontrollratsgesetz Nr. 35 betreffend Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten und im früheren Land Baden auf das dortige Landesgesetz über das Schlichtungswesen bei Arbeitsstreitigkeiten zurückgegriffen werden. Vorzugswürdig ist freilich eine Neuregelung, welche insbesondere auch eine **Bundesschlichtung** vorsieht und die Verantwortung für die **Einsetzung des Vorsitzenden einer unabhängigen Instanz**, etwa dem Präsidenten des Bundeskartellamts überträgt. Auch sollte das Recht der Schlichtungsstelle auf **Einholung von Auskünften** und verbunden damit auf die Amtshilfe der Gerichte, Behörden und sonstigen Stellen des Bundes und der Länder festgelegt werden.

Für die subsidiäre staatliche Schlichtung kann an sich auf das Kontrollratsgesetz **22** Nr. 35 zurückgegriffen werden. Es bietet, wie *Lembke* kürzlich dargetan hat,¹⁴ taugliche, modernen Mediationserkenntnissen Rechnung tragende Verfahren.

Gleichwohl ist eine neue gesetzliche Regelung vorzugswürdig. Sie könnte vor allem eine im Kontrollratsgesetz Nr. 35 nicht vorgesehene Bundesschlichtung etablieren und dabei dem berechtigten Anliegen von *Loritz* Rechnung tragen, **sachkundige Personen als Vorsitzende** der Schlichtungsstellen vorzusehen.¹⁵ Zu diesem Zweck sollte die Verantwortung für die Einsetzung des Vorsitzenden einer unabhängigen Instanz, auf Bundesebene etwa dem **Präsidenten des Bundeskartellamts**, übertragen werden.

Wie schon nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 sollte der Schlichtungsstelle das Recht auf Einholung von Auskünften und verbunden damit auf die Amtshilfe der Gerichte,

wie eine Formulierung des Distriktgerichts Osaka in einem Urteil vom 28.2.2000 (Róhan, 781, 43 – zitiert nach *Nishitani*, Vergleichende Einführung in das Japanische Arbeitsrecht (2003), S. 117) zeigen mag: „Es ist unbestritten, daß sich neuerdings auch japanische Unternehmen den Anforderungen des internationalen Wettbewerbs stellen müssen und ein System der senioritäts-orientierten Entlohnung, das sich nicht an der Arbeitsproduktivität orientiert, nicht mehr sachlich gerechtfertigt ist. Die erhöhte Notwendigkeit, ein Entgeltsystem zu schaffen, das Gewicht auf Produktivität, Qualifikation und Leistung legt, ist offensichtlich.“ – Auch der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung weist in seinem Jahresgutachten 2000/01 (Nr. 13) übrigens darauf hin, daß das im Angestelltenbereich noch weit verbreitete Senioritätsprinzip ein Hindernis auf dem Weg zu einer leistungsorientierten Entlohnung darstellt und deshalb in Frage gestellt werden muß.

- 13 *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte – Entwurf und Begründung – 1988, § 4 mit Begründung S. 39 ff.
 14 *Lembke*, Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem KontrollratsG Nr. 35, RdA 2000, 223 ff.
 15 *Loritz*, Das überkommene Arbeitskampfrecht und die aktuellen Entwicklungen, in: 50 Jahre Bundesarbeitsgericht (2004), 557, 567 ff.

Behörden und sonstigen Stellen des Bundes und der Länder festgelegt werden. Dies kann zur Objektivierung der Auseinandersetzung beitragen und damit die Mediation erleichtern.

- 23** 12. Dem staatlichen Schlichtungsverfahren **gehen von den Tarifvertragsparteien vereinbarte Schlichtungsverfahren vor**. Die Tarifvertragsparteien sind, wie es der Große Senat formuliert hat, „in besonderer Weise verantwortlich und sachnahe“ – weswegen dieser Vorrang als Ausfluß der Tarifautonomie anzusehen ist.
- 24** Der Tarifautonomie entspricht es, von den Tarifvertragsparteien vereinbarten Schlichtungsverfahren den Vorrang vor staatlichen Schlichtungsverfahren einzuräumen. Das hindert aber nicht, auch die tarifliche Schlichtung **rechtlich zu begleiten**.
- 25** 13. Um den tariflichen Schlichtungsstellen die Objektivierung ihrer Tätigkeit im Sinne moderner Mediation zu erleichtern, sollte auch ihnen die **Befugnis zur Auskunftseinholung** und das Recht auf Amtshilfe eingeräumt werden.
- 26** Auch den tariflichen Schlichtungsstellen sollte die Möglichkeit zur Objektivierung ihrer Tätigkeit im Sinne moderner Mediation erleichtert werden. Deshalb sollten auch sie die Befugnis zur Auskunftseinholung und das Recht auf Amtshilfe erhalten.
- 27** 14. Für den Fall, daß sich das tarifliche Schlichtungsverfahren als nicht funktionsfähig erweist, muß den Tarifvertragsparteien das Recht vorbehalten sein, **das staatliche Schlichtungsverfahren in Gang** zu setzen, um dem Schlichtungsgebot zu genügen. Eine Ingangsetzung durch den staatlichen Schlichter selbst kommt nur in der in den Thesen 9 und 15 angesprochenen Konstellation in Betracht.
- 28** Daß die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens nach dem *ultima-ratio*-Grundsatz Voraussetzung für die Einleitung eines rechtmäßigen Arbeitskampfes ist, bedingt Vorkehrungen für den Fall, daß sich das tarifliche Schlichtungsverfahren als nicht funktionsfähig erweist, etwa weil eine Seite an der Besetzung der Schlichtungsstelle nicht mitwirkt. Deshalb muß jeder Tarifvertragspartei das Recht zukommen, das staatliche Schlichtungsverfahren in Gang zu setzen, wenn sie zuvor das Scheitern der tariflichen Schlichtung erklärt hat.
- 29** 15. Zur Abwehr oder Beseitigung **schwerwiegender wirtschaftlicher Störungen** kann der Bundesschlichter nach Scheitern der tariflichen Schlichtung die Tarifvertragsparteien zur Teilnahme an einer von ihm durchzuführenden Schlichtung verpflichten und Arbeitskämpfe für einen bestimmten Zeitraum untersagen (dazu These 9).
- 30** Als letztes Mittel zur Abwehr oder Beseitigung schwerwiegender wirtschaftlicher Störungen sollte dem Bundesschlichter das Recht zukommen, nach Scheitern der tariflichen Schlichtung seinerseits die Tarifvertragsparteien zur Teilnahme an einer von ihm durchzuführenden Schlichtung zu verpflichten. Diese Befugnis sollte mit der schon erörterten Befugnis verbunden werden, in einem solchen Fall einen Arbeitskampf für einen bestimmten Zeitraum zu untersagen.

V. Objektivierung der Tarifpolitik

16. In den letzten Jahrzehnten sind die **wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnisse über die Auswirkungen von Tarifverträgen wie von Arbeitskämpfen** auf die Prosperität von Unternehmen und Branchen, auf den Arbeitsmarkt und auf die Gesamtwirtschaft **beträchtlich gewachsen**. Werden die damit verbundenen Chancen zur Objektivierung der Tarifpolitik fruchtbar gemacht, kann das alternative Konfliktlösungen nicht unerheblich fördern. 31

Die vom Großen Senat apostrophierten tiefgreifenden wirtschaftlichen und sozialen Folgen von Arbeitskämpfen auch auf Dritte und die Allgemeinheit lassen sich heute wesentlich präziser beschreiben als vor über 30 Jahren. Das gilt insbesondere für die mit Arbeitskämpfen verfolgten tarifpolitischen Ziele. Etwa kann grob vorhergesagt werden, welche Auswirkungen die mit einem Tarifvertragsabschluß verbundene Kostenlast auf die Beschäftigung – und damit auf die Arbeitslosigkeit hat.¹⁶ Damit ist eine Objektivierung der Tarifpolitik gefordert, die ihrerseits alternative Konfliktlösungen erleichtert. 32

Die Tarifvertragsparteien haben die Chancen zur Objektivierung bisher freilich nur unzureichend genutzt. Vorschläge, die Tarifvertragsparteien sollten in den einzelnen Tarifbereichen Rahmenkonzepte für künftige Verhandlungen entwickeln,¹⁷ sind nicht verwirklicht worden. Das muß den Blick auf andere Institutionen lenken.

17. Der **Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung** äußert sich in seinem Gutachten schon heute regelmäßig zu den Auswirkungen der Tarifpolitik – seinem Auftrag gemäß freilich beschränkt auf die Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft und unter Vermeidung von Empfehlungen für bestimmte wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen (§ 2 des Gesetzes). Die inzwischen manifeste Unterschiedlichkeit der wirtschaftlichen Entwicklung nach Wirtschaftszweigen und Regionen legt nahe, den Auftrag des Sachverständigenrats entsprechend zu erweitern, ihm also **auch die Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung in Wirtschaftszweigen und Regionen** zu übertragen. 33

Als 1963 der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung institutionalisiert worden war, ist die Frage diskutiert worden, ob die von ihm erstellten Gutachten als Maßstab für die Zulässigkeit tarifpolitischer Ziele gelten könnten. Insbesondere mein Freiburger Vorgänger, *Gustav Adolf Bulla*, hat die Auffassung vertreten, daß ein sich aus dem Gutachten des Sachverständigenrates ergebendes Limit volkswirtschaftlich verträglicher Lohnerhöhungen den „Höchstwert für das gewerkschaftliche Fordern-Dürfen darstelle, bis zu dem noch gebotene soziale Selbstverantwortung gegenüber den höherwertigen und daher 34

16 Siehe nur die Aussagen in den Gutachten des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, etwa Jahresgutachten 2003/04 Nr. 62 ff., 255 ff., 633 ff.; Jahresgutachten 2002/03 Nr. 197 ff., 291, 461 ff., 477 ff.; Jahresgutachten 2000/01 Nr. 16, 140 ff., 191 ff., 317, 412 ff.; Jahresgutachten 1999/2000 Nr. 19, 150, 164 ff., 254 f., 332 ff.; Jahresgutachten 1997/98 Nr. 20, 207 ff.; Jahresgutachten 1995/96 Nr. 119 ff., 269 ff., 358 ff., 370.

17 Siehe schon *Kirchner*, Neue Perspektiven für die Tarifpolitik, FAZ vom 24.5.1975, S. 11.

maßgeblichen Belangen des Gemeinwohls beachtet ist". Mehr-Forderungen würden diese soziale Selbstverantwortung mißachten und bei einseitigem Versuch der Durchsetzung durch das Kampfmittel des Streiks diesen sozial inadäquat sein lassen.¹⁸ Neuerdings hat *Loritz* die Frage gestellt, ob man „den fundamentalen Schritt wagen und in Extremfällen den Inhalt tarifvertraglicher Zielsetzung überprüfen“ könne, was „dogmatisch konsequent und einfach ... durch Einbeziehung des Inhalts in die Verhältnismäßigkeitsprüfung geschehen“ könnte.¹⁹

Auftrieb könnte diese Diskussion durch die derzeit erwogene **Einführung eines Mindestlohns** erhalten: Zieht man den Tarifvertragsparteien gesetzlich eine Mindestgrenze des zulässigerweise zu Vereinbarenden, liegt es schon aus Paritätsgründen nahe, auch eine Höchstgrenze einzuführen, so daß ein Korridor entsteht, der das nach unten wie nach oben noch Gemeinwohlverträgliche festlegt und in dem sich die Tarifvertragsparteien bewegen können. Auch wenn der garantierte Mindestlohn im Wege flächendeckender Allgemeinverbindlicherklärungen der jeweils untersten Entgeltgruppe verwirklicht werden würde, änderte das an dieser Erwägung nichts. Denn auch dann würde staatlicherseits eine Untergrenze der Entgelte als richtig artikuliert und in der Folge die Frage aufgeworfen, ob im Allgemeininteresse nicht auch eine Obergrenze festzulegen ist.

Geht man im Interesse der Tarifaufonomie den Schritt von *Bulla* nicht mit, ist es doch das Gebot der Stunde, sich die **Chancen der Objektivierung** der Tarifverhandlungen und damit der Verbesserung der Chancen alternativer Konfliktlösung **nutzbar zu machen**, die das Potential des Sachverständigenrates bietet. Vor allem liegt es nahe, bei der Aufgabenstellung des Sachverständigenrats der gewandelten wirtschaftlichen Situation zu folgen und ihm auch die Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung in Wirtschaftszweigen und Regionen zu übertragen. Damit würden für die dortigen Tarifaufinandersetzungen spezifischere wissenschaftlich abgesicherte Erkenntnisse über die wirtschaftliche Entwicklung vorliegen.

- 35** 18. § 3 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft bestimmt, daß die **Bundesregierung** im Falle der Gefährdung eines der Ziele des magischen Vierecks (Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und stetiges und angemessenes Wirtschaftswachstum) „Orientierungsdaten“ für ein gleichzeitiges aufeinander abgestimmtes Verhalten (konzertierte Aktion) der Gebietskörperschaften, Gewerkschaften und Unternehmensverbände zur Erreichung dieser Ziele zur Verfügung stellt. Dieser Verpflichtung muß die Bundesregierung, jedenfalls nachdem die Politik informeller Bündnisse für Arbeit gescheitert ist, wieder nachkommen. **Nach Wirtschaftszweigen und Regionen differenzierte Orientierungsdaten** sind dabei möglich und im Interesse der Objektivierung der Tarifpolitik zweckmäßig.

18 *Bulla*, Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, FS Nipperdey II, 1965, 79, 100 ff.

19 *Loritz* aaO., S. 573 f.

§ 3 des Stabilitätsgesetzes verpflichtet die **Bundesregierung** im Falle der Gefährdung eines der Ziele des magischen Vierecks Orientierungsdaten auch für das Verhalten der Gewerkschaften und Unternehmensverbände zur Verfügung zu stellen. An der Erfüllung dieser Verpflichtung haben sich die Bundesregierungen, welcher Couleur auch immer, seit Jahrzehnten durch den Widerstand der Gewerkschaften hindern lassen. Das ist nicht mehr länger hinnehmbar. Die Gefährdung vor allem des Ziels „hoher Beschäftigungsstand“ ist manifest. Versuche, dieser durch andere Maßnahmen, insbesondere die Politik informeller Bündnisse für Arbeit Herr zu werden, sind gescheitert. Deshalb muß die Bundesregierung nach Wirtschaftszweigen und Regionen differenzierte Orientierungsdaten zur Verfügung stellen, um damit zu einer Tarifpolitik beizutragen, die Beschäftigung nicht vernichtet, sondern begünstigt. Verfassungsrechtlich bestehen gegen eine solche Aktivität keine Bedenken. Die Neutralität des Staates bildet, wie es *Isensee* formuliert hat,²⁰ eine Interventions-, aber kein Redeverbot.

VI. Prozeßrechtliche Absicherung

19. Die Erfahrung lehrt, daß die Effektivität des arbeitskampfrechtlichen *ultima-ratio*-Grundsatzes erheblich unter der **diffusen Rechtsprechung der Instanzgerichte**, besonders im einstweiligen Verfügungsverfahren, leidet. Die hier vorgeschlagene Stärkung und Präzisierung des *ultima-ratio*-Grundsatzes bedarf deshalb der prozeßrechtlichen Absicherung, wenn sie ihr Ziel, alternative Konfliktlösungen zu fördern, erreichen soll.

Die Effektivität des *ultima-ratio*-Grundsatzes und damit die Chancen alternativer Konfliktlösungen leiden auch an einem **unzureichenden Prozeßrecht**. Die für Arbeitskämpfe im einstweiligen Verfügungsverfahren zunächst zuständigen Instanzgerichte scheuen klare Entscheidungen. Etwa sind die gerichtlichen Auseinandersetzungen um den um die Arbeitszeitverkürzung bei vollem Lohnausgleich 1987 geführten Arbeitskampf in der Metallindustrie durch phantasievolle Versuche der Arbeitsgerichte gekennzeichnet, klaren Entscheidungen durch den Rückzug auf prozessuale Fragen auszuweichen.²¹ Notwendig ist eine klare Entscheidungszuständigkeit, welche die Spekulationen auf unterschiedliche gerichtliche Entscheidungen als nicht aussichtsreich erscheinen läßt und dadurch die Attraktivität einer Verhandlungslösung stärkt.

20. Wie im Professorenentwurf eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte vorgeschlagen, sollte deshalb nach dem Vorbild des § 146 Abs. 6 SGB III (früher § 116 Abs. 6 AFG) eine **Zuständigkeit des Bundesarbeitsgerichts** geschaffen werden, nach der dieses im ersten und letzten Rechtszug auf Antrag der Fachspitzenverbände über die Rechtswidrigkeit eines Verbandsarbeitskampfes entscheiden kann.

20 *Isensee*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifautonomie, in: Die Zukunft der sozialen Partnerschaft, Band 24 der Veröffentlichungen der Walter-Raymond-Stiftung (1986), 159, 184.

21 Dazu *Löwisch*, Reichweite und Durchsetzung der tariflichen Friedenspflicht am Beispiel der Metalltarifrunde 1987, NZA Beil. 2/1988, 3, 4 ff.

- 40** Die angestellten Erwägungen haben den Gesetzgeber veranlaßt, im Zuge der Neuordnung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit eine Zuständigkeit des Bundessozialgerichts in erster und letzter Instanz zu schaffen. Dem sollte eine arbeitskampfrechtliche Regelung zur Seite gestellt werden. Wie im Professorenentwurf vorgeschlagen, sollte das Bundesarbeitsgericht im ersten und letzten Rechtszug auf Antrag der Fachspitzenverbände über die Rechtswidrigkeit eines Verbandsarbeitskampfes entscheiden.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble (Moderation):

Vielen Dank. Ich habe ganz wenige Anmerkungen – ansonsten bin ich zu 41
einverstanden, um etwas richtig einzuwenden. Das erste ist: Wenn man das
Schlichtungsgebot – oder genauer: eine Schlichtungsobliegenheit – einführt, dann
muß man andererseits überlegen, was man mit den Arbeitskämpfen macht, die aus
dem Ruder laufen. Wo bleibt die effektive Sanktion gegenüber Betriebsbesetzung
durch wild Streikende? Die Gewerkschaft sagt: Wenn wir uns an eine Schlichtung
halten müssen, dann machen wir es eben ohne Schlichtung. Und wir machen es
auch gar nicht selbst, sondern mit einem diffusen Streikaufruf, der von irgendeinem
Rentner ohne pfändbares Vermögen unterzeichnet wird. Jeder weiß, was gespielt
wird. Was macht man, wenn – wie im Fall DaimlerChrysler oder jetzt wie bei Märklin
– der Betriebsrat kämpft? Es nützt also nichts, ein hoch komplexes Regelwerk für
den ordnungsgemäßen Arbeitskampf zu erstellen, wenn man dann den Parteien
gestattet, einfach auf den nichtordnungsgemäßen auszuweichen.

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Das ist sicher richtig. Ich meine aber – ich habe jetzt, Herr *Francken*, auf die 42
Arbeitsgerichte genug kritische Blicke geworfen – im Grunde sagen zu können, daß
es für die Arbeitskämpfe, die aus dem Ruder laufen – Betriebsbesetzung,
Betriebsblockaden und dergleichen –, schon die angemessenen Reaktionen der
Arbeitsgerichte gibt. Da kann man eigentlich nur selten den Fall finden, daß das
nicht funktioniert. Man kann dann über die Breite der Gassen streiten und
dergleichen. Aber bis jetzt ist doch da mit den allgemeinen zivilrechtlichen
Kategorien „Eingriff in den Gewerbebetrieb“ und auch „Besitzschutz“ richtig reagiert
worden. Und Vorstellungen, man müsse mal sehen, ob nicht dann das doch alles
verständlich gewesen sei, sind eigentlich nicht zum Zuge gekommen. Da fühlen sich
die Arbeitsgerichte wohl auch auf relativ sicherem Boden. Sie können sagen, daß
diese Aktion unzulässig ist und es deshalb nicht geht. Also dieses Problem sehe ich
so sehr bislang noch nicht.

Volker Rieble:

Ich habe nicht behauptet, daß das Instrumentarium, insbesondere beim LAG Baden- 43
Württemberg, nicht vorhanden wäre – auch wenn ich über das Arbeitsgericht
Stuttgart manchmal schimpfe. Ich glaube eher, daß das Problem darin begründet ist,
daß die Arbeitgeber sich nicht trauen. Wo ist denn der Antrag von DaimlerChrysler,
auch nur feststellen zu lassen, daß der Arbeitskampf rechtswidrig gewesen war? Daß
man sich keinen Antrag auf Entsetzung von Herrn *Klemm* zutraut, verstehe ich
schon. Aber allein zu sagen, wir lassen feststellen, daß das ein betriebsverfassungs-
widriger Arbeitskampf war – schon das geht doch gar nicht. Die Arbeitgeber können
ja gerne auf ihre subjektiven Schadensersatzansprüche verzichten, da muß dann der

Aufsichtsrat klären, ob man den Vorstand zur Verantwortung ziehen muß oder auch nicht. Aber dann frage ich mich: Wo bleibt denn das Interesse des Staates, der Allgemeinheit daran, daß die rechtswidrigen Arbeitskämpfe unterbleiben? Sie haben ja ganz wunderbar erklärt, daß die Allgemeinheit ein Interesse daran hat, daß der Streik durch Urabstimmung intern legitimiert wird und daß man das dann auch überprüfen kann. Aber sollen denn die Arbeitgeber dann durch „Nichtstellen“ von Unterlassungsanträgen, von Feststellungsanträgen und Sanktionsanträgen darüber disponieren können, ob man am Ende die Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfes auch als Gesellschaft hinnimmt? Das ist mein Problem.

Manfred Löwisch:

- 44 Dazu will ich nur folgendes sagen: ich gebe zu, daß meine aktuellen Kenntnisse vielleicht nicht groß genug sind. Ich weiß nur, daß ich einen Ihrer Vorgänger an meinem Lehrstuhl, nämlich den verehrten Kollegen *Schüren*, zu einem dieser Arbeitskämpfe in der Metallindustrie entsandt habe – damit er mal etwas lernt. Und er hat dann eindrucksvoll geschildert, wie er tagelang von Arbeitsgericht zu Arbeitsgericht gefahren ist und dort einstweilige Verfügungen durchgesetzt hat. Es mag vielleicht – da haben Sie Recht – damals selbstverständlicher gewesen sein, daß man sich so etwas nicht gefallen läßt. Wir sind da völlig einig, das sollte man sich nicht gefallen lassen.

Professor Dr. Johannes Peter Francken, LAG Baden-Württemberg:

- 45 Letztlich würde ich da eine Formulierung von Herrn *Reichold* aufgreifen: Warum gibt es diese Schadensersatzprozesse oder Unterlassungsklagen so selten? Ich glaube, das ist das sogenannte kooperative Spiel, was hier dann letztlich „hintenraus“ stattfindet, also daß man sagt, die Sache ist erledigt und damit soll es sein Bewenden haben. Vielleicht das zu diesem Punkt.

Zweitens überschritte es meiner Ansicht nach die Ressourcen der Arbeitsgerichtsbarkeit bei weitem, wenn wir in diesem Stadium, in dem wir uns zur Zeit bei Bestandsschutzstreitigkeiten befinden, dann auch noch in massiver Form mit diesem Arbeitskonflikt-Schadensersatzprozessen zusätzlich überzogen würden. Da muß ich fast um Nachsicht bitten. Ich weiß nicht, wie man das auch noch zumindest als Masseverfahren judizieren soll.

Der dritte Punkt, auf den ich ganz kurz eingehen möchte, ist das vom Herrn *Löwisch* angesprochene Problem mit dem *ultima-ratio*-Prinzip. Da sagt ja der Große Senat: Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich! Wie soll das aussehen, wenn gar keine Schlichtung vorgesehen ist? Oder ist der Satz nur für den Fall gedacht, daß es auch bereits ein Schlichtungsverfahren wirklich gibt? Das würde mich jetzt als Frage interessieren, nachdem ich bisher Verteidigungsreden geführt habe.

Manfred Löwisch:

Ich würde dazu sagen, daß in der Entscheidung des Großen Senats kein Wort von einem Vorbehalt steht, daß das nur gelte, wenn es schon ein Schlichtungsverfahren gäbe. Und es besteht auch gar kein Problem, das durchzuführen. Man kann nämlich für die Fälle, in denen es keines gibt, sagen: Liebe Freunde, ruft die Schlichtung nach dem Kontrollratsgesetz oder nach der badischen Landesschlichtungsordnung an. Die muß durchgeführt werden, eher können wir nicht kämpfen. **46**

Volker Rieble:

Also als Schlichtungsobliegenheit und nicht als Pflicht?

47**Manfred Löwisch:**

Ja, auf die Theoriestreitigkeiten, was Obliegenheit und Pflicht ist, wollen wir uns heute nicht einlassen. **48**

Rechtsanwältin Dr. Andrea Nicolai:

Ja, zunächst einmal, Herr *Rieble*, zu ihrem immer wieder wiederholten Vorwurf, die Unternehmen würden sich nicht wehren. Das stimmt in dieser Form nicht. Wir haben während der Arbeitskämpfe, die ich mitgemacht habe – das waren nicht viele, lediglich zwei, einer davon war jedoch sehr heftig –, doch eine Vielzahl von einstweiligen Verfügungsverfahren gehabt, die wir auch zum Teil gewonnen haben. Es ist so, daß wir kein Hauptsacheverfahren einleiten können. Wir können keinen Feststellungsantrag stellen, daß ein bestimmter Streik rechtswidrig war, weil dem das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Streik beendet ist. Schadensersatzverfahren können wir deshalb nicht führen, weil es im Regelfall extrem schwierig ist, einen Schaden wirklich konkret darzulegen und zu beweisen. Sie wissen selbst, daß das BAG 1985 gesagt hat: Der Produktionsausfall als solcher ist kein Schaden. Unsere Unternehmen – früheren Unternehmen, ich bin ja nicht mehr bei Gesamtmetall – haben es schon geschafft, das weitgehend so zu kanalisieren, daß im Nachhinein der Schaden doch eng begrenzt ist. Aber das sind einfach Tatsachen, die dazu führen, daß wir bzw. die Mitgliedsunternehmen im Regelfall nicht in der Lage sind, entsprechende Klagen zu führen. Also liegt es nicht nur an den Arbeitgebern, die wehren sich schon sehr. **49**

Ich habe aber abgesehen davon drei Fragen an Herrn *Löwisch*. Die erste betrifft Ihre These fünf, in der Sie die Kontrolle der Urabstimmung fordern. Ich denke, daß eine Kontrolle der Urabstimmung alleine durch die Gerichte nicht reicht, weil ich eigentlich der Überzeugung bin, daß die Gewerkschaften das schon nach Recht und Gesetz bzw. nach ihrer Satzung durchziehen. Das Problem liegt meines Erachtens eher darin, daß hier angesichts des geringen Organisationsgrades in den Betrieben weniger organisierte Arbeitnehmer – denn nur die sind ja stimmberechtigt – über

viele nichtorganisierte Arbeitnehmer entscheiden, so daß es eigentlich die Konsequenz wäre zu sagen, auch die Nichtorganisierten müßten ein Stimmrecht haben.

Der zweite Punkt betrifft die These acht zum Warnstreik. Da haben Sie gesagt, daß jeder Kampfmaßnahme die schriftliche Scheiternserklärung vorausgehen muß. Das heißt, daß dann die Verhandlungen auch gescheitert sein müssen. Die Konsequenz daraus wäre aber, daß es verhandlungsbegleitende Warnstreiks nicht mehr geben kann.

Der dritte Punkt betrifft etwas, was Sie nicht angesprochen haben, weil es ja auch nicht um Repression, sondern um Prävention geht. Aber ich möchte doch noch mal das Augenmerk auf die Aussperrung lenken. Und zwar mit einer sehr provokanten These: Wäre es nicht auch eine Förderung alternativer Konfliktlösung, wenn wir die Kampfkraft der Arbeitgeber zumindest in rechtlicher Hinsicht wiederherstellen würden? Denn wir haben seit den Achtziger-Entscheidungen des ersten Senats im Bereich der Aussperrung eine relativ hohe Rechtsunsicherheit. Und wenn ich mich richtig erinnere, Herr Professor *Löwisch*, dann waren Sie es, der die Aussperrungsarithmetik, die der erste Senat übernommen hat, letztlich erfunden hat. Das führt dazu, daß man Unternehmen kaum noch empfehlen kann, auszusperrern, weil es – wie gesagt – mit einer hohen Rechtsunsicherheit belastet ist. Die finanziellen Folgekosten sind eben da.

Es sind nicht nur wirtschaftliche Gründe, die die Arbeitgeber von der Aussperrung abhalten. Daher noch mal in Wiederholung meiner Frage: Wäre es nicht eine Förderung alternativer Konfliktlösung, wenn man die Kampfkraft der Arbeitgeberseite in rechtlicher Hinsicht wiederherstellen würde?

Manfred Löwisch:

- 50** Vielen Dank. Das ist ein ganzer Strauß, zu dem man Stellung nehmen kann. Erster Punkt: Was den Schaden anbelangt, ist das willkommene Gelegenheit, die Arbeitgeberseite auf § 284 BGB – durch die Schuldrechtsreform eingeführt – hinzuweisen, der es ermöglicht, statt des Schadensersatzes statt der Leistung die Aufwendungen, die frustriert sind, ersetzt zu verlangen. Sie werden es demnächst, pikanterweise habe ich es, glaube ich, in der Festschrift für Herrn *Wißmann* niedergelegt, finden, daß man das in Arbeitskampffällen dann durchaus aktivieren kann. Das war der erste Punkt.

Der zweite Punkt, die Frage der Urabstimmung: Was ich hier in dieser These nur sagen wollte, ist eine alte Streitfrage: Können denn nur die Mitglieder das geltend machen oder kann daraus ein Schaden entstehen, der von Drittbetroffenen liquidiert werden kann? Das wollte ich bejahen. Die Frage, die Sie anschneiden, ist eine weitere. Da bin ich, muß ich Ihnen sagen, sehr unsicher, ob ich dem einfach folgen sollte. Es ist halt mal so: Wer ein Nichtorganisierter ist und sich gegen die Organisation entscheidet, der hat nicht ohne weiteres das Recht, in dieser Organisation dann die Entscheidungen mitzutreffen. Darüber gibt es viel Streit und darüber kann man sehr lange sich unterhalten. Ich habe da nur eine leise Skepsis.

Ihr dritter Punkt: Das gibt mir die Gelegenheit, das, was ich vorhin unterschlagen habe, was also bei mir in der These acht steht, noch etwas auszuführen: Ich bin immer der Auffassung gewesen, daß die neuere Warnstreik-Rechtsprechung des BAG ein Fehlschritt ist. Einfach zu sagen: wenn wir kämpfen, haben wir das Scheitern erklärt, und deshalb ist jeder Kampf-, Warnstreik usw. alles dasselbe und kann eben geschehen und es kann darauf in gewisser Weise mit Aussperrung reagiert werden, ist sicher geeignet, möglichst eine Ausweitung des arbeitskampffreien Raums zu unterlaufen. Es schien mir die frühere Rechtsprechung unter Herrn *Müller* die sinnvollere zu sein, die gesagt hat: Nein, Warnstreik lasse ich ganz kurz zu, damit die Kampfbereitschaft demonstriert werden kann, im übrigen aber gibt es dann nur das förmliche Scheitern der Verhandlungen und danach den ordentlichen Arbeitskampf. Da könnte man nebenbei die Frage, ob man denn eine Warnaussperrung da als Gegenmittel draufsetzen kann, wieder beiseitelegen. Wenn es wirklich wie früher nur ganz eng begrenzte Warnstreiks zur Demonstration der Kampfbereitschaft gäbe, dann brauchte man auch die Warnaussperrung nicht. Und so muß man sich jetzt hier auseinandersetzen.

Letzter Punkt: Da müßte ich ja in Scham versinken, wenn das so wäre. Aber Sie geben mir Gelegenheit, eine schon öfters von mir formulierte, aber heute erneut zu formulierende kleinen „Rüge“ an Herrn *Dieterich*, der diese Urteile verfaßt hat, auszusprechen. Er hat nämlich einen Konjunktiv von mir – es könnte irgendwann mal so sein, daß sich ein Übergewicht der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf erweist, und da könnte man vielleicht dann daran denken, daß man das irgendwie begrenzen müßte – umgemünzt in eine Aussage, daß das so sei. Daher kommt das. *Dieterich* hat gesagt: Da besteht dieses Übergewicht und deshalb müssen wir die Aussperrung begrenzen. Ich hatte das „könnte“ durchaus hervorgehoben, das hat mir aber nichts genützt.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

Herr *Löwisch*, ich habe zwei Anmerkungen zu machen. Zum einen zum Stichwort des Schlichtungsverfahrens: Wir können ja drei Arten der Intensität unterscheiden: Zwangsschlichtung, Schlichtungszwang und Einlassungszwang. Mir ist bislang noch nicht so ganz klar geworden, was Sie letztlich vorschlagen. Ob Sie sich eher für einen Schlichtungszwang aussprechen, also tatsächlich eine Obliegenheit der Tarifvertragsparteien sich vor der Durchführung eines Arbeitskampfes einem Schlichtungsverfahren zu unterziehen? Oder eben nur – das schien mir eher aus der These 14 herauszusprechen – für einen Einlassungszwang, das heißt also, daß, wenn eine der Parteien ein solches Schlichtungsverfahren in Gang setzten will, sich die andere Partei eben darauf einlassen muß? Dies ist jetzt vielleicht eine technische Frage.

Vielleicht noch zum Rechtlichen: Mir scheint Zwangsschlichtung, was ja hier sowieso nicht zur Debatte steht, in der Tat mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar zu sein. Die beiden anderen Möglichkeiten schienen mir zulässig zu sein, einführbar durch gesetzliche Regelungen. Ob man unbedingt aus dem Halbsatz des Großen Senats von

1971 das alles ableiten kann, darüber müßte man noch näher diskutieren. Mir scheint, daß die Formulierung von damals zu unklar ist, um darauf jetzt ein ganzes Gedankengebäude aufbauen zu können.

Zweitens und das ist dann auch etwas Problematischeres – Sie hatten es ja auch in die entsprechenden Konjunktive gekleidet –: Stichwort „Kontrolle von Tarifynhalten“ und zwar offenbar im Sinne einer Verhältnismäßigkeitskontrolle von Lohnforderungen. Da hab ich gewisse Bauchschmerzen, das muß ich jetzt ganz deutlich sagen. Die Frage ist, wie man da Maßstäbe gewinnen will, ob sich jetzt tatsächlich ein Gericht – sei es das Arbeitsgericht Stuttgart oder irgend ein anderes – hinstellen und sagen kann „diese Entgeltforderung ist zu hoch“ oder auch „sie ist nicht zu hoch“ und dadurch die gerichtliche Weihe bekommt, daß man das in Deutschland fordern kann. Man muß sich in diesem Zusammenhang immer beide Seiten vor Augen halten. Das zweite ist die Frage, ob man dann eigentlich eine derartig gestaltete Kontrolle von Tarifynhalten auf die Entgelthöhe beschränken kann oder ob das nicht zu Weiterungen führt, weil natürlich auch viele andere Faktoren letztlich für die wirtschaftliche Tragkraft oder Tragfähigkeit eines Tarifvertrages von Bedeutung sein können, also ob dann nicht möglicherweise eine Kontrolle bis hin zu übertariflichen Zulagen, die ja vielleicht auch zu hoch sein können, um im gesamtwirtschaftlichen Kontext noch haltbar zu sein, eingeführt werden müßte. Mir scheint, daß man genau darüber nachdenken muß, welches Faß man öffnet, wenn man die staatliche Kontrolle von Tarifynhalten zuläßt.

Manfred Löwisch:

- 52** Zu ihrem ersten Punkt: Gemeint ist nicht nur ein Einlassungszwang, sondern ein Schlichtungszwang und zwar ein indirekter. Abgeleitet aus dem Großen Senat: Wenn ihr euch nicht auf die Schlichtung einlaßt, dann dürft ihr auch keinen Arbeitskampf führen. Das meine ich so.

Und dann bin ich beim zweiten Punkt. Man kann natürlich sagen: Das ist bloß ein Halbsatz des Großen Senats. Aber man könnte sich auch vorstellen, daß die Gerichte, insbesondere die Senate oder der Erste Senat hauptsächlich des Bundesarbeitsgerichts, sich auf den Standpunkt stellen, daß da die Richtschnur vorgegeben ist und das werde jetzt konkretisiert und ausgefüllt. Stattdessen hat man sich einfach darauf zurückgezogen zu sagen: Das ist nicht klar genug und deshalb vergessen wir das einfach. Das ist die Frage: Wie reagiert man auf die Vorgaben dieses ja doch wichtigen und zur Fortentwicklung des Rechts eingesetzten Gremiums, das auch deshalb besonders große Bedeutung hat, weil der Gesetzgeber bislang schweigt?

Was den dritten Punkt betrifft, sind wir nicht auseinander. Ich teile Ihre Auffassung, daß es letzten Endes auf eine Tarifynsur hinausliefe, wenn man die Forderungen auf Gemeinverträglichkeit überprüft. Ich wollte nur zunächst einmal darauf aufmerksam machen, daß das nicht etwas ist, was völlig außer der juristischen Diskussion steht. Herr *Bulla* hat das gesagt und Herr *Loritz*, der ja auch niemand unbedeutendes ist, hat diese Sache jetzt auch wieder ausgegraben. Und ich erinnere mich sehr genau,

daß wir im Anschluß an diese Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahr 1971 im berühmten Wiesbadener Seminar eine Diskussion hatten, an der auch der damalige Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts, *Hermann Stumpf*, beteiligt war. Herr *Stumpf* hat ganz prononciert die Auffassung vertreten: Jawohl, wir kontrollieren die Gemeinverträglichkeit von Lohnforderungen – wir haben sogar über Mark und Pfennig gesprochen. Diese Meinung gab es auch. Wir sind uns, Herr *Krause*, einig, daß das letzten Endes dann die Tarifaautonomie ins Schleudern bringt, und ich wollte nur – und das ist meine Zielrichtung – sagen: Dann macht es doch aber um Gottes Willen so, daß Ihr wenigstens die Möglichkeiten habt, zu Objektivierungen zu kommen, indem man Sachverstand herbeizieht und indem der Staat Sachverstand formuliert und zur Verfügung stellt. Macht doch wenigstens das, um diesen von uns allen anvisierten optimierten Modellen näher zu kommen.

Dr. Markus Ostrop, Verband der Baden-Württembergischen Textilindustrie:

Ja, Herr *Löwisch*, ich habe grundsätzlich große Sympathien für Ihren Vorschlag einer alternativen Konfliktlösung. Ich frage mich nur, ob ein Moment, das für Tarifa-
 53
 auseinandersetzungen ganz wichtig ist, hier nicht etwas zu kurz kommt, nämlich das psychologische Moment. Sie haben es angedeutet, in der Textilindustrie sind wir gerade aktiv, aktuell in einer Tarifaueinandersetzung, die nach dem üblichen Ritual abläuft. Das heißt, die Verhandlungen beginnen während der Friedenspflicht. Man versucht zu einer Lösung zu kommen. Die Gewerkschaft sucht nach Argumenten, aus der Friedenspflicht rauszukommen, um in die Warnstreiks hineinzugehen. Warum macht sie das? Nicht etwa weil man nicht auch in der Friedenpflicht zu einem Ergebnis gekommen ist oder hätte kommen können, sondern sie nutzt schlicht und ergreifend die Warnstreiks als Instrument zur Mitgliederwerbung, das heißt also zur Akquisition von neuen Mitgliedern. Ich behaupte auch, das ist das einzig wirksame Instrument, das die Gewerkschaft heute noch zur Verfügung hat, um Mitglieder zu werben. Also, wo bleibt in Ihrem Vorschlag einer alternativen Konfliktlösung die Möglichkeit der Gewerkschaft für dieses Instrument auf der einen Seite? Und ein zweites, auch psychologisches Moment – das sollte ich als Verbandsgeschäftsführer vielleicht nicht sagen –, aber natürlich sind auch Streikaktionen auf Arbeitgeberseite insofern von Vorteil, als sie helfen, die Reihen zu schließen und nachher natürlich auch einen Tarifabschluß eher zu akzeptieren. Das ist ein bißchen kritisch, so wie ich das in verkürzter Form sage, und eigentlich möchte ich es auch nicht so stehen lassen, aber auch aus Zeitgründen belasse ich es einfach mal dabei. Also, wo bleiben diese psychologischen Momente bei einer alternativen Konfliktlösung?

Manfred Löwisch:

Die Frage ist völlig berechtigt. Das hat Herr *Reichhold* ja auch dargelegt. Das spielt in
 54
 der Auseinandersetzung eine große Rolle. Ich möchte dazu nur zweierlei sagen. Einmal ist rechtspolitisch die Frage: Wieviel Schäden auf Kosten der Psychologie können und sollen wir uns leisten? Und das zweite ist: Man muß auch bei allen solchen Sachen sehen, daß festgefügte rechtliche Rahmen den Spielraum für solche

psychologischen Aktionen einschränken. Wenn ich weiß, daß da die Grenze überschritten wird, dann mache ich es auch als Gewerkschaft nicht. Das kann man letzten Endes immer wieder erleben; und zwar gerade bei denen, die solche Aktionen führen. Auch gilt, daß das in den bisherigen Bereichen, über die wir vorhin gesprochen haben, in denen Arbeitskampfaktionen unzulässig sind und die Arbeitsgerichte hart reagiert haben, dann doch aufhört. Also nehmen Sie die Stuttgarter Zeitung und das Absperren des Druckhauses: Da ist ordentlich mit Schadensersatzprozessen reingeschlagen worden, die alle durchgekommen sind, und so gibt es das dann auch in diesem extremen Umfang so gar nicht mehr. Also, der langen Rede kurzer Sinn: Ich meine, man darf da nicht zu gutmütig sein, sondern feste Rahmen ziehen, Grenzen.

Volker Rieble:

- 55** Das ist ein schöner Schlußsatz. Einen Großordinarius zu loben, hieße weniger für möglich zu halten. Vielen Dank.

§ 3 Arbeitskämpfe bei Standortschließungen und -verlagerungen?

Rn.

A. Referat Thomas Lobinger	1
I. Einführung in die Problematik	1
II. Die unabhängig von den Forderungsinhalten aufgeworfenen Rechtsfragen	6
III. Die durch die Forderungsinhalte aufgeworfenen Rechtsfragen	7
1. Die unternehmerische Standortentscheidung als unzulässiges Kampfziel	7
a. Der Stand der Meinungen	7
b. Die Unzulässigkeit eines Arbeitskampfes um die eigentliche Standortentscheidung nach geltendem Recht	12
c. Die Wertungskonsistenz der überkommenen Rechtslage und das fehlende Bedürfnis nach einer Rechtsfortbildung	17
[1] Die auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützten Bestrebungen zur Erweiterung der Regelungs- und Kampfbefugnis	17
[2] Der begrenzte Gewährleistungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG	18
[3] Die fehlende Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung	25
2. Die Zulässigkeit der weiteren Kampfziele im allgemeinen	34
a. Die praktische Relevanz der weiteren Kampfziele	34
b. Die Problematik der Qualifizierungsmaßnahmen	35
c. Die Problematik unzumutbar langer Kündigungsfristen	38
3. Die Unzulässigkeit eines Arbeitskampfes um Sozialplaninhalte in der Sondersituation konkreter Standortentscheidungen	40
a. Die Tendenzen zu einer generellen Einschränkung der Kampfbefugnis bei konkreten Standortentscheidungen	40
b. Die beschränkte Tragfähigkeit von „Umgehungs-Argumentationen“	41
c. Die Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG	42
[1] Die Deutungsoffenheit der §§ 111 ff. BetrVG	42
[2] Die Defizite der gegenwärtigen Sperrwirkungslehren	43
[3] Die Sperrwirkung als Konsequenz des rechtlichen Grunddatums der freien Unternehmerentscheidung und das Gleichbehandlungsgebot	46
IV. Ausblick	53
V. Thesen	56
B. Diskussion	57

A. Referat Thomas Lobinger***I. Einführung in die Problematik**

- 1 1. Die Frage nach der Zulässigkeit von Arbeitskämpfen bei Standortschließungen und -verlagerungen rührt derzeit am Nerv der deutschen Sozialpartnerschaft. Verwunderlich ist das nicht, denn betroffen sind Grundfragen unserer Arbeits- und Wirtschaftsverfassung, die in Zeiten verstärkten globalen Wettbewerbs für beide Seiten, die Arbeitgeber wie die Arbeitnehmer, enorme, wenn nicht gar existentielle Bedeutung haben. Für die Unternehmer stehen wichtige Handlungs- und Reaktionsmöglichkeiten auf dem Spiel, die sie benötigen, um im internationalen Wettbewerb bestehen zu können. Und die Gewerkschaften erhoffen sich ein Feld neuer Handlungsmöglichkeiten, um aus der Defensive herauszugelangen, in die sie unter den Bedingungen grenzenlosen Wirtschaftens angesichts der hohen Arbeitskosten in Deutschland mehr oder weniger zwangsläufig hineingeraten mußten. Dabei geht es nicht zuletzt natürlich immer auch um originäre Verbands- und Funktionsinteressen: Man will für die eigenen Mitglieder attraktiv bleiben – oder wieder werden –, indem man in Aussicht stellt, die für die Arbeitnehmer so einschneidenden und bisweilen geradezu brutal wirkenden unternehmerischen Reaktionen auf die modernen Marktbedingungen verhindern oder doch zumindest neutralisieren zu können. Und das erscheint ja auch durchaus nötig, nachdem man diesen Mitgliedern eben erst den Weg verbaut hat, zur Sicherung ihrer existentiellen Interessen selbst marktmäßig auf die Marktreaktionen der Unternehmer reagieren zu können – Stichwort: Burda-Entscheidung¹.
- 2 Zu all dem kommt hinzu, daß unsere Problematik nicht etwa nur Einzelfälle betrifft. Standortverlagerungen und -schließungen sind heute schon ein – vielfach auch medienwirksames – Massenphänomen, und sie werden es wohl auf absehbare Zeit auch bleiben. So plant etwa nach einer Studie von Ernst & Young derzeit allein die Hälfte von 200 befragten Automobilzulieferern in Deutschland eine Verlagerung von Produktionsstandorten nach Osteuropa oder nach China². Den im folgenden zu traktierenden Rechtsfragen kommt mithin auch schon unabhängig von Holzmann, Daimler-Chrysler, Karstadt und Opel mehr und mehr auch eine allgemeine politische Dimension zu. Und obwohl eine solche Lage besonnenen dogmatischen Auseinandersetzungen erfahrungsgemäß wenig dienlich ist, soll sie nunmehr versucht werden.
- 3 2. Um die einschlägigen Rechtsprobleme plastisch zu machen, folgendes, immer dicht an den Realitäten orientiertes Muster-Szenario:

U, ein größeres Unternehmen der Metallindustrie, Mitglied im Arbeitgeberverband und an einen Verbandstarifvertrag gebunden, plant aus Kostengründen die Verlagerung eines bestimmten Betriebs ins Ausland oder gar dessen Schließung. Die Umsetzung dieser Planung würde einen Wegfall von über 500 Arbeitsplätzen am bisherigen Standort nach sich ziehen. Die Unternehmensleitung informiert den

* Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

1 BAGE 91, 210 ff.

2 S. SZ vom 14.11.2004, S. 21.

zuständigen Betriebsrat rechtzeitig und vollständig über die anstehende Umstrukturierung und fordert ihn auf, mit ihr Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan aufzunehmen.

In dieser Phase tritt nun regelmäßig die für das Unternehmen zuständige Gewerkschaft auf den Plan. Dabei differieren allerdings sowohl die Forderungsinhalte als auch die Forderungsadressaten. Zum Teil wendet sich die Gewerkschaft unmittelbar an den betreffenden Arbeitgeber und verlangt, schließlich durch Streiks unterstützt, den Abschluß eines Haus- oder Firmentarifvertrags³. Zum Teil wendet sie sich (daneben) aber auch an den Arbeitgeberverband des Unternehmens und fordert den Abschluß eines sog. unternehmensbezogenen Verbandstarifvertrags⁴. Die Arbeitskampfmaßnahmen richten sich allerdings auch hier immer nur gegen den einzelnen Arbeitgeber und nicht etwa gegen andere Verbandsmitglieder.

Inhaltlich geht es nur in seltenen Extremfällen direkt um den Standorterhalt und damit um eine originäre Teilhabe an der eigentlichen unternehmerischen Standortentscheidung⁵. Praktisch wichtiger sind demgegenüber heute vor allem folgende, immer auch streikweise verfolgten Forderungen:

- Massive Verlängerung der Kündigungsfristen bei betriebsbedingten Kündigungen⁶.
- Nach Ablauf der Kündigungsfrist: Anspruch auf bis zu drei Jahre dauernde Qualifizierungsmaßnahmen unter Fortzahlung der vollen Vergütung⁷.
- Daneben: Abfindungen in Höhe von zwei Monatsgehältern pro Beschäftigungsjahr⁸.

Um nur eine Dimension zu nennen: In dem im einstweiligen Verfügungsverfahren zweitinstanzlich vor dem LAG Schleswig-Holstein verhandelten und mittlerweile im Hauptsacheverfahren beim ArbG Frankfurt am Main anhängigen Rechtsstreit wegen eines Arbeitskampfes der IG-Metall anlässlich der geplanten Teilverlagerung eines Kieler Betriebs der Heidelberger Druckmaschinen AG⁹ trägt der Kläger vor, daß sich

3 So etwa in dem Fall, der dem Urteil des LAG Niedersachsen vom 2.6.2004 – 7 Sa 819/04 (SAE 2004, 235 ff.) zugrundelag; zunächst war hier allerdings der Arbeitgeberverband zum Abschluß eines Ergänzungstarifvertrags aufgefordert worden. Vgl. ferner BAG NZA 2003, 734 ff.; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2000, 143 ff. sowie auch das parallele Vorgehen in dem der Entscheidung LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535 ff. zugrundeliegenden Fall.

4 So etwa in den Fällen der Entscheidungen LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592 ff.; ArbG Lübeck, AiB 2002, 122 ff.

5 So etwa in dem Fall der Entscheidung LAG Hamm, NZA-RR, 2000, 535 ff.; s. hierzu LAG Hamm, aaO., S. 537 sowie auch LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 593 f.; kaum zutreffend demgegenüber die Kritik an der Interpretation des LAG Hamm von Wolter, RdA 2002, 218, 224.

6 So in LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592.

7 So in LAG Niedersachsen, SAE 2004, 235 ff.; in den Entscheidungen LAG Schleswig-Holstein, NZA 2003, 592 ff.; ArbG Lübeck, AiB 2002, 122 ff. ging es dagegen nur um bis zu 24 Monate.

8 So in den Entscheidungen LAG Schleswig-Holstein, aaO.; LAG Niedersachsen, aaO.

9 S. LAG Schleswig-Holstein, aaO.

das Gesamtvolumen der tariflichen Forderungen angesichts des Wegfalls von 562 Arbeitsplätzen auf mindestens 200 Mio. € summiert hätte.

- 5 3. Es ist ein ganzes Bündel arbeitskampfrechtlicher Fragen, das durch Konstellationen der soeben geschilderten Art aufgeworfen wird. Sie stellen sich bereits unabhängig vom Inhalt der konkret geltend gemachten Forderungen: Ist auch der verbandsangehörige Einzelarbeitgeber als solcher noch tariffähig? Kommt, wenn man das im Grundsatz bejaht, ihm gegenüber ein Streik um einen Firmentarifvertrag in Betracht? Und wie verhält es sich ggf. mit der Zulässigkeit von Arbeitskämpfen um sog. unternehmensbezogene Verbandstarifverträge? Zu diesen Fragen soll in diesem Beitrag nur kurz Stellung genommen werden. Sie sind für die Praxis mittlerweile weitgehend geklärt¹⁰ – und dies in einem m.E. grundsätzlich zutreffenden Sinn. Ganz im Zentrum stehen sollen deshalb die Probleme, die sich arbeitskampfrechtlich aus den konkreten Forderungsinhalten ergeben. Dabei geht es namentlich um die Frage, ob die kampfwise Einforderung einer direkten Teilhabe an der unternehmerischen Standortentscheidung in Betracht kommen kann. Vor allem aber wird zu klären sein, ob und in welchem Umfang anlässlich einer konkreten Betriebsänderung die praktisch wichtigeren Forderungen nach längeren Kündigungsfristen, Qualifizierungs- und Abfindungsansprüchen erstreikbar sind.

II. Die unabhängig von den Forderungsinhalten aufgeworfenen Rechtsfragen

- 6 Für die Fragen, die sich bei Arbeitskämpfen im Zusammenhang konkreter Standortentscheidungen unabhängig von den Forderungsinhalten stellen, sei hier vorweg nur knapp auf die an anderer Stelle ausführlicher zu entwickelnden und zu begründenden Thesen verwiesen:
1. Mit seinem Verbandseintritt verliert ein Arbeitgeber nicht etwa seine eigene Tariffähigkeit. Es fehlt folglich auch nicht schon an der Grundvoraussetzung für einen Arbeitskampf, wenn dieser anlässlich der Standortgefährdung um einen Firmentarifvertrag mit einem verbandsangehörigen Arbeitgeber geführt werden soll¹¹.
 2. Die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen um Firmentarifverträge mit verbandsangehörigen Arbeitgebern scheitert ferner nicht schon generell an Erwägungen zur Koalitionsfreiheit oder zur Kampfparität. Derartige Arbeitskämpfe sind deshalb in den durch die Friedenspflicht eines bestehenden Verbandstarifvertrags gesteckten Grenzen grundsätzlich zulässig¹².
 3. Eine Sonderproblematik bilden demgegenüber sog. **unternehmensbezogene Verbandstarifverträge**. Sie sind m.E. entgegen der heute g.h.M.¹³ prinzipiell unzulässig, sofern der betroffene Arbeitgeber dem Abschluß nicht zustimmt.

10 S. hierzu aus jüngster Zeit nur BAG, NZA 2003, 734 ff. m.w.N.

11 S. auch BAG, NZA 2003, 734, 736 sowie aus der Lit. nur Wiedemann/Oetker, TVG, Kommentar, 6. Aufl. (1999), § 2 Rn. 128.

12 S. auch BAG, aaO., S. 737 ff. sowie aus der Lit. nur Oetker, aaO., Rn. 130 ff.

13 S. hierfür nur wiederum Oetker, aaO., Rn. 140 ff. m. zahlr. w.N.

Dem Arbeitgeberverband fehlt die Rechtsmacht zum Abschluß solcher Verträge¹⁴. Und dieser Mangel schlägt auch auf das Außenverhältnis durch. Werden entsprechende Arbeitskämpfe allerdings auf das betroffene Unternehmen beschränkt, handelt es sich regelmäßig um die – grundsätzlich zulässige – Forderung nach einem Firmentarifvertrag.

III. Die durch die Forderungsinhalte aufgeworfenen Rechtsfragen

1. Die unternehmerische Standortentscheidung als unzulässiges Kampfziel

a. Der Stand der Meinungen

[1] Folgt man diesen Thesen und hält einen Arbeitskampf zur Standortsicherung nicht schon allein deshalb für unzulässig, weil es dabei regelmäßig um die Einforderung eines Firmentarifvertrags mit verbandsangehörigen Arbeitgebern geht, rücken die eigentlichen Forderungsinhalte ganz ins Zentrum des Interesses. Denn die Rechtmäßigkeit eines Streiks hängt mit diesem Ausgangspunkt maßgeblich davon ab, ob die kampfführende Gewerkschaft Regelungsziele verfolgt, für deren Durchsetzung ihr der Arbeitskampf von Rechts wegen zur Verfügung steht. Dabei geht es zunächst um die in ihrer praktischen Bedeutung heute zwar geringste, in ihrer Provokationskraft gleichwohl nach wie vor stärkste Forderung nach einer unmittelbaren Teilhabe der Gewerkschaft an der unternehmerischen Standortentscheidung. Konkret muß eine solche Forderung nicht unmittelbar darauf gerichtet sein, daß die (teilweise) Betriebsverlagerung oder -schließung überhaupt nicht oder nicht in dem geplanten Umfang vorgenommen wird¹⁵. Sie kann, wie etwa in dem einer viel beachteten Entscheidung des LAG Hamm¹⁶ vom 31. Mai 2000 zugrundeliegenden Fall, auch darin bestehen, daß ein von den Tarifvertragsparteien paritätisch beschickter Beratungsausschuß eingesetzt wird, der binnen drei Monaten „Alternativen zur (...) geplanten Verlagerung der Produktion“ prüfen und Lösungsmöglichkeiten erarbeiten soll¹⁷.

[2] Das LAG Hamm hat eine solche, unmittelbar nach der unternehmerischen Entscheidung greifende Forderung für nicht tarifierbar und deshalb auch nicht erstreikbar gehalten. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete und im TVG konkretisierte Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften finde ihre Grenze in der durch Art. 12 GG geschützten Unternehmerautonomie, deren Wirksamkeit einen für die Gewerkschaften unantastbaren Bereich freier Betätigung erfordere¹⁸. Hierzu soll nach einer maßgeblich von *Wiedemann* geprägten Formel insbesondere gehören, daß die Geschäftsleitung unternehmensautonom über Investitionen, Produktion und

14 Zutreffend *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. (1998), § 34 II, S. 383.

15 Vgl. hierzu wie auch zu problemgleichen Sachentscheidungen nur etwa *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 2 f.; *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung (1983), S. 22, 318 f.

16 S. LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535 ff.

17 S. hierzu den Bericht des LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 594.

18 S. LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 537.

Vertrieb entscheide: „Sie trifft grundsätzlich die Entscheidung darüber, welche Geld- und Sachmittel zu welchem Zweck eingesetzt werden und ob, was, wo hergestellt wird“¹⁹.

- 9 [3] Diese Haltung des LAG Hamm war nicht ohne Vorbild²⁰, und sie hat in ihrer Folge auch vielfache Zustimmung erfahren²¹. Daß es sich hierbei um einen – auch nur bislang – unstreitigen Standpunkt handele, läßt sich allerdings kaum behaupten²². Und dabei spiegeln sich im Meinungsstand keineswegs nur ein weiteres Mal die bekannten arbeitsrechtlichen „Lager“ wider²³. So sind bereits die Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgesprochen unklar und keineswegs auf der Linie des LAG Hamm. Zwar hat das BVerfG ausdrücklich festgestellt, daß sich die gem. Art. 9 Abs. 3 GG gewährte Tarifautonomie vor allem auf „das Arbeitsentgelt und die anderen materiellen Arbeitsbedingungen wie etwa Arbeits- und Urlaubszeiten sowie nach Maßgabe von Herkunft und Üblichkeit weitere Bereiche des Arbeitsverhältnisses“ beziehe²⁴. Es hat jedoch zugleich unterstrichen, daß mit dieser Umschreibung noch nicht auch geklärt sei, ob „damit die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie in jeder Richtung zutreffend umschrieben ist“²⁵.
- 10 Wenig Halt verschafft ferner auch das BAG, wenn es in einer immer wieder herangezogenen Entscheidung zur kampfwesen Einfeldung von Zeitzuschlägen bei Personalbemessungssystemen²⁶ unter Verwendung der bereits genannten Formel zunächst zwar festhält, daß die Geschäftsleitung unternehmensautonom entscheide, „ob, was und wo hergestellt wird“, wenn es dann aber, gleichermaßen in Gefolgschaft zahlreicher Literaturstimmen, den Regelungsauftrag des Art. 9 Abs. 3 GG auch auf all die Fälle erstrecken will, in denen sich „die wirtschaftliche und soziale

19 So das LAG Hamm, aaO.; s. ferner *Wiedemann*, FS Riesenfeld, S. 301, 316 (Beitrag nachgedruckt in RdA 1986, 231 ff.); *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 12; *Meier-Krenz*, Die Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats durch Tarifvertrag (1988), S. 96 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1 (1997), § 7 III 5 a, S. 340; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, Ein Leitfaden (2002), § 35 Rn. 23 sowie aus der Rspr. BAGE 64, 284, 295 f.; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 594.

20 S. insbesondere *Lieb*, DB 1999, 2058, 2066 sowie ferner nur etwa auch *Loritz*, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers (1990), S. 67 ff.; *Löwisch/Rieble*, in: MünchArbR, Bd. 3, 2. Aufl. (2000), § 259 Rn. 61; *Gamillscheg*, aaO., u. b, S. 345 ff.

21 S. nur etwa *Kissel*, Arbeitskampfrecht (o. Fn. 19), § 35 Rn. 23; *Rolfs/Clemens*, DB 2003, 1678, 1680; *dies.*, NZA 2004, 410, 415; *Meyer*, NZA 2004, 366, 368; *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019, 1022; *Nicolai*, SAE 2004, 240, 241 f., *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2241; der Sache nach auch *Buchner*, DB 2001, Beilage, Nr. 9, S. 9; *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 49, 52 f. sowie im Ausgangspunkt auch LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 593 f.

22 So aber etwa *Rolfs/Clemens*, aaO.; *Bauer/Krieger*, aaO.; *Nicolai*, aaO.

23 Für die dezidiert andere Grundhaltung s. aber etwa *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. unveränderte Aufl. (1976), S. 334 ff.; ders./*Schumann*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. (1987), Rn. 163 ff.; ders./*Hensche*, Kommentar zum TVG (2003), § 1 Rn. 833 f., 839; *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG, Kommentar für die Praxis, 3. Aufl. (1997), Grundl. Rn. 99; *Kempen/Zachert/Zachert*, aaO., § 1 Rn. 312; *Zabel*, AiB 1998, 615, 616; *Wolter*, RdA 2002, 218, 220 ff., 225 f.

24 BVerfGE 94, 268, 283; 100, 271, 282; 103, 293, 304.

25 BVerfGE 94, 268, 283.

26 BAGE 64, 284.

Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen²⁷. Im Hinblick auf Standortentscheidungen treffen damit zwei evident unvereinbare Sätze aufeinander. Denn hier geht es zum einen ja immer um das Ob, Wann und Wo der Herstellung. Zum anderen sind aber eben auch die wirtschaftliche und die soziale Seite der Maßnahme in diesen Fällen stets untrennbar miteinander verbunden. Anders als vom LAG Hamm wird dieser Widerspruch denn auch überwiegend durch eine weitgehende Rücknahme des ersten Satzes aufgelöst. So will man den Tarifparteien unter Rückgriff auf den zitierten Satz insbesondere das gesamte Feld der Betriebsänderungen i.S.d. §§ 111 ff. BetrVG als Regelungsgegenstand öffnen²⁸. Und auch das BAG gestattete in seiner Entscheidung schließlich einen unmittelbaren Zugriff auf die unternehmerische Entscheidung, obwohl es klar erkannt hatte, daß in dem konkreten Fall die unerwünschte soziale Folge, nämlich die Arbeitsverdichtung, keineswegs untrennbar mit der unternehmerischen Maßnahme zusammenhing²⁹. Denn diese Folge wäre für die von der Gewerkschaft vertretenen Arbeitnehmer auch unabhängig hiervon, etwa durch besondere Arbeitszeitverkürzungen, ohne weiteres zu neutralisieren gewesen. „Darauf“, so befand das Gericht nur lapidar, könne die Gewerkschaft „aber nicht verwiesen werden“³⁰. Der Grundhaltung des LAG Hamm entspricht das zweifellos nicht mehr³¹.

Gleiches gilt bei näherem Hinsehen wohl sogar für den Großteil der Literatur³². Die These, daß sich die Tarifmacht nur auf den bei der unternehmerischen Entscheidung zu berücksichtigenden „sozialen Datenkranz“ erstrecke, während die Entscheidung als solche frei zu bleiben habe³³, wird als „extrem“ bezeichnet³⁴ und hat sich bislang

27 BAG, aaO., S. 296; s. aus der Lit. nur etwa *Wiedemann*, FS Riesenfeld, S. 301, 302 f., 307; *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 14; *Meik*, Der Kernbereich der Tarifautonomie (1987), S. 82; *Kulka*, RdA 1988, 336, 345; *Dütz*, JA 1987, 405, 410; *Säcker/Oetker*, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 72, 82 f.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht (o. Fn. 19), § 35 Rn. 23; weitergehend noch außer den bereits o. in Fn. 23 genannten Stimmen etwa *Rieth*, Die Steuerung unternehmerischen Handelns durch Tarifvertrag, Diss. Konstanz (1980), passim, zusammenfassend S. 129 ff., 132 f.; *Moll*, Künstliche Beschäftigung im Kollektivvertragsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland (1982), S. 126 ff.; wohl auch *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 15), S. 126 ff.; *Weyand*, Die tarifvertragliche Mitbestimmung unternehmerischer Personal- und Sachentscheidungen (1989), S. 81 ff., 192 f.; *Stark*, Verfassungsfragen einer Arbeitsplatzsicherung durch Tarifvertrag (1989), S. 51 ff.; *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien (1991), S. 93.

28 S. hierfür nur etwa *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 15, 19 f.; *Wiedemann/Wiedemann*, TVG (o. Fn. 11), Einl. Rn. 459 (enger noch *ders.*, FS Riesenfeld, S. 301 ff.); weitergehend *Säcker/Oetker*, aaO., S. 71 f.

29 Zutreffend in der Analyse *Loritz*, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit (o. Fn. 20), S. 65 f., 74.

30 BAGE 64, 284, 297.

31 Vgl. hierzu auch *Loritz*, Tarifautonomie und Gestaltungsfreiheit (o. Fn. 20), S. 115 f.; *ders.*, ZTR 1990, 455 ff., 495 ff.; ausdrückliche Zustimmung für das BAG demgegenüber etwa bei *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 89; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (o. Fn. 19), § 7 III 5 e, S. 351 m.w.N.

32 S. außer den im folgenden noch zu nennenden Stimmen die Nachw. o. in Fn. 23, 27.

33 So *Biedenkopf*, Verhdlg. des 46. Deutschen Juristentags 1966, Bd. I, S. 97, 162 f.; s. ferner etwa *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des

nicht durchsetzen können³⁵. Vielmehr billigt man dem Tarifvertrag grundsätzlich auch die Untersagung von Rationalisierungsmaßnahmen und Betriebsänderungen zu, sollte dies der Erhaltung von Arbeitsplätzen und dem Schutz der Arbeitnehmer dienen. „In der Gemengelage unternehmerischer und sozialer Gesichtspunkte“ müsse, so formuliert durchaus repräsentativ etwa wiederum *Wiedemann*, „eine Interessenabwägung zwischen Unternehmens- und Tarifautonomie stattfinden“³⁶. Ob bei einem Abwägungsergebnis pro Tarifautonomie dann auch ein Arbeitskampf in Betracht kommt, wird innerhalb der h.M. allerdings bereits wieder kontrovers diskutiert³⁷.

b. Die Unzulässigkeit eines Arbeitskampfes um die eigentliche Standortentscheidung nach geltendem Recht

- 12** [1] Will man in dieser Lage klarer sehen, ist zunächst auf die Regelungen des TVG zurückzugreifen. Für die Frage, welche Forderungsinhalte überhaupt tarifierbar sind und für welche Forderungsinhalte deshalb grundsätzlich auch der Arbeitskampf als Druckmittel zur Verfügung stehen kann, finden sich hier die maßgeblichen einfachgesetzlichen Vorgaben. Erst wenn die Streikbefugnis danach zu verneinen sein sollte, werden auch verfassungsrechtliche Fragen virulent.
- 13** [2] Versucht man die Forderung nach einer unmittelbaren Teilhabe an der unternehmerischen Standortentscheidung den Begriffen der Inhalts-, Abschluß- oder Beendigungsnorm zu subsumieren, fällt das Ergebnis eindeutig aus: Keine dieser Kategorien ist einschlägig, weil von vornherein keine Fragen des Arbeitsvertrags und des Arbeitsverhältnisses betroffen sind³⁸. Mit dem unmittelbaren Zugriff auf eine unternehmenspolitische Entscheidung erhebt die Gewerkschaft der Sache nach vielmehr Anspruch auf die Einräumung einer **gesellschaftsrechtlichen** Stellung.

Arbeitsverhältnisses (1968), S. 181; *Bulla*, DB 1980, 103, 106; auch *Reuter*, ORDO 36 (1985), 51, 81.

34 So etwa *Wiedemann/Wiedemann*, TVG (o. Fn. 11), Einl. Rn. 456.

35 Exemplarisch für die Ablehnung außer *Wiedemann*, aaO. etwa *Söllner*, ArbRdG 16 (1978), 19, 28; *Moll*, Künstliche Beschäftigung (o. Fn. 27), S. 126 ff.; *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 15), S. 126 f.; *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 14 m. Fn. 37; *Meier-Krenz*, Die Erweiterung von Beteiligungsrechten (o. Fn. 19), S. 96; *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 71 f., 77; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (o. Fn. 19), § 7 III 5 a, S. 342; *Däubler/Hensche*, TVG (o. Fn. 23), § 1 Rn. 830; BAGE 64, 284, 296.

36 So *Wiedemann*, aaO., Rn. 459; s. ferner an dieser Stelle nur etwa *Gamillscheg*, aaO., *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 1, 5; *Kissel*, Arbeitskampfrecht (o. Fn. 19), § 35 Rn. 23 sowie auch noch *Löwisch/Rieble*, TVG, Kommentar (1992), § 1 Rn. 197.

37 Dagegen etwa *Wiedemann*, aaO., Rn. 458; *Beuthien*, ZfA 1984, 1, 20; *Gamillscheg*, aaO., u. b, S. 345; *Hanau/Thüsing*, aaO., S. 52; dafür aber etwa *Rieth*, Steuerung unternehmerischen Handelns (o. Fn. 27), zusammenf. S. 132; *Weyand*, Tarifvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 27), S. 160, 180 ff.; *Dieterich*, in: ErfK zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. (2005), Art. 9 GG Rn. 111 b; wohl auch *Däubler*, NJW 2005, 30, 31.

38 S. nur auch *Rieth*, aaO., S. 32; *Weyand*, aaO., S. 84 ff.; *Beuthien*, aaO., S. 15; *Lieb*, DB 1999, 2058, 2065; *Buchner*, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 9.

Anhaltspunkte für die Tarifrierbarkeit der hier zur Debatte stehenden Forderung lassen sich ferner aber auch nicht in der weiterhin von § 1 Abs. 1 TVG zur Verfügung gestellten Kategorie „betrieblicher Normen“ finden, und das gilt unabhängig von den verfassungsrechtlichen Zweifeln, die das TVG insoweit begründen muß³⁹. Denn bei allen Unklarheiten über die konkrete Reichweite des Begriffs der Betriebsnorm kommt man in unseren Fällen nicht daran vorbei, daß betriebliche Fragen bereits vom Wortsinn her nur solche Fragen sind, die sich **im** Betrieb stellen und die folglich die Existenz des Betriebs als sachlich-organisatorische Einheit arbeitsteiligen Zusammenwirkens voraussetzen. Nur im Hinblick auf einen in diesem Sinne **bestehenden** Betrieb gibt es wegen der allfälligen Organisations-, Koordinations- und Ordnungsfragen ferner aber auch überhaupt Bedarf an einer speziellen, für sämtliche Arbeitnehmer unterschiedslos normativ wirkenden Regelungsbefugnis. Standortentscheidungen sind hiernach keinesfalls „betriebliche Fragen“ i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG. Sie gehen diesen vielmehr denknöwendig voraus⁴⁰ und bedürfen zu ihrer zweckdienlichen Umsetzung auch keiner besonderen normativen Wirkung. Eine Subsumtion unter § 1 Abs. 1 TVG kommt deshalb so lange nicht in Betracht, wie man den Gewährleistungsgehalt dieser Vorschrift nicht unter Rückgriff auf Art. 9 Abs. 3 GG erweitern zu müssen meint⁴¹.

[3] § 1 Abs. 1 TVG bietet damit allein noch die Möglichkeit, die erstrebte Standortvereinbarung als zulässigen Inhalt des **schuldrechtlichen** Teils eines Tarifvertrags zu erfassen. Ob das möglich ist, wird in der Literatur kontrovers beurteilt⁴². Nach den vorstehenden Erkenntnissen ohne weiteres abzulehnen wäre ein solches Unterfangen, wenn man dem früher vielfach aufgestellten „Harmoniepostulat“ folgen wollte, wonach schuldrechtlich im Tarifvertrag nicht vereinbart werden darf, was normativ nicht vereinbart werden kann⁴³. Gleiches würde ferner aber auch dann gelten, wenn man von einem sog. funktionalen Gesamtverständnis des Tarifvertrags ausginge, das zwar keine volle Harmonie zwischen normativem und

39 S. hierzu nur etwa Zöllner, RdA 1962, 453, 456 ff.; ders./Loritz, Arbeitsrecht (o. Fn. 14), § 36 II 3, S. 396 f.; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie (1964), S. 310 ff.; Richardi, Kollektivgewalt (o. Fn. 33), S. 236 f.; Lieb, RdA 1967, 441 ff.; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1502 ff.; H. Hanau, RdA 1996, 158, 160 ff.; Picker, RdA 2001, 258, 284 f.

40 S. auch Beuthien, ZfA 1984, 1, 16.

41 S. solche speziell auf Art. 9 Abs. 3 GG zurückgreifenden Erweiterungen etwa bei Jahnke, Tarifautonomie und Mitbestimmung (1984), S. 82 ff.; 86 f. sowie auch bei Beuthien, aaO., S. 16 ff.; vgl. ferner Däubler/Hensche, TVG (o. Fn. 23), § 1 Rn. 839; abl. demgegenüber aber etwa Buchner, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 9; Hanau/Thüsing, ZTR 2001, 49, 53; s. ferner auch die Trennung zwischen unternehmerischen und betrieblichen Fragen i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG bei Däubler, Grundrecht (o. Fn. 23), S. 295; Weyand, Tarifvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 27), S. 98.

42 Dafür etwa Däubler, Tarifvertragsrecht (o. Fn. 23), Rn. 175 d; Kempen/Zachert/Zachert, TVG (o. Fn. 23), § 1 Rn. 363; Hanau/Thüsing, aaO., 1, 53; Hensche, aaO.; dagegen: Wiedemann/Wiedemann, TVG (o. Fn. 11), § 1 Rn. 747; Buchner, aaO., S. 9.

43 So Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, 7. Aufl. (1967), § 10 III 3, S. 168; § 16 III 2, S. 330; § 17 III, S. 337; Mayer-Maly, BB 1966, 1067, 1069; Säcker, BB 1966, 1031; Richardi, Kollektivgewalt (o. Fn. 33), S. 199 ff.; s. auch Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (2004), Grundl. Rn. 72, § 1 Rn. 425 sowie unter dem Aspekt des Arbeitskampfs auch Lieb, DB 1999, 2058, 2067.

schuldrechtlichem Teil fordert, das aber für beide Teile des Tarifvertrags „sachlich dieselben rechtlichen Höchstschranken“ gelten lassen will⁴⁴.

- 16** Man muß diesen Ansichten nicht notwendigerweise folgen, um doch immerhin eines deutlich zu erkennen: Öffnet man den schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags für sämtliche Arten von Regelungsinhalten, weil die Tarifvertragsparteien insoweit nur ihre allgemeine Vertragsfreiheit wahrnehmen⁴⁵, muß man dieser allgemeinen Grundlage auch die Verhandlungsinstrumente der Parteien anpassen. Das aber heißt vor allem, daß auf dem Feld der allgemeinen Vertragsfreiheit das extraordinäre Druckmittel des Arbeitskampfes nicht in Betracht kommen kann⁴⁶. Denn dieses Instrument kommt den Tarifvertragsparteien ja nicht aufgrund einer besonderen persönlichen Dignität, sondern allein aufgrund ihrer besonderen Funktion bei der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu. Diese besondere Funktion aber zeigt sich im TVG – nur um dessen Regelungen geht es ja vorerst noch immer! – dort, wo sie nicht für sich, sondern für ihre Mitglieder als den eigentlich von den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Betroffenen agieren⁴⁷. Angesprochen sind folglich aber in der Tat nur die Bereiche, in denen die Tarifpartner ihre Regelungen gleichsam als Vertreter und deshalb mit normativer Wirkung treffen. Nach der inneren Logik des TVG muß eine schuldrechtliche Regelung deshalb jedenfalls dort die Sachmaterien „Arbeitsverhältnis“ oder „betriebliche Fragen“ zum Gegenstand haben, wo sie mittels Arbeitskampfes einforderbar sein will. Bei Standortvereinbarungen ist das jedoch, wie gesehen, nicht der Fall.

c. Die Wertungskonsistenz der überkommenen Rechtslage und das fehlende Bedürfnis nach einer Rechtsfortbildung

[1] Die auf Art. 9 Abs. 3 GG gestützten Bestrebungen zur Erweiterung der Regelungs- und Kampfbefugnis

- 17** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Solange man die inhaltlichen Grenzen der Arbeitskampfbefugnis ausschließlich den Regelungen des TVG entnimmt, kommt ein Streik um die direkte Teilhabe an der unternehmerischen Standortentscheidung nicht in Betracht. Will man in dieser Frage anders entscheiden, muß man deshalb entweder zum Zwecke einer korrigierenden Auslegung von § 1 TVG oder aber ganz unmittelbar auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 9 Abs. 3 GG zurückgreifen. In der Tat ist dies zumeist auch der Weg, den die zahlreichen Stimmen beschreiten, die eine über das gefundene Zwischenergebnis hinausgehende

44 So *Beuthien*, ZfA 1983, 141, 160; s. ferner auch *Reuter*, ZfA 1990, 535, 548; *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 160 ff.

45 S. hierfür etwa ErfK (o. Fn. 37)/*Schaub*, § 1 TVG Rn. 61; *Däubler*, Grundrecht (o. Fn. 23), S. 193; enger, nämlich ausdrücklich auf Gegenstände der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i.S.v. Art. 9 Abs. 3 GG bezogen, allerdings *ders.*, Tarifvertragsrecht (o. Fn. 23), Rn. 175 ff.; leicht mißzuverstehen in diesem Zusammenhang *Löwisch/Rieble*, TVG (o. Fn. 43), § 1 Rn. 425.

46 Zutreffend *Beuthien*, ZfA 1983, 141, 162; *Lieb*, DB 1999, 2058, 2066; vgl. auch *Löwisch/Rieble*, aaO.; *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 160.

47 Vgl. hierzu auch *Säcker/Oetker*, aaO., S. 159.

Regelungsbefugnis der Koalitionen im Grundsatz bejahen, mögen sie auch hinsichtlich der Kampfbefugnis vielfach divergieren.

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist ihnen dabei der in Art. 9 Abs. 3 GG neben den Arbeitsbedingungen genannte Begriff der Wirtschaftsbedingungen. Er lasse sich, so die heute ganz herrschende Meinung⁴⁸, nicht nur als spiegelbildliche Formulierung der Arbeitsbedingungen begreifen und deshalb kurzerhand mit diesen gleichsetzen⁴⁹. Vielmehr erweitere er, auch wenn er nicht, gleichsam ins andere Extrem verfallend, jegliche unternehmerische Entscheidung der Tarifautonomie zugänglich mache⁵⁰, das Betätigungsfeld der Koalitionen doch immerhin auf solche unternehmerischen Entscheidungen, die den Status des einzelnen Arbeitnehmers oder der gesamten Arbeitnehmerschaft unmittelbar betreffen oder, so die ähnliche, schon mehrfach zitierte Wendung, bei denen sich die wirtschaftliche und die soziale Seite nicht voneinander trennen lassen⁵¹.

[2] Der begrenzte Gewährleistungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG

[a] Überprüft man die Tragfähigkeit solcher Argumentationen, darf man sich von der hohen Dignität der berufenen Norm nicht blenden lassen. Und das gilt auch dann, wenn man der heute ganz herrschenden, gleichwohl problematischen und noch nicht einmal vom Wortlaut der Verfassung gestützten Ansicht vom eigenen kollektiven Grundrecht der Koalitionen prinzipiell folgen will⁵². Denn das von der Verfassung eröffnete sachliche Betätigungsfeld und der Einsatzbereich spezifischer Betätigungsmittel, und allein um sie geht es ja, müssen sich nicht notwendigerweise decken. Vielmehr handelt es sich hierbei um gedanklich wie rechtlich zu trennende Sachfragen, die, werden sie nicht auseinandergehalten, zu einem dogmatischen Kurzschluß führen müßten⁵³. So wäre, um es konkret zu machen, dem textlichen Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG zweifellos auch dann noch Genüge getan, wenn man den Koalitionen im Hinblick auf unternehmerische Standortentscheidungen die besonderen Aktionsformen des Tarifvertrags und des Arbeitskampfes vorenthalten und sie stattdessen auf andere Arten der Betätigung, etwa

48 S. hierfür nur etwa Söllner, ArbRdG 16 (1978), 19, 26 ff.; Wiedemann, FS Riesenfeld, S. 301, 302 ff.; ders., in: Wiedemann, TVG (o. Fn. 11), Einl. Rn. 99; Kempen/Zachert/Kempen, TVG (o. Fn. 23), Grundl. Rn. 96 f.; Beuthien, ZfA 1984, 1, 13 f.; Dütz, JA 1987, 405, 410; Sacker/Oetker, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 40 ff. m. zahlr. w.N.

49 S. hierfür heute nur etwa Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht (o. Fn. 14), § 8 III 1, S. 111 f.; Kissel, Arbeitskampfrecht (o. Fn. 19), § 4 Rn. 30.

50 S. zu solchen Stimmen und ihrer Kritik nur etwa Sacker/Oetker, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 40; Wiedemann/Wiedemann, TVG (o. Fn. 11), Einl. Rn. 456; Beuthien, ZfA 1984, 1, 13 f.; auch Söllner, ArbRdG 16 (1978), 19, 24.

51 S. hierfür nur die Nachw. o. Fn. 27.

52 S. zum eigenen Grundrecht der Koalitionen nur etwa BVerfGE 84, 212, 225; 92, 365, 393 sowie aus der Lit. ErfK (o. Fn. 37)/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 38 m.w.N.; zu Recht krit. aber etwa Zöllner, AöR 98 (1973), 71, 77 ff.; ders./Loritz, Arbeitsrecht (o. Fn. 14), § 8 IV 4 e, S. 119 f.; Scholz, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem (1971), S. 51; Vollmer, JA 1978, 53, 54; Höfling, JZ 2000, 44; Rieble, ZfA 2000, 1, 23; Picker, ZfA 1986, 199, 201 ff.; ders., NZA 2002, 761, 764 f. m. zahlr. w. N. zum Streitstand in Fn. 21.

53 S. hierzu nur auch BVerfGE 50, 290, 371 f.

Demonstrationen und ähnliches, verweisen würde⁵⁴. Hinsichtlich welcher Fragen genau die spezifischen Betätigungsmittel der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes vom Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG erfaßt sind, läßt sich deshalb selbst bei einem noch so weiten Verständnis des Begriffs der Wirtschaftsbedingungen nicht ohne weiteres feststellen. Es bedarf hierfür, wie im Grundsatz wohl auch allgemein anerkannt, stets zusätzlicher Überlegungen – ohne daß damit zugleich auch schon einer wie auch immer gearteten Kernbereichslehre das Wort geredet wäre.

- 19** [b] (1) Bei den geforderten zusätzlichen Überlegungen greift man heute ganz überwiegend auf andere Grundgesetzgarantien, namentlich die von Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit und die von Art. 14 GG geschützte Eigentumsfreiheit zurück. Man sucht also nach einem ebenbürtigen Verfassungsantagonisten, der es mit dem in Frage stehenden Prinzip im Rahmen einer auf praktische Konkordanz zielenden Interessenabwägung aufnehmen und so unerwünschte Wucherungen und Einseitigkeiten verhindern kann⁵⁵. Die Frage, ob den Gewerkschaften auch im Hinblick auf originäre unternehmerische Entscheidungen die Betätigungsmittel Tarifautonomie und Arbeitskampf zur Verfügung stehen, hängt demzufolge ganz maßgeblich davon ab, ob und inwieweit man hierdurch die Unternehmerrautonomie als eine herkömmlich in den genannten Artikeln 12 und 14 GG lozierte Verfassungsgarantie tangiert sieht. Daß dabei dann allerdings gerade in unseren Fällen die Bandbreite der Beurteilungen ganz erhebliche Ausmaße annimmt, wird kaum verwundern. Von der schon mehr als kühnen Behauptung, Art. 12 GG könne bereits deshalb gar nicht mehr verletzt werden, weil jedenfalls der verbandsangehörige Arbeitgeber seine Berufsfreiheit gerade mit dem Beitritt zur Koalition ausgeübt und damit praktisch aufgegeben habe⁵⁶, bis hin zu einer pointierten Betonung der Berufsfreiheit⁵⁷ findet sich alles.
- 20** (2) Schon diese Vielfalt möglicher Wertungen beleuchtet die grundsätzliche Problematik der heute vorherrschend geübten Methode bei der Suche nach den Grenzen der Tarifautonomie. Indem man dem Rechtsanwender die Herstellung praktischer Konkordanz im Wege einer Interessenabwägung aufgibt, schafft man nicht nur ein gehöriges Maß an Rechtsunsicherheit. Man verkürzt vor allem auch die

54 Vgl. hierzu auch die Ausführungen des BVerfG, aaO.

55 Exemplarisch für die hier verfolgten Fälle Wiedemann/Wiedemann, TVG (o. Fn. 11), Einl. Rn. 456; Beuthien, ZfA 1984, 1, 12; Säcker/Oetker, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 252 f.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht (o. Fn. 19), § 7 III 5 a, S. 342; Kissel, Arbeitskampfrecht (o. Fn. 19), § 35 Rn. 23; Hohenstatt/Schramm, DB 2004, 2214; LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 536 f.; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 594; BAGE 64, 284, 295 f.; s. allgemein zu dieser Methode nur etwa BVerfGE 94, 268, 284 ff.; 100, 271, 283 ff.; 103, 293, 306 ff.; HJ. Otto, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der koalitionspezifischen Betätigung (1982), S. 46 ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995), Rn. 72; Lerche, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V (1992), § 122 Rn. 3 ff.

56 So etwa Wolter, RdA 2002, 218, 220, 222 f.; treffend gegen derartige Überlegungen bereits Däubler, Grundrecht (o. Fn. 23), S. 218 f.

57 S. hierfür nur etwa Buchner, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 7; Rolfs/Clemens, DB 2003, 1678, 1680; Bauer/Krieger, NZA 2004, 1019, 1022; Nicolai, SAE 2004, 240, 242; Hohenstatt/Schramm, DB 2004, 2214 f.; Reichold, BB 2004, 2814, 2817; LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 536 sowie auch Lieb, DB 1999, 2058, 2066.

in Frage stehenden Freiheitssphären der Parteien: Interessenabwägungen weisen zwangsläufig immer auch starke rechtsgestaltende Momente auf, so daß die Wertung des Gesetzes in der konkreten Entscheidung bestenfalls noch **zufällig** realisiert wird, dann nämlich, wenn sie sich mit der im Rahmen der geforderten Interessenabwägung vom Richter vorgenommenen Wertung deckt⁵⁸. Allein das zwingt zur Überprüfung der Methode.

Hinzu kommt schließlich aber auch noch folgendes: Der Weg, die Grenzen einer Grundrechtsgewährleistung maßgeblich mittels Abwägung zu bestimmen, beruht auf einer weitgehend zirkulären Grundannahme. Denn wenn man akzeptable Ergebnisse nur dadurch erzielen zu können glaubt, daß man dem betroffenen Prinzip ein konträr wirkendes entgegenstellt und somit bildlich betrachtet **Außenschränken** errichtet, impliziert das ja, daß es an hinreichend wirksamen **Innenschränken** fehlt. Man unterstellt folglich, daß der Gewährleistungsgehalt des Grundrechts „an sich“ schon so weit gehe, wie er konkret zur Debatte steht. Unausgesprochen setzt man damit aber eben immer auch gerade das voraus, was es im konkreten Fall eigentlich erst noch zu zeigen gilt. **21**

(3) All diese Gründe lassen es richtig erscheinen, bei der Frage nach dem Gewährleistungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die spezifischen Betätigungsmittel der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes entgegen den heute herrschenden Strömungen nicht auf Abwägungen zu verfallen, sondern diese Frage maßgeblich „von innen heraus“ zu beantworten, sich also ganz auf die Auslegung des einschlägigen Grundrechts unter besonderer Berücksichtigung seiner spezifischen Funktion zu konzentrieren. Ein solches Vorgehen vernachlässigt auch nicht etwa konträre Interessen und Rechtspositionen, im Gegenteil. Denn eine Unternehmerautonomie etwa, um in unserem Kontext zu bleiben, die aufgrund klar erkannter Grenzen der Koalitionsfreiheit von vornherein unberührt bleibt, ist zweifelsohne mehr Wert als eine solche, die gegen die Koalitionsfreiheit überhaupt erst in Stellung gebracht werden muß und damit in ihrer Reichweite eben immer auch ganz entscheidend davon abhängt, welche Wertigkeit ihr der Rechtsanwender im konkreten Fall zuspricht; sie ist dann immer schon von Art. 9 Abs. 3 GG selbst mitbedacht. **22**

[c] Wie bereits gesehen, kommt man bei der geforderten Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf die spezifischen Betätigungsmittel der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes mit dem bloßen Normtext nicht weiter. Das entspricht, wie ebenfalls bereits festgestellt, heute praktisch auch allgemeiner Ansicht. Weitgehend anerkannt ist ferner, daß bei der Konkretisierung so junger und normativ geprägter Verfassungsgarantien wie der Koalitionsfreiheit die **historische Auslegung** eine ganz maßgebliche Rolle spielen muß. Denn die aufgrund ihres geringen Alters noch wenig ausgeprägte und dementsprechend deutungsoffene Begrifflichkeit der Verfassung läßt sich in handhabbare Rechtssätze überhaupt nur dann transformieren, **23**

⁵⁸ S. hierzu in anderem Zusammenhang auch schon *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung (1999), S. 86 f., 102 f., 345 f.

wenn klar ist, auf welche Sachverhalte und Rechtsinstitute sich der Verfassungsgeber ursprünglich bezogen hat⁵⁹.

- 24** Was die Tarifaufonomie und den Arbeitskampf als Teilgarantien der Koalitionsfreiheit angeht, ergibt sich damit aber für unsere Fragestellung ein m.E. eindeutiges Bild. Denn der Tarifvertrag und die zu seiner Erzwingung eingeräumte Kampfbefugnis stellen entwicklungsgeschichtlich eine Reaktion auf das Marktversagen beim Aushandeln von **Arbeitsbedingungen** dar. Beide Institute sind jedenfalls dort, wo man sie wie heute komplementär verstanden hat, von ihren Ursprüngen an auf den Arbeitsvertrag und dessen Inhalte bezogen. Nicht waren sie dagegen Mittel zur Überwindung der spezifischen arbeitsvertraglichen Bindung hin zu einer der Sache nach bereits gesellschaftsrechtlichen Stellung⁶⁰.

Diese spezifische Funktion der hier zur Debatte stehenden Teilgarantien der Koalitionsfreiheit spiegelt sich vor allem aber auch in den von den Verfassungsgebern bereits vorgefundenen Rechtsvorschriften über den Tarifvertrag in aller Deutlichkeit wider. Denn sowohl die historische TVVO als auch das noch vor dem GG erlassene TVG beschränken sich mit Blick auf den Inhalt von Tarifverträgen im wesentlichen auf Gegenstände des Arbeitsvertrags⁶¹. Geht man davon aus, daß sich die ver-

59 S. zur Bedeutung der historischen Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG nur etwa BVerfGE 4, 96, 101 und 106 f.; 18, 18, 27 ff.; 19, 303, 314; 38, 386, 394; 50, 290, 367, 371 f.; 84, 212, 224; s. ferner nur auch noch *Picker*, ZfA 1986, 199, 245; *ders.*, Die Tarifaufonomie in der deutschen Arbeitsverfassung (2000), S. 39 ff.; *ders.*, 2. FS BAG, 2004, S. 795, 801, 803 ff. (dort auch zu der nur scheinbaren, vornehmlich auf Fehlverständnissen beruhenden Gegenposition *Reuters*, FS H. Hattenhauer, S. 409 ff.); *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG (o. Fn. 23), Grundl. Rn. 111, 113; *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 56; *Rieble*, Arbeitsmarkt (o. Fn. 39), Rn. 1108 ff., 1135 ff.; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht (o. Fn. 14), § 33 IV 1, S. 374 f.; *Waltermann*, ZfA 2000, 53, 69; *Richardi*, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung (2002), S. 24 ff.; im Ausgangspunkt auch *Weyand*, Tarifvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 27), S. 19, 75 f.; *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 15), S. 124 f.

60 S. hierzu grundlegend *Picker*, ZfA 1986, 199, 246 ff.; *ders.*, GS Knobbe-Keuk, S. 879 ff. sowie ferner auch *Scholz*, Koalitionsfreiheit (o. Fn. 52), S. 22 ff.; *Weyand*, aaO., S. 20 ff., zusammenfassend S. 59 ff.; eine ganz andere, freilich kaum substantiiert begründete Sicht der Entwicklungsgeschichte findet sich demgegenüber etwa bei *Kempen*, aaO., Rn. 112, 115.

61 Der Text des einschlägigen § 1 TVVO lautete: „Sind die Bedingungen für den Abschluß von Arbeitsverträgen zwischen Vereinigungen von Arbeitnehmern und einzelnen Arbeitgebern oder Vereinigungen von Arbeitgebern durch schriftlichen Vertrag geregelt (Tarifvertrag), so sind Arbeitsverträge zwischen den beteiligten Personen insoweit unwirksam, als sie von der tariflichen Regelung abweichen. Abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie im Tarifvertrage grundsätzlich zugelassen sind, oder soweit sie eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten des Arbeitnehmers enthalten und im Tarifvertrag nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. An die Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrags. Beteiligte Personen im Sinne des Abs. 1 sind Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Vertragsparteien des Tarifvertrags oder Mitglieder der vertragsschließenden Vereinigungen sind oder bei Abschluß des Arbeitsvertrags gewesen sind oder die den Arbeitsvertrag unter Berufung auf den Tarifvertrag abgeschlossen haben.“
Dafür, daß man die Regelung arbeitsvertraglicher Inhalte als Wesensmerkmal des Tarifvertrags aufgefaßt hat, s. aus der Lit. nur etwa *Sinzheimer*, Der korporative

fassungsrechtliche Garantie der Koalitionsfreiheit maßgeblich auf die genannte Grunderfahrung wie auch die ihr entspringende Rechtswirklichkeit bezogen hat – und alles andere wäre fernliegend –, so steht folglich für den Umfang der grundgesetzlichen Gewährleistung der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes jedenfalls nach der Ursprungskonzeption fest: Sie erstreckt sich nur auf Gegenstände des Arbeitsverhältnisses. Die Teilhabe an originär unternehmerischen Entscheidungen, wie sie hier zur Debatte steht, kann dagegen nicht mehr unter Berufung auf grundgesetzlichen Schutz erzwungen werden⁶².

Arbeitsnormenvertrag, Teil 1 (1907), S. 96 ff.; *Legien*, Die Deutsche Gewerkschaftsbewegung (1911), S. 15 f., 25; *A. Hueck*, Das Recht des Tarifvertrags (1920), S. 39, 47; *Molitor*, Kommentar zur Tarifvertragsverordnung (1930), Anh. I zu § 1, Anm. 1, S. 98; *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 3.-5. Aufl. (1932), § 9 I 1, S. 61 m.w.N.

- 62 Dazu, daß auch mit dem im Zuge der Notstandsgesetzgebung in das GG gelangten Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG keine Änderung der bis dahin tradierten verfassungsrechtlichen Beurteilung von Arbeitskämpfen bezweckt war, s. den schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses, BTDrucks. V/2873, S. 3; BTDrucks. V/1879, S. 24 sowie ausführlich *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht (1975), S. 71 ff.; *Scholz*, Koalitionsfreiheit (o. Fn. 52), S. 38 f.

Zu kurz greifen ferner auch die auf Artt. 159, 165 WRV rekurrierenden Ausführungen von *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 59 ff. (weitgehend übereinstimmend auch schon *Rieth*, Die Steuerung unternehmerischen Handelns (o. Fn. 27), S. 28 f.), und das gilt unabhängig davon, ob man dem Ausgangspunkt, daß die Verfasser des GG nicht hinter dem Gewährleistungsgehalt von Art. 159 WRV zurückbleiben wollten (s. BVerfGE 4, 96, 102; *Säcker/Oetker*, aaO., S. 59; abw. aber etwa *Reuter*, FS H. Hattenhauer, S. 409, 419), folgen will oder nicht. Denn auch ersterenfalls ergibt sich kein von unseren bisherigen Feststellungen abweichendes Ergebnis. So liefert die Erweiterung des Wortlauts von Art. 159 WRV („Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“) gegenüber dem damaligen § 152 GewO („Lohn- und Arbeitsbedingungen“) kein Argument für einen weitergehenden Einsatzbereich gerade der spezifischen Betätigungsformen „Tarifvertrag“ und „Arbeitskampf“. Es gilt für Art. 159 WRV schon ganz allgemein nichts anderes als für Art. 9 Abs. 3 GG: Das sachliche Betätigungsfeld und der Einsatzbereich spezieller Betätigungsmittel müssen sich nicht notwendigerweise decken. Für Art. 159 WRV gilt das aber auch im besonderen, weil die g.h.M. hier davon ausging, daß der Gewährleistungsgehalt der Norm die sog. Koalitionsmittel überhaupt nicht erfasse (s. nur *Nipperdey*, in: ders. (Hg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, S. 414 f.; *Gebhard*, Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reichs (1932), Art. 159 Anm. 3 c, S. 553; *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. (1933), Art. 159 Anm. 5, S. 733 f. jew. m.w.N.; s. heute auch *Scholz*, aaO., S. 33 f.; *Richardi*, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung (o. Fn. 59), S. 35. Am bisherigen Ergebnis ändert schließlich aber auch der weitere Rückgriff auf Art. 165 Abs. 1 WRV nichts (s. hierzu *Säcker/Oetker*, aaO., S. 60 ff.), im Gegenteil. Denn die Norm wird gründlich mißverstanden, wenn man aus ihrem programmatisch formulierten ersten Satz, daß die Arbeiter und Angestellten dazu berufen seien, „gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken“, darauf schließt, den Koalitionen sollte von Verfassungs wegen ein Mandat in wirtschaftlich-unternehmerischen Angelegenheiten erteilt werden, nur weil Satz 2 der Vorschrift lautete: „Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt.“ Die Ratio dieses zweiten Satzes ist vielmehr eine ganz andere. Sie erschließt sich erst, wenn man auch die Abs. 2-6 des Artikels sowie v.a. seine Genese beachtet: Art. 165 WRV war eine späte Konzession der Verfassungsgeber an die in der

[3] Die fehlende Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung

- 25 [a] Mit diesem Befund, das gilt es klarzustellen, ist nicht etwa einer Versteinerung der Koalitionsfreiheit oder auch nur des Tarifvertragswesens das Wort geredet⁶³. Daß sich die Koalitionen unter dem weiten Begriffsdach der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auch neue Betätigungsfelder erschließen können, ist nicht zu bezweifeln. Nur kann es dabei eben keinen Automatismus dergestalt geben, daß auf jedem neuen Betätigungsfeld zugleich die Tarifautonomie und der Arbeitskampf als spezifische Betätigungsmittel zur Verfügung stehen. Das Grundgesetz kennt insoweit keinen Zwangskonnex und verleiht erst recht keine Kompetenzkompetenz.
- 26 [b] Das alles schließt es nicht aus, das Tarifvertrags- und das Arbeitskampfrecht ggf. auch über die aufgezeigten Grenzen hinaus fortzubilden. Angesichts unseres Ausgangsbefunds zum Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG kann dies jedoch keinesfalls mehr Sache der Koalitionen selbst sein. Vielmehr ist insoweit der Gesetzgeber berufen⁶⁴. Dies muß nicht zwangsläufig auch in die Forderung nach einem formellen gesetzgeberischen Akt münden. Für die Frage einer Fortbildungsnotwendigkeit kann es unter hier nicht näher auszuführenden Umständen auch schon genügen, daß der überkommene Rechtszustand die eigentlichen Schutzzwecke nicht mehr zu verwirklichen vermag oder aufgrund generell gewandelter Grundwertungen in seinem aktuellen normativen Kontext als ein inakzeptabler Fremdkörper erscheint, der nurmehr widersprüchliche, mit dem fundamentalen Rechtsgebot der Gleichbehandlung unverträgliche Ergebnisse zeitigt. Ob von einer solchen

Revolution zunehmend stärker werdende Rätebewegung, die bekanntlich auf eine Überwindung der überkommenen kapitalistischen Wirtschafts- und Arbeitsverfassung zielte und die damit auch Existenz und Daseinsberechtigung der innerhalb dieses Systems agierenden Gewerkschaften bedrohte (s. hierzu ausf. nur etwa v. Oertzen, Betriebsräte in der Novemberrevolution, 2. Aufl. (1976), passim). Vornehmlicher Zweck von Art. 165 Abs. 2 S. 2 WRV war deshalb nicht die Ausweitung traditioneller Betätigungsfelder der Koalitionen, sondern deren Absicherung gegenüber dem konkurrierenden Rätemodell. Überaus deutlich wird dies bereits in der Begründung des Verfassungsartikels (im Entwurf Art. 34 a), s. hierzu Verhandlung der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Anlagen zu den stenogr. Berichten, Bd. 335, S. 229 (Drucks. Nr. 385) sowie auch *Sinzheimer*, in: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden (hrsg. von Otto Kahn-Freund und Thilo Ramm), Bd. 1, S. 325 ff., 332 f. (dort, S. 333 auch die positive Beschränkung der Gewerkschaften im Hinblick auf wirtschaftlich-unternehmerische Entscheidungen: „Planvolle Produktion ist deswegen nur in den Wirtschaftsräten möglich“). Es ist deshalb aber Art. 165 Abs. 1 WRV eine rechtliche Garantie gerade nur der Betätigungsfelder „Lohn- und Arbeitsbedingungen“ zu entnehmen (s. aus der zeitgenössischen Lit. auch *Gebhard*, aaO., Art. 165 Anm. 4, S. 560; *Anschütz*, aaO., Art. 165 Anm. 3, S. 746; *Tartarin-Tanheyden*, in: Nipperdey (Hg.), aaO., S. 547; in der Gegenwartslit. i.E. zutreffend *Seiter*, aaO., S. 492 f. Fn. 49; vgl. auch *Rieble*, Arbeitsmarkt (o. Fn. 39), Rn. 1488.

63 S. entsprechende Hinweise und auch Warnungen etwa bei BVerfG 50, 290, 369; *Scholz*, aaO., S. 19 ff.; *Kempen/Zachert/Kempen*, TVG (o. Fn. 23), Grundl. Rn. 113; *Reuter*, aaO., S. 409, 411; *Picker*, 2. FS BAG (2004), S. 795, 804; *Runggaldier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 15), S. 125; *Weyand*, Tarifvertragliche Mitbestimmung (o. Fn. 27), S. 76 f.; *Säcker/Oetker*, aaO., S. 64 f.; *Wiedemann/Stumpf*, TVG, Kommentar, 5. Aufl. (1977), Einl. Rn. 160.

64 Vgl. auch BVerfGE 50, 290, 369.

Lage mit Blick auf die hier verfolgte Problematik die Rede sein kann, erscheint allerdings mehr als zweifelhaft.

[c] (1) Überprüft man, ob das geltende Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht fortzubilden ist, soweit konkrete Standortentscheidungen betroffen sind, gilt es vorab festzuhalten, daß eine solche Fortbildung nicht schon durch die Regelungen der Europäischen Sozialcharta (insbes. Art. 6 Nr. 4 ESC) geboten ist, mag auch das Ministerkomitee des Europarates die Beschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Ziele in Deutschland für unzulässig halten⁶⁵. Denn selbst wenn man von der schon generell nur begrenzten Verbindlichkeit der Konvention wie auch der mangelnden Interpretationshoheit des Ministerkomitees absieht⁶⁶, ist damit ja noch nicht auch festgestellt, auf welche konkreten Gegenstände sich das in Art. 6 Nr. 4 ESC statuierte Streikrecht tatsächlich bezieht. Dies bleibt, auch wenn man die Beschränkung auf tariflich regelbare Ziele verwirft, eine offene Frage. Zu beantworten ist sie in erster Linie aus dem Sinnzusammenhang der Konvention. Dabei mag man dann – gleichsam als Notbremse – auf Art. 31 Nr. 1 ESC zurückgreifen und auch hier wiederum die Unternehmerfreiheit als kollidierendes und deshalb Einschränkungen legitimierendes Recht ins Feld führen⁶⁷. Überzeugender erscheint es allerdings, bei der Auslegung der ESC nicht anders als im nationalen Recht ebenfalls zunächst sehr sorgsam auf die „Innenschranken“ der gewährten Rechte zu achten. Denn Art. 6 Nr. 4 ESC kann ja nicht völlig losgelöst von seinem normativen Umfeld als Blankoermächtigung zu jeder Art von Streik verstanden werden. 27

Geht man so vor, sticht ins Auge, daß das Generalthema gerade auch von Art. 6 ESC die Regelung der „Beschäftigungsbedingungen“, in herkömmlicher deutscher Terminologie also der „Arbeitsbedingungen“, ist. Originär unternehmerische Gegenstände wie Standortfragen werden dagegen nicht angesprochen. Schon dies spricht gegen eine Erstreckung der Streikgarantie des Art. 6 Nr. 4 ESC auf die hier verfolgten Konstellationen. Gestützt wird dieser Befund v.a. aber auch noch durch die revidierte Fassung der ESC vom 3. Mai 1996. Denn die in dieser Folgekonvention neu geschaffenen Arbeitnehmerrechte in wirtschaftlichen Angelegenheiten (Art. 21 ESC rev.) und bei Massenentlassungen (Art. 29 ESC rev.) zeigen deutlich, daß man eine Teilhabe der Arbeitnehmer an originären Unternehmerentscheidungen durch die ursprüngliche Fassung der Konvention noch nicht gewährleistet sah. Art. 6 Nr. 4 ESC zwingt folglich aber unter keinen Umständen zur Fortbildung des geltenden deutschen Tarifvertrags- und Arbeitskampfrechts im Hinblick auf Standortentscheidungen.

(2) Gleichmaßen wenig weiterführend erscheint in „umgekehrter Richtung“ ein Rückgriff auf die in Art. 43 EGV statuierte Niederlassungsfreiheit. Das gilt schon aus rein faktischen Gründen: So helfen die europarechtlichen Vorgaben ja bereits dort 28

65 S. hierzu die Dokumentation in AuR 1998, 154 ff.

66 S. zur Bindungswirkung der Charta nur etwa BAGE 46, 322, 348 ff.; BAG NZA 2003, 734, 739; *Däubler*, AuR 1998, 144, 147; MünchArb (o. Fn. 20)/*Otto*, § 284 Rn. 54 und vgl. jüngst auch BVerfG, Beschl. vom 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 (= NJW 2004, 3407 ff.); zur mangelnden Interpretationshoheit des Ministerkomitees s. nur *Däubler*, aaO. sowie auch *Otto*, aaO.

67 So etwa LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 538.

nicht weiter, wo es um Standortverlagerungen im Inland oder aber um Verlagerungen in Nicht-Mitgliedstaaten geht. Es gilt aber auch aus rechtlichen Gründen: Zwar sind sog. Wegzugsfälle von der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich erfaßt⁶⁸. Allerdings bestehen bereits erhebliche Zweifel, ob der von Art. 43 EGV ausgehenden Bindung auch die Gewerkschaften als Privatrechtssubjekte unterliegen⁶⁹. Aber selbst dann, wenn man diese Problematik durch die Statuierung einer sich bei der Gesetzesauslegung verwirklichenden staatlichen Schutzpflicht gegenüber grundfreiheitswidrigem Privathandeln umgehen wollte⁷⁰, wäre noch nicht viel gewonnen. Denn der Arbeitnehmerschutz ist ein anerkannter Rechtfertigungsgrund für Einschränkungen gerade auch der Niederlassungsfreiheit⁷¹, so daß man bereits in materieller Hinsicht von eindeutigen europarechtlichen Vorgaben für unsere Problematik kaum sprechen kann. Vielmehr bestehen hier, wie von Art. 137 Abs. 5 EGV auch in formeller Hinsicht nochmals bestätigt, ganz erhebliche Gestaltungsspielräume für das mitgliedstaatliche Recht.

- 29 (3) (a) Entscheidende Bedeutung kommt in unserer Problematik folglich der nationalen Rechtsordnung zu, namentlich der Frage, inwieweit sich das bisher feststehende Ergebnis stimmig zu deren allgemeinen Grundsätzen sowie auch zu den besonderen Grundsätzen der Arbeitsrechtsordnung i.Ü. verhält.

Als ein erster, zweifellos sehr allgemeiner, gleichwohl bedeutender und nur allzu leicht in Vergessenheit geratender Umstand ist dabei zu beachten, daß der Arbeitskampf trotz aller **sozialen** Üblichkeit **rechtlich** nach wie vor eine Ausnahmeerscheinung darstellt. Er ist weder Ausfluß des individuellen Selbstbestimmungsrechts der Arbeitnehmer noch natürliches Vorrecht der Koalitionen. Vielmehr ist er der Sache nach noch immer lediglich erlaubter Vertragsbruch, erlaubte Nötigung⁷². Das gebietet von vornherein eine gewisse Zurückhaltung bei der Ausweitung tradierter Grenzen. Soll sie gleichwohl in Betracht gezogen werden, gilt es speziell für Streiks gegen Standortverlagerungen und -schließungen deutlich zu sehen:

- 30 Versteht man den Arbeitskampf nicht als Ausdruck einer besonderen, den Koalitionen gleichsam schon wesensmäßig zukommenden Freiheit, sondern als bloßes Hilfsmittel, das die marktmäßige Umsetzung der „Ware Arbeit“ ermöglichen soll, fehlt es in den einschlägigen Konstellationen regelmäßig an einer Grund-

68 S. nur Streinz/Müller-Graff, EUV/EGV, Kommentar (2003), Art. 43 EGV Rn. 27, 56, 69 m. zahlr. w.N. auch für die Rspr. des EuGH.

69 S. zum Streitstand speziell auch für kollektive Institutionen wie die Gewerkschaften nur die Nachw. bei Müller-Graff, aaO., Rn. 38 Fn. 86 - 90.

70 Zur Anerkennung staatlicher Schutzpflichten bei grundfreiheitswidrigem Privathandeln s. nur EuGH, Rs. C-265/95, Slg. 1997 I-6959 Rn. 30 ff. sowie auch Müller-Graff aaO., Rn. 91.

71 S. hierfür nur EuGH, Rs. C-208/00 (Überseering), Slg. 2002 I-9919 Rn. 92 sowie auch Müller-Graff, aaO., Rn. 76 m.w.N.

72 Grundlegend BAGE (GS) 1, 291, 298, 300; trotz Anerkennung eines subjektiv-privaten Streikrechts auch Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht (o. Fn. 62), S. 50 f.; s. aus der Lit. ferner nur etwa Picker, ZfA 1986, 199, 206 ff.; ders., Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip? (1988), S. 12 ff., 58; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht (o. Fn. 14), § 40 III, IV, S. 452 ff., 455 ff.; Kissel, Arbeitskampfrecht (o. Fn. 19), § 1 Rn. 6 ff., bes. Rn. 12.

voraussetzung für die Legitimität des ausgeübten Zwangs. Denn der Streik ist in dieser Deutung ja nicht eigentlich „Kampf“, sondern „Vorenthaltung der Arbeitskraft, um eine Steigerung ihres Wertes herbeizuführen“⁷³. Unausgesprochene Prämisse einer solchen Grundkonzeption ist damit aber immer auch die Abhängigkeit des Arbeitgebers von der vorenthaltenen Arbeitskraft. Hat er keinen Bedarf (mehr) an der fraglichen Leistung, etwa weil er den Betrieb einstellen und damit also gar nicht mehr auf dem Markt auftreten will, muß deren Zurückhaltung ihr Ziel von vornherein verfehlen. Denn wo die Arbeitskraft ihren Wert für den Arbeitgeber aus welchen Gründen auch immer verloren hat – und eben das ist bei geplanten Standortverlagerungen oder -schließungen regelmäßig der Fall! –, vermag auch ihre Zurückhaltung diesen Wert nicht mehr zu steigern, solange damit nicht bezweckt wird, gerade die Bedingungen der Arbeitsleistung so zu verändern, daß sie für den Arbeitgeber unter den gegebenen Umständen wieder wertvoll werden könnte. Der allein gegen die Standortentscheidung gerichtete Streik dient mithin nicht mehr einem marktmäßigen Umsatz der „Ware Arbeit“. Er ist bloße Protestaktion, Verzweiflungstat, angesichts der schmerzenden Erkenntnis, nicht mehr gebraucht zu werden. Psychologisch ist er damit in hohem Maße verständlich. Zur Rechtmäßigkeit verhilft ihm das jedoch noch nicht.

(b) Über diese ersten Einsichten hinaus harmoniert die Arbeitskampffreiheit **31** unternehmerischer Standortentscheidungen aber auch mit den an zahlreichen anderen Stellen deutlich hervortretenden Grundwertungen des geltenden Arbeitsrechts. So bleibt der Schließungs- oder Verlagerungsentschluß des Arbeitgebers insbesondere nach den Regelungen des KSchG und des BetrVG in seinem Kern frei von Kontrolle und Mitbestimmung⁷⁴. Für das KSchG ist die zum Wegfall des Arbeitsplatzes führende betriebsbezogene unternehmerische Entscheidung grundsätzlich hinzunehmendes Datum⁷⁵. Und das BetrVG gewährt dem Betriebsrat bei der eigentlichen Entscheidung über eine Betriebsänderung lediglich Anhörungs- und Beratungsrechte, nicht aber auch echte Mitbestimmungsrechte⁷⁶. Wollte man diese Wertung nicht auch für das Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht gelten lassen, so hieße das in der Gesamtschau der einschlägigen Regelungen, daß den Gewerkschaften beim Zugriff auf unternehmerische Entscheidungen gegenüber den anderen beiden arbeitsrechtlichen Schutzinstanzen, nämlich dem Staat in der Person des Richters und dem Betriebsrat als Repräsentanten der Gesamtbelegschaft, eine Prärogative zukäme. Das aber kann, wie sogleich näher auszuführen, aus grund-

73 *Legien*, Gewerkschaftsbewegung (o. Fn. 61), S. 25; s. hierzu nur auch *Picker*, Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ (o. Fn. 72), S. 62 f.

74 S. den Hinweis hierauf auch bei LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 537; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (o. Fn. 19), § 7 III 5 a, S. 340; *Buchner*, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 7; *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 49, 52; *Rolfs/Clemens*, DB 2003, 1678, 1680 m. Fn. 31; *ders.*, NZA 2004, 410, 415 m. Fn. 81; *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019, 1023; *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214, 2217.

75 S. hierfür nur ErfK (o. Fn. 37)/*Ascheid*, § 1 KSchG Rn. 401 ff.; v. *Hoyningen-Huene*, 2. FS BAG (2004), 369, 375; *ders./Linck*, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 13. Aufl. (2002), § 1 Rn. 366 ff., jew. m.w.N. auch für die Rspr.

76 S. hierzu nur *Richardi/Annuß*, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. (2004), § 111 Rn. 15.

sätzlichen Erwägungen nicht in Betracht kommen. Vielmehr ist aus dem Umstand, daß selbst das KSchG und das BetrVG die unternehmerische Standortentscheidung im Kern freihalten, *a maiore ad minus* zu schließen, daß sie auch arbeitskampffrei zu halten ist.

- 32** (c) Die Notwendigkeit eines solchen Erst-Recht-Schlusses ergibt sich aus einem unüberwindbaren **Legitimationsdefizit** der Gewerkschaften im Hinblick auf die hier verfolgten Fragen. Auch wenn das weder der öffentlichen Wahrnehmung noch ihrem Selbstverständnis entspricht, sind und bleiben die Koalitionen von Rechts wegen reine Interessenvertreter, genauer: Vertreter der Interessen **ihrer Mitglieder**. Obwohl sie öffentliche Wirkung erzielen, erfüllen sie keine öffentlichen Aufgaben. Und obwohl sie in die Betriebe hineinwirken, repräsentieren sie nicht deren Belegschaften. Dementsprechend unterliegen sie auch weder einer Bindung an das gemeine Wohl noch an das des Betriebs bzw. Unternehmens, in dem sie agieren⁷⁷.
- 33** Diese sehr begrenzte, allein von ihren Mitgliedern herrührende Legitimation muß es dann aber auch ausschließen, daß die Gewerkschaften Regelungen treffen, die rechtlich nicht auf ihre Mitglieder zu begrenzen sind. Sie würden damit eine Rechtsmacht wahrnehmen, die ihnen nach den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung nicht zukommen kann⁷⁸. Daß es sich bei den hier in Frage stehenden Entscheidungen aber gerade um Regelungen handelt, deren Wirkung naturgemäß nicht auf gewerkschaftlich gebundene Belegschaftsmitglieder zu begrenzen ist, läßt sich unschwer erkennen: Die Standortentscheidung betrifft den Betrieb als Organisationseinheit und mithin von ihrer originären Zielsetzung her immer auch die sog. Außenseiter-Arbeitnehmer. Es geht nicht lediglich um die unvermeidlichen Reflexwirkungen einer effektiven Wahrnehmung der Interessen von Koalitionsmitgliedern⁷⁹, wie sie etwa infolge einer jeden Tarifloohnerhöhung eintreten können, weil dem Arbeitgeber kein Spielraum mehr für Erhöhungen auch der Außenseiter-Gehälter bleibt oder weil er hierdurch möglicherweise sogar zu Entlassungen gezwungen wird. Vielmehr läßt sich die Standortentscheidung als Verfügung über den Arbeitsplatz i.S. einer sachlichen

77 Ausführlich hierzu zuletzt etwa *Picker*, 2. FS BAG (2004), S. 795, 812 ff., m. zahlr. w. N. Die Grundkonstitution und die daraus resultierende begrenzte Legitimation der Gewerkschaften wird auch nicht durch die vielfachen öffentlichen Aufgaben berührt, die Gewerkschaftsmitglieder heute wahrnehmen (s. die Hinweise hierauf heute nur etwa bei *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 68 f. m.w.N. sowie auch schon bei *Sinzheimer*, Die Bedeutung der Gewerkschaften im neuen Arbeitsrecht, in: Gesammelte Aufsätze und Reden (o. Fn. 62), Bd. 1, S. 286, 289 f. Denn die Inanspruchnahme von Gewerkschaftspersonal im Rahmen staatlicher Veranstaltungen ist zunächst ja nur so zu deuten, daß der Staat auf Einzelpersonen zugreift, die aufgrund ihrer Verbandsmitgliedschaft besonderen Sachverstand in den anstehenden Regelungsfragen vermuten lassen. Der Rückschluß auf eine besondere Legitimation des Verbands wäre überschießend. Er würde bloße soziologische über normative Einsichten stellen (so in der Tat *Sinzheimer*, aaO., S. 291).

78 S. hierzu nur etwa auch *Picker*, NZA 2002, 761 ff., 768 f.; *ders.*, 2. FS BAG (2004), S. 795, 823 ff.; *Rieble*, ZfA 2000, 1, 20 ff.; *Biedenkopf*, Grenzen (o. Fn. 39), S. 319 f.; *Richardi*, Kollektivgewalt (o. Fn. 33), S. 245 f.; *ders.*, DB 1990, 1613, 1617; *Kraft*, ZfA 1973, 243, 248; *Chr. Arnold*, NZA, 2002, 1261, 1266.

79 Vgl. *Säcker/Oetker*, Grundlagen (o. Fn. 27), S. 70; wie hier dagegen *Biedenkopf*, aaO., S. 319.

Einrichtung begreifen. Und es fordert deshalb die Gewerkschaft mit der Teilhabe an der Standortentscheidung eben immer auch ein Verfügungsrecht an dem Arbeitsplatz des Außenseiters, genauer: an dem für den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses regelmäßig existentiell bedeutsamen Arbeitssubstrat. Mit bloßen Reflexwirkungen aber hat das nichts mehr zu tun⁸⁰.

Aus den Grundwertungen des KSchG und des BetrVG ist damit in der Tat *a maiore ad minus* auf die Freiheit der unternehmerischen Standortentscheidungen auch im Tarif- und Arbeitskämpfrecht zu schließen: Wenn nicht einmal die Instanzen, die grundsätzlich zu einer Entscheidung mit Gesamtwirkung für die Belegschaft legitimiert wären: der Staat und der Betriebsrat, auf die unternehmerische Entscheidung zugreifen dürfen, muß eine solche Befugnis erst recht solchen Instanzen verwehrt bleiben, die von vornherein keine hinreichende Legitimation für entsprechende Entscheidungen aufweisen können und gegen deren Zuständigkeit deshalb stets auch noch der sog. Außenseiter-Schutz streitet⁸¹.

2. Die Zulässigkeit der weiteren Kampfziele im allgemeinen

a. Die praktische Relevanz der weiteren Kampfziele

Praktisch wichtiger als das vorstehend behandelte Kampfziel einer unmittelbaren Teilhabe an der unternehmerischen Standortentscheidung sind heute die weiteren, einleitend genannten Kampfziele bei Streiks um Standortschließungen und -verlagerungen. Wie erwähnt, geht es dabei vor allem um die Verlängerung der Kündigungsfristen bei betriebsbedingten Kündigungen sowie um Ansprüche auf Qualifizierungsmaßnahmen und Abfindungen. Anders als die Teilhabe an der eigentlichen Standortentscheidung ist die rechtliche Zulässigkeit dieser Ziele nicht schon generell zweifelhaft. Jedenfalls bei Kündigungs- und Abfindungsregelungen handelt es sich um klassische Inhalts- und Beendigungsnormen i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG. Sie betreffen unmittelbar den Arbeitsvertrag und sind auch in der Tarifpraxis von jeher verbreitet⁸².

80 Das erkennen im weiteren auch *Säcker/Oetker*, aaO., wenn sie dem Außenseiter schließlich abverlangen, „aufgrund des Gebots einer praktischen Konkordanz zwischen kollidierenden Grundrechtspositionen (...) eine Einschränkung (!)“ hinzunehmen, um die kollektive Koalitionsfreiheit nicht zu einem „verfassungsrechtlich inakzeptablen «nudum ius» denaturieren und verkümmern“ zu lassen. Damit ist diese Position allerdings ihrerseits kaum akzeptabel. Denn es geht ihr ja in Wahrheit nicht um die Herstellung von praktischer Konkordanz, sondern um die einseitige Zurücksetzung der Außenseiterrechte. Würde man diese Zurücksetzung verweigern, müßte die kollektive Koalitionsfreiheit ferner aber auch kaum zu einem „nudum ius“ denaturieren. Denn es würden ihr ja noch immer sämtliche überkommenen Betätigungsfelder verbleiben. Ein „nudum ius“ kann deshalb nur befürchten, wer die zur Entscheidung anstehende Rechtsfrage nach der Legitimität eines gewerkschaftlichen Zugriffs auf originäre Unternehmerentscheidungen innerlich bereits bejaht hat.

81 S. das – allerdings folgenlose – Antippen dieses Gesichtspunkts auch bei *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 1, 5.

82 S. hierzu nur etwa *Wiedemann/Wiedemann*, TVG (o. Fn. 11), § 1 Rn. 405, 534, 544; *Löwisch/Rieble*, TVG (o. Fn. 43), § 1 Rn. 51, 97; *Däubler/Reim*, TVG (o. Fn. 23), § 1 Rn. 305; *Däubler/Winter*, aaO. Rn. 389.

b. Die Problematik der Qualifizierungsmaßnahmen

- 35** [1] Argwöhnisch beäugt werden allerdings zum Teil die geforderten Qualifizierungsmaßnahmen⁸³. Ihre Zulässigkeit wird v.a. deshalb in Frage gestellt, weil die Qualifizierung nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgen und damit allein den Wiedereintritt des Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt vorbereiten soll. Es gehe deshalb in Wahrheit nicht mehr um eine unter § 1 Abs. 1 TVG subsumierbare Regelung gerade des bestehenden Arbeitsverhältnisses, sondern um einen Kontrahierungszwang, der auf den Abschluß eines Schuldverhältnisses eigener Art ziele, das angesichts seines Inhalts: Geld gegen rein eigennützige Qualifizierung, mit einem Dienstvertrag keinerlei Gemeinsamkeiten mehr aufweise⁸⁴.
- 36** [2] Diese Argumentation erscheint schon deshalb kaum zwingend, weil sie nicht hinreichend in den Blick nimmt, daß sich die zur Debatte stehenden Qualifizierungsansprüche sachlich ohne weiteres in klassische Inhalts- und Beendigungsnormen i.S.v. § 1 Abs. 1 TVG auflösen lassen⁸⁵. Denn im Kern geht es mit diesen Regelungen ja zunächst darum, die Kündigungsfristen nochmals zu verlängern. Und zusätzlich wird eine Sonderform der Abfindung gewährt, eben die Qualifizierung. Die Gewerkschaften denken insoweit nicht anders als das novellierte BetrVG, das in seinem § 112 Abs. 5 Nr. 2 a ebenfalls qualifizierende Fördermaßnahmen als eine Sonderform der Abfindung entdeckt hat⁸⁶ und das zudem, nimmt man auch noch die Freistellung des Sozialplans vom Tarifvorrang in § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG in den Blick, generell davon auszugehen scheint, daß derartige Regelungen Inhalt eines Tarifvertrags sein können.
- 37** [3] Folgende Überlegung kommt noch hinzu: Würden entsprechende Qualifizierungsmaßnahmen nicht angesichts einer konkreten Standortbedrohung und deshalb eben auch *en bloc* gefordert, sondern unabhängig davon als Bestandteil eines herkömmlichen Flächentarifvertrags und hier dann trotz möglicherweise gleichen Gesamtvolumens wohl aufgelöst in periodisch wiederkehrende Ansprüche, hätte vermutlich niemand Bedenken wegen der Zulässigkeit einer solchen Forderung, selbst wenn die Qualifizierung nicht in erster Linie dem Betrieb, sondern dem Erhalt der (Arbeits-)Marktgängigkeit der Arbeitnehmer dienen soll⁸⁷. Folglich aber kann es kaum schon der bloße Inhalt des hier infragestehenden Kampfziels sein, der die geäußerten Bedenken tatsächlich rechtfertigt. Der eigentliche Grund muß vielmehr

83 S. Lieb, DB 1999, 2058, 2066; Nicolai, SAE 2004, 240, 247.

84 So insbesondere Nicolai, aaO.; ähnlich auch schon Lieb, aaO., S. 2066.

85 S. auch Buchner, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 10; LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 596.

86 Dazu, daß diese Neuerung rechtspolitisch allerdings nicht unbedenklich ist, s. nur Picker, RdA 2001, 258, 266.

87 S. hierzu nur etwa Löwisch/Rieble, TVG (o. Fn. 43), § 1 Rn. 50, 929 ff.; Däubler/Hensche, TVG (o. Fn. 23), § 1 Rn. 757 sowie ausführlich Rieble, 2. BAG-FS (2004), S. 831 ff.; s. in diesem Zusammenhang auch die Argumentation des LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 596 mit den in herkömmlichen Rationalisierungschutzabkommen vorgesehenen Qualifizierungsmaßnahmen; krit. demgegenüber allerdings Nicolai, SAE 2004, 240, 247.

in der besonderen Situation liegen, in der die Forderung erhoben wird. Diesen Grund aufzudecken aber hat die Kritik bislang versäumt⁸⁸.

c. Die Problematik unzumutbar langer Kündigungsfristen

Eher am Symptom ansetzende Bedenken, wie sie im Hinblick auf die geforderten 38
Qualifizierungsmaßnahmen geäußert werden, finden sich gleichermaßen gegenüber
den Forderungen nach einer Verlängerung der Fristen für betriebsbedingte
Kündigungen⁸⁹. Dabei beruft man sich v.a. auf die Rechtsprechung des BAG zur
betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung unkündbarer Arbeitnehmer⁹⁰. Der
dort aufgestellte Grundsatz, daß es dem Arbeitgeber unter dem Blickwinkel des
Art. 12 GG unzumutbar sei, Arbeitnehmer über Jahre hinweg zu bezahlen, obwohl er
keine Verwendung mehr für sie habe, könne nicht nur bei einem gänzlichen
Ausschluß der ordentlichen Kündigung gelten. Zur Vermeidung von Wertungs-
widersprüchen müsse er vielmehr auch auf Fälle einer massiven Verlängerung der
Fristen für betriebsbedingte Kündigungen Anwendung finden. Das aber bedeute
dann eben auch, daß Kündigungsfristen, welche die von Art. 12 GG gesteckten
Unzumutbarkeitsgrenzen überschritten, kein zulässiges Kampfziel sein könnten⁹¹.

An diesen Einwänden ist zweifellos richtig, daß die Rechtsordnung keinen Arbeits- 39
kampf um Regelungen erlauben kann, deren Realisierung sie schließlich selbst
verhindern würde – und sei es auch in der technisch durchaus sonderbaren Form
einer außerordentlichen Kündigung mit ordentlicher Auslauffrist. Ebenso richtig ist
ferner, daß dieses besondere Kündigungsrecht nach seiner derzeitigen Grundlegung
in der Tat nicht auf Fälle eines gänzlichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung
beschränkt bleiben kann, sondern zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch
auf Fälle der Verlängerung von Kündigungsfristen Anwendung finden muß⁹².
Allerdings sind der eigentlichen Problematik damit allenfalls die Spitzen gebrochen.
Denn in einem gewissen Rahmen, der für den Unternehmer zudem völlig offen ist,
bleibt auch hiernach noch immer eine erhebliche Verlängerung der Kündigungs-
fristen möglich. Dem Urdilemma des Arbeitgebers, daß er bei seiner Entscheidung
über die Betriebsänderung kaum kalkulieren kann, ob die gewünschten und zumeist
auch ganz im Vordergrund stehenden Effekte im Personalbereich überhaupt zu
erzielen sind, wird damit aber nicht abgeholfen. Bis hin zu der – äußerst unklaren
Grenze – der Unzumutbarkeit müßte er mit allem rechnen, solange ihm die
Friedenspflicht nicht hilft.

88 S. hierzu auch noch u., 3.c.[3][b], S. 81 f.

89 S. etwa Lieb, DB 1999, 2058, 2066; Buchner, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 10 f.; Rolfs/
Clemens, DB 2003, 1678, 1680 f.; Nicolai, SAE 2004, 240, 242 ff.

90 S. hierfür nur etwa BAGE 88, 10 ff.; ErfK (o. Fn. 37)/Müller-Glöße, § 626 BGB Rn. 74 ff.,
228 m.w.N.

91 So insbes. Rolfs/Clemens, DB 2003, 1678, 1681; Nicolai, SAE 2004, 240, 243.

92 Übersehen von Hanau/Thüsing, ZTR 2001, 49, 51.

3. Die Unzulässigkeit eines Arbeitskampfes um Sozialplaninhalte in der Sondersituation konkreter Standortentscheidungen

a. Die Tendenzen zu einer generellen Einschränkung der Kampfbefugnis bei konkreten Standortentscheidungen

- 40 Nicht zuletzt dieses Urdilemma dürfte dafür verantwortlich sein, daß es im Schrifttum starke Tendenzen gibt, über die genannten Einzel-Bedenken hinaus Streiks um Sozialplan-Tarifverträge **generell** für unzulässig zu erklären⁹³. Dabei vermischen sich allerdings vielfach rechtstatsächliche und dogmatische Erwägungen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn man annimmt, daß es der kampfführenden Gewerkschaft regelmäßig gar nicht um die ausformulierten Streikziele, sondern um die, wie gesehen: unzulässige Verhinderung der eigentlichen Standortentscheidung gehe⁹⁴.

Daneben stehen aber auch rein dogmatische Erwägungen. Sie betreffen vor allem die Regelungen über den Interessenausgleich und Sozialplan in den §§ 111 ff. BetrVG. Hierin sei eine abschließende Sonderregelung zu erblicken, die Sperrwirkung, wenn nicht schon überhaupt für tarifliche Regelungen, so doch wegen des betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitskampfverbots (§ 74 Abs. 2 BetrVG) zumindest für Streiks entfalte⁹⁵.

b. Die beschränkte Tragfähigkeit von „Umgehungs-Argumentationen“

- 41 Überprüft man die Berechtigung einer umfassenden Arbeitskampffreiheit konkreter Standortentscheidungen, wie sie von den genannten Stimmen erstrebt wird, gilt es vorweg klar zu sehen:

Über Umgehungsargumente und ähnliche Einwände läßt sich dieses Ziel kaum erreichen. So kann sich eine vernünftige Rechtsordnung bei so wirkungs- wie haftungsträchtigen Fragen, um die es bei der Arbeitskampfbefugnis geht, schon generell kaum auf Motivforschungen einlassen, wenn die Kampfziele der Gewerkschaft klar benannt sind. Entscheidend kommt hinzu: Selbst wenn etwa aus dem Gesamtvolumen der Forderungen klar ersichtlich wird, daß es der Gewerkschaft an sich darum geht, die Standortentscheidung zu verhindern, ist das noch nicht schon *per se* unzulässig. Denn es darf insoweit die banale Einsicht nicht außer Acht gelassen werden, daß schließlich jede nach dem TVG zulässige Gewerkschafts-

93 Lieb, DB 1999, 2058, 2066 f.; Buchner, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 11; Rolfs/Clemens, DB 2003, 1678, 1682; dies., NZA 2004, 410, 415 f.; Bauer/Krieger, NZA 2004, 1019, 1022 f.; Nicolai, SAE 2004, 240, 241 f., 248 ff.; Reichold, BB 2004, 2814, 2817 f.; Hohenstatt/Schramm, DB 2004, 2214, 2217 f.

94 So etwa Rolfs/Clemens, DB 2003, 1678, 1680, 1681; Bauer/Krieger, aaO., S. 1022; Nicolai, aaO., S. 242; Hohenstatt/Schramm, aaO., S. 2218; ähnlich auch schon Lieb, aaO., S. 2066, der allerdings weniger auf die vermeintliche Absicht der Gewerkschaft abstellt, sondern vielmehr schon den Effekt der erhobenen Forderungen für die Standortentscheidung genügen lassen will.

95 S. die in den beiden Vornoten genannten, jew. aaO. sowie aus der Rspr. auch LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 537.

forderung im Fall ihrer Durchsetzung unternehmerische Entscheidungen beeinflussen und ggf. sogar unmöglich machen kann⁹⁶. So mag etwa eine exorbitante Lohnforderung im Ernstfall Expansionspläne oder ähnliches zunichte machen. An ihrer Zulässigkeit besteht gleichwohl kein Zweifel. Will man nicht schon bloße Absichten bestrafen, kommt man folglich aber um die Feststellung nicht herum, daß sich die Gewerkschaften hier eines Mechanismus bedienen, den das geltende Tarif- und Arbeitskämpfrecht auch sonst bis hin zur Extrem-Grenze eines sog. Vernichtungskampfs toleriert: Indem die Koalitionen den „sozialen Datenkranz“ für das Unternehmen festsetzen, beeinflussen sie mittelbar immer auch unternehmerische Entscheidungen. Um die Kampfbefugnis in den hier verfolgten Fällen verneinen zu können, müßten diese Fälle folglich eine qualitative Besonderheit aufweisen, die eine vom Normalfall abweichende Entscheidung rechtfertigt. In der Tat dürfte es eine solche Besonderheit geben. Sie scheint mir bislang allerdings noch nicht hinreichend deutlich benannt zu sein.

c. Die Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG

[1] Die Deutungsoffenheit der §§ 111 ff. BetrVG

Höhere Plausibilität kann auf Anhieb die Argumentation mit der sog. Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG für sich in Anspruch nehmen. Sie beruht auf vertrauten dogmatischen Erwägungen und fordert dem Rechtsanwender keine allzu große Wertungsarbeit ab. Näheres Hinsehen vermag allerdings durchaus Zweifel am abschließenden Charakter der §§ 111 ff. BetrVG hervorzurufen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze bei der Betrachtung nicht kurzerhand außen vor läßt. Denn bei den klassischen Sozialplaninhalten handelt es sich durchgängig um tarifübliche, die materiellen Arbeitsbedingungen betreffende Regelungen. Solche Regelungen aber unterfallen bei allem Streit im Detail nach allgemeinen Grundsätzen nicht der Regelungsmacht der Betriebsparteien, sondern derjenigen der Tarifpartner (§§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG). Daß gerade auch die gesetzlichen Vorschriften über den Sozialplan hiervon ausgehen, ist offensichtlich. Denn andernfalls würden sie es ja nicht für notwendig befinden müssen, den Sozialplan in § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG explizit vom Tarifvorrang des §§ 77 Abs. 3 BetrVG auszunehmen⁹⁷. Damit aber erscheint die These von den §§ 111 ff. BetrVG als einer abschließenden Sonderregelung kaum mehr zwingend. Vielmehr könnte man ebensogut postulieren, daß es sich um eine Auffangregelung handelt, die den notwendigen sozialen Mindestschutz bei Betriebsänderungen in all den Fällen realisieren soll, in denen die Tarifpartner hierzu – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage waren⁹⁸.

96 S. hierzu nur auch schon *Biedenkopf*, Verhdlg. des 46. Deutschen Juristentags 1966, Bd. I, S. 162; *Wiedemann*, FS Riesenfeld, S. 301, 304 f.; *Löwisch/Rieble*, TVG (o. Fn. 43), § 1 Rn. 274; *Rieble*, Arbeitsmarkt (o. Fn. 39), Rn. 40 ff.; *Däubler/Hensche*, TVG (o. Fn. 23), § 1 Rn. 831 f.

97 S. hierzu auch LAG Schleswig-Holstein, NZA-RR 2003, 592, 596; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (o. Fn. 19), § 7 III 5 b, S. 345; *Wolter*, RdA 2002, 218, 226; *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019, 1022; vgl. ferner auch *Reichold*, BB 2004, 2814, 2817.

98 Vgl. auch *Hanau*, RdA 1973, 281, 285; *ders.*, ZfA 1974, 89, 106 f.

[2] Die Defizite der gegenwärtigen Sperrwirkungslehren

- 43** [a] Mit dieser Grundeinsicht werden auch alle weiteren Argumente für den Sonderregelungscharakter der §§ 111 ff. BetrVG brüchig. Das gilt insbesondere für die Warnung vor einer drohenden Funktionslosigkeit des Betriebsrats bei Tariföffnung der Sozialplanmaterien⁹⁹. Denn wenn der Betriebsrat von vornherein nur eine Art soziale Ausputzer-Rolle einnehmen sollte, wäre es auch von vornherein unschädlich, ja entspräche es nur den eigentlichen Intentionen des Gesetzes, sollte er infolge der Aktivitäten der Koalitionen „funktionslos“ werden.
- 44** [b] Keinen Argumentationswert besäße auf dieser Basis schließlich auch der Hinweis auf die betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht (§ 74 Abs. 2 BetrVG), die es den Gewerkschaften zumindest verbieten soll, ihre Forderung nach einem Tarif-Sozialplan mit Arbeitskampfmaßnahmen zu untermauern¹⁰⁰. Denn wenn die primäre Regelungszuständigkeit an sich bei den Tarifpartnern liegt, dann erscheint es auch nur folgerichtig, die Zulässigkeit des Arbeitskampfes zu bejahen. Unter den betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen wäre somit weniger die Friedenspflicht als vielmehr die Zwangsschlichtung hervorzuheben, die auf dieser Ebene als Druckmittel dient und so den Kampfdruck, wie er sonst von den Koalitionen ausgeht, ersetzt¹⁰¹.
- 45** [c] All das macht deutlich: Blendet man die allgemeinen Regelungszuständigkeiten, wie sie den Grundstrukturen unserer Arbeitsverfassung entsprechen, nicht kurzerhand aus, steht die These von der Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG auf durchaus dünnem Eis. Denn an sich handelt es sich hier um Materien, die nicht in die originäre Zuständigkeit der Betriebspartner fallen. Der entscheidende Baustein für eine schlüssige Begründung der Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG fehlt folglich noch: Es fehlt der Hinweis auf die Besonderheit unserer Fallkonstellationen, die es sachlich richtig, wenn nicht gar zwingend erscheinen läßt, entgegen den allgemeinen Regeln statt der Tarif- die Betriebspartner für zuständig zu halten.

[3] Die Sperrwirkung als Konsequenz des rechtlichen Grunddatums der freien Unternehmerentscheidung und das Gleichbehandlungsgebot

- 46** [a] Sucht man die geforderte Besonderheit aufzudecken, muß man sich zunächst noch einmal das Grunddatum vor Augen führen, das sich für die eigentliche unternehmerische Standortentscheidung ergeben hat: Diese Entscheidung soll nach den allgemeinen, in verschiedenen normativen Kontexten stets wiederkehrenden Grundsätzen prinzipiell „frei“ sein. Ein solcher Ausgangspunkt hat dann aber zwangsläufig auch erhebliche Konsequenzen für daran anknüpfende Folgeregelungen. Denn will

99 S. hierzu insbesondere LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 537; *Rolfs/Clemens*, NZA 2004, 410, 416; *Nicolai*, SAE 2004, 240, 248.

100 S. *Buchner*, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 11; *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019, 1023; *Nicolai*, aaO., S. 250; *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214, 2217 f.

101 Vgl. zum Funktionszusammenhang von Zwangsschlichtung und Arbeitskampf nur *Richardi/Richardi*, BetrVG (o. Fn. 76), § 76 Rn. 24; klar erkannt auch von *Bauer/Krieger*, aaO.; *Nicolai*, aaO.

die Rechtsordnung ihren eigenen Basissatz nicht sogleich wieder aushebeln, darf sie die Unternehmerentscheidung nicht schon **institutionell** mit Folgen belasten, deren Ausmaß mangels feststehender Grenzen nicht absehbar ist und die damit die Entscheidung in ihren Auswirkungen völlig unkalkulierbar machen würden. Es gilt hier mithin nichts anderes als auch im allgemeinen bürgerlichen Haftungsrecht: Soll – dort: die allgemeine – Handlungsfreiheit gewahrt bleiben, dann müssen die Handlungsfolgen grundsätzlich kalkulierbar sein und es darf keine uferlose, bereits anlagebedingt unübersehbare Haftung drohen, die der zu treffenden Entscheidung jederzeit die Grundlagen entziehen kann¹⁰².

Für unseren Zusammenhang aber hat das eine erste entscheidende Konsequenz: **47**
 Ausgleichslasten, die der Unternehmer bei seiner Entscheidung über die Betriebsänderung noch nicht kalkulieren kann, weil sie erst in einem besonderen Verfahren festzulegen sind und sich nicht schon aus dem Gesetz selbst oder auch einem bereits bestehenden Rationalisierungsschutzabkommen ergeben, bedürfen nach Art und Umfang einer institutionellen Begrenzung. Will sich die Rechtsordnung selbst treu bleiben, darf sie den Unternehmer keinem Folgeausgleichsverfahren unterwerfen, in dem er grundsätzlich mit allem zu rechnen hätte. Vielmehr muß dieses Verfahren so ausgestaltet sein, daß der Folgeausgleich dort seine Grenze findet, wo die Sinnhaftigkeit der Entscheidung in Frage gestellt wäre. Es muß, um es konkreter zu machen, prinzipiell also in der Art beschränkt sein wie von der Regelung des § 112 Abs. 5 BetrVG heute auch vorgesehen.

[b] Bereits hiernach aber würde es jedenfalls kaum sinnvoll erscheinen, gerade **48**
 den Tarifpartnern die Zuständigkeit für die sozialen Folgeregelungen konkreter Standortentscheidungen zuzusprechen. Denn die Tarifaufonomie bezweckt nach Anlage und Funktion die Verwirklichung des auf der individuellen Ebene gestörten Marktprinzips¹⁰³. Dementsprechend geht es stets um ein Aushandeln mit prinzipiell **offenem Ausgang**, inhaltlich lediglich beschränkt durch die allgemeinen Grenzen. Damit paßt dieses Regime aber eben auch nicht für einen Regelungsbereich, in dem, wie gesehen, ein solches Aushandeln mit offenem Ausgang nicht in Betracht kommen kann, in dem es vielmehr aus Gründen der inneren Konsistenz des Gesetzes enge inhaltliche Vorgaben geben muß.

Dieser Einsicht steht auch nicht etwa entgegen, daß man den Koalitionen heute ohne **49**
 weiteres die Befugnis zu einem ggf. auch kampfunterstützten Abschluß branchenweit

102 S. zu dieser Grundeinsicht im allgemeinen bürgerlichen Haftungsrecht nur etwa schon *Jhering*, JhJb 4 (1861), S. 1, 12 f. sowie heute insbesondere *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 470 ff.; *ders.*, JZ 1987, 1041, 1052 f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, 13. Aufl. (1994); § 75 I 3 b, S. 356 f.; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung (o. Fn. 58), S. 36; vgl. für unseren Zusammenhang jetzt auch *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214, 2215.

103 S. zu dieser Deutung der Tarifaufonomie nur BVerfGE 84, 212, 229; 92, 365, 395; *Richardi*, Kollektivgewalt (o. Fn. 33), S. 122 f., 164; *ders.*, DB 1990, 1613, 1617; *Picker*, Tarifaufonomie (o. Fn. 59), S. 21 ff.; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht (o. Fn. 14), § 33 IV 2, S. 375; *Rieble*, ZfA 2000, 5, 23 f.; ErfK (o. Fn. 37)/*Dieterich*, Art. 9 GG Rn. 55; *Lobinger*, Anm. zu BAG, AP Nr. 19 zu § 77 BetrVG 1972 – Tarifvorbehalt, Bl. 8 L; dem verwendeten Schlagwort von der kollektiven Privataufonomie nach auch *Wolter*, RdA 2002, 218, 219.

geltender Rationalisierungsschutzabkommen zuspricht¹⁰⁴. Denn anders als in den hier verfolgten Fällen geht es dort ja nicht um die späte Konkretisierung von im Zeitpunkt der Unternehmerentscheidung noch grundsätzlich offenen Fragen. Vielmehr setzen die Tarifvertragsparteien dort, nicht grundsätzlich anders als bei Lohnverhandlungen, die Sozialdaten, die der Unternehmer bei seiner Entscheidung kalkulieren muß und – das ist der entscheidende Unterschied – auch ohne weiteres kalkulieren **kann**.

- 50 [c] Die Erkenntnis, daß die von der Rechtsordnung an die unternehmerische Standortentscheidung gekoppelten Ausgleichslasten grundsätzlich beschränkt sein müssen, soll die Freiheit dieser Entscheidung nicht schon institutionell wieder beseitigt werden, spricht, auch wenn sie eine Zuständigkeit der Tarifparteien wenig sinnvoll erscheinen ließe, nicht auch schon **zwingend** gegen deren Regelungsbefugnis. Immerhin denkbar wäre es, sie zwar für zuständig zu erklären, dann aber in ihrem Ermessen an die Regelung des § 112 Abs. 5 BetrVG zu binden¹⁰⁵. Noch nicht hinreichend beachtet wäre damit allerdings folgendes:
- 51 Die notwendige Begrenzung des Gesamtvolumens der Ausgleichslasten führt auf Arbeitnehmerseite zu einem **Verteilungsproblem**. Die vorhandene Masse ist ähnlich wie in der Insolvenz beschränkt; die Betriebsänderung hat ja auch gleichsam zu einer Arbeitsplätze-Insolvenz geführt. Ebenso wie bei herkömmlichen Insolvenzgläubigern weisen ferner die vollständig nicht mehr zu erfüllenden Ansprüche der betroffenen Arbeitnehmer durchgehend dieselbe Dignität und Rechtsnatur auf. In einer solchen Lage aber müssen die vorhandenen Mittel dann auch unter strikter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verteilt werden. Es ist auszuschließen, daß sich einzelne Arbeitnehmer Sondervorteile verschaffen, die angesichts des begrenzten Gesamtvolumens zwangsläufig zu Lasten anderer Betroffener gingen. Damit aber ist gerade auch aus Arbeitnehmersicht die Gewerkschaft die „falsche“ Regelungsinstanz. Denn aufgrund ihrer mitgliedschaftlichen Legitimation ist sie jedenfalls der Anlage nach hinsichtlich konkurrierender Arbeitnehmerinteressen wiederum Repräsentantin des Marktprinzips. Sie strebt – durchaus im Wettbewerb mit anderen Arbeitnehmern und deren Organisationen – nach Vorteilen gerade für ihre Mitglieder. Folglich aber müßte man sie auch insoweit entgegen ihrer eigentlichen Konstitution strikt an fremde Interessen binden: an die Interessen der Gesamtbelegschaft und somit also immer auch an die Interessen der Außenseiter.
- 52 In der Zusammenschau wird nunmehr aber deutlich: Die Zuständigkeit des Betriebsrats für den Abschluß von Sozialplänen ist keineswegs Zufall. Vielmehr ist der Betriebsrat aufgrund seiner Bindung an das Betriebswohl (§ 2 Abs. 1 BetrVG) wie

104 Vgl. zu deren ganz überwiegender Anerkennung, soweit es um die hier in Frage stehenden sozialen Folgeregelungen geht, nur etwa Wiedemann/Wiedemann, TVG (o. Fn. 11), Einl. Rn. 458; Löwisch/Rieble, TVG (o. Fn. 43); § 1 Rn. 50 f.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht (o. Fn. 19), § 7 III 5 c, S. 347 ff.; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht (o. Fn. 14), § 35 I 1, S. 386, § 36 IV 3, S. 404, § 36 V 4 d, S. 407; Koller, ZfA 1978, 45, 72 f.

105 Vgl. Buchner, DB 2001, Beilage Nr. 9, S. 11; Rolfs/Clemens, NZA 2004, 410, 415; Bauer/Krieger, NZA 2004, 1019, 1024.

auch an den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 75 Abs. 1 BetrVG) der sachrichtige Arbeitnehmervertreter in der besonderen Situation konkreter Standortentscheidungen. Will die Rechtsordnung weder mit ihrem Grundstatut der freien Unternehmerentscheidung noch mit grundlegenden Gleichbehandlungsgeboten in Widerspruch geraten, bedarf es einer solchen zweifachen Fremdbindung der Regelungsinstant. Eine Zuständigkeit der Gewerkschaften käme deshalb allenfalls dann in Betracht, wenn sie ihrer eigentlichen Verfaßtheit zuwider beim Abschluß von Sozialplan-Tarifverträgen denselben Bindungen unterworfen würde, wie sie den Betriebsrat heute bereits von Rechts wegen treffen. Solchermaßen einen Betriebsrat neben dem Betriebsrat zu erfinden aber macht ersichtlich keinen Sinn! Vorzugswürdig ist hier wie auch sonst ein Einsatz der verschiedenen arbeitsrechtlichen Schutzinstanzen entsprechend ihrer grundsätzlichen Konstitution und Legitimation. Da in den hier verfolgten Fällen eine Instanz mit der Konstitution und Legitimation des Betriebsrats erforderlich ist, bedeutet das dann aber auch, daß den §§ 111 ff. BetrVG in der Tat eine Sperrwirkung gegenüber tarifvertraglichen Sozialplänen zukommen muß.

IV. Ausblick

Resümiert man zum Abschluß unsere Ergebnisse, so ist das vordergründig Verbindende schnell benannt: Alles scheint um die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung in Standortfragen zu kreisen. Diese Freiheit wird vom geltenden Tarifvertrags- und Arbeitskampfrecht strikt beachtet. Denn es bleiben nicht nur die Standortentscheidung selbst, sondern darüber hinaus auch die Materien des Interessenausgleichs und Sozialplans tarif- und arbeitskampffrei. **53**

Wie lange sich diese Freiheit unternehmerischer Standortentscheidungen in ihrem bisherigen Umfang noch halten kann, ist allerdings eine ganz andere Frage. In Zeiten, in denen Unternehmensleitungen regierungsamtlich „krassestes Managementversagen“ attestiert wird, Parteivorsitzende Standorttreue zur patriotischen Pflicht erklären und selbst Unternehmern Kollegen von der nahen schwäbischen Alb mit medienwirksamer Nestbeschmutzung nicht sparen, bläst ihr ein kräftiger Wind entgegen. Und jede menschliche Regung verloren hätte, wer hierfür in manchen Momenten nicht auch tiefes Verständnis aufbrächte – zumindest heimlich. **54**

Wichtiger ist deshalb das, was unsere Ergebnisse erst auf den zweiten Blick, dafür umso grundlegender verbindet. Denn man mag die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung in Zweifel ziehen und deshalb reduzieren, wofür ich hier freilich nicht etwa auch schon plädiere! Eine ganz andere Frage ist dann allerdings, **an wen** man diese Freiheit überweist. Dabei muß, das hoffe ich deutlich gemacht zu haben, die Frage der Legitimation des Überweisungsempfängers stets ganz im Vordergrund stehen. Beachtet man dies, kommt bei der Regelung der durch konkrete Standortentscheidungen betroffenen Belegschaftsinteressen eine stärkere Beteiligung der Gewerkschaften nicht in Betracht. Denn sie repräsentieren weder die gesamte Arbeitnehmerschaft noch auch nur die gesamte Belegschaft eines Betriebs. Ihre Legitimation beschränkt sich vielmehr, wie immer wieder zu betonen, auf ihre Mitglieder. Gewinner eines Abbaus der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit in **55**

Standortfragen könnten deshalb immer nur der Staat selbst oder aber der Betriebsrat sein.

V. Thesen

- 56** 1. Arbeitskämpfe im Zusammenhang mit Standortschließungen und -verlagerungen begründen bereits unabhängig von den konkret verfolgten Kampfzielen Zulässigkeitszweifel, sofern sie – wie üblicherweise – um Firmentarif- oder sog. unternehmensbezogene Verbandstarifverträge geführt werden und der bestreikte Arbeitgeber Mitglied eines Arbeitgeberverbands ist¹⁰⁶.
2. In den durch die (relative) Friedenspflicht des Verbandstarifvertrags gesteckten Grenzen können Arbeitskämpfe um Firmentarifverträge auch gegen verbandsangehörige Arbeitgeber geführt werden. Der Verbandsbeitritt bewirkt weder den Verlust der Tariffähigkeit noch fordern die Koalitionsfreiheit oder Paritätserwägungen die Unzulässigkeit des Arbeitskampfes in solchen Fällen¹⁰⁷.
3. Der Arbeitskampf um sog. unternehmensbezogene Verbandstarifverträge ist grundsätzlich unzulässig, weil dem Arbeitgeberverband die Rechtsmacht zum Abschluß solcher Verträge fehlt und dieser Mangel auch auf das Außenverhältnis durchschlägt. Sofern derartige Arbeitskämpfe auf das betroffene Unternehmen beschränkt sind, handelt es sich in der Sache jedoch um die (grundsätzlich zulässige) Forderung nach einem Firmentarifvertrag¹⁰⁸.
4. Das Unterlassen der Standortschließung oder -verlagerung ist kein zulässiges Kampfziel. Gleiches gilt für die Forderung nach einer direkten Teilhabe an der Standortentscheidung¹⁰⁹.
5. Die Arbeitskampffreiheit der unternehmerischen Standortentscheidung ergibt sich bereits aus den Regelungen des TVG und einem im Hinblick auf Arbeitskämpfe beschränkten Gewährleistungsgehalt von Art. 9 Abs. 3 GG. Sie ist nicht erst Folge einer zur Herstellung von sog. praktischer Konkordanz unternommenen Interessenabwägung zwischen Tarif- und Unternehmerautonomie¹¹⁰.
6. Eine Fortbildung des Arbeitskampfrechts, die Arbeitskämpfe auch um die eigentliche Standortentscheidung zulässig machen würde, ist nicht angezeigt. Der überkommene Rechtszustand harmonisiert mit den Grundwertungen des geltenden Arbeits- und Wirtschaftsrechts. Da Standortentscheidungen naturgemäß nicht nur den gewerkschaftlich organisierten Teil der Belegschaft betreffen, würde eine solche Fortbildung zudem bewirken, daß die Arbeit-

106 S. hierzu o., u. I.3., S. 58.

107 S. hierzu o., u. II.1., 2., S. 58.

108 S. hierzu o., u. II.3., S. 59.

109 S. hierzu o., u. III.1.b., c., S. 62 ff., 65 ff.

110 S. hierzu o., u. III.1.b., c.[1], [2], S. 62 ff.

nehmerinteressen von einer nicht hinreichend legitimierten Instanz wahrgenommen werden¹¹¹.

7. Die bei Standortschließungen und -verlagerungen regelmäßig erhobenen Forderungen nach einer Verlängerung von Kündigungsfristen sowie nach Qualifizierungs- und Abfindungsansprüchen (materielle Sozialplaninhalte) sind nicht schon *per se* arbeitskampfrechtlich bedenklich. Probleme können sich im Einzelfall aber aufgrund des Umfangs der Forderung (insbesondere Länge der Kündigungsfristen) ergeben¹¹².
8. Die Unzulässigkeit eines Arbeitskampfes um materielle Sozialplaninhalte läßt sich regelmäßig nicht damit begründen, daß die Gewerkschaft mit ihnen in Wahrheit die eigentliche Standortentscheidung verhindern wolle. Daß die durch Tarifverträge gesetzten Sozialdaten unternehmerische Entscheidungen (mittelbar) beeinflussen können, ist der geltenden Arbeitsrechtsordnung prinzipiell immanent¹¹³.
9. Im Zusammenhang mit konkreten Standortentscheidungen ergibt sich die Unzulässigkeit einer Tarifierung materieller Sozialplaninhalte (und damit auch des Arbeitskampfes) jedoch aufgrund einer Sperrwirkung der §§ 111 ff. BetrVG. Will die Rechtsordnung die Freiheit der unternehmerischen Standortentscheidung gewährleisten, darf sie diese Entscheidung nicht schon institutionell mit unkalkulierbaren Folgelasten verknüpfen, sondern muß diese Lasten wie in § 112 Abs. 5 BetrVG so begrenzen, daß die Sinnhaftigkeit der Standortentscheidung nicht sogleich wieder in Frage gestellt wird. Kommt damit aber ein marktmäßiges, mit grundsätzlich offenem Ausgang erfolgreiches Aushandeln der Sozialplaninhalte von vornherein nicht in Betracht, ist auch eine Zuständigkeit der Tarifvertragsparteien von vornherein nicht angezeigt. Gegen sie spricht ferner, daß die notwendigerweise begrenzten Sozialplanmittel nach allgemeinen Grundsätzen unter strikter Wahrung des Gleichbehandlungsgebots zu verteilen sind, was jedoch wegen der rein mitgliederschaftlichen Legitimation der Koalitionen institutionell nicht gewährleistet wäre. Demgegenüber wird die Zuständigkeit des Betriebsrats, wie sie in den §§ 111 ff. BetrVG ausgestaltet ist, den beiden genannten Anforderungen gerecht, weshalb diese Regelungen folgerichtig auch als abschließend anzusehen sind¹¹⁴.

111 S. hierzu o., u. III.1.c. [3], S. 70 ff.

112 S. hierzu o., u. III.2., S. 76 ff.

113 S. hierzu o., u. III.3.b., S. 79.

114 S. hierzu o., u. III.3.c., S. 79 ff.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble (Moderation):

- 57 Vielen Dank, Herr *Lobinger*, Sie haben sich nicht nur die Vorschußlorbeeren nachträglich verdient, sondern sogar noch Nachschußlorbeeren dazu.

Professor Dr. Robert Rebhahn, Universität Wien:

- 58 Herr *Lobinger*, Sie haben die Grenzen für den Arbeitskampf um Standortsicherungsabreden aufgezeigt. Zwei ganz kurze Fragen. Folgt daraus, daß ohne Arbeitskampf abgeschlossene Tarifverträge, die über die von Ihnen aufgezeigten Grenzen hinausgehen, unzulässig und vielleicht nichtig sind, auch dann, wenn diese Standortzusicherung Ausgleich für Zugeständnisse auf anderer Seite war? Und zweitens, wenn Sie die erste Frage verneinen, würde es zumindest dann zu einer Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit kommen, wenn der ohne Arbeitskampf abgeschlossene Tarifvertrag nur unter dem Drohungsszenario eines Arbeitskampfes zustande gekommen ist? Opel wäre daran sehr interessiert, glaube ich.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

- 59 Ich glaube, man muß da unterscheiden. Also, wenn Sie bei einem ohne Arbeitskampf zustande gekommenen Tarifvertrag tatsächlich eine Bestandssicherungszusage geben, habe ich insofern keine Bedenken, als das in der Regel rein günstige und zwar für alle Arbeitnehmer günstige Vereinbarungen sind. Das Mittel des Arbeitskampfes würde ich aber in jedem Fall ausschließen, soweit es um den Standorterhalt geht – auch als bloße Drohkulisse. Wurde gleichwohl mit Streiks zu diesem Zweck gedroht, führt das nach allgemeinen Regeln freilich nicht schon *per se* zur Nichtigkeit.

Dr. Stefan Krauss, Südwestmetall:

- 60 Herr *Lobinger*, ich habe eigentlich keine Frage, sondern nur eine Bemerkung und eine Anmerkung zu machen. Zunächst die Bemerkung: Ich danke Ihnen dafür, daß Sie das Thema dazu genutzt haben, Werbung für den Beitritt zu Tarifträgern, Arbeitgeberverbänden zu nutzen. Die Essenz dessen, was Sie gesagt haben, ist nämlich: Betriebsänderungen sind der Grund für den Eintritt in den Arbeitgeberverband, weil Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes wegen der Betriebsänderung nicht mit Arbeitskampfmaßnahmen überzogen werden dürfen. Auf der anderen Seite dürfen Firmen, die nicht Mitglied im Tarifträgerverband sind, jederzeit – zumindest über Fragen der Verlängerung von Kündigungsfristen und Qualifizierungsmaßnahmen – mit Arbeitskämpfen überzogen werden; denn, diese Themen sind ja nur deshalb in Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber tarifgebundenen, verbandsgebundenen Arbeitgebern unzulässig, weil das von der Friedenspflicht umfaßt ist, wie das bei tariflich

geregelten Themen der Fall ist. Für Firmen, die nicht im Arbeitgeberverband sind, sind es tariflich nicht geregelte Themen und damit arbeitskampfoffen und durchaus dem Angriff der Gewerkschaft ausgesetzt. Das ist meine Dankesbemerkung.

Und die Anmerkung, die ich machen möchte, ist der Hinweis darauf, daß die Rechtsdogmatik und die Praxis zuweilen sehr stark auseinanderlaufen und dazu gehört Ihre Attestierung, daß die Gewerkschaft – da haben Sie sicher Recht – nicht die Belegschaft eines Betriebes oder auch die Arbeitnehmerschaft repräsentiert, wie der Betriebsrat das vielleicht tun soll. Beides stimmt nicht. Die Betriebsräte werden sicherlich auch nicht immer die ganze Belegschaft repräsentieren. Die Gewerkschaft nimmt aber sehr wohl für sich in Anspruch, in derartigen Sozialplanverhandlungen das alleinumfassende Seeligsprechungsrecht und als einziger die Ahnung zu haben, wie man das dann abzuschließen hat und nimmt letztlich dann mit dem Betriebsrat zusammen das Heft in die Hand. Dann ist es keine Frage der Legitimation, sondern – wie immer im Leben – eine Frage der Macht. Und wenn sie genug Organisationsgrad hat, dann macht die Gewerkschaft das unterm Strich schon so, wie sie es gerne haben möchte. Und nochmals zum Eingangsstatement: vielen Dank. „Betriebsänderung als Grund für den Beitritt“ – das ist eine gute Überschrift für dieses Thema.

Thomas Lobinger:

Jetzt muß ich Sie leider enttäuschen! Ich fang vielleicht mal von hinten an: Solche Tagungen sind sicherlich auch dazu da, um ab und zu die Praxis daran zu erinnern, wie die Rechtslage ist. Ihr letzter Hinweis ist also relativ schnell erledigt. Das zweite: Ihre Freude ist etwas vorschnell, jedenfalls soweit es um die Materien geht – ich rede jetzt nur über konkrete Standortentscheidungen –, die herkömmlich in einem Sozialplan geregelt werden. Ich bin der Ansicht, daß jedenfalls im Falle eines Standorttodes, um das mal so zu sagen, auch in einem nichtverbandsangehörigen Unternehmen die Gewerkschaften keine Arbeitskampfmaßnahmen ergreifen dürfen und auch keine Tarifzuständigkeit haben. Denn es besteht ja sachlich überhaupt kein Unterschied! Die Regelung der §§ 111 ff. BetrVG ist in ihren Begrenzungen, insbesondere was die Größe der Unternehmen und der Betriebe betrifft, wie auch vom Tatbestand her, daß es der gesamte Betrieb oder wesentliche Teile des Betriebs sein müssen, erheblich umstritten. Und das auch völlig zu Recht. Denn es ist ja nicht einzusehen, warum ein Arbeitnehmer in gleicher Situation auf einmal überhaupt keine Abfindung bekommen soll, nur weil es keinen Betriebsrat gibt. Sie wissen auch, daß es da erhebliche Friktionen gibt. Das Bundesarbeitsgericht mogelt sich immer wieder um die Frage herum, ob das nun ein Verstoß gegen Art. 3 GG ist oder eben nicht. Wenn man das richtig auflöst, ist das letztlich eine individualrechtliche Interessenberücksichtigungspflicht des Arbeitgebers, die er gegenüber jedem Arbeitnehmer hat, und es spielt überhaupt keine Rolle, ob es da einen Betriebsrat gibt oder nicht. Der Arbeitgeber muß dann aber auch in solchen Fällen immer den Gleichbehandlungsgrundsatz wahren und dem widerspräche dann auch bei einem nichtorganisierten Arbeitgeber jedenfalls die Arbeitsbefugnis der Gewerkschaft. Sie müssen also die Grundlage der §§ 111 ff. BetrVG nur hinreichend deutlich aufdecken

und auf einen meines Erachtens rein individualrechtlichen Grund zurückführen, um dann zu erkennen, daß auch in diesen anderen Fällen nach meiner Argumentation ein Arbeitskampf oder ein Tarifvertrag nicht mehr in Betracht kommen kann.

Professor Dr. Horst Ehmann, Universität Trier:

- 62 Herr *Lobinger*, es hat mir natürlich gefallen, daß Sie, wenn auch auf einem beschränkten Gebiet – nämlich Standortfragen und Betriebsänderungen oder Betriebsautonomie – mit verfassungsrechtlichen Gründen Vorrang vor der Tarifautonomie einräumen wollen. Ich hab mich nur gefragt, wenn ich Ihre ganzen subtilen, akribischen Begründungsversuche vorbeigehen lasse, ob diese dann nicht auch für alle firmenbezogene Streikmaßnahmen ohne Zustimmung des Betriebsrats oder zumindest der Mehrheit der Belegschaft gelten. Versuchen Sie mal, dies zu durchdenken. Ihre Argumentationen für den Vorrang des Betriebsrates auf erstgenanntem Gebiet werden Sie dann zu weitergehenden Folgerungen kommen lassen. Denn auch dort wären ja im Interesse der Gewerkschaftsangehörigen die anderen mitbetroffen, wenn die Forderungen überhöht sind und dann zum Zusammenbruch des Betriebs oder jedenfalls dazu führen, daß der Unternehmer das Land verläßt.

Thomas Lobinger:

- 63 Herr *Ehmann*, ich will nicht ausschließen, daß meine Thesen natürlich auch in anderen Fällen dazu führen, daß man eventuell so entscheiden muß. Aber ich meine doch relativ klar darauf hingewiesen zu haben, daß auch für diese Materien an sich die Tarifpartner zuständig wären und es eben keine originäre Zuständigkeit des Betriebsrats gibt. Ich habe versucht, gerade in diesem besonderen Fall die Ausnahme aufzuzeigen, die Ausnahmebedingung, die es rechtfertigt, daß entgegen dem allgemeinen Grundsatz, daß für entsprechende Materien an sich die Gewerkschaften zuständig wären, hier dann eben doch der Betriebsrat zuständig ist. Wie gesagt: Daß diese Argumentation auf andere Materien übergreifen kann, will ich gar nicht ausschließen. Aber ich glaube nicht, daß sie generell dazu führt, daß wir den Arbeitskampf beseitigen und die Zuständigkeit der Gewerkschaft generell etwa auch für Lohnverhandlungen verabschieden müssen.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

- 64 In der Tat ganz kurz – keine Frage, nur eine kleine rechtsvergleichende Anmerkung. Herr *Reichold* hatte ja schon auf das amerikanische Recht hingewiesen, den *Wagner-Act* oder den *National Labor Relations Act* von 1935. Dort gibt es eine Regelung, die – das ist etwas anders strukturiert als im deutschen Arbeitsrecht – den Arbeitgeber verpflichtet, über bestimmte Materien mit der jeweils repräsentativen Gewerkschaft zu sprechen. Dort ist auch z.B. von *conditions of employment* die Rede. Der *US Supremecourt* hat Anfang der 80er Jahre entschieden, daß darunter gerade nicht die Entscheidung des Unternehmers fällt, das Unternehmen oder den Betrieb insge-

samt zu schließen. Man muß sicherlich sehr vorsichtig mit einer unmittelbaren Übertragung von Aussagen aus einem anderen Rechtssystem in das deutsche Recht sein. Aber ich glaube, bei einer insgesamt auch immer vernetzteren Wirtschaft ist es nicht ganz uninteressant zu schauen, wie andere Arbeitsrechtsordnungen mit solchen Fragen umgehen.

Thomas Lobinger:

Vielleicht sollte man das sogar noch weiterspinnen. Der Gedanke einer repräsentativen Gewerkschaft als Rechtsinstitut ist uns ja fremd. Sie gibt es allerdings nicht nur in den USA! Sehr hübsch ist, wenn Sie sagen: Selbst dieser repräsentativen Gewerkschaft, für die man ja gedanklich sogar noch in Anspruch nehmen könnte, die Gesamtbelegschaft zu repräsentieren, selbst dieser repräsentativen Gewerkschaft werden die Befugnisse zum unmittelbaren Zugriff auf die Unternehmerentscheidung nicht zugesprochen. Dann muß man auch hier natürlich wieder *a maiore ad minus* darauf schließen, daß es bei uns erst recht nicht so sein kann, wo wir nicht mal solch eine repräsentative Gewerkschaft haben. 65

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Nur eine ganz kurze Frage: Was machen Sie in Betrieben, die keinen Betriebsrat haben oder die etwa unter § 112 a BetrVG fallen? Gilt die Sperrwirkung dann auch? 66

Thomas Lobinger:

Ja.

67

Volker Rieble:

Das ist ein sehr schönes Schlußwort. Ich will Ihnen nur in einem Punkt widersprechen. Eigentlich sind wir nicht zusammengekommen, um Sie über die Rechtslage zu belehren, sondern, und dies finde ich ganz spannend, um die unterschiedlichen Facetten aktueller arbeitskampfrechtlicher Forschung zu betrachten und diese mit Ihnen zu diskutieren. 68

§ 4 Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – neues Kampfmittel der Arbeitgeberseite?

Rn.

A. Referat Matthias Jacobs	1
I. Einleitung	1
1. Fehlen effektiver Kampfmittel auf Arbeitgeberseite als Problem	2
2. Absenkung tariflicher Entgelte durch die Androhung von Betriebsschließung und Standortverlagerung als Alternative	4
3. Arbeitskampf oder „arbeitskampffremde Reaktion“?	6
II. Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – arbeitskampfrechtliche Beurteilung	9
1. Konkretisierung der arbeitskampfrelevanten Maßnahme	9
2. Arbeitskampfrechtliche Einordnung	12
a. Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung als neues Kampfmittel	12
[1] Nähe zum Individualinstrument der Massenkündigung	12
[2] Zulässigkeit neuer Kampfmittel und Grundsatz der Kampfmittelfreiheit	13
[3] Begriff des Arbeitskampfes	14
[a] Störung des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms	16
[b] Druckausübung durch Zufügung allgemeiner Nachteile	17
b. Rechtmäßigkeit von Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung	20
[1] Betriebsstillegung und Standortverlagerung als Folge unternehmerischer Entscheidungsfreiheit	21
[2] Beschränkung rechtmäßigen Verhaltens durch Anwendung arbeitskampfrechtlicher Grundsätze	23
[a] Verschiebung der Kampfparität	24
[b] Beachtung der tarifvertraglichen Friedenspflicht	26
[c] Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	29
III. Zusammenfassung und Ausblick	32
B. Diskussion	34

A. Referat Matthias Jacobs*

I. Einleitung

- 1 Nicht nur Gewerkschaften und Betriebsräte versuchen, Betriebsschließungen und Produktionsverlagerungen zu verhindern. Auch die Arbeitgeber und ihre Verbände sind bemüht, deutsche Standorte zu erhalten und Arbeitsplätze zu sichern. Das geht in vielen Fällen allerdings nicht ohne eine deutliche Absenkung der im internationalen Vergleich zu hohen Tarifentgelte. Wenn sich die Sozialpartner darauf in friedlichen Verhandlungen nicht einigen können, drängt sich für die Arbeitgeberseite der Gedanke an einen Arbeitskampf um das Nahziel „Entgeltssenkung“ auf, um das Fernziel „Standorterhalt“ zu erreichen. Das ist, wenn Sie so wollen, **eine** Kehrseite des Arbeitskampfes **gegen** Standortschließung und -verlagerung, über die *Thomas Lobinger* berichtet hat¹.

1. Fehlen effektiver Kampfmittel auf Arbeitgeberseite als Problem

- 2 Ein erster Blick auf das dafür zur Verfügung stehende rechtliche Instrumentarium ist allerdings ziemlich ernüchternd. Zwar stellt die einschlägige Literatur der Arbeitgeberseite eine ganze Reihe vermeintlicher Kampfmittel zur Verfügung². Darunter befinden sich allerdings heute nicht mehr aktuelle Maßnahmen wie die Erstellung sogenannter „schwarzer Listen“³ oder weithin theoretisch gebliebene Vorschläge wie die Kürzung der Löhne bei gleichbleibender Arbeitsleistung⁴ oder die Anlegung von Personalaktenvermerken⁵. **Praktisch** in Betracht kommt eigentlich nur die **Angriffsaussperrung**. Ihre Zulässigkeit ist allerdings außerordentlich umstritten⁶, ihre Anwendung tarifpolitisch nicht ohne Risiko⁷. Wie das Bundesarbeitsgericht, das sich bislang erst einige Male in *obiter dicta* äußern konnte⁸, in einem

* Privatdozent Dr. Matthias Jacobs, Johannes-Gutenberg-Universität Mainz.

1 Dazu statt aller *Lobinger*, Arbeitskämpfe bei Standortschließungen und -verlagerungen?, § 3 in diesem Band, S. 55 ff. m.w.N.

2 Vgl. ausführlich statt vieler *Kissel*, Arbeitskampfrecht (2002), § 14 Rn. 25 ff., § 62 m.w.N.

3 *Kissel* (Fn. 2), § 14 Rn. 29; *Otto*, in: MünchArbR, Band 3, 2. Aufl. (2000), § 281 Rn. 23.

4 *Zöllner*, FS Bötticher (1969), S. 437 f.; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. (1998), § 40 VI 5 a (S. 463).

5 *Kissel* (Fn. 2), § 62 Rn. 28 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 287 Rn. 63 ff.

6 Grundsätzlich dafür etwa *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. (1982), Rn. 90, 187; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Band I (1997), § 21 III 5 (4) (S. 1039 f.); *Hergenröder*, in: Arbeitsrecht Kommentar (Hg.: Henssler, Willemsen, Kalb), 2004, Art. 9 GG Rn. 239; *Kissel* (Fn. 2), § 53 Rn. 51 ff.; *Konzen*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 551 f.; *Lessner*, FA 2003, 233 ff.; *Löwisch/Rieble*, in: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht (Hg.: Löwisch), 1997, 170.1 Rn. 52; dagegen z.B. *Wolter*, in: Arbeitskampfrecht (Hg.: Däubler), 2. Aufl. (1987), Rn. 927 ff.; krit. *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 66 ff., jew. m.w.N.

7 Dazu *Lessner*, FA 2003, 233 f. m.w.N.

8 Siehe etwa BAG GS AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 9R): „(praktisch seltene) legitime Aggressivaussperrung“; GS AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 7R): zulässige Aussperrung als „den ersten Akt eines Arbeitskampfes“; AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 1R); AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 4R ff.); AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3R ff.); vgl. ferner BVerfG AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 5 ff.).

konkreten Streitfall heute zu ihr stehen würde, weiß man nicht. Eine **rechtssichere** Angriffsaussperrung ist deshalb **nicht** möglich, und es erstaunt nicht, daß sie jedenfalls im Nachkriegsdeutschland bislang nicht zum Einsatz gekommen ist. Eine individualrechtliche Alternative liegt noch im Ausspruch von Massenänderungskündigungen⁹. Mit ihnen geht der Arbeitgeber aber ebenfalls ein erhebliches Wagnis ein. Ihm **droht** eine Flut von Kündigungsschutzklagen, die zur Kündigungsschutzrechtlichen Überprüfung **jeder** einzelnen Kündigung führen können. Dieses Prozeßrisiko und andere Nachteile, wie zum Beispiel unterschiedliche Kündigungsfristen oder die Unkündbarkeit einzelner Arbeitnehmer, machen die Massenänderungskündigung aus Arbeitgebersicht zur Durchsetzung kollektiver Ziele ebenfalls uninteressant.

Bliebe es bei diesem Befund, könnten die Arbeitgeber die Reduzierung tariflicher Entgelte von sich aus praktisch nicht durchsetzen. Weil die Geschichte des Arbeitskampfrechts bisher stets von der Frage geprägt war, wie die Gewerkschaften möglichst effektiv **Entgelterhöhungen** erzwingen können¹⁰, ist die Entwicklung **neuer** Kampfmittel auf Arbeitgeberseite bislang weitgehend ausgeblieben. Nicht zufällig haben bisher stets die Gewerkschaften neue Kampfmittel wie etwa Betriebsbesetzungen und -blockaden¹¹ oder den Boykott¹² ersonnen und auch bei der Entwicklung verschiedener Streikformen stets viel Phantasie bewiesen¹³. Heute hat sich dieser Ausgangspunkt in sein Gegenteil verkehrt. Deutsche Unternehmen stehen in einem internationalen Standortwettbewerb. Im Vordergrund steht deshalb immer mehr die Frage, wie die hohen Arbeitskosten in Deutschland gesenkt werden können. Unser Arbeitskampfrecht ist dafür als „Schönwetterarbeitsrecht“¹⁴ bislang nicht gerüstet.

2. Absenkung tariflicher Entgelte durch die Androhung von Betriebsschließung und Standortverlagerung als Alternative

Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, daß es der Siemens AG im Sommer dieses Jahres gelungen ist, die Arbeitskosten in den Produktionsstätten für Mobiltelefone in Bocholt und Kamp-Lintfort um etwa ein Viertel abzusenken. Diese Reduzierung ist allerdings weder im Wege eines Arbeitskampfes noch mit Hilfe von

9 Mit der Massenänderungskündigung können übertarifliche Entgeltbestandteile und im Nachwirkungszeitraum auch Tarifentgelte reduziert werden; zu ihrer arbeitskampfrechtlichen Einordnung siehe noch unten Rn. 12.

10 *Loritz*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 565.

11 Dazu *Kissel* (Fn. 2), § 61 Rn. 57 ff., 101 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 58 ff.; *Stahlhacke*, Zulässigkeit neuer Kampfmittel im Arbeitskampf (1994), S. 7 ff., jew. m.w.N.

12 Dazu näher *Hergenröder* (Fn. 6), Art. 9 GG Rn. 240 ff.; *Kissel* (Rn. 2), § 61 Rn. 57 ff., 122 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 114 ff., jew. m.w.N.

13 Z.B. Warnstreiks, dazu *Gamillscheg* (Fn. 6), § 24 IV 1 (S. 1155 ff.); *Kissel* (Rn. 2), § 41 Rn. 1 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 7 ff.; ferner Wellenstreiks, dazu ausführlich *Kissel* (Fn. 2), § 33 Rn. 70 ff., oder die Streiks im Rahmen der „neuen Beweglichkeit“ der IG Metall, dazu näher *Gamillscheg* (Fn. 6), § 24 IV 2 (S. 1159 ff.); *Kissel* (Rn. 2), § 3 Rn. 9, § 41 Rn. 10, jew. m.w.N. auch zur Judikatur.

14 *Lieb*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. (2000), Rn. 641; vgl. ferner *Loritz*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 557 ff.

Massenänderungskündigungen erzwungen worden. Vielmehr hatte sich die Konzernleitung zunächst dazu entschlossen, die Produktion in beiden Werken zu schließen und nach Ungarn zu verlagern, um innerhalb der nächsten fünf Jahre 200 Millionen Euro einzusparen. Bedroht waren etwa 2.000 Arbeitsplätze. Kündigungen waren zwar noch nicht ausgesprochen, aber in Ungarn bereits Grundstücke gekauft und die Planungen für den ersten Spatenstich vorangetrieben worden. Die Demontage von Produktionsmaschinen in Bocholt stand unmittelbar bevor. Die erwartete Kostenersparnis war zusätzlich in einem von der IG Metall und dem Gesamtbetriebsrat bei einer Unternehmensberatung in Auftrag gegebenen Gutachten dargelegt worden. Mit diesen Tatsachen konfrontiert, lenkte die IG Metall in letzter Minute ein und schloß für beide Standorte auf der Grundlage einer Tarifvereinbarung für den Metallbereich NRW, die unter anderem Abweichungen von tariflichen Mindeststandards nach den betrieblichen Erfordernissen ermöglicht, mit dem zuständigen Arbeitgeberverband Metall NRW einen zunächst auf zwei Jahre befristeten Ergänzungsvertrag. Sein Inhalt ist eine tarifpolitische Sensation: Verlängerung der Wochenarbeitszeit von 35 auf 40 Stunden ohne Lohnausgleich, Streichung des Urlaubs- und des Weihnachtsgeldes, dafür: Einführung einer leistungs- und ergebnisorientierten Gewinnbeteiligung, ferner Reduzierung der Zuschläge für Spätarbeit von 15% auf 8%, um nur die wichtigsten Punkte zu nennen. Dafür sind Betriebsschließung und Standortverlagerung allerdings vorerst vom Tisch¹⁵.

- 5 Das Beispiel Siemens fand sogleich Nachahmer. Nur wenige Wochen später teilte die DaimlerChrysler AG mit, daß die Produktion der C-Klasse ab 2007 von Sindelfingen nach Bremen und Südafrika verlagert werde, wenn es nicht gelinge, 500 Millionen Euro einzusparen¹⁶. Ähnlich wie bei Siemens ließ sich die IG Metall trotz erheblicher Protestaktionen der Belegschaft ebenfalls in einer ergänzenden Vereinbarung mit der Konzernspitze auf weitreichende Zugeständnisse vor allem im Entgeltbereich ein¹⁷.

3. Arbeitskampf oder „arbeitskampffremde Reaktion“?

- 6 Die bei Siemens und DaimlerChrysler erreichte Reduzierung tariflicher Arbeitskosten ist nicht durch Aussperrung erzwungen worden. Dennoch drängt sich die Frage auf, ob eine solche Androhung von Betriebsschließung und Standortverlagerung, die immerhin funktional an die Stelle der Angriffsaussperrung tritt, nicht ebenfalls **Arbeitskampf** ist, wie *Volker Rieble* in der Einladung zum 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch provokant formuliert hat: Neues Kampfmittel der Arbeitgeber sei

15 Siemens wird ferner umfangreiche Investitionen an beiden Standorten vornehmen, keine Stellen wegen der Verlängerung der Arbeitszeit abbauen sowie betriebsbedingte Kündigungen nur als *ultima ratio* aussprechen.

16 Ein weiteres Beispiel unter vielen: General Motors und der Streit über die Schließung eines europäischen Werks für die künftige Mittelklasseproduktion (Rüsselsheim/Bochum oder Trollhättan).

17 Die größten Einsparungen werden bei den Löhnen erzielt: Im Rahmen des neuen Entgelttrahmentarifvertrags (ERA), der die Löhne von Angestellten und Arbeitern angleicht und gleichzeitig die Bewertung der Entlohnung neu regelt, werden die Entgelte von 2006 an um 2,79 % gesenkt.

nicht die „diffuse zeitweilige Betriebsstillegung des Ersten Senats“¹⁸, sondern die **endgültige**. Ein solches Verständnis deuten auch die Reaktionen auf Arbeitnehmerseite an, die beiden Konzernen „gnadenlose Erpressungsmethoden“¹⁹ vorwerfen und beklagen, die Vereinbarungen seien „nicht unter fairen Rahmenbedingungen zustande gekommen“²⁰. Eine solche Einstufung als Kampfmaßnahme könnte für die Arbeitgeberseite gravierende Folgen haben. So könnten beispielsweise das Paritätsprinzip, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder die tarifliche Friedenspflicht zu beachten sein. Arbeitskampfrechtlich ist diese Fragestellung bislang allerdings nicht aufgearbeitet. Im Schrifttum gibt es dazu praktisch keine Äußerungen.

Lediglich bei *Roland Schwarze* liest man in einem schon etwas älteren Aufsatz zur Zulässigkeit von Streikbruchprämien in einer Fußnote, daß ein erweiterter Arbeitskampfbegriff „Ausgrenzungen“ erforderlich mache. Eine solche Ausgrenzung sei etwa angebracht, wenn der Arbeitgeber einen Teil der Produktion schrittweise ins Ausland verlagere, um die Gewerkschaft zur Rückkehr zur 40-Stunden-Woche zu bewegen²¹. Und im Lehrbuch von *Otto Rudolf Kissel* zum Arbeitskampfrecht heißt es zu Betriebsverlegungen und -stillegungen, wenn auch im Gefolge von Streiks, es handle sich um „**arbeitskampffremde** Reaktionen“ der Arbeitgeber, allerdings mit beträchtlicher Langzeitwirkung²². Die gelegentlich geäußerte Auffassung, die Arbeitgeber brauchten kein Aussperrungsrecht, weil sie auf diese Weise auf Tarifforderungen und Streiks reagieren könnten, habe demnach einen „inhaltsschweren Kern“²³.

Im folgenden ist zunächst der Tatbestand der angedrohten Betriebsschließung etwas zu präzisieren. Der Schwerpunkt der Überlegungen liegt anschließend in ihrer arbeitskampfrechtlichen Einordnung, die in zwei Abschnitte unterteilt ist. Zuerst ist der Frage nachzugehen, ob die angedrohte Betriebsschließung unter den überkommenen Arbeitskampfbegriff subsumiert werden kann. Im Anschluß daran ist zu prüfen, ob arbeitskampfrechtliche Grundsätze gegebenenfalls entsprechend auf die angedrohte Betriebsschließung angewendet werden können oder eine nachträgliche Modifikation des Kampfbegriffs erforderlich ist.

18 Um die Entgeltzahlungspflichten auch für die arbeitswilligen Arbeitnehmer zu suspendieren, vgl. dazu BAG AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3 ff.); AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 1R f.); AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3 ff.); zu Recht abl. etwa *Hergenröder* (Fn. 6), Art. 9 GG Rn. 213; *Konzen*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 550 f.; *ders.*, Anm. BAG AP Nr. 137-139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 5 ff.); *Oetker*, Anm. BAG AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 4 ff.); *Rieble*, Anm. BAG SAE 1996, 232 ff., jew. m.w.N.

19 Statt unzähliger Äußerungen siehe nur *Zeleny*, in: KlimaSpiegel, IG Metall-Informationen für die Beschäftigten der Fa. Behr, Bereich Stuttgart, Nr. 3, Juli 2004, S. 5; ähnl. *Kohler*, aaO.: „Erpressungsmentalität des Siemens-Konzerns“.

20 Vorsitzender des Gesamtbetriebsratsvorsitzenden bei Siemens *Heckmann*, Pressemitteilung vom 24.6.2004 zum Ergänzungstarifvertrag Bocholt/Kamp-Lintfort.

21 *Schwarze*, RdA 1993, 268 Fn. 67; ihm folgend *Treber*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen (1996), S. 103.

22 *Kissel* (Fn. 2), § 32 Rn. 71 (Hervorhebung vom Verf.).

23 Vgl. dazu auch *Loritz*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 558: In Zeiten von Betriebs-schließungen in Deutschland und von Produktionsverlagerungen ins kostengünstigere Ausland sähen immer weniger Arbeitnehmer einen Sinn darin, ihre Arbeitgeber gezielt durch Arbeitskampfmaßnahmen zu schädigen.

II. Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung – arbeitskampfrechtliche Beurteilung

1. Konkretisierung der arbeitskampfrelevanten Maßnahme

- 9 Die arbeitskampfrechtliche Beurteilung der Androhung, den Betrieb zu schließen und den Standort zu verlagern, setzt zunächst einmal Gewißheit darüber voraus, welche konkreten Handlungen des Arbeitgebers als neues Kampfmittel in Betracht kommen. Daß die endgültige Schließung des Betriebs oder die **endgültige** Standortverlegung insoweit ausscheiden, liegt auf der Hand. Ist der Betrieb einmal geschlossen und die Produktion verlagert, gibt es auch nichts mehr zu erkämpfen.
- 10 Relevant können deshalb nur Maßnahmen **im Vorfeld** sein. Deren Konkretisierung ist allerdings nicht ganz einfach. Zum einen werden die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten durch die bloße Androhung anders als bei Streik und Aussperrung unmittelbar nicht beeinträchtigt. Zum anderen erzeugt Arbeitskampf im überkommenen Sinn stets einen **unmittelbaren wirtschaftlichen Druck** auf den sozialen Gegenspieler, bei der Aussperrung beispielsweise durch die Suspendierung der Vergütungspflicht. Bei der Androhung, den Betrieb zu schließen und den Standort zu verlagern, tritt ein solcher unmittelbarer wirtschaftlicher Nachteil für die Arbeitnehmer aber nicht ein. Die Beeinträchtigung besteht alleine in der **Furcht**, den Arbeitsplatz zu verlieren und **künftig** wirtschaftliche Nachteile zu erleiden, mithin in einem ausschließlich **psychischen** Druck.
- 11 Seine Intensität kann ganz unterschiedlich sein. Die schwächste Form psychischen Drucks, um die Gewerkschaft zum Einlenken zu zwingen, ist in diesem Zusammenhang wohl die bloße **Überlegung** des Arbeitgebers, wegen zu hoher Arbeitskosten die Produktion an einen kostengünstigeren Standort zu verlegen. Sie dürfte praktisch allerdings nur wenig bewirken. Intensiver ist der Druck im Beispiel DaimlerChrysler. Dort gab es vor einer wichtigen Entscheidung über die künftige Produktion der C-Klasse eine Unternehmensmitteilung, jeder in Sindelfingen produzierte PKW sei 500 € zu teuer. Seien entsprechende Einsparungen nicht zu realisieren, werde die Produktion verlagert. Noch stärker war der Druck bei Siemens, wo die Schließung der Werke Bocholt und Kamp-Lintfort praktisch schon beschlossene Sache war und die Produktionsverlagerung unmittelbar bevorstand. Die wohl intensivste Form der Androhung hatte *Roland Schwarze* im Blick, als er für den weiten Kampfbegriff die schon erwähnten „Ausgrenzungen“ für **den** Fall anmahnte, daß der Arbeitgeber beginnt, die Produktion nach und nach ins Ausland zu verlagern. In diesem Fall können sogar schon Kündigungen ausgesprochen worden sein. Die Übergänge zwischen den genannten Stufen, deren Aufzählung natürlich nicht abschließend ist, sind fließend. Eine präzise Abgrenzung ist nicht möglich. Beides erleichtert die arbeitskampfrechtliche Beurteilung, auf die nun einzugehen ist, nicht.

2. Arbeitskampfrechtliche Einordnung

a. Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung als neues Kampfmittel

[1] Nähe zum Individualinstrument der Massenkündigung

Ein erster Blick auf die Androhung, Betriebe zu schließen und Standorte zu verlagern, läßt zunächst einmal eine gewisse Nähe zur Massenkündigung erkennen, die gegen eine Einordnung als **kollektives** Kampfmittel zu sprechen scheint. Massenkündigungen des **Arbeitgebers** werden von der herrschenden Meinung heute nämlich zu Recht – ganz gleich, ob Massenänderungs- oder Massenbeendigungskündigungen – als **Individualinstrumente** verstanden²⁴. Für sie gelten keine arbeitskampfrechtlichen, sondern allein kündigungsschutzrechtliche²⁵ Beurteilungsmaßstäbe²⁶. Die Bündelung von Individualrechten genügt nicht, um eine kollektivrechtliche Zulässigkeitsbetrachtung durchzuführen. Der Wortlaut von § 25 KSchG und auch dessen ursprünglicher Zweck, der heute überholt ist, ändern daran nichts. § 25 KSchG bezieht sich auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des KSchG 1951 geltende individualrechtliche Arbeitskampftheorie, welche die Aussperrung nur mit der individualrechtlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklären konnte, die dann aber – so der Sinn der Vorschrift – von den Voraussetzungen des Kündigungsschutzes befreit sein mußte²⁷. Die Vergleichbarkeit der angedrohten Betriebschließung mit der **Massenänderungskündigung**²⁸ ergibt sich aus der parallelen Zielrichtung, die Vergütung abzusenken. Die Nähe zur **Massenbeendigungskündigung**²⁹ folgt daraus, daß jedenfalls der Beschluß, den Betrieb stillzulegen, kündigungsschutzrechtlich notwendige **Vorstufe** der Kündigung ist.

24 Vgl. nur BAG AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 4R); AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG (Bl. 3R); *Gamillscheg* (Fn. 6), § 21 III 2 (S. 1031 f.); *Hergenröder* (Fn. 6), Art. 9 GG Rn. 248; *Kissel* (Fn. 2), § 62 Rn. 10 ff., 18 ff.; *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), 170.2 Rn. 309; *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 122 ff.; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 40 III 3 (S. 454); abw. *Brox/Rüthers* (Fn. 6), Rn. 575; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 IV 4 (S. 444); ähnl. *Lieb* (Fn. 14), Rn. 705 f.: individualrechtliche Kündigung, aber wegen § 25 KSchG „kündigungsschutzfrei“.

25 *Hergenröder* (Fn. 6), Art. 9 GG Rn. 248; *Kissel* (Fn. 2), § 62 Rn. 24; *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), 170.2 Rn. 309; *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 124; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 40 III 3 (S. 454).

26 Wie Massenänderungskündigungen durch Arbeitnehmer arbeitskampfrechtlich zu behandeln sind, ist streitig, vgl. dazu z.B. näher BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3 f.); *Kissel* (Fn. 2), § 61 Rn. 44 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 125 f., jew. m.w.N.

27 Dazu näher *Ascheid*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Hg.: Dietrich, Hanau, Schaub), 4. Aufl. (2004), § 25 KSchG Rn. 2 f.; *Gamillscheg* (Fn. 6), § 21 III 6 d (S. 1043 f.); *Pods*, in: *Arbeitsrecht Kommentar* (Hg.: Henssler, Willemsen, Kalb), (2004), § 25 KSchG Rn. 1 f., jew. m.w.N.

28 Zu ihr im arbeitskampfrechtlichen Zusammenhang *Kissel* (Fn. 2), § 61 Rn. 41 ff. m.w.N.

29 Zu ihr ebenso *Kissel* (Fn. 2), § 61 Rn. 22 ff., § 62 Rn. 10 ff. m.w.N.

[2] Zulässigkeit neuer Kampfmittel und Grundsatz der Kampfmittelfreiheit

- 13 Dieser erste Eindruck, der – wie erwähnt – auf ein Individualinstrument schließen läßt, steht einer Einstufung als Kampfmittel jedoch nicht entgegen. Es kommt deshalb darauf an, was unter einem Kampfmittel zu verstehen ist. Zwar ist der Begriff des Arbeitskampfes nirgends gesetzlich definiert. Eine erste Richtschnur läßt sich allerdings Art. 9 Abs. 3 GG entnehmen. Er schützt nämlich nicht nur die Bildung, Betätigung und Entwicklung der Koalitionen, sondern überläßt ihnen grundsätzlich auch die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten; jedenfalls soweit sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie mit einem System von Druck und Gegendruck zu gewährleisten³⁰. Ob sich diese sogenannte **Kampfmittelfreiheit** nur auf die historisch anerkannten Kampfmittel wie Streik und Aussperrung bezieht³¹ oder auch die Möglichkeit zur Bildung ganz **neuer** Kampfformen umfaßt³², ist streitig. Für letzteres spricht, daß wirtschaftliche, arbeitstechnische und gesellschaftliche Veränderungen, die heute noch nicht ersichtlich sein müssen, Streik und Aussperrung in der Zukunft als Kampfmittel einmal entwerfen könnten.

[3] Begriff des Arbeitskampfes

- 14 Für den Begriff des Arbeitskampfes und somit auch des Kampfmittels ist damit allerdings noch nicht viel gewonnen. Das Gesetz erwähnt den Begriff zwar in einigen Vorschriften³³. Sie enthalten aber weder eine allgemeine Begriffsbestimmung, noch steht hinter ihnen ein geschlossenes gesetzgeberisches Arbeitskampfkonzept. Der jeweilige Normzweck entscheidet über den jeweiligen Kampfbegriff. Im Schrifttum kann man oft lesen, die Definition müsse weit gefaßt sein, um den Arbeitskampf als **soziales** Phänomen vollständig erfassen zu können. Die begriffliche Zuordnung entscheide ohnehin nicht über Rechtmäßigkeit und Rechtsfolgen³⁴. Daran ist lediglich richtig, daß die Begriffsbildung noch keinen zwingenden Schluß über die rechtliche Beurteilung erlaubt. Wer allerdings eine Maßnahme als Arbeitskampf bezeichnet, wird sich schwer tun, anschließend zu rechtfertigen, daß sie **keiner** arbeitskampf-

30 Also freie Wahl der Kampfmittel, siehe etwa BVerfG AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 5); AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3R f.); BAG GS AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 8 f.); AP Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3); AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form (Bl. 3 f.); *Kissel* (Fn. 2), § 17 Rn. 12 und passim; *Stahlhacke* (Fn. 11), S. 16, jew. m.w.N.

31 So aber der Grundsatz der freien Typenauswahl: *Gamillscheg* (Fn. 6), § 21 I (S. 984); *Konzen* DB 1990, Beilage Nr. 6, S. 8; *Lieb*, ZfA 1982, 138 ff.; *Söllner*, FS Molitor (1988), S. 346.

32 Grundsatz der freien Typenbildung: *Hergenröder* (Fn. 6), Art. 9 GG Rn. 165; *Kissel* (Fn. 2), § 14 Rn. 31, § 32 Rn. 75; *Löwisch/Rieble* (Fn. 6), 170.1 Rn. 60; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 40 VI 5 a (S. 463), wohl auch *Stahlhacke* (Fn. 11), S. 16.

33 Vgl. Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, § 74 Abs. 2 BetrVG, § 66 BPersVG, § 11 Abs. 5 AÜG, § 25 KSchG, § 91 SGB IX, §§ 36 Abs. 3, 146 und 174 SGB III.

34 Z.B. *Brox/Rüthers* (Fn. 6), Rn. 24 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 281 Rn. 1; *Söllner/Waltermann* Grundriß des Arbeitsrechts, 13. Aufl. (2003), Rn. 220; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 V 3 (S. 446).

rechtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung unterliegt. Umgekehrt bedarf es ebenfalls einer besonderen Begründung, um ein Verhalten, das nach bisheriger Begriffsbildung **kein** Arbeitskampf ist, dennoch kampfrechtlichen Grundsätzen zu unterwerfen oder den herkömmlichen Kampfbegriff nachträglich zu modifizieren. Deshalb enthält bereits die Begriffsbildung eine Weichenstellung für die rechtliche Beurteilung der Maßnahme³⁵. Das spricht gegen einen weiten Kampfbegriff.

Faßt man die im Laufe der Jahre entwickelten Definitionen zusammen³⁶, ist **15** Arbeitskampf die von der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite³⁷ zur Erreichung bestimmter Ziele³⁸ durch eine kollektive³⁹ Störung der Arbeitsbeziehungen⁴⁰ bewirkte Druckausübung. **Kampfmittel** ist demnach „jede kollektive Maßnahme zur Störung der Arbeitsbeziehungen“⁴¹. Bei der Anwendung dieser Definition auf die angedrohte Betriebsschließung bereiten die meisten ihrer Merkmale keine Schwierigkeiten. Eine drohende Betriebsschließung ist geeignet, den Willen der von Kündigungen bedrohten Arbeitnehmer zu beeinflussen, damit ihre Gewerkschaft einer Absenkung der tariflichen Vergütung zustimmt. Durch sie wird deshalb Druck ausgeübt. Die Kollektivität der Maßnahme folgt daraus, daß bei einer Betriebsschließung nicht einzelne Arbeitnehmer, sondern die gesamte Belegschaft oder mindestens ein größerer Teil von ihr vom Arbeitsplatzverlust bedroht ist. Schließlich dient die Maßnahme, die zu niedrigeren Tarifentgelten führen soll, auch einem tarifbezogenen Kampfziel.

[a] Störung des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms

Fraglich ist allerdings das Kriterium der bislang erst wenig diskutierten⁴² „Störung **16** der Arbeitsbeziehungen“. Es liegt nahe, sie ähnlich wie bei der Aussperrung – Nichtzahlung der geschuldeten Vergütung – als Verletzung vertraglicher Pflichten zu verstehen. In diese Richtung deuten jedenfalls zahlreiche Stimmen in der Literatur,

35 *Richardi*, FS E. Wolf (1985), S. 553; *Schwarze*, RdA 1993, 267.

36 Vgl. mit im einzelnen unterschiedlichen Formulierungen etwa BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht (Bl. 15); *Hergenröder* (Fn. 6), Rn. 146; *Kissel* (Fn. 2), § 13 Rn. 1 ff.; *Otto* (Fn. 3), § 281 Rn. 1 ff.; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 V (S. 445 f.), jew. m.w.N.

37 Störungen von Kunden, Lieferanten oder Konkurrenten begründen keinen Arbeitskampf, genauso wenig „Schülerstreiks“ oder „Studentenstreiks“, *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 V 1 a (S. 445).

38 Ein engerer Kampfbegriff versucht demgegenüber eine Eingrenzung über die Einengung des Kampfziels und fordert, daß der Arbeitskampf tarifbezogen sein müsse; vgl. nur *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Zweiter Band, Zweiter Halbband (II/2), § 47 A II (S. 870 ff.), A II 3 c (S. 884 ff.); *Ramm*, AcP 160 (1961), 336 ff.; dagegen *Brox/Rüthers* (Fn. 6), Rn. 24; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 V 1 d, 2 (S. 445 f.).

39 Die einzelne Entlassungs- oder Änderungskündigung ist schon deshalb keine Arbeitskampfmaßnahme, weil es sich nicht um eine kollektive Störung handelt, genauso wenig die Arbeitsniederlegung eines einzelnen Arbeitnehmers, *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 V 1 b (S. 445).

40 Früher z.T. weiter verstanden als „Störung des Arbeitslebens“ (Hervorhebung vom Verf.), etwa *Hueck/Nipperdey* (Fn. 38), § 47 A II (S. 870), A II 2 b (S. 874).

41 *Brox/Rüthers* (Fn. 6), Rn. 21.

42 Näher aber *Hilbrandt*, Massenänderungskündigung und Arbeitskampf (1997), S. 33 m.w.N. (in bezug auf die Massenänderungskündigung).

die für das Vorliegen einer Kampfmaßnahme eine „**unmittelbare** Störung der vertragsgemäßen Abwicklung“ der Arbeitsverhältnisse⁴³ oder eine „Verweigerung der Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten“ verlangen⁴⁴. *Wolfgang Zöllner* und *Karl-Georg Loritz* fordern in ihrem Lehrbuch zum Arbeitsrecht für **neue Kampfmittel** sogar ausdrücklich, sie müßten sich stets „auf die Zurückhaltung der Leistung beschränken“⁴⁵. Nach diesem Verständnis kann die bloße Androhung, den Betrieb zu schließen und den Standort zu verlagern, **nicht** als Kampfmittel angesehen werden⁴⁶, weil sie die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien unberührt läßt.

[b] Druckausübung durch Zufügung allgemeiner Nachteile

- 17** Ein Teil des Schrifttums plädiert allerdings dafür, statt einer Störung der Arbeitsbeziehungen die Zufügung **allgemeiner** „Nachteile für die jeweils andere Seite“ genügen zu lassen⁴⁷. Zwar werde der Druck beim Arbeitskampf „fast ausnahmslos“ durch die Einstellung der Arbeit oder die Ausschließung von der Arbeit ausgeübt⁴⁸. Auf der Grundlage eines vertragsorientierten Kampfbegriffs könnten aber klassische Kampfmittel wie zum Beispiel der Boykott⁴⁹ nicht in den Begriff des Arbeitskampfes einbezogen werden. Es ist schon zweifelhaft, ob der Boykott einer Privilegierung durch eine Sonderbewertung als Arbeitskampf überhaupt bedarf⁵⁰, die zu einer Ausschaltung zivilrechtlicher Sanktionen in Form von Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüchen führen könnte⁵¹. Gegen einen erweiterten Kampfbegriff spricht aber vor allem, daß der Arbeitsvertrag das verbindende Glied zwischen

43 Vgl. *Kissel* (Fn. 2), § 13 Rn. 7 (Hervorhebung vom Verf.), § 37 Rn. 1 (vertragswidrige Störung); ähnl. ferner *Wesch*, *Neue Arbeitskampfmittel* (1993), S. 20 ff.: Arbeitskampf als „die (kollektive) Unterbrechung oder Störung des gesamten Vertrages“, als Kampfmittel kämen nur Maßnahmen zur Störung des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms in Betracht: „vertragsorientierte Neubestimmung des Arbeitskampfes“.

44 *Höfling*, in: *Sachs* (Hg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 2. Aufl. (1999), Art. 9 Rn. 105 (zusätzlich: Maßnahme müsse über das hinausgehen, was den Beteiligten nach den Vorgaben des Individualarbeitsrechts an Handlungsmöglichkeiten offen stehe); ähnl. *Däubler*, in: *Arbeitskampfrecht* (Hg.: *Däubler*), 2. Aufl. (1987), Rn. 54 ff., 58: Von einer Arbeitskampfmaßnahme könne nur gesprochen werden, „wenn ein Arbeitnehmerkollektiv oder Arbeitgeber über die nach allgemeinem Vertragsrecht bestehenden Möglichkeiten hinaus die Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten verweigert“.

45 *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 40 VI 5 a (S. 463).

46 Man könnte allenfalls argumentieren, daß eine unmittelbare Störung der Arbeitsbeziehungen nicht erforderlich sei und es genüge, wenn die kollektive Maßnahme „darauf abzielt, die Arbeitsbeziehungen zu stören“, so die – vermutlich eher zufällig so gewählte – Formulierung bei *Söllner/Waltermann* (Fn. 34), Rn. 226.

47 *Otto* (Fn. 3), § 281 Rn. 3; zust. *Schwarze*, *RdA* 1993, 268; anders ausdrücklich *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 V 1 f (S. 445).

48 *Otto* (Fn. 3), § 281 Rn. 3.

49 Insoweit inkonsequent *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 39 V 1 f (S. 446): Für den Begriff des Arbeitskampfes könne nicht auf eine „Störung der Arbeitsbeziehungen“ verzichtet werden, beim Boykott werde aber die „arbeitsrechtliche Beziehung ... zumindest mitberührt“.

50 I.E. ebenso *Kissel* (Fn. 2), § 61 Rn. 126 ff.

51 Privilegierung gegenüber den allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben (z.B. Unterlassungsanspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 823 Abs. 1, 826 BGB).

Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist, welches dem Arbeitsverhältnis seine besondere Qualität verleiht. Es ist deshalb nur konsequent, wenn der Begriff des **Arbeitskampfes** an eine Störung des **Arbeitsvertrags** anknüpft. Nach der Gegenmeinung wäre selbst die Zerstörung von Privateigentum des Arbeitgebers durch Arbeitnehmer, um Entgelterhöhungen zu erzwingen, ein allgemeiner Nachteil und damit begrifflich Arbeitskampf: ein Ergebnis, das vermutlich niemanden überzeugt und zu nachträglichen Korrekturen durch die schon erwähnten „Ausgrenzungen“ zwingt, auf die ein vertragsorientierter Kampfbegriff verzichten kann.

Folgt man dennoch dem weiten Kampfbegriff, kommt es darauf an, was unter **18** „allgemeinen Nachteilen“ zu verstehen ist. Denkbar wäre zunächst die Zufügung **wirtschaftlicher Nachteile**. Beispiel: der Waren- und Dienstleistungsboykott gegen den Arbeitgeber. Die bloße Drohung, den Betrieb zu schließen und den Standort zu verlagern, führt jedoch auf Arbeitnehmerseite – wie schon erwähnt – noch **nicht** zu unmittelbaren wirtschaftlichen Einbußen. Damit bleibt der bloße **psychische Druck**, der durch die Androhung unzweifelhaft erzeugt wird. Ob er als allgemeiner Nachteil genügt, ist indessen zweifelhaft. Zwar hat ihn das Bundesarbeitsgericht vor Jahrzehnten einmal ausreichen lassen, als es bereits den Beschluß über die Durchführung einer Urabstimmung im schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik als verbotene Kampfmaßnahme im Sinne der Friedenspflicht angesehen hat⁵². Die Entscheidung ist damals freilich auf heftige Gegenwehr gestoßen⁵³ und wird auch heute noch zu Recht abgelehnt⁵⁴. Die Erzeugung psychischen Drucks ist kein Arbeitskampf, wenn nicht zugleich auch ein wirtschaftlicher Nachteil zugefügt oder das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm gestört wird⁵⁵. Andernfalls müßte man von einem Arbeitskampf selbst dann sprechen, wenn Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit vor die Privatwohnung des Arbeitgebers ziehen und dort „Mahnwachen“ veranstalten, um Entgelterhöhungen durchzusetzen. Solche Maßnahmen sind aber genauso wenig Arbeitskampf wie sonstiges Verhalten, das den sozialen Gegenspieler im Vor- und Umfeld von Tarifauseinandersetzungen und Arbeitskämpfen in Form von Solidaritätsaufrufen, publizistischer Meinungsmache oder Forderungen gegenüber Politikern unter Druck setzen soll⁵⁶. Nicht schon immer dann, wenn von wirklich freien Verhandlungen nicht mehr gesprochen werden kann, handelt es sich um Arbeitskampf.

Ein weiterer Einwand kommt hinzu: Ein Arbeitskampf hat faktisch wie rechtlich **19** weitreichende Konsequenzen. Deshalb muß aus Gründen der Rechtssicherheit klar erkennbar sein, **wann** ein Arbeitskampf vorliegt und wann nicht⁵⁷. Psychischer Druck

52 BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht (Bl. 15).

53 Nachweise bei Brox/Rüthers (Fn. 6), Rn. 235 Fn. 387.

54 Z.B. Brox/Rüthers (Fn. 6), Rn. 235; Gamillscheg (Fn. 6), § 21 II 6 a (1) (S. 1008), jew. m.w.N.

55 So wohl auch Zöllner/Loritz (Fn. 4), § 39 V 1 f im Beispiel (S. 446), wenn nicht zugleich eine Störung der Arbeitsbeziehungen gegeben sei; vgl. ferner Kissel (Fn. 2), § 37 Rn. 1 (Druckausübung „mit Schadenseffekt“ erforderlich); Schwarze, RdA 1993, 268: wirtschaftliche Nachteile erforderlich; Söllner/Waltermann (Fn. 34), § 11 Rn. 218: wirtschaftlicher Druck erforderlich.

56 Vgl. Gamillscheg (Fn. 6), § 21 V 3 (S. 1061 f.).

57 Näher Brox/Rüthers (Fn. 6), Rn. 235 ff.

ist aber nur schwer meßbar. Seine Intensität hängt nicht nur von der Art der Drohung, sondern auch von der Robustheit des Bedrohten, der Glaubwürdigkeit des Drohenden und weiteren Umständen des Einzelfalls ab. Auch das spricht dafür, die Ausübung bloßen psychischen Drucks für die Annahme eines Kampfmittels **nicht** genügen zu lassen. Das Zwischenergebnis lautet also: Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung mag man umgangssprachlich zwar als Arbeitskampf bezeichnen. Ein neues Kampfmittel im rechtlichen Sinne liegt aber nicht vor.

b. Rechtmäßigkeit von Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren Androhung

- 20** Damit könnte man die Prüfung an dieser Stelle eigentlich abbrechen. Allerdings – das ist schon angedeutet worden – ist nicht von vornherein auszuschließen, auch Maßnahmen, die keine Kampfmittel nach herkömmlichem Verständnis sind, arbeitskampfrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen zu unterwerfen oder den Kampfmittelbegriff nachträglich zu modifizieren⁵⁸. Das Bundesarbeitsgericht ist so einmal verfahren, als es den Kampfbegriff in der schon erwähnten Entscheidung zum Metallarbeiterstreik **rechtsfolgenorientiert** – es ging um eine Verletzung der Friedenspflicht – auf die Durchführung der gewerkschaftlichen Urabstimmung erstreckt hat⁵⁹. Und bei individualrechtlichen Massenänderungskündigungen durch **Arbeitnehmer** – an sich Individualinstrumente – diskutiert man unter Umgehungsaspekten ebenfalls eine Beachtung der tariflichen Friedenspflicht, jedenfalls soweit die Änderungskündigungen von Gewerkschaftsseite initiiert und organisiert sind⁶⁰.

[1] Betriebsstillegung und Standortverlagerung als Folge unternehmerischer Entscheidungsfreiheit

- 21** Da die Androhung, den Betrieb zu schließen und den Standort zu verlagern, nach bisherigem Verständnis kein Kampfmittel ist, sind also auch für sie entsprechende Überlegungen anzustellen. Allerdings können dafür die Beurteilungsmaßstäbe der traditionellen Kampfmittel Streik, Aussperrung oder Boykott nicht ohne weiteres übernommen werden. Sie beinhalten einen Vertragsbruch oder können eine unerlaubte Handlung sein. Es sind also an sich rechtswidrige Handlungen. Ihre Rechtmäßigkeit setzt demzufolge zwingend eine Gewährleistung durch Art. 9 Abs. 3 GG voraus⁶¹. Betriebsschließung und Standortverlagerung sind demgegenüber die Folgen einer **freien unternehmerischen Entscheidung**, die sogar verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG genießt⁶². Der

⁵⁸ *Schwarze*, RdA 1993, 267.

⁵⁹ BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht (Bl. 15 ff.).

⁶⁰ Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht (Bl. 2 f.); *Brox/Rüthers* (Fn. 6), Rn. 229, 565; *Dieterich*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (Hg.: Dietrich, Hanau, Schaub), 4. Aufl. (2004), Art. 9 GG Rn. 278; *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 126; noch weitergehend *Lieb* (Rn. 14), Rn. 702; *Zöllner/Loritz* (Fn. 4), § 40 V 2 a (S. 458 f.); vgl. ferner die Nachweise Fn. 26.

⁶¹ *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 2 f., 4.

⁶² Vgl. zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit, deren verfassungsrechtliche Verortung uneinheitlich ist, näher etwa BAG AP Nr. 56 zu Art. 9 GG (Bl. 5 f.); *Beuthien*, ZfA 1984, 12 f.; *Dieterich* (Fn. 60), Einl. GG Rn. 54; *Gamillscheg* (Fn. 6), § 7 III 5

Arbeitgeber darf über den Bestand, den Umfang und die Zielsetzung seines Unternehmens und damit auch über Betriebsschließung und Standortverlagerung frei entscheiden⁶³. Kündigungsschutzrechtlich findet lediglich eine Mißbrauchskontrolle statt⁶⁴. Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsrechte (§§ 99, 102, 111 ff. BetrVG) berühren allenfalls das **wie**, nicht aber das **ob** der Schließung oder Verlagerung. Und schließlich entzieht sich die Standortentscheidung auch der Regelungsmacht der Tarifvertragsparteien⁶⁵.

Dieser verfassungsrechtliche Schutz bezieht sich aber nicht nur auf die **Durch-** **22**
führung von Betriebsschließung oder Standortverlagerung, sondern muß sich – und das ist im folgenden wichtig – auch auf deren **Vorfeld** erstrecken: Wer den Betrieb schließen oder die Produktion verlagern darf, darf dies auch erwägen, ankündigen, entscheiden oder in Gang setzen. Die angedrohte Betriebsschließung ist deshalb anders als die überkommenen Kampfmaßnahmen Streik, Aussperrung oder Boykott ein an sich **rechtmäßiges** Verhalten des Arbeitgebers, das keiner zusätzlichen Legitimation durch Art. 9 Abs. 3 GG bedarf.

[2] Beschränkung rechtmäßigen Verhaltens durch Anwendung arbeitskampfrechtlicher Grundsätze

Also muß die Prüfungsfrage umgekehrt lauten⁶⁶, ob das ohnehin rechtmäßige Ver- **23**
halten des Arbeitgebers durch die Anwendung arbeitskampfrechtlicher Grundsätze ausnahmsweise unzulässig werden kann. In diesem Zusammenhang könnten drei Punkte problematisch sein.

[a] Verschiebung der Kampfparität

Das erste Problem ist das arbeitskampfrechtliche Paritätsprinzip. Es soll sicher- **24**
stellen, daß eine Tarifpartei der anderen nicht von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß bei einer abstrakt-generellen Sichtweise möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen⁶⁷. Dabei kann man zunächst fragen, inwie-

(S. 339 ff.); Löwisch/Rieble, in: MünchArbR, Band 3, 2. Aufl. (2000), § 259 Rn. 56 ff.; Schaub, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (Hg.: Dietrich, Hanau, Schaub), 4. Aufl. (2004), § 1 TVG Rn. 142 ff.; Wiedemann, RdA 1986, 235 f., jew. m.w.N.

63 Beuthien, ZfA 1984, 12 f.; Wiedemann, RdA 1986, 236.

64 Sie ist dagegen nicht auf ihre wirtschaftliche Notwendigkeit oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen; zum ganzen etwa Ascheid (Fn. 27), § 1 KSchG Rn. 411, 429; Quecke, in: Arbeitsrecht Kommentar (Hg.: Henssler, Willemsen, Kalb), (2004), § 1 KSchG Rn. 266, 300, jew. m.w.N.

65 Näher Lobinger (Fn. 1).

66 Otto (Fn. 3), § 286 Rn. 5.

67 Näher dazu BVerfG AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 6 ff.); BAG GS AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 7R); BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 8R ff.); AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 7R ff.); AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 2R); AP Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3R); AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 4R f.); aus dem Schrifttum z.B. Brox/Rüthers (Fn. 6); Rn. 167 ff.; Gamillscheg (Fn. 6), § 20 IV (S. 968 ff.); Hergenröder (Fn. 6), Art. 9 GG Rn. 166 ff.; Kissel (Fn. 2), § 32; Löwisch/Rieble (Fn. 6), 170.1 Rn. 64 f.; Otto (Fn. 3); § 282 Rn. 56 ff., jew. m.w.N.

weit eine Vertragspartei zur **Herstellung** möglichst gleicher Verhandlungschancen typischerweise auf eine bestimmte Maßnahme angewiesen ist. Im vorliegenden Zusammenhang spielt diese Frage allerdings keine Rolle. Ob die Arbeitgeber mit Blick auf die eingangs erwähnten Schwierigkeiten bei der Angriffsaussperrung die angedrohte Betriebsschließung tatsächlich benötigen, um eine Absenkung tariflicher Arbeitskosten effektiv durchsetzen zu können, ist ohne Belang. Ihr Verhalten ist nämlich anders als bei der Aussperrung – wie eben dargelegt – ohnehin rechtmäßig. Einer Paritätsbetrachtung, mit deren Hilfe wie bei der Aussperrung die Rechtmäßigkeit eines zunächst rechtswidrigen Verhaltens erst begründet werden müßte, bedarf es also nicht.

- 25** Man kann aber auch umgekehrt fragen, ob der Einsatz einer Maßnahme ein **bereits bestehendes** strukturelles Gleichgewicht der Verhandlungspartner typischerweise **zerstört**. Die angedrohte Betriebsschließung könnte ein unterstelltes Kräftegleichgewicht so weit zu Lasten der Arbeitnehmerseite verschieben, daß von einer typischerweise bestehenden Parität nicht mehr gesprochen werden kann. Mit Blick auf die Erpressungsvorwürfe gegen Siemens und DaimlerChrysler liegt ein solcher Paritätsverstoß zunächst einmal nicht ganz fern. In der Tat hatte die IG Metall praktisch keine andere Wahl, als der verlangten Reduzierung der Arbeitskosten zuzustimmen. Das gilt natürlich erst recht, wenn man mit der Judikatur immer noch von einer grundsätzlichen Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite ausgeht⁶⁸. Eine solche Paritätsbetrachtung würde allerdings für die angedrohte Betriebsschließung zu einem nicht akzeptablen Ergebnis führen: Der Arbeitgeber dürfte den Betrieb zwar schließen und die Produktion verlagern. Er wäre aber durch das kampfrechtliche Paritätsprinzip daran gehindert, Stilllegung und Verlagerung zu erwägen, anzukündigen, zu beschließen oder mit ihrer Durchführung zu beginnen **und** gleichzeitig den drohenden Arbeitsplatzabbau durch Tarifverhandlungen mit der Gewerkschaft abzuwenden. Der Zweck der Paritätsbetrachtung – in diesem Fall der Schutz der Arbeitnehmerseite – würde sich in sein Gegenteil verkehren. Der Arbeitgeber, der nicht verhandeln dürfte, würde den Betrieb – wie geplant – schließen und den Standort verlagern. Die Arbeitsplätze gingen verloren. Diese Konsequenz spricht nicht nur zusätzlich für das bereits gefundene Ergebnis – die angedrohte Betriebsschließung ist kein Kampfmittel –, sondern auch gegen eine sonstige Anwendung des Paritätsprinzips oder eine nachträgliche Modifizierung des Kampfbegriffs.

[b] Beachtung der tarifvertraglichen Friedenspflicht

- 26** Der zweite Punkt, der anzusprechen ist, ist ebenfalls heikel. Man könnte nämlich erwägen, die Androhung von Betriebsschließung und Standortverlagerung der tariflichen Friedenspflicht zu unterwerfen⁶⁹. Sie untersagt Arbeitskämpfe während

68 Vgl. etwa BVerfG AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 6R); BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 3 ff.); AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 10); AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 2R).

69 Zur tarifvertraglichen Friedenspflicht näher z.B. *Brox/Rüthers* (Fn. 6), Rn. 218 ff.; *Gamillscheg* (Fn. 6), § 22 II (S. 1074 ff.); *Kissel* (Fn. 2), § 26; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. (2004), § 1 Rn. 376 ff.; *dies.* (Fn. 6), 170.2

der Laufzeit des Tarifvertrags. Der Zweck der Tarifautonomie, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen und zu befrieden, würde verfehlt, wenn diese während ihrer Laufzeit nicht respektiert werden müßten. Zulässig sind – nach umstrittener Auffassung – lediglich Öffnungsklauseln, die den Tarifparteien unter bestimmten Voraussetzungen Arbeitskämpfe erlauben⁷⁰.

Allerdings könnte es bei einer solchen Verpflichtung, die Friedenspflicht zu beachten **27** und damit Betriebsschließung und Standortverlagerung nicht androhen zu dürfen, wieder zu der seltsamen Situation kommen, daß der Arbeitgeber während der Laufzeit des Tarifvertrags zwar schließen und verlagern dürfte, er oder sein Verband dies aber nicht laut überlegen, kundtun, entscheiden oder in Gang setzen **und** gleichzeitig über die Rettung des Betriebs verhandeln dürfte. Die Beachtung der Friedenspflicht, die in diesem Zusammenhang dem Schutz der Arbeitnehmerseite dient, würde in letzter Konsequenz ebenfalls zur Schließung des Betriebs, der Verlagerung des Standorts und damit zum Verlust der Arbeitsplätze führen. Auch das hindert eine Modifikation des Kampfbegriffs und spricht auch sonst dagegen, die angedrohte Betriebsschließung kampfrechtlichen Grundsätzen zu unterwerfen.

Andernfalls – darauf sei nur ergänzend hingewiesen – ergeben sich weitere **28** Probleme, wenn bei einem Verbandstarifvertrag der verbandsangehörige Arbeitgeber und nicht der Arbeitgeberverband Schließung und Standortverlagerung androht. Schuldner der Friedenspflicht sind nach ganz herrschender Meinung nämlich nur die Tarifparteien selbst, nicht aber die Verbandsmitglieder⁷¹. Im Fall Bocholt/Kamp-Lintfort hatte beispielsweise die **Konzernleitung** von Siemens gedroht, abgeschlossen wurde der „erkämpfte“ Ergänzungstarifvertrag aber von Metall NRW und der IG Metall. Für das Parallelproblem, wenn ein verbandsangehöriger Arbeitgeber bei einem bestehenden Verbandstarifvertrag die Gewerkschaft mit einem Arbeitskampf (Aussperrung) um einen Firmentarifvertrag überzieht⁷², werden zwei Auffassungen vertreten: Nach der einen ist das Verbandsmitglied an die Friedenspflicht nicht gebunden, und es bleibt bei der Einwirkungspflicht des Verbands⁷³, die andere möchte die verbandstarifliche Friedenspflicht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung auch auf den verbandsangehörigen Arbeitgeber erstrecken⁷⁴. Strebt der Arbeitgeber allerdings – wie bei Siemens – zu keinem Zeitpunkt einen Firmentarifvertrag an, bietet es sich an, die durch den Arbeitgeber angedrohte Betriebsstillegung dem Arbeitgeberverband als eigene Handlung zuzurechnen. Unabhängig davon stellt sich noch die Frage, ob dem Ergänzungstarifvertrag bei Siemens mit der erwähnten Tarifvereinbarung nicht ohnehin eine einen

Rn. 352 ff.; *Wiedemann*, in: *Wiedemann* (Hg.), *Tarifvertragsgesetz, Kommentar*, 6. Aufl. (1999), § 1 Rn. 664 ff., jew. m.w.N.

70 Näher z.B. *Gamillscheg* (Fn. 6), § 22 II 1 d (S. 1076 f.); *Löwisch/Rieble* (Fn. 69), § 1 Rn. 392 f.; *Wiedemann* (Fn. 69), § 1 Rn. 683 f., jew. m.w.N.

71 Statt aller *Otto* (Fn. 3), § 285 Rn. 80 m.w.N.

72 Dazu *Jacobs*, ZTR 2001, 255 m.w.N.

73 *Brox/Rüthers* (Fn. 6), Rn. 219.

74 *Gamillscheg* (Fn. 6), § 22 II 3 b (S. 1081).

Arbeitskampf gestattende Öffnungsklausel zugrunde liegt. Deren Wortlaut⁷⁵ spricht freilich dagegen.

[c] Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

- 29 Es bleibt als drittes Problem der auch als Übermaßverbot bezeichnete Verhältnismäßigkeitsgrundsatz⁷⁶. Nur solche Kampfmaßnahmen sind verhältnismäßig, die zur Erreichung des Kampfziels geeignet und **erforderlich** sind und nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen⁷⁷. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird allerdings von einem ehemaligen Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts schon für die traditionellen Kampfmittel Streik und Aussperrung attestiert, er stelle die Rechtsprechung vor die „nahezu unlösbare Aufgabe eines rationalen Prüfungsprogramms“⁷⁸. Das macht die Prüfung seiner Anwendbarkeit auf die angedrohte Betriebsschließung nicht einfacher.
- 30 Keine Schwierigkeiten bereiten im vorliegenden Zusammenhang Eignung und Angemessenheit. Die Androhung der Betriebsschließung ist – wie die Fälle Bocholt/Kamp-Lintfort beweisen – geeignet, um eine angestrebte Entgeltkostensenkung durchzusetzen. Sie ist auch angemessen, weil sie – im Sinne einer Exzeßkontrolle – nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel steht, insbesondere nicht darauf gerichtet ist, die Gewerkschaft, die anders als bei Abwehraussperrungen mit Unterstützungszahlungen sogar nicht einmal belastet ist, wirtschaftlich zu vernichten. Problematisch könnte insoweit als dritter Teilaspekt der Verhältnismäßigkeit allerdings der Grundsatz der **Erforderlichkeit** sein. Er besagt zum einen, daß mildere, aber gleich geeignete Mittel ausgeschöpft sein müssen, bevor überhaupt **Kampfmaßnahmen** ergriffen werden dürfen. Man könnte also beispielsweise erwägen, ob die Arbeitgeberseite vor der Androhung einer Betriebsschließung ein Schlichtungsverfahren vereinbaren und in Anspruch nehmen muß. Nach einer

75 § 2 Abs. 2 der Tarifvereinbarung zwischen Metall NRW und der IG Metall vom 16.2.2004: „Ist es unter Abwägung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen erforderlich, durch abweichende Tarifregelung eine nachhaltige Verbesserung der Beschäftigungsentwicklung zu sichern, so werden die Tarifparteien nach gemeinsamer Prüfung mit den Betriebsparteien ergänzende Tarifregelungen vereinbaren, oder es wird einvernehmlich befristet von tariflichen Mindeststandards abgewichen (...). Die Abweichungen setzen einen betrieblichen Konsens über die Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der Maßnahme voraus.“

76 GrdI. BAG GS AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 6R f.); siehe ferner BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 14); AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 13); AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 10R f.); AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 4R ff.); AP Nr. 127 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Bl. 4); aus dem Schrifttum etwa Brox/Rüthers (Fn. 6), Rn. 192 ff.; Dieterich (Fn. 60), Art. 9 GG Rn. 123 ff.; Gamillscheg (Fn. 6), § 24 I (S. 1127 ff.); Hergenröder (Fn. 6), Art. 9 GG Rn. 169 f.; Kissel (Fn. 2), § 29; Löwisch/Rieble (Fn. 6), 170.2 Rn. 108 ff., jew. m.w.N.

77 Er setzt also beim konkreten Eingriff in ein fremdes Recht als Rechtsausübungsschranke den Maßstab für die zulässige Intensität eines Kampfmittels; vgl. aber Konzen, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 533 f. zu einer Interpretation der Verhältnismäßigkeit, welche die staatliche Zulassung von Kampfmaßnahmen bei der Ausgestaltung des Art. 9 Abs. 3 GG betrifft.

78 Dieterich (Fn. 60), Art. 9 GG Rn. 124.

zweiten Deutung ist zu fragen, ob ein gleich geeignetes, aber **milderes Kampfmittel** nicht denselben Erfolg wie das eingesetzte Kampfmittel erzielen würde. Ein solches Verständnis ist wegen des Grundsatzes der Kampfmittelfreiheit zwar nicht unbedenklich und kann die Kampfpartei bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit ihrer Maßnahme leicht überfordern⁷⁹.

Letztlich kommt es darauf aber gar nicht an. Die **Massenänderungskündigung**, 31 auf die im Schrifttum als milderes Mittel gegenüber der Angriffsaussperrung verwiesen wird⁸⁰ und die auch gegenüber der angedrohten Betriebsschließung vorrangig sein **könnte**, ist – wie eingangs beschrieben – **nicht** geeignet, einheitlichen kollektiven Druck auf die Gewerkschaft auszuüben. Sie scheidet schon aus diesem Grund als milderes Mittel aus. **Angriffsaussperrung**, an die man noch denken könnte, kommt als milderes Mittel ebenfalls nicht in Betracht. Soweit sie überhaupt für zulässig gehalten wird, unterliegt sie nach **bisherigem** Verständnis so strengen Anforderungen, daß sie – wie ebenfalls schon erwähnt – als Kampfmittel in den allermeisten Fällen von vornherein ausscheidet. Auch sie ist schon aus diesem Grund gegenüber der angedrohten Betriebsschließung jedenfalls kein gleich geeignetes Mittel.

III. Zusammenfassung und Ausblick

Damit ist zusammenzufassen: Betriebsschließung, Standortverlagerung und deren 32 Androhung sind **kein** neues Kampfmittel der Arbeitgeberseite. Die angedrohte Betriebsschließung, die wegen ihrer Nähe zur Massenkündigung durch den Arbeitgeber ohnehin eher an ein Individualinstrument erinnert, erfüllt nicht die Voraussetzungen, die an den überkommenen Begriff des Arbeitskampfes zu stellen sind. Durch sie wird zwar psychischer Druck auf die Arbeitnehmerseite ausgeübt, einer Reduzierung tariflicher Arbeitskosten zuzustimmen, um eine Schließung des Betriebs zu verhindern. Psychischer Druck alleine genügt zur Annahme eines Kampfmittels aber nicht, solange durch die Maßnahme nicht zugleich ein unmittelbarer wirtschaftlicher Nachteil oder eine Störung des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms eintritt. Für eine entsprechende Anwendung arbeitskampfrechtlicher Grundsätze auf die angedrohte Betriebsschließung, die das an sich rechtmäßige Verhalten des Arbeitgebers beschränken könnte, ist ebenfalls kein Raum. Insbesondere würde die Berücksichtigung einer immerhin denkbaren Verschiebung der Parität zu Lasten der Arbeitnehmerseite sowie eine Bindung an die tarifliche Friedenspflicht zu einem nicht akzeptablen Ergebnis führen: Der Arbeitgeber dürfte den Betrieb zwar stilllegen und den Standort verlagern, wäre aber daran gehindert, dies zu erwägen, anzukündigen, zu beschließen oder mit der Durchführung zu beginnen **und** gleichzeitig über eine Reduzierung tariflicher Arbeitskosten zu verhandeln, die Schließung und Verlagerung verhindern würde. Diese Erwägungen sprechen auch gegen eine nachträgliche Modifikation des herkömmlichen Kampfbegriffs.

79 Vgl. *Kissel* (Fn. 2), § 29 Rn. 29; *Konzen*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 534; *Otto* (Fn. 3), § 285 Rn. 126, jew. m.w.N.

80 *Otto* (Fn. 3), § 286 Rn. 66, 76 ff.

- 33** Daß die Arbeitgeber Betriebsschließungen und Standortverlagerungen überhaupt in Erwägung ziehen müssen, liegt zwar vor allem an den hohen Arbeitskosten in Deutschland. Hinzu kommt aber, daß das deutsche Arbeitskampfrecht in seiner heutigen Ausprägung den Anforderungen, standortgerechte Arbeitsbedingungen in – wie *Volker Rieble* in der Einladung zum 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch formuliert – „normaler und geordneter Auseinandersetzung“ zu finden, nicht mehr gerecht wird. Ein Ausweg liegt freilich nicht in der „Schaffung“ neuer Kampfmittel, die ohnehin nicht für jede Branche passen. Er kann nur in der kritischen Überprüfung überkommener Kampfmittel und deren behutsamer Anpassung an die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bestehen. Der Arbeitgeberseite muß es künftig ermöglicht werden, eine Reduzierung tariflicher Arbeitskosten auch mit Hilfe eines Arbeitskampfes erreichen zu können. Die Tarifautonomie ist, das gilt heute mehr denn je, keine Einbahnstraße⁸¹.

81 *Konzen*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 551.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble (Moderation):

Vielen Dank, Herr *Jacobs*. Jetzt habe ich Ihnen keine Vorschußlorbeeren gegeben, 34 dann bekommen Sie um so mehr Nachschußlorbeeren. Das ist wieder ein schöner Beleg dafür, daß eine Wissenschaft, die solche Privatdozenten hat, sich um die Zukunft keine Sorgen zu machen braucht. Außerdem ist es ein schlagender Beweis dafür, daß die Habilitation nicht funktionslos geworden ist. Die erste Frage geht an Herrn *Adomeit*.

Professor Dr. Klaus Adomeit, Freie Universität Berlin:

Die Themenstellung war schon sehr schön und mußte uns anläßlich dieser Gelegen- 35 heit über das Problem nachdenken lassen. Ich bin, Herr Kollege *Jacobs*, Ihren Gedankengängen sehr gern gefolgt und stimme auch Ihren Ergebnissen zu. Wenn ich an einige Erwägungen anknüpfe, dann nur, um Sie zu unterstützen, obwohl Sie eine Unterstützung von mir bestimmt nicht nötig haben.

Der Begriff des Arbeitskampfes ist auf den ersten Blick eine nur theoretische Frage, aber mit sehr vielen möglichen Konsequenzen. Ich bin mit Ihnen auch der Meinung, daß das Neuartige, vor dem wir stehen, nicht darunter fällt und darf erinnern an die grundlegende Entscheidung des Großen Senates von 1955, also vor jetzt nahezu 50 Jahren, in der zum Begriff des Arbeitskampfes etwas gesagt wird und zwar von den Zwecken her, nach der Finalität. Der Arbeitskampf ist nicht geeignet, Arbeitsverhältnisse zu beenden – es ging um die Begründung der Suspendierung –, sondern um sie eine Zeit lang auszusetzen und dann mit veränderten oder notfalls unveränderten Bedingungen fortzuführen.

Hier würde das, was angedroht ist oder möglicherweise gedroht wird, auf eine Beendigung gerichtet und liegt deshalb nicht mehr innerhalb des Systems. Sehr richtig und überzeugend ist es auch, wenn Sie sagen, psychischer Druck sei weder meßbar noch justiziabel. Es wird, glaube ich, auch in Zukunft nicht mehr so spektakulär, wie es bei Siemens und bei Daimler gewesen ist, darauf hingewiesen werden müssen, denn das weiß nun inzwischen jeder. Und vielleicht haben es sogar im letzten Jahr die Metallarbeiter in Sachsen und Brandenburg gesehen, ohne daß sie damit bedroht wurden, und deswegen ist der Streik der IG Metall gescheitert. Also, dies ist ein Gespenst oder eine reale Gefahr, die bei den künftigen Tarifverhandlungen unausgesprochen und nicht berufen dabei sitzen wird. Und ich könnte mir vorstellen, daß man bei VW nicht mehr viel darüber sprechen muß, wo der „Touran“ – so heißt diese Auto wohl – dann nun produziert werden soll. Also ich stimme darin zu, die Androhung von „Betriebsschließung und Standortverlagerung“ als psychischen Druck und Folge unternehmerischer Entscheidungsfreiheit anzusehen. Wenn man sich die erste Ursache, die *proxima causa* ansieht – und auch das haben Sie angedeutet –, ist das der Stand der Arbeitskosten und der Stand unseres Arbeitskampfrechts. Es geht um die Erkenntnis ökonomischer Zusammen-

hänge, also das, was Herr Kollege *Reichold* zuerst angesprochen hat und was er in der bisherigen Empirie des Arbeitskampfes vermißt hat. Aber diese Empirie ist nun über uns hereingebrochen; und eine sehr späte Konsequenz, bei der es um eine Korrektur dessen geht, was in den 70er und 80er Jahren falsch gemacht worden ist. Es müssen unbedachte und unerzwungene Fehlentscheidungen, über die man glaubte triumphieren zu können, korrigiert werden. Etwas äußerst Schmerzhafte, aber es hat auch seine Logik, wenn sich die Gesetze der Ökonomie doch durchsetzen. Abschließend möchte ich mein Bedauern über den Stand der Theorien zur Arbeitskampffparität ausdrücken. Unnötigerweise sind wir von der früheren sehr soliden Theorie der formalen Parität zu einer nicht faßbaren materialen Betrachtung übergegangen.

Privatdozent Dr. Matthias Jacobs, Johannes-Gutenberg-Universität Mainz:

- 36** Ja, vielen Dank, Herr *Adomeit*! Ich weiß nicht, was ich antworten soll, weil Sie mich nichts gefragt haben.

Professor Dr. Eduard Picker, Eberhard-Karls-Universität, Tübingen:

- 37** Herr *Jacobs*, es ist natürlich völlig richtig, neue Phänomene mit der alten Dogmatik anzugehen. Sie haben das getan und mich hat das auch im Ergebnis überzeugt. Vielleicht als Nachtrag noch: Nehmen Sie mal Ihren Punkt „Verschiebung der Kampffparität“. Wenn man nun die Betriebsschließung als Arbeitskampfmittel bezeichnen würde, dann wäre ja auf der Gegenseite nur der Vernichtungsstreik das richtige Gegenmittel. Das zeigt das ganz Absurde an der Geschichte und so könnte man weiter vorgehen. Auf der anderen Seite kann man, glaube ich, schwer bestreiten, daß man das Vorgehen als ein Zurückhalten der Leistung deuten kann. Das würde die juristische Interpretationskraft jedenfalls nicht überfordern. Mit anderen Worten: Das ist ein prekäres Spiel mit der Dogmatik und die darf natürlich letztlich nicht entscheiden, ob das eine kommt oder das andere. Ich bin nach dem, was man so in den letzten Jahren in der Zeitung liest, eigentlich der festen Überzeugung, daß der richtige, normale, ordinäre, für uns subsumierbare Arbeitskampf gar nicht mehr als Reaktion auf diese Betriebsverlagerung/-schließung oder Herabsetzung des Lohns in Betracht kommt. Wir finden da andere Mittel. Um so wichtiger ist es zu verhindern, daß wir wieder zu „Kampfreaktionen“ kommen, die nicht mehr in unsere Ordnungsprinzipien fallen, die also zu sogenannten „wilden“ Aktionen führen, wie sie ja vielfach schon drohen. Denen muß man vorbeugen, das scheint mir die wesentliche Geschichte zu sein. Und da stellt sich nun die Frage, die über Ihr Thema hinausführt, aber mit ihm doch so zusammenhängt, daß ich sie stellen möchte: Was machen wir denn, wenn man auf der Seite der Arbeitnehmer das Gefühl hat, man wird über den Tisch gezogen? Man sagt ganz einfach bei Mercedes, der Typ soundso muß 500 € billiger werden – ich kann das als Verbraucher nur begrüßen, hätte aber gesagt: 2.500 €. Mit anderen Worten: Das sind zunächst einmal freigegriffene Größen. Die großen Unternehmen haben das ungefähr berechnet. Das hat eine gewisse Plausibilität und jetzt kann man auch

definieren, wie das Opfer der Arbeitnehmer sein soll. Aber was machen die mittleren und kleinen Betriebe, bei denen sich diese Zwangslage ja noch vielmehr stellt? Wie quantifizieren sie das Opfer, das wir den Arbeitnehmern zumuten, und wer quantifiziert es? Denn dann allein ist nicht zu befürchten, daß diese notwendigen Anpassungen an die wirtschaftlichen Verhältnisse doch wieder zu einer Art von Aufständen führen, die uns ganz und gar nicht mehr ins Konzept passen.

Matthias Jacobs:

Was die Opfer angeht, die die Arbeitnehmer bringen müssen, kommt es, glaube ich, 38 letztlich auch auf betriebswirtschaftliche Überlegungen an, ob man sie quantifizieren kann. Dazu, denke ich, müßten prinzipiell auch kleinere Unternehmen in der Lage sein. Es stellt sich eher das Problem, daß kleinere und mittlere Unternehmen oder auch Unternehmen aus bestimmten Branchen, z.B. Kaufhäuser, nicht einfach ins Ausland gehen und den Standort verlagern können. Das Besondere ist dort gerade, daß die Kunden hinkommen und dort vor Ort kaufen können. Insofern sind das ohnehin Mittel, die nur bestimmten Unternehmen zur Verfügung stehen, vielen aber nicht. Deswegen ja auch mein Appell am Ende: Wenn man insgesamt der Arbeitgeberseite die Möglichkeit, tarifliche Arbeitsentgelte abzusenken, erleichtern würde, dann würden wir vielleicht solche Mittel gar nicht mehr so lange beobachten können. Wir hätten dann wieder eher normale Arbeitskämpfe, und das würde auf Dauer sicherlich zu einer Senkung des Niveaus führen, denke ich. Umgekehrt gilt aber auch, und da kann ich Herrn *Rieble* nur unterstützen: Die Arbeitgeberverbände müßten vielleicht auch mal mehr Mut aufbringen. Also gerade der Punkt Angriffs-aussperrung: Das ist sicherlich tarifpolitisch ganz heikel und gefährdet sowohl den Betriebsfrieden als auch die Zusammenarbeit mit der Gewerkschaft. Aber was die rechtliche Seite angeht, weiß ich nicht, ob die Karten so schlecht verteilt sind.

Professor Dr. Horst Ehmann, Universität Trier:

Ich bin selbstverständlich auch einverstanden mit dem, was Sie im Ergebnis gesagt 39 haben. Nur ein bißchen betroffen bin ich über die verschlungenen Pfade der Grundrechtsdogmatik, die Sie gegangen sind und die mich zwischenzeitlich haben befürchten lassen, daß Sie auf einen Abweg geraten. Überlegen Sie mal im Extrem: Wenn jetzt Karstadt sagt: „Entweder Ihr gebt nach oder ich gehe Bankrott!“, dann würden Sie sagen: Das ist ein verfassungswidriger Arbeitskampf! Nicht? Dann ist das Bankrottgehen auch verfassungswidrig, müßten Sie dann sagen, wenn Sie zu einem anderen Ergebnis kommen. Aber das ist eine ganz verrückte Ableitung, die Sie meines Erachtens auch am falschen Ende angefaßt haben. Es kann doch niemals Kampf sein, was Ausübung von Freiheit ist. Nicht wahr? Und der Arbeitskampf ist ein ausnahmsweise gegebenes Freiheitsrecht gegen den Verstoß nach § 123 BGB. Jeder andere Vertrag ist nichtig, wenn er mit solchen Drohungen herbeigeführt wird während der Arbeitskampf gerechtfertigt ist. Und gehen wir mal auf die erste Entscheidung von 1955 zurück – Herr *Adomeit* hat es schon angesprochen, Herr *Löwisch* hat es als allgemein bekannt vorausgesetzt, aber man sollte doch mal

sagen, was der Grundsatz ist: Der Grundsatz von der ersten Entscheidung ist doch, daß man den Arbeitsvertrag brechen kann, daß man Arbeitsvertragsbruch begehen kann, weil – das ist der entscheidende Satz – individualrechtlich nicht rechtswidrig sein könne, was kollektiv gerechtfertigt sei. Und damit hat man den Arbeitskampf ohne vorhergehende Kündigung für rechtswidrig erklärt. Das ist der entscheidende Punkt. Und wenn ich von meiner allgemeinen Handlungsfreiheit Gebrauch mache, diesen Standort zu verlassen, dann mag das so ein „Chickenspiel“ sein oder ein Ausweichen oder eine Flucht aus dem Tarifvertrag – aber es ist kein Kampfmittel, das einer besonderen, über die allgemeine Handlungsfreiheit hinausgehenden Rechtfertigung bedarf.

Matthias Jacobs:

- 40 Also, ich kann das auch von meiner Seite noch einmal unterstreichen: Das unterscheidet ja gerade die Betriebsschließung und Standortverlagerung bzw. die Androhungen von den überkommenen Kampfmitteln, die stets an sich ein rechtswidriges Verhalten sind, und hier haben wir ein rechtmäßiges Verhalten, das eben allenfalls einer Beschränkung unterzogen werden könnte. Aber dafür brauchte man dann eben wirklich überzeugende Gründe und – ich hoffe, ich habe das genügend dargelegt – die sehe ich einfach nicht.

Rechtsanwältin Dr. Andrea Nicolai:

- 41 Die Sorge von Herrn *Picker* um die kleinen und mittleren Unternehmen ist grundsätzlich berechtigt, weil diese solche Möglichkeiten im Regelfall nicht haben. Auf der anderen Seite ist es inzwischen in der gesamten Tariflandschaft in Deutschland so, daß bei diesen Unternehmen sehr häufig Firmentarifverträge mit der tarifzuständigen Gewerkschaft abgeschlossen werden, die auch eine Absenkung der Entgelte erlauben. Das ist gerade in Nordrhein-Westfalen zum Beispiel mit der IG Metall inzwischen sehr häufig der Fall. Das Problem ist, daß diese Unternehmen sich dann häufig kurz vor der Insolvenz befinden und daß diese nicht die Möglichkeit haben, langfristig ihre Entgeltbedingungen so zu regeln, daß sie wettbewerbsfähig bleiben. Immer erst, wenn es kurz vor dem Ende ist, dann sind Möglichkeiten da. Also so ganz ohne sind die nicht.

Zum Vortrag selbst: Auch keine Anmerkungen, völlig einig, kein Widerspruch. Nur das mit den Massenänderungskündigungen, das funktioniert ja ohnehin nicht, wenn man sich im ungekündigten Bereich befindet, weil mit einer Massenänderungskündigung die tariflichen Entgelte nicht absenkt werden können, solange der Tarifvertrag ungekündigt ist.

Ansonsten auch nur noch eine Unterstützung, nämlich bei der praktischen Durchführung: Da habe ich mich automatisch gefragt, wie die Gegenseite, die kampfführende Gewerkschaft, vorgehen müßte, wenn ein Arbeitgeber eine Betriebschließung oder eine Standortverlagerung androht und die rechtswidrig wäre. Wie müßte eigentlich bei einer einstweiligen Verfügung der Unterlassungsantrag

formuliert werden? Also ich hätte damit – und ich glaube, ich kann klare Anträge formulieren – ziemlich große Schwierigkeiten. Ich denke, das ist auch ein Punkt, der zeigt, wenn etwas praktisch nicht durchführbar ist; dann ist es auch irgendwo theoretisch nicht haltbar.

Matthias Jacobs:

Da kann ich Ihnen voll zustimmen. Ich habe mir da auch Gedanken darüber gemacht, das müßte dann im Grunde so funktionieren, daß man dem Arbeitgeber untersagt, so etwas anzudrohen. Aber gleichzeitig kann er es tun. Das ist so widerspruchsvoll und auch widersinnig, daß man da gar nicht mehr viel dazu sagen muß. Man könnte höchstens daran denken, zu sagen, daß man die Androhung nicht verknüpfen darf mit Neuverhandlungen. Das wäre vielleicht eine Möglichkeit. Aber die Konsequenz wäre dann im Grunde wieder, daß „der Laden dicht“ gemacht wird. Und insoweit führt das auch nicht weiter. **42**

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

Also, ich will doch noch ein klein wenig Wasser in den Wein der allgemeinen Zustimmung kippen. Ich versetze mich mal in die Rolle einer Gewerkschaft, die überlegt, was sie gegen die Androhung der Standortverlagerung unternehmen könnte. Wenn sie so oft das Wort Drohung hört, dann wird sie die Frage stellen, ob sich das nicht rechtlich irgendwo unterordnen läßt. Nicht? Der Witz, wenn wir die Sache aus dem Arbeitskampfrecht herausnehmen, ist – was Herr *Ehmann* ganz richtig gesagt hat –, daß wir dann eben in den normalen zivilrechtlichen und sonstigen rechtlichen Kategorien sind. Und dann frage ich mich, ob wir nicht im Rahmen von § 240 StGB sagen müssen, daß dies ein Inaussichtstellen eines Übels ist, auf das die anderen auch einen gewissen Einfluß haben, sodaß es dann darauf ankommt, ob der Einsatz hier verhältnismäßig ist oder nicht. In diesem Fall wird es doch flux notwendig, dem Arbeitgeber eine gewisse Rechtfertigung für diese Androhung zu geben. Ich denke, da kommt man nicht völlig darum herum. **43**

Matthias Jacobs:

Darf ich gleich etwas dazu sagen? Ich glaube, man kommt schon darum herum. **44** Also, die Drohung mit einer Betriebsschließung ist mit Sicherheit die Inaussichtstellung eines künftigen Übels. Da gibt es gar keinen Zweifel daran. Aber ich sehe überhaupt keine Anhaltspunkte für eine wie auch immer geartete Rechtswidrigkeit. Ich darf den Betrieb schließen! Ich darf ihn verlagern! Also kann ich das auch ankündigen. Der Terminus Drohung ist da vielleicht mißverständlich. Ich würde ihn auf keinen Fall irgendwie strafrechtlich verstehen. Ich kann auch neutraler formulieren und sagen: Ich stelle in Aussicht, daß ich schließe. Und das ist nun mal eine Gegebenheit, das ist die Globalisierung, das ist die Erweiterung der Europäischen Union. Wir haben Länder direkt in der Nachbarschaft, in denen viel

günstiger produziert werden kann. Das ist die Realität, da kommen wir einfach nicht gegen an.

Manfred Löwisch:

- 45 Also, es ist doch so – da ist gar nichts dagegen einzuwenden –, daß das Mittel und der Zweck rechtmäßig sind. Aber es kommt auf die Relation beider an. Daher muß man, denke ich, fragen: Ist diese Relation im konkreten Fall in Ordnung oder nicht?

Matthias Jacobs:

- 46 Aber dann darf ich noch mal gegenfragen: Was soll der Arbeitgeber androhen? Er kann genauso wenig, wie man ein bißchen schwanger sein kann, sagen: Na ja, ich verlagere vielleicht nur ein bißchen. Wenn er sagt: Hier ist es mir zu teuer, ich gehe weg, dann ist das nun mal so. Ich glaube, daß da Abstufungen nicht möglich sind.

Volker Rieble:

- 47 Also, darf ich mir da einen Einwurf erlauben? Im US-amerikanischen Recht gibt es auch so einen Fall und da grenzt man sehr deutlich ab zwischen der Information über künftiges Verhalten – Betriebsverlegung, Betriebsschließung – und der wirklichen Drohung, um den anderen zu einem Verhalten zu zwingen. Es gibt auch in der BGH-Rechtsprechung diesen berühmten Fall des Kaufhausdetektivs, der der attraktiven, jungen Ladendiebin in Aussicht gestellt hat, er würde keine Strafanzeige stellen, wenn sie sich ihm hingebte. Auch ist das Mittel erlaubt, der Zweck ist erlaubt, und trotzdem hat der BGH wegen Nötigung verurteilt. Also, so sauber geht es nicht! Wir müssen ein bißchen aufpassen.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

- 48 Nur eine kleine Ergänzung, in der Sache bin ich auch da völlig einverstanden. Noch einmal zum Stichwort „Arbeitskampfbegriff“: Mir scheint es ein kleines bißchen zu kurz, zu sagen, daß es sich nur um solche Maßnahmen handelt, die auf die Störung der Arbeitsvertragsbeziehung abzielen. Ich denke, man sollte auch die Abwehr solcher Störungen in den Arbeitskampfbegriff einziehen. Wie gesagt, nur eine kleine Ergänzung, um auf diese Art und Weise Tarifsonderzahlungen der Arbeitskampfseite während des Arbeitskampfes oder auch überhaupt die Maßnahmen zur Betriebsfortführung miteinziehen zu können, weil nur auf diese Art und Weise zum Beispiel das Problem Einschränkung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats gelöst werden kann. Das bekommt man sonst argumentativ nur sehr schwer hin.

Matthias Jacobs:

Ganz kurz: Mit der Abwehr solcher Störungen habe ich überhaupt keine Probleme, **49** und natürlich muß man die Abwehr – Stichwort „Streikbruchprämien“ – in den Kampfbegriff miteinbeziehen. Das ist ganz klar.

Hans-Jürgen Spitzweg, Spitzweg Partnerschaft Rechtsanwälte:

Muß man zur Begründung nicht vielleicht noch einen Schritt weiter gehen und **50** sagen, der Unternehmer hat doch die absolute Freiheit zu entscheiden, ob er überhaupt unternehmerisch tätig ist, ob er also überhaupt ein Unternehmen eröffnet und, wenn ja, wo er es führt und ob er es gegebenenfalls woanders hin verlagert. Aus dieser Grundfreiheit heraus ergibt sich eigentlich noch ein zusätzliches Argument dafür, daß die Fragestellung Arbeitskämpfungsmittel und Betriebsverlagerung eigentlich als Fragestellung dann gar nicht mehr aufeinander passen kann.

Matthias Jacobs:

Ja, wenn sie so wollen, ist das vielleicht meine Argumentation, aber noch einmal **51** verschärft. In dem Moment, in dem ich eben frei entscheiden kann, ob ich das Unternehmen zumache, stellt sich das Problem Arbeitskämpfung nicht mehr. Das ist ganz klar.

Werner Simon, PfalzMetall:

Ich will nur noch einmal einen Punkt aufgreifen, der mich zunehmend irritiert. Sie **52** haben gesagt, daß nicht die Arbeitgeber mutiger sein sollten, sondern die Arbeitgeberverbände. Ich denke, Sie müssen in der Betrachtungsweise differenzieren zwischen den Arbeitgebern und den Verbänden, das geht so munter durcheinander. Es ist natürlich der Arbeitgeber, der mit der Schließung droht und nicht der Verband, und der fehlende Mut bei möglichen Auseinandersetzungen ist immer der fehlende Mut der Arbeitgeber. Die Verbände können da gut mutig sein.

Vorhin wurde gesprochen vom fehlenden bzw. Ihrerseits sogar noch immer behaupteten Organisationseigeninteresse der Verbände. Sie können damit eigentlich nur die Gewerkschaften meinen, denn seit die Arbeitgeberverbände die OT-Mitgliedschaft haben, besteht da eine ganz andere Interessenlage. Ich würde Ihnen doch empfehlen, daß Sie das etwas mehr mit Ihrem dogmatischen Blick differenzieren.

Matthias Jacobs:

Das mache ich gerne. Vielleicht habe ich zu wenig differenziert zwischen **53** Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden. Mir fehlt dafür der Einblick in das Innenleben der Verbände, um sagen zu können, woran es genau liegt. Aber auffällig

ist dennoch als Gesamtbefund – und der muß einen Grund haben –, daß die Arbeitgeber mit eigenen Offensivmaßnahmen sehr zurückhaltend sind.

§ 5 Zuweisung des Arbeitskampftrisikos zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik

Rn.

A. Referat Martin Gutzeit	1
I. Arbeitskampftrisiko und BGB	1
1. Fernwirkung von Arbeitskämpfen als Problem	1
2. Das Reichsgericht als Totengräber des BGB	2
3. Insbesondere: Die Paritätsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	7
a. Von der Solidarität zur Parität	7
b. Verfassungsmethodische Einordnung: Optimierungsgebot	9
c. Abkehr von Normativität als Gefahr	14
d. Ergänzende Bemerkungen zur „Tyrannei der Werte“	15
4. Arbeitskampftrisiko und BGB-kompatible Ansätze	20
5. Eigener Lösungsvorschlag	22
II. Arbeitskampftrisiko de lege ferenda	29
B. Diskussion	32

A. Referat Martin Gutzeit***I. Arbeitskampfrisiko und BGB****1. Fernwirkung von Arbeitskämpfen als Problem**

- 1 Wenn der Arbeitsrechtler vom „Arbeitskampfrisiko“ spricht, dann herrscht nur hinsichtlich der Problemstellung einigermaßen Klarheit. Demgegenüber ist der Strauß der angebotenen Problemlösungen nur allzu bunt und umfangreich. Vertreten wird praktisch alles. Doch zunächst zum Problem selbst: Eine Gewerkschaft „streikt“ in einem begrenzten Gebiet, wodurch es – von der Gewerkschaft zumeist beabsichtigt – auch in weiteren Gebieten zu Arbeitsausfällen kommt. Das ist den Gewerkschaften sehr leicht möglich, wirken sich doch aufgrund vielfältiger ökonomischer Verflechtungen Arbeitskämpfe in einzelnen Betrieben oder Betriebsteilen oft erheblich auf andere Betriebe oder Betriebsteile aus. Durch ausgelagerte Fertigungsabschnitte sowie durch Abhängigkeit von Zuliefer- und Abnehmerbetrieben ist die auf Arbeitsteilung angelegte moderne Industrie besonders störanfällig. Wird etwa ein Zulieferbetrieb bestreikt, so können in dem sonst belieferten Betrieb produktionsnotwendige Güter fehlen, weshalb die Produktion auch dort zum Erliegen kommt. Wird umgekehrt ein Abnehmerbetrieb bestreikt, dann mag für den produzierenden Betrieb die Fortsetzung der Produktion wirtschaftlich sinnlos werden, weil seine Produkte zumindest für die Zeit des Arbeitskampfes nicht mehr nachgefragt werden. Die Gewerkschaften können also mit minimalem Aufwand einen maximalen Schaden verursachen (sog. Minimax-Prinzip). Die von einem (rechtmäßigen) Arbeitskampf auf diese Weise mittelbar betroffenen Arbeitnehmer berufen sich für ihren Lohnanspruch auf § 615 BGB – scheinbar zu Recht. Viele halten das für unbillig. Und hieran entzündet sich der Streit¹.

2. Das Reichsgericht als Totengräber des BGB

- 2 Das Reichsgericht hatte am 6. Februar 1923² über einen Fall zu befinden, bei dem aufgrund eines Streiks das Kraftwerk eines Betriebes stillgelegt worden war und in der Folge auch die Straßenbahnen nicht mehr betrieben werden konnten. Die Fahrer, Schaffner und Kontrolleure der Straßenbahnen hatten sich an dem Streik jedoch nicht selbst beteiligt – und so stellte sich die Frage, ob ihnen der Lohn auch für die Ausfallzeiten wegen § 615 BGB zustand. Beide Vorinstanzen hatten das bejaht. Das Reichsgericht hingegen verneinte die Frage entschieden. Ohne sich intensiver mit einer zivilrechtlichen Lösung des Problems auseinanderzusetzen, fand das Gericht zu einer durchaus mutigen These: Man dürfe, um zu einer befriedigenden Lösung des Problems zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgehen.

* Dr. Martin Gutzeit, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 Freilich stellen sich entsprechende Fragen auch dann, wenn es zu Fernwirkungen aufgrund arbeitgeberseitiger Arbeitskampfmaßnahmen kommt.

2 RG vom 6.2.1923 – III 93/22 – RGZ 106, 272.

Gewiß war nun auch zur damaligen Zeit sehr dunkel, was die Vorschriften des BGB ³ denn überhaupt besagten. In der Literatur wurden solcherlei Sachverhalte entweder nach den Vorschriften des Unmöglichkeitrechts oder aber nach den Vorschriften des Annahmeverzuges behandelt. Beide Schulen standen sich gewissermaßen unversöhnlich gegenüber. Während die Vertreter der Unmöglichkeitslösung zu einem Wegfall des Lohnanspruches wegen des seinerzeitigen § 323 Abs. 1 BGB³ kamen, hielten die Verfechter der wohl vorherrschenden Annahmeverzugslösung⁴ den Lohnanspruch wegen § 615 BGB für gegeben.

Die Abkehr vom BGB begründete das Reichsgericht freilich nicht mit Auslegungsschwierigkeiten des einfachen Rechts, sondern mit einem angeblichen Wandel der sozialen Verhältnisse. Das Arbeitsverhältnis sei nicht individualistisch zu betrachten, maßgeblich sei vielmehr die kollektivistische Sichtweise einer sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft. Über den Einzelarbeitsvertrag wird der Arbeiter nicht nur zum Vertragspartner des Arbeitgebers, er trete vielmehr zugleich in die Arbeiterschaft ein. Deswegen sei nicht das Verhältnis des Arbeitgebers zum Arbeiter entscheidend, sondern es komme auf eine gruppenbezogene Sichtweise zwischen Unternehmertum und Arbeiterschaft an, für die das BGB keine Lösungen bereit halte⁵. Und weil der einzelne Arbeiter nunmehr als Glied der Arbeiterschaft anzusehen sei, sei es „selbstverständlich“, daß immer dann, wenn infolge von Handlungen der Betrieb stillgelegt wird, die von der Arbeiterschaft herrühren, es dem Unternehmer nicht zugemutet werden könne, für solche Zeiten auch noch Lohn zu zahlen⁶. Wollte man anders entscheiden, so das Reichsgericht weiter, so würden sich „unmögliche Zustände“ einstellen. Die entgegenstehende unterinstanzliche Rechtsprechung qualifiziert das Reichsgericht denn auch mit der schlichten Bemerkung ab, den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches sei dort zu viel Bedeutung beigemessen worden⁷.

Oppermann hat im Anschluß an diese Entscheidung und mit einiger Berechtigung ⁵ das Reichsgericht zum Totengräber des BGB erklärt⁸. Und in der Tat hat die Rechtsprechung seither noch nicht wieder zum BGB zurückgefunden. *Gamillscheg*⁹ bezeichnet mit Recht die Judikate zum Arbeitskampfisiko als „Richterrecht reinsten Wassers“.

3 So etwa *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Zweiter Band (1908), S. 282, und zunächst auch *Titze*, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht (1900), S. 21, 24 ff.

4 Im wesentlichen waren dies die Vertreter der sog. Abstrahierungslehre, die in Einzelfragen freilich voneinander abwichen. Aus der Zeit vor der Entscheidung des Reichsgerichts vgl. *Oertmann*, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116 (1918), S. 1, 20 ff. (25 ff., 29 ff.); *Titze*, Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, JW 1922, 548, 549 ff.; *Trautmann*, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrage, Gruchot 59 (1915), S. 434, 450 ff.

5 RG vom 6.2.1923 – III 93/22 – RGZ 106, 272, 275.

6 RG vom 6.2.1923 – III 93/22 – RGZ 106, 272, 275 f.

7 RG vom 6.2.1923 – III 93/22 – RGZ 106, 272, 277.

8 Der Untergang des Bürgerlichen Gesetzbuches, ArbR 1925, Spalte 255, 260; vgl. auch die Ausführungen von *Mayer-Maly*, Lohnzahlungspflicht und Kurzarbeit in mittelbar kampfbetroffenen Betrieben, BB 1979, 1305, 1308.

9 Kollektives Arbeitsrecht, Band I (1997), S. 1263.

- 6 Freilich wird die These des Reichsgerichts in dieser Form heute nicht mehr vertreten. Sie wurde allerdings zunächst noch eine ganze Zeit lang auch vom BAG fortgeführt. Dabei entwickelte das BAG den Sphärengedanken des Reichsgerichts über den Solidaritätsgedanken zu einem Prinzip solidarischen Handelns und Haftens weiter¹⁰. Erst mit seinen beiden grundlegenden Entscheidungen vom 22. Dezember 1980 – und damit knapp 60 Jahre nach der Entscheidung des Reichsgerichts – hatte das BAG einen Schlußstrich gezogen¹¹ und die bisherige Sphärenlösung verworfen. Die Gründe dafür sind hinlänglich bekannt: Der Solidaritätsgedanke der Arbeitnehmer sei eine bare Fiktion; er weise klassenkämpferische Momente auf und sei zudem auch nicht auf den Arbeitskampf beschränkbar, müßte also auch bei Betriebsstörungen im allgemeinen gelten¹². Als Zurechnungsprinzip sei er insgesamt zu unbestimmt, um daraus konkrete Folgerungen für das Arbeitskampfrecht zu ziehen¹³.

10 Vgl. etwa BAG vom 8.2.1957 – 1 AZR 33/55 – AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vom 25.7.1957 – 1 AZR 194/56 – AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vom 24.1.1958 – 1 AZR 132/57 – AP Nr. 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; vom 26.10.1971 – 1 AZR 245/68 – AP Nr. 45 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vom 7.11.1975 – 5 AZR 61/75 – AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 4. In der zuletzt genannten Entscheidung hatte das BAG bereits sein Ergebnis durch vorsichtige Heranziehung kampfpäritätischer Überlegungen gestützt.

11 BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – sowie – 1 ABR 76/79 – AP Nr. 70 und 71 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 7 und 8.

12 Vgl. BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 7. Gegen die Sphärenlösung und den daran anknüpfenden Solidaritätsgedanken vgl. etwa *Biedenkopf*, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung (1970), S. 18 ff.; *Dütz*, Anm. zu BAG EzA zu § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 8 S. 67 f.; *Ehmann*, Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit. Zur Verlagerung des Lohnrisikos im Arbeitskampf und Arbeitsfrieden (1979), S. 49 ff., 111 ff.; *Gamillscheg* (Fn. 9), S. 1247 f. (siehe aber auch S. 1259 f.); *Kalb*, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre (1977), S. 54 ff., 56 ff., 59 ff., 64 ff.; *Otto*, Die Verteilung des Arbeitskampfrisikos und § 116 AFG 1986, RdA 1987, 1, 2; *Säcker/Oetker*, Tarifliche Kurzarbeits-Ankündigungsfristen im Gefüge des Individualarbeitsrechts und des kollektiven Arbeitsrechts, ZfA 1991, 131, 162; *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht. Ein Arbeitskampfrechtssystem auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte (1975), S. 310; *Staudinger/Richardi* (1999), § 615 Rn. 202 f.; *Weiss*, Arbeitskampfbedingte Störungen in Drittbetrieben und Lohnanspruch der Arbeitnehmer, AuR 1974, S. 37 (37 ff., 40 ff.); *Wiedemann*, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan? Gedanken zur Stellung der Gewerkschaften gegenüber der nichtorganisierten Arbeitnehmerschaft, RdA 1969, 321, 326. Vgl. auch *Baum*, Das Betriebsrisiko im Arbeitskampf (1978), S. 34 ff., und umfassend *Pfarr/Kittner*, Solidarität im Arbeitsrecht, RdA 1974, 284, 286 ff., 292 ff.

13 Vgl. auch die Kritik an der damaligen Lehre von *Mayer-Maly/Nipperdey*, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben (1965), S. 14 ff., 23 ff.

3. Insbesondere: Die Paritätsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

a. Von der Solidarität zur Parität

Was das Gericht seit seinen Entscheidungen vom 22. Dezember 1980 vertritt, ist bekannt und schon eingehend diskutiert worden: Maßgeblich soll nunmehr der Aspekt der Kampfparität sein¹⁴. Da Arbeitskämpfe durch wechselseitigen Druck den Abschluß eines Tarifvertrages bezweckten, sei es Aufgabe der Rechtsordnung, für die Gleichwertigkeit der Verhandlungschancen Sorge zu tragen. Strategische Arbeitskämpfe beider Seiten, welche an Schlüsselstellen ansetzten, hätten eine ungleichgewichtige Mehrung des Druckes beim jeweils anderen Verhandlungspartner zur Folge¹⁵. Deshalb komme ein Wegfall des Lohnanspruches in Betracht, wenn die Arbeitsleistung aufgrund arbeitskampfbedingter Fernwirkung unmöglich oder deren Annahme für den Arbeitgeber unzumutbar würde und durch die Lohnlast die Kampfparität gestört werde.

Was das nun genau heißt, ist freilich dunkel. Wann von einer solchen Paritätsstörung auszugehen ist, sagt auch das BAG nicht hinreichend klar. Dem Ersten Senat genügte es vielmehr, zwei Literaturmeinungen zu verwerfen¹⁶. Zu eng sei die Ansicht¹⁷, nach der das Arbeitskampsrisiko regelmäßig räumlich auf das umkämpfte Tarifgebiet zu beschränken sei. Zu weit hingegen sei es, jegliche Fernwirkung bei der Verteilung des Arbeitskampsrisikos zu berücksichtigen¹⁸. Das BAG hält zur Feststellung einer Paritätsstörung ganz allgemein eine typisierende Betrachtung¹⁹ für

14 Aus der den beiden Grundsatzentscheidungen nachfolgenden Judikatur vgl. BAG vom 7.6.1988 – 1 AZR 597/86 – AP Nr. 107 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 79; vom 7.4.1992 – 1 AZR 377/91 – AP Nr. 122 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 104; vom 14.12.1993 – 1 AZR 550/93 – AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 113; vom 31.1.1995 – 1 AZR 142/94 – AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 119; vom 11.7.1995 – 1 AZR 161/95 – AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 122; vom 12.11.1996 – 1 AZR 364/96 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 127; vom 17.2.1998 – 1 AZR 386/97 – AP Nr. 152 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 129; vom 15.12.1998 – 1 AZR 289/98 – AP Nr. 154 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 131; vom 15.12.1998 – 1 AZR 216/98 – AP Nr. 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 132.

15 BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 7.

16 BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 7.

17 So etwa *Dütz*, Die Grenzen von Aussperrung und arbeitskampfbedingter Entgeltverweigerung nach Risiko-Prinzipien und Kurzarbeitsregeln, DB 1979, Beilage Nr. 14, 1, 10 f.; *Kalb* (Fn. 12), S. 143 f.; *Richardi*, Die Verhältnismäßigkeit von Streik und Aussperrung, NJW 1978, 2057, 2065.

18 So etwa *Mayer-Maly* (Fn. 8), BB 1979, 1305, 1309 f.; *Mayer-Maly/Nipperdey* (Fn. 13), S. 37 ff.; *Scholz/Konzen*, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht (1980), S. 217 ff., 219; *Seiter* (Fn. 12), S. 312 f.

19 Kritisch dazu etwa *Picker*, Auswirkungen des Arbeitskampfes auf Drittunternehmen, FS für Horst Locher (1990), S. 477, 488 ff.

geboten, ohne allerdings Erhellendes zur Typisierung selbst zu sagen²⁰. Im konkreten Rechtsstreit ließ es das BAG als paritätsstörend genügen, daß der mittelbar kampfbetroffene Betrieb derselben Branche wie der umstrittene Tarifvertrag angehörte und der unmittelbar kampfbetroffene Betrieb im selben Gesamtverband war²¹. Deshalb ging das Gericht davon aus, daß der mittelbar betroffene Arbeitgeber seine Einflußmöglichkeiten im Verband nutzen und eine Berücksichtigung seiner Schäden verlangen werde. Plastisch spricht *Konzen*²² insoweit von einer Paritätsstörung durch „Binnendruck im Arbeitgeberlager“²³.

b. Verfassungsmethodische Einordnung: Optimierungsgebot

- 9 Betrachtet man diese Entwicklung der Rechtsprechung des BAG, so läßt sich anknüpfend an *Oppermann*, der – wie erwähnt – das Reichsgericht zum Totengräber des BGB erklärte, durchaus die Frage stellen, ob das BAG mit seiner neueren Arbeitskampfrisikolehre nun die Grabpflege übernommen hat. Ich würde das so nicht sagen wollen, obgleich man dem BAG vorwerfen muß, daß es den zweiten Schritt vor dem ersten gemacht hat. Es hat sich um eine einfachrechtliche Lösung des Problems nicht hinreichend bemüht, sondern ist sogleich in verfassungsrechtliche Untiefen hinabgestiegen.
- 10 Befindet man sich jedoch erst einmal im Verfassungsdschungel, so ist zumindest der verfassungsmethodische Ansatz des BAG durchaus modern und zutreffend: Arbeitskämpfe dienen dem Funktionieren der Tarifautonomie. Sie sind deshalb über Art. 9 Abs. 3 GG institutionell gewährleistet²⁴. Das hat auch schon das BVerfG sehr klar gesagt²⁵. Und wenn das so ist, wofür vieles streitet²⁶, dann stellt sich sehr wohl die Frage, ob aus solch einer Institutsgarantie zugleich eine daran anknüpfende Förderpflicht²⁷ des Staates oder – wie man mit Blick auf die Institutsgarantie vielleicht etwas prägnanter formulieren sollte – ein **Optimierungsgebot** entwickelt werden kann, über das dann womöglich sogar das einfache Recht – hier das Leistungsstörungenrecht des BGB – entsprechend „modifiziert“ werden darf.

20 Zu den nicht unerheblichen Schwierigkeiten beim Umgang mit dem Paritätsprinzip vgl. näher *Hensche*, Zu Praktikabilität und Nutzen des arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzips, RdA 1996, 293. Zum Paritätsbegriff allgemein auch *Heenen*, Kampfparität und bilaterales Monopol (1988), S. 36 ff.

21 BAG vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 7.

22 SAE 1981, 209, 210; vgl. auch schon *Scholz/Konzen* (Fn. 18), S. 218 f.

23 Zum Binnendruck vgl. auch *Seiter*, Staatsneutralität im Arbeitskampf. Systematische Darstellung der mit § 116 AFG zusammenhängenden Rechtsfragen auf der Grundlage des Neutralitätsgesetzes von 1986 (1987), S. 21 ff., und kritisch *Beuthien*, Der Arbeitskampf als Wirtschaftsstörung (1990), S. 35 ff.

24 Grundlegend nur BAG (GS) vom 21.4.1971 – GS 1/68 – AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 6.

25 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvL 779/85 – AP Nr. 17 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97.

26 Vgl. auch *Löwisch/Rieble*, Grundlagen des Arbeitskampf- und Schlichtungsrechts, AR-Blattei SD 170.1 Rn. 11 f.

27 Allgemein zur Förderpflicht des Staates *Kopp*, Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand, NJW 1994, 1753 ff.

Dabei geht es – das möchte ich nur abzugrenzen – nicht etwa um eine irgendwie geartete Schutzpflicht des Staates, obgleich hier die Grenzen fließend sein mögen. Auch in der Bürgschafts- und der Handelsvertreterentscheidung des BVerfG²⁸ ging es ja immerhin um „gestörte Verhandlungsparität“, auf die der Staat – zumindest nach Ansicht des BVerfG – reagieren mußte. Das ist aber mit der Kampfparität nicht zu vergleichen. Die Gewerkschaft ist kein Bürge und der Arbeitgeberverband ist keine Bank. Es geht nicht um die rechtlich zu kompensierende Übervorteilung eines privaten Dritten durch einen andern, sondern es geht bei der Frage des Arbeitskampfrisikos um die angemessene Ausgestaltung staatlichen Regelwerks. Es geht damit schlicht um die Funktionsvoraussetzungen von Tarifautonomie und nicht um die Kompensation struktureller Unterlegenheit. **11**

Ob es ein solches Optimierungsgebot überhaupt gibt, hat das BVerfG, soweit ersichtlich, noch nicht hinreichend klar gesagt. Für den Grundsatz der Kampfparität hat es immerhin gemeint, daß sich das BAG bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts daran orientieren **dürfe**²⁹. Nicht aber hat es gesagt, daß sich das BAG bei der Ausgestaltung auch hieran orientieren **müsse**. Und schon gar nicht hat das BVerfG gesagt, daß sich **auch das einfache Recht** an dem Grundsatz der Kampfparität messen lassen muß. **12**

Die wissenschaftliche Diskussion um die „Optimierung“ von Freiheitsgrundrechten³⁰ hat vor allem *Alexy* neu angestoßen. Er unterschied dabei zwischen den Funktionen von Grundrechten als individuellen Rechten einerseits und „objektivierten Prinzipien“ andererseits, wobei es dann eher eine terminologische Frage ist, ob man statt von „objektivierten Prinzipien“ von einer „objektiven Wertordnung“ spricht, die der Verfassung zugrunde liegt³¹. *Alexy* entwickelte sodann mit Blick auf die Prinzipienhaftigkeit der Grundrechte den Gedanken, daß die hinter den einzelnen Grundrechten stehenden Prinzipien „relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten“ in „möglichst hohem Maße“ zu realisieren seien³². Hierin sah er den spezifischen Gehalt eines Prinzips im Gegensatz zu einer „bloßen“ Regel³³. Und in diesem Sinne meint auch *Böckenförde*, daß Grundrechte als Grundsatznormen oder **13**

28 BVerfG vom 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242 [Handelsvertreter]; vom 19.10.1993 – 1 BvR 567/1044/89 – BVerfG 89, 214 [Bürgschaft].

29 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvL 779/85 – AP Nr. 17 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97.

30 Zur historischen Entwicklung (oder genauer: den Wurzeln) des Optimierungsdenkens vgl. *Würtenberger*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), 139, 147 ff.

31 Vgl. die mannigfachen Wendungen, die nach *Alexys* Recherche synonym für den Begriff „Prinzip“ verwandt wurden – *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1985), S. 32 ff.

32 *Alexy* (Fn. 31), S. 75.

33 *Alexy* (Fn. 31), S. 76 f.; zustimmend *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990, 1, 21, 23, 24 f.; *R. Dreier*, Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, JZ 1985, 353, 356; *H. H. Klein*, Der demokratische Grundrechtsstaat, Bitburger Gespräche, Jahrbuch 1995, S. 81, 94 – Ableitung aus der „objektiven Bedeutungsschicht“ der Grundrechte; für Art. 20 GG auch *Schnapp*, in: *von Münch/Kunig*, GG, 5. Aufl. (2000), Art. 20 Rn. 6; referierend ferner *Riedel*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), 180, 183.

Wertentscheidungen einen bestimmten normativen Gehalt bezeichneten, der auf Verwirklichung dränge³⁴. Damit gilt nach dieser Ansicht ein Optimierungsgebot konsequent auch für die Institutsgarantie, die ja ihrerseits aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte abgeleitet wird.

c. Abkehr von Normativität als Gefahr

- 14** Ein solcher Rückgriff auf Werte provoziert nun freilich eine Abkehr von Normativität. Das BAG ist ja schon gar nicht mehr bemüht, eine zivilrechtliche Lösung des Arbeitskampfrisikoproblems zu finden. Manche mag das nicht besonders stören, orientiert man sich dann doch eben an den Judikaten des BAG. Eine rein wertgeleitete Entscheidung beschwört allerdings sehr rasch die Gefahr von Kadijustiz herauf, weil abwägendes Entscheiden nicht mehr vorhersehbar ist und sich gegenüber einer streng normgeleiteten Entscheidung verselbständigt³⁵. Unversehens sind Entscheidungen dann nicht mehr verallgemeinerungsfähig und vermitteln keine Orientierung mehr. Zudem sind wertgeleitete Entscheidungen gegenüber den jeweils vorherrschenden politischen Überzeugungen poröser (offener) als normgeleitete³⁶. In der Konsequenz hängt dann auch die Akzeptanz solcher Entscheidung in einem besonderen Maße von der Persönlichkeit des Richtenden ab, weil die Entscheidung ihre Überzeugungskraft (zumindest vornehmlich) aus dem Abwägungsprozeß bezieht und damit um so größer ist, je mehr Autorität, Charisma und persönliche Überzeugungskraft der Richtende hat³⁷. Einem Arbeitsgericht hätte man die Paritätsrechtsprechung doch beispielsweise sowenig abgenommen, wie die Stilllegungsbefugnis des Arbeitgebers im Arbeitskampf³⁸ – und selbst die hat man dem 1. Senat des BAG nicht so recht glauben wollen³⁹.

34 *Böckenförde* (Fn. 33), *Der Staat* 1990, 1, 12.

35 Dazu *Pawlowski*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Auslegung des § 242 BGB? Zur Auslegung des § 93c BVerfGG, *JZ* 2002, 627, 632 f.; vgl. auch *Leisner*, „Abwägung überall“ – Gefahr für den Rechtsstaat, *NJW* 1997, 636 ff.; *Stern*, Probleme der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht, in: FS für Herbert Wiedemann (2002), S. 133, 145 f.

36 *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl. (1999), Rn. 799; vgl. auch zur Wertungswillkür aufgrund vager Grundrechte *Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, *AcP* 198 (1998), 171, 220 ff.

37 *Pawlowski* (Fn. 36), Rn. 39 ff.

38 Vgl. BAG vom 22.3.1994 – 1 AZR 622/93 – AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 115; vom 31.1.1995 – 1 AZR 142/94 – AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 119; vom 11.7.1995 – 1 AZR 161/95 – AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 122; vom 12.11.1996 – 1 AZR 364/96 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 127; vom 17.2.1998 – 1 AZR 386/97 – AP Nr. 152 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 129; dazu etwa *Löwisch*, „Suspendierende“ Stilllegung als Arbeitskampfmaßnahme?, FS für Wolfgang Gitter (1995), S. 533 ff.

39 Zur Kritik siehe *Oetker*, Anm. zu AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ferner *Fischer/Rüthers*, Anm. zu EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 115; *Thüsing*, Arbeitskampfrisiko, Notdienstvereinbarung und Beschäftigungspflicht – Anmerkung zu neueren Tendenzen der BAG-Rechtsprechung, *DB* 1995, 2607, 2607 f.; heftige Kritik formuliert auch *Lieb*, *SAE* 1995, 257; zur Bedeutung der Stilllegungsbefugnis für die „Arbeits-

d. Ergänzende Bemerkungen zur „Tyrannei der Werte“

Vor allem geht es bei wertgeleiteten Entscheidungen eben um den Ausgleich **15** konfligierender Werte; insofern verschärft sich das Problem, wenn man den von *Nicolai Hartmann* verwandten Begriff der „Tyrannei der Werte“⁴⁰ bedenkt. Denn Werte sind aggressiv. *Carl Schmitt* hat zu der Aussage gefunden: „Der Wert lechzt geradezu nach Aktualisierung“⁴¹. Nach *Max Weber* handelt es sich zwischen den Werten gar um einen unüberbrückbaren tödlichen Kampf, so wie zwischen „Gott“ und „Teufel“⁴².

In der Diktion gemäßiger, in der Sache aber nicht minder entschieden, sieht auch in jüngerer Zeit *Di Fabio* durch das Wertedenken eine „ausgewogene Ordnung“ gefährdet. Seine Ausführungen stehen – wie auch schon bei *C. Schmitt* – im Kontext der bereits angedeuteten objektivierenden Ver-Wertung der Verfassung: Wörtlich meint *Di Fabio*: „Wird ein Grundrecht zum objektiven Prinzip erklärt und intensiv seine Wertsubstanz offengelegt, entsteht so ein helles Licht, daß alles andere in den Schatten gerät“⁴³. Eine solche Wirkungsverstärkung eines Grundrechts könne den Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die Grundrechte anderer bedeuten. Das Wertedenken trage immer den Keim des Absoluten in sich⁴⁴.

Seinen tieferen Grund hat dieser „hartnäckige“ tyrannische und absolute Anspruch **16** der Werte vor allem in der den Werten zugewiesenen Funktion⁴⁵: Werte sollen eine gesellschaftliche Ordnung konstituieren und sichern. Werte sollen ferner eine Orientierung für „richtiges“ Leben bieten, schon weil auch das Wertedenken selbst in den Kategorien von richtig und falsch verläuft⁴⁶. Dadurch ist den Werten dann aber insgesamt eine derart herausragende Bedeutung zugewiesen, wodurch ihre unbedingte Realisierung als besonders dringlich erscheint. Aus einer solchen Zuweisung erwächst nur allzu leicht ein tyrannischer Anspruch. Etwas abstrakter formuliert das auch *C. Schmitt*: „Das spezifische des Werts liegt eben darin, daß er statt eines Seins nur eine Geltung hat. Die Setzung ist insofern nichts, wenn sie sich nicht durchsetzt“⁴⁷. Die Setzung impliziert also die Durchsetzung. Und „gesetzt“ wird der Wert nicht um des Wertsetzens Willen, sondern weil mit ihm die beschriebenen (überragenden) Funktionen verfolgt werden.

kampftrisikolehre“ vgl. „klarstellend“ BAG vom 11.7.1995 – 1 AZR 63/95 – AP Nr. 138 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 121; vom 11.7.1995 – 1 AZR 161/95 – AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 122.

40 Eine Bezeichnung, die – soweit ersichtlich – auch auf *Nicolai Hartmann* [Ethik, 4. Aufl. (1962), S. 574] zurückgeht.

41 *C. Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, in: Die Tyrannei der Werte, hrsg. von Sepp Schelz (1979), S. 9, 29.

42 *Max Weber*, Der Sinn der »Wertfreiheit« der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1917), in: Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hrsg. von Johannes Winckelmann, 7. Aufl. (1988), S. 489, 507.

43 *Di Fabio*, Grundrechte als Wertordnung, JZ 2004, 1, 2.

44 *Di Fabio* (Fn. 43), JZ 2004, 1, 2.

45 Zur Funktion von Werten vgl. etwa *Di Fabio* (Fn. 43), JZ 2004, 1, 4.

46 Kritisch dazu *Pawłowski*, Werte, Normen und persönliche Orientierung, ARSP 82 (1996), 26, 31 f.

47 *C. Schmitt* (Fn. 41), S. 9, 32 f.

- 17** Die friedensstiftende und Orientierung bietende Funktion von Werten steht dabei freilich in einem seltsamen Gegensatz zu dem dadurch zugleich beförderten absoluten (tyrannischen) Geltungsanspruch. Und dieses Dilemma verstärkt sich sogar noch über die Implementierung sogenannter Grundwerte. Denn je abstrakter und elementarer solche Werte sind, desto ausgeprägter gerät ihr „tyrannischer“ – heilbringender – Anspruch, desto unkontrollierbarer und beliebiger geraten die Ableitungen, die aus ihnen gezogen werden (können), und desto trefflicher läßt sich über sie streiten⁴⁸. Am nachhaltigsten eindämmen lassen sich solche Konsequenzen nur über ein plausibles normatives Konzept, das sich zwar seinerseits an den Grundwerten orientiert, das aber über seine konkretisierende Ausgestaltung der objektiven Wertordnung die beste – oder genauer: überhaupt Orientierung bietet.
- 18** Für ein verfassungsrechtliches Optimierungsgebot heißt das nun im Grundsatz: Weil es aus Prinzipien respektive der „objektiven Wertordnung“ der Verfassung abgeleitet wird, ist es einem plausiblen normativen Konzept unterlegen. Gewiß ist es schon deshalb richtig, wie insbesondere *Lerche* eindringlich herausstellt⁴⁹, daß über ein (falsch verstandenes) Optimierungsgebot nicht das Privatrecht in Gänze aus der Verfassung deduziert werden dürfe – in Gestalt eines einzig wahren, da prinzipienbezogen optimalen Systems. Die Verfassung gibt bei der konkretisierenden Ausgestaltung der durch sie garantierten Institute nur einen Rahmen vor, der zuerst vom Gesetzgeber wertend auszufüllen ist⁵⁰. Gleichwohl muß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung ein freiheitsbeförderndes Optimierungsgebot zumindest bedenken⁵¹. Es läßt sich mit *Böckenförde* konstatieren, daß es sich um eine Prinzipiennorm mit Verwirklichungstendenz handelt, nach oben hin offen, aber aus sich selbst heraus ohne Maß⁵². Anschaulich beschreibt den materialen Gehalt des Optimierungsgebotes auch *Würtenberger*: „Letztlich ist Optimierung nur eine regulative Idee, die anzustreben rechtlich aufgegeben wird, deren Erfüllung aber nicht erwiesen werden kann“⁵³.
- 19** Daß das BAG das Arbeitskampfrecht als solches ausgestaltet und sich dabei am Grundsatz der Kampfparität orientiert, ist letztlich unausweichlich, weil ein normatives Konzept eben fehlt. Daß es aber den Grundsatz der Kampfparität so

48 Siehe auch *Pawlowski* (Fn. 46), ARSP 82 (1996), 26, 29.

49 *Lerche*, Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?, FS für Klaus Stern (1997), S. 197, 202 f.; vgl. auch *Kopp* (Fn. 27), NJW 1994, 1753, 1757: Politik dürfe über die Anerkennung von Förderungspflichten nicht zu einem bloßen Verfassungsvollzug entarten; ferner *R. Dreier* (Fn. 33), JZ 1985, 353, 357; allgemein zur Ableitung von Normen aus Werten siehe *Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht (1977), S. 8 f.

50 Dazu richtig *Würtenberger* (Fn. 30), VVDStRL 58 (1999), 139, 158 f.

51 In rechtsphilosophischem Kontext betont auch *Luf*, Zur Problematik des Wertbegriffes in der Rechtsphilosophie, FS für Alfred Verdross (1980), S. 127, 132, daß die Bezugnahme auf das Freiheitsprinzip den Anspruch zur Geltung bringe, alle je konkretisierten Inhalte rechtlicher Regelungen auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen, ob sie die Entfaltung von Autonomie institutionell zu gewährleisten vermögen.

52 *Böckenförde* (Fn. 33), Der Staat 1990, 1, 13 – dort allerdings mit Blick auf die Schutzpflicht des Staates, die freilich gleichfalls aus der objektiven Wertordnung der Grundrechte entwickelt wird. Insoweit sind die Schwierigkeiten mit den Optimierungsgeboten vergleichbar.

53 *Würtenberger* (Fn. 30), VVDStRL 58 (1999), 139, 157.

ohne weiteres dem Leistungsstörungenrecht des BGB überstülpt, ist aus den genannten Gründen mit allergrößter Vorsicht zu genießen. Das BAG ist hier nämlich gerade der von *Lerche* beschriebenen Versuchung erlegen, das einfachrechtliche Leistungsstörungenrecht des BGB einem vom Gericht selbst als optimal (richtig) empfundenen Arbeitskampfkonzzept zu opfern. Ich mag es freilich nicht völlig ausschließen, daß in einem Bereich, in dem der Gesetzgeber vor allem durch Abwesenheit glänzt, auch das Optimierungsgebot entsprechende Eingriffe in allgemeine, d.h. in nicht arbeitskampfspezifische Normen legitimieren kann, um das Arbeitskampfrecht sachgerecht auszugestalten⁵⁴. Zumindest aber hätte das BAG zuvor eine einfachrechtliche Lösung versuchen müssen. Und es hätte aus den genannten Gründen auch sehr viel näher gelegen, paritätsgefährdende Arbeitskampsaktiken zu begrenzen, als ein normatives Konzept so ohne weiteres in Frage zu stellen – oder genauer: über Bord zu werfen.

4. Arbeitskampsrisiko und BGB-kompatible Ansätze

Nachdem ich nun mit dem BAG zunächst den zweiten Schritt vorgezogen habe, 20 möchte ich zum ersten Schritt zurückkehren und nach der einfachrechtlichen Behandlung des Arbeitskampsrisikos fragen. Einfachrechtliche Lösungsversuche der Literatur sind auch im jüngeren Schrifttum eher spärlich. Man kann das mit einer gewissen Berechtigung als „Fernwirkung“ der BAG-Rechtsprechung bezeichnen. Erwähnen möchte ich aus Zeitgründen auch nur einen Weg, den insbesondere *Picker* und *Richardi* vorgeschlagen haben⁵⁵. Sie gehen im Ansatz von der Gefahrtragungsnorm des § 615 BGB aus⁵⁶ und konstatieren bei den sog. allgemeinen Substratstörungen (Überschwemmung, Defekt einer Maschine usw.), daß der Arbeitgeber dort eine rechtlich gesicherte Einflußmöglichkeit auf derartige Störungen habe, die eine Gefahrtragung zu Lasten des Arbeitgebers rechtfertige. Hingegen sei der Arbeitskamps ein rechtlich grundsätzlich zulässiges Geschehen⁵⁷, durch dessen

54 *Picker* (Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?, JZ 1988, 1, 62 [69]) meint inzwischen, es ginge bei der Zuweisung des Arbeitskampsrisikos um die „sachgerechte Ausgestaltung des Arbeitskampsrechts“. Man kann eine Arbeitskampsrisikolehre in diesem Sinne begreifen, wenn man individualrechtliche Lösungsversuche für gescheitert (oder gar: von vornherein für untauglich) hält.

55 Vgl. *Picker*, Betriebsrisikolehre und Arbeitskamps. Thesen zu einer Rückbesinnung, JZ 1979, 285, 293; *Richardi*, Gefahrtragungsregelung und Abwehrrecht bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen, FS für Rudolf Strasser (1983), S. 451, 458 f.; *ders.*, Die Bedeutung des zivilrechtlichen Haftungssystems für den Arbeitskamps, ZfA 1985, 101, 115 ff.; *ders.*, in: *Staudinger* (Fn. 12), § 615 Rn. 208 f., 246 ff.

56 Dazu, daß § 615 BGB der „richtige“ normative Anknüpfungspunkt für eine „Betriebsrisikolehre“ ist, vgl. grundlegend und umfassend nur *Picker*, Arbeitsvertragliche Lohngefahr und dienstvertragliche Vergütungsgefahr, FS für Otto Rudolf Kissel (1994), S. 813 ff.; *ders.*, Betriebsstillstand und Lohngefahrtragung. Zur Geschichte einer ungelösten Zivil- und Arbeitsrechtsproblematik, GS Herbert Hofmeister (1996), S. 549 ff. Zum inzwischen neu geschaffenen (und völlig verunglückten) § 615 Satz 3 BGB siehe *Luke*, § 615 S. 3 BGB – Neuregelung des Betriebsrisikos?, NZA 2004, 244 ff.

57 Ähnlich argumentiert auch *Beuthien* (Fn. 23), S. 23 ff., 38 ff. nach dem die in einem tariffernen Bereich entstandene Leistungsstörung im Gesetz nicht geregelt sei. Die Fernwirkungen des Arbeitskamps seien wegen Art. 9 Abs. 3 GG sowohl dem Unternehmerrisiko des Arbeitgebers als auch dem Berufsrisiko der Arbeitnehmer zuzurechnen.

Institutionalisierung eine Eingriffsmöglichkeit in fremde Rechtssphären begründet sei. Deshalb könne die Gefahrtragungsregel des § 615 BGB insoweit nicht gelten⁵⁸. In den Fällen des Betriebsrisikos gelangen sie somit zur Anwendung des § 323 BGB a. F. (heute also § 326 Abs. 1), weshalb der Lohnanspruch entfalle, ohne daß es auf Paritätsüberlegungen oder ähnliches ankäme⁵⁹.

- 21** Überzeugen mag mich dieser Ansatz allerdings nicht. § 615 BGB versagt nicht schon deshalb, weil die Rechtsordnung Arbeitskämpfe zuläßt. Der Produktionsausfall im Unternehmen mag daher rühren, daß ein Zulieferbetrieb bestreikt wird. Er mag aber auch daher rühren, daß eben dieser Zulieferbetrieb seine Tätigkeit insgesamt aufgibt oder gänzlich andere Produkte herstellt. Das eine ist eine rechtlich zulässige Arbeitskampfmaßnahme, das andere eine freie Unternehmerentscheidung, die besonderen rechtlichen Schutz genießt. Im Grundsatz findet aber für beide Fälle § 615 BGB Anwendung. Die „Eingriffsmöglichkeit in fremde Rechtssphären“ ist hier wie dort gegeben. Wer bei § 615 BGB zudem mit Beherrschbarkeit oder Einflußmöglichkeiten argumentiert, implementiert Verschuldenselemente, auf die es für § 615 BGB gerade nicht ankommt. In den Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich wird vielmehr hervorgehoben, daß schon die „nackte T(h)atsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung“ den Annahmeverzug auslöst⁶⁰. Das mag man rechtspolitisch kritisieren. Für die Normanwendung ist das aber zunächst einmal verbindlich und man kann ein Verschuldenserfordernis auch nicht (nur) für den Fall des Arbeitskampfrisikos hineininterpretieren.

5. Eigener Lösungsvorschlag

- 22** Ich kann an dieser Stelle den Strauß der angebotenen Lösungen⁶¹ nicht in allen Einzelheiten nachzeichnen, sondern muß mich auf die Darstellung meiner eigenen Lösung beschränken. Und für meinen eigenen Lösungsvorschlag darf ich zunächst auf eine Entscheidung des BAG vom 1. März 1995 verweisen, weil mein eigener Ansatz für die Arbeitskampfrisikotragung bei genauerem Besehen der dogmatischen Konstruktion des BAG in dieser Entscheidung entspricht. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die IG Metall bestreikte einen Betrieb in Hamburg

Es handelt sich nach seiner Ansicht im Falle der Betriebsstörung um eine von beiden Seiten zu vertretende Unmöglichkeit, deren rechtliche Behandlung anhand von Risikoabwägungen zu entwickeln sei. Im Ergebnis will *Beuthien* in den Fällen des Betriebsrisikos den Lohn entsprechend § 323 BGB a. F. entfallen lassen, die Fälle des Wirtschaftsrisikos löst er über eine teleologische Reduktion des § 615 BGB.

58 Vgl. auch *Mayer-Maly* (Fn. 8), BB 1979, 1305, 1309, und im Zusammenhang mit der früheren Sphärentheorie auch *Kalb* (Fn. 12), S. 49 ff.

59 Zur weiteren einfachrechtlichen Differenzierungen dieser Ansicht nach dem Betriebsrisiko einerseits und dem Wirtschaftsrisiko andererseits vgl. *Gutzeit*, Das arbeitsrechtliche System der Lohnfortzahlung (2000), S. 62 f., 147 f.

60 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse (1888), S. 69. Dieser Passus bezieht sich zwar auf die allgemeinen Vorschriften des Annahmeverzugs, auf diese wird aber in den Ausführungen zum Annahmeverzug des Dienstberechtigten verwiesen (Motive, aaO., S. 463).

61 Zu weiteren Ansätzen der Literatur siehe *Gutzeit* (Fn. 59), S. 57 ff.

über die Pfingstfeiertage. An den Pfingstfeiertagen selbst setzte die IG Metall den Arbeitskampf aus, um bereits am nächsten darauffolgenden Werktag den Arbeitskampf um 6.00 Uhr in der Früh wieder fortzusetzen. Den Arbeitnehmern riet die IG Metall die Feiertagsvergütung für diese Tage zu beanspruchen, weil die Arbeit wegen des Feiertags und nicht wegen des Arbeitskampfes ausgefallen sei⁶². Das BAG lehnte jedoch völlig zu Recht einen Entgeltfortzahlungsanspruch ab. Während eines Streiks seien die wechselseitigen arbeitsvertraglichen Hauptpflichten suspendiert. Diese Suspendierung ende durch gestaltende Erklärung des Streikenden selbst oder der Streikleitung. Eine solche Erklärung sei allerdings nur dann beachtlich, wenn sie sich auch tatsächlich auf die suspendierte Arbeitspflicht auswirken soll. Erschöpfe sich der Sinn der Erklärung darin, das objektiv unveränderte Streikgeschehen lediglich anders zu benennen, um vertragsrechtliche Folgen herbeizuführen, so sei das arbeitskampfrechtlich bedeutungslos⁶³.

Das BAG argumentiert hier etwas unklar. Wenn es verlangt, daß die Erklärung sich auch „tatsächlich auswirken“ müsse, so setzt es sich damit zunächst in Widerspruch zu seiner eigenen früheren Rechtsprechung – etwa zu seiner Entscheidung vom 31. Mai 1988. In dieser Entscheidung hatte es noch ausgesprochen, daß „Feiertagslohn“ gezahlt werden müsse, wenn der Arbeitskampf unmittelbar vor dem Feiertag endet (oder sich unmittelbar anschließt)⁶⁴. Und man darf fest davon ausgehen, daß auch nach der Entscheidung vom 1. März 1995 ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer, der gegenüber dem Arbeitgeber das Ende seiner Streikteilnahme erklärt, vom BAG einen Entgeltfortzahlungsanspruch zugesprochen erhält – mag die Erklärung des Arbeitnehmers sich auch tatsächlich nicht auswirken, weil er weiterhin krank zu Hause im Bett liegt. Die Entscheidungsgründe vom 1. März 1995 werden daher erst dann plausibel, wenn man annimmt, das BAG habe das Vorgehen der IG Metall als rechtsmißbräuchlich empfunden. Das gezielte Herbeiführen vertragsrechtlicher Folgen wider der arbeitskampfrechtlichen Grundkonzeption war dem BAG ein Dorn im Auge. In der Sache hat daher das Gericht letztlich einen **hypothetischen Verlauf** berücksichtigt. Gäbe es die Pfingstfeiertage nicht, dann hätte der Arbeitskampf – um die gleiche Wirkung zu erzielen – auch an diesen Tagen fortgesetzt werden müssen. Es hätte einen entsprechenden Streikbeschluß der Gewerkschaft gegeben und die einzelnen Arbeitnehmer hätten (ausdrücklich oder konkludent) ihre Streikteilnahme erklärt. Das wäre nach Ansicht des BAG ein „ehrlich“ geführter Arbeitskampf gewesen, bei dem gesetzliche Feiertage nicht mißbräuchlich vorgeschoben werden.

Die Frage stellte sich nun, ob solch eine richtige hypothetische Betrachtungsweise⁶⁵ des BAG nicht auch für die Frage des Arbeitskampfrisikos fruchtbar gemacht werden kann. Ich möchte das grundsätzlich bejahen. Denn auch die unter dem Stichwort

62 BAG vom 1.3.1995 – 1 AZR 786/94 – AP Nr. 68 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 118.

63 BAG vom 1.3.1995 – 1 AZR 786/94 – aaO.

64 BAG vom 31.5.1988 – 1 AZR 589/86 – AP Nr. 56 zu § 1 FeiertagslohnzahlungsG = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 81.

65 Zur hypothetischen Betrachtung im Lohnfortzahlungsrecht vgl. näher Gutzeit (Fn. 59), S. 124 ff.

Arbeitskampfrisiko diskutierten Fälle sind – wie der Fall des Arbeitskampfes an Feiertagen – dadurch gekennzeichnet, daß der Arbeitsausfall in weiten Teilen ohne unmittelbare Streikbeteiligung einzelner Arbeitnehmer erreicht werden kann. Im einen Fall nutzt die Gewerkschaft den Feiertag, im andern die ökonomischen und/oder (produktions)technischen Abhängigkeiten. In beiden Fällen kann der Arbeitgeber die Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen. Sowohl Streikbeschluß als auch die erklärte Streikteilnahme der einzelnen Arbeitnehmer werden jeweils entbehrlich.

Ich meine deshalb – und das ist zunächst eine vergrößernde Aussage, die noch einer genaueren Betrachtung bedarf: Wenn der Arbeitsausfall in Drittbetrieben Folge eines „arbeitskampftaktischen Gesamtkonzepts“ der Gewerkschaft ist, dann ist damit grundsätzlich auch ein Anspruch aus § 615 BGB ausgeschlossen. Man mag insoweit von einem „hypothetischen Streik“ sprechen⁶⁶. Die Gewerkschaft hätte jedenfalls großflächiger („ehrlicher“) streiken müssen, hätte sie nicht ökonomische und/oder (produktions)technische Abhängigkeiten ausnutzen können.

- 25** Besieht man nun diesen Ansatz etwas genauer, so verlangt er für einen „hypothetischen Streik“ nach einer „doppelte Hypothese“ – und zwar: nach einem hypothetischen Streikbeschluß der Gewerkschaft als auch nach einer hypothetischen Streikteilnahmeerklärung des einzelnen Arbeitnehmers. Und eben einer solchen doppelten Hypothese bedurfte es in Wahrheit auch in der erwähnten Entscheidung des BAG vom 1. März 1995. Auch dort fehlte der Streikbeschluß der Gewerkschaft für den Feiertag als auch die entsprechende individuelle Streikteilnahmeerklärung. Mir ist klar, daß man mit solch einer Lösung, die von „doppelten Hypothesen“ spricht, die Praxis rasch vor erhebliche Probleme stellt, muß doch ein Massenphänomen bewältigt werden. Ich glaube aber dennoch, daß man den Bedürfnissen der Praxis mit den Mitteln des Beweisrechts genügen kann. Gerade bei den Beweisforderungen hinsichtlich hypothetischer Abläufe sind etwa die Zivilgerichte relativ großzügig und lassen bloße Wahrscheinlichkeiten ausreichen – dies schon deshalb, weil hypothetische Abläufe gar nicht exakt beweisbar sind⁶⁷.
- 26** Relativ unproblematisch ist insofern zunächst die Annahme eines **hypothetischen Streikbeschlusses** der Gewerkschaft. Ganz im Sinne eines solchen hypothetischen Streikbeschlusses führt nämlich das BAG⁶⁸ aus, daß sich die mittelbar betroffenen Arbeitgeber als Opfer eines „kalten Streiks“⁶⁹ fühlen könnten. Ihnen dürfe das

66 Dazu *Gutzeit* (Fn. 59), S. 143 ff.

67 Dazu näher *Gutzeit* (Fn. 59), S. 148 ff. – zu den beweisrechtlichen Schwierigkeiten.

68 vom 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 7.

69 Diesen Terminus befürwortet auch *Beuthien* (Fn. 23), S. 71 f., während *Lieb*, Zum gegenwärtigen Stand der Arbeitskampfrisikolehre, NZA 1990, 289, 295 f., von den „Steuerungsmöglichkeiten der Arbeitnehmerseite“ spricht. Das LAG Hamm (vom 3.11.1978 – 3 TaBV 96/78 – EzA zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 6) hatte als Vorinstanz zu der in Fn. 68 genannten Entscheidung des BAG und im Anschluß an dessen frühere Rechtsprechung (BAG vom 7.11.1975 – 5 AZR 61/75 – AP Nr. 30 zu § 615 BGB Betriebsrisiko = EzA § 615 BGB Betriebsrisiko Nr. 4) zu Recht betont, daß der mittelbar betroffene Betrieb in einer dem unmittelbar bestreikten Betrieb vergleichbaren Lage sei.

Beschäftigungs- und Lohnrisiko nicht aufgebürdet werden, weil sie sonst stärker belastet würden als die unmittelbar bestreikten Arbeitgeber. Damit ist das „hypothetische Kampfgebiet“ angesprochen. Sogar ausdrücklich konstatiert *Seiter*⁷⁰, daß durch einen Streik in einer kleinen Kolbenfabrik, der einen großen Automobilhersteller stilllegt, dieselbe Wirkung erzielt würde, als wäre der Automobilhersteller unmittelbar bestreikt worden. Und entsprechend rechtfertigt *Picker*⁷¹ den Lohnverlust der Arbeitnehmer mit der Erwägung, daß der Arbeitgeber nicht „einfach als Partner eines Austauschvertrages“, sondern „in seiner Rolle als Mitglied des Kreises der potentiellen Tarifvertragspartner“ von den Fernwirkungen des Arbeitskampfes betroffen sei.

Für einen solch „hypothetischen Streikbeschluß“ kann man sich daher schlicht an der jeweiligen Kampfaktik der Gewerkschaft orientieren und auf die erwünschte Wirkung abstellen. Wenn die Gewerkschaft Arbeitsausfall in anderen Betrieben will, dann muß sie das auch gegen sich gelten lassen. Ermitteln lassen sich solche Kampfaktiken verhältnismäßig einfach, werden sie doch von den Gewerkschaften in aller Regel offen zur Schau getragen. Das Perfide an solchen Taktiken ist nicht etwa deren intellektuelle Raffinesse; es sind die fehlenden Kompensationsmöglichkeiten der Arbeitgeber, die die Gewerkschaft mit relativ simplen (durchsichtigen) Kampfstrategien ausnutzen.

Damit bleibt als eigentliche Schwierigkeit die Annahme einer hypothetischen Streikteilnahme der einzelnen Arbeitnehmer. M. E. läßt sich allerdings insoweit der Partizipationsgedanke (beweisrechtlich und nicht als Zurechnungsgrund!) fruchtbar machen. So führt etwa *Beuthien*⁷² zutreffend aus, daß im tariflich unmittelbar umkämpften Bereich nicht mitkämpfende Arbeitnehmer im Falle einer Betriebs- oder Absatzstörung nicht besser stehen dürften, als wenn sie selbst gestreikt hätten oder ausgesperrt worden wären. Wörtlich meint er: „Hätten sie doch, **wären nicht die anderen Arbeitnehmer für sie tarifpolitisch tätig geworden, selbst die aktive Kampflast übernehmen müssen**. Außerdem haben sie, wenn sie gewerkschaftlich organisiert sind, unmittelbar und zwingend am neuen Tarifvertrag und damit am Kampferfolg teil. Als Tarifteilhaber müssen sie auch die tarifautonom angemessene passive Kampflast des Lohnverlustes mittragen“⁷³. Bei *Jorns*⁷⁴ findet sich hinsichtlich des Teilstreiks in einem Betrieb die Erwägung, daß der nicht streikende Teil der Belegschaft mit dem Streik einverstanden sei und sich nur scheinbar zur Arbeit bereit erkläre. In diesen Fällen entfalle der Lohnanspruch nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen wegen Arglist⁷⁵. Interessant, da in die gleiche Richtung weisend, sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen der Bundesregierung⁷⁶ in der Begründung des Entwurfes eines Gesetzes zur Sicherung der Neutralität der Bundes-

70 *Seiter* (Fn. 23), S. 94.

71 *Picker* (Fn. 19), S. 477, 484.

72 *Beuthien* (Fn. 23), S. 20.

73 *Beuthien*, aaO. (Hervorhebung vom Verf.).

74 Das Betriebsrisiko unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung nach dem zweiten Weltkriege (1957), S. 153 ff.

75 aaO., S. 155 Fn. 11.

76 BTDrucks. 10/4989, S. 7.

anstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen. Die dort in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Vorschrift zur Neufassung des damaligen § 116 Abs. 3 AFG beruht maßgeblich auf dem Partizipationsgedanken und versagt in den dort geregelten Fällen, in denen durch Fernwirkung eines Arbeitskampfes Arbeit ausfällt, Sozialleistungen aus Gründen staatlicher Neutralität. In der Begründung wird die Versagung des Versicherungsanspruches mit der Erwägung gerechtfertigt, daß „der Arbeitslose an dem Ergebnis des Arbeitskampfes partizipiert“. Der Arbeitskampf werde „stellvertretend auch für die Änderung seiner Arbeitsbedingungen geführt“. Nach einer „natürlichen Betrachtungsweise wie auch im wirtschaftlichen Sinne“ müsse der Arbeitslose daher „als beteiligt angesehen“ werden.

- 28** Schon im Jahre 1926 vertrat *Kreller*⁷⁷ die Ansicht, bei der „Teilstreikproblematik“ handele es sich weniger um eine Frage des materiellen Rechts als um ein Beweisproblem. Es müsse die gesetzliche Vermutung aufgestellt werden, daß der durch einen Streik an der Arbeit verhinderte Arbeitnehmer das Verhalten der Streikenden billige, so daß er bereit sein müsse, die Folgen der Arbeitseinstellung für seine Person zu tragen⁷⁸. Dieser Auffassung ist *Nikisch*⁷⁹ beigetreten. Bei einem Teilstreik in einem einzelnen Betriebe könne im allgemeinen angenommen werden, daß die Lahmlegung des ganzen Betriebes beabsichtigt sei und auch der nichtstreikende Teil der Belegschaft dieses Ergebnis wünsche⁸⁰. Plastisch bezeichnet *Böttcher*⁸¹ die nichtstreikenden Arbeitnehmer als Gesinnungsgenossen, die aus taktischen Gründen mit einer Minderheit „als Brechstange“ arbeiten wollen. Ihnen müsse „ohne Zweifel“ der Lohn versagt werden.

II. Arbeitskampsrisiko de lege ferenda

- 29** Bei alledem ist nun zweierlei deutlich geworden. Das Arbeitskampsrisiko läßt sich erstens schon einfachrechtlich angemessen bewältigen. Es wird hierbei aber zweitens dem Rechtsanwender einiges abverlangt. Es empfiehlt sich daher – und damit komme ich zum letzten Punkt – das Arbeitskampsrisikoproblem gesetzlich zu regeln. Im Professorenentwurf eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte von *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter* wird vorgeschlagen, über einen § 30 den Lohnanspruch immer dann zu versagen, wenn die Fortführung der Arbeit infolge eines Arbeitskampfes unmöglich wird oder nach den Grundsätzen wirtschaftlicher Unter-

⁷⁷ Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, AcP 125 (1926), 1, 60.

⁷⁸ *Kreller* berief sich auf eine unveröffentlichte Hamburger Dissertation von *Joachim Lohse*, Unmöglichkeit und Annahmeverzug im geltenden Arbeitsrecht und nach dem Entwurf eines neuen Arbeitsvertragsgesetzes (1924).

⁷⁹ Der Anstellungsvertrag, Jherings Jahrbücher, 80 Bd. (1930), S. 1, 119 ff.; diese Ansicht hat er allerdings später wieder aufgegeben (Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht [3. Aufl. (1961)], S. 605).

⁸⁰ *Nikisch* (Fn. 79), Jherings Jahrbücher, 80 Bd. (1930), S. 1, 119 f.

⁸¹ Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 3. Februar 1956 (1956), S. 13; *ders.*, Gleichbehandlung und Waffengleichheit. Überlegungen zum Gleichheitssatz (1979), S. 43. *Böttcher* begründet seine Ansicht freilich nicht mit hypothetischer Streikteilnahme, sondern mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Vgl. auch RGRK/Matthes, 12. Aufl. (1997), § 615 Rn. 242.

nehmensführung nicht mehr zu rechtfertigen ist⁸². Mein Lehrer *Rieble* ist dieser Ansicht beigetreten.

Was ist zu diesem Vorschlag zu sagen? Er führt zurück ins Jahr 1923 und dort zur Sphärenlösung des Reichsgerichts. Denn nichts anderes hatte das Reichsgericht schon damals gesagt. Und so kehren auch die Einwände wieder. Eine solche Regelung beruhte denklogisch auf der Vorstellung von Solidarität der Arbeitnehmer untereinander und damit (auch) auf klassenkämpferischen Momenten. Die Solidarität der Arbeitnehmer untereinander ist aber bare Fiktion. Einen Chemiearbeiter interessiert ein Arbeitskampf in einem Metallbetrieb doch genauso wenig wie ein Stromausfall im eigenen Betrieb. Wenn aber der Arbeitgeber über § 615 BGB den Lohn auch während des Stromausfalls im eigenen Betrieb fortzuzahlen hat, dann muß doch entsprechendes für den Arbeitsausfall aufgrund der Fernwirkungen eines Streiks im Metallbetrieb gelten. In Wahrheit richtet sich die Kritik des Professorenentwurfs damit gegen die Vorschrift des § 615 BGB als solche. Und über deren Berechtigung läßt sich freilich streiten. Wenn man § 615 BGB aber prinzipiell unangetastet läßt, dann kann man nicht nur das Arbeitskampfrisiko in Gänze aus ihm herausnehmen. Für die selektive Ausgrenzung des Arbeitskampfrisikos fehlt jeder plausible Grund. Stringent wäre ein solches Konzept deshalb nicht. **30**

Ich schlage darum in Anlehnung an mein eigenes individualrechtliches Konzept vor, den Lohn im Falle arbeitskampfbedingter Fernwirkungen immer dann zu versagen, wenn der Arbeitnehmer am späteren Tarifiergebnis partizipiert. Das ist auch vor dem Hintergrund der Fortgeltung des § 615 BGB sachgerecht, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung das Arbeitskampfrisiko nach Maßgabe einer „doppelten Hypothese“ verteilt. Die soeben vorgestellte beweisrechtliche Vergrößerung der beiden Hypothesen, die sich insbesondere – soweit es um die individuelle Streikteilnahme geht – am Partizipationsgedanken orientiert, könnte im Interesse größerer Rechtsklarheit und -sicherheit zu einer unbedingten Richtschnur ausgebaut werden. Insoweit kann man sich für die Zuweisung des Arbeitskampfrisikos durchaus an § 146 Abs. 3 SGB III orientieren. Das wäre eine einfache und – wie ich meine gezeigt zu haben – auch durchaus sachgerechte Lösung. Daß § 146 Abs. 3 SGB III nach einer solchen Konzeption praktisch leerliefe, ist kein Gegenargument. Das Sozialrecht folgt dem Arbeitsrecht – und nicht umgekehrt. **31**

82 *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte. Entwurf und Begründung (1988), S. 88 ff.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, (Moderation):

- 32 Zu loben ist auch der Mut, sich gegen den akademischen Vater und Großvater sozusagen in einem Strich zu wehren. Aber ich habe ja gesagt, ich lobe meinen Schüler nicht.

Rechtsanwältin Dr. Andrea Nicolai:

- 33 Herr *Gutzeit*, ich bin zunächst einmal beeindruckt, wie man in der Fülle von Rechtsprechung und Schrifttum tatsächlich noch einen neuen Ansatzpunkt entwickeln kann. Das finde ich an sich schon ausgesprochen bemerkenswert. Aber, zum einen, möchte ich das BAG wirklich einmal ausdrücklich verteidigen. Ich meine nämlich, daß das BAG im Ansatz Recht hat. Aber vorab zu § 615 BGB: Herr *Picker* hat es ja in das Gesetz geschafft. Es ist inzwischen klar, daß das Betriebsrisiko und auch das Arbeitskampfrisiko von § 615 BGB erfaßt sind. Wir haben allerdings auch den Satz 3, in dem der Gesetzgeber ausdrücklich sagt, daß es eben offen bleibt, was im Falle des Arbeitskampfrisikos jetzt gilt. Insofern kommt auf jeden Fall eine Wertung rein. Mir gefällt dabei nicht so ganz, daß Sie auf der einen Seite den Solidaritätsansatz des Reichsgerichts verwerfen und dem BAG wie auch Herrn *Löwisch* und seinen am Professorenentwurf beteiligten Kollegen vorwerfen, daß diese den Solidaritätsgedanken praktisch wieder haben aufleben lassen, daß Sie aber selbst mit dem Anknüpfen an den Partizipationsgedanken ebenfalls an die Solidarität anknüpfen. Das scheint mir etwas widersprüchlich zu sein.

Meines Erachtens hat das Bundesarbeitsgericht völlig richtig an den Grundsatz der Kampfparität angeknüpft. Im Falle arbeitskampfbedingter Fernwirkungen muß der Arbeitgeber normalerweise das Betriebsrisiko tragen. Es kann daher zu einem Entfall der Lohnzahlungspflicht nur nach arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen kommen, wenn die Kampfparität zwischen den Tarifvertragsparteien wesentlich verschoben wird. Das halte ich für den richtigen Ansatz. Die Frage ist dann natürlich, wann man von einer solchen wesentlichen Paritätsverschiebung ausgehen sollte. Ich meine, daß das BAG da zu eng vorgeht. Wenn etwa in Unternehmen von Gesamttextil gestreikt wird und dadurch Unternehmen der Metallindustrie lahmgelegt werden – was ja durchaus denkbar ist – dann sind die Arbeitgeber der Metallindustrie verpflichtet, ihren Arbeitnehmern den Lohn weiterzuzahlen. Und das halte ich nach wie vor nicht für richtig. Und zwar sowohl nach Ihrem Ansatz als auch nach dem Ansatz des BAG. Und Sie sind sogar noch enger als das BAG. Wenn wir im Metallbereich verschiedene Tarifgebiete haben und in nur einem Tarifgebiet wird gestreikt, in einem anderen hingegen nicht, dann müßte doch Ihrer Auffassung nach in dem nicht umkämpften Tarifgebiet der Lohn gezahlt werden – und zwar auch wenn die Arbeit dort aufgrund von Fernwirkungen ausfällt. Das führte dann aber zu gravierenden Gleichgewichtsverschiebungen im Arbeitskampf. Das BAG hat deshalb recht, daß die Zugehörigkeit zu demselben Dachverband zu einem erheblichen Binnendruck führt. Deshalb halte ich nach wie vor die Auffassung des BAG für richtig und meine,

sie müßte ausgebaut werden. Und zum Schluß noch die Frage: Wenn Sie an den Partizipationsgedanken anknüpfen, wie halten Sie es dann eigentlich, wenn Sie Fernwirkungen auf Grund einer Aussperrung haben?

Martin Gutzeit:

Liebe Frau *Nicolai*, Sie haben zunächst einmal irgendetwas von § 615 Satz 3 BGB 34 gesagt. Da oder sonst in § 615 BGB stünde nun drin, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko und sogar das Arbeitskampfisiko trägt. Ich jedenfalls lese das dort nicht. Der Gesetzgeber mag das zwar – wie Sie – so gedacht haben. Er hätte es dann aber auch so in das Gesetz hineinschreiben müssen. § 615 Satz 3 BGB ist wenig mehr als das legislatorische Abtasten eines gewachsenen Problems. Zwar tastet der Gesetzgeber in die richtige Richtung; *per saldo* aber war und ist § 615 BGB eine außerordentlich mißglückte Vorschrift. Um diese Aussage zu belegen, kann ich im übrigen vollumfänglich auf die sehr gründlichen Arbeiten von Herrn *Picker* verweisen. Der Gesetzgeber hat mit § 615 BGB jeweils gemeint, etwas zu regeln, er hat es dann aber tatsächlich nicht getan. § 615 BGB ist also – zumindest in Ansehung des Betriebsrisikoproblems – Regelungspfusch.

Zur Partizipation und zur Solidarität: Da haben Sie die Meinung vertreten, das sei dasselbe und deswegen sei meine Ansicht widersprüchlich. Das ist doch aber schlicht nicht richtig. Man kann doch partizipieren, ohne solidarisch zu sein, und auch umgekehrt: Man kann solidarisch sein, ohne zu partizipieren. Wenn ich also meinem akademischen Großvater und Vater vorwerfe, sie fielen auf den Solidaritätsgedanken des Reichsgerichts zurück, dann setze ich mich damit jedenfalls nicht in Widerspruch zu meiner eigenen Ansicht. Und – im übrigen – was die Partizipation anbelangt: Die spielt bei meiner Lösung ohnehin nicht als materialer Zurechnungsgrund eine Rolle, sondern nur im Rahmen einer beweisrechtlichen Würdigung für meine Figur des „hypothetischen Streiks“. Der Gedanke dazu kam mir über das geschilderte Problem des an Feiertagen ausgesetzten Arbeitskampfes. Dort nutzten die Arbeitnehmer die Feiertage arbeitskampftaktisch, in den Arbeitskampfisikofällen nutzen sie die wirtschaftlichen Abhängigkeiten. Löst man beides einheitlich über die Figur eines hypothetischen Arbeitskampfverlaufs, dann muß man freilich auch sagen, wie man einen solchen Verlauf ermittelt. Einmal könnte man dafür den einzelnen Arbeitnehmer befragen: „Hättest du gestreikt, wenn nicht aus anderen Gründen ohnehin die Arbeit ausgefallen wäre?“. Sagt er Ja, verliert er seinen Lohnanspruch. Sagt er Nein, dann bekommt er das Geld. Sie können sich vorstellen, wie sinnvoll eine solche Befragung wäre. Eben deswegen braucht es ein überzeugendes Kriterium. Und für mich hat sich dabei das Kriterium der Partizipation angeboten.

Sie selbst, Frau *Nicolai*, wollen in diesem Zusammenhang von Partizipation nichts wissen und setzten mit dem BAG voll auf den Grundsatz der Kampfparität. Ich stimme Ihnen zunächst darin zu, daß der Grundsatz der Kampfparität ein das Arbeitskampfrecht tragender und prägender Grundsatz ist. Soweit das Arbeitskampfrecht ungeregelt ist, sollte man sich auch an ihm orientieren. Findet man hingegen ein normatives Konzept vor, wie in unserem Fall das Leistungsstörungenrecht des BGB, dann ist es aber aus den genannten Gründen doch sehr fragwürdig, ob man ein

solches Konzept unter Rückgriff auf den Paritätsgedanken so ohne weiteres über Bord werfen darf. Wirft man es über Bord, so führt das jedenfalls zu Orientierungslosigkeit, und das ist genau das, was ich mit dem Verlust von Normativität gemeint habe.

Ich habe im übrigen überhaupt nichts dagegen, würde es sogar befürworten, wenn das BAG im „ungeregelten Bereich“ des Arbeitskampfrechts die Arbeitskampftaktik der Gewerkschaften unter dem Aspekt der Kampfparität beschneidet – also insbesondere paritätsgefährdende „Minimax-Strategien“ unterbindet. Wählt man einen solchen Weg, dann besteht für eine Modifikation des einfachen Rechts schon gar keine Notwendigkeit mehr. Ohnehin bleibt das BAG, wenn es an den Folgen ansetzt, notwendig unvollständig. Es kann nämlich nur für den Lohnbereich Paritätsstörungen auffangen. Laufen dem Arbeitgeber aufgrund von Fernwirkungen hingegen die Kunden weg, so fehlt dem BAG jede Möglichkeit, paritätswahrend gegenzusteuern. Plausibler wäre es daher, eine paritätsgefährdende Arbeitskampfstrategie schon von vornherein zu unterbinden.

Professor Dr. Eduard Picker, Eberhard-Karls-Universität Tübingen:

- 35** Herr *Gutzeit*, ich finde das ganz prima, daß Sie gleich allen widersprechen, die Ihnen hier greifbar sind. Ob Sie das freilich nicht nur deshalb machen, weil *Rieble* hier so ein Regiment führt, unter dem man ja kaum antworten kann, lasse ich mal dahin gestellt. Ich bin der Meinung, Sie haben sich zu Recht der Tyrannei der Werte entzogen. Das kann man sogar ganz weglassen. Ob Sie freilich der milden Herrschaft der Logik nicht etwas mehr folgen sollten, das würde ich jetzt als Frage stellen. Sie sagen, das ist eine zivil-, jedenfalls eine individualrechtliche Lösung, die Sie vertreten, wenn sie zurückgehen zu § 615 BGB. Ein Ansatz, den ich natürlich sehr begrüße – aber auch beim Arbeitskampfrisiko? Sie bleiben dann auch nicht bei dem Ergebnis, das der § 615 BGB vorschlägt, sondern sie haben drei Gedanken, wenn ich das richtig mitbekommen und notiert habe. Sie sagen einmal, Sie wollen unter der Hand ein arbeitskampftaktisches Konzept der Gegenseite berücksichtigen, das entscheiden soll, ob Lohn gezahlt wird. Immer ganz zivilrechtlich. Dann wollen sie einen hypothetischen Streik berücksichtigen – eine tolle Figur, muß ich sagen. Die armen Schweine, die wirklich nicht streiken wollten, wenn ich das einmal so drastisch sagen darf, das macht dann nichts. Das nenne ich Kollektivismus. Überdenken Sie das noch einmal. Und dann kommt der materiale Gedanke, der der einzige ist, der Stand hält – und zwar die Partizipation. Übrigens eine viel diskutierte Geschichte, die sie jetzt noch erweitern, durch diese ungemein schlagende positivrechtliche Begründung aus § 146 SGB III. Wenn Sie das in den § 615 BGB implantieren, dann sind Sie genau da, wo auch viele Ihrer Vorgänger hin wollten. Es ist eben keine rein zivilrechtliche Lösung möglich, wenn es um das Arbeitskampfrisiko geht. Das ist etwas grundsätzlich anderes als das Betriebsrisiko. Und da sind wir uns – so glaube ich – unglaublich einig.

Martin Gutzeit:

Lieber Herr *Picker*, die letzte Frage war eine Suggestivfrage. Ich beantworte sie aber dennoch mit Nein. Meines Erachtens braucht es für das Arbeitskampfisiko nicht notwendig einen kollektivrechtlichen Ansatz und ich habe auch keinen solchen gewählt. Ich will das noch einmal zu verdeutlichen suchen: Wir können als gesichert davon ausgehen, daß bei einer Streikbeteiligung eines Arbeitnehmers der Lohnanspruch entfällt. Wir können weiter davon ausgehen, daß im Fall eines Betriebsbrandes – um einmal einen klassischen Betriebsrisikofall zu wählen – wegen § 615 BGB das Entgelt fortgezahlt werden müßte. Und wenn nun während eines Arbeitskampfes zugleich der Betrieb zu brennen beginnt – was ist dann? Dann ist man sich doch auch einig, daß bei solch einer Kumulation von Ursachen im Ergebnis kein Lohn gezahlt werden müßte. Der Streik läßt hier § 615 BGB zurücktreten. Die Arbeit fällt nicht alleine in Folge des Annahmeverzugs aus, sondern auch wegen des Streiks. So argumentiert jedenfalls die ganz herrschende Meinung – sie beruft sich auf den Grundsatz der Monokausalität.

Wie wäre es nun im letztgenannten Fall, wenn die Arbeitnehmer – anwaltlich beraten – gerade wegen des Brandes und der Brandschäden das Ende ihrer Streikteilnahme erklärten? Blicke es dann doch bei einem Lohnanspruch aus § 615 BGB, weil der Streik als weitere Ursache nunmehr weggefallen ist? Ich hielte das nicht für richtig, weil man meines Erachtens im Bereich der Risikozurechnung auch hypothetische Verläufe berücksichtigen muß.

Akzeptiert man diesen Ansatz bis hierhin, dann stellt sich aber doch sofort die Frage, ob er nicht auch für die Arbeitskampfisikofälle fruchtbar gemacht werden kann. So verschieden liegen die Sachverhalte doch gar nicht. Zwar brennt es in den Arbeitskampfisikofällen nicht im Betrieb. Aber: Statt eines Brandes sind es eben Schwierigkeiten im Zulieferbereich oder beim Produktabsatz, die zum Arbeitsausfall führen. Und diese „Schwierigkeiten“ sind sogar von der Arbeitnehmerseite hervorgerufen. Warum wurden diese „Schwierigkeiten“ hervorgerufen? Um einen Streik – die individuelle Streikteilnahme als auch den kollektiven Streikbeschluß – entbehrlich werden zu lassen. Das war gemeint mit „arbeitskampftaktischem Gesamtkonzept“ und mit „hypothetischem Streik“. Das sind nicht unterschiedliche Ansatzpunkte, sondern das ist ein einheitlicher Ansatz, den ich womöglich nur allzu wortreich versucht habe, Ihnen näher zu bringen.

Beschreitet man nun einen solchen Weg, so ließe sich individualrechtlich sicher auch erwägen, ob man das Ganze als „Umgehung“ qualifiziert und entsprechend behandelt – statt auf die Kunstfigur eines „hypothetischen Streik“ zurückzugreifen. Ich halte Letzteres aber für differenzierter und den Umgehungsanwurf für allzu hölzern. Was sollen denn die Kriterien für eine Umgehung sein? Sei es aber, wie es sei: Angesichts der beschriebenen Schwächen einer kollektivrechtlichen Lösung sollte man zumindest einmal erwägen, ob man solch „arbeitskampftaktisches Verhalten“ nicht auch individualrechtlich in den Griff bekommt. Insofern lasse ich auch gerne meinen eigenen Ansatz nur als Vorschlag verstanden wissen.

Soviel zur Klarstellung: Was Sie nun unter dem Stichwort Kollektivismus angesprochen haben, liefert demgegenüber einen durchaus wichtigen Hinweis. Hin-

sichtlich des Partizipationsgedankens hat man ja immer schon gesagt, über diesen würde der Individualwille hintangestellt. Der einzelne Arbeitnehmer würde bevormundet. Das ist in der Tat eine bittere Pille. Für mich spielt der Partizipationsgedanke, das wiederhole ich gerne noch einmal, daher auch nicht als materialer Zurechnungsgrund, sondern nur beweisrechtlich im Kontext eines „hypothetischen Streiks“ für die individuelle Streikteilnahme eine Rolle. Dafür braucht es eben ein Kriterium. Nichts ist schwieriger, als den wahren Willen einer Person zu ermitteln. Und dafür habe ich den Partizipationsgedanken bemüht. Im übrigen ist das ein Ansatz, den früher auch schon *Nickisch* verfolgt hat. Ich muß allerdings einräumen, *Nickisch* hat als junger Privatdozent eine solche Auffassung entwickelt und später in seinem Arbeitsrechtslehrbuch wieder verworfen. Vielleicht geht es mir ja auch so; doch zumindest im Augenblick möchte ich daran festhalten. Mir fällt nichts Besseres ein. Und alles was ich sonst dazu lese, konnte mich auch noch nicht überzeugen.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

- 37** Ja, sozusagen das Recht auf frühen Irrtum. Herr *Picker* hat die wesentlichen Aspekte schon benannt, deshalb vielleicht nur noch eine kleine Ergänzung. Für das BAG stand 1980 ja auch der Gedanke im Vordergrund, nicht mehr zwischen Störungen beim Zulieferer und beim Abnehmer unterscheiden zu müssen. Das kam jetzt in Ihren Ausführungen – aus meiner Sicht – nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck. Beim Zulieferer, also demjenigen, der Produkte nur einem Unternehmen, das bestreikt wird, zuliefert, haben wir es ja technisch gesehen gar nicht mit einer Leistungsstörung zu tun. Es könnte auch weiterhin produziert werden, nur eben auf Halde. Die Sachen werden nicht abgenommen. Mit Ihrer Unterscheidung würde man womöglich diese alte Differenzierung wieder aufleben lassen, die nach Ansicht vieler, der ich mich auch anschließen würde, nicht sonderlich überzeugend war. Deshalb plädiere ich doch eher dafür, im Grundsatz an der Konzeption des BAG festzuhalten – im Konsens mit Frau *Nicolai*.

Martin Gutzeit:

- 38** Dazu nur ganz kurz. Ich habe das in meinem Vortrag nur deshalb weggelassen, weil man sich hier jedenfalls im Ergebnis einig ist. Es kommt also nicht darauf an. Sie haben die Schwierigkeit einer solchen Scheidung im übrigen nicht nur bei Sachverhalten mit arbeitskampfrechtlichem Bezug, sondern auch bei den „normalen“ Betriebsrisikofällen, wobei man dann vom Betriebsrisiko einerseits und vom Wirtschaftsrisiko andererseits spricht. In Beiträgen von *Richardi* und *Picker* wird danach auch sehr eingehend unterschieden. Im Ergebnis ist man sich aber einig: Es kann für eine leistungsstörungenrechtliche Behandlung keinen Unterschied machen. Und das gilt auch für meine Lösung. Ich meine im übrigen selbst, eine solche Differenzierung ist schon gar nicht erforderlich. Die Arbeitsleistung ist eine Fixschuld, so daß es auf die von Ihnen erwähnte technische Unmöglichkeit gar nicht

ankommt. Leistet der Arbeitnehmer nicht, so gelangen wir über den Fixschuldgedanken ohne weiteres ins Unmöglichkeitensrecht. Auf diese Weise lassen sich beide Fälle dann einheitlich behandeln – nach denselben Vorschriften. Im Professorenentwurf gibt es übrigens einen § 33 Abs. 1 für das Betriebsrisiko und einen § 33 Abs. 2 für das Wirtschaftsrisiko. Auch dort wird beides gleich behandelt.

Hans-Jürgen Spitzweg, Spitzweg Partnerschaft Rechtsanwälte:

Herr *Gutzeit*, bei der Frage der Partizipation fällt mir eine Parallele ein zu dem, was 39 Herr *Löwisch* schon gesagt hat, nämlich zur Legitimation der kampf führenden Verbände. Man könnte an dieser Stelle doch auch daran denken, daß diejenigen, die partizipieren und somit vom Arbeitskampfergebnis betroffen sind, dann z.B. im Wege der Urabstimmung den Arbeitskampf mitlegitimieren müßten. Für die Frage der Partizipation kommt es doch sehr stark darauf an, ob überhaupt ein Arbeitskampf geführt werden soll und wenn, auf welcher Ebene.

Und anknüpfend an die Partizipation kommt mir noch ein anderer Gedanke. Es wird überlegt, inwieweit bei Auswirkungen eines Arbeitskampfes in nicht umkämpften Gebieten Lohnzahlungspflichten entfallen können oder nicht. Ganz selbstverständlich wird immer hingenommen, daß völlig unbeteiligte Dritte teilweise in erheblichem Umfang – je nach Branche verschieden – die Zeche bezahlen. Da mag es Arbeitskämpfe geben, in denen Dritte überhaupt nicht betroffen sind. Im öffentlichen Nahverkehr hingegen sind die Dritten diejenigen, die die Zeche fast ganz alleine bezahlen. Es stellt sich dann doch die Frage, inwieweit die Arbeitskampfparität und deren Verschiebungen nicht gerade dann auch branchenspezifisch dort relevant werden, wo Dritte in erhöhtem Maße darunter zu leiden haben.

Martin Gutzeit:

Lieber Herr *Spitzweg*, eben das ist ja – wenn ich mit dem zweiten Teil ihrer Frage 40 beginnen darf – ein Einwand, den ich schon den Ausführungen von Frau *Nicolai* entgegengestellt habe. Das BAG versucht in mittelbar kampfbetroffenen Gebieten die Kampfparität herzustellen, und greift dafür auf den Lohnanspruch zu. Das ist dann aber auch der einzige Zugriff, der dem BAG möglich ist, denn nur darüber hat es zu entscheiden. Insofern kann Kampfparität in Konsequenz der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nur über den Lohnentfall erreicht werden. Das ist sozusagen ein „rechtswegspezifisches“ und damit ein eher zufälliges Herausgreifen, mitnichten aber ein plausibles paritätswahrendes Konzept. Konsequente Paritätssicherung muß früher ansetzen.

Zur zweiten Frage nach der Urabstimmung – nun: ich verstehe das zuerst als eine vereinsrechtliche und damit als eine vereinsinterne Angelegenheit; wenn sie alle, die vielleicht irgendwann und irgendwo einmal von einem Tarifiergebnis betroffen sein werden, zur Urabstimmung laden wollen, dann wird die Gewerkschaft nicht von innen demokratisch, sondern von außen fremdbestimmt. Solange aber Arbeitskämpfe in Verantwortung der Gewerkschaften geführt werden, solange braucht es

auch einen rein internen Willensbildungsprozeß. Das ist auch und gerade für kleine Gewerkschaften wichtig, die nicht von einem übergroßen und andersorganisierten Teil der Restbelegschaft fremdbestimmt werden dürfen. Über den Partizipationsgedanken, den ich – wie schon mehrfach ausgeführt – ohnehin zuerst beweisrechtlich begreife, kann also der Kreis der zur Urabstimmung Berechtigten nicht erweitert werden. Und bedenken Sie nur, wie uferlos dieser Ansatz geriete, wenn man an die vielen Bezugnahmeklauseln denkt.

§ 6 Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte? – dargestellt am Beispiel von Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung

Rn.

A. Referat Martin Franzen	1
I. Einleitung	1
II. Rechtliche Ansatzpunkte für Kampfverbote bei Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung	4
1. Ablehnung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG für Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung?	4
2. Das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot nach § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG	5
3. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Erforderlichkeit des Arbeitskampfes im Hinblick auf anderweit bestehende Konfliktlösungsmechanismen (tarifdispositives Recht)?	7
4. Verfassungsrechtlicher Ansatz: Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Arbeitskampffreiheit und Grundrechten der Arbeitgeber	10
5. Zwischenergebnis	13
III. Anwendung dieser Grundsätze auf Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung	14
1. Tarifverträge zur Organisation der Betriebsverfassung	15
a. Veränderung des Repräsentationsbereichs der Arbeitnehmervertretung (§ 3 BetrVG)	16
[1] Tarifvertragliche Abweichungsmöglichkeit vom zwingenden Gesetzesrecht (§§ 1, 4 BetrVG) zum Zweck sachgerechter Regelung der Materie	17
[2] Verfassungsrechtlicher Ansatz	18
[a] Fehlende Legitimation der Tarifvertragsparteien gegenüber den Außenseitern?	18
[b] Unternehmerische Entscheidungsfreiheit (Art. 12 GG)	19
[c] Fazit	22
b. Veränderung von organisatorischen Regelungen durch Tarifvertrag	24
2. Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag	26
3. Tarifverträge in Sachmaterien, die der Beteiligung des Betriebsrats unterliegen	29
IV. Ausblick	34
V. Zusammenfassende Thesen	35
B. Diskussion	39

A. Referat Martin Franzen*

I. Einleitung

- 1 In meinem Vortrag „Kampfverbote für einzelne Tarifinhalte?“ möchte ich einen in der allgemeinen Wahrnehmung als gefestigt geltenden Grundsatz hinterfragen. Dieser lautet: „Alles was tariflich normativ regelbar ist, muß auch erkämpft werden können“¹. Das BAG hat die bekannte und dem belgischen Arbeitsrechtler *Blanpain* zugeschriebene Formulierung verwendet, daß Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik im allgemeinen nicht mehr als „kollektives Betteln“ seien². In der Literatur existieren freilich Stimmen, die den Grundsatz der Erkämpfbarkeit jeglicher zulässiger Tarifnormen einschränken³. So nennt beispielsweise *Otto* einige Regelungsbereiche, in denen Tarifverträge nur freiwillig ohne Arbeitskampf abgeschlossen werden können sollen, ohne allerdings eine für alle Fallgruppen einheitliche Begründung zu entwickeln: Tarifverträge durch die Kirchen, tarifvertragliche Modifikation der Arbeitskampffregeln, Rationalisierungsschutztarifverträge⁴. *Wiedemann* bejaht den Grundsatz der Erkämpfbarkeit tariflicher Regelungen für die traditionellen Schutzgegenstände der Inhalts- und Beendigungsnormen, während er für Betriebs-, Betriebsverfassungsnormen und Normen über gemeinsame Einrichtungen nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand differenzieren möchte, allerdings ohne nähere Kriterien anzugeben⁵.
- 2 Angesichts der Breite des angesprochenen Themenfeldes kann ich hier keine umfassende Aufarbeitung der Problematik anbieten. Vielmehr möchte ich mich auf Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung im weitesten Sinn beschränken. Solche Tarifverträge weichen in mehrerlei Hinsicht von Tarifverträgen ab, welche klassische Inhaltsnormen zum Gegenstand haben: Zunächst handelt es sich bei der Betriebsverfassung um ein Rechtsgebiet, bei dem staatliche Rechtssetzung dominiert, und Tarifverträge eher eingeschränkte Bedeutung haben. Dieses Rechtsgebiet wird vom Kooperationsprinzip beherrscht, so daß der Sachgesetzlichkeit dieses Rechtsgebiets Arbeitskämpfe fremd sind. Außerdem werden Tarifverträge im Rahmen der Betriebsverfassung zumeist als Firmentarifverträge abgeschlossen, so

* Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 BAG AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter A I 2b); *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, Rn. 261 f.; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. (1998), S. 384; *Rieble*, RdA 1993, 140, 146 Fn. 67; *Löwisch/Rieble*, in: Löwisch (Hg.), Arbeitskampf und Schlichtungsrecht (1997), 170.2 Rn. 34 ff.

2 BAG AP Nr. 64 und 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (jeweils unter A I 2 a). Vermutlich geht dieses Bild aber auf den anglo-amerikanischen Rechtskreis zurück, da es dort Bestandteil eines Wortspiels sein kann (collective bargaining, collective begging); s.a. *Thüsing*, ZIP 2003, 693, 701 mit Fn. 69.

3 Vgl. *Buchner*, RdA 2003, 363, 367; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (1997) S. 1069 f.; *Rolls/Clemens*, DB 2003, 1678.

4 *Otto*, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 285 Rn. 13 ff.; s.a. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (1997), S. 1069 f.

5 *Wiedemann*, TVG, 6. Aufl. (1999), § 1 Rn. 255.

daß sich hier im Einzelfall stets das Problem der Kampfparität jedenfalls bei kleinen Unternehmen stellen kann⁶.

Zuerst möchte ich rechtliche Ansatzpunkte für Kampfverbote von Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung erörtern, die aber durchaus auch auf andere Regelungsbereiche übertragen werden könnten (unten II.). Anschließend sollen diese Ansätze anhand von tarifvertraglichen Regelungen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung erprobt werden (unten III.).

II. Rechtliche Ansatzpunkte für Kampfverbote bei Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung

1. Ablehnung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG für Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung?

Ein Verbot von Arbeitskämpfen um Tarifverträge betriebsverfassungsrechtlichen Inhalts kann relativ leicht begründen, wer den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG nicht auf die Regelung der Betriebsverfassung erstreckt⁷. Der herrschenden Auffassung entspricht dies nicht. Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG sind die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit geleistet wird⁸. Hierzu gehören auch tarifliche Regelungen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung⁹. Die Tarifvertragsparteien bewegen sich also bei der tariflichen Normsetzung auf dem Gebiet der Betriebsverfassung im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG. Damit ist selbstverständlich nicht gesagt, wie weit diese Normsetzungsbefugnis reicht. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts räumt dem Gesetzgeber zur Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit einen weiten Gestaltungsspielraum ein. Dies gilt insbesondere in den Regelungsmaterien, die nicht zu den traditionellen Sachgebieten koalitionsgemäßer Betätigung gehören¹⁰. Vor allem Fragen der Organisation der Betriebsverfassung hat sich bislang in erster Linie der Gesetzgeber angenommen; entsprechende Tarifverträge standen bis vor kurzem unter einem staatlichen Zustimmungsvorbehalt. Damit ist im Rahmen der Betriebsverfassung nicht ein traditionelles Betätigungsfeld der Tarifpartner betroffen. Ein Arbeitskampf zur Durchsetzung von Tarifverträgen auf diesem Gebiet ist also weder verfassungsrechtlich ausgeschlossen noch verfassungsrechtlich zwingend erforderlich. Vielmehr können Überlegungen auf der Grundlage des sogenannten einfachen Rechts zum Ausschluß der Arbeitskampfbefugnis führen.

6 Zurückhaltend aber BAG, EzA Nr. 134 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit insoweit kritischer Anm. Franzen = RdA 2003, 356 mit Anm. Buchner.

7 Siehe etwa Richardi/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl. (2004), § 3 Rn. 2; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie (1964), S. 310 f.; Picker, RdA 2001, 257, 282 ff.

8 Vgl. Höfling, in: Sachs (Hg.), Grundgesetzkommentar, 3. Aufl. (2003), Art. 9 Rn. 87; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie (1992), S. 72.

9 Friese, Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung (2000), S. 232 ff.; Schwarze, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien (1991), S. 90, jeweils m.w.N.

10 Siehe etwa BVerfGE 94, 268, 283; BVerfG vom 27.4.1999 – JZ 2000, 42 mit Anm. Höfling.

2. Das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot nach § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG

- 5 Das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot nach § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG stellt kein generelles Argument für ein Kampfverbot bezüglich Tarifverträgen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung dar. Adressat dieses Verbotes sind nicht die Tarifvertragsparteien in ihrer Eigenschaft als tariffähige Parteien, sondern lediglich die Betriebspartner. Dies ergibt sich aus der Klarstellung des § 74 Abs. 2 S. 1 2. Halbsatz BetrVG, wonach Arbeitskämpfe zwischen tariffähigen Parteien unberührt bleiben. Deshalb wendet die ganz herrschende Meinung das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot weder auf einen Firmentarifvertrag noch auf betriebliche oder betriebsverfassungsrechtliche Tarifregelungen im Sinne von § 3 Abs. 2 TVG an¹¹. Allerdings wird in der älteren Literatur durchaus die Auffassung vertreten, daß Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien um betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen wegen Umgehung des Kampfverbotes rechtswidrig sein könnten¹². Der erste Senat des BAG hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1976 festgestellt, daß Arbeitskämpfe auf dem Gebiet der Betriebsverfassung ohne Rücksicht auf die Frage, wer sie organisiert, rechtswidrig sind. Diese Aussage könnte ebenfalls in Richtung einer Erweiterung des Kampfverbots des § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG gedeutet werden – etwa in der Richtung, daß in der Betriebsverfassung der Arbeitskampf als Rechtsinstitut ausscheidet¹³. Indes können der genannten Entscheidung des BAG keine solch weitreichenden Aussagen entnommen werden, da es im konkreten Sachverhalt um spontane Arbeitsniederlegungen im Rahmen von Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber über die Einführung von neuen Arbeitszeitregelungen ging¹⁴. Allerdings hat sich das BAG soweit ersichtlich noch nicht deutlich dazu geäußert, ob das Gericht Arbeitskämpfe über betriebsverfassungsrechtliche Fragen für zulässig hält oder nicht¹⁵.
- 6 Das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot des § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG kann somit in direkter Anwendung nicht als Begründung für ein generelles Kampfverbot bezüglich Tarifverträge um betriebsverfassungsrechtliche Fragen herangezogen werden. Umgekehrt ist damit ebensowenig gesagt, daß im Betriebsverfassungsrecht aus Gründen der Sachgesetzlichkeit keine Einschränkung der Arbeitskampffreiheit erfolgen kann.

11 Kreutz, in: GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 74 Rn. 43 m.w.N.

12 Siehe etwa Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie (1964), S. 312; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 2. Halbband, 7. Aufl. (1970), S. 1013 f.; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, 2. Aufl. (1959), S. 125 f.; s.a. Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht (1975), S. 527.

13 Vgl. Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002), S. 562, der dies im Ergebnis jedoch ablehnt.

14 Siehe BAG AP Nr. 52 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. Richardi.

15 Ebenso die Bewertung von Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002), S. 562.

3. **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Erforderlichkeit des Arbeitskampfes im Hinblick auf anderweit bestehende Konfliktlösungsmechanismen (tarifdispositives Recht)?**

Kampfverbote für bestimmte Tarifinhalte könnten aus dem arbeitskampfrechtlichen 7 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgendermaßen begründet werden: Ein Arbeitskampf um ein tariflich regelbares Ziel ist nicht erforderlich, wenn der Gesetzgeber bereits einen Interessenausgleich in Form von tarifdispositivem Recht hergestellt hat. Dann besteht bereits ein Konfliktlösungsmechanismus in Gestalt einer als angemessen zu erachtenden gesetzlichen Regelung. Als Konfliktlösungsmechanismus wäre ein Arbeitskampf um dieses Tarifziel nicht notwendig. Dieses Argument wird der Sache nach in der Literatur im Rahmen der Auseinandersetzung zur Erstreikbarkeit von Tarifverträgen nach § 3 BetrVG vorgetragen¹⁶. Dieses Argument hat durchaus Charme, eröffnet es doch den Blick für alternative Konfliktlösungsmechanismen jenseits von Streik und Aussperrung. Es trägt einer Tendenz insbesondere in der europäischen Gesetzgebung zur Arbeitnehmermitwirkung Rechnung, Vereinbarungs-lösungen zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu ermöglichen und im Fall des Scheiterns ein Regelungsmodell zur Verfügung zu stellen – etwa im Bereich der Europäischen Betriebsräte oder der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft. Der Druck eines möglicherweise für die Bedürfnisse der Parteien unpassenden gesetzlichen Regelungswerks übt dann den Einigungszwang aus und nicht die Androhung, die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung vorzuenthalten, wie bei Streik und Aussperrung¹⁷.

In der skizzierten Allgemeinheit ist das Argument der anderweit bestehenden 8 Konfliktlösungsmöglichkeit unter dem Aspekt des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedoch nicht tragfähig¹⁸. Zunächst ist dieses Argument nicht auf die Betriebsverfassung beschränkt. Es müßte konsequenterweise auch auf andere Fälle tarifdispositiven Rechts und darüber hinaus angewandt werden – etwa auf Tarifklauseln, die eine gesetzliche Regelung nur wiederholen und damit tariffest machen. Hier hat das BAG aber die Erkämpfbarkeit bereits festgestellt¹⁹. Damit können die Kampfparteien Vorsorge treffen für den Fall, daß eine gesetzliche Regelung beendet oder geändert wird²⁰. Dasselbe würde für einen Arbeitskampf gelten, der zur Durchsetzung eines Tarifvertrags geführt wird, welcher nach den Grundsätzen der Tarifkonkurrenz oder gar Tarifpluralität zurücktreten müßte²¹. Außerdem würde die Unzulässigkeit eines Arbeitskampfes zur Veränderung jeglichen tarifdispositiven Rechts auch eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen aus

16 Siehe *Richardi*, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 3 Rn. 59.

17 Siehe dazu bereits *Franzen*, ZfA 2000, 285, 298 f.

18 Kritisch für den Bereich von § 3 BetrVG auch *Hanau/Wackerbarth*, FS Ulmer (2003), S. 1303, 1311.

19 BAG AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter II 4) mit Anm. *Wiedemann/Wonneberger* zu einem Arbeitskampf um eine Tarifklausel, welche die damals geltenden gesetzlichen Ladenöffnungszeiten als Arbeitszeitende festlegte.

20 *Löwisch/Rieble*, in: Löwisch (Hg.), Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997, 170.2 Rn. 54.

21 Siehe dazu *Hergenröder*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hg.), Arbeitsrecht-Kommentar (2004), Art. 9 GG Rn. 281 m.w.N.

Sicht der Arbeitnehmerseite ausschließen²². Schließlich entfernt sich dieses Argument m.E. zu weit von den bislang anerkannten Arbeitskampfgrundsätzen.

- 9 Gleichwohl ist der Kern des Gedankens durchaus weiterführend. Bei der Normierung von tarifdispositivem Recht ist der Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung – insbesondere Art. 9 Abs. 3 GG – frei, die Regelbarkeit durch Tarifvertrag mit der Arbeitskambfbefugnis zu verbinden oder aber zwar die tarifliche Regelungsbefugnis zu eröffnen, aber den Arbeitskambf als Konfliktlösungsmechanismus auszuschließen. Dies sagt der Gesetzgeber freilich regelmäßig nicht ausdrücklich. Daher ist durch Auslegung des jeweiligen Gesetzes zu ermitteln, wie weit die Tarifdispositivität reichen und ob sie auch die Arbeitskambfführung einschließen soll. Dies ergibt sich in erster Linie aus dem Zweck des tarifdispositiven Rechts: Dient es der Eröffnung von Regelungsspielräumen für die Tarifvertragsparteien, damit diese im Rahmen der tariflichen Regelungen die Interessen der Mitglieder vertreten und optimieren können, ist regelmäßig von einer Erkämpfbarkeit auszugehen. Anders ist dies, wenn der Gesetzgeber den Tarifvertrag als Regelungsinstrument wegen der Sachnähe der Tarifvertragsparteien aus Gründen der Subsidiarität zur sachgerechten Regelung der Materie zugelassen hat²³. Zwar können beide Regelungszwecke ineinander übergehen, so daß eine völlig trennscharfe Abgrenzung nicht erreicht werden kann. Gleichwohl kann es Anhaltspunkte für das Überwiegen des einen oder des anderen Regelungszwecks geben. Eröffnet der Gesetzgeber etwa die Abweichungsbefugnis nicht nur den Tarifvertragsparteien, sondern auch den Betriebspartnern, deutet dies darauf hin, daß der Gesetzgeber die alternativen Regelungsinstrumente nicht zum Zweck der Optimierung der Mitgliederinteressen der Koalitionen dienstbar machen wollte. Hierfür spricht dann auch der Gleichlauf der Konfliktlösungsmechanismen. In solchen Fällen kann sich aufgrund der Auslegung des Gesetzes ergeben, daß der Arbeitskambf als Konfliktlösungsmechanismus ausgeschlossen sein soll.

4. Verfassungsrechtlicher Ansatz: Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Arbeitskambffreiheit und Grundrechten der Arbeitgeber

- 10 Als weiterer Ansatzpunkt zur Begründung von Kampfverboten für bestimmte Tarifinhalte können verfassungsrechtliche Überlegungen fruchtbar gemacht werden. Auf Seiten der Arbeitnehmer streitet für die Gewährleistung des Arbeitskambfes die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Tarifautonomie. Diese ist im Rahmen der im Verfassungstext allerdings nicht genannten Betätigungsfreiheit²⁴ von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt. Um Tarifverträge schließen zu können, muß der Gesetzgeber ein effektives Tarifvertragsrechtssystem zur Verfügung stellen. Arbeitskämpfe wiederum haben dienende Funktion im Hinblick auf die Herbeiführung von Tarifverträgen²⁵. Dies heißt jedoch nicht, daß für jede tariflich zulässige Regelung Arbeitskambf-

22 Dafür in der Tat *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht (1975), S. 493 f.

23 In dieser Richtung für Tarifverträge nach § 3 BetrVG *Friese*, ZfA 2003, 237, 268 f.; ihr folgend *Fitting*, BetrVG, 22. Aufl. (2004), § 3 Rn. 20.

24 Darauf weist deutlich hin *Henssler*, ZfA 1998, 1, 3.

25 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (1997), Bd. 1, S. 1071.

maßnahmen verfassungsrechtlich zwingend eröffnet sein müssen²⁶. Einschränkungen der grundsätzlich gewährleisteten Arbeitskampfbefugnis kommen dort in Betracht, wo die anvisierte tarifliche Regelung Grundrechtspositionen der Arbeitgeberseite tangiert – sei es als Vertragspartner eines möglichen Firmentarifvertrags, sei es als Mitglied des tarifschließenden Verbandes beim Verbandstarifvertrag.

Kollidierende Grundrechtspositionen verschiedener Grundrechtsträger müssen im Einzelfall im Wege praktischer Konkordanz unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei ist anzustreben, daß die betroffenen Grundrechtspositionen möglichst optimal zur Geltung kommen, ohne daß die eine oder andere vollständig verdrängt wird. Der Eingriff in die arbeitgeberseitig betroffene Grundrechtsposition – etwa Art. 12 GG bei Rationalisierungsschutztarifverträgen oder Art. 5 Abs. 3 GG bei Tarifregelungen zur Befristung von Arbeitsverträgen im Hochschulbereich, um nur zwei Beispiele zu nennen²⁷ – muß dann geeignet, erforderlich und proportional sein im Hinblick auf den durch die tarifliche Regelung herbeizuführenden Zweck. Dabei ist diese Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht nur auf den Inhalt der jeweiligen Regelung, sondern auch auf die Art und Weise ihres Zustandekommens hin vorzunehmen. Eine für einen Tarifvertrag angestrebte Regelung steht angesichts der skizzierten herrschenden Meinung, wonach alles tariflich normativ Regelbare auch erkämpfbar sei, stets unter dem latenten Druck, daß diese Regelung durch Androhung und Anwendung eines empfindlichen Übels (§ 123 BGB) herbeigeführt wird – nämlich durch die kollektiv ausgeübte Vorenthaltung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung. Diese stets latent vorhandene Drucksituation beim Zustandekommen von tariflichen Regelungen ist bereits im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zur Herstellung praktischer Konkordanz von Tarifautonomie und Eingriff in arbeitgeberseitige Grundrechte zu berücksichtigen. Dabei ist ein Eingriff in arbeitgeberseitige Grundrechte durch tarifliche Regelungen umso eher akzeptabel, als die entsprechende Regelung nicht durch Streikandrohung erzwungen und gegen den Willen des Arbeitgebers herbeigeführt werden kann, sich also als „freiwillige“ darstellt. So betrachtet erscheint ein Kampfverbot als milderes, die Tarifautonomie weniger belastendes Mittel als der Ausschluß jeglicher Tarifierungsbefugnisse wegen Verstoßes gegen Grundrechte der Arbeitgeberseite. Ein Kampfverbot optimiert also beide betroffenen Grundrechtspositionen – die Tarifautonomie und die im Einzelfall tangierten Grundrechte der Arbeitgeber²⁸.

Die soeben entwickelte Argumentation basiert auf der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Tarifautonomie und Grundrechten der Arbeitgeberseite. Sie geht implizit von einer Bindung der tarifvertraglichen Rechtssetzung an die Grundrechte aus. Diese wird in der jüngeren Rechtsprechung bekanntlich eingeschränkt mit der Überlegung, daß Tarifautonomie kollektiv ausgeübte Privatautonomie sei²⁹

26 Ebenso *Buchner*, DB 2001, Beil. 9, S. 1, 6 ff.; im Ansatz auch *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 340.

27 Siehe die Beispiele bei *Otto*, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 285 Rn. 14.

28 Ebenso im Ergebnis bereits *Buchner*, DB 2001, Beil. 9, S. 1, 6 ff.

29 Deutlich *Dieterich*, FS für Günter Schaub (1998), S. 117, 121; *Heinze*, NZA 1991, 329, 330; *Papier*, RdA 1989, 137, 141; *Richardi*, Gutachten B zum 61. Deutschen Juristentag

und daher die Tarifvertragsparteien nicht stärker an Grundrechte gebunden sein könnten als Privatpersonen untereinander³⁰. Hier ist nicht der Raum einer umfassenden Auseinandersetzung mit diesem Ansatz³¹. Selbst wenn man diesem Ansatz folgt, ist nicht gesichert, daß aus dem Verständnis der Tarifautonomie als kollektiv ausgeübter Privatautonomie tatsächlich eine eingeschränkte Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien folgt. Unterschiede zwischen beiden Autonomiebereichen – Tarifautonomie und Privatautonomie – sind nämlich nicht zu übersehen: Die Tarifvertragsparteien treffen ihre Regelungen im Hinblick auf die Rechtsverhältnisse Dritter durch Sätze objektiven Rechts, notfalls erzwungen durch Androhung und Anwendung eines empfindlichen Übels (§ 123 Abs. 1 BGB). Dies ist der Privatautonomie fremd³². Selbst wenn man also die Tarifautonomie in erster Linie als mitgliedschaftlich legitimiert betrachtet, folgt daraus noch nicht zwingend, daß die Tarifvertragsparteien im Rahmen ihrer tariflichen Normsetzung nur insoweit an Grundrechte gebunden sind wie dies bei anderen Grundrechtsträgern in Ausübung ihrer Privatautonomie der Fall ist³³.

5. Zwischenergebnis

- 13** Für den Grundsatz: Alles was tariflich normativ regelbar ist, ist auch erkämpfbar, können zwei Einschränkungen formuliert werden. Erstens: Geht es um tarifliche Abweichungen von tarifdispositivem Gesetzesrecht, kommt es darauf an, welchem Zweck die Öffnung zugunsten tariflicher Regelung dient: der Interessenwahrung und -durchsetzung der Mitglieder des Verbandes oder eher der sachgerechten Ordnung des entsprechenden Regelungsbereichs; im zuletztgenannten Fall kommt eine Einschränkung der Arbeitskampfbefugnis in Betracht. Zweitens: Aus dem Grundsatz praktischer Konkordanz zwischen Tarifautonomie und Grundrechtspositionen der Arbeitgeber ergibt sich, daß ein Kampfverbot ein milderes Mittel gegenüber dem Ausschluß jeglicher Tarifierungsbefugnis darstellt.

(1996), S. 39; *ders.*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses (1968), S. 164; *Rieble*, Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 3 TVG Verbandsaustritt (unter III.); *Singer*, ZfA 1995, 611, 620; *Wendeling-Schröder*, Referat Abteilung Arbeitsrecht, 61. Deutscher Juristentag (1996), K 9, 13; kritisch *Boecken*, RdA 2000, 7, 10; ebenso mit Blick auf die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien BAG NZA 1998, 716.

30 Siehe dazu BAG, NZA 1998, 715; BAG, NZA 1998, 716; BAG, NZA 2001, 613; BAG, NZA 2002, 863; zwischen Freiheits- und Gleichheitsgrundrechten differenzierend BAG, RdA 2001, 110 mit Anm. *Dieterich*; siehe zu diesem Ansatz grundlegend *Dieterich*, FS für Schaub (1998), S. 117, 121 ff.

31 Siehe dazu etwa *Boemke*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 613 ff.; *Waltermann*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 913 ff.

32 Siehe dazu *Waltermann*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 913, 921 ff.

33 Ebenso *Waltermann*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 913, 917.

III. Anwendung dieser Grundsätze auf Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung

Was folgt aus diesen Überlegungen für Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung? Vom Regelungsbereich her kann man drei Gruppen von Tarifverträgen unterscheiden: Tarifverträge zur Regelung der Organisation der Betriebsverfassung (dazu unten III.1.), Tarifverträge zur Erweiterung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats (dazu unten III.2.) und Tarifverträge über Regelungsgegenstände, die auch Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats unterliegen (dazu unten III.3.). Diese zuletzt genannten Tarifverträge betreffen die Betriebsverfassung nur in einem materiellen und nicht in einem formellen Sinn. **14**

1. Tarifverträge zur Organisation der Betriebsverfassung

Nach ganz herrschender Meinung ist das Betriebsverfassungsgesetz im organisatorischen Bereich zweiseitig zwingend³⁴. Daher können die Tarifvertragsparteien in diesem Bereich nur dort tätig werden, wo der Gesetzgeber dies ausdrücklich zugelassen hat. Hierbei kann man zwei Arten der Regelungen unterscheiden: Zum einen die Veränderung des Repräsentationsbereichs der Arbeitnehmervertretung (§ 3 BetrVG) sowie die Ermöglichung von Repräsentation schlechthin (§ 117 Abs. 2 BetrVG). Zum anderen die Veränderung von organisatorischen Regelungen zumeist durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung (etwa §§ 21a Abs. 1 S. 4; 38 Abs. 1 S. 5; 47 Abs. 4, 9; 55 Abs. 4; 72 Abs. 4 BetrVG). **15**

a. Veränderung des Repräsentationsbereichs der Arbeitnehmervertretung (§ 3 BetrVG)

Im Mittelpunkt der Diskussion um die tarifvertragliche Regelungsbefugnis im Rahmen der Betriebsverfassung steht derzeit § 3 BetrVG. Diese durch das Betriebsverfassungsreformgesetz 2001 neu gefaßte Vorschrift sieht vor, daß durch Tarifvertrag eine betriebs- (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) bzw. unternehmensübergreifende (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG) Betriebsverfassung errichtet werden kann, sofern dies der sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats bzw. einer zweckmäßigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer dient. Darüber hinaus können nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG zusätzliche neben die gesetzliche Betriebsverfassung tretende Arbeitnehmervertretungsgremien errichtet werden. Die Betriebsvereinbarung ist als Regelungsinstrument jedenfalls in tarifgebundenen Unternehmen ausgeschlossen, weil § 3 Abs. 2 BetrVG einen nahezu umfassenden Tarifvorbehalt statuiert³⁵. **16**

34 *Kraft*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 1 Rn. 57; *Wißmann*, Tarifliche Gestaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Organisation (2000), S. 46 ff., 59.

35 Siehe nur *Trümner*, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 3 Rn. 118 ff.

**[1] Tarifvertragliche Abweichungsmöglichkeit vom zwingenden
Gesetzesrecht (§§ 1, 4 BetrVG) zum Zweck sachgerechter
Regelung der Materie**

- 17** Der Gesetzgeber hat die tarifvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten nach § 3 BetrVG geschaffen, um auf die vielfältigen modernen Unternehmensstrukturen angemessen reagieren zu können. Die weitreichenden und flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten sollen zu Arbeitnehmervertretungen führen können, die auf die besondere Struktur des jeweiligen Betriebs, Unternehmens oder Konzerns zugeschnitten sind³⁶. Der Gesetzgeber eröffnet die Tarifdispositivität von §§ 1, 4 BetrVG also gerade deshalb, weil er die Tarifvertragsparteien für geeigneter hält als sich selbst oder den den Betriebsbegriff für den Einzelfall konkretisierenden Rechtsanwender, die jeweiligen Repräsentationseinheiten der Betriebsverfassung festzulegen³⁷. Damit hat der Gesetzgeber das Regelungsinstrument des Tarifvertrags zugelassen wegen der Sachnähe der Tarifvertragsparteien aus Gründen der Subsidiarität zur sachgerechten Regelung der Materie³⁸. Es geht weniger um die Wahrung und Optimierung der Interessen der Verbandsmitglieder. Damit ist der Konfliktlösungsmechanismus „Arbeitskampf“ nicht erforderlich; bei fehlender Einigung steht das ansonsten geltende tarifdispositive Gesetzesrecht (§§ 1, 4 BetrVG) zur Verfügung³⁹. Dieser Gedanke trifft allerdings nur auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BetrVG zu, nicht aber auf § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG⁴⁰. Tarifverträge auf der Grundlage von § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG ändern nicht die gesetzlichen Repräsentationseinheiten der Betriebsverfassung.

[2] Verfassungsrechtlicher Ansatz

**[a] Fehlende Legitimation der Tarifvertragsparteien gegenüber den
Außensternern?**

- 18** Gegen § 3 BetrVG werden nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht. Ein verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt ist die angeblich fehlende Legitimation der Tarifvertragsparteien, gegenüber tarifungebundenen Außensternern Rechtsnormen zu setzen⁴¹. Für die erforderliche Legitimationsbrücke sei § 3 BetrVG nicht ausreichend⁴². Der Delegationsakt bedürfe einer konkreten gesetzlichen Regelung, aus der sich für alle wesentlichen Punkte der Inhalt der zu schaffenden Tarifnorm ergebe⁴³. Diese Überlegungen können sich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Bergmann-Versorgungsschein sowie zur Allgemein-

36 Siehe die Gesetzesbegründung, BTDrucks. 14/5741, S. 33.

37 So deutlich die Gesetzesbegründung, BTDrucks. 14/5741, S. 33, rechte Spalte zu Nr. 3, 1. Absatz.

38 Ebenso *Friese*, ZfA 2003, 237, 268 f.; *Fitting*, BetrVG, 22. Aufl. (2004), § 3 Rn. 20.

39 Siehe dazu bereits *Franzen*, ZfA 2000, 285, 299.

40 Ebenso im Ergebnis *Fitting*, BetrVG, 22. Aufl. (2004), § 3 Rn. 20; mit anderer Begründung auch *Thüsing*, ZIP 2003, 693, 701.

41 Siehe umfassend *Picker*, RdA 2001, 258, 282 ff.

42 In dieser Richtung insbesondere *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb (2002), S. 310; *ders.*, BB 2002, 480, 486.

43 *Giesen*, BB 2002, 480, 486 mit Verweis auf BVerfGE 64, 208, 214.

verbindlicherklärung von Tarifverträgen stützen⁴⁴. Es erscheint freilich zweifelhaft, ob diese Gedankengänge auf § 3 BetrVG übertragen werden können, weil die aufgrund von § 3 BetrVG entstandenen Tarifverträge die Rechtsstellung des einzelnen Außenseiterarbeitnehmers unmittelbar nicht beeinflussen⁴⁵. Dies geschieht erst dann, wenn eine aufgrund eines Tarifvertrags nach § 3 BetrVG entstandene Arbeitnehmervertretung Rechtssetzung zusammen mit dem oder den Arbeitgebern betreibt. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesem Ansatz ist aber für das vorliegende Thema entbehrlich, weil der Blickwinkel der fehlenden Legitimation tariflicher Normsetzung gegenüber Außenseiter-Arbeitnehmern keine Argumente hervorbringen kann im Hinblick auf die Arbeitskampfbefugnis. Die Legitimationsfrage stellt sich nicht anders, wenn Tarifverträge nach § 3 BetrVG nicht erstreikt werden könnten.

[b] Unternehmerische Entscheidungsfreiheit (Art. 12 GG)

Ein weiterer verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt ist derjenige der Unternehmens- 19
autonomie⁴⁶. Die Basiseinheit der Betriebsverfassung, der Betrieb, folgt aufgrund der Rechtsprechung des BAG mit der Anknüpfung an den Leitungsapparat in den wesentlichen mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten im wesentlichen der Unternehmensorganisation⁴⁷. In Tarifverträgen nach § 3 BetrVG können die betriebsverfassungsrechtlichen Einheiten grundsätzlich abweichend hiervon gestaltet werden. Die Unternehmensorganisation als solche wird hierdurch allerdings nicht unmittelbar berührt. Insoweit scheint mir ein Eingriff in die Unternehmensautonomie durch Tarifverträge nach § 3 Abs. 1 BetrVG nicht gegeben zu sein⁴⁸.

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers insbesondere durch Tarifverträge 20
nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG (Ermöglichung von unternehmensübergreifender Betriebsverfassung) läßt sich freilich mit folgender Überlegung begründen: Bei unternehmensübergreifender Betriebsverfassung gehören dem Betriebsrat Arbeitnehmer verschiedener Unternehmen an, die möglicherweise in Wettbewerb oder in Kundenbeziehungen zueinander stehen. Die betroffenen Unternehmen werden also betriebsverfassungsrechtlich zu einer Gemeinschaft zusammengefügt, obwohl die beteiligten Unternehmen mitunter gegenläufige Interessen verfolgen. In einem Betriebsrat, dessen Mehrheit von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber bestimmt werden kann, ist es nicht ausgeschlossen, daß die Beteiligungsrechte zugunsten der Unternehmen ausgeübt werden, die im Betriebsrat am stärksten vertreten sind⁴⁹. Über diesen Weg der Betriebsverfassung könnte die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers an die Interessen möglicher Konkurrenten gebunden werden. Außerdem besteht bei einer unternehmensübergreifend organisierten Be-

44 BVerfGE 64, 208, 214; BVerfGE 44, 322; 55, 7; zurückhaltender aber BVerfG, NJW 2000, 3704 = SAE 2000, 265 mit kritischer Anm. Scholz.

45 Thüsing, ZIP 2003, 693, 695.

46 In dieser Richtung etwa Buchner, NZA 2001, 633, 635; ders., DB 2001, Beil. 9, S. 1, 11 f.; Reichold, NZA 2001, 857, 859.

47 Siehe nur Kraft, in: GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 4 Rn. 20.

48 Ebenso insoweit Friese, ZfA 2003, 237, 260 f.

49 Siehe zu diesen Überlegungen insbesondere Thüsing, ZIP 2003, 693, 697.

etriebsverfassung die Gefahr, daß im Wettbewerb zueinander stehende Unternehmen zu einem einheitlichen Marktverhalten gezwungen werden⁵⁰. Dies aber würde das Verhalten des Unternehmens im Wettbewerb als Bestandteil seiner Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigen. Ein milderer Mittel gegenüber dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit von § 3 Abs. 1 Nr. 2 bzw. 3 BetrVG stellt der Ausschluß der Erzwingbarkeit entsprechender Tarifverträge dar⁵¹.

- 21** Hinsichtlich der zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BetrVG werden keine erheblichen Bedenken im Hinblick auf einen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit geltend gemacht. Diese Gremien ergänzen die gesetzlichen Arbeitnehmerrepräsentationsstrukturen und erzeugen somit lediglich die Belastung für die Unternehmen, die jeweiligen Kosten zu ersetzen. Dies allein ist kein Grund, um einen Arbeitskampf um einen entsprechenden Tarifvertrag zu versagen. Allerdings kommt bei § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG ein weiterer Gesichtspunkt hinzu: In diesem Rahmen können durch Tarifvertrag zusätzliche betriebsverfassungsrechtliche Gremien installiert werden, welche der unternehmensübergreifenden Zusammenarbeit von Arbeitnehmervertretungen dienen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG n.F. kommen solche Gremien in Betracht als Alternative zu Regelungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bei Zusammenarbeit von Unternehmen in Form von *just in time*, fraktaler Fabrik oder *shop in shop*, aber auch für Betriebsräte aus Unternehmen oder Konzernen einer bestimmten Region oder eines bestimmten Produktions- oder Dienstleistungsbereichs⁵². Dann ist es nicht ausgeschlossen, daß den zusätzlichen betriebsverfassungsrechtlichen Gremien nach Nr. 4 Arbeitnehmervertreter verschiedener Unternehmen angehören, welche sich untereinander als Wettbewerber auf dem Güter- oder Dienstleistungsmarkt gegenüberstehen. Damit beschränkt eine solche Regelung die unternehmerische Freiheit insoweit, als die Betriebsräte aufgrund des Informationsaustauschs ihre jeweils bestehenden Mitbestimmungsrechte gleichförmig ausüben und ihre jeweiligen Arbeitgeber zu einheitlichem Marktverhalten zwingen können⁵³. Diesem Umstand trägt die Geheimhaltungsregelung in § 79 BetrVG nicht hinreichend Rechnung⁵⁴. Es ist daher nicht ausgeschlossen, daß geheimhaltungsbedürftige und als solche gekennzeichnete Tatsachen an Arbeitnehmer von Wettbewerbern zulässigerweise gelangen können, weil die Mitglieder des jeweiligen Arbeitnehmervertretungsgremiums untereinander nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet sind⁵⁵. Dieser Umstand kann die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und damit Art. 12 GG des jeweilig betroffenen Unternehmens nicht unerheblich beeinträchtigen. Dieser Eingriff wird gemildert, wenn im Wege praktischer Konkordanz die Erzwingbarkeit eines entsprechenden Tarifvertrags ausgeschlossen wird.

50 Vgl. dazu *Picker*, RdA 2001, 258, 289; *Rieble*, ZIP 2001, 131, 138.

51 Ebenso *Thüsing*, ZIP 2003, 693, 701.

52 BTDrucks. 14/5741, S. 34, rechte Spalte.

53 Siehe *Rieble*, ZIP 2001, 133, 139.

54 Ebenso *Rieble*, Vereinbarte Betriebsratsstruktur in Unternehmen und Konzern, in: Bauer/Rieble (Hg.), RWS-Forum 21 Arbeitsrecht 2001 (2002), S. 25, 41.

55 Siehe nur *Oetker*, in: GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 379 Rn. 34.

[c] Fazit

Insgesamt ergeben die vorgestellten Überlegungen folgendes Bild: Tarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 - 3 BetrVG sind nicht erstreikbar, weil der Gesetzgeber die Tarifdispositivität des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs nach Maßgabe von § 3 BetrVG angeordnet hat, damit die Tarifvertragsparteien wegen ihrer Sachnähe den Regelungsbereich eigenständig ordnen können. Damit hat der Gesetzgeber die Tarifvertragsparteien in erster Linie aufgrund ihrer Ordnungsfunktion und nicht zur Wahrung und Optimierung der Mitgliederinteressen dienstbar gemacht. Dies schließt einen Arbeitskampf aus. Falls eine Einigung scheitert, greift die tarifdispositive gesetzliche Regelung ein. 22

Hinzu kommen verfassungsrechtliche Überlegungen: Die unternehmerische Freiheit erscheint im Rahmen von Tarifverträgen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 und Nr. 4 BetrVG erheblich beeinträchtigt, da hier nach der Installierung von unternehmensübergreifenden Betriebsräten nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG bzw. branchenweiten Betriebsrätearbeitsgemeinschaften nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG gewissermaßen die Gefahr von betriebsverfassungsrechtlichen „Kartellen“ besteht. Dieser denkbare Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der betroffenen Unternehmen wird im Wege praktischer Konkordanz gemildert, wenn die grundsätzlich bestehende Arbeitskampfbefugnis der Tarifvertragsparteien reduziert wird. 23

b. Veränderung von organisatorischen Regelungen durch Tarifvertrag

Zahlreiche Vorschriften im Bereich der Organisation der Betriebsverfassung lassen Änderungen durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung zu. Regelmäßig geht es um eine abweichende Zusammensetzung verschiedener Arbeitnehmervertretungsgremien (etwa Gesamtbetriebsrat, Konzernbetriebsrat bzw. Jugend- und Auszubildendenvertretung) oder um eine abweichende Anzahl von freigestellten Betriebsratsmitgliedern. Die Erstreikbarkeit solcher Tarifverträge dürfte ein eher theoretisches Problem darstellen, weshalb die entsprechende Problematik in der Literatur auch kaum ausführlich erörtert wird. Um so erstaunlicher ist es, daß in der Literatur ganz unterschiedliche Stellungnahmen zumeist begründungslos anzutreffen sind. So halten etwa *Wiese/Weber*⁵⁶ und *Thüsing*⁵⁷ Tarifverträge zur Änderung der Freistellungen nach § 38 BetrVG für nicht erstreikbar, während *Kreutz*⁵⁸ einen Arbeitskampf um Tarifverträge für zulässig hält, die eine abweichende Zusammensetzung des Gesamtbetriebsrats regeln sollen. 24

Wendet man die vorstehend entwickelten Grundsätze an, gilt folgendes: Verfassungsrechtliche Fragen werden hier nicht aufgeworfen. Daher ist der Zweck maßgeblich, den der Gesetzgeber des BetrVG mit den entsprechenden Öffnungen für tarifliche oder betriebliche Regelungen verfolgen wollte. Bei der Veränderung der organisatorischen Regelungen in der Betriebsverfassung geht es in erster Linie 25

56 GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 38 Rn. 31.

57 *Richardi*, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 38 Rn. 20.

58 GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 47 Rn. 78.

darum, eine sachgerechte Organisation der Betriebsverfassung zu erreichen. Bei der Zusammensetzung von Gesamt- und Konzernbetriebsrat ist dies evident. Die Anwendung des Gesetzes kann zu einem sehr großen und damit ineffizienten Arbeitnehmervertretungsgremium führen. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber insoweit Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge gleichgestellt. Für Betriebsvereinbarungen in diesem Bereich ist jedoch allgemein anerkannt, daß sie lediglich freiwillig geschlossen und nicht über einen Einigungsstellenspruch erzwungen werden können⁵⁹. Da der Gesetzgeber offenbar beide Regelungsinstrumente als grundsätzlich gleichwertig eingestuft hat, kann für den Tarifvertrag nichts anderes gelten. Tarifverträge, die abweichende Zusammensetzung von Arbeitnehmervertretungsgremien vorsehen, sind somit ebenso wie Betriebsvereinbarungen nicht erzwingbar und können nicht Ziel eines Streiks sein.

2. Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag

- 26** Das BAG hat bekanntlich die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag in mehreren Entscheidungen für zulässig erachtet – jedenfalls in sozialen und personellen Angelegenheiten⁶⁰. In den entschiedenen Fällen handelte es sich jeweils um Tarifverträge, die ohne Arbeitskampf zustande gekommen waren. Daher hat das BAG die Frage nicht behandeln müssen, ob solche Tarifverträge auch erkämpft werden können. Literarische Gegenstimmen lehnen die Möglichkeit ab, durch Tarifverträge die gesetzlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach dem BetrVG zu erweitern. Für diese Auffassung werden folgende Gründe angeführt: Die Erweiterung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats würde das dem BetrVG zugrunde liegende austarierte System der Beteiligungsrechte aufbrechen, welches das Ergebnis eines politischen Kompromisses sei. Darüber hinaus seien die Systemunterschiede zwischen tarifvertraglicher Gestaltung und betrieblicher Mitbestimmung – Konfrontationsprinzip einerseits, Kooperationsprinzip andererseits – zu groß, als daß man den Tarifvertragsparteien die Erweiterung betriebsverfassungsrechtlicher Mitwirkungsrechte zubilligen könne. Schließlich wird darauf hingewiesen, daß die Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats durch die Tarifvertragsparteien die Berufsfreiheit des Arbeitgebers verletzen könne⁶¹. Differenzierende Ansätze in der Literatur wollen die Erweiterung von Beteiligungsrechten des Betriebsrats durch Tarifvertrag nicht generell ausschließen, diese allerdings streng an die Grenzen der Betriebsautonomie binden: Der Tarifvertrag dürfe dem Betriebsrat nichts verschaffen, was dieser sich mittels der Betriebsautonomie nicht selbst durch Betriebsvereinbarung oder mit Hilfe der Einigungsstelle verschaffen könnte. Deshalb finde die Tarifautonomie in betriebsverfassungsrecht-

59 G.h.M.; siehe nur *Trittin*, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 47 Rn. 52 m.w.N.

60 BAG, AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972 (unter B.III.2.b.); BAG, AP Nr. 23 (unter II.2.b.) und Nr. 53 (unter II.2.) zu § 99 BetrVG 1972; BAG, NZA 2001, 271, 273.

61 Siehe zu den Argumenten im einzelnen zusammenfassend v. *Hoyningen-Huene*, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 297 Rn. 102 ff.

lichen Angelegenheiten ihre Obergrenze in der gesetzlich ausgestalteten Betriebsverfassung⁶².

An der Diskussion fällt auf, daß die Erkämpfbarkeit von Tarifverträgen auf den ersten Blick keine Rolle spielt⁶³. Gegner der Erweiterung der betriebsverfassungsrechtlichen 27
Beteiligungsrechte des Betriebsrats durch Tarifvertrag gehen mehr oder weniger stillschweigend davon aus, daß solche Tarifverträge erkämpft werden könnten, und folgern hieraus, daß eine unter Umständen erkämpfte Tarifordnung, welche Beteiligungsrechte des Betriebsrats erweitere, nicht zulässig sein könne⁶⁴. Die Frage, ob der Ausschluß der Erkämpfbarkeit solcher Tarifverträge diese nicht eher akzeptabel machen könnte, wird nicht gestellt.

Legt man die hier vorgestellte Konzeption zugrunde, gilt folgendes: Die Tarifvertragsparteien bewegen sich bei der Vereinbarung von Tarifverträgen zur Erweiterung betrieblicher Mitbestimmung im Rahmen des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG, weil die Betriebsverfassung wie bereits erwähnt zu den dort genannten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gehört⁶⁵. Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Zweck des Betriebsverfassungsgesetzes sprechen auch nicht *a priori* dafür, daß dieses Gesetz jedenfalls in seinem materiell-rechtlichen Teil zweiseitig zwingend konzipiert war. Daher bleiben die Tarifvertragsparteien nach allgemeinen Grundsätzen auch auf dem Gebiet der Betriebsverfassung im materiell-rechtlichen Teil regelungsbefugt und können daher die Beteiligungsrechte des Betriebsrats auch erweitern. Werden dadurch allerdings grundrechtliche Rechtspositionen der Arbeitgeberseite tangiert, etwa bei Tarifverträgen, die personelle Einzelmaßnahmen und Kündigungen von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig machen⁶⁶, stellt ein Ausschluß der Erkämpfbarkeit einer solchen Regelung ein milderes Mittel gegenüber dem Ausschluß jeglicher Tarifierungsbefugnis dar. Bei Tarifverträgen, welche die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Kündigungen erweitern⁶⁷, stellt sich wegen § 102 Abs. 6 BetrVG zusätzlich noch das Problem des Gleichlaufs der Konfliktlösungsmechanismen bei Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung. 28

3. Tarifverträge in Sachmaterien, die der Beteiligung des Betriebsrats unterliegen

Bei der dritten und letzten Fallgruppe denkbarer Tarifverträge befinden wir uns nur noch in materieller Hinsicht auf dem Gebiet des BetrVG, weil sowohl Betriebsrat und Arbeitgeber bzw. Einigungsstelle als auch die Tarifvertragsparteien Regelungen inhaltlicher Art treffen können. Bei dieser Fallgruppe wird die Frage aufgeworfen, ob durch Tarifverträge Regelungen erzwungen werden können, die der Betriebsrat im 29

62 Siehe *Beuthien*, ZfA 1986, 131, 143.

63 Siehe aber etwa *Buchner*, DB 2001, Beil. 9, S. 1, 11; *Hess*, in: *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock*, BetrVG, 6. Aufl. (2003), Vor § 1 Rn. 79.

64 So insbesondere v. *Hoyningen-Huene*, MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 297 Rn. 104.

65 Siehe oben II.1.

66 Siehe etwa BAG, AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972 (unter II.3.a.).

67 Siehe dazu etwa BAG, NZA 2001, 271, 273.

Wege der Ausübung seiner Beteiligungsrechte nicht erreichen könnte⁶⁸. Diese Frage muß man grundsätzlich bejahen. Es gibt keine Regelungssperre des BetrVG im Sinne eines „Betriebsratsvorbehalts“, welcher eine tarifliche Regelung ausschließen könnte⁶⁹. Es gelten die allgemeinen Grundsätze des Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrechts.

- 30** Die Grenzen der Erkämpfbarkeit solcher Tarifverträge müssen vielmehr anhand der entwickelten Kriterien bestimmt werden: Die Überlegungen zur Erkämpfbarkeit von Tarifverträgen, die von tarifdispositivem Recht abweichen (These 2), kommen hier naturgemäß weniger zum Tragen, weil es insoweit kaum tarifdispositives Gesetzesrecht gibt. Ein Beispiel hierfür sind etwa Richtlinien über die soziale Auswahl bei Kündigungen in Tarifverträgen nach § 1 Abs. 4 KSchG. Es handelt sich um personelle Angelegenheiten im Sinne von §§ 92, 95 BetrVG und damit um Regelungen auf dem Gebiet der Betriebsverfassung im materiellen Sinn. Der Gesetzgeber des KSchG hat den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit eingeräumt, die bei der Sozialauswahl zu berücksichtigenden sozialen Gesichtspunkte im Verhältnis zueinander zu bewerten. Damit hat der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien Regelungsspielräume eröffnet, weil er diese für kompetenter und sachnäher erachtet hat als den zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der sozialen Auswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG an sich berufenen Rechtsanwender. Es geht also um die sachgerechte Ordnung eines bestimmten Regelungsbereichs und nicht um die Optimierung der Mitgliederinteressen. Außerdem behandelt der Gesetzgeber die Regelungsinstrumente „Tarifvertrag“ und „Betriebsvereinbarung“ gleich, was für einen Gleichlauf der Konfliktlösungsmechanismen spricht. Nach den entwickelten Grundsätzen (These 2) sind tarifliche Regelungen im Sinne von § 1 Abs. 4 KSchG daher nicht erstreikbar.
- 31** Der verfassungsrechtliche Ansatz (These 3) kann insbesondere fruchtbar gemacht werden bei tariflichen Regelungen, welche sich gleichzeitig als Regelung wirtschaftlicher Angelegenheiten im Sinne von §§ 111 ff. BetrVG darstellen⁷⁰. Diese Problematik hat Herr *Lobinger* unter anderem Blickwinkel anhand Standort-schließungen oder -verlagerungen in arbeitskampfrechtlicher Hinsicht ausgeleuchtet⁷¹. Daher möchte ich diese Thematik nur noch anreißen.
- 32** Die Tarifvertragsparteien haben für die Regelung von wirtschaftlichen Angelegenheiten im Sinne von §§ 111 ff. BetrVG verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten:

68 Siehe dazu *Lieb*, DB 1999, 2058, 2066; s.a. *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019; *Buchner*, DB 2001, Beil. 9, S. 1, 7; *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (1997), Bd. 1, S. 340 mit Verweis auf die Wertung von § 112 BetrVG; ebenso LAG Hamm NZA-RR 2000, 535, 537.

69 Ebenso LAG Niedersachsen, SAE 2004, 235, 238; LAG Hamm SAE 2004, 227, 233 f.; a.A. *Bauer/Krieger*, NZA 2004, 1019, 1022 ff.; *Lobinger*, Arbeitskämpfe gegen Standort-schließung und -verlagerung?, § 3 in diesem Band, S. 55 ff., *Nicolai*, SAE 2004, 240, 248 ff.

70 In dieser Richtung auch *Hohenstatt/Schramm*, DB 2004, 2214, 2217; anderer Ansatz (Verletzung der Arbeitskämpfparität) bei *Rolfs/Clemens*, NZA 2004, 410, 415.

71 *Lobinger*, Arbeitskämpfe bei Standort-schließung und -verlagerung?, § 3 in diesem Band, S. 55 ff.

Zunächst ist denkbar, den Arbeitgeber in einem Firmentarifvertrag zu verpflichten, eine bestimmte geplante Betriebsänderung nicht vorzunehmen, also etwa einen Standort nicht aufzugeben oder beizubehalten. Insoweit habe ich bereits Zweifel, ob sich die Tarifvertragsparteien im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG bewegen würden. Es geht hier nicht mehr um die Gesamtheit der Bedingungen, unter denen abhängige Arbeit im Betrieb geleistet wird, sondern um die vorgelagerte Frage, ob ein Marktteilnehmer – der Arbeitgeber als Unternehmer – Arbeitskräfte nachfragt und damit überhaupt Arbeitsbedingungen schaffen will. Deshalb liegen solche Regelungen bereits nicht im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG. Folgt man dem nicht, dürfte allerdings bereits die h.M. zur Unzulässigkeit eines Streiks um eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers gelangen. Es handelt sich um eine schuldrechtliche Abrede im Tarifvertrag, welche die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht unerheblich tangiert⁷². Ob schuldrechtliche Abreden er kämpfbar sind, ist umstritten; die wohl herrschende Meinung bejaht dies⁷³. Einigkeit besteht allerdings, daß solche Regelungen, die als Tarifnormen unzulässig wären, nicht über den Umweg des schuldrechtlichen Teils eines Tarifvertrags erzwungen werden dürfen⁷⁴. Nach diesen Maßstäben wäre ein Arbeitskampf um eine entsprechende Verpflichtung, eine bestimmte Betriebsänderung zu unterlassen, unzulässig, weil eine solche Regelung als Tarifnorm nicht denkbar wäre.

Eine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG kann durch Tarifvertrag auch 33 dadurch verhindert oder erschwert werden, daß der Tarifvertrag entsprechende betriebsbedingte Kündigungen für einen bestimmten Zeitraum verbietet. Dabei handelt es sich um eine Beendigungsnorm, der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist grundsätzlich eröffnet. Ein solches Verbot betriebsbedingter oder sonstiger Kündigungen für einen bestimmten Zeitraum greift nicht unerheblich in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 12 GG ein⁷⁵. Nach dem hier vorgeschlagenen Ansatz muß man praktische Kondordanz herstellen zwischen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit aus Art. 12 GG und dem Recht der Arbeitnehmerseite, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Mitglieder zu regeln nach Art. 9 GG. Wiederum kommt hier der Gedanke zum Tragen, daß es ein milderes Mittel darstellt gegenüber dem Ausschluß jeglicher Tarifierungsbefugnis, wenn nur die Er kämpfbarkeit eines entsprechenden Tarifvertrags ausscheidet. Damit wird Art. 9 Abs. 3 GG um eine Betätigungsschicht, nämlich den Arbeitskampf, reduziert.

IV. Ausblick

Die vorgetragenen Überlegungen verstehen sich als ein Baustein im Rahmen der von 34 einigen Arbeitsrechtswissenschaftlern angeregten Diskussion um eine grundlegende

72 Vgl. LAG Hamm, NZA-RR 2000, 535, 536.

73 Siehe nur Hergenröder, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar, Art. 9 GG Rn. 280.

74 Löwisch/Rieble, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 278 Rn. 6 ff.; Otto, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000), § 285 Rn. 21.

75 Vgl. BAG, NZA 1998, 771, 773.

Neuausrichtung des Arbeitskampsrechts⁷⁶. Die Ausführungen sollen Anstoß geben, die Möglichkeit „freiwilliger“, also ohne abstrakten Streikdruck abzuschließender Tarifverträge auszuleuchten⁷⁷. Das Sachgebiet der Betriebsverfassung ist insofern hierfür nur ein Beispiel. Es bleibt eine Aufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft, weitere Gegenstände tariflicher Regelung herauszuarbeiten, bei denen Tarifverträge nur freiwillig geschlossen werden können und somit ein Kampfverbot besteht.

V. Zusammenfassende Thesen

- 35** 1. Der Grundsatz „Alles, was tariflich normativ regelbar ist, ist auch erstreikbar“, bedarf der Einschränkung.
- 36** 2. Eine Einschränkung des Grundsatzes gilt für tarifliche Regelungen, welche von tarifdispositivem Gesetzesrecht abweichen. Der Gesetzgeber kann die Öffnung zugunsten tariflicher Regelungen einschränken und die Arbeitskampsbefugnis ausschließen. Wieweit dies der Fall ist, hängt vom Zweck der jeweiligen Öffnung ab. Die Erstreikbarkeit fehlt, wenn der Gesetzgeber die Regelungs-befugnis für die Tarifvertragsparteien geöffnet hat zum Zweck der sachge-rechten Ordnung der jeweiligen Regelungsmaterie, nicht aber, wenn die Öffnung in erster Linie der Wahrung und Optimierung der Interessen der Tarifvertragsparteien und ihrer Mitglieder dient.
- 37** 3. Eine weitere Einschränkung des Grundsatzes folgt aus verfassungsrechtlichen Überlegungen – der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen Tarifautonomie und Grundrechtspositionen der Arbeitgeber. Ein Kampfverbot für einzelne tarifliche Regelungen stellt gegenüber dem Ausschluß jeglicher Tarifierungs-befugnis ein milderes, die Tarifautonomie und die betroffenen Grundrechts-positionen der Arbeitgeberseite schonenderes Mittel dar.
- 38** 4. Daraus folgt für Tarifverträge auf dem Gebiet der Betriebsverfassung:
- a) Tarifverträge nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 - 3 BetrVG sowie sonstige Tarifverträge auf dem Gebiet der Organisation der Betriebsverfassung (§§ 21a Abs. 1 S. 4, 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG etc.) sind nicht erstreikbar, weil der Gesetzgeber das BetrVG für abweichende Regelungen der Tarifvertragsparteien geöffnet hat zum Zweck der sachgerechten Ordnung der jeweiligen Sachmaterie.
- b) Der verfassungsrechtliche Ansatz (These 3) kann fruchtbar gemacht werden bei Tarifverträgen nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 - 4 BetrVG, bei Tarifver-trägen, welche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats erweitern, sowie bei Tarifverträgen in Sachmaterien, welche auch der Mitbestimmung des Betriebs-rats unterliegen, insbesondere in Zusammenhang mit Betriebsänderungen nach §§ 111 ff. BetrVG. Voraussetzung ist jeweils, daß durch den Tarifvertrag

76 Siehe etwa *Buchner*, RdA 2003, 363, 366 f.; *Gentz*, FS für Däubler, 1999, S. 421 ff.; *Heinze*, FS für Däubler (1999), S. 431 ff.; *Loritz*, FS 50 Jahre BAG (2004), S. 557, 567 ff.

77 Ebenso die Forderung von *Buchner*, RdA 2003, 363, 367; *ders.*, DB 2001, Beil. 9, S. 1, 6 ff.

in die durch Art. 12 GG geschützte unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen würde.

B. Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble (Moderation):

- 39 Vielen Dank. Das war ganz beeindruckend. Ich mache ausnahmsweise von dem Recht Gebrauch, zwei, drei Anmerkungen zu machen. Die eine Anmerkung, die die Erkämpfbarkeit betrifft, haben Sie gerade selbst noch angesprochen. Ich habe hierzu eine grundlegende Frage. Wenn Sie sagen, manche Tarifforderungen sind nicht erkämpfbar, dann bin ich doch sofort bei der Rühreitheorie. Ich muß der Gewerkschaft sagen: Bitte, bitte, bitte diese Forderungen nicht vor den Arbeitskampf stellen, sondern erst etwas dazu sagen als Lösungsangebot in den Verhandlungsgesprächen. Also niemals § 3 BetrVG als offizielle Kampfforderung nehmen – aber man kann schon die ganze Zeit ruhig daran denken. Denn die Arbeitgeber unterschreiben das ja auch noch, wenn sie einmal müde gekocht sind. Daher ist der erste Einwand, daß man die Rechtsunsicherheit über die Zulässigkeit des Gesamtarbeitskampfes vermehrt.

Die zweite Anmerkung ist, daß Sie aus meiner Sicht völlig richtig danach differenziert haben, ob die Regelungs- oder Tarifierungsbefugnis den Mitgliederinteressen oder letztlich dem gemeinen Wohl dient – so eine Art Beleihung der Tarifverträge durch den Staat, damit der Staat oder andere das nicht alleine machen müssen. Das kann man schon so sehen. Nur muß man sich auch im klaren darüber sein, daß gerade bei Tarifverträgen nach § 3 BetrVG das Mitgliederrepräsentationsinteresse im absoluten Vordergrund steht. Die Gewerkschaften nutzen das, um ihren Organisationsbereich insbesondere bei Unternehmensrestrukturierung zu festigen. Dem müßte man entgegenhalten: Dieses Ziel ist unzulässig. Dazu ist der § 3 nämlich gar nicht da. Diese Erwägung der Gewerkschaften, sie möchten etwas für ihren Organisationsgrad tun, schneide ich ab und dann bleibt als rechtlich zulässiges Ziel nur noch dieser Beleihungsaspekt übrig und ich käme zur Erkämpfbarkeit.

Und jetzt die einzig wirkliche Ergänzung: Bei § 3 BetrVG kommt mir in der Diskussion zu kurz, daß man immer nur die Arbeitnehmerrepräsentation sieht. Aber wenn sie einen Tarifvertrag nach § 3 machen, insbesondere unternehmensübergreifend, brauchen sie auch einen einheitlichen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber. Es kann ja nicht der nach § 3 in den Unternehmen A, B und C gemeinschaftlich gebildete Betriebsrat mit drei einzelnen Arbeitgebern verhandeln, sondern er braucht einen Arbeitgeber. Wenn sie aber im Tarifvertrag einen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber schaffen wollen, dann schaffen sie letztlich die Führungsvereinbarung und somit eine GbR, wodurch sie aus meiner Sicht im Bereich der negativen Vereinigungsfreiheit sind und schon aus der Grundrechtsbetroffenheit der Arbeitgeber unmittelbar die fehlende Erkämpfbarkeit folgt. Das wollte ich als zusätzlichen Aspekt noch mit einbringen.

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Ja, das kommt meinen Überlegungen entgegen. Was den letzten Punkt betrifft, stimme ich Ihnen völlig zu. Die Mitgliederinteressen – nun, wir haben ja bei § 3 auch unbestimmte Rechtsbegriffe, die wir im Laufe der Rechtsentwicklung versuchen, operational zu machen. Die Verfolgung von Mitgliederinteressen durch den Zuschnitt von Repräsentationsbereichen ist eigentlich nicht intendiert und das hat auch der Gesetzgeber so nicht gewollt. Er hat die Tarifvertragsparteien in die Pflicht genommen, damit sie sachgerechte Zuschnitte machen. Was sie sonst noch mitverfolgen, das hat der Gesetzgeber wahrscheinlich gewußt, daß das auch eine Rolle spielt, aber jedenfalls ist es nicht in der Norm zum Ausdruck gekommen. Im übrigen gehen beide Regelungszwecke ineinander über, man kann es nicht so trennscharf formulieren – aber hier glaube ich, geht das. 40

Zur Rechtsunsicherheit: Ich sehe das nicht so. Gerade wegen der Rühreitheorie haben wir doch eigentlich sehr viel Rechtssicherheit – wenn wir der Rühreitheorie folgen: Ein faules Ei verdirbt die ganze Sache. Also ist der Arbeitskampf unzulässig, wenn um ein unzulässiges Tarifziel gestritten wurde und dann muß man nur noch abgrenzen, war das jetzt ein Ziel, das im Arbeitskampf thematisiert wurde oder nicht. Ich hätte eher einen größeren Einwand – aber ich brauche ja nicht Einwände gegen meine eigenen Thesen zu formulieren, das können Sie tun. Deshalb lasse ich es jetzt an dieser Stelle dabei bewenden und harre der weiteren Fragen.

Jan Lessner, Metro AG:

Gelegentlich haben Sie jetzt von „erstreikbar“ gesprochen, an anderen Stellen aber auch von „erkämpfbar“. Das ist doch vielleicht eine ganz interessante Differenzierung. Wenn Sie sagen, das soll nicht erstreikbar sein, bin ich da ganz bei Ihnen. Aber es kann doch auch sein, daß ein Arbeitgeber großes Interesse an einer anderen Betriebsverfassungsstruktur hat oder an einer Verkleinerung des Gesamtbetriebsrats oder Konzernbetriebsrats. Oder nehmen wir das Arbeitszeitgesetz. Das sind Fälle, in denen der Arbeitgeber vielleicht auch mal einen solchen Tarifvertrag erkämpfen möchte. Dazu haben Sie jetzt nicht explizit Stellung genommen, worum ich Sie aber noch einmal bitten dürfte. 41

Mit Herrn *Jacobs* bin ich mir einig, daß die Angriffsaussperrung geht, das wäre vielleicht ein Anwendungsfeld. Und interessant ist ja auch bei Ihren Kriterien, daß Sie sagen, wenn es um die Durchsetzung von Mitgliederinteressen geht, dann ist es erkämpfbar, wenn es um sachgerechte Ordnung geht, nicht. Das paßt natürlich, wenn man die Arbeitgeberseite im Blick hat, weniger, wenn der Arbeitgeber eine andere Betriebsverfassungsstruktur haben will, denn beim Firmenhaustarifvertrag, sind es ohnehin seine Interessen; bei einem firmenbezogenen Verbandstarifvertrag ist es dann gerade sein Mitgliedsinteresse.

Und schließlich noch zu § 47 BetrVG: Wenn ich das richtig in Erinnerung habe, ist da sehr wohl eine Einigungsstelle erzwingbar. Also von daher, warum nicht auch Tarifverträge?

Martin Franzen:

- 42** Sehen Sie mir bitte meine Wortwahl nach, die Differenzierung zwischen „erstreikbar“ und „erkämpfbar“ basiert nicht auf einem sinnvollen Grund, ich habe das synonym verwendet. Wenn Sie ansprechen, daß die Arbeitgeber auch die Aussperrung mal nutzen wollen, um solche Tarifverträge zu verändern, dann bezweifle ich, daß, wenn sie noch nicht einmal im Lohnbereich – was ja wohl der wichtigere Bereich ist – zur Aussperrung greifen, dann wohl hier auch nicht tun. Meine Ausführungen haben sich immer sowohl auf Streik als auch auf Aussperrung bezogen.

Ein Ansatzpunkt ist die Argumentation über das tarifdispositive Recht. Hier sagt der Gesetzgeber, inwieweit gestreikt werden kann – nur wir denken immer, wenn wir Tarifvertrag lesen, sofort an Streik und Aussperrung. Und bei tarifdispositivem Gesetzesrecht, so meine ich, können wir zwischen Fällen unterscheiden, in denen der Gesetzgeber sozusagen die Tarifvertragsparteien – und zwar beide nur als verlängerten Arm – verwendet, weil er es selber nicht so richtig machen kann. Oder ob er den Tarifvertragsparteien Raum läßt, um ihre Mitgliederinteressen zu optimieren.

Zum Stichwort Arbeitszeitgesetz: Ich würde meinen, daß manche Tarifverträge in dem Bereich auch unter diesen erstgenannten Fall fallen. Dort wurden die Tarifvertragsparteien also aus Gründen der Subsidiarität und Sachnähe in Dienst genommen, um Höchstarbeitszeiten festzusetzen, und deshalb soll gar kein Arbeitskampf und weder Streik noch Aussperrung möglich sein. Der Gesetzgeber kann es auch selber regeln, aber er hat gesagt: Ach, das möchte ich halt nicht machen, das sollen die Tarifvertragsparteien machen, weil sie es besser können.

Und dann § 47 BetrVG. Ja nun, das überblicke ich jetzt nicht ganz, nur meine ich, daß wenn der Gesetzgeber Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge so evident gleich behandelt, daß wir dann auch ähnliche Konfliktlösungsmechanismen haben sollten. Und das würde dann dafür sprechen, daß ein Streik und auch eine Aussperrung ausscheiden.

Professor Dr. Thomas Lobinger, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg:

- 43** Herr *Franzen*, Ihre grundsätzliche Unterscheidung, daß Sie erstmal sagen, wo die Tarifvertragsparteien die Mitgliederinteressen wahrnehmen, ist Arbeitskampf möglich, wo sie eher delegatorisch – in ihren Worten – tätig werden, wo nicht, finde ich durchaus nachvollziehbar. Ich glaube aber, Sie bleiben auf halbem Wege stecken, weil Sie sich ein wenig – aus meiner Sicht jedenfalls – um das Legitimationsproblem, ich sage mal „herumgemogelt“ haben, wenn Sie es so auf die Seite geschoben haben.

Natürlich wird es bei § 3 BetrVG ganz besonders deutlich, weil sie da eben auch wieder dem Arbeitnehmer betriebsverfassungsrechtliche Strukturen auf das Auge drücken, die diese möglicherweise gar nicht möchten, und dann eben in der Regel aus den Motiven, die Herr *Rieble* genannt hat, und nicht aus denen, die das Gesetz eigentlich vor Augen hat. Besonders deutlich wird es aber auch, wenn Sie davon

sprechen, daß die Erweiterung der Mitbestimmung durch Tarifvertrag möglich sein soll und Sie das gegenüber diesen sehr kritischen Literaturstimmen als das mildere Mittel betrachten. Ich glaube, da wird es ganz prekär, wenn Sie sich einfach vorstellen, daß jetzt eventuell durch Tarifvertrag – und wir kennen die Problematik ja insbesondere auch aus der Diskussion um Öffnungsklauseln und ähnlichem –, etwa Mitbestimmungsrechte implantiert werden, die ganz brutal auf die materiellen Arbeitsbedingungen zugreifen. Dann haben Sie eine glasklare Außenseiterwirkung, wenn das Ganze dann über Betriebsvereinbarungen geregelt wird. Und da meine ich, wird deutlich, daß man eben doch wahrscheinlich immer erst einmal über die Legitimation nachdenken sollte und dann erledigt sich die Kampfbefugnis in der Regel schon von selbst in weiten Teilen vorweg.

Martin Franzen:

Zum ersten Punkt, die Betriebsratstrukturen: Da wird oft so getan, als ob die 44 Arbeitnehmer sich die Struktur – wenn wir jetzt eine autonome oder eine tarifautonome Regelung nach § 3 nicht hätten – selbst aussuchen könnten. Das ist nicht der Fall. Sie wird nämlich ebenso heteronom durch das Gesetz bzw. durch den diesen konkretisierenden Rechtsanwender festgelegt. Und wenn der Gesetzgeber sagt: Mir gefällt das nicht mehr, ich kann das auch nicht selber regeln, es sollen die Tarifvertragsparteien machen, dann finde ich das unter legitimatorischen Gesichtspunkten ehrlich gesagt nicht so sehr problematisch.

Der zweite Punkt, das ist in der Tat wahr. Bei der Erweiterung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats haben wir das Problem, daß wir über tarifvertragliche Betriebsverfassungsnormen dazu kommen, daß die Betriebspartner Zwangskollektivierung betreiben. Da könnte mein Ansatz auch nicht besonders abhelfen, das gebe ich zu. Denn ich frage ja nur, ob in die Grundrechte der Arbeitgeber eingegriffen wird, und antworte dann, na ja, das ist nicht so schlimm, wenn die es freiwillig machen können. Das ist richtig. Dann muß man anders rangehen und notfalls solche Dinge aus anderen Rechtsgründen als verfassungswidrig erklären, das ist klar – aber ein anderes Thema.

Professor Dr. Eduard Picker, Eberhard-Karls-Universität Tübingen:

Wesentliches, Herr *Franzen*, ist jetzt gerade schon gesagt worden. Ich will aber doch 45 noch mal nachkarten. Wenn die Regelung beim § 3, dieses Arrangement, dem Gemeinwohl dient, dann ist doch gar nicht ersichtlich, wie die Tarifparteien, die möglicherweise nicht ein einziges Mitglied in diesem Betrieb haben, zuständig sein können. Wenn die Regelung aber die Belange der Mitglieder des Betriebs betrifft, ist es genauso wenig einsichtig, denn sie sind nicht in der Gewerkschaft. Die Gewerkschaft spricht nicht für sie. Nun sagen Sie, es sei deshalb verzichtbar, weil der Staat einfach gesagt habe: Das liegt mir zu fern, macht ihr das, ihr seid näher dran. Sie kommen aber doch auch nicht auf die Idee, beispielsweise die katholische Kirche zu beauftragen, für Mohammedaner die Seelsorge zu betreiben. Die ist – in

gewissem Sinne – auch näher dran als der Staat. Mit anderen Worten, da fehlt jede legitimatorische Basis und die läßt sich nicht überspringen.

Nun aber die praktische Frage, die sich aus diesem bewundernswert – ja wie soll ich sagen – marktgängigen Modell, das Sie vorgeschlagen haben, ergibt. Wenn die sich nicht einigen, dann sprechen Sie ihnen als Mittel der Konkordanz das Arbeitskampfrecht ab. Dann aber stehen diese Dinge nur auf dem Papier und sie können das gleich von vornherein lassen. Wenn sie sich aber einigen, dann haben wir doch die allergrößte Gefahr. Nehmen Sie mal diese Arrangements, die zwischen Unternehmen möglich sind. Da können Sie die tollsten Dinge veranstalten – Herr *Rieble* hat ja darauf hingewiesen. Insbesondere zwei Unternehmen, die im Wettbewerb ein bißchen vom Schicksal benachteiligt wurden, können da, weil sie sich jetzt einig sind, also keinen Arbeitskampf brauchen, die großartigsten, allerdings auch marktwidrigsten Absprachen treffen. Und das soll vernünftig sein? Ich glaube, so richtig das ist, die Mittel zu mildern ohne ihnen diese Mittel aus der Hand zu nehmen, man sollte sie ganz aus der Hand nehmen, und nicht auf halbem Wege stehen bleiben.

Martin Franzen:

- 46 Zur Legitimation: Da kann ich mich im Grunde nur noch einmal wiederholen. Es war nicht Gegenstand meines Vortrags, hier über § 3 Abs. 2 TVG zu sprechen. Denn das wäre ja auch eine Legitimationsbrücke, die man jedenfalls von den Grundsätzen des Bundesverfassungsgerichts in der Bergmann-Versorgungsschein-Entscheidung in solchen Dingen heranziehen und dann vielleicht sagen könnte, daß das ausreicht. Die Außenseiterproblematik ist dann noch mal anders zu sehen. Nur gerade im Bereich der Betriebsverfassung überzeugt mich das ehrlich gesagt nicht. Der Betriebsrat wird nur von einem Teil der Leute gewählt. Auch da gibt es Minderheiten, die sich nicht repräsentiert fühlen. Trotzdem akzeptieren wir das.

Professor Dr. Horst Ehmann, Universität Trier:

- 47 *Volenti non fit iniuria*, das macht es natürlich sympathisch zwischen Vereinbarkeit und Erzwingbarkeit zu trennen. Die Arbeitgeber, *volenti non fit iniuria*, haben ja den Hang dazu, den Strick zu verkaufen, an dem man sie aufhängt, siehe die 35-Stunden-Woche. Und da kommt eben das Legitimationsproblem, das Herr *Picker* schon angesprochen hat. Sie erinnern sich, nach dem Mitbestimmungsgesetz gab es viele öffentliche Unternehmen, die über Tarifvertrag die vollparitätische Mitbestimmung hergestellt haben, das ist ein ähnliches Problem. Das hat dann eine SPD-Landesregierung gemacht und das nächste Mal kommen dann die anderen dran, die das nicht wollen, aber nicht mehr davon los kommen.

Es ist eben die Frage, wieweit man die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen spannen soll, ob man das Gesellschaftsrecht, das Mitbestimmungsrecht und das Betriebsverfassungsrecht da hineinbringen kann. Ich würde eher mit Herrn *Picker* meinen, man sollte schon im ersten Schritt zurückhaltend sein, weil man doch Strukturen zerstört.

Eine konkrete Frage noch zum Schluß: Was würden Sie meinen – Sie haben es ja offen gelassen –, ist es vereinbar oder ist es gar erzwingbar in einen Tarifvertrag zu schreiben, betriebsbedingte Kündigungen sind nur mit Zustimmung des Betriebsrats zulässig?

Martin Franzen:

Das würde ich für vereinbar halten – nicht jedoch für erzwingbar, also nicht durch **48** Arbeitskampfandrohung, auch nicht durch abstrakten Arbeitskampfdruck. Wenn der Arbeitgeber Nein sagt, dann wird das nicht gemacht. Man kann es jedoch in den Tarifvertrag schreiben.

Dr. Jens Thau, Arbeitgeberverband des privaten Bankengewerbes:

Ich habe zwei Anmerkungen. Einmal zu der Frage der Erweiterung von Mitbestimmungsrechten. In der neuen Literatur dazu, wie etwa in der Habilitationsschrift von *Waltermann*, wird die Betriebsverfassung ja aus gutem Grund als echte Eingriffsnorm verstanden. Und ich meine, daß das auch sinnvoll ist. Und in der Tat denke ich, daß das den Tarifvertragsparteien Grenzen setzt. Denn da ist wohl der Außenseiter und sind damit auch verfassungsrechtliche Probleme berührt. **49**

Nun zur Frage der Trennung von Erkämpfbarkeit und Regelbarkeit. Ich meine, wir sind hier heute zusammengekommen, um auch etwas Rechtssicherheit zu erlangen. Sicher, die Diskussion ist gut. Ich finde sie auch notwendig. Ich glaube nur, daß ein neues Feld aufgemacht wird, das jedenfalls in der praktischen Handhabung zu großer Unsicherheit führt. Wenn man beginnt mit dem *Gutzeitschen* Verfassungsdschungel, dann müßte man ja schon mal fragen, inwieweit der Gesetzgeber – wo doch Art. 9 Abs. 3 Satz 2 selbst für große Notfälle dem Gesetzgeber enge Grenzen setzt –, in das Arbeitskampfrecht eingreifen kann und so ohne weiteres im Rahmen seiner normalen Regelungskompetenz hier Kampfverbote aufgestellt werden können. Aber die Diskussion ist kompliziert! Wir können es nicht vertiefen. Wir sind uns jedenfalls in der wissenschaftlichen Diskussion darüber einig, daß wenn die Tarifvertragsparteien auf die Betriebsverfassung verweisen, sie nicht etwa Kompetenz und Zuordnungsnorm verändern können. Ich meine, daß das auch dann gilt, wenn der Gesetzgeber auf die Tarifvertragsordnung verweist. Auch dann muß er das Gebilde so nehmen, wie es ist, wie es der Verfassungsgeber vorgegeben hat, mit Arbeitskampfmöglichkeit. Und ich verstehe auch das Argument, das sie zum Gleichklang benutzen, das man sicherlich so verwenden kann, eher in unterschiedlicher Richtung. Wenn der Gesetzgeber ausdrücklich nicht den Betriebsparteien, die eben durch Friedenspflicht gebunden sind, eine Materie zur Regelung übergibt, sondern gerade den Tarifparteien, dies gerade deshalb geschieht, um eben die Arbeitskampfmöglichkeit zu eröffnen. Den Zweck der Norm halte ich für ein taugliches Kriterium, etwa im Kündigungsschutzrechtlichen Bereich, den sie genannt haben, im betriebsverfassungsrechtlichen Bereich nicht. Der Grund dafür ist, wir haben es angesprochen, daß § 3 TVG ja die betriebsverfassungsrechtlichen Normen auch für die

Außenseiter eröffnet und deswegen jedenfalls nach meinem Verständnis Art. 9 Abs. 3 zu einer restriktiven Auslegung zum Außenseiterschutz zwingt.

Ich meine im Ergebnis, daß der richtige Ansatz für die Frage nach Kampfmöglichkeit nicht einzig und allein die Friedenspflicht ist, jedenfalls nach gegenwärtigem Gesetzesstand. Daß man also über ein Verständnis der Friedenspflicht auch insbesondere über das Verständnis von Regelungszusammenhängen, die in einem Tarifvertrag enthalten sind, zu Lösungen kommt, die Ihnen sehr nahe sind. Wir hatten eine ähnliche Diskussion vor geraumer Zeit auf Verbandsebene, wo wir uns nicht sicher waren, was kann § 77 Abs. 3 BetrVG, was kann das Günstigkeitsprinzip? Und genau so ist es hier auch: Daß ein richtiges Verständnis der Friedenspflicht uns hier weiterhilft und wir uns nicht auf das Terrain der Kampfverbote begeben müssen.

Martin Franzen:

- 50 Ja, Herr *Thau*. Sie haben meinen Einwand aufgegriffen, den ich vorhin gegen mich selbst anführen wollte. Ich sehe also, Sie haben das entwickelt. Genau diesen Verfassungsdschungel, wie Sie es genannt haben, die Rechtsunsicherheit in dem Bereich, das sehe ich natürlich auch. Wenn wir versuchen, eine praktische Konkordanz zwischen zwei Grundrechten herzustellen, dann wissen wir nie, was dabei rauskommt. Das ist ein Problem. Nur habe ich aber immerhin auch klare Aussagen gemacht. Ich habe gesagt, Tarifverträge nach § 1 Abs. 4 KSchG sind nicht erstreikbar – das ist ja immerhin etwas – oder auch nach anderen Vorschriften. Also, insofern habe ich versucht, ein bißchen zur Rechtssicherheit beizutragen.

Professor Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg:

- 51 Ich möchte nur noch auf ein Folgeproblem aufmerksam machen. Herr *Franzen*, die Auffassung der Nichterstreikbarkeit zementiert, denke ich, den Grundsatz: Wer zuerst kommt, mahlt zuerst. Wenn sie als Arbeitgeber mit der heute offenbar wieder erstarkten christlichen Gewerkschaft einen Tarifvertrag über den Gegenstand des § 3 abschließen oder bei der Bahn mit einer der konkurrierenden Gewerkschaft oder vielleicht Herr *Wallisch* mit der Vereinigung Cockpit für die Lufthansa, steht alles fest. Sie haben den Tarifvertrag, der gilt, einen anderen Tarifvertrag können sie nicht erkämpfen und betriebsverfassungsrechtlich können sie nach § 3 eigentlich auch nichts machen. Und darin steckt doch ein gewisses Problem.

Martin Franzen:

- 52 Ich würde das genauso sehen wie Sie. Man sagt: Prioritätsprinzip, um die Tarifkonkurrenz aufzulösen. Aber modifiziert: Die Gewerkschaft, die den Tarifvertrag schließen will, muß alle Gewerkschaften mit ins Boot holen, die tarifzuständig sind. Das kann man aus diesen unbestimmten Rechtsbegriffen in § 3 BetrVG folgern, denn wer Tarifverträge im Rahmen des § 3 BetrVG schließen will, ohne Tarifkonkurrenzen

von vornherein zu vermeiden, der dient eben nicht der sachgerechten Wahrnehmung der Interessen der Arbeitnehmer.

Volker Rieble:

Vielen herzlichen Dank, Herr *Franzen*. Das war eine sehr schöne Diskussion. Ich möchte mich dann auch gleich von Ihnen verabschieden, aber nicht ohne Ihnen noch mit auf den Heimweg zu geben, daß ich selbst nicht weiß, was man machen soll. Was ist denn eigentlich mit der Nachwirkung? Wenn man so eine Regelung einmal hat, wie kommt man dann von dieser wieder los, wenn man das nicht erkämpfen darf? **53**

Ich habe zu danken, an allererster Stelle natürlich den Referentendie mir einen spannenden Tag bereitet haben. Ich besuche ja viele Kongresse und habe mich – heute natürlich auch als Veranstalter – selten so wenig gelangweilt. Ich darf dem Publikum danken, vor allem den Diskutanten, es kamen viele Wortmeldungen. Ich war manchmal rigide mit Ihnen, aber Sie müssen zugeben, daß nur zehn Minuten Gesamtüberziehung für einen Kongreß dieser Art ein Rekord sind. Deshalb sehen Sie es mir bitte nach. Ich darf auch allen anderen danken. Die Pisa-Studie ist jedenfalls für den Bereich des Arbeitskampfrechts widerlegt. Sie haben wunderbar durchgehalten, ich habe eigentlich keine schlafenden Gesichter gesehen, aber ich sehe ja auch nicht ganz so gut. Also Kompliment an das Publikum. **54**

Sie können sich schon vormerken, daß es im nächsten Jahr wieder zwei Kongresse geben wird. Die Termine werden Ihnen noch mitgeteilt.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Auffassung	BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
aaO.	am angegebenen Ort	BPersVG	Bundespersonal- vertretungsgesetz
abl.	ablehnend	BTDrucks	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Abs.	Absatz	BVerfG.....	Bundesverfassungs- gericht
abw.	abweichend	BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
AcP	Archiv für civilistische Praxis	bzw.	beziehungsweise
ähnli.	ähnlich	DB	Der Betrieb
AFG.....	Arbeitsförderungsgesetz	ders.	derselbe
AG	Aktiengesellschaft	d.h.....	das heißt
AiB.....	Arbeitsrecht im Betrieb	dies.....	dieselben
Anh.	Anhang	Diss.	Dissertation
Anm.	Anmerkung	Drucks.....	Drucksache
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis	dt.	deutsche/r/s
ArbG	Arbeitsgericht	EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz	Einl.	Einleitung
ArbR.....	Das Arbeitsrecht	Engl.	Englisch
ArbRdG.....	Das Arbeitsrecht der Gegenwart	ERA.....	Entgeltrahmen- tarifvertrag
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie	ErfK	Erfurter Kommentar
Art.	Artikel	ESC.....	Europäische Sozialcharta
Artt.	Artikel (Pl.)	etc.....	et cetera
AÜG	Arbeitnehmerüber- lassungsgesetz	EU	Europäische Union
Aufl.	Aufl.	EuGH	Europäischer Gerichtshof
AuR.....	Arbeit und Recht	EUV.....	Vertrag über die Europäische Union
ausführl.	ausführlich	EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht	f.	folgende Seite
BAGE.....	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	Fa.	Firma
BB.....	Der Betriebs-Berater	FA.....	Fachanwalt Arbeitsrecht
Bd.	Band		
Beil.	Beilage		
bes.....	besonders		
Beschl.	Beschluß		
BetrVG.....	Betriebs- verfassungsgesetz		
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch		
BGH	Bundesgerichtshof		
Bl.....	Blatt		

FAZ.....	Frankfurter Allgemeine Zeitung	m.w.N.....	mit weiteren Nachweisen
ff.	folgende Seiten	Nachw.....	Nachweis
Fn.....	Fußnote	NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
FS	Festschrift	NLRA	National Labor Relations Act
gem.	gemäß	Nr.....	Nummer
GewO	Gewerbeordnung	NRW	Nordrhein-Westfalen
GG.....	Grundgesetz	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ggf.....	gegebenenfalls	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtssprechungs-Report
g.h.M.	ganz herrschende Meinung	o.	oben
GK.....	Gemeinschaftskommentar	ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
grdl.	grundlegend	ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
GS	Großer Senat; Gedächtnisschrift	RdA	Recht der Arbeit
Hg.	Herausgeber	rev.	revidierte Fassung
h.M.....	herrschende Meinung	RG.....	Reichsgericht
hrsg.....	herausgegeben	RGRK.....	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (früher: Kommentar der Reichsgerichtsräte)
IG Metall	Industriegewerkschaft Metall	RGZ.....	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
insb.	insbesondere	Rn.....	Randnummer
i.E.	im Ergebnis	Rs.	Rechtssache
i.S.	im Sinne	Rspr.....	Rechtsprechung
i.S.d.	im Sinne des/der	S.....	Seite; Satz
i.S.v.	im Sinne von	s.	siehe
i.ü.	im übrigen	s.a.....	siehe auch
JA.....	Juristische Arbeitsblätter	SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
jew.	jeweils	SGB.....	Sozialgesetzbuch
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts	Slg.	Sammlung
JITE	Journal of institutional and theoretical economics	sog.	sogenannte/r/s
JW	Juristische Wochenschrift	Std.	Stunde
JZ.....	Juristenzeitung	StGB.....	Strafgesetzbuch
krit.	kritisch	SZ	Süddeutsche Zeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz		
LAG	Landesarbeitsgericht		
Lit.	Literatur		
m.E.	meines Erachtens		
Mio.	Million/en		
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht		

TVG.....	Tarifvertragsgesetz	zahlr.....	zahlreiche/n
TVVO.....	Tarifvertragsordnung	z.B.....	zum Beispiel
u.....	und; unten	ZEW.....	Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
v.a.	vor allem	ZfA.....	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Verf.	Verfasser	ZIP.....	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Verhdlg.....	Verhandlung	ZRP.....	Zeitschrift für Rechtspolitik
vgl.	vergleiche	z.T.	zum Teil
VVDStRL.....	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer	ZTR.....	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
VW.....	Volkswagen	zust.	zustimmend
WRV.....	Weimarer Reichsverfassung	zutr.	zutreffend
ZAAR.....	Zentrum für Arbeits- beziehungen und Arbeitsrecht		

Sachregister

Abfindung § 3 36

Angriffsaussperrung § 4 2,
§ 4 6, § 4 31, § 4 38,
§ 6 41

- rechtssichere § 4 2

Arbeits- und Wirtschafts-
bedingungen § 3 16,
§ 3 17, § 6 28, § 6 47

- Begriff § 6 4

Arbeitskampf

- Angriffsaussperrung
§ 4 2, § 4 6

- Aussperrung § 2 49

- Befugnis § 3 17, § 6 9

- Begriff § 4 14, § 4 35,
§ 4 48

- betriebsverfassungs-
widriger § 2 43, § 6 4

- Betriebsrat § 2 41

- Effizienz § 1 10

- Erklärung in Schriftform
§ 2 16

- Gemeinwohlverletzung
§ 2 18

- Gewährleistung § 6 10

- Konfliktkosten § 1 12

- Legitimation durch
Mitglieder § 2 8

- Objektivierung der
Tarifpolitik § 2 31

- ökonomische Erklärung
§ 1 8, § 1 11

- Rechtssicherheit § 6 49

- Rechtsunsicherheit
§ 6 39, § 6 40

- Richterrecht § 2 2

- Schadensersatz § 2 49

- Schlichtungsgebot
§ 2 19, § 2 41

- ultima-ratio § 1 7,
§ 2 1, § 2 2, § 2 37,
§ 2 45

- Urabstimmung § 5 39

- Verhältnismäßigkeits-
grundsatz § 2 2, § 6 7

- Warnaussperrung
§ 2 16

- Warnstreik § 2 15

- wilder Streik § 2 41

- zur Standortsicherung
§ 3 7

Arbeitskampfbefugnis

- Grenzen § 3 17

Arbeitskampfrisiko § 5 33

- Abkehr von
Normativität § 5 14

- Betriebs- und
Wirtschaftsrisiko § 5 37

- BGB-kompatible
Ansätze § 5 20

- de lege ferenda § 5 29

- hypothetischer Streik
§ 5 22, § 5 34, § 5 35

- Kampfparität § 5 7,
§ 5 33

- Partizipation § 5 27,
§ 5 31, § 5 34,
§ 5 35, § 5 39

- Problem § 5 1

- Risikolehre § 5 7

- Sphärenlösung § 5 6

- Tyrannei der Werte
§ 5 15, § 5 35

- verfassungs-
methodische Ein-
ordnung § 5 9

Außenseiter

- Arbeitnehmer § 3 33,
§ 6 18

- Schutz § 3 33

Aussperrung § 2 49

- individualrechtliche
Arbeitskampftheorie
§ 4 12

Bargaining-Modell § 1 9

Berufsfreiheit § 3 19,
§ 6 20, § 6 33

Betriebsänderung § 3 10,
§ 3 31, § 6 33

Betriebsbesetzung § 2 41,
§ 2 42, § 4 3

- Besitzschutz § 2 42

- Eingriff in den
Gewerbebetrieb § 2 42

Betriebsblockaden § 2 42

Betriebsnormen § 3 14

Betriebsschließung § 4 6,
§ 4 9, § 4 19

- Androhung § 4 8,
§ 4 12

- unternehmerische
Entscheidungsfreiheit
§ 4 21

Boycott § 4 3, § 4 17

Burda-Entscheidung § 3 1

Chicken-Game § 1 40,
§ 4 39

- Begriff § 1 18

collective voice § 1 9

Dilemmastruktur

- Begriff § 1 20

- Kampfspiel § 1 24

Eigentumsfreiheit

§ 3 19

Einigungszwang § 6 7

Entgeltfortzahlung

- hypothetische Betrachtungsweise
§ 5 23, § 5 24

Europäische Gesellschaft
§ 6 7Europäische Sozialcharta
§ 3 27Europäischer Betriebsrat
§ 6 7**Flächentarifvertrag
§ 3 37**

- Friedenspflicht **§ 3 39**
- absolute **§ 2 14**
- Begriff **§ 2 11**
- betriebsverfassungsrechtliche **§ 3 44**
- tarifvertragliche **§ 4 26**

Gewerkschaften

- Betätigungsfreiheit
§ 3 8
 - Fundamentalopposition
§ 1 11
 - Interessenvertreter
§ 3 32
 - Kartelle der Arbeitsanbieter **§ 1 8**
 - öffentliche Aufgaben
§ 3 32
 - Ordnungsfunktion **§ 1 9**
- Gleichgewichts-Ökonomie
§ 1 10

Grundrecht

- kollektives **§ 3 18**

Grundrechtsbindung

- eingeschränkte **§ 6 12**
- Gutzeitscher Verfassungs-
dschungel **§ 6 49**

Humankapital § 1 4

- Wettbewerb **§ 1 8**

IG Metall

- Legitimationskrise
§ 1 13
- Informationsasymmetrie
§ 1 29
- Institutionenökonomik
- Begriff **§ 1 5**
- Interaktionsökonomik
§ 1 14, § 1 15
- Interessenausgleich
§ 3 40

Kampfmittel

- Begriff **§ 4 13, § 4 15**
- Betriebsschließung
§ 4 37
- Boykott **§ 4 17**
- Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
§ 4 29
- individual **§ 4 12**
- kollektiv **§ 4 12**
- Standortverlagerung
§ 4 6
- Zulässigkeit neuer
§ 4 13

Kampfmittelfreiheit

- Grundsatz **§ 2 2, § 4 13**

Kampfparität **§ 4 24, § 5 7, § 5 33**

- faktische **§ 1 12**
- Grundsatz **§ 2 2**
- Paritätsstörung **§ 5 8**
- Verschiebung **§ 4 24**

Kampfverbot

- betriebsverfassungsrechtliches **§ 6 5**

Kartell

- der Arbeitsanbieter
§ 1 8
- der Arbeitsnachfrager
§ 1 8

Kernbereichslehre **§ 3 18**kollektives Betteln **§ 6 1**

Konfliktlösungs-

mechanismus **§ 6 7**Kontrahierungszwang
§ 3 35Kontrollratsgesetz Nr. 35
§ 2 21

Kündigungsfrist

- Verlängerung **§ 3 34, § 3 38**

Legitimationsbrücke**§ 6 18, § 6 46**Lohnrigidität **§ 1 5****Massenänderungs-
kündigung § 4 2,****§ 4 12, § 4 31**Massenbeendigungs-
kündigung **§ 4 12**Mindestlohn **§ 2 34**

Ministerkomitee des

Europarates **§ 3 27**Monopolmodell **§ 1 8**moral hazard-Problem
§ 1 26, § 1 27**National Labor****Relations Act § 1 26,**
§ 1 37, § 3 64Niederlassungsfreiheit
§ 3 28Nullsummenspiel **§ 1 22,**
§ 1 36, § 1 38**Optimierungsgebot****§ 5 9, § 5 10, § 5 12**

- Abkehr von Normativität **§ 5 14**
- Tyrannei der Werte
§ 5 15

Paritätsprinzip § 4 24

praktische Kondordanz

§ 6 33

praktische Konkordanz

§ 3 19, § 3 20, § 6 11

Preistheorie

- ökonomische **§ 1 4**
- principal-agent-Theorie **§ 1 33**

Privatautonomie

- kollektive **§ 1 3**
- Professorenentwurf **§ 2 39, § 5 29, § 5 38**

Qualifizierungs- maßnahmen **§ 3 35,** **§ 3 38**

Rationalisierungs- schutzabkommen **§ 3 49**

- Rationalisierungsschutz-
tarifverträge **§ 6 11**
- Realwissenschaft **§ 1 3**
- Rechtsdogmatik
- Begriff **§ 1 1**
- Rechtspolitik
- Begriff **§ 1 1**
- Reichsgericht
- Totengräber des BGB **§ 5 2**
- Rühreitheorie **§ 6 39,**
§ 6 40

Schlichtung

- Badisches Landesgesetz
über das Schlichtungs-
wesen **§ 2 21**
- Bundesschlichtung **§ 2 21**
- Kontrollratsgesetz
Nr. 35 **§ 2 21**
- Schlichtungsgebot **§ 2 19, § 2 41**
- Schlichtungszwang **§ 2 52**
- staatliche **§ 2 21,**
§ 2 27
- tariflich vereinbarte **§ 2 23**
- Zwang **§ 3 44**

Schlichtungsstelle

- Rechte der **§ 2 21**
- Schlichtungszwang **§ 2 52**
- Schönwetterarbeitsrecht **§ 4 3**

Sozialauswahl **§ 6 30**

- unbestimmter
Rechtsbegriff **§ 6 30**
- Sozialplan **§ 3 36, § 3 40,**
§ 3 42
- Gleichbehandlungs-
grundsatz **§ 3 51,**
§ 3 56, § 3 61

Sperrwirkung

- § 111 BetrVG **§ 3 40,**
§ 3 42, § 3 45, § 3 52

Spieltheorie **§ 1 14**

- Staatsversagen **§ 1 17,**
§ 1 36

Standortentscheidung

- Arbeitskampffreiheit **§ 3 56**
- betriebliche Frage (§ 1
TVG) **§ 3 14**
- unternehmerische **§ 3 7, § 3 13, § 3 46**

Standortverlagerung

- § 4 6, § 4 9**
- Androhung **§ 4 9**

Streik

- Geiselaft **§ 1 13**
- Kosten-Nutzen-Relation **§ 1 12**
- pareto-superiore
Lösung **§ 1 12**
- Schadensersatz **§ 2 49**
- ultima ratio **§ 1 7**

Streikbefugnis **§ 3 12**

- Streikbruchprämie **§ 4 7,**
§ 4 49

Supremecourt **§ 3 64**Tarifautonomie **§ 6 12**

- Legitimation **§ 2 7**
- Zweck **§ 4 26**
- Tarifdispositivität **§ 6 9**

Tariflandschaft **§ 4 41**

Tarifpolitik

- Objektivierung **§ 2 31**

Tarifvertrag

- Erweiterung der
Mitbestimmungsrechte
des Betriebsrates **§ 6 26**
- Regelungsbefugnis **§ 6 9**
- schuldrechtlicher Teil **§ 3 15**

Tarifvertragsparteien

- Legitimation **§ 6 18**

Transaktionskosten **§ 1 10**

Unternehmerautonomie **§ 3 8, § 3 19, § 3 22,** **§ 6 19**

Urabstimmung

- Gebot **§ 1 38, § 2 7,**
§ 2 9
- Kontrolle **§ 2 9, § 2 49**

Verbände-Gesetz **§ 1 37**Verelendungstheorie **§ 1 8**

wage-drift **§ 1 34,** **§ 1 35**

Wagner-Act **§ 1 28,** **§ 1 37, § 3 64**

Warnaussperrung **§ 2 16,** **§ 2 50**

Warnstreik **§ 1 13,** **§ 2 15, § 2 49**

- Demonstration der
Kampfbereitschaft **§ 2 15, § 2 50**
- Instrument zur
Mitgliederwerbung **§ 2 53**

- Rechtsprechung des BAG **§ 2 50**

- Scheitern der
Tarifverhandlungen **§ 2 16, § 2 49**

- verhandlungsbegleitend § 2 15, § 2 49 Wegzugsfälle § 3 28	Wirtschaftsbedingungen § 3 17, § 6 4	Zwangskollektivierung § 6 44 Zwangsschlichtung § 3 44
---	---	--