

Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 43

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung

14. ZAAR-Kongress
München, 28. April 2017



ZAAR Verlag München 2018

Bibliografische Information der Deutschen National-
bibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese
Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2018 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-38-1

Vorwort

In den letzten Jahren haben sich Funktion und Reichweite von Arbeitskämpfen erweitert. Ging es früher nur darum, Druck auf den Verhandlungspartner im Tarifkonflikt auszuüben, rücken heute Faktoren wie die Profilierung gegenüber Konkurrenzgewerkschaften und die Mitgliederwerbung in den Fokus. Gleichzeitig vergrößert sich mit der richterlichen Freigabe aktiver und passiver Drittbeteiligung das Feld der Akteure. Das treibt die Konflikte. Infolgedessen versucht die Praxis zunehmend, durch den Abschluss kollektiver Verträge den Auseinandersetzungen ein Mindestmaß an Struktur und Vorhersehbarkeit zu verschaffen. Inhalt der betreffenden Vereinbarungen sind Verhandlungspflichten sowie Mediations- und Schlichtungsverfahren. Das Ziel, Eskalationen zu verhindern, wird dabei teilweise erreicht. Konfliktregulierung hilft zumindest dabei, Aggressionsschübe abzumildern und Wege aus der Sackgasse zu finden. Eine vernünftige Terminierung von Gesprächen, die passende Platzierung sogenannter *cool-down*-Phasen, der Einsatz erfahrener Mediatoren und die Anrufung angesehener Schlichter können oft das Schlimmste verhindern, allerdings nicht immer.

Wir möchten Sie einladen, mit uns über die neuen Arbeitskämpfe und ihre verhandlungstechnische Prävention zu diskutieren.

München, April 2017

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Frank Bayreuther</i>	
Wohin bewegt sich das Arbeitskampfrecht? – Neue Kampfformen, veränderte Streikziele, mehr Drittwirkung.....	15
Diskussion	50
 <i>Franz Marhold</i>	
Theorie und Praxis der österreichischen Kollektivvertrags- verhandlungen.....	53
Diskussion	69
 <i>Clemens Höpfner</i>	
Rechtsfragen der Schlichtung.....	71
Diskussion	90
 <i>Florian Weh</i>	
Schlichtung und Mediation im kollektiven Konflikt	91
Diskussion	113
 Sachregister	 115

Autoren

Bayreuther, Frank, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Passau

Höpfner, Clemens, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Münster

Marhold, Franz, Dr. iur., ordentlicher Professor für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Wirtschaftsuniversität Wien

Weh, Florian, Hauptgeschäftsführer Arbeitgeberverband Luftverkehr e.V., Frankfurt/Main

Abkürzungen

a.D.	außer Dienst	BGB	Bürgerliches Ge- setzbuch
ABl. AHK.....	Amtsblatt der Al- liierten Hohen Kommission	BGBI.	Bundesgesetzblatt
Abs.	Absatz, Absätze	BGH.....	Bundesgerichts- hof
AEntG.....	Arbeitnehmer- Entsendegesetz	Blg KNV.....	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen
AG	Aktiengesellschaft	BVerfG.....	Bundesverfas- sungsgericht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	bzw.	beziehungsweise
ArbG	Arbeitsgericht	ca.	circa
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	DAG.....	Deutsche Ange- stellten- Gewerkschaft
ArbRB.....	Der Arbeits- rechtsberater (Zeitschrift)	DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)
Art.	Artikel	ders.	derselbe
ASoK.....	Arbeits- und So- zialrechtsKartei	DFS.....	Deutsche Flugsich- erung
Aufl.	Auflage	DGB.....	Deutscher Ge- werkschaftsbund
AÜG.....	Arbeitnehmer- überlassungsge- setz	DRdA.....	Das Recht der Ar- beit (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	e.V.	eingetragener Verein
BAG	Bundesarbeits- gericht	EFZG	Entgeltfortzah- lungsgesetz
BAGE.....	Entscheidungen des Bundesar- beitsgerichts	ELLJ	European Labour Law Journal
BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)	EMRK.....	Europäische Menschenrechts- konvention
BDA	Bundesvereini- gung der Deut- schen Arbeitge- berverbände	ErlRV.....	Erläuterungen zur Regierungs- vorlage
BeckRS	Beck-Recht- sprechung	ESC.....	Europäische So- zialcharta
BetrVG.....	Betriebsverfas- sungsgesetz	et al.....	et al.
		etc.....	et cetera
		EuGH.....	Europäischer Ge- richtshof

EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht	LSchlO	Landesschlichtungsordnung
f., ff.	folgende	m.E.....	meines Erachtens
FA.....	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)	m.w.N.....	mit weiteren Nachweisen
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	n.	numero
Fn.....	Fußnote, Fußnoten	n.v.	nicht veröffentlicht
FS	Festschrift	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
GdF	Gewerkschaft der Flugsicherung	NJW-RR.....	NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
GdL	Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer	Nr.	Nummer, Nummern
GG	Grundgesetz	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ggf.	gegebenenfalls	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	o.g.	oben genannten
grundl.	grundlegend	ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)	ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
GVBl.....	Gesetz- und Verordnungsblatt	OGH	Oberster Gerichtshof
HNO.....	Hals-Nasen-Ohren	ÖTV	Gewerkschaft Öffentlicher Dienste, Transport und Verkehr
Hrsg.	Herausgeber	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
i.d.R.	in der Regel		
JW.....	Juristische Woche (Zeitschrift)		
JZ.....	Juristenzeitung		
Kita	Kindertagesstätte		
KRG	Kontrollratsgesetz		
l.	lege		
LAG	Landesarbeitsgericht		
LH	Lufthansa		

RdTW	Recht der Transportwirtschaft (Zeitschrift)	WRV	Weimarer Reichsverfassung
RGBL	Reichsgesetzblatt	WSI-Mitteil. ...	Mitteilungen des Wirtschafts- und Sozialwiss. Instituts der Hans- Böckler-Stiftung
Rn.	Randnummer, Randnummern	z.B.	zum Beispiel
s., S.	siehe, Seite, Seiten	ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
s.o.	siehe oben	ZAF	Zeitschrift für ArbeitsmarktFor- schung
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)	ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
SchliVO	Verordnung über das Schlichtungswesen	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
SGB	Sozialgesetzbuch		
sog.	sogenannte, sogenannter, sogenannten		
SZ	Süddeutsche Zeitung		
TUI	Touristik Union International		
TVG	Tarifvertragsgesetz		
TVVO	Tarifvertragsverordnung		
u.a.	und andere, unter anderem		
UFO	Unabhängige Flugbegleiter Organisation		
usw.	und so weiter		
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft		
vgl.	vergleiche		
VwGH	Verwaltungsgerichtshof Österreich		
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)		

Wohin bewegt sich das Arbeitskampfrecht? – Neue Streikformen, veränderte Kampfziele, mehr Drittwirkung*

Frank Bayreuther

Seite

I. Auf dem Weg zu einem veränderten Streikrecht.....	16
II. Aktuelle Probleme des Arbeitskampfs im Einzelnen.....	18
1. Die Etablierung der freien Kampfmittelwahl in den späten 2000er Jahren.....	18
2. Tradierte Kampfformen und überschießende Tendenzen – vom Sozialplantarifvertrag zum Flashmob.....	20
a) Sozialplantarifvertrag	20
b) Sympathiestreik.....	22
c) Flashmob	24
3. Go sick – der nächste Schritt?.....	27
4. Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge.....	31
a) Erhöhte Streikfrequenzen?.....	31
b) Gemeinwohlbelange als Grenze für die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen?	33
aa) Der dogmatische Ansatz	33
bb) Umsetzungsprobleme in der Realität.....	34
cc) Die dogmatische Achillesferse: Grundrechtliche „Prozessstandschaft“ des Arbeitgebers?.....	36
5. Keine Regulierung über das Schadensersatzrecht.....	38
a) Fallgestaltungen	38
b) Keine Erstreckung der tarifvertraglichen Friedenspflicht auf Drittbetroffene.....	39
c) Deliktsrechtlicher Schutz	40
III. Zusammenfassung.....	47
Diskussion	50

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung* (München 2018), S. 15-49

* Vortrag auf dem 14. ZAAR-Kongress „Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung“ am 28.4. 2017. Der Beitrag basiert weitgehend auf dem Vortragsmanuskript. Nachweise wurden vor allem zur Identifikation der im Vortrag angesprochenen Gerichtsurteile und Zitate nachgetragen.

I. Auf dem Weg zu einem veränderten Streikrecht

Fast zwei Jahrzehnte war es um das Arbeitskampfrecht still geblieben. In den 1980er Jahren erregten zuletzt die vier Warnstreikentscheidungen des BAG¹ sowie dessen Aussperrungsarithmetik² die Gemüter. Betrachtet man die damalige Diskussion rückblickend und im Licht der sich gegenwärtig stellenden Herausforderungen, erscheint der seinerzeitige Streitstand vergleichsweise harmlos. Beinahe mag man sich fragen, warum denn eigentlich so hitzig über Warnstreik und Aussperrung gestritten wurde; manchen Betrachter mag sogar der Eindruck beschleichen, in eine gute alte Zeit zu blicken.

Jedenfalls aber schien die vierte Warnstreikentscheidung des BAG Ende der 1980er Jahre nach politisch bewegten Zeiten für einen gewissen Burgfrieden gesorgt zu haben. Die Arbeitgeber hatten sich trotz aller Kritik mit der Rechtsprechung arrangiert, neue Beweglichkeit und Warnstreiks prägten fortan die gewerkschaftliche Kampfstrategie. Aussperrungen fanden faktisch nicht mehr statt und überhaupt ergaben sich mit der Wiedervereinigung, dem technologischen Wandel und der beginnenden Globalisierung für Unternehmen, Arbeitnehmer und Gewerkschaften erst einmal ganz andere Herausforderungen. Hätte also ein arbeitsrechtliches Forschungsinstitut wie das ZAAR Ende der 1990er Jahre zu einer Veranstaltung zum Arbeitskampfrecht geladen, wäre das wohl eher auf Verwunderung gestoßen.

Freilich war es nur eine Frage der Zeit, bis die veränderten wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Rahmenbedingungen auch das kollektive Arbeitsrecht erreichen würden. Zunächst einmal war allerdings das Tarifrecht gefordert (betriebliche Bündnisse für Arbeit, Tarifflicht, betriebsnahe Tarifpolitik, Tarifvertrag im Betriebsübergang, Bezugnahmeabreden usw.). Dagegen erst verhältnismäßig spät wurde das Arbeitskampfrecht angesprochen, dieses dann aber umso heftiger herausgefordert. Und spätestens ab der zweiten Hälfte der 2000er Jahre sah sich schließlich auch das BAG mit zahlreichen streikrechtlichen Grundsatzfragen konfrontiert, deren Entscheidung jedenfalls in ihrer Gesamtheit in ein partiell neujustiertes Arbeitskampfrecht mündete. Und dabei sind trotz aller Bemühungen in Rechtsprechung und Wissenschaft die sich für die Praxis stellenden Herausforderungen bislang noch keineswegs abschließend bewältigt.

1 BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, DB 1977, 824; BAG 12.9.1984 – 1 AZR 420/83, juris; BAG 29.1.1985 – 1 AZR 179/84, DB 1985, 1697; BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, NZA 1988, 846.

2 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 331/79, NJW 1980, 1653.

Den ersten Schritt auf diesem Weg geht das BAG 2002³ mit einer Entscheidung, wonach Streiks auf Abschluss eines Haustarifvertrags auch dann zulässig sein können, wenn sie sich gegen einen verbandsangehörigen Arbeitgeber richten und zwar selbst für den Fall, dass auf Verbandsebene bereits ein Tarifvertrag besteht. Derartige Arbeitskämpfe verletzen nicht die positive Koalitionsfreiheit des einzelnen Arbeitgebers, obgleich dieser mit dem Beitritt in den Verband dort typischerweise auch Schutz vor Streikmaßnahmen der Gewerkschaft sucht. Grenzen setzt solchen Arbeitskämpfen allerdings die aus dem Verbandstarifvertrag ausfließende Friedenspflicht. Diese ist (grob gesprochen) drittschützend zu Gunsten der Verbandsmitglieder, so dass gegenüber dem einzelnen Arbeitgeber keine Forderungen mehr erhoben werden dürfen, die Regelungsgegenstände betreffen, die bereits im Tarifvertrag angesprochen sind.

Wenngleich sich auch diese Entscheidung einiger Kritik ausgesetzt sah, kommt sie im Gesamtkontext der nachfolgenden Judikatur doch noch vergleichsweise harmlos daher. Ein erstes wirkliches Ausrufezeichen bildete hingegen das Urteil zur Zulässigkeit von Streiks auf Abschluss eines Sozialplantarifvertrags (2007).⁴ Die Diskussion darüber hatte sich noch nicht annähernd gelegt, als das BAG noch im selben Jahr den Unterstützungsarbeitskampf partiell neu bewertete.⁵ Galt dieser nach früheren Urteilen des BAG⁶ im Regelfall als unzulässig, erklärte der 1. Senat ihn für grundsätzlich rechtmäßig. Damit schien dann auch die Tür für den Einbezug von Dritten in das Arbeitskampfgeschehen schon einen Spalt breit geöffnet.

Und tatsächlich bildete die Beteiligung Dritter bzw. die Drittwirkung von Arbeitskämpfen dann auch den Gegenstand sämtlicher nachfolgender höchstrichterlicher Entscheidungen zum Streikrecht. Ohne Zweifel die meiste Aufmerksamkeit verdient dabei die Flashmob-Entscheidung des BAG⁷, die später durch das BVerfG bestätigt wurde.⁸ Schließlich hatte sich das BAG in jüngster Zeit in einer Serie von gleich drei Urteilen mit den Drittschäden von Arbeitskämpfen im Bereich der Daseinsvorsorge auseinanderzusetzen.⁹ Die für die beteiligten Akteure aber auch für die Allgemeinheit vielleicht noch größeren Herausforderungen sind höchstrichterlich freilich noch nicht bewältigt: vermehrte Streiks im Bereich der Da-

3 BAG 10.12. 2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734.

4 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

5 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.

6 BAG 20.12. 1963 – 1 AZR 157/63, NJW 1964, 1291; BAG 5.3. 1985 – 1 AZR 468/83, NZA 1985, 504; BAG 12.1. 1988 – 1 AZR 219/86, NZA 1988, 474.

7 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

8 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493.

9 BAG 26.7. 2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543; BAG 25.8. 2015 – 1 AZR 875/13, NZA 2016, 179; BAG 25.8. 2015 – 1 AZR 754/13, NZA 2016, 47.

seinsvorsorge, Spartenarbeitskämpfe, Streiks mit betonter Drittwirkung oder ausufernde Kampfformen, wie etwa das „go-sick“ der TUIfly-Belegschaft.

Am Rande wäre dabei allerdings auch anzumerken, dass es Drittbeteiligungen natürlich auch auf der Arbeitgeberseite gibt. Der Einsatz von befristet eingestellten Arbeitnehmern („Streikbrechern“) oder aber der Einsatz von Leiharbeitnehmern (die mit der verfassungsrechtlich nicht völlig unproblematischen¹⁰ Neufassung des Überlassungsrechts [vgl. § 11 Abs. 5 AÜG] nunmehr unzulässig ist), ist dabei nur ein Gesichtspunkt. Eine größere Rolle spielt möglicherweise die Verlagerung von Arbeiten auf konzernverbundene Unternehmen, Drittunternehmen oder Dienstleister. Überlegungen, die Produktion insgesamt an Drittstandorte zu verlagern, kommen gegebenenfalls hinzu. Indes soll auf derartige Strategien hier schon deshalb nicht näher eingegangen werden, weil sich der Vortrag auf den Streik fokussieren soll, aber auch, weil sich derartige Maßnahmen nicht immer eindeutig von kampfunabhängigen unternehmerischen Entscheidungen abgrenzen lassen.

II. Aktuelle Probleme des Arbeitskampfs im Einzelnen

1. Die Etablierung der freien Kampfmittelwahl in den späten 2000er Jahren

Die soeben angesprochenen Urteile des BAG dürfen vor diesem Auditorium als bekannt vorausgesetzt werden, weshalb sie hier nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen, und auch soll auf die zahlreichen einfachrechtlichen Erwägungen, die für oder gegen die Sichtweise des BAG sprechen, nicht im Einzelnen eingegangen werden. Hierzu ist schon alles gesagt.

Wichtig erscheint an dieser Stelle vielmehr nur die Quintessenz, die sich aus all diesen Urteilen abstrahieren lässt: Der vom BAG im vergangenen Jahrzehnt herausgebildete Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel. Bis dato bestand eine Art *Numerus Clausus* zulässiger Arbeitskampfmittel. Freilich war dieser zu keiner Zeit so in Stein gemeißelt, wie es von den Kritikern der Rechtsprechung des BAG zuweilen kommuniziert wird und auch fand er sich so apodiktisch formuliert nicht in der früheren Rechtsprechung des Gerichts. Und doch bestand ein kaum hinterfragter *Common Sense* dahingehend, dass es einen Kanon zulässiger Arbeitskampfmittel gibt, der sich (abgesehen von bedeutungslosen Randerscheinungen

10 Boemke, (Kein) Einsatz von Leiharbeiterinnen als Streikbrecher, ZfA 2017, 1; ders., Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht – Recht der Arbeitnehmerüberlassung, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht, 2016, S. 99, 124; Lembke, AÜG-Reform 2017 – Eine Reformatio in Peius, NZA 2017, 1.

wie etwa dem Boykottaufruf), letztlich in der Vorenthaltung von Arbeit erschöpfte.

Diese Grundüberzeugung war letztlich durch den *Ultima Ratio*-Grundsatz getragen, der wiederum auf der Vorstellung basierte, dass ein Streik verhältnismäßig sein müsse und es eine objektive Überprüfung dahingehend geben könne bzw. müsse, ob der jeweilige Arbeitskampf dieser Voraussetzung genügt.

Vielleicht erfuhr dieser „strenge“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schon in den eingangs gestreiften Warnstreik-Entscheidungen eine erste, entscheidende Relativierung, als das BAG die Feststellung, ob friedliche Mittel zur Durchsetzung der Tarifforderung ausgeschöpft und gescheitert sind, alleine in die Beurteilungskompetenz der Gewerkschaft stellte.¹¹ Wirklich in Ablösung kommt er aber erst durch die Sozialplan- und Unterstützungstreik-Urteile des BAG im Jahr 2007. Vor allem in letzterem führt das Gericht ganz explizit aus, dass der kampfführenden Gewerkschaft, was die Wahl des Kampfmittels betrifft, eine Beurteilung- und Einschätzungsprärogative zustehe. Danach entscheidet alleine sie, ob ein Kampfmittel geeignet und erforderlich ist. Dieser Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum werde nur (aber immerhin!) durch eine abschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn beschränkt. Das eben mündet – wie seinerzeit insbesondere *Otto*¹² und *Rieble*¹³ herausgearbeitet haben – in den angesprochenen Grundsatz der freien Wahl des Kampfmittels, die lediglich durch eine letzte Hürde, nämlich eine eher schwach ausgeprägte Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne beschränkt ist.

Dogmatischer Anknüpfungspunkt des BAG waren dabei einige Passagen, die in der Entscheidung des BVerfG zur Aufgabe („Klarstellung“) der früheren Kernbereichslehre fallen.¹⁴ Dort heißt es, dass sich der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nicht nur auf die unerlässlichen Betätigungen der Koalitionen – und damit auf die traditionell anerkannten Arbeitskampfmittel Streik und Aussperrung – beschränkt, sondern sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen erstreckt.¹⁵ Freilich war darin noch nicht, zumindest nicht zwingend, die freie Wahl des Kampfmittels angelegt. Was das BVerfG sagen wollte war vielmehr wohl nur, dass die Koalition auch verfassungsrechtlichen Schutz erfährt, was Betätigungsrechte unterhalb der Schwelle des Arbeitskamps oder gar eines Gewerkschaftsverbots angeht. Gegenstand der Entscheidung war seinerzeit die Mitgliederwerbung im Betrieb. Bis dato war unklar, ob diese am Schutz

11 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86 (Fn. 1), I 3 b = Rn. 66 ff.

12 *Otto*, Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG, RdA 2010, 135.

13 *Rieble*, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506.

14 BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381.

15 BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92 (Fn. 14), 382.

des Art. 9 Abs. 3 GG teilnimmt oder nicht. Das BVerfG wollte „klarstellen“, dass dies natürlich der Fall ist, weil der Schutzbereich sämtliche Formen der gewerkschaftlichen Betätigung umfasst, umgekehrt dann aber auch Eingriffe in den Schutzbereich möglich sind und es insoweit einer herkömmlichen Konkordanzabwägung bedarf. Das heißt indes nicht, dass deshalb alles, was die Koalition im Rahmen eines Arbeitskampfs unternimmt, vom Grundrechtsschutz des Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt wäre, erst recht nicht, dass es kein kollidierendes Recht des sozialen Gegenspielers oder aber auch der Allgemeinheit gibt, die bestimmte Kampfmaßnahmen von vornherein ausschließen; jedenfalls aber nicht, dass der Gesetzgeber (die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung) nicht über eine Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen einen abstrakten Katalog zulässiger und unzulässiger Kampfmaßnahmen definieren könnte.

2. Tradierte Kampfformen und überschießende Tendenzen – vom Sozialplantarifvertrag zum Flashmob

a) Sozialplantarifvertrag

Unbestritten führen zwar auch die Urteile zum Streik um einen Sozialplantarifvertrag und zum Unterstützungsarbeitskampf zu einer Erweiterung des Aktionsradius der Gewerkschaft. Indes bewegen sich aus meiner Sicht beide Kampfformen durchaus noch im klassischen Kanon des Arbeitskampfrechts.

Über die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen um Sozialplantarifverträge war im Schrifttum bekanntlich erbittert gestritten worden, treffen sie doch den Nerv beider Seiten: Unternehmen sehen sich in den Grundfesten ihrer unternehmerischen Entscheidungsfreiheit angegriffen, für Gewerkschaften steht der Erhalt des Standorts zur Diskussion, für die betroffenen Arbeitnehmer der ihrer Arbeitsplätze auf dem Spiel. Anders als in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik bilden also nicht mehr Fragen der Verteilungsgerechtigkeit wie etwa Forderungen nach höheren Löhnen oder kürzeren Arbeitszeiten den Gegenstand des Arbeitskampfs, vielmehr ging es, einmal ganz salopp gesprochen, ums Eingemachte. Hinzu kommt, dass, wenn der Arbeitgeber wie so häufig der Fall verbandsangehörig ist, sich die jahrzehntelang praktizierte Tarifbindung gegen derartige Arbeitskämpfe häufig als faktisch wertlos erweist, da Verbandstarifverträge nur selten Regelungen zu einschlägigen Sachverhalten enthalten. Vor allem aber stellen derartige Streiks das über Jahrzehnte tradierte Zuordnungsgefüge des kollektiven Arbeitsrechts auf eine gewisse Belastungsprobe, war die Bewältigung von Betriebsänderungen bislang doch Sache der Betriebsparteien gewesen, mag es auch sein, dass diesen lediglich aufgegeben ist, Betriebsschließungen oder Rationalisierungsmaßnahmen abzuferdern, sie aber keinerlei „echte“ Kompetenz haben, um auf diese auch inhaltlich Einfluss zu nehmen.

Das BAG hat sich mit den zahlreichen Argumenten, die gegen den Sozialplanstreik in Stellung gebracht wurden (allen voran: der [vermeintliche] Vorrang der §§ 111 ff. BetrVG und die Außenseiterproblematik [Abzug liquider Mittel aus dem Unternehmen zu Lasten der Sozialplanansprüche unorganisierter Arbeitnehmer]) umfassend auseinandergesetzt. Man mag die Auffassung des Gerichts teilen oder nicht, doch lässt sich sicher nicht sagen, dass das BAG diese auf unsubstanziierter Basis gebildet hätte.

Der alles entscheidende Punkt bleibt freilich, ob ein Arbeitskampf zulässig sein kann, der eine bevorstehende Rationalisierungs- und Strukturmaßnahme verhindern soll. Dieser Frage scheint das BAG allerdings auszuweichen. Es will nur auf die Tarifforderung abstellen, so wie sie tatsächlich formuliert ist und diese keiner rechtlichen Bewertung dahingehend unterziehen, was „vielleicht“ oder „in Wirklichkeit“ hinter ihr steht. Das erscheint auf den ersten Blick reichlich formalisiert; beim zweiten Hinsehen erweist es sich aber als nicht unplausibel, dass das BAG sich einer dahingehenden Motivationsprüfung verweigert. Denn selbst wenn es mehr oder weniger naheliegt, dass der Blick der Gewerkschaft in einer solchen Situation zumindest auch auf die unternehmerische Grundlagenentscheidung gerichtet ist, bleiben erhebliche Bewertungsunsicherheiten. Denn offen ist, inwieweit die kampfführende Gewerkschaft die – letztlich unvermeidliche – unternehmerische Maßnahme nicht doch schon längst akzeptiert hat und bei der Belegschaft lediglich den Eindruck vermitteln möchte, auf diese noch Einfluss nehmen zu können, was sie wiederum dadurch kaschiert, indem sie das in der erhobenen Tarifforderung dann gerade nicht ausspricht. Was dabei die Motivationslage der Gewerkschaft betrifft, wird man am Ende möglicherweise auch nicht völlig außen vorlassen können, dass sich die Arbeitswelt mit Beginn der 1980/1990er Jahren dramatisch verändert hat. Für die Unternehmerseite haben sich durch die Globalisierung und Digitalisierung völlig neue, zuvor noch nicht einmal erahnbare Entscheidungs- und Handlungsoptionen (-zwänge) ergeben; aber auch die gesamtwirtschaftlichen Determinanten, in die Arbeit eingebettet ist, haben sich massiv verändert. Der Antagonismus besteht nicht mehr alleine zwischen dem Gewinnstreben des Eigners und den Lohn- und Zeitinteressen der abhängig Beschäftigten (pointiert: „Samstags gehört Vati mir“¹⁶), sondern eben auch zwischen der Dynamik des Kapitals und dem Interesse der Arbeitnehmer am Erhalt ihres Arbeitsplatzes. In einer derart zugespitzten Grenzsituation verschwimmt aber häufig die Trennlinie zwischen dem tarifizierbaren „sozialen Datenkranz“¹⁷ abhängiger Arbeit und der ihm zu Grunde liegenden, freien Unternehmerentscheidung.

16 IG-Metall-Slogan aus dem Jahr 1954 zur Einführung der 40 Stunden bzw. 5-Tage-Woche.

17 Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 72.

Die Zulassung des Arbeitskampfs gegen verbandsangehörige Arbeitgeber und des Streiks um einen Sozialplantarifvertrag muss indes durch eine verhältnismäßig großzügige Bestimmung von Umfang und Gegenstand der Friedenspflicht abgedeckt werden. Ansonsten würde die Verbandsmitgliedschaft für den Arbeitgeber tatsächlich wertlos. Dem hat das BAG in seiner jüngsten Schadensersatzentscheidung¹⁸ (siehe dazu unten II 5) nun auch tatsächlich Rechnung getragen. Darüber hinaus hat das BAG bestätigt, dass ein Streik, dessen Kampfziel auch der Durchsetzung einer friedenspflichtverletzenden (oder tarifwidrigen) Tarifforderung dient, ohne Wenn und Aber insgesamt rechtswidrig ist (sogenannte „Rühreitheorie“), ohne dass es darauf ankäme, welches Gewicht die rechtswidrige Forderung im Gesamtkontext aller Streikziele einnimmt. Schließlich ist der Gewerkschaft auch der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt. Sie kann sich also nicht unter Hinweis darauf „exkulpieren“, dass sie, auch wenn sie den Auslauf der fraglichen Tarifbestimmung abgewartet hätte, am Ende dann ja doch genau denselben Arbeitskampf geführt hätte.

Mithin bleibt als Quintessenz dieser Entscheidung vor allem, dass mit ihr zwar das Aktionspotenzial der Gewerkschaft insoweit erweitert wurde, als derartige Streiks auf Tarifziele gerichtet sind, die in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers einstrahlen. Dennoch verlässt auch der Sozialplanstreik nicht den Rahmen des herkömmlichen Arbeitskampfs. Weiterhin wird durch Vorenthaltung von Arbeit um die Gestaltung von Arbeit gestritten.

b) Sympathiestreik

Auf den ersten Blick eine andere Qualität scheint dagegen der Unterstützungsarbeitskampf zu haben. Hier wird erstmals ein (vermeintlich) uneteiligter Dritter in das Arbeitskampfgeschehen hineingezogen. Denn bestreikt wird ein Arbeitgeber, der nicht Partei des Tarifvertrags werden soll und entsprechend auch nicht Kampfgegner ist bzw. nicht dem angegriffenen Arbeitgeberverband angehört.

Sieht man freilich näher hin, zeigt sich, dass der Unterstützungsarbeitskampf auch vor dem Sympathiestreikurteil des BAG keineswegs als *per se* rechtswidrig bewertet wurde. Das BAG hat ihn 2007 nicht etwa institutionalisiert, sondern vielmehr nur das bisher anerkannte Regel-/Ausnahmeverhältnis umgekehrt. Zuvor wurde der Unterstützungsarbeitskampf als nicht grundsätzlich zulässig angesehen, indes war auch anerkannt, dass es Fallgestaltungen gibt, in denen dieser ausnahmsweise doch rechtmäßig sein kann. Und genau diejenigen Tatbestandsmerkmale, die bis dato zur Beschreibung der ausnahmsweisen Zulässigkeit des Sympathiestreiks herangezogen wurden, nutzt das BAG nunmehr, um den Sym-

18 BAG 26.7. 2016 – 1 AZR 160/14 (Fn. 9), Rn. 36.

pathiestreik darauf zu überprüfen, ob sich dieser nicht doch als unverhältnismäßig erweist. Entscheidend ist danach, wie nah bzw. fern sich Haupt- und Unterstützungstreiks stehen. Dabei spielt unter anderem eine maßgebliche Rolle, ob die vom Hauptarbeitskampf und vom Unterstützungskampf betroffenen Arbeitgeber in einer konzernrechtlichen Verbindung stehen oder ob der angegriffene Dritte seinerseits mittelbar auf den Arbeitskampf Einfluss genommen hat, etwa in dem er Arbeiten übernimmt, die ansonsten in erstbestreikten Betrieben erledigt werden.¹⁹

Dieses „Näheverhältnis“ lässt sich in der Tat als ein rechtfertigendes Argument dafür heranziehen, dass Dritte in einen für sie fremden Arbeitskampf mit hineingezogen werden, weil dieser, jedenfalls in derartigen Konstellationen, für sie nicht so fremd ist, wie das bei einer rein formalrechtlichen Betrachtungsweise der Fall zu sein scheint. Dazu kommt auch an dieser Stelle, dass die frühe arbeitskampfrechtliche Rechtsprechung, die noch dem klassischen, flächendeckenden Streik verpflichtet ist, nicht völlig unmodifiziert in das Zeitalter einer mobilen, global- und digitalisierten Wirtschaft übernommen werden kann. Anders als stahlkochenden Unternehmen der 1950er Jahre ist es einem Verlagshaus heute ohne jedes Problem möglich, einen Druckauftrag binnen weniger Minuten in einen nicht bestreikten Betrieb außerhalb des Tarifgebiets zu verlagern und das fertige Produkt binnen weniger Stunden wieder in dieses zurückzubringen. Ein weiteres dazu tut, dass sich die Struktur nicht weniger Unternehmen durch sich ständig wandelnde betriebswirtschaftliche Ideen mehr als verkompliziert hat. Gesellschaftsrechtliche Aufspaltungen, Umstrukturierungen, Reorganisationen und Outsourcing haben dazu geführt, dass dort, wo den Gewerkschaften noch vor zwei Jahrzehnten ein Arbeitgeber gegenüberstand, sie sich nun mit einer Vielzahl rechtlich getrennter, im Ergebnis aber doch mehr als eng verbundener Unternehmen auseinandersetzen müssen.

Wenn es also verfassungsrechtlich abgesichert ist, dass die Koalition auch die Freiheit hat, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen, erscheint eine (moderate) Zulassung des Unterstützungsarbeitskampfs zumindest nicht als von vorneherein indiskutabel, die völkerrechtlichen Probleme eines völligen Verbots des Sympathiearbeitskampfes (Art. 6 Nr. 4 ESC und Art. 11 EMRK²⁰) einmal ganz außen vorgelassen.

19 Paradebeispiel hierfür etwa bei LAG Baden-Württemberg 31.3. 2009 – 2 SaGa 1/09, NZA 2009, 631.

20 Siehe dazu Nr. 82 des Berichts des Regierungsausschusses der ESC an das Ministerkomitee des Europarats, AuR 1998, 154 f. sowie „Empfehlung“ des Ministerkomitees vom 3.2. 1998, AuR 1998, 156.

Insgesamt verlassen diese beiden Urteile des BAG hin zu einer Öffnung der kampfrechtlichen Betätigungsmöglichkeiten der Gewerkschaft also weder den verfassungsrechtlich vorgegebenen, noch den tradierten Rahmen des Arbeitskampfs. Freilich ist auch richtig, dass es zur Absicherung des Ergebnisses nicht der Herausbildung der freien Wahl des Kampfmittels gebraucht hätte. Wenn man also den Urteilen eine überschießende Tendenz entnehmen will, dann eher der Begründung, nicht aber der erreichten Erweiterung des gewerkschaftlichen Aktionsradius.

c) Flashmob

Anderes gilt dagegen für die Flashmob-Rechtsprechung, die einer kritischen Revision und idealerweise einer Korrektur unterzogen werden sollte. Die Argumente, die sich gegen die Zulässigkeit derartiger Aktionen vorbringen lassen, sind mannigfaltig²¹ und sollen hier nicht nochmals eigens dargestellt werden. In den Fokus genommen werden sollen hier lediglich vier Punkte, die für die aufgeworfene Fragestellung von besonderer Bedeutung sind:

Zum einen stört an Flashmob-Aktionen die mit ihnen einhergehende Öffnung des Arbeitskampfs für eindeutig unbeteiligte Dritte. Wenn das BAG im Urteil ausführt, dass es nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich auch Nichtarbeitnehmer an einer derartigen Aktion beteiligen, dann scheint das schon recht euphemistisch. Bereits ein Blick in den Sachverhalt („Hast Du Lust, Dich an Flashmob-Aktionen zu beteiligen?“²²) zeigt, dass sich jedenfalls an der streitgegenständlichen „Kampfmaßnahme“ überwiegend, wenn nicht gar nur, Betriebsfremde beteiligt haben. Auch die vom Gericht formulierte Zulässigkeitsvoraussetzung, wonach der Flashmob als Kampfmaßnahme erkennbar sein müsse, und daher ersichtlich zu machen sei, dass es sich nicht um eine wilde oder anonyme, sondern um eine von der Gegenseite getragene Kampfmaßnahme handle, zeigt das klar. Denn einer solchen Erklärung bedürfte es ja wohl kaum, wenn die „eigenen“ Arbeitnehmer „flashen“.

21 Siehe dazu nur: *Lembke*, Arbeitskampfrecht – Quo vadis?, NZA 2014, 471; *Thüsing/Waldhoff*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsrechtskampf – Eine verfassungsrechtliche Positionsbestimmung der Flashmob-Entscheidung des BAG, ZfA 2011, 329; *Richardi*, Arbeitskampf und Deliktsschutz, Festschrift Säcker, 2011, S. 285; *Krieger/Günther*, Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt?, NZA 2010, 20; *Säcker*, Von der offenen Arbeitseinstellung zur verdeckten Betriebsblockade, NJW 2010, 1115; *Säcker/Mohr*, Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, JZ 2010, 440; *Rieble*, Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796.

22 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 7), Rn. 2, 4. Spiegelstrich.

Probleme bereitet diese Form der „Drittbeteiligung“ dann vor allem aus koalitionsrechtlicher Sicht. Der mit dem Flashmob (bzw. dessen rechtlicher Zulassung durch die staatliche Rechtsordnung) verbundene Eingriff in Rechtspositionen des Arbeitgebers (Art. 2, 9 Abs. 3, 12 und 14 GG) lässt sich eben nicht mehr unmittelbar durch das Koalitionsgrundrecht der kämpfenden Personen rechtfertigen. Die streikführende Gewerkschaft kann sich allenfalls auf ihr eigenes, kollektives Grundrecht berufen und auch dies nur mittelbar, indem man ihr zubilligt, zu Gunsten ihrer Mitglieder bei Externen Kampfkraft „einkaufen“ zu dürfen.

Zweitens bergen Flashmobs geradezu latent die Gefahr in sich, dass der betroffene Betrieb in seiner Substanz angegriffen und geschädigt wird. Auch wenn im Supermarkt nur Artikel in Einkaufswagen gelegt werden, die dann an der Kasse stehengelassen werden, wird bereits dadurch das Eigentumsrecht des angegriffenen Unternehmens verletzt. Das gilt selbst dann, wenn die Teilnehmer aufgefordert werden, keine verderblichen Waren einzulegen oder keine Waren zu beschädigen. Davon abgesehen, dass die Befolgung dieser Ermahnung für die Gewerkschaft nicht ansatzweise kontrollierbar ist und in der Hitze des Gefechts immer etwas beschädigt werden wird, ist deren „Rückräumung“ in die Regale eminent teuer, häufig nicht möglich und/oder lebensmittelrechtlich auch gar nicht zulässig. Selbst aber wenn es dem Unternehmen gelänge, im Anschluss an den Flashmob wieder „aufzuräumen“, so wird dieses doch alleine dadurch massiv in seiner Substanz zielgerichtet geschädigt, dass es das tun muss. Dass dem Arbeitgeber kaum Möglichkeiten zur Verfügung stehen, Gegenmaßnahmen zu ergreifen, kommt erschwerend hinzu, da damit auch die Parität zwischen den Kampfparteien verlorengeht. Der Vorschlag, den Betrieb passgenau stillzulegen, ist bei derart unangekündigten Aktionen nicht durchführbar und wäre im Einzelhandel überdies kontraproduktiv. Wahrscheinlich kann der Arbeitgeber noch nicht einmal Exzesse der Drittbeteiligten abwehren. Diese haben nichts zu verlieren und ob die kampfführende Gewerkschaft für deren Fehlritte (wenigstens theoretisch) in Haftung genommen werden könnte, ist bis heute ungeklärt.

Der Inhaber eines Betriebs muss aber nicht die Inanspruchnahme seines Besitztums zum Zwecke der Herbeiführung von Betriebsablaufstörungen im Arbeitskampf dulden. Insoweit ist freilich zuzugeben, dass das offenbar auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht mehr ganz zwingend zu sein scheint. Sowohl der Fraport-Entscheidung des BVerfG²³, als auch dem nachfolgende Bierdosen-Flashmob-Beschluss²⁴ wohnt eine gewisse Tendenz inne, wonach unter Umständen auch Private Meinungskundgaben auf ihrem Grundeigentum hinnehmen müssen. Auch in diesen Ent-

23 BVerfG 22.2. 2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201.

24 BVerfG 18.7. 2015 – 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485.

scheidungen klingt an, dass denkbare Belastungen der Grundstückseigentümer im Hinblick auf (mehr oder weniger vage bleibende) Zusicherungen der Veranstalter, befürchteten Problemen entgegenzuwirken, hinter die Grundrechte derjenigen zurücktreten müssen, die am fraglichen Ort ihrer Meinung Ausdruck verleihen wollen. Die Qualität solcher „Störungen“ ist indes eine andere. In den BVerfG-Fällen ging es um quasi-öffentliche Räume bzw. Orte, die dem öffentlichen Verkehr für die allgemeine Kommunikation zur Verfügung stehen (Flughafengebäude, zentraler Platz in der Stadtmitte). Vor allem aber standen kurzzeitige, „normale“ Demonstrationen zur Diskussion.

Zum Dritten: Der Arbeitskampf kann nur auf die Vorenthaltung von Arbeit gerichtet sein. Er dient dem Tarifabschluss und mittelbar der inhaltlichen Ausfüllung des individuellen Vertragsverhältnisses. Das ist freilich insoweit verkürzt, als der Gewerkschaft über das Koalitionsrecht, aber durch Vermittlung anderer Grundrechte, eine Vielzahl von Betätigungsrechten zusteht, über die sie natürlich gerade auch im Arbeitskampf verfügen kann. Klassisch ist etwa der Boykott und selbstredend ist der Gewerkschaft unbenommen, vor, während oder nach dem Streik Flyer zu verteilen, Mails zu verschicken, zu demonstrieren oder auch – vor dem Werkstor – einen Flashmob zu veranstalten. Dort wo es aber um den direkten, konfrontativen Schlagabtausch zwischen Gewerkschaft, Arbeitnehmer und Arbeitgeber geht, wo also das tarifrechtliche Ziel durch Nachteilszufügung durchgesetzt werden soll, kann das nur über den – durch Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigten – Vertragsbruch und die damit für den Arbeitgeber einhergehenden Gewinnausfällen gehen, indes nicht durch eine aktive Beschädigung die Betriebssubstanz.

Die größten Bedenken sind am Ende aber wohl gar nicht rechtlicher Natur. Im Vordergrund muss vielmehr die Sorge stehen, dass die friedensstiftende Funktion der Tarifautonomie ein Stück weit verlorengehen könnte. Dabei geht es weniger darum, dass mit der Zulassung des Flashmobs möglicherweise die Hemmschwelle für Rechtsverletzungen wie etwa Sachbeschädigungen sinken könnte. Man muss insoweit also gar nicht gleich an Anarchie denken oder französische Verhältnisse herbeireden.²⁵ Vom „Bossnapping“ oder der Androhung, den Betrieb in die Luft zu sprengen²⁶, ist auch das „neue“ Arbeitskampfrecht (glücklicherweise) ein gewaltiges Stück entfernt. Entscheidend ist indes, dass eine funktionierende Sozialpartnerschaft einschließlich des Tarifkonflikts nur auf der Basis von klaren Spielregeln funktionieren kann, die alle Beteiligten gleichsam als arbeitskampfrechtlichen *Common Sense* akzeptieren.

25 Rieble, NZA 2008, 796, 798, immerhin etwas relativierend dann aber: *ders.*, BB 2008, 1506, 1509.

26 New Fabris-Fabrik, vgl. FAZ vom 12.9. 2009, Nr. 212, S. 44.

Immerhin sind, anders als teilweise befürchtet, weder Sozialplanstreiks noch Sympathiearbeitskämpfe oder Flashmobs zu einem Massenphänomen geworden. Das liegt zunächst daran, dass solche Aktionen für Gewerkschaften nicht ohne weiteres organisierbar sind und Belegschaften nur in besonders kritischen Konstellationen bereit sind, diese mitzutragen. Bedeutung dürfte aber erlangen, dass Gewerkschaften nur mit einigem Verantwortungsbewusstsein und daher sehr behutsam zu diesen äußersten Kampfmitteln greifen. Doch lassen schon Kleinigkeiten den Ton rauer werden. Beispielhaft mögen das drei instanzgerichtliche Verfügungsverfahren jüngeren Datums zeigen. Das LAG Hamburg hatte sich mit einer vollständigen Betriebsblockade²⁷ auseinanderzusetzen. Das Gericht hielt diese zwar – immerhin – für rechtswidrig, relativierte diese Aussage aber dahingehend, dass eine solche dann in Ordnung gehe, wenn sie wie im Streitfall lediglich 15 Minuten andauert habe. Zu Recht strenger verfuhr das ArbG Zwickau.²⁸ Es beurteilte eine Betriebsblockade als rechtswidrig, bei der der Zugang zum Betrieb durch „dicht gestellte Streikpostenkette“, Absperrgitter, Fahrzeuge, Bierbänke und Eisenketten mit Vorhängeschlössern versperrt wurde. Blockiert waren auch Feuerwehr- und Rettungszufahrten, überdies wurden Besucher und Werksangehörige am Betreten und Verlassen des Werksgeländes (ausweislich des Tenors sogar: „durch Gewalt“) gehindert. Ähnlich auch ein durch das LAG Berlin-Brandenburg entschiedener Fall: Streikende riegelten die einzige Zufahrt zum Unternehmen ab, die überdies noch mit einer Plastikkette und Bierbänken „abgesichert“ wurde.²⁹

3. Go sick – der nächste Schritt?

In jüngster Zeit scheint sich eine längst vergessen geglaubte Aktionsform wieder zu etablieren, nämlich kollektive Krankmeldungen, neudeutsch auch: *go sick*. Große Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat namentlich eine einschlägige Aktion der TUIfly-Belegschaft im Oktober 2016. Nachdem angekündigt wurde, dass die Gesellschaft in eine Dachgesellschaft unter Führung von Etihad eingegliedert werden soll, meldeten sich Zeitungsberichten zufolge³⁰ rund 450 Crew-Mitglieder krank. Insgesamt sollen sich in einer Woche etwa 2.000 Krankheitstage angesammelt haben; bei der Linie kam es tagelang zu massiven Ausfällen und Verspätungen. Offenbar scheint gerade die Luftfahrtbranche für einschlägige Maßnahmen besonders anfällig zu sein. Denn dem gleichen Muster folgte im September

27 LAG Hamburg 6.2. 2013 – 5 SaGa 1/12, BB 2013, 1140.

28 ArbG Zwickau 17.6. 2016 – 8 Ga 5/16, n.v.

29 LAG Berlin-Brandenburg 15.6. 2016 – 23 SaGa 968/16, BB 2016, 1588.

30 FAZ vom 17.10.2016, Nr. 242, S. 20; siehe auch: *Giesen*, NZA-Editorial 21/2016, „unfit to fly“.

2017³¹ ein „go sick“ der Piloten bei Air Berlin, die im Umfeld der Insolvenz der Gesellschaft Forderungen auf Übernahme bei etwaigen Aufkäufern Nachdruck verleihen wollten.³² An zwei Tagen waren in etwa jeweils 200 Flüge ausgefallen. Lufthansa soll es im November 2016 vor einer Tarifrunde ebenfalls getroffen haben.

Nun bleibt es freilich Spekulation, ob es sich bei diesen Aktionen tatsächlich um „Kampfmaßnahmen“ gehandelt hatte. Die Gewerkschaften, die als kampfführende Parteien (Cockpit, UFO) in Betracht gekommen wären, haben stets bestritten,³³ ihre Mitglieder zu den Krankmeldungen aufgerufen zu haben. Hören ließ sich sogar, dass die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von der Ankündigung der Unternehmensleitung so überrascht und betroffen gewesen wären, dass sie sich in der Folge schlicht „unfit to fly“ gefühlt hätten. Wie gesagt: Das mag Spekulation sein, doch wirklich überzeugend ist das nicht. Landauf, landab werden in Unternehmen unangenehme Entscheidungen verkündet, ohne dass Belegschaften gleich kollektiv ausfallen. Auffällig sind auch die „begleitenden“ Verlautbarungen der jeweiligen Gewerkschaften, die allgemein eher nicht als ausgesprochen konfliktscheu beschrieben werden.

Man braucht an dieser Stelle rechtlich überhaupt nicht tiefer einsteigen. Derartige Aktionen sind weit entfernt von jedem Arbeitskampf und ganz klar rechtswidrig. Sollte der Vortrag der Gewerkschaften zutreffen, scheitert jede Rechtmäßigkeit bereits daran, dass ein Streik durch eine tariffähige Partei geführt sein muss, die eine korrelierende Tarifforderung erhoben hat. Daran fehlt es, einmal die Frage ganz außer Betracht gelassen, inwieweit eine den Zielen der Belegschaften entsprechende Tarifforderung überhaupt zulässig wäre, da sie ja in durchaus vernehmbarer Weise auf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers abzielt. Wilde Streiks sind in Deutschland nicht zulässig. So braucht eigentlich gar nicht angemerkt werden, dass das BAG auch im Flashmob-Urteil nochmals ganz eindeutig darauf hinweist, dass selbst Flashmobs als gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen erkennbar sein müssen, was natürlich voraussetzt, dass sie von einer Gewerkschaft geführt sind.

Noch mehr stört, dass die kämpfenden Belegschaften nicht ihre Arbeitsleistung zurückhalten. Nun könnte man natürlich pointiert sagen, dass sie ja genau das tun, das sogar mit einigem Nachdruck. Tatsächlich aber begehen sie nichts anderes als einen Arbeitszeitbetrug. Streik ist der erklärte Vertragsbruch, es geht darum, durch die Verweigerung der vertraglich

31 Diese Aktion ereignete sich zwar nach dem Vortrag, konnte indes noch in das Manuskript aufgenommen werden.

32 SZ vom 13.9. 2017, S. 19.

33 Siehe dazu auch die dem Vortrag nachfolgende Diskussion, dort den Redebeitrag von Daniel Flohr.

übernommenen Pflichten – und wohlgemerkt: unter Inkaufnahme des Verlusts des Entgelts – eine Abänderung der gegenseitigen Vertragsvereinbarungen zu erreichen. Wenn auch bislang wenig diskutiert wurde, ob und wie der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber erklären muss, dass er sich am Arbeitskampf beteiligen werde, so ist die „Politik des offenen Visiers“ doch zwingender Bestandteil des Streiks und zwar nicht nur, aber eben auch, weil diese einen gewichtigen Baustein für die Befriedungsfunktion des späteren Tarifvertrags bildet.

Es kommt hinzu, dass es beim „go sick“ keine Kampfparität gibt. Der Arbeitgeber ist derartigen Aktionen hilflos ausgeliefert. Individualrechtlich werden Abmahnungen oder gar Kündigungen empfohlen (Vortäuschung von Krankheit, Arbeitszeitbetrug).³⁴ Einmal völlig abgesehen von jeder Beweisproblematik, ist es dem Arbeitgeber indes völlig unmöglich, ganze Teile der Belegschaft zu sanktionieren. Kündigungen kommen aber auch schon deshalb nicht in Betracht, weil der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung der Kampfbeteiligten ja ganz besonders angewiesen ist. Blicke also nur, auf einige ausgewählte Arbeitnehmer zuzutreten. Doch ist eine Sonderkündigung, die alleine ein Exempel statuieren soll, nicht nur geschmacklos, sondern auch rechtswidrig (sogenannte herausgreifende Kündigung).

Selbst aber die schlichte Verweigerung der Entgeltfortzahlung droht zu scheitern. In der Literatur ist an dieser Stelle einmal wieder die Beweiskraft der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und deren Erschütterung in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt worden³⁵ und Paletta³⁶ lässt grüßen (wobei es vorliegend überwiegend um Inlandssachverhalte gehen dürfte, die sich nicht zwingend nach der Rechtsprechung des EuGH richten müssten). Das hilft in der Sache aber wenig weiter. Denn die streitigen Ausfallzeiten bleiben allesamt hinter der Drei-Tages-Grenze des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG zurück. Daher wäre die Darlegungs- und Beweislage bei Arbeitsunfähigkeit abzustecken, die dem Arbeitgeber „nur so“ gemeldet wird. Dringt man hier tiefer ein, überrascht, dass das Arbeitsrecht hierzu bislang nur wenig herausgearbeitet hat. Muss der Arbeitnehmer als Anspruchsbegünstigter den Beweis für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit erbringen – und falls ja: Wie soll ihm das gelingen? Kann der

34 Etwa: *Beckerle/Stolzenberg*, Kollektive Krankmeldungen – Rückkehr eines atypischen Kampfmittels?, NZA 2016, 1313, 1315.

35 *von Steinau-Steinrück/Nonnaß*, Kollektive Krankmeldungen als Arbeitskampfmittel, NJW-Spezial 2016, 754, 756; *Beckerle/Stolzenberg*, NZA 2016, 1313, 1314.

36 EuGH 3.6.1992 – C-45/90 – Paletta I; BAG 27.4.1994 – 5 AZR 747/93 NZA 1994, 683; EuGH 2.5.1996 – C-206/94 – Paletta II; BAG 19.2.1997 – 5 AZR 747/93, NZA 1997, 705; abschließend LAG Baden-Württemberg 9.5.2000 – 10 Sa 85/97, NZA-RR 2000, 514.

Arbeitgeber einen ersten Beweisantritt unter Verweis auf die äußeren Umstände, hier also die massenweise Häufung von Krankheitsfällen und deren mediale Begleitung, zerstreuen? Allenfalls mag der Arbeitgeber überlegen, vorbeugend eine frühzeitiger ansetzende Attestpflicht anzuordnen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG³⁷).

Wenig Erfolg versprechen auch Maßnahmen gegen die Gewerkschaft. Klassische streikrechtliche Unterlassungsansprüche scheitern, da es sich bei der Aktion ja gerade um keinen Arbeitskampf handelt. Möglicherweise könnte der Arbeitgeber gegen die Gewerkschaft aber dennoch aus § 823 Abs. 1 BGB (Recht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) bzw. § 826 BGB vorgehen, wenn er nachweisen könnte, dass es sich bei kollektiven Krankschreibungen um eine gewerkschaftlich gesteuerte Aktion handelt. Diese würde ihn dann nämlich deliktsrechtlich schädigen, ohne dass dies durch Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigt wäre. Indes befindet sich auch hier der Arbeitgeber in massiven Beweisschwierigkeiten, die ein solches Vorgehen letztlich als aussichtslos erscheinen lässt.

Sicher dürften auch derartige Aktionen nicht zu einem regelrechten Massenphänomen werden. Wie schon oben (II 2 c) bemerkt wurde, ist das Streikgeschehen in Deutschland noch weit von den Kampfexzessen französischen Zuschnitts (Bossnapping, New Fabris³⁸) entfernt. In noch „funktionsfähigen“ Unternehmen werden derartige Aktionen kaum je vorkommen. Gerade die Fälle TUIfly und Air Berlin zeigen, dass Belegschaften, wenn überhaupt, vor allem dann zu derartigen Kraftdemonstrationen schreiten, wenn das Unternehmen ohnehin schon in seiner Existenz bedroht ist oder, einmal ganz pointiert formuliert, wenn aus deren Sicht sowieso alles egal ist. Überdies dürfte auch das Kommunikationsverhalten des Arbeitgebers gegenüber seiner Belegschaft einen erheblichen Einfluss darauf haben, wie diese auf Stilllegungs-, Verkaufs- oder Rationalisierungsbeschlüsse reagiert. Vielleicht hätte manch Arbeitgeber aus der Produktionsbranche es in vergleichbaren Situationen geschafft, trotz aller Zumutungen beruhigend auf die betroffenen Arbeitnehmer einzuwirken und in einer kooperativen Atmosphäre mit Gewerkschaften und Mitarbeitervertretungen zu verhandeln. Und dennoch gilt auch an dieser Stelle, dass ein partieller Kontrollverlust der Rechtsordnung keine gute Nachricht für die in Deutschland gelebte Sozialpartnerschaft ist. Man sollte sich daher auch nicht dadurch verlocken lassen, dass die wilden Streikaktionen in den sozialen Medien teilweise freundlich, stellenweise sogar euphorisch aufgenommen worden sind („endlich tut sich etwas“); das Arbeitskampfrecht darf diesen keinen Platz bieten.

37 Dazu, dass eine solche Anordnung auch ohne den Nachweis besonderer Gründe möglich ist: BAG 14.11. 2012 – 5 AZR 886/11, NZA 2013, 322.

38 New Fabris-Fabrik, vgl. FAZ vom 12.9. 2009, Nr. 212, S. 44.

4. Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge

a) Erhöhte Streikfrequenzen?

Große Aufmerksamkeit haben in den vergangenen zehn Jahren Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge gefunden. Freilich handelt es sich dabei um alles andere als um ein neues Phänomen. Vielmehr stellt der öffentliche Sektor seit jeher einen denkbaren Schauplatz für Arbeitskämpfe dar. Man denke nur an den ÖTV-Streik³⁹ des Jahres 1974, der die Wirtschafts- und Sozialgeschichte der jungen Bundesrepublik maßgeblich mitgeprägt hat, aber auch der Eisenbahnerstreik des Jahres 1922, der in der Weimarer Republik Ähnliches bewirkte. Letzterer führte offenbar zu einer völligen Lähmung des öffentlichen Lebens und bleibt bis heute rechtlich auch deshalb interessant, weil in seinem Zuge über eine Notverordnung des Reichspräsidenten *Ebert* nach Art. 48 WRV⁴⁰ erstmals⁴¹ (und soweit ersichtlich: zum einzigen Mal) das Streikverbot für Beamte gesetzlich niedergelegt wurde.

Wenn Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge im vorliegenden Kontext dennoch Beachtung verdienen, dann, weil sie in besonderem Maße unbeteiligte Dritte treffen. Das freilich ist eine zweischneidige Beobachtung. Denn notwendigerweise tangiert fast jeder Arbeitskampf auch außenstehende Dritte. Dieser soll dem angegriffenen Arbeitgeber Schaden zufügen und das kann er notwendigerweise nur, wenn der Streikgegner gegenüber Abnehmern, Kunden oder Zulieferern unvermögend zur Leistung wird. Wenn sich der Bereich der Daseinsvorsorge aus dieser grundständigen Drittschädigung eines jeden Streiks heraushebt, dann deshalb, weil der hier ausgeschlossene Dritte, sprich: der Durchschnittsbürger, vom Arbeitskampf nicht nur in besonderem Maße getroffen wird, sondern diesem auch besonders unbeteiligt erscheint. Bei ihm handelt es sich eben nicht um ein Unternehmen, das in einer wirtschaftlichen Austauschbeziehung mit dem bestreikten Unternehmen steht und daher damit rechnen muss, dass letzteres von einem Streik getroffen wird, zumal die Dinge später einmal auch genauso gut umgekehrt liegen könnten. Der Bürger seinerseits ist ohne ernsthafte Ausweichmöglichkeit auf die fraglichen Leistungen angewiesen. Schließlich bewirkt der Streik beim eigentlichen Kampfgegner häufig nur einen geringen Schaden, sei es, dass dieser defizitär arbeitet, dass ihm anfallende Kosten durch den öffentlichen Aufgaben-

39 Siehe hierzu die rückblickende Darstellung in: Handelsblatt vom 10.2. 2006, S. 10 („Mit Maultaschen und Butterbrezeln“).

40 Verordnung des Reichspräsidenten vom 1.2. 1922, RGBl. I 1922, S. 187. Deren verfassungsrechtliche Rechtfertigbarkeit diskutiert, auch aus heutiger Sicht, umfassend: LG Berlin 17.1. 1923, JW 1923, 244 und 8.11. 1923, NZfA 1923, 501.

41 Siehe zusammenfassend *Hänsle*, Streik und Daseinsvorsorge, 2016, S. 493, dort insbesondere Fn. 296.

träger in jedem Fall ersetzt werden oder aber, dass Kunden keine ernsthaften Regressansprüche gegen das bestreikte Unternehmen vortragen können (Paradebeispiel: Monatskarteninhaber im Regionalverkehr). Der eigentliche Streikschaden tritt daher beim drittbetroffenen Bürger ein. Eine Erscheinung, die zuletzt – sehr pointiert – zum „Geiselhaftargument“ verdichtet wurde und auf die noch einzugehen sein wird.

Alleine damit lässt sich aber noch nicht erklären, dass zuletzt in der Bevölkerung, in den Medien, teils aber auch in der Fachliteratur sich der Eindruck widerspiegelt, als sei Deutschland gleichsam zu einem Dauerstreikland geworden. Darauf, dass die zuweilen geäußerten Befürchtungen, wonach Patienten nach eröffneter Operation mit Streikbeginn einfach verwaist in der Klinik liegengelassen werden, übertrieben sind, braucht wohl kaum näher hingewiesen zu werden. Vor allem die Gewerkschaften, deren Mitglieder mit der Erbringung überlebenswichtiger Dienstleistungen befasst sind, gehen durchaus verantwortlich mit ihrem Streikrecht um, und der Abschluss von Notstandsvereinbarungen ist in Deutschland (noch) Standard. Darüber hinaus ist aber auch in den Statistiken – vom Jahr 2015 abgesehen – kein Anstieg streikbedingt ausgefallener Arbeitstage auszumachen.⁴² Indes darf dabei nicht unberücksichtigt bleiben, dass in den klassischen Produktionszweigen immer weniger bis nahezu keine Streiks mehr geführt werden, so dass bereits gleichbleibende Ausfallzahlen durchaus auf eine erhöhte Streikfrequenz im Bereich der Daseinsvorsorge hinweisen könnten. Diesen dürften zuletzt wohl fast 90 % aller Arbeitskämpfe und bis zu 95 % aller Ausfalltage zuzuordnen sein. Die mehrfachen Konflikte zwischen GdL und der Deutschen Bahn AG (2007/2014-2015) sowie zwischen Cockpit und Lufthansa (2014-2017) kann man dabei fast schon als legendär bezeichnen. Streiks bei Vorfeldlotsen (2012), Schleusenwärtern (2013), Sicherheitspersonal am Flughafen Frankfurt/Main (2014), KITAS (2015), der Deutschen Post (2015), Berliner Flughäfen (2017) oder Pflegekräften in der Charité (2015; 2017) kommen hinzu. Da diese zumindest zu Einschränkungen für die Bevölkerung führen, verwundert nicht, dass Häufigkeit, Ausmaß und Wirkung solcher Streiks in der öffentlichen Wahrnehmung teils als überbordend empfunden werden.

Die Gründe hierfür sind vielfältig. Die weitreichende Privatisierung der früheren öffentlichen Monopole und die damit für Belegschaften oder

42 2010: 24.501; 2011: 69.896; 2012: 86.051; 2013: 149.584; 2014: 154.745; 2015: 1.092.121; 2016: 209.435, Quelle: Bundesagentur für Arbeit, Streikstatistik, April 2017, online abrufbar unter: statistik.arbeitsagentur.de/Statistikdaten/Detail/201512/iiia6/streik/streik-d-o-201512-xls.xls, zuletzt eingesehen im Oktober 2017; siehe auch *Dribbusch*, WSI-Arbeitskampfbilanz, März 2017, online abrufbar unter: www.boeckler.de/cps/rde/xchg/hbs/hs.xsl/106598_107738.htm, zuletzt eingesehen im Oktober 2017.

auch einzelne Berufsgruppen verbundenen Verwerfungen haben dazu sicher ebenso beigetragen wie das vermehrte Auftreten von Sparten-gewerkschaften. Im Einzelnen kann diese Entwicklung hier nicht nachge-zeichnet werden. Entscheidend bleiben an dieser Stelle alleine die Dritt-wirkungen solcher Arbeitskämpfe oder genauer die Frage, ob und inwie-weit die Rechtsordnung diesen Einhalt gebieten soll.

b) Gemeinwohlbelange als Grenze für die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen?

aa) Der dogmatische Ansatz

Vor allem aus dem öffentlichen Recht wird zuletzt immer nachdrücklicher gefordert, Streiks in der Daseinsvorsorge mit Rücksicht auf Gemeinwohl-belange Grenzen zu ziehen.⁴³ Auf einen kurzen Nenner gebracht wird ar-gumentiert, dass die damit verbundenen Einschränkungen des Koalitions-grundrechts durch kollidierende Grundrechte Dritter gerechtfertigt sind.

Am plastischsten hat das sicherlich *Hufen*⁴⁴ dem Publikum vor Augen ge-führt: Der Aufschub einer medizinisch gebotenen, wenn auch nicht lebenswichtigen Operation, der ausgefallene Erholungsurlaub und verrot-tender Müll auf der Straße gefährde die körperliche Unversehrtheit, der Streik im Bereich der Kindertagesstätten und Schulen tangiere die Grund-rechte der Kinder (Unterricht, ausgefallene oder nicht erreichte Prüfun-gen), mittelbar aber auch die Berufsfreiheit von Eltern, Streiks im Hoch-schulbereich betreffen die Wissenschaftsfreiheit. Das geschützte Um-gangsrecht der Eltern mit ihrem Kind sei eingeschränkt, wenn sie dieses wegen eines Streiks ausgerechnet in den Schulferien nicht erreichen kön-nen; gleiches gelte für das Religionsgrundrecht von Muslimen, die wegen eines Pilotenstreiks am Flughafen festsitzen und eine längst geplante Pil-gerfahrt nach Mekka nicht antreten können. Der Streik der Schleusenwär-ter wiederum bedrohe die Binnenschifffahrt in ihrer Berufsfreiheit und ih-rem Eigentumsrecht. Diese Liste ließe sich wohl endlos fortsetzen.

Daraus wird eine Schutzpflicht des Staates hergeleitet, was elementare Versorgungsinteressen der Bevölkerung betrifft. Dies baut wiederum auf

43 *Kersten*, Der Streik in der Daseinsvorsorge, in: Waldhoff/Thüsing (Hrsg.), Ver-fassungsfragen des Arbeitskampfes, 2013, S. 15; *Waldhoff*, Einführung: Verfas-sungsfragen des Arbeitskampfes, in: Waldhoff/Thüsing, ebenda, S. 9, 13; *Hufen*, Gesetzliche Tarifeinheit und Streiks im Bereich der öffentlichen Infra-struktur: Der verfassungsrechtliche Rahmen, NZA 2014, 1237; *Kersten*, Neues Arbeitskampfrecht. Über den Verlust institutionellen Verfassungsdenkens, 2012; *Kersten*, Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – Zugleich ein Bei-trag zur „Governance der Schwärme“, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Neues Arbeitskampfrecht?, 2010, S. 61.

44 *Hufen*, NZA 2014, 1237, 1239.

der Erkenntnis auf, dass Grundrechte nicht alleine nur Abwehrrechte gegen den Staat sind, sondern dieser auch verpflichtet ist, die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter gegen Beeinträchtigungen durch private Dritte zu schützen und die geschützten Rechtsgüter so zu fördern, damit sie für den Einzelnen tatsächlich Wirkung entfalten. Dazu gehört auch die Sicherstellung einer angemessenen Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern, in Frankreich würde man sagen: die Absicherung des *service public*.

bb) Umsetzungsprobleme in der Realität

Im Ansatz lässt sich insoweit sicher eine gewisse Übereinkunft erzielen. Wie so häufig steckt der Teufel aber im Detail. Schon die Beschreibung der Daseinsvorsorge fällt schwer oder genauer: der Versorgungsleistungen, die für die Allgemeinheit von so herausragender Bedeutung sind, dass ihre Aufrechterhaltung eine Beschränkung der Arbeitskampffreiheit rechtfertigt. Gehört etwa der Luftverkehr wirklich zum unerlässlichen Kernbestand des täglichen Lebens (immerhin: Frachttransporte?) und falls ja, gilt das auch für den Ferienflieger nach Teneriffa⁴⁵ (aber: was ist mit dem Chirurgen, der nach Urlaubsende weit weg auf einer Ferieninsel festsetzt, so dass in seiner Klinik wichtige Operationen nicht mehr durchgeführt werden können?). Was ist mit Unternehmen, die neben unzweifelhaft lebenswichtigen Dienstleistungen auch solche erbringen, auf die die Allgemeinheit nicht dringend angewiesen ist oder solchen, die neben der Versorgungsleistung auch für die Allgemeinheit weniger akute „Nebenarbeiten“ erbringen? Wie sieht es bei branchenweiten Streiks aus, wenn um einen flächendeckenden Tarifabschluss gestreikt wird? So eindeutig es etwa ist, dass ein Streik in der zentralen Blutbank einer Region⁴⁶ oder in der Schaltzentrale eines Kernkraftwerks⁴⁷ nicht zulässig sein kann, so eindeutig ist es eben auch, dass das auf die HNO-Sprechstunde einer Klinik nicht zutrifft, soweit deren Patienten jederzeit auf andere Häuser oder niedergelassene Ärzte ausweichen können. Und noch weniger angebracht erscheinen Streikrestriktionen für die Verwaltung, Abrechnung oder Buchhaltung eines Krankenhauses. Doch ist umgekehrt zu fragen, ob sich Streikverbote tatsächlich auf sensible Bereiche beschränken lassen.⁴⁸ Niemand kann sicher sagen, ob ein Arbeitskampf im Randbereich des Unternehmens nicht irgendwann doch auch auf dessen Kernleistungen

45 Das fragt: *Rieble*, Streikbegrenzung in der Daseinsvorsorge – pro, FA 2012, 130.

46 LAG Hamm 16.1. 2007 – 8 Sa 74/07, NZA-RR 2007, 250.

47 LAG Berlin-Brandenburg 14.8. 2012 – 22 SaGa 1131/12, BB 2013, 832.

48 So etwa die Forderung von *Rudkowski*, Eine „scharfe Waffe“ wohl gebrauchen: Der Professorenentwurf zur Regelung des Arbeitskampfs in der Daseinsvorsorge, ZfA 2012, 467.

durchschlägt. So mag ein Streik in der Verwaltung eines Krankenhauses dazu führen, dass im klinischen Bereich benötigte Instrumente und Medikamente fehlen oder es dort mangels Erstellens von Personalplänen an Personal mangelt. Dazu kommt natürlich noch, dass sich einige „streikminimierende Maßnahmen“, wenn überhaupt, dann wohl nur mit Bezug auf das gesamte Unternehmen anordnen lassen (etwa: Schlichtungszwang, verpflichtende Urabstimmung).

Aber auch die einzelnen diskutierten Restriktionen bergen ihre Tücken in sich. Beispielhaft aufgezeigt sei das an der immer wieder geforderten Ankündigungsfrist.⁴⁹ Auf den ersten Blick erscheint eine solche sicher als vernünftig. Denn nur, wenn die betroffenen Arbeitgeber wissen, wann, wo und wie sie bestreikt werden, können sie die notwendigen Vorkehrungen treffen, um die jeweilige Versorgungsleistung noch so gut als möglich aufrechtzuerhalten. Vor allem aber die Öffentlichkeit wird so in die Lage versetzt, um sich, soweit überhaupt möglich, rechtzeitig um Alternativen bemühen zu können. Umgekehrt verbindet sich mit ihr aber auch ein gewichtiger Eingriff in das Koalitionsgrundrecht der kämpfenden Gewerkschaft, weil die Möglichkeit, Arbeitsniederlegungen nur kurzfristig oder auch gar nicht anzukündigen, geradezu zum Kernbestand des Kampfareals und der -taktik einer Gewerkschaft gehört, kann sie so doch verhindern, dass die Arbeitgeberseite streikbedingte Ausfälle abfangen kann. Schwierige Detailfragen kommen hinzu: Wenn die Gewerkschaft „die Dauer“ des Streiks angeben muss, müsste das eigentlich auch beinhalten, dass sie das genaue Ende der Arbeitsniederlegung festlegt, zumal Arbeitgeber und Öffentlichkeit nur dann Ausweichstrategien verlässlich planen können, wenn sie wissen für welchen Zeitraum sie das tun müssen. Sind dann aber noch unbefristete Streiks möglich? Und was gilt, wenn sich die Gewerkschaft gegen Ende der angekündigten „Kampfzeit“ entschließt, den Streik noch fortzusetzen, weil die Arbeitgeberseite sich als unnachgiebig erweist. Muss sie dann erneut die jeweilige Karenzzeit abwarten? Muss auch ein noch so kurzer Warnstreik – der nach der Rechtsprechung ja keine privilegierte Kampfform darstellt – mit einer bestimmten Vorlaufzeit bekannt gegeben werden?

Dabei ist es noch nicht einmal so, dass Ankündigungen mit ausreichender Vorlaufzeit für die Arbeitgeberseite nur von Vorteil wären. So kann etwa im Bereich von Verkehrsdienstleistungen schon die bloße Ankündigung einer Arbeitsniederlegung durchaus geeignet sein, potenzielle Kunden abzuschrecken und dem Unternehmen einen erheblichen wirtschaftlichen

49 Siehe dazu meine Analyse in: Gesetzliche Regelungen kollektiver Arbeitskonflikte in der Daseinsvorsorge, NZA 2013, 704, 706.

Schaden⁵⁰ zuzufügen (pointiert *Fischer*⁵¹: hat die Allgemeinheit dann, wenn ein Streik angekündigt ist, auch einen Anspruch auf dessen Durchführung?). Chancen auf eine Einigung „in letzter Minute“ mögen deutlich sinken. Dass frühzeitige Ankündigungen im Extremfall sogar ein Kampfmittel sein können (*Hromadka*⁵²: „kalter Streik“), zeigt der im nächsten Abschnitt noch zu besprechende Sachverhalt einer Entscheidung des BAG vom 25.8. 2015.⁵³ Dort erhoben mehrere Fluggesellschaften (dem Vernehmen nach sollen es Lufthansa, Air Berlin und Ryanair gewesen sein) Regressansprüche gegen die Gewerkschaft der Flugsicherung. Diese hatte mehrfach und mit konkreter Zeitangabe zu Arbeitskämpfen aufgerufen. Zu diesen kam es dann aber nicht. Zunächst wurde ihr der Streik gerichtlich untersagt, später rief der Arbeitgeber die Schlichtung an, die am Ende erfolgreich war. Die drittbetroffenen Fluggesellschaften argumentierten nun, dass sie bereits dadurch ganz unmittelbar geschädigt wurden, dass die Gewerkschaften die – später dann nicht realisierte – Streikabsicht breit in die Öffentlichkeit getragen habe. Das mutet so formuliert vielleicht ein wenig bizarr an, lässt die Problematik aber dennoch in vollem Umfang deutlich werden.

cc) Die dogmatische Achillesferse: Grundrechtliche „Prozessstandschaft“ des Arbeitgebers?

Entscheidend sind am Ende dann aber gar nicht die soeben diskutierten Detailfragen. Der dogmatische – und in der öffentlich-rechtlichen Diskussion erstaunlicherweise wenig beachtete – Punkt ist nämlich, warum sich der Arbeitgeber denn überhaupt auf Grundrechte der drittbetroffenen Allgemeinheit berufen darf. Und fast noch wichtiger: Kann der Staat seinem Schutzpflichtauftrag dadurch Rechnung tragen, indem er es der – freien – Entscheidung des Arbeitgebers überlässt, ob dieser eine Unterlassungsverfügung gegen die streikende Gewerkschaft anstrengen möchte oder nicht.

Richtig ist zwar, dass es in der streikrechtlichen Judikatur des BAG immer wieder heißt, dass Arbeitskämpfe unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen und insoweit das Gemeinwohl nicht verletzen dürfen. Doch fällt diese Formel zum einen nur floskelhaft aus, ohne dass die Gerichte ihr bislang konkrete Rechtsfolgen entnommen hätten. Zum anderen hat sie in der Ausgangsrechtsprechung des BVerfG einen etwas anderen Zungenschlag. Dort heißt es wörtlich: „Andererseits ist *der Gesetzgeber* aber

50 Argumentieren ließe sich aber auch umgekehrt: Sind die Streiktage hinreichend konkret angegeben, steht für die Kunden fest, dass an „anderen“ Tagen beim fraglichen Dienstleister normal gearbeitet werden wird.

51 *Fischer*, Streikbegrenzung in der Daseinsvorsorge – contra, FA 2012, 131.

52 *Hromadka*, NJW 2010, Editorial zu Heft 31.

53 BAG 25.8. 2015 – 1 AZR 875/13 (Fn. 9).

auch nicht gehindert, *die Rahmenbedingungen von Arbeitskämpfen zu ändern*, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wieder herzustellen“⁵⁴ (kursive Hervorhebung durch den Verfasser). Das impliziert zunächst vor allem, dass der Staat selbst auf überbordende Streiks korrigierend einwirken könnte.

Wo also bleiben die Belange der Allgemeinheit, wenn der Arbeitgeber den Arbeitskampf schlicht durchstehen möchte, etwa weil er (in bester Absicht) auf einen Tarifabschluss hofft oder aber weil er (in weniger guter Absicht) meint, der Gewerkschaft so am besten begegnen zu können, dieser es „einmal so richtig zeigen“ zu wollen oder sie „fertigmachen“ zu können? Darf der Arbeitgeber denn dann noch den Betrieb stilllegen? Kann er verbleibende Kapazitäten in ihm besonders lukrativ erscheinende Bereiche lenken anstatt diese in den Dienst der Allgemeinheit zu stellen? So neigen Fluggesellschaften während eines Streiks offenbar dazu, Interkontinentalverbindungen aufrechtzuerhalten, um im Gegenzug Verbindungen im innerdeutschen Luftverkehr zu streichen. Muss der Arbeitgeber aktiv versuchen, die Streikfolgen zu minimieren (erhöhte Kompromiss- und Verhandlungsbereitschaft, juristische Schritte gegen rechtswidrige Arbeitskämpfe, Outsourcing, Einsatz von Leiharbeitnehmern oder Streikbrechern)?

Wer den Schutzpflichtauftrag des Staates wirklich ernst nimmt, müsste (im Minimum) diesen in die Pflicht nehmen, um eine Minimalversorgung der Bevölkerung abzusichern (Vorbild: Frankreich⁵⁵, Italien⁵⁶) oder es aber den Drittbetroffenen ermöglichen, ihre Versorgungsansprüche selbst durchzusetzen und zwar sowohl gegenüber der Gewerkschaft als auch gegenüber dem Arbeitgeber.

Das alles zeigt, dass sich ein ordnender Zugriff des Gesetzgebers auf Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge – sollte es eines solchen denn überhaupt bedürfen – als sehr viel schwieriger erweist, als es auf den ersten Blick den Anschein hat und es jedenfalls mit ersten verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht getan ist. Letztlich werden sich ausufernde Arbeitskämpfe in diesem Bereich – die, wie eingangs gezeigt, so aber auch gar nicht feststellbar sind – rechtlich wohl nur sehr bedingt in den Griff bekommen lassen. Gefragt ist hier vielmehr der bereits mehrfach angesprochene *Common Sense* aller Beteiligten, auch ungeschriebene Kampfgrenzen anzuerkennen, die nicht überschritten werden dürfen.

54 Entnommen: BVerfG 4.7.1995 – 1 BvR 1421/86, NZA 1995, 754, C I 1 b = Rn. 108.

55 Art. L 2512-2 Code du travail.

56 L. 12 giugno 1990, n. 146 (1), dazu Abele, Gesetzliche Streikregelung für den Öffentlichen Dienst in Italien, RdA 1991, 79.

Denn bislang wurde in solchen Arbeitskämpfen die Mindestversorgung der Bevölkerung vor allem durch Notstandsvereinbarungen sichergestellt. Einen wirklichen Ausfall lebenswichtiger Versorgungsbereiche hat es in Deutschland bislang nicht gegeben. Das wiederum findet seinen Grund darin, dass die Kampfparteien bislang fast ausnahmslos Vernunft haben walten lassen, soweit es um die Erbringung unbedingt erforderlicher Notdienste geht. In neuerer Zeit scheint der Abschluss von Notstandsvereinbarungen aber gerade in den privatisierten Branchen der öffentlichen Daseinsvorsorge zunehmend auf Schwierigkeiten zu stoßen. Offenbar ist mit der Unterwerfung der früher hoheitlich geführten Unternehmen unter einen nicht zuletzt lohnkostenorientierten Verdrängungswettbewerb eine gehörige Portion Arbeitskampfkultur verlorengegangen. Aber auch kleineren Berufsgruppengewerkschaften scheint der Abschluss entsprechender Vereinbarungen nicht allen gleichermaßen leicht zu fallen. Dazu kommen weitere Aspekte, von denen hier nur einer kurz angerissen werden soll. Es geht um die ureigene Versorgungsverantwortung des Staates. Wenn es Wirtschaftsbereiche gibt – wie etwa die Flugsicherung – die so zentral und überlebenswichtig sind, dass ein einziger kleiner Nadelstich nicht nur eine ganze Branche, sondern auch einen gehörigen Teil des öffentlichen Lebens zum Erliegen bringt, dann muss diskutiert werden, ob es nicht Aufgabe des Staates selbst ist, dessen Funktionsfähigkeit abzusichern.

5. Keine Regulierung über das Schadensersatzrecht

a) Fallgestaltungen

Abschließend ist auf eine Konstellation einzugehen, die in der Rechtsprechung des BAG zuletzt breiten Raum eingenommen hat. Es geht um den Anspruch „streikgeschädigter“ Drittbetroffener auf Schadensersatz. Das BAG hatte in den Jahren 2015 und 2016 hierzu in drei Entscheidungen⁵⁷ Stellung zu beziehen.

Im Schrifttum war über sie zu hören, dass diese eine Fortsetzung der „streikfreundlichen Rechtsprechung“ des BAG darstellen würden.⁵⁸ Ich meine indes, dass das BAG die fraglichen drei Rechtsstreite kaum anders hätte entscheiden können, davon unabhängig sollte sich aber eines aufdrängen: Das Schadensersatzrecht taugt nicht zu einer „kalten Regulierung“ von Arbeitskämpfen in der Daseinsvorsorge.

Die drei durch das BAG entschiedenen Sachverhalte sind allesamt relativ ähnlich. Klägerinnen sind verschiedene Fluggesellschaften, beklagt ist jeweils die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF). Diese rief zu Streiks ge-

57 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 (Fn. 9); BAG 25.8.2015 – 1 AZR 875/13 (Fn. 9); BAG 25.8.2016 – 1 AZR 754/13 (Fn. 9).

58 Rudkowski, Anmerkung zu BAG AP Nr. 183 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

gen die deutsche Flugsicherung (DFS)⁵⁹ bzw. gegen Flughäfen⁶⁰ auf, die durch die Klägerinnen genutzt wurden. Deren Maschinen konnten die betroffenen Flughäfen weder anfliegen noch von diesen starten; es kam zu Flugausfällen oder zumindest erheblichen Verspätungen. Während die bestreikten Flughäfen bzw. die DFS durch den Arbeitskampf eher nur moderate Schäden erlitten, hatten die mittelbar getroffenen Fluggesellschaften erhebliche Umsatzeinbußen hinzunehmen, für den diese von der GdF Ersatz begehrt. Es geht also genau um jene Form der Drittbetroffenheit, wie sie für Streiks in der Daseinsvorsorge typisch ist.

In einem entscheidenden Punkt besteht allerdings ein Unterschied zwischen den einzelnen Sachverhalten. Während im Fall 1 AZR 754/13 die Rechtmäßigkeit des Streiks nicht zur Diskussion stand, ging es im Fall 1 AZR 875/13 um einen Unterstützungsarbeitskampf, dessen Zulässigkeit von den Klägerinnen (meines Ermessens zu Unrecht⁶¹) angezweifelt wurde. Dagegen war der im Verfahren 1 AZR 160/14 gegenständliche Arbeitskampf eindeutig rechtswidrig. Grund hierfür war, dass die Gewerkschaft „übersehen“ hatte, einen von ihr abgeschlossenen Tarifvertrag vollständig zu kündigen, so dass noch Friedenspflicht bestand.

In allen drei Fällen trugen die Klägerinnen vor, dass sich die jeweiligen Streiks „in Wahrheit“ gar nicht gegen den potenziellen Tarifpartner, also die DFS bzw. den Flughafen gerichtet hätten, sondern gegen sie. Vielmehr seien sie in „Geiselhaft“ genommen worden und bei wertender Betrachtung sei ihre Leistungsfähigkeit die eigentliche Schlagrichtung des Streiks gewesen.

b) Keine Erstreckung der tarifvertraglichen Friedenspflicht auf Drittbetroffene

Eher rasch lässt sich das Argument der Klägerinnen entkräften, wonach Dritte in die Friedenspflicht eines Tarifvertrags einbezogen sein können, wenn sie mit einem Mitgliedsunternehmen des tarifschließenden Arbeitgeberverbands in einer so engen vertraglichen Bindung bzw. wirtschaftlichen Verflechtung stehen, dass sie durch einen gegen den Verband gerichteten Arbeitskampf ebenso massiv (oder sogar noch stärker) getroffen werden wie die eigentlich bestreikten Mitgliedsunternehmen. Die relative Friedenspflicht ist nach ganz überwiegender Ansicht ein Bestandteil der schuldrechtlichen Seite des Tarifvertrags. Diese stellt zwar einen Vertrag

59 BAG 25.8.2015 – 1 AZR 875/13 (Fn. 9); BAG 25.8.2015 – 1 AZR 754/13 (Fn. 9).

60 BAG 26.7.2016 – 1 AZR 160/14 (Fn. 9).

61 Vgl. ArbG Stuttgart 2.3.2009 – 12 Ga 4/09, n.v.; LAG Baden-Württemberg 31.3.2009 – 2 SaGa 1/09 (Fn. 19); beide Instanzen wiesen einen gegen den Arbeitskampf gerichtete Untersagungsantrag der DFS zurück.

zu Gunsten Dritter dar (§ 328 BGB). Der Regelungswille der tarifschließenden Gewerkschaft würde aber völlig überdehnt, würde man die Friedenspflicht auf Drittbetroffene erstrecken (siehe auch sogleich nachfolgender Absatz). Dazu kommt: Selbst, wenn sich der fragliche Arbeitskampf ganz gezielt alleine gegen die Drittbetroffenen gerichtet hätte, könnte der zeitlich nachfolgende Streikbeschluss der Gewerkschaft keinen Einfluss mehr auf den Parteiwillen bei Tarifvertragsabschluss nehmen.

Knüpft man die vermeintliche Drittwirkung der Friedenspflicht nicht unmittelbar an § 328 BGB, sondern an den Vertrag mit Schutzwirkung an, würde die Erstreckung der Friedenspflicht auf die Fluggesellschaften voraussetzen, dass diese bestimmungsgemäß so mit der Hauptleistung aus dem Vertrag in Berührung kommen, wie der eigentliche Gläubiger der Friedenspflicht auch (Leistungsnähe). Vertragspartner der Mitgliedsunternehmen des tarifschließenden Verbands haben mit dem Tarifabschluss aber nichts zu schaffen. Die Friedenspflicht dient dazu, die Durchführung des Tarifvertrags zu sichern und die Beziehung der sozialen Gegenspieler zu befrieden. Sie schützt die Koalitionsinteressen der Tarifparteien und ihrer Mitglieder, nicht aber deren Integritätsinteresse und schon gar nicht dasjenige unbeteiligter Dritter. Sie können nicht in eine kollektive Arbeitsrechtsbeziehung einbezogen werden, der sie völlig fernstehen. Zudem muss der Gläubiger für Wohl und Wehe des Dritten verantwortlich sein, zumindest aber muss Sinn und Zweck des Vertrags und die erkennbaren Auswirkungen der vertragsgemäßen Leistung auf den Dritten seine Einbeziehung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erforderlich machen. Auch daran fehlt es hier. Und schließlich müsste die Einbeziehung der dritten Partei den beiderseitigen Interessen entsprechen, was angesichts der damit verbundenen, völlig unkalkulierbaren Haftungsrisiken jedenfalls auf der Gewerkschaftsseite nicht der Fall ist. Die Drittwirkung scheitert also auch insoweit am klar entgegenstehenden Willen der Gewerkschaft.⁶²

c) Deliktsrechtlicher Schutz

Damit bleibt also die Frage nach einem deliktischen Schutz der betroffenen Fluggesellschaften.

aa) Hier stellt sich zunächst ein Sonderproblem, das zwar für das bürgerliche Recht von einigem Interesse ist, indes nicht für das Arbeitsrecht, weshalb es hier nur kurz gestreift werden soll: Weder bestreikte Unternehmen noch Drittbetroffene werden durch einen Arbeitskampf in ihrem Eigentumsrecht verletzt. Sie erleiden vielmehr nur eine von § 823 BGB nicht geschützte Einbuße in ihrem Vermögen. In den Streitfällen könnten

62 BGH 24.4. 2014 – III ZR 156/13, NJW 2014, 2345 Rn. 9 f.; *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl. 2017, § 328 Rn. 14.

die Dinge allerdings ausnahmsweise anders liegen. Auch insoweit ist zwar lediglich ein Vermögensschaden gegeben, was diejenigen Flugzeuge betrifft, die den bestreikten Zielflughafen nicht anfliegen können, da sich diese ja im übrigen Luftraum noch ohne weiteres bewegen können. Schwieriger fällt die Beurteilung jedoch, was die am Flughafen geparkten Maschinen betrifft. Diese konnten streikbedingt nicht mehr starten und bleiben gleichsam manövrierunfähig am Boden gebunden. Sie können also auch keine anderen, von dritten Flughäfen abgehende Flüge mehr bedienen.

Dennoch lehnt das BAG eine Eigentumsverletzung der mittelbar streikbetroffenen Fluggesellschaften ab. Das steht auch im Einklang⁶³ mit der zivilrechtlichen Rechtsprechung⁶⁴, die in der Fleet-Fall-Entscheidung⁶⁵ und einem aktuellen Urteil⁶⁶ indes auch die Grenzen aufzeigt, bei deren Überschreitung zumindest der objektive Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB eröffnet sein könnte (was mit Rücksicht auf Art. 9 Abs. 3 GG freilich noch nicht bedeutet, dass deshalb der Anspruch schon in Gänze begründet wäre). Die fraglichen Arbeitskämpfe dauerten jedenfalls nur einige Stunden an oder wurden gar nur angekündigt, dann aber gar nicht durchgeführt.⁶⁷ Die betroffenen Flugzeuge werden daher nicht ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch als Reiseflugzeug entzogen. Das Flugzeug ist lediglich für eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne nicht nutzbar, wird deshalb aber nicht als Transportmittel unbrauchbar. Der Nutzungsentzug

63 Dezidiert anders aber: *Löwisch*, Anmerkung BAG AP Nr. 182 zu Art. 9 GG Arbeitskampff.

64 Keine Eigentumsverletzung sehen: BGH 21.6. 1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264 Rn. 21 f.: Blockade eines Betriebsgrundstücks für drei Stunden durch Einsatzfahrzeuge von Polizei und Feuerwehr wegen eines Brandes auf einem benachbarten Betriebsgelände. Firmenfahrzeuge konnten in der Folge das Gelände nicht verlassen und zu Kundenbesuchen genutzt werden. BGH 9.12. 2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174 Rn. 8: Eine Autobahnraststätte ist einige Zeit nicht mehr erreichbar, weil der vor ihr liegende Autobahnabschnitt unfallbedingt für einige Zeit gesperrt werden musste. BGH 11.1. 2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673 Rn. 12 f.: Beschädigung einer Bahnüberleitung. In der Folge konnte das mittelbar getroffene Verkehrsunternehmen den Betrieb nicht mehr mit eigenen Elektrolokomotiven durchführen, sondern musste diesen mit gemieteten Diesellokomotiven anderen Eisenbahnverkehrsunternehmens bewerkstelligen. Die Elektrolokomotiven standen in dieser Zeit still.

65 BGH 21.12. 1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886 Rn. 15 f.

66 BGH 21.6. 2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219.

67 Siehe oben Fn. 57; Fall 1 AZR 754/13: Dauer fünf Stunden. Fall 1 AZR 875/13: bloße Ankündigung des Arbeitskampfs (siehe dazu ausführlich II 8.). Ähnlich die Schleusenfälle: ArbG Wesel 23.8. 2013 – 6 Ga 22/13, AuR 2013, 463; ArbG Berlin 22.8. 2013 – 58 Ga 12250/13, BeckRS 2014, 66822; ArbG Herne 23.8. 2013 – 3 Ga 28/13, RdTW 2014, 170.

ist nur temporär und hat keine eigentumsverletzende Relevanz. Es wird nicht mehr enttäuscht als die Erwartung der Gesellschaft, mit einem bestimmten Flugzeug zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Flughafen zu starten oder zu landen. Das beweist auch folgende Gegenprobe: Würde der Flughafen einer Gesellschaft vertragswidrig einen versprochenen Startslot verweigern und den Start um einige Zeit nach hinten legen, wäre dieser zwar aus Vertrag, nicht aber aus Delikt haftbar.

bb) Dreh- und Angelpunkt ist mithin ein Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Insoweit gilt aber: (1) Eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb setzt voraus, dass die Beeinträchtigung zielgerichtet erfolgt und seiner objektiven Stoßrichtung nach gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gerichtet ist. (2) Ein Eingriff indiziert nicht sogleich die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung. Diese muss vielmehr einzelfallbezogen festgestellt werden. (3) Ganz entscheidend ist schließlich: Auf beiden Ebenen ist bei der Subsumtion der unbestimmten Tatbestandsmerkmale dem Koalitionsgrundrecht der streikenden Gewerkschaften zumindest im Rahmen einer Konkordanzabwägung hinreichend Geltung zu verschaffen. Vor allem letzteres wird in nicht wenigen Darstellungen zu wenig berücksichtigt und der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB wie für einen „gewöhnlichen“ Schadensfall subsumiert.

Im Schrifttum⁶⁸ wurde mehrfach vertreten, dass von der „Drittbezogenheit“ eines Streiks auszugehen sei, wenn dieser nur vordergründig den Tarifpartner bzw. dessen Mitglieder treffen, sich in Wirklichkeit aber bei den Vertragspartnern der bestreikten Unternehmen auswirken soll. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn die Schäden, die der Dritte erleidet, in keinem Verhältnis zu den Einbußen des Kampfgegners stehen und deren Betrieb bei wertender Betrachtung – in die etwa auch Äußerungen der Gewerkschaftsführung einzubeziehen sind – als die eigentliche Schlagrichtung des Streiks anzusehen ist. Es komme dazu, dass Fluggesellschaften nicht einfach auf einen anderen Anbieter ausweichen könnten.

68 *Green*, Zur (fehlenden) Ersatzfähigkeit arbeitskampfbedingter Schäden bei Drittbetroffenen, NZA 2016, 274; *Lambrich/Sander*, Von streikenden Fluglotsen, Vorfeldmitarbeitern und Schleusenwärtern – wenn Gewerkschaften Dritte instrumentalisieren, NZA 2014, 337; *Löwisch*, Anmerkung BAG AP Nr. 182 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Rudkowski*, Anmerkung BAG AP Nr. 183 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Scharff*, Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter bei Arbeitskampfmaßnahmen, BB 2015, 1845; *Sprenger*, Haftung der Gewerkschaft für Gegner- und Drittschäden aus rechtswidrigen Streiks, BB 2013, 1146, 1149.

Das BAG hat einer solchen wertenden Betrachtung eine Absage erteilt. Zunächst argumentiert es erneut eher etwas formal. Es verweist darauf, dass alleine der Streikbeschluss der kampfführenden Gewerkschaft rechtlich beachtlich ist und nicht dessen Auslegung durch einen externen Betrachter. So gesehen liegen die Urteile tatsächlich etwas auf der Linie der Sozialplanarifvertrag- und Sympathiestreikentscheidungen.

Hinzu kommen jedoch gewichtige Argumente: Jeder Arbeitskampf hat Drittfolgen, weil jeder Streik darauf gerichtet ist, dass der Kampfgegner Einbußen erleidet. Das setzt notwendigerweise voraus, dass dieser seine Kunden nicht wie gewohnt bedienen kann. Diese Drittfolgen sind bei einem Streik stärker, bei einem anderen schwächer ausgeprägt. Es gibt aber keine belastbaren Parameter um festzustellen, wann die Drittfolgen des Streiks so sehr die Schäden des primären Streikgegners überwiegen, dass der Arbeitskampf als drittbezogen und damit schadensbegründend einzuordnen wäre. Vorschläge wie „enge funktionale Verknüpfung“, „arbeitsteiliges Zusammenwirken“, „erhebliches Störpotenzial gegenüber den Drittbetroffenen“, „hohe Eingriffsempfindlichkeit“ sind in der Praxis nicht belastbar und laden den Richter nur zu einer Spekulation über den Sachverhalt ein; das Risiko der kampfführenden Gewerkschaft würde unkalkulierbar.

In jeder eng getakteten Zulieferbeziehung oder *just in time*-Produktionskette kann es zu einem Durchschlagen des Arbeitskamps auf die nächsten Wirtschaftsebenen bis hin zu einer völligen Lahmlegung drittbetroffener Unternehmen kommen. Und auch in vielen „normalen“ Lieferbeziehungen wird es so sein, dass Abnehmer, die dringend auf die Leistungen des bestreikten Unternehmens angewiesen sind, auf dieses einen gewissen Druck ausüben werden, möglichst bald wieder lieferfähig zu werden. Beispielsweise musste die Audi AG im März 2017 die Fertigung der Modelle A4 und A5 eine knappe Woche einstellen, weil ein nordrhein-westfälischer Zulieferer Teile zur Stirnwanddämmung (Schutz vor Motorengeräuschen) auf Grund eines Brandes nicht mehr liefern konnte.⁶⁹ Angenommen, dieser Zulieferer wäre durch die IG Metall rechtswidrig bestreikt worden: Hätte sie Audi Schadensersatz leisten müssen? Angenommen, der Brand beim Zulieferer wäre absichtlich gelegt worden. Müsste der Brandstifter nicht nur dem Zulieferer, sondern auch der Audi AG Schadensersatz leisten? Auch der Kreis der potenziell anspruchsberechtigten Drittgeschädigten ließe sich nicht zuverlässig abgrenzen. Denn warum sollten bei einem Losenstreik nur die Fluggesellschaften Regress nehmen können, nicht aber ein Spediteur, der eiliges Gut nach Übersee versenden muss und dem sich auf die Schnelle keine adäquate Ausweichmöglichkeit bietet? Müssten nicht auch Unternehmen der Stahl- und

69 Handelsblatt vom 28.3. 2017, Nr. 62, S. 21.

Energiebranche sich bei einer streikenden Eisenbahnergewerkschaft schadlos halten können, da auch ihnen keine realistische Transportalternative zur Verfügung steht?

Aber auch, wenn man einer derartig wertenden Betrachtung zwischen kommunizierten und „heimlichen“ Streikzielen offener gegenüberstehen würde, darf man bei der Betrachtung nicht einfach das Koalitionsgrundrecht außen vorlassen. Hätte das BAG dem Klageantrag entsprochen, hätte es faktisch ein „Streikverbot“ im Bereich der Daseinsvorsorge konstituiert. Jedenfalls Flughäfen wären dann zum streikfreien Fleck auf der Landkarte des deutschen Arbeitsrechts geworden. Die GdF wäre (vorausgesetzt, sie hätte die Streikschäden überhaupt „überlebt“) auf das sprichwörtliche „kollektive Betteln“ angewiesen.

Das weist auch den Weg, was die anderen, von den Befürwortern einer Schadensersatzpflicht vorgebrachten Argumente betrifft: Natürlich steht einer Gewerkschaft das Recht zu, die Reaktion Drittbetroffener in ihre Überlegungen einzubeziehen. Und sicher ist richtig, dass im „übrigen“ Wirtschaftsverkehr Drittbetroffene eine deutlich bessere Chance haben, im Fall eines streikbedingten Ausfalls eines Zulieferers auf eine alternative Versorgungsmöglichkeit auszuweichen, wohingegen ein Arbeitskampf auf einem Flughafen das klare Aus für die davon betroffenen Fluggesellschaften bedeutet. Nur kann die Möglichkeit einer Gewerkschaft, von ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Koalitionsfreiheit Gebrauch zu machen, schlechterdings nicht davon abhängen, ob Kunden ihres sozialen Gegenspielers alternative Versorgungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen oder nicht und welche vertraglichen Bindungen diese mit Dritten eingegangen sind.

Daher braucht eigentlich auch nicht näher darauf eingegangen zu werden, dass Hinweise auf das Regulierungs- und Infrastrukturecht schon gar nicht verfangen.⁷⁰ Diese mögen zwar dem Dienstleister eine Gewährleistungspflicht auferlegen, vermögen aber nicht, das Koalitionsgrundrecht in irgendeiner Weise einzuschränken. Solches war mit den fraglichen Gesetzen zu keiner Zeit beabsichtigt und ist vom Regulierungsgesetzgeber auch nie ernsthaft in Erwägung gezogen worden. Im Übrigen: Wer die Funktionsfähigkeit von Infrastruktureinrichtungen in den sensiblen Bereichen der Daseinsvorsorge im Allgemeininteresse gewährleisten will, muss diese vielmehr in staatliche Obhut geben oder aber zumindest auf gesetzgeberischer Ebene⁷¹ dafür sorgen, dass eine Minimalversorgung gewährleistet ist oder dass es Fluggesellschaften wenigstens ermöglicht wird, ihre Maschi-

70 Daher verfährt auch der Verweis von *Green*, NZA 2016, 274, 276 auf derartige Gewährleistungspflichten nicht.

71 Siehe etwa den Vorschlag von *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 134 ff.

nen vom Streikort zu entfernen. Was aber nicht geht, ist die Daseinsvorsorge den Marktgesetzen zu unterwerfen, Unternehmen die Chancen und Möglichkeiten des freien Marktes zu eröffnen, den Arbeitnehmern aber im Gegenzug zu verbieten, ihre Rechte – wohlgemerkt durch Gebrauch der verfassungsrechtlich verbürgten Tarifautonomie – zu sichern.

Anzumerken wäre schließlich noch, dass die Gegenansicht zu einem bemerkenswerten Gleichheitsproblem führt. Die Bevölkerung – und auf sie sollte es doch eigentlich ankommen! – stünde nämlich ohne Schutz, weil sie sich nicht auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb berufen kann. Erneut müsste sie darauf hoffen, dass der Versorgungserbringer unter Hinweis auf bei ihm möglicherweise eintretende Schäden dem Streik Einhalt gebietet.

Nur hilfsweise wäre weiter darauf hinzuweisen, dass wenn man – entgegen aller hier getroffenen Überlegungen – den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB für eröffnet hält, zu beachten wäre, dass beim Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Tatbestand die Rechtswidrigkeit nicht indiziert. Anders lägen die Dinge dagegen, würde man die Flucht nach vorne antreten und gerade aus dem Umstand, dass der Streik überwiegend Dritte trifft, auch dessen Rechtswidrigkeit folgern. Indes drehen sich die Dinge so im Kreis: Die Betriebsbezogenheit des Eingriffs ergäbe sich daraus, dass der (an sich rechtmäßige) Streik sich vor allem bei Dritten auswirkt und dieser würde rechtswidrig, weil er sich bei Dritten auswirkt. Die Verwirklichung des Tatbestands indiziert damit dessen Rechtswidrigkeit, die ihrerseits aber erst das Vorliegen des Tatbestands begründet. Dabei liegt auf der Hand, dass alle Bedenken an der Verfassungskonformität der Annahme, dass ein (an sich) rechtmäßiger Streik bei hinreichender Drittwirkung das unternehmerische Recht Drittbetroffener tangiert, hier erst Recht Geltung beanspruchen. Das Deliktsrecht würde das Koalitionsgrundrecht in der Daseinsvorsorge außer Kraft setzen.

Eine Schadensersatzpflicht der kämpfenden Gewerkschaft käme daher allenfalls in Betracht, wenn der „Hauptarbeitskampf“ rechtswidrig war.⁷² Damit wäre für den „durchschnittlichen“ Drittbetroffenen aber nichts gewonnen. Rechtswidrige Arbeitskämpfe sind selten. Hier und da mag es vorkommen, dass die Gewerkschaft übersehen hatte, einen noch bestehenden Tarifvertrag zu kündigen und daher gegen die tarifliche Friedenspflicht verstoßen hat. Ein solcher *faute inexcusable* sollte für jede Gewerkschaft eigentlich ganz leicht vermeidbar sein, gilt es doch lediglich, das Auslaufen des Tarifvertrags abzuwarten oder diesen rechtzeitig zu kündigen. Besonders Sparten Gewerkschaften scheinen insoweit allerdings in er-

72 Lambrich/Sander, NZA 2014, 337, 339 f.; Sprenger, BB 2013, 1146, 1148 f.; Löwisch, Anmerkung BAG AP Nr. 182 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

höchtem Maße „gefährdet“⁷³. Vor allem aber zieht gerade in dieser Konstellation die Rechtswidrigkeit des Hauptarbeitskampfs nicht zwingend auch die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach sich. Vielmehr steht einer solchen Annahme entgegen, dass der Friedenspflicht eben keine Drittwirkung zukommt. Die Relativität des Schuldverhältnisses darf aber nicht über ein freihändiges Operieren mit dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb deliktsrechtlich durchbrochen werden.

Die Relativität des Arbeitskampfs wird vielmehr erst dann überschritten, wenn auch der Dritte zumindest mittelbar die Tarifforderung erfüllen soll und daher Kampfgegner und Tarifpartner endgültig auseinanderfallen oder aber, wenn eine *per se* rechtswidrige Handlung den Betrieb des Dritten ganz direkt trifft. Beispiele hierfür bieten zwei ältere Entscheidungen des BAG.⁷⁴ Im Fall waren die Unternehmen des Streikgegners und des Drittgeschädigten in einem gemeinsamen Druckzentrum ansässig. Um den Streikgegner an der Weiterarbeit zu hindern, blockierte die kampfführende Gewerkschaft – überdies in grob rechtswidriger Weise – jegliche Zufahrt zum Druckzentrum. Dadurch wurde aber auch der Betrieb des Drittgeschädigten unerreichbar. Er wurde aber nicht etwa (nur) deshalb arbeitsunfähig, weil er mit dem Streikgegner arbeitsteilig verbunden war oder benötigte Leistungen des Kampfgegners nicht mehr erhielt⁷⁵, sondern weil er direkt angegriffen wurde. Gleiches gilt für die Fluglotsenentscheidung des BGH aus dem Jahr 1977,⁷⁶ weshalb das BAG auch von dieser selbst dann nicht abweichen würde, wenn man dieser entnehmen würde, dass Drittbetroffene wenigstens auf Tatbestandsebene anspruchsberechtigt sein könnten. Der damals streitgegenständliche „Arbeitskampf“ der Fluglotsen war unter jedem nur denkbaren Gesichtspunkt rechtswidrig. Die Fluglotsen waren beamtet und unterlagen ihrem Dienstherrn gegenüber einer öffentlich-rechtlich begründeten Treuepflicht, der man gebe-

73 Für den Zeitraum von 2016 bis Mitte 2017 finden sich lediglich sechs gerichtliche Entscheidungen zu Friedenspflicht verletzenden Arbeitskämpfen: (1) BAG 26.7. 2016 – 1 AZR 160/14 (Fn. 9); (2) ArbG Mainz 14.7. 2007 – 3 Ga 19/07, BeckRS 2007, 45434 Rn. 80 ff., nachfolgend LAG Rheinland-Pfalz 16.7. 2007 – 4 Ga 17/07, n.v.; (3) LAG Köln 12.12. 2005 – 2 Ta 457/05, NZA 2006, 62; (4) LAG Hessen 9.8. 2011 – 9 SaGa 1147/11, BeckRS 2011, 75508; (5) ArbG Frankfurt/Main 29.2. 2012 – 9 Ga 24/12, BeckRS 2013, 74044; (6) ArbG Stuttgart 11.6. 2013 – 7 Ga 31/13, ArbRB 2013, 197 Rn. 37 f. In immerhin vier Sachverhalten hiervon wurde der Streik durch eine Spartengewerkschaft geführt: Nr. 1 – GdF; Nr. 2 – GdL; Nr. 4 – GdF; Nr. 5 – GdF.

74 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86, NZA 1988, 884; BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86, NZA 1989, 475.

75 Darauf stellt allerdings ab: Löwisch, Anmerkung BAG AP Nr. 182 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

76 BGH 16.6. 1977 – III ZR 179/75, NJW 1977, 1875.

nenfalls einen drittschützenden Charakter zuerkennen mag. Zudem konnten sie sich mit ihrem Arbeitskampf nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen. Zumindest nach damaligem Verständnis hatten Beamte keinerlei Streikrecht. Sie führten einen politischen Streik, weil er auf eine Änderung ihrer gesetzlich geregelten Arbeitsbedingungen gerichtet war. Die kollektive Arbeitsniederlegung wurde von keiner tariffähigen Gewerkschaft geführt. Schließlich legten die Fluglotsen noch nicht einmal ihre Arbeit nieder, sondern schritten – bei angestrebter Aufrechterhaltung ihres Vergütungsanspruchs – lediglich zu einer Art Bummelstreik („go slow“).

III. Zusammenfassung

(1) Das Arbeitskampf-Recht hat im vergangenen Jahrzehnt eine partielle Neujustierung durch die Rechtsprechung erfahren. Am Anfang steht die Zulassung von Streiks, die gegen einen verbandsangehörigen Arbeitgeber auf Abschluss eines ergänzenden Haustarifvertrags geführt werden. Diese Entwicklung findet ihre Fortsetzung in der Umkehrung des Regel-/Ausnahmeverhältnisses beim Unterstützungsarbeitskampf und der Zulassung des Streiks auf Abschluss eines Sozialplantarifvertrags. Doch verlässt die damit erreichte Erweiterung des gewerkschaftlichen Aktionsradius weder den verfassungsrechtlich vorgegebenen, noch den tradierten Rahmen des Arbeitskampfs. Problematisch ist an den fraglichen Entscheidungen aber die den Urteilsbegründungen zu entnehmende Tendenz, wonach der streikführenden Gewerkschaft eine freie Wahl der Kampfmittel zukommt, die faktisch keiner objektiven Rechtskontrolle mehr unterzogen werden kann.

(2) Grundsätzlich anderes gilt für die Flashmob-Rechtsprechung. Diese sollte einer kritischen Revision und idealerweise einer Korrektur unterzogen werden. Mit Flashmob-Aktionen wird der Streik für unbeteiligte Dritte geöffnet, was koalitionsrechtlich nicht erklärbar ist. Derartige Aktionen greifen in nicht rechtfertigbarer Weise auf die Substanz des betroffenen Betriebs zu und zwar auch dann, wenn es zu keinen Kampfezessen kommt. Vor allem aber muss der Arbeitskampf auf die Vorenthaltung von Arbeit gerichtet bleiben.

(3) Vollständig aus dem Rahmen fällt das neuerdings bei Luftfahrtgesellschaften anzutreffende Phänomen des massenhaften „go sick“. Derartige Aktionen sind klar rechtswidrig. Streik kann nur die kollektiv erklärte Verweigerung der vertraglich übernommenen Pflichten sein, wohlge-merkt: unter Inkaufnahme des Verlusts des Entgelts. Alles andere ist Entgeltbetrug. Rein theoretisch steht dem Arbeitgeber gegen solche Aktionen zwar ein Bündel von Maßnahmen zur Verfügung, rein tatsächlich ist er diesen aber mehr oder weniger hilflos ausgeliefert. Folglich gerät auch die verfassungsrechtlich gebotene Kampfparität in eine Schieflage. Die

Rechtsordnung ist aufgerufen, dem damit für das Arbeitskampfrecht verbundenen Kontrollverlust entgegenzuwirken.

(4) Eine Betrachtung von Kampfformen, die jenseits des tradierten Streiks liegen, zeigt, dass diese das Risiko in sich bergen, die friedensstiftende Funktion der Tarifaautonomie zumindest partiell in Erosion zu bringen. Genau darauf basiert aber das Erfolgsmodell der deutschen Sozialpartnerschaft. Deutlich wird damit aber auch, dass sich die Grenzen von Arbeitskämpfen letztlich wohl nicht alleine durch die Rechtsordnung vorgeben lassen, sondern auch auf einem ungeschriebenen, bislang allgemein akzeptierten Grundkonsens beruhen, den es zu wahren gilt. Insoweit darf aber nicht außerhalb der Betrachtung bleiben, dass es am Ende beide Seiten waren, die zu einer Schwächung der Arbeitskampfkultur beitragen haben.

(5) Arbeitskämpfe in der Daseinsvorsorge haben aus Sicht der Bevölkerung ganz besonders intensive Drittwirkung. Derartige Streiks haben in der vergangenen Dekade zwar keineswegs so deutlich zugenommen, wie dies allgemein empfunden wird, sind aber in der Tat häufiger und für die Allgemeinheit möglicherweise auch belastender geworden. Insoweit darf aber auch nicht übersehen werden, dass ein entscheidender Grund hierfür natürlich die Privatisierung der einschlägigen Branchen samt allen damit verbundenen Begleiterscheinungen ist, weshalb sich ein einfacher Vergleich mit „früher“ schlicht verbietet.

(6) Insbesondere von Seiten des öffentlichen Rechts wird zuletzt immer häufiger gefordert, Streiks in der Daseinsvorsorge mit Rücksicht auf Gemeinwohlbelange Grenzen zu ziehen. Einschränkungen des Koalitionsgrundrechts seien durch kollidierende Grundrechte der Allgemeinheit gerechtfertigt (Schutzpflichtenlehre). Indes erweist es sich bei näherem Hinsehen als außerordentlich schwierig, wirklich praktikable Streikrestriktionen zu formulieren. Vor allem aber ist nicht erklärbar, warum sich der Arbeitgeber denn überhaupt auf Grundrechte der drittbetroffenen Allgemeinheit berufen darf. Auch kann nicht beantwortet werden, ob der Staat seinem Schutzpflichtauftrag bereits dadurch Rechnung trägt, indem er es der – freien – Entscheidung des Arbeitgebers überlässt, ob dieser eine Unterlassungsverfügung gegen die streikende Gewerkschaft anstrengt (oder eben nicht). Wer den Schutzauftrag des Staates wirklich ernst nimmt, müsste diesen selbst in die Pflicht nehmen, um eine Minimalversorgung der Bevölkerung abzusichern oder aber dieser das Recht zuerkennen, gegen den Streik vorzugehen (was sicherlich bizarr wäre). Zudem müsste konsequenterweise auch der Arbeitgeber verpflichtet werden, seiner Versorgungspflicht während eines Streiks so gut als möglich nachzukommen, und zwar auch dann, wenn er aus betriebs- oder kampftaktischen Überlegungen andere Dispositionen treffen möchte. Schließlich wird es für essenzielle Bereiche der Daseinsvorsorge (etwa: Flugsicherung) auch einer

Diskussion bedürfen, inwieweit der Staat selbst einschlägige Aufgaben übernehmen oder aber zumindest bündeln muss.

(7) Das Schadensersatzrecht taugt nicht zu einer „kalten Regulierung“ des Arbeitskampfrechts. Es kann weder zur „Abwicklung“ von Arbeitskämpfen in der Daseinsvorsorge noch von solchen mit erkennbar starker Drittwirkung fruchtbar gemacht werden. Völlig zu Recht hat sich das BAG daher dem Ansinnen widersetzt, Unternehmen, die mittelbar durch einen (gegebenenfalls rechtswidrigen) Streik betroffen wurden, einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die streikführende Gewerkschaft zuzuerkennen. Ein solcher Anspruch lässt sich weder bürgerlich-rechtlich begründen noch wäre er verfassungsrechtlich haltbar.

Diskussion*

Der Kongress begann mit einer äußerst lebhaften ersten Diskussion. Die erste Frage kam von Dr. *Katrin Haußmann* (Gleiss Lutz, Stuttgart) zu der aktuellen Lage des Streikbrecherverbots. In dem neuen Art. 11 Abs. 5 AÜG seien aus Sicht des Referenten Spartengewerkschaften bewusst ausgespart worden. Leiharbeitnehmer dürften demnach nicht auf einem bestreikten Arbeitsplatz eingesetzt werden. Er halte die Regelung für verhältnismäßig unbedeutend. Soweit er das sehe, werde diese Regelung außerhalb des Einzelhandels politisch überschätzt. Dadurch seien jedoch die Möglichkeiten der Drittbeteiligung zulasten des Arbeitgebers minimiert worden. Dies müsse vermutlich für verfassungsmäßig zulässig erachtet werden. Der Gesetzgeber habe einen Beurteilungsspielraum, wenn er die Parität der Koalitionsfreiheit gestört sehe. Problematisch sei jedoch, wer bestimmen solle, dass der Leiharbeitnehmer nicht zur Arbeit erscheine. Es stelle sich die Frage, ob sich der Leiharbeitnehmer mit der Belegschaft solidarisieren müsse oder ob ihm ein Recht auf Arbeit zustehe. Letztlich liege hier ein Fall der Drittbegrenzung vor. Darauf ergänzte Professor Dr. *Richard Giesen* die Situation der Post im Jahr 2015, bei welcher mit möglichen befristeten Arbeitsverträgen nach Freistellung in den Leiharbeitsfirmen während der Streikmaßnahmen gearbeitet worden sei.

Die zweite Wortmeldung kam von Professor Dr. *Volker Rieble*: Er stellte die Frage, welche Arbeitskämpfungsmittel des Arbeitgebers existierten und ob das Arbeitskämpfrecht nicht auch eklatant rechtswidrigem Tun begegnen können müsse. Hinzuweisen sei auch darauf, dass es ein „go sick“ schon einmal gegeben habe. Er ordne dies als eine massenhafte Untreue zulasten der Sozialversicherung ein. Letztlich stelle sich die Frage, ob nach der Fluglotsenentscheidung, wenn die Maßnahmen des Streiks final einen Dritten treffen, die Streikmaßnahmen anders zu beurteilen seien. Schließlich habe der Vorsitzende der Fluglotsengewerkschaft den Streikerfolg anhand der ausgefallenen Flüge gemessen.

Der Referent stellte der Beantwortung der Fragen von Professor *Rieble* voran, dass es nicht nur darauf ankomme, was der Arbeitgeber gegen Kampfmaßnahmen tun könne, sondern auch darauf, was er dagegen tun wolle. In der Praxis zeichne sich oft ab, dass der Arbeitgeber gegen die Arbeitskämpfe nichts mehr unternimmt, wenn im Betrieb wieder Frieden eingekehrt sei. Die Schadensersatzfälle im Flugverkehr würden damit eine Ausnahme darstellen. Die Mittel des Arbeitgebers in der Strukturentscheidung würden eine unternehmerische Frage darstellen – Tarifauto-

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

nomie und Arbeitskampf sollen eine Parität herstellen. Das rechtliche Kampffarsenal sei bescheiden: In Betracht käme eine Aussperrung, welche jedoch häufig faktisch nicht möglich sein werde. Die Betriebsstillegung sei dagegen schon rechtlich kein Kampfmittel.

Zu der Frage des kollektiven Krankmachens stellte der Referent klar, dass tatsächlich nicht nur individuelle Maßnahmen in Betracht kämen. Es stelle sich auch die Frage, ob ein Arbeitskampf der keiner ist, rechtlich als solcher qualifiziert werden könne, um eine Gegenwehr gegen dieses Verhalten zu ermöglichen. Dann könnte an eine Unterlassungsklage gegen den rechtswidrigen Arbeitskampf gedacht werden.

Professor *Giesen* widersprach seinen beiden Kollegen. Das „*go sick*“ sei vom persönlichen Willen des einzelnen Arbeitnehmers abhängig.

An diese Thematik anschließend meldete sich *Daniel Flohr* von der UFO zu Wort. Er vertrat die Auffassung, dass bei TUI schlicht massiv mit den Existenzängsten der Arbeitnehmer gespielt worden sei, indem deren Arbeitsplatz von einem Tag auf den anderen nach Österreich verlegt worden sei. Wegen der hohen Sicherheitsrelevanz der Tätigkeit im Flugbetrieb bestünde eine international anerkannte Richtlinie, nach welcher jeder Arbeitnehmer seine Dienstfähigkeit einschätzen müsse und verpflichtet sei, sich im Fall einer körperlichen oder psychischen Dienstuntauglichkeit krankzumelden.

Der Referent wies darauf hin, dass die Diskussion mit Professor *Rieble* mehr die Möglichkeit der rechtlichen Abgrenzbarkeit betroffen habe, als den Umstand der Pflicht zur Krankmeldung in bestimmten Situationen. Aus seiner Sicht bestünden gegen derartige kollektive Maßnahmen Bedenken, da diese die Befriedungsfunktion gefährden würden. Er denke, dass ein lockeres „Hantieren“ mit einer angeblichen Unpässlichkeit für die Gesellschaft nicht unproblematisch sei.

Anschließend beantwortete er die dritte Frage von Professor *Rieble*: Nach einer BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1978 sei die Rechtswidrigkeit der Streikmaßnahme unstrittig gewesen, da Beamte nicht streiken dürften. Es bestehe eine Divergenz zwischen dieser Entscheidung und denen des BAG. Seiner Ansicht nach liege der BGH falsch. Heute könne die Rechtswidrigkeit kollektiven Krankwerdens jedoch nicht so leicht festgestellt werden.

Auch Rechtsanwalt *Rolf Schäfer* (Hannover) wies darauf hin, dass auf die bestehende Pflicht der Krankmeldung im Rahmen von „*go sick*“ lediglich hingewiesen worden sei. Diese Pflicht sei sowohl von den Arbeitnehmern als auch allen anderen zu akzeptieren und aus Sicherheitsgründen zu begrüßen.

Rechtsanwalt Dr. *Hans-Christoph Schimmelpfennig* (Noerr LLP, München) ergänzte, dass im Einzelhandel wegen der Kampfparität ein Streik

nur schwer möglich sei. Daher sei auf Mittel wie das Zahlen mit Pfennigen zurückzugreifen. Im Luftverkehr sei dies anders. Ein Streik löse dort erhebliche Beeinträchtigungen aus. Im Fall des „*go sick*“ werde damit die Unternehmerentscheidung in den Arbeitskampf mit einbezogen. Es stelle sich die Frage, wie man damit vor dem Hintergrund des offenen Visiers umgehen könne. Der Referent erwiderte hierauf, dass Tarifpartnerschaft eben auch bedeute, dass solche Maßnahmen nicht über Nacht angekündigt würden. Gerade in der Luftfahrt verursache schließlich oftmals bereits die Ankündigung eines Streiks einen großen Schaden. Deswegen sei die Beschränkung des Arbeitskampfs über Schlichtung, Urabstimmung und Ankündigungspflicht wichtig. Dennoch sei nach dem Referenten hinzunehmen, dass das BAG eine Tarifizensur verbiete.

Professor *Klaus Bepler* (Vorsitzender Richter am BAG a.D., Berlin) griff die Unternehmerfreiheit auf. Es bestünden heute bereits viele Regelungen wie etwa Tarifverträge in Krankenhäusern. Eine Standortveränderung falle zwar in den Bereich der unternehmerischen Entscheidung, betreffe wegen der tariflichen Territorialität aber auch den Schutzbereich des Tarifvertrags. Mit einem Verhalten wie dem „*go sick*“ würden sich Gewerkschaften aus seiner Sicht selbst entwerten. Ein wichtiger Gesichtspunkt der Kampfparität sei nämlich der der Selbstschädigung.

Der Referent erwiderte hierauf, dass er den Gedanken interessant finde und man insoweit nicht mehr die völlige Unantastbarkeit der unternehmerischen Entscheidung voraussetzen dürfe.

Theorie und Praxis der österreichischen Kollektivvertragsverhandlungen

Franz Marhold

Seite

I. Einleitung und Grundlagen	54
II. Flächendeckende Erfassung der Arbeitsverhältnisse durch normative Kollektivvereinbarungen	55
III. Dezentralisierungen.....	61
IV. Zum Ablauf von Kollektivvertragsverhandlungen	63
V. Und die Rolle der Schlichtung?	67
VI. Zusammenfassung.....	68
Diskussion	69

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung* (München 2018), S. 53-68

I. Einleitung und Grundlagen

Im Rahmen einer deutschen Tagung über Arbeitskampfverhandlung und Schlichtung aus österreichischer Perspektive zu sprechen, bedarf einiger einleitender Bemerkungen. Die Streikstatistiken der Wirtschaftskammer Österreichs¹ und des österreichischen Gewerkschaftsbunds² weisen im Zeitraum von 2005 bis 2010 keine Streiks aus. Zuvor wurde im „Superstreikjahr 2003“ bei einer Beteiligung von 779.182 Arbeitnehmern unter Zugrundelegung eines Acht-Stunden-Arbeitstags im Ausmaß von 1.305.466 Arbeitstagen gestreikt. Das entspricht 196,8 Streikminuten je Arbeitnehmer im Jahr 2003. Die darauffolgende streikfreie Periode von 2005 bis 2010 wurde im Jahr 2011 beendet,³ wo bei einer Beteiligung von 87.034 Arbeitnehmern 453.363 Streikstunden vermerkt sind. In den Jahren 2012 bis 2014 kam es lediglich zu kleineren Streiks im Ausmaß zwischen 5.000 und 26.000 Streikstunden pro Jahr. Seit dem Jahr 2015 wurden in Österreich keine Streiks registriert. Die geringe Streikfreudigkeit in Österreich ist ein in Europa mittlerweile bekanntes Phänomen. Weniger bekannt sind die Rahmenbedingungen und Ursachen, die dazu führen, dass tatsächlich nur in geringem Umfang gestreikt wird. Das kann man romantisierend auf Besonderheiten in der österreichischen Mentalität schieben oder – ziemlich inhaltsleer – mit „Traditionen“ begründen. Auch mit den beteiligten Persönlichkeiten hat dieses Ergebnis nur bedingt zu tun. Sicherlich gibt es und gab es Phasen in der Kommunikation zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern, wo die besonders positiven Beziehungen zwischen den Spitzen der Interessenvertretungen die Lösung des einen oder anderen Streitfalls herbeiführen konnten. Angesichts des jahrzehntelangen Vorherrschens einer friedlichen Austragung von Arbeitskonflikten kann die persönliche Nahebeziehung von Repräsentanten der Interessenvertretungen diese dauerhafte Situation jedoch kaum erklären. Die Versuche, die strukturellen Rahmenbedingungen für das Ausbleiben von Arbeitskämpfen aufzuzeigen, sind vergleichsweise gering. Dieser Frage wollen wir nachgehen. Gibt es strukturelle, juristische Gründe dafür, dass in Österreich der Verhandlungsweg zumeist abgeschlossen werden kann, ohne dass es zu kämpferischen Auseinandersetzungen im Arbeitsleben kommt? Da sich dieser Beitrag in erster Linie an ein deutsches Publikum wendet, sollen im Folgenden die unterschiedlichen strukturellen Rahmenbedingungen in Österreich im Unterschied zu den bundesdeutschen Gegebenheiten herausgearbeitet werden.

1 <http://wko.at/statistik/Extranet/Langzeit/lang-streiks.pdf>.

2 <http://bit.ly/2vwPrNI>.

3 http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/700995/MetallerStreik_Die-Stimmung-ist-bombig. 2004 streikten 30 Arbeitnehmer für einen Tag.

II. Flächendeckende Erfassung der Arbeitsverhältnisse durch normative Kollektivvereinbarungen

Das österreichische Kollektivvertragsrecht (Tarifrecht) weist in ganz fundamentalen Bereichen Besonderheiten und europäische Alleinstellungsmerkmale auf, die es in rechtsvergleichender Hinsicht geradezu als Dinosaurier erscheinen lassen – mit dem nicht unbedeutenden Unterschied, dass das System nicht vom Aussterben bedroht ist.⁴ Während im Gefolge der Finanzkrise Tarifsysteme an Bedeutung verloren und der flächendeckende Branchentarifvertrag geradezu zur Ausnahme verkommen ist, hält Österreich ein System aufrecht, das gewährleistet, dass nahezu jeder Arbeitsvertrag von einem normativ wirkenden Kollektivvertrag erfasst wird.⁵ Während beispielsweise in Griechenland, Spanien und Portugal der Flächentarif weitgehend durch Firmentarife ersetzt wird und zudem betriebsdispositiv ausgestaltet wird,⁶ hält Österreich am flächendeckenden, zwingenden Branchenkollektivvertrag fest.⁷ Während insbesondere osteuropäische Staaten vor erheblichen Schwierigkeiten in der kollektiven Rechtsgestaltung stehen,⁸ weil es an repräsentativen Interessenvertretungen der Arbeitgeber mangelt, hat Österreich die korporativ verfassten gesetzlichen Interessenvertretungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer sogar in den Verfassungsrang gerückt.⁹ Während also das ungarische Arbeitsgesetzbuch versucht, den Arbeitgeberverbänden den Einstieg in die kollektive Rechtsgestaltung dadurch schmackhaft zu machen, dass der Kollektivvertrag bloß dispositiv wirkt,¹⁰ hält das österreichische Recht an

4 Beachte dazu die typologische Vergleichstabelle der verschiedenen Arbeitsbeziehungstraditionen in Europa bei *Rebhahn*, Die Zukunft der Kollektivautonomie in Europa – Tarifautonomie im Rechtsvergleich, EuZA 3 (2010), 62, 65.

5 Siehe grundlegend zur Theorie *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, S. 451 ff. Weiters *Löschnigg*, Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2016, Rn. 3/056 ff. Zur Reichweite und Ebene der Tarifverträge siehe *Rebhahn*, EuZA 3 (2010), 62, 68. Zu den Zahlen der Tarifverträge in Deutschland siehe *Ellguth/Kohaut*, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2016, WSI-Mitteilungen 4/2017, 278, 279.

6 Beachte dazu die rechtsvergleichende Rundschau bei *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 15 Rn. 4 ff.

7 *Marhold/Friedrich* (Fn. 5), S. 462 ff.

8 *Rebhahn*, EuZA 3 (2010), 62, 67, verweist insbesondere auf die „(nun) privaten Unternehmen“.

9 Siehe den im Jahr 2008 eingefügten Art. 120a Abs. 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. 1/1930 (WV) in der Fassung BGBl. I 2/2008: „Die Republik anerkennt die Rolle der Sozialpartner. Sie achtet deren Autonomie und fördert den sozialpartnerschaftlichen Dialog durch die Einrichtung von Selbstverwaltungskörpern.“

10 § 277 Abs. 2 Ungarisches Arbeitsgesetzbuch. Vgl. weiters Berke/Kiss (Hrsg.), *Kommentár a munka törvénykönyvéhez* – Kommentar zum Arbeitsgesetzbuch,

der Pflichtmitgliedschaft von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in gesetzlichen Interessenvertretungen fest und stattet diese mit Kollektivvertragsfähigkeit aus.¹¹ Dadurch wird gewährleistet, dass der Kollektivvertrag einer gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber alle ihr zugehörigen Pflichtmitglieder erfasst.¹² Die Ausgestaltung der Arbeitsbeziehungen in Österreich ist daher – und das möge bitte neutral aufgefasst werden – paleokorporatistisch.¹³ Die in einer Branche tätigen Arbeitgeber werden durch gesetzliche Anordnung in Fachgruppen oder Sektionen der Wirtschaftskammern in den Bundesländern verfasst, diesen Einrichtungen wird Kollektivvertragsfähigkeit zugewiesen und nach Kollektivvertragsabschluss sind die betreffenden Arbeitgeber automatisch kollektivvertragsunterworfen.¹⁴

Auf Arbeitnehmerseite wäre das Analogon, die mit Pflichtmitgliedschaft¹⁵ ausgestatteten Arbeiterkammern, ebenfalls vorhanden. Auch die Arbeiterkammern sind kollektivvertragsfähig.¹⁶ In der Praxis schließen die Arbeiterkammern aber keine Kollektivverträge, sondern überlassen dieses Feld dem österreichischen Gewerkschaftsbund (ÖGB). Auch hier ist eine Besonderheit zu vermelden. Während das österreichische Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), das die Grundlage der kollektiven Interessenvertretung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern darstellt, durchaus auf Gewerkschaftspluralismus angelegt ist, existiert in Österreich nur eine Gewerkschaft, der Österreichische Gewerkschaftsbund.¹⁷ Das Ausmaß der Dominanz des Österreichischen Gewerkschaftsbunds wird gerade dadurch besonders deutlich, dass man die neben ihm existierenden Gewerkschaft-

2014, S. 727 ff. Weiteres dazu bei Kovács, Hungarian Unions: How Representative? How Effective?, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 32 (2014), 891 ff.

11 § 4 Abs. 1 Bundesgesetz vom 14.12.1973 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG), BGBl. 22/1974 in der Fassung 104/2017. Andere (freiwillige) Vereinigungen können die Kollektivvertragsfähigkeit vom Bundeseinigungsamt gemäß §§ 5 Abs. 1, 4 Abs. 2 und Abs. 3 ArbVG zuerkannt bekommen.

12 § 8 Ziffer 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 ArbVG.

13 Ein geschichtlicher Abriss findet sich bei Cerny, Entwicklung der Arbeitsverfassung aus der Sicht der Arbeitnehmer, in: Grillberger (Hrsg.), 30 Jahre ArbVG, 2005, S. 9, 10 ff. Mit detaillierter Untersuchung Pernthaler et al. (Hrsg.), Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich, 1994.

14 § 43 Abs. 3 Ziffer 7 Wirtschaftskammergesetz 1998, BGBl. I 103/1998 in der Fassung BGBl. I 73/2017.

15 Bereits 1994 wurde der Legitimationsschwund der Trägerorganisationen thematisiert, vgl. Preglau, Kammern und Pflichtmitgliedschaft in Österreich aus demoskopischer und soziologischer Sicht, in: Pernthaler et al. (Fn. 13), S. 211, 260.

16 § 4 Abs. 1 ArbVG.

17 Ebenso Löschnigg (Fn. 5), Rn. 3/089.

ten erwähnt: den Verband angestellter Apotheker und den Landarbeiterbund – eine Koalition der Land- und Forstarbeiter. Der ÖGB ist sehr zentralistisch aufgebaut, seine sieben Fachgewerkschaften sind rechtlich lediglich als Organe des Österreichischen Gewerkschaftsbundes konstruiert und üben die Kollektivvertragsfähigkeit im Namen des ÖGB aus.¹⁸ Der österreichische Gesetzgeber, der ganz eindeutig das Ziel verfolgt, flächendeckende Branchenkollektivverträge herbeizuführen,¹⁹ trägt der Existenz einer Kollektivverträge abschließenden freiwilligen Interessenvertretung auf Arbeitnehmerseite dadurch Rechnung, dass er eine gesetzliche Außenseiterwirkung statuiert (§ 12 ArbVG). Die Rechtswirkungen eines Kollektivvertrags treten auch für Arbeitnehmer eines kollektivvertragsangehörigen Arbeitgebers ein, die selbst nicht durch ein Mitgliedschaftsverhältnis kollektivvertragsangehörig sind. Die Existenz von Beziehungsklauseln mit all den damit einhergehenden Rechtsfragen ist dem österreichischen Recht daher fremd. Kollektivverträge brauchen nicht in Bezug genommen werden, da sie ohnedies auch für Nicht-Gewerkschaftsmitglieder kraft Außenseiterwirkung normativ gelten.²⁰

Das flächendeckende österreichische Kollektivvertragssystem reicht freilich nur soweit die Zuständigkeit der Kammern der gewerblichen Wirtschaft reicht. Nicht in der gewerblichen Wirtschaft tätige Arbeitgeber, etwa im Medienbereich, im Bereich von Wissenschaft und Forschung oder im Gesundheitswesen werden nicht von Wirtschaftskammern erfasst. Dennoch existieren auch in diesen Bereichen freiwillige Interessenvertretungen der Arbeitgeber, denen durch behördliche Zuerkennung (Bundeseinigungsamt, eine Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag) die Kollektivvertragsfähigkeit verliehen wurde. Die hohen Anforderungen an eine freiwillige Organisation, welche die Arbeitsbeziehungen ihrer Mit-

18 OGH 12.3.1952 – 1 Ob 203/52 SZ 25/64; OGH 14.5.1963 – 8 Ob 75/63 Arb 7747 = ZAS 1966, 161 (mit Anmerkung *Bydlinski/Gschnitzer/Nipperdey*).

19 *Rebhahn*, Flächen- oder Unternehmenstarifvertrag – eine rechtsvergleichende Umschau, Beilage 2 zu NZA 2011, 64, spricht rechtsvergleichend von einem „Paradies für Flächentarife“; Siehe *Stiller*, Gestaltung der Arbeitswelt und Regelung der Arbeitsbeziehungen durch Tarifverträge, Beilage 2 zu NZA 2017, 62, 63 f. zur Situation in Deutschland.

20 Damit widerspräche die tarifliche Rechtslage in Österreich nach *Brameshuber*, „Basic Income“ from Wages: Freedom of Contract versus Statutory Minimum Standards, ELLJ 2016, 229, und *Junker*, Europäische Grund- und Menschenrechte und das deutsche Arbeitsrecht (unter besonderer Berücksichtigung der Koalitionsfreiheit), ZfA 2013, 91, 134 mit weiteren Nachweisen, dem deutschen Grundgesetz. Siehe dazu die rechtsvergleichenden Untersuchungen von *Rebhahn*, Zum Wirkungsbereich von Kollektivvereinbarungen des Arbeitslebens in den Rechtsordnungen der EU-Staaten, Festschrift Krejci, 2001, S. 1637, 1643 ff., und *Rebhahn*, Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, RdA 2001, 763, 765 ff.

glieder regeln möchte, in Bezug auf die Zuerkennung dieser Regelungskompetenz begünstigt die Zentralisierung der Akteure. Darüber hinaus wird dieses Phänomen auch durch deren Zurückhaltung beim Abschluss von Kollektivverträgen begünstigt.²¹ Daneben gibt es auch im Sektor der Finanzdienstleistungen freiwillige Berufsvereinigungen der Arbeitgeber neben der Zuständigkeit der Wirtschaftskammern. In diesen Bereichen gibt es zum Teil Kollektivvertragsabschlüsse sowohl durch die Wirtschaftskammern als auch durch die freiwilligen Interessenvertretungen der Arbeitgeber. Zu einem Teil repräsentieren diese Berufsvereinigungen dann nur ihre Mitglieder, da eine Außenseiterwirkung auf Arbeitgeberseite gesetzlich nicht vorgesehen ist. Das Ziel der flächendeckenden Geltung von Kollektivverträgen in einzelnen Wirtschaftszweigen wird dabei durch sog. Satzungserklärungen, ein Rechtsinstitut das der Allgemeinverbindlicherklärung nicht unähnlich ist, erreicht.²² Die zur Satzung erklärten Inhalte erhalten Allgemeinverbindlichkeit für die Arbeitsbeziehungen einer Branche.²³

Die flächendeckende Geltung von Kollektivverträgen hat auch über das Arbeitsrecht im engeren Sinn hinaus Bedeutung. Während nach der Judikaturlinie des BGH Tarifverträge keine den Wettbewerb regulierenden Normen im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen darstellen,²⁴ ist dies in Österreich anders. Kollektivverträge sind nach der Rechtsprechung des österreichischen OGH den Wettbewerb regulierende Regelungen im Sinne des § 1 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),²⁵ sodass der planmäßige Kollektivvertragsverstoß eines Mitbewerbers im selben Anwendungsbereich des Kollektivvertrags Anlass zu Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüchen geben kann.²⁶ Das ist verständliche Folge der umfassenden Geltung der Kollektivverträge in einem Wirtschaftszweig und bewirkt gleichzeitig, dass der Mitbewerber am Markt für Güter und Dienstleistungen gleichzeitig zum Wärter der Einhal-

21 So *Mosler*, Ist das ArbVG noch aktuell? – Kollektive Rechtsgestaltung, DRdA 2014, 511, 513.

22 *Niksova*, Grenzüberschreitender Betriebsübergang, 2014, S. 196.

23 Allgemein *Marhold*, Satzung eines Kollektivvertrages nach Betriebsübergang und Verbandswechsel des Arbeitgebers, ZAS 2005, 203.

24 Punkt 3 a der Entscheidung BGH 3.12.1992 – I ZR 276/90, GRUR 1993, 98 (mit zustimmender Anmerkung *Ring*) = AuR 1993, 377 (mit Anmerkung *Schwab*) = SAE 1995, 1 (mit Anmerkung *Müsgen*). Zur Entscheidungskompetenz des BGH vgl. *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 221 ff.

25 BGBl. 448/1984 (WV) in der Fassung BGBl. I 99/2016. *Karl/Marhold*, Der Mindestlohn im Arbeitsrecht. Zwischen Kollektivautonomie und Gesetzeszwang, Gesellschaft & Politik 2013, 11, 12.

26 Grundsätzlich bejahend *Hainz/Hutter*, Rechtsfolgen der unterkollektivvertraglichen Entlohnung, ZAS 2013/22, 139, 141 f., und *Rebhahn/Ettmayer*, § 1 UWG und die Verletzung arbeitsrechtlicher Vorschriften, wbl 2006, 1.

tung von kollektivvertraglichen Regelungen durch seinen Konkurrenten wird. Tatsächlich gibt es Fälle, in denen etwa der planmäßige Verstoß gegen kollektivvertragliche Arbeitszeitregelungen Gegenstand von Unterlassungsansprüchen eines Mitbewerbers im selben Anwendungsbereich des Kollektivvertrags war.²⁷

Eine weitere Konsequenz der flächendeckenden Geltung von Kollektivverträgen ist das Fehlen eines gesetzlichen Mindestlohns.²⁸ Dem steht nicht entgegen, dass auch in Österreich bisweilen die Forderung an die Politik herangetragen worden ist, einen gesetzlichen Mindestlohn vorzusehen. Das war vor längerer Zeit im Zusammenhang mit der Forderung nach einem Mindestlohn von 1.000 €²⁹ monatlich der Fall und wurde erst jüngst wieder aktuell, als die politische Forderung nach einem monatlichen Mindestlohn von 1.500 und 1.700 € formuliert wurde.³⁰ In beiden Fällen drohten die politischen Instanzen mit der Verabschiedung eines gesetzlichen Mindestlohns, sollten sich die Sozialpartner nicht auf einen solchen einigen.³¹ Gerade im aktuellen Fall dauerte es keine drei Monate, bis sich die Spitzen der Sozialpartnerschaft darüber geeinigt hatten – wenn auch in einem Etappenplan – in allen Kollektivverträgen (und in Österreich werden pro Jahr 450 abgeschlossen)³² einen kollektivvertraglichen Mindestlohn von 1.500 € zu verankern.³³ Besonders ausgeprägt ist der Wider-

27 OGH 5.5. 1987 – 4 Ob 333/87, ÖBl 1988, 17; OGH 30.5. 1990 – 4 Ob 79/90, DRdA 1991, 65 (mit zustimmender Anmerkung *Gahleitner*); OGH 14.5. 2001 – 4 Ob 112/01a.

28 Zum Verhältnis von Branchenkollektivvertrag und gesetzlichem Mindestlohn aus europäischer Sicht siehe *Brameshuber*, ELLJ 2016, 216 ff.

29 Siehe dazu die Mindestlohnvereinbarungen der führenden Sozialpartner, abzurufen unter <http://wko.at/bstv/Mindestlohngrundsatzvereinbarung.pdf>; http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20070702_OTS0138/hundstorfer-und-leitl-unterzeichnen-sozialpartner-vereinbarung-ueber-1000-euro-mindestlohn.

30 <http://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4793068/Gewerkschaft-will-1700-Euro-Mindestlohn>.

31 Arbeitsprogramm der Bundesregierung 2017/2018, 10; <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=65201>; https://ooe.arbeiterkammer.at/service/presse/presseaussendungen/1700_Euro_Mindestlohn.html.

32 Jährlich werden in etwa 450 Kollektivverträge geschlossen sowie fünf Satzungen und 30 Mindestlohntarife erlassen, siehe dazu <http://bit.ly/2wXAxQC>. In Österreich existieren über 800 Kollektivverträge, http://www.kollektivvertrag.at/cms/KV/KV_3.2/der-kollektivvertrag/warum-kollektivvertraege.

33 Die Grundsatzvereinbarung sieht vor: Bis zum Jahr 2020 sollen in allen Kollektivverträgen mindestens 1500 € brutto 14-mal pro Jahr gezahlt werden. Derzeit verdienen ca. 211.000 Arbeitnehmer weniger als 1.500 € pro Monat, vgl. <http://www.salzburg.com/nachrichten/rubriken/bestellen/karriere-nachrichten/sn/artikel/211000-verdienen-weniger-als-1500-euro-im-monat-82703/>.

stand gegen einen gesetzlichen Mindestlohn beim ÖGB.³⁴ Er ist darauf bedacht, das Lohnfindungsmonopol in Österreich auf Branchenebene beizubehalten. Spitzenvertreter des ÖGB haben das durchaus auch in die Richtung formuliert, dass bei einer anderen Zusammensetzung der politischen Instanzen zu befürchten wäre, dass gesetzliche Mindestlöhne auch wieder abgesenkt werden können. Darüber hinaus ist es in Österreich durchaus *common sense*, die Lohnfindung aus der politischen Auseinandersetzung, die allenfalls in eine Lizitation münden könnte, herauszuhalten.

Was bedeutet nun die Existenz flächendeckender Kollektivverträge für das Ausbleiben von Arbeitskämpfen in Österreich? Der Gesetzgeber hat mit dem Konzept branchenbezogener, flächendeckender Kollektivverträge den Sozialpartnern eine hohe Verantwortung übertragen, mit der gleichzeitig eine erhebliche Machtfülle im Bereich der Lohnfindung verbunden ist. Jedes Scheitern von Kollektivvertragsverhandlungen bedeutet daher gleichermaßen ein Scheitern der Sozialpartnerschaft. Umgekehrt wird der Abschluss von Kollektivverträgen insbesondere dann, wenn sie innovativen Inhalt haben, als Beweis für das Funktionieren der Sozialpartnerschaft gedeutet.³⁵ Die Sozialpartner beziehen daher ihre politische Legitimation und die Begründung ihrer verfassungsrechtlich abgesicherten Existenz gerade aus dem Umstand, dass sie in der Lage sind, die Arbeitsbeziehungen auf dem Verhandlungsweg zu regeln. Die Akzeptanz der Sozialpartnerschaft in der Bevölkerung hängt letztlich davon ab, dass sie in der Lage sind, im Bereich der kollektivvertraglich geregelten Arbeitsbeziehungen sachgerechte und nachhaltige Lösungen zu finden. Der Konnex zwischen Lösungskompetenz und Existenzberechtigung wird gerade auf Arbeitgeberseite besonders deutlich. So hat beispielsweise das zeitgleiche Scheitern von Verhandlungen über Arbeitszeitflexibilisierung mit dem gleichzeitigen Zustandekommen einer prinzipiellen Einigung über einen Mindestlohn von 1.500 € in der Industrie starke Kritik hervorgerufen.³⁶ Diese Kritik richtete sich aber sofort gegen die Existenz der Sozialpartnerschaft an sich; nicht artikuliert wurden beispielsweise schärfere tarifliche Auseinandersetzungen.

34 <http://derstandard.at/2000051423685/Sozialpartner-wollen-bei-Mindestlohn-alleine-entscheiden>. Bei der Einführung eines Mindestlohns ist darauf Acht zu geben, dass den Kollektivvertragspartnern ausreichend Spielraum zur Lohnfindung verbleibt. Siehe *Marhold*, Die Koalitionsfreiheit im österreichischen Recht, DRdA 2015, 413, 419; *Mosler*, Entwicklungstendenzen im Kollektivvertragsrecht, DRdA 2012, 283, 286; *Felten*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverfassungsgesetz, 2015, S. 384 f.

35 So etwa bei der Freizeitoption, <https://www.feei.at/arbeitswelt/freizeitoption/die-freizeitoption-der-elektro-und-elektronikindustrie> und <http://bit.ly/2jDVqKO>.

36 <http://www.krone.at/oesterreich/keine-arbeitszeit-einigung-1500-euro-mindestlohn-lange-verhandlungen-story-576509>.

III. Dezentralisierungen

Internationale Entwicklungen gehen auch an der österreichischen Wirklichkeit der Arbeitsbeziehungen nicht vorbei. In jüngster Zeit konnten einige Tendenzen zur Dezentralisierung von Kollektivvertragsabschlüssen festgestellt werden.³⁷ Diese Tendenz zur Segmentierung hat beispielsweise die Metall- und Elektroindustrie erfasst.³⁸ Bis zum Anfang dieses Jahrtausends hatten die sieben Fachverbände der Metall- und Elektronikindustrie, die jeder für sich kollektivvertragsfähig sind, Kollektivvertragsabschlüsse in einer Verhandlungsgemeinschaft erzielt.³⁹ Als erster Fachverband ist der Fachverband der Elektro- und Elektronikindustrie (FEEI) aus dieser Verhandlungsgemeinschaft ausgeschieden und hat mittlerweile ein sehr eigenständiges Tarifwerk entwickelt. Insbesondere ist es in der Elektro- und Elektronikindustrie gelungen, den Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten, der das österreichische Kollektive Arbeitsrecht noch immer stark kennzeichnet, in weiten Teilen zu überwinden und einen einheitlichen Kollektivvertrag für Arbeiter und Angestellte in der Elektro- und Elektronikindustrie zu vereinbaren.⁴⁰ Seit 2013 sind dann auch die anderen Fachverbände aus der verbliebenen Verhandlungsgemeinschaft im Bereich der Metallindustrie und Energiewirtschaft ausgeschieden, sodass jetzt diese Fachverbände alle einzeln verhandeln. Signifikante Ergebnisunterschiede sind hier noch nicht feststellbar. Der ÖGB ist bemüht, in diesen Verhandlungen möglichst idente Ergebnisse zu erzielen, sodass in der Metallindustrie von Maschinenbau bis zu den Gießereien nach wie vor sehr ähnliche Abschlüsse erzielt werden. Es bleibt abzuwarten, ob im Laufe der Zeit ein Auseinanderdriften der Kollektivvertragsabschlüsse in diesem Bereich feststellbar ist.

Wesentlich bedeutender ist die Durchbrechung des Prinzips der Branchenkollektivverträge im Bereich der Privatisierungen. Für ehemals im öffentlichen Eigentum befindliche Unternehmen verhandelte zumeist die Gewerkschaft öffentlicher Dienst mit den politischen Entscheidungsträgern über Veränderungen der Arbeitsbeziehungen, die dann in Gesetzes-

37 Zu den Trends schon *Rebhahn*, EuZA 3 (2010), 62, 70 ff., und *Firlei*, Lohn- und Sozialdumping – Einige grundsätzliche Überlegungen, DRdA 2016, 383, 387 ff.

38 <http://www.kompetenz-online.at/2012/11/19/metallindustrie-einheitlicher-leit-kollektivvertrag/> und <http://www.kompetenz-online.at/2012/10/08/metallindustrie-kampf-um-gemeinsamen-kollektivvertrag/>.

39 Zum Wesen der Verhandlungsgemeinschaft und den Streikmaßnahmen in Verbindung mit dem Ausstieg aus dieser siehe *Marhold/Osmanovic*, Ausstieg eines Fachverbandes aus einer Kollektivvertrags-Verhandlungsgemeinschaft, ASoK 2012, 202, 203 ff.

40 Unterschiede verbleiben im Bereich wie den Kündigungsfristen und -terminen, dem Leistungslohn oder dem Krankengeldzuschuss. Vgl. die Erläuterungen zum Kollektivvertrag der FEEI, 5.

form gekleidet wurden. Dieses Instrument stand nach zahlreichen Privatisierungen für diesen Bereich nicht mehr zur Verfügung, sodass in einzelnen Privatisierungsgesetzen, den durch die Privatisierungen entstandenen Rechtsträgern Firmenkollektivvertragsfähigkeit zugestanden wurde, eine Durchbrechung des Vorherrschens des Branchenkollektivvertrags. Beispiele dafür sind etwa die aus der Post hervorgegangene Telekom Austria GmbH, die aus den Österreichischen Bundesforsten hervorgegangene Bundesforste AG bis hin zu ganz kleinen Einheiten, wie die Austro Control GmbH, die aus der früheren Flugsicherung hervorgegangen ist.⁴¹ Bemerkenswert ist nun, dass diese Firmenkollektivvertragsfähigkeiten einzelnen vormals staatlichen Unternehmen, die nun auf privaten Märkten agieren, die Möglichkeit zur Gestaltung kollektiver Arbeitsbeziehungen einräumt, die sie anderen einzelnen Arbeitgebern, die nach wie vor Branchenkollektivverträgen unterworfen sind, verwehrt.⁴² Damit stößt die Kartellwirkung des österreichischen Kollektivvertrags insbesondere in einer Zukunftsbranche wie der Telekommunikation nun auf Grenzen. Andere Firmenkollektivvertragsfähigkeiten sind dadurch eingetreten, dass historisch gesehen in bestimmten Branchen, wie etwa im Glücksspiel oder in der Luftfahrt, nur ein Arbeitgeber vorhanden war, für den der zuständige Fachverband in der Wirtschaftskammer einen Kollektivvertrag abgeschlossen hat. Wir bezeichnen diese Form von Kollektivverträgen, die formal Branchenkollektivverträge sind, aber nur einen Arbeitgeber im fachlichen Anwendungsbereich aufweisen, als unechte Firmenkollektivverträge. Es ist vielleicht kennzeichnend, dass gerade in jenen Bereichen in jüngster Zeit vermehrt Arbeitskonflikte aufgetreten sind, wo infolge einer atypischen Unternehmenszentrierung des Kollektivarbeitsrechts die Last der Verantwortung für eine gesamte Branche fehlt.

41 Cerny, in: Grillberger (Fn. 13), 24 ff., kritisiert diesen unsystematischen Wildwuchs an Sondergesetzen, die das Branchenkollektivvertragssystem durchbrechen. Eine Aufzählung der ermächtigenden Gesetzesstellen, welche die Kollektivvertragsfähigkeit verleihen, findet sich bei Strasser, in Strasser/Jabornegg/Resch, Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz, § 4 Rn. 2 (Stand 1.10. 2002); sowie Löschnigg (Fn. 5), Rn. 3/088 ff.

42 Eine Rückbesinnung auf die Breitenwirksamkeit des Kollektivvertrags lässt sich abseits der ausgegliederten staatlichen Unternehmen im Beispiel der Aberkennung der Kollektivvertragsfähigkeit des Österreichischen Roten Kreuzes erkennen, wodurch dessen Kollektivvertrag die Wirksamkeit verlor, vgl. VwGH 4.9. 2013 – 2011/08/0230. Siehe dazu Friedrich, Kollektivvertragsfähigkeit einer „unechten Berufsvereinigung“ und Satzung eines von dieser abgeschlossenen Kollektivvertrages, ASoK 2013, 454; Tomandl, Zuerkennung und Aberkennung der KollV-Fähigkeit, ZAS 2014, 80; Marhold/Friedrich (Fn. 5), S. 465 f.

IV. Zum Ablauf von Kollektivvertragsverhandlungen

Meine Kenntnis über den Ablauf von Kollektivvertragsverhandlungen beruht nicht nur auf einer anwaltlich beratenden Funktion in diesem Bereich. Ich habe selbst als Verhandlungsführer in einem bedeutenden Wirtschaftszweig Kollektivvertragsverhandlungen geführt, deren Ablauf auch für meinen akademischen Hintergrund besonders lehrreich war. Vorauszuschicken ist, dass die Verzahnung zwischen gewerkschaftlicher und betriebsrätlicher Interessenvertretung in Österreich wesentlich stärker ausgeprägt ist als in der Bundesrepublik Deutschland. Zwar können auch in Österreich Betriebsräte gewerkschaftsfrei errichtet werden und werden bisweilen auch ohne gewerkschaftliche Unterstützung errichtet, doch besteht insbesondere in den Großbetrieben eine weitgehende Personalunion von gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern und Betriebsratsmitgliedern.⁴³ Darüber hinaus sieht anders als das Betriebsverfassungsgesetz das österreichische Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) insbesondere in seinem § 39 Abs. 2 eine enge Kooperation zwischen den betriebsverfassungsrechtlichen Organen und den zuständigen tariffähigen Körperschaften der Arbeitnehmer vor. So sind die Betriebsräte berechtigt, zu Beratungen mit dem Betriebsinhabervertreter tariffähige Körperschaften beizuziehen (§ 92 Abs. 2 ArbVG). Das umfassende Beratungsrecht des Betriebsrats durch Gewerkschaften bzw. gesetzliche Arbeiterkammern ermöglicht es dem ÖGB, genaue Informationen über die wirtschaftliche Entwicklung, Produktivität und Arbeitsmarktlage einer Branche zu erhalten. Der Informationsfluss über die wirtschaftliche Situation von Unternehmen geht daher primär von den Betriebsräten zum ÖGB. Dieser Informationsaustausch ist auch aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Beratungsleistung der Gewerkschaften für die Betriebsräte zulässig und durch spezielle Verschwiegenheitspflichten, die auch für die beratenden Gewerkschaften gelten, abgesichert.⁴⁴ In diesen Informationsaustausch sind auch die Arbeiterkammern einbezogen. Nun muss man wissen, dass die österreichischen Arbeiterkammern über ganz ausgezeichnete wirtschaftspolitische Abteilungen verfügen.⁴⁵ Die Arbeiterkammern sind sozusagen der *brain trust* der Arbeitnehmerbewegung. Bisweilen existiert das geflügelte Wort zur Beziehung zwischen der Gewerkschaftsbewegung und der Arbeiterkam-

43 Das war so auch in den Ursprüngen des Betriebsräterechts in den Materialien des Betriebsrätegesetzes 1919 in dieser parallelen Struktur vorgesehen, vgl. 164 BlgKNV 9. Im Gegensatz zu Deutschland (§ 16 Abs. 2 BetrVG) existiert nach dem ArbVG aber keine Möglichkeit der Gewerkschaft, beim Arbeitsgericht die Bestellung des Wahlvorstands zu beantragen.

44 *Marhold*, Verschwiegenheitspflichten im Konzern und bei Entsendungen, in: Kalss/U.Torggler (Hrsg.), *Big Data*, 2017, S. 52 ff.

45 In diesem Sinn bereits *Wille*, Arbeitsbeziehungen im wirtschaftlichen Strukturwandel, in: *Wille* (Hrsg.), *Jedem das Seine*, 1996, S. 123.

mer: „Die Arbeiterkammer ist das Hirn – die Gewerkschaft die Faust der Arbeitnehmerbewegung.“ Dies erklärt im Übrigen auch, warum die Existenz von Arbeiterkammern in Österreich nicht als Verletzung der Koalitionsfreiheit gesehen wird, da die Tätigkeit dieser Kammern in enger Abstimmung mit dem ÖGB erfolgt.⁴⁶ Es könnte eher die Frage gestellt werden, ob nicht ein Problem der negativen Koalitionsfreiheit darin besteht, dass die nicht organisierten Arbeitnehmer über den Umweg der Pflichtbeiträge an die Arbeiterkammern gewerkschaftliche Aufgabenstellungen mitfinanzieren.⁴⁷ Wie dem auch sei, jedenfalls sind Arbeiterkammern und Gewerkschaften im Zusammenspiel aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Informationen in der Lage, die Ausgangsdaten für Tarifverhandlungen, soweit sie Entgeltfragen betreffen, perfekt einschätzen zu können. Während die Inflationsrate und Arbeitsmarktlage ohnedies allgemein verfügbare Daten sind, kann die branchenbezogene Produktivität und Produktivitätssteigerung von den Interessenvertretungen der Arbeitnehmer aufgrund der engen Kooperation mit den Betriebsräten hervorragend eingeschätzt werden. Damit stehen die Rahmendaten für Kollektivvertragsverhandlungen zumeist bereits bei Aufnahme der Verhandlungen nahezu außer Streit. Diskutiert wird häufig nur mehr darüber, ob sich die aus der Vergangenheit ergebenden wirtschaftsbezogenen Daten auch in der Zukunft während der Geltungsdauer des Kollektivvertrags weiterhin so darstellen werden. In aller Regelmäßigkeit kehrt man jedoch zu den sektorspezifischen Wirtschaftsdaten zurück und legt dem Kollektivvertragsabschluss weniger Prognosen zugrunde. Stellt sich eine Veränderung der wirtschaftlichen Entwicklung dar, findet diese eben bei dem nächsten Kollektivvertragsabschluss Berücksichtigung. In Schwierigkeiten gerät dieses vertraute System freilich dann, wenn eine der Parteien neue Parameter ins Spiel bringt. Dies war beispielsweise 2013 der Fall, als die Arbeitgeberseite in der Metallindustrie nicht mehr an der nationalen, sondern an der europäischen Inflationsrate anknüpfen wollte.⁴⁸ Diese Forderung wurde von den Arbeitgebern in der Herbstlohnrunde 2017 abermals erhoben.⁴⁹ Als Begründung dient der überwiegende Anteil an Exportgütern in dieser Branche. Ebenfalls mit großen Schwierigkeiten kämpfen die Sozialpartner daher im Bereich der Arbeitszeitflexibilisierung, da sich die ökonomischen Auswirkungen und die Profitabilitätssteigerungen durch Maßnahmen der Arbeitszeitflexibilisierung nicht eindeutig bestimmen lassen. Die Arbeitgeberseite beharrt mit Vehemenz darauf, dass eine Arbeitszeitflexibilisierung zur Erhaltung des *Status quo* erforderlich sei und

46 So etwa Marhold, DRdA 2015, 413, 416; und Felten (Fn. 34), S. 369 ff.

47 Zuvor noch vorsichtig verneinend Marhold, DRdA 2015, 413, 416.

48 <http://wirtschaftsblatt.at/home/nachrichten/oesterreich/3890089/Metaller-KVVerhandlungen-unterbrochen-Streik-droht>.

49 <http://orf.at/stories/2412967/>.

Produktivitätssteigerungen durch Flexibilisierung nicht das Anliegen der Neuordnung des Arbeitszeitregimes seien.⁵⁰ Daher bleibt es zumeist dabei, dass solche Fragen ausgespart werden und auf die nächste Verhandlungsrunde vertagt werden, bis sie dann etwa nach fünf Jahren die Lösungskompetenz der Sozialpartner soweit in Frage stellen, dass die oben erwähnten Kritikpunkte an der Sozialpartnerschaft (wiederholt) auftauchen.

Die Tarifverhandlungen folgen meist einem strikten Ritual: Die erste Verhandlungsrunde ist zumeist dem Austausch allgemeiner ökonomischer Rahmenbedingungen gewidmet. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite versuchen darin, die allgemeine wirtschaftspolitische Situation der Branche in ihrem Sinne darzustellen und tauschen auf dieser Ebene meist generell abstrakte Themenstellungen aus. Zu diesem Zeitpunkt wird zumeist noch nicht über konkrete Lohnforderungen diskutiert. Es kann als eine Tugend der österreichischen Verhandler bezeichnet werden, einander die Lohnforderungen oder die Grenzen des Möglichen zunächst nicht über die Medien auszurichten. Dies vermeidet den Effekt, nach einem abweichenden Abschluss das Gesicht zu verlieren. Konkrete Lohnforderungen werden daher vielfach erst in der zweiten Verhandlungsrunde erhoben. Auch die Zusammensetzung der Verhandlungsgremien folgt strikten Observanzen: Meist sind während der Tarifverhandlungen auf der Arbeitnehmerseite ein großes Verhandlungsteam (Bundesausschuss), ein kleines Verhandlungsteam sowie die Spitzenvertreter anwesend. Die Verhandlungsteams auf der Arbeitgeberseite sind zumeist sehr klein gehalten. Häufig sind dort nur die Spitzenvertreter und ihre Berater anwesend. Zwischen den zwei Seiten wird im kleinen Kreis, meist zwischen vier Personen, verhandelt, wobei die kleinen Verhandlungsgruppen bzw. das große Verhandlungsteam auf der Arbeitnehmerseite dazu dient, bei Stocken von Verhandlungen in die jeweils größere Runde zurückkehren zu können. Dort wird anschließend berichtet, wodurch auf diese Weise eine *cooling off*-Phase in der Debatte eintritt. Diese Phase kann dazu genutzt werden, um die Verhandlungen beispielsweise mit einem veränderten Mandat fortzusetzen. Der Bundesausschuss und das kleine Verhandlungsteam auf Arbeitnehmerseite dienen daher meist dazu, dass sich die Spitzenvertreter der Gewerkschaften bei Stocken von Verhandlungen mit der Basis beraten können. Dort können sie allenfalls auch Dampf ablassen oder zusätzlichen Druck aufbauen, die Verhandlungsposition der Arbeitgeber transportieren und neue Akzente in den Verhandlungen in der kleinen Runde setzen. Mithilfe dieser Mittel kann bereits in dieser zweiten Verhandlungsrunde häufig ein Ergebnis erzielt werden. Aber auch eine dritte Verhandlungsrunde wird von keiner Seite als Signal des Scheiterns verstanden. Kann man sich jedoch in der dritten Verhandlungsrunde nicht einigen, stehen

50 https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20170720_OTSo139/wkoe-gleissner-arbeitszeitflexibilisierung-wesentlich-fuer-standort.

die Zeichen auf Konflikt. Ziehen sich also die Verhandlungen derart in die Länge, werden sie zumeist von sog. Informationsveranstaltungen begleitet. Das sind Betriebsversammlungen in den beteiligten Unternehmen, in denen Gewerkschaftsfunktionäre über den Stand der Tarifverhandlungen berichten.⁵¹ Je länger die Verhandlungen dauern, umso mehr nehmen diese Betriebsverhandlungen den Charakter von Warnstreiks an. Festzuhalten ist an dieser Stelle jedoch, dass auch die österreichische Rechtsprechung den Einsatz betriebsverfassungsrechtlicher Instrumentarien zur Arbeitskampfführung als unzulässig ansieht und genau prüft, ob und in welchem Umfang eine Betriebsversammlung in eine Arbeitskampfaktion umkippt.⁵² Eine der ÖGB-Zeitschrift „Arbeit und Wirtschaft“ entnommene Darstellung,⁵³ zeigt anschaulich das Verständnis der Gewerkschaften: Diese bauen die Tarifverhandlungen auf der Betriebsratsorganisation auf und bilden somit eine Rückkoppelungsschleife mit den betrieblichen Interessenvertretungen. Dabei ist allerdings zu betonen, dass die Instrumente der Betriebsverfassung aufgrund der betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht⁵⁴ nicht zur Organisation oder zur Durchführung von Arbeitskämpfen eingesetzt werden dürfen – dies wird nicht immer respektiert. In der Tarifauseinandersetzung 2013 konzentrierte sich die Gewerkschaft darauf, just in den Betrieben der arbeitgeberseitigen Verhandlungsführer Betriebsversammlungen und arbeitskampffähige Aktionen im vermehrten Umfang durchzuführen.⁵⁵ Diese Vorgehensweise entspricht an sich nicht der Art der österreichischen Konfliktaustragung. Damit lässt sich auch der Vorbehalt der Arbeitgeberseite erklären, die selbst gar nicht auf die Idee kam, arbeitgeberseitige Aussperrungen durchzuführen. Wegen der Kurz-

51 Siehe Fn. 49; Im Herbst 2017 scheinen die Positionen nach der 4. Verhandlungsrunde in der Metallbranche verhärtet, sodass sektorweit Betriebsversammlungen einberufen werden.

52 *Risak*, in: *Tomandl* (Hrsg.), ArbVG, § 42 Rn. 11, will die Berichterstattung infolge eines Betriebsbezugs überbetrieblicher Themen nicht ausreichen lassen. Vgl. auch *Risak*, 3,65 oder 5,5 %, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller_innen-Oktoberstreik“ 2011, *juridikum* 2012, 23; *Gruber*, Betriebsversammlungen aus Anlass der aktuellen Reformvorhaben der Bundesregierung, ASoK 2003, 138, 139 f.; *Jabornegg*, Zur Abgrenzung der Betriebsversammlung und Streik, Festschrift Bauer/Maier/Petrage, 2004, S. 13 ff., legt das Kooperationsgebot nach § 39 Abs. 2 ArbVG zu weit aus. Schließlich können nur jene Interessen als betrieblich einschlägig gelten, die als Interessenswahrnehmung vom Betriebsrat infolge dessen abgegrenzter Regelungs- und Überwachungskompetenz wahrzunehmen sind und dabei mit jenen der Gewerkschaft kongruent sind.

53 *Arbeit & Wirtschaft* 10/2016, 24 (Graphik zusammengestellt von *Sonja Fercher*).

54 *Cerny*, Zur Frage einer betriebsverfassungsrechtlichen Friedenspflicht, DRdA 2004, 517.

55 Auch im Jahr 2011 griff man zu solchen Maßnahmen, *Risak*, *juridikum* 2012, 23.

fristigkeit der arbeitnehmerseitigen Maßnahmen stellte sich allerdings das Problem auch nicht dauerhaft.

Wenn wir zur Ausgangsfrage zurückkehren, welche strukturellen Rahmenbedingungen dazu führen, dass Arbeitskämpfe in Österreich die Ausnahme der kollektiven Arbeitsbeziehungen sind, ist besonders der Informationsfluss über die Wirtschaftsdaten sowie die wirtschaftliche Kompetenz der Arbeitnehmerinteressenvertretungen hervorzuheben. Das Betriebsverfassungsrecht versetzt die Arbeitnehmerseite in die Lage, die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Arbeitgeber einer bestimmten Branche rational einschätzen zu können. Damit kann vieles an Rahmenbedingungen für die Lohnfindung außer Streit gestellt werden. Die Bandbreite möglicher Entscheidungen über Lohnerhöhungen ist daher von Beginn an eingegrenzt. Dazu kommt, dass auf der Arbeitnehmerseite durch die faktisch ausschließliche Kollektivvertragsfähigkeit des Gesamt-ÖGB ein zu starkes Auseinanderdriften der einzelnen Branchen hintangehalten wird. Das verstärkt die Effekte des Branchenkollektivvertrags, welche sich im Besonderen darin äußern, dass der Lohnabschluss anhand der Produktivität der Marktteilnehmer leistungsschwächere Unternehmen überfordert, wenn der Lohnabschluss über deren Produktivitätssteigerung liegt. Damit wandern volkswirtschaftlich betrachtet im Ergebnis Produktionskapazitäten von wirtschaftlich nicht mehr profitablen Einheiten zu wirtschaftlich leistungsfähigeren Marktteilnehmern. Es tritt dadurch ein im Einzelfall zwar bedauerlicher, aber für die Volkswirtschaft insgesamt positiver Strukturwandel ein.

V. Und die Rolle der Schlichtung?

Der österreichische Gesetzgeber des Arbeitsverfassungsgesetzes hat die Schlichtung der Kollektivvertragspartner hoheitlich konzipiert (§§ 154 ff. ArbVG). Eine am Streit beteiligte Partei kann beim Bundeseinigungsamt einen Antrag mit dem Ziel stellen, dass das Bundeseinigungsamt Einigungsverhandlungen einleitet. Das Bundeseinigungsamt setzt sich aus der gleichen Zahl von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammen. Den Vorsitz führt ein Beamter bzw. eine Beamtin des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz. Da es sich im Verfahren vor dem Bundeseinigungsamt um ein behördliches Verfahren handelt und das Bundeseinigungsamt als Verwaltungsbehörde agiert, hat der Schiedsspruch in Form eines Bescheids zu ergehen. Dieser Bescheid gilt unter der Voraussetzung, dass die Streitparteien vorher eine schriftliche Erklärung abgegeben haben, sich dem Schiedsspruch zu unterwerfen, als Kollektivvertrag. Die Schlichtung nach den §§ 154 ff. ArbVG ist damit zwar eine behördliche, aber freiwillige Schlichtung, bei der kein Einlassungszwang für die Vertragsparteien besteht. Über die Schlichtungstätigkeit des Bundeseinigungsamts liegen mir keine Informationen vor, es gibt auch keine

publizierten Entscheidungen.⁵⁶ Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen über die Schlichtung blieben daher bislang ohne praktischen Anwendungsbereich.

Angesichts der bisherigen Ausführungen dürfte es aber kaum überraschen, dass die Bedeutung der Schlichtung in Österreich sehr gering ist. Das Selbstverständnis der Sozialpartner, das überbetriebliche Lohnfindungsmonopol zu besitzen, lässt es nicht zu, sich einer Schlichtung zu unterwerfen. Stocken die Verhandlungen auf der Branchenebene, dann wird bisweilen der Ruf nach einer Intervention der Spitzenvertreter der Sozialpartnerschaft, also des Präsidenten der Österreichischen Wirtschaftskammer und des Präsidenten des Österreichischen Gewerkschaftsbunds, laut. Das ist natürlich keine Schlichtung, weist aber bisweilen den Weg aus einer festgefahrenen Verhandlungssituation. Ich neige daher zur Annahme, dass die Schlichtungstätigkeit des Bundeseinigungsamts bislang nicht in Anspruch genommen wurde. Durch das behördliche Schlichtungsverfahren ist es jedoch nicht ausgeschlossen, dass sich Kollektivvertragsparteien auch auf eine private Schlichtung verstehen können. Auch dazu ist nichts bekannt geworden.

VI. Zusammenfassung

Der Beitrag dient dazu, abseits der romantisierenden Vorstellungen der österreichischen Sozialpartnerschaft strukturelle und auch rechtlich ausgeformte Erklärungen herauszuarbeiten, warum Arbeitskämpfe in Österreich über die Jahrzehnte die Ausnahme geblieben sind. Für entscheidend halte ich dabei die hohe Rationalität der Lohnfindungen in den Kollektivvertragsverhandlungen und das hohe Ausmaß der Verantwortung der österreichischen Sozialpartner für die Regelung der kollektiven Arbeitsbeziehungen. Die österreichische Rechtsordnung delegiert die arbeitsrechtliche Regelsetzung sowohl qualitativ als auch quantitativ in einem so hohen Ausmaß an die Interessenvertretungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sodass sich diese ein zu häufiges Scheitern der Konfliktlösung politisch nicht leisten können. Ich halte dies für die Grundfeste des Funktionierens dieses Modells, das so spezifische Voraussetzungen hat, dass es sich nicht als Exportartikel eignet.

56 So schon *Klein*, Die Tätigkeit des Obereinigungsamtes im System der Arbeitsverfassung, ZAS 1983, 123, 129.

Diskussion*

Professor Dr. *Abbo Junker* eröffnete die Diskussion mit der Frage, welche Rolle privatrechtliche Arbeitgeberzusammenschlüsse neben der Wirtschaftskammer spielten.

Solche bestünden in Bereichen, in denen keine Zuständigkeit der Wirtschaftskammer bestünde. Dies seien zum Beispiel Banken oder das Gesundheitswesen. Sie stellten von allen Tariffähigen jedoch nur etwa 20 % dar.

Weiter wurde gefragt, warum die Arbeiterkammern die Tariffähigkeit nicht ausübten.

Der Vorrang des freiwilligen Abschlusses verdränge die Tarifbindung. Österreichische Arbeitnehmer würden bereits mehrfach für ihre Interessenvertretung zur Kasse gebeten. Daher würden die Arbeiterkammern den Tarifvertrag nicht abschließen, damit die Gewerkschaft etwas „tun“ kann und in den Vordergrund rückt.

Weiter fragte *Bernd Pirpamer* (Eversheds Sutherland, München), wie das Verhältnis von unechtem Branchentarifvertrag und der Lohnabelle sei. Diese seien aus historischen Gründen beide ein Ergebnis von Verhandlungen derselben Verhandlungspartner der Kollektivorgane.

Auf dessen zweite Frage, ob ein Tarifausstieg eine Alternative zu der Duldung niedrigerer Lohnabschlüsse darstellen könne, sei zu antworten: Das gehe wegen einem entgegenstehenden Gesetz nicht.

Professor *Klaus Bepler* (Vorsitzender Richter am BAG a.D., Berlin) fragte, ob die Tarifvertragsparteien einen Einfluss auf die öffentliche Hand ausüben würden. Im Unterschied zu Deutschland bestehe ein höherer Organisationsgrad. Auch dieser ist gesunken. In Österreich fände dennoch keine Diskussion über die Legitimation der Gewerkschaften statt.

Die Diskussion befasste sich auf Anregung von *Hubertus Reinbach* (Bucerius Law School, Hamburg) weiterhin mit der Frage, warum Arbeitgeber gegen Arbeitskampfmaßnahmen nicht gerichtlich vorgehen. Dies liege sehr wahrscheinlich an der Angst vor erheblichen Lohnnachzahlungen nach dem Tarifaabschluss trotz der Arbeitsverweigerung der Arbeitnehmer, mithin an der Angst vor der Gewerkschaft. Traditionell würden nämlich Betriebsversammlungen vergütet. Dagegen werde nichts unternommen, auch wenn sie derart ausgedehnt werden, dass sie einem Streik gleichkämen. Judikatur bestünde zu dieser Frage nicht.

Christian Dahm (Verband der Holzwirtschaft und Kunststoffverarbeitung Bayern/Thüringen, München) ergänzte, dass er, als er das Arbeitskampfrecht gelernt hatte, von seinem Lehrer sich den Satz gemerkt habe, dass er nie verstehe, warum für mehr Geld gestreikt werde, nicht aber für den Verlust des Arbeitsplatzes. Das habe sich in der Rechtsprechung des BAG geändert. Inzwischen sei dies auch in Österreich möglich, auch wenn es noch eine junge Judikatur darstelle.

Professor Dr. *Volker Rieble* schloss diese Diskussion mit der Frage, woher der ÖGB den Organisationsgrad von 37 % nehme, wenn er bei kleinen Betrieben gering sei. Sind Österreicher vereinigungsfreudiger? Demaskierend sei zu dieser Frage der Fall des Brauereigewerbes. Arbeitgeber würden schlicht nur Gewerkschaftsmitglieder aufnehmen. Dies sei zwar rechtswidrig und werde sicher nicht zu 100 % gelebt, erkläre aber zumindest teils die Zahlen. Weiter könne man sich teils kaum dem Druck entziehen. Die erfolgreichste Gewerkschaft sei die des öffentlichen Dienstes.

Rechtsfragen der Schlichtung

Clemens Höpfner

	Seite
I. Einleitung	72
II. Historischer Überblick über das Schlichtungswesen in Deutschland	72
1. Schlichtung im 19. Jahrhundert	72
2. Hilfsdienstgesetz 1916 und Tarifvertragsverordnung 1918.....	73
3. Weimarer Zwangsschlichtung	74
III. Schlichtung im geltenden Recht	76
1. Tarifliche Schlichtung.....	76
2. Kontrollratsgesetz Nr. 35.....	77
3. Landesschlichtungsordnung Baden	78
IV. Systematik der Schlichtungsarten	79
V. Rechtsfragen der Schlichtung im geltenden Recht.....	81
1. Gegenstand der Schlichtung.....	81
2. Zwangsschlichtung und Vorab-Unterwerfung unter den Schlichtungsspruch.....	82
a) Gesetzliche Zwangsschlichtung	82
b) Tarifliche Zwangsschlichtung und Vorab-Unterwerfung	83
3. Schlichtungszwang, Einlassungszwang und Schlichtungsbliegenheit	85
4. Rechtsnatur und gerichtliche Kontrolle von Schlichtungssprüchen	87
Diskussion	90

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung* (München 2018), S. 71-89.

I. Einleitung

Nach richtiger, jüngst vom BAG bekräftigter Auffassung ist der Arbeitskampf als Hilfsmittel der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifaufonomie zulässig.¹ Arbeitskämpfe sind die „Betriebskosten freiheitlicher Gesellschaftsordnungen“.² Obwohl sie „volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringen und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen“,³ erkennen wir sie als kleineres Übel gegenüber der staatlichen Festsetzung der Lohn- und Arbeitsbedingungen an. Nicht hinzunehmen sind dagegen Arbeitskämpfe, die für eine funktionierende Tarifautonomie nicht erforderlich sind.

In diesem Zusammenhang kommt dem Schlichtungsrecht eine besondere Bedeutung zu. Der Zweck der Schlichtung liegt zunächst in der Vermeidung überflüssiger Arbeitskämpfe. Ein Arbeitskampf, der ausgetragen wird, ohne dass die Parteien zuvor die letzte Form einer Verständigung in Anspruch genommen haben, ist Ausübung der Koalitionsfreiheit zu Lasten Dritter und der Allgemeinheit.⁴

Schlichtung ist aber nicht nur Arbeitskampfvermeidung. Sie hat auch eine positive Komponente. Wie der Arbeitskampf auch, ist die Schlichtung primär ein Hilfsmittel der Tarifaufonomie. Sie soll versachlichen und befrieden, deeskalieren und durch die öffentliche Meinung Druck auf die Kombattanten ausüben.⁵ Der Schlichter soll „Geburtshelfer“ der vertraglichen Einigung sein und so einen „Dienst an der Tarifaufonomie“ vollbringen.⁶ Je nach Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens ist der Schritt zum Eingriff in die Tarifaufonomie jedoch nicht fern. Die Geschichte des deutschen (Tarif-)Schlichtungswesens liefert ein warnendes Beispiel dafür, was geschieht, wenn der Schlichter seine Rolle als „Geburtshelfer“ verlässt und sich zum „Vater“ der Einigung aufschwingt.

II. Historischer Überblick über das Schlichtungswesen in Deutschland

1. Schlichtung im 19. Jahrhundert

Bereits die frühen Tarifverträge aus dem 19. Jahrhundert sahen ganz überwiegend paritätisch besetzte Schlichtungskommissionen unter neut-

1 BAG 26.7. 2016 – 1 AZR 160/14, NZA 2016, 1543 Rn. 52.

2 *Rüthers*, FAZ vom 2.8. 1986, S. 11.

3 BAG 28.1. 1955 – GS 1/54, NJW 1955, 882.

4 Vgl. *Rüthers*, FAZ vom 2.8. 1986, S. 11.

5 *Leinenweber*, Landesschlichtungsgesetze?, 2011, S. 15.

6 *Rüthers*, FAZ vom 5.4. 1986, S. 15.

ralem Vorsitz vor.⁷ Diese sog. Tarifämter nahmen die Funktionen sowohl eines Schiedsgerichts als auch einer Schlichtungskammer wahr. Sie waren für Rechts- und für Regelungsstreitigkeiten sowohl auf individual- wie auf kollektivrechtlicher Ebene zuständig.

Das Gewerbegerichtsgesetz von 1890 griff diese Entwicklung auf und schuf ein gesetzliches Einigungsverfahren, nach dem das Gewerbegericht auf gemeinsamen Antrag als Einigungsamt zur Lösung von Streitigkeiten zwischen gewerblichen Arbeitgebern und Arbeitnehmern tätig werden konnte. Sofern eine Vermittlung zwischen den Parteien erfolglos war, konnte das Einigungsamt einen Schiedsspruch fällen, der jedoch nur verbindlich war, wenn beide Parteien ihn annahmen. Einige Jahre später wurde im Kaufmannsgerichtsgesetz eine entsprechende Regelung für Kaufleute, Handlungsgehilfen und Lehrlinge geschaffen. Insgesamt waren die gesetzlichen Schlichtungsverfahren jedoch lückenhaft. Im Vordergrund stand vielmehr die private, durch Tarifvertrag geregelte Konfliktbeilegung.

2. Hilfsdienstgesetz 1916 und Tarifvertragsverordnung 1918

Das Hilfsdienstgesetz von 1916 schuf ein lückenloses Netz von paritätisch besetzten Schlichtungsstellen unter Vorsitz des Beauftragten des Kriegsamts. Zuständig waren diese Schlichtungsstellen für Streitigkeiten über die Lohn- oder sonstigen Arbeitsbedingungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeiterausschuss in Betrieben des vaterländischen Hilfsdienstes, in denen i.d.R. mindestens 50 Arbeiter beschäftigt wurden. Auch hierbei handelte es sich um eine fakultative, freiwillige Schlichtung.

Zwei Unterschiede gab es jedoch gegenüber dem Einigungsverfahren nach dem Gewerbegerichtsgesetz: Erstens war für die Einleitung des Schlichtungsverfahrens der Antrag lediglich einer Partei notwendig. Zweitens hing die Wirksamkeit des Schlichtungsspruchs zwar weiterhin von der Annahme beider Parteien ab, allerdings hatte eine Ablehnung negative Folgen für die Erteilung bzw. Aushändigung des Abkehrscheins.⁸

Die Tarifvertragsverordnung vom 23.12. 1918 enthielt in ihrem 3. Abschnitt eine umfassende Regelung der Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten. Der paritätisch besetzte Schlichtungsausschuss bestand aus jeweils zwei ständigen und einem nichtständigen Vertreter der Arbeitgeber und

7 Vgl. *Rosenthal*, Festgabe Laband, 1908, S. 137, 183; im Einzelnen *Imle*, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Deutschland, 1907, S. 95 ff.

8 Vgl. *Nörr*, Grundlinien des Arbeitsrechts der Weimarer Republik, ZfA 1986, 403, 418.

der Arbeitnehmer des Bezirks. Fakultativ konnte zusätzlich ein stimmberechtigter unparteiischer Vorsitzender bestellt werden.

Das Schlichtungsverfahren wurde entweder auf Antrag einer Partei oder durch den Schlichtungsausschuss von Amts wegen eröffnet. Es galt also formal ein Schlichtungszwang. Diesen konnten die Parteien in der Praxis jedoch durch Einleitung eines der besonderen Einigungsverfahren nach dem Gewerbe- oder Kaufmannsgerichtsgesetz faktisch umgehen. Denn die Schlichtung nach der TVVO war auch dann ausgeschlossen, wenn es in dem besonderen Verfahren nicht zu einer Einigung kam.⁹ Inhaltlich konnten die Schlichter die Parteien ohnehin nicht binden. Der Schlichtungsanspruch entfaltete nur Wirkung, wenn beide Parteien ihm nachträglich zustimmten. Insgesamt handelte es sich daher um eine ausschließlich freiwillige Schlichtung, die die Autonomie der Koalitionen nicht antastete.¹⁰

3. Weimarer Zwangsschlichtung

Dieser Zustand sollte jedoch nicht lange anhalten. Verschiedene Demobilisierungsverordnungen aus den Jahren 1919/1920 ermöglichten erstmals eine Verbindlichkeitserklärung von Schiedssprüchen auf Antrag einer Partei, zunächst in Individualstreitigkeiten, später auch in Gesamtinteressenstreitigkeiten über Löhne, Gehälter und sonstige Arbeitsbedingungen. Das war die Geburtsstunde des Zwangstarifvertrags in der Weimarer Republik.

Flankiert wurden diese Verordnungen durch eine genuin arbeitskampfrechtliche Regelung. Nach der Verordnung vom 10.11. 1920, „betreffend die Stilllegung von Betrieben, welche die Bevölkerung mit Gas, Wasser, Elektrizität versorgen“,¹¹ waren Aussperrungen und Streiks in den genannten Betrieben „erst zulässig, wenn der zuständige Schlichtungsausschuß einen Schiedsspruch gefällt hat und seit der Verkündung des Schiedsspruchs mindestens 3 Tage vergangen sind“. Während dieser dreitägigen Friedenspflicht war eine Verbindlichkeitserklärung durch den Demobilisierungskommissar möglich und in der Praxis auch an der Tagesordnung.¹²

Ihren Zweck, einen reibungslosen Übergang von der Kriegs- zur Friedenswirtschaft und die Stabilisierung der politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse in der jungen Republik zu gewährleisten,¹³ erfüllten die genannten Verordnungen aus Sicht der Regierung ganz hervor-

9 Vgl. *Raupach*, Die Schlichtung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten und ihre Probleme, 1964, S. 48.

10 Zutreffend *Nörr*, ZfA 1986, 403, 418.

11 RGL. 1920, I-1865.

12 Vgl. *Raupach* (Fn. 9), S. 50.

13 *Raupach* (Fn. 9), S. 50.

ragend, sodass man sich alsbald an den Entwurf einer umfassenden Schlichtungsordnung machte, die jedoch nie verabschiedet wurde.

Stattdessen erließ die Reichsregierung angesichts der sich immer weiter zuspitzenden Situation im Reich auf Grundlage des kurz zuvor erlassenen Ermächtigungsgesetzes am 30.10. 1923 die Verordnung über das Schlichtungswesen.¹⁴ Diese trennte nun klar zwischen Rechts- und Regelungsstreitigkeiten. Für erstere waren ausschließlich die Gewerbe- oder Kaufmannsgerichte oder, wo diese nicht bestanden, die arbeitsgerichtlichen Kammern der Schlichtungsausschüsse zuständig. Originäre Aufgabe der Schlichtungsausschüsse und Schlichter war dagegen die „Hilfeleistung beim Abschluss von Gesamtvereinbarungen“. Die vorrangig zuständigen Schlichtungsausschüsse bestanden aus einem oder mehreren unparteiischen Vorsitzenden sowie einer paritätischen Zahl von Beisitzern. Fälle, die für das Wirtschaftsleben von besonderer Wichtigkeit waren, übernahmen 20 vom Reichsarbeitsminister bestellte Einzelschlichter.

Das Schlichtungsverfahren wurde entweder auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen eröffnet, wenn das öffentliche Interesse dies erforderte. Kam keine Einigung zwischen den Parteien zustande, machte die fünfköpfige Schlichtungskammer einen „Vorschlag für den Abschluß einer Gesamtvereinbarung“. Die Parteien konnten diesen Schiedsspruch annehmen, dann hatte er die Wirkung eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung. Insoweit war der Schiedsspruch zunächst unverbindlich. Lehnte eine oder beide Parteien ihn jedoch ab, konnte der Schlichter ihn nach § 6 SchliVO für verbindlich erklären, „wenn er der Billigkeit entspricht und seine Durchführung aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen erforderlich ist“. Unter denselben Voraussetzungen konnte der Schlichter auch Schiedssprüche der vorrangig zuständigen tariflichen Schlichtungsstellen für verbindlich erklären.

Die praktischen Folgen dieser Verordnung sind bekannt: Die behördliche Schlichtung wurde Ende der 1920er-Jahre das bevorzugte Instrument der staatlichen Tarifpolitik.¹⁵ Das Reichsarbeitsministerium erließ allgemeine Richtlinien, mit deren Hilfe eine einheitliche Lohnpolitik durchgesetzt wurde. Die Gewerkschaften stellten stark überhöhte Lohnforderungen, weil sie von vornherein mit einer Halbierung durch die Schlichter rechnen mussten, und wälzten gemeinsam mit den Arbeitgeberverbänden die Verantwortung für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen auf den Staat ab. Die Entwicklung gipfelte 1931 in einem offenen Eingriff in laufende Tarifverträge durch eine Verordnung des Reichspräsidenten, die auch entsprechende Befugnisse der Schlichter zur Änderung der zwischen den Parteien bestehenden Lohn- und Manteltarifverträge enthielt.

14 RGBL. 1923, I-1043.

15 Vgl. Nörr, ZfA 1986, 403, 417.

Das staatliche Lohndiktat war nach verbreiteter Auffassung mit eine Ursache für das Scheitern der Weimarer Republik.¹⁶ Jedenfalls wurde aus der ursprünglich bezweckten „Hilfe zur Selbsthilfe“ eine Bevormundung der Tarifvertragsparteien und ein Einfallstor für staatliche Lohnpolitik. Gerade angesichts der Gesetzgebungsprojekte der letzten Jahre erscheint es geboten, an diese historische Fehlentwicklung noch einmal besonders zu erinnern. Denn auch heute lässt sich wieder eine Pervertierung des Vertragshilfedankens feststellen, wenn mit dem sog. Tarifautonomiestärkungsgesetz gerade nicht die Tarifautonomie, sondern lediglich die Tarifgeltung in der Breite gestärkt wird, es sich dabei also in Wahrheit um eine durch hoheitlichen Akt begründete Fremdbestimmung handelt.¹⁷ Entsprechendes gilt für die vom DGB jüngst vorgeschlagene Erweiterung der Nachwirkung und der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen.¹⁸

III. Schlichtung im geltenden Recht

1. Tarifliche Schlichtung

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs wendete man sich sehr zeitnah dem Schlichtungswesen zu. Bereits am 26.8. 1946 trat das Kontrollratsgesetz (KRG) Nr. 35 betreffend Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten¹⁹ in Kraft. Darauf ist gleich zurückzukommen. In der Praxis fand und findet die Schlichtung vorrangig auf Grundlage tariflicher Schlichtungsvereinbarungen statt. Deren Erscheinungsformen sind vielfältig. Vorrangig zu nennen ist das sog. Margarethenhof-Abkommen zwischen BDA und DGB/DAG vom 7.9. 1954.²⁰ Das Musterabkommen sieht Schlichtungsstellen vor, die paritätisch mit jeweils mindestens zwei Beisitzern besetzt sind, von denen jeweils einer als Obmann fungiert. Die Obmänner sind zugleich die Vorsitzenden der Schlichtungsstelle. Bei der Leitung der Verhandlungen wechseln sie sich von Verfahren zu Verfahren ab. Beschlüsse werden nach dem Mehrheitsprinzip gefasst, wobei auch der Vorsitzende nur einfaches Stimmrecht hat. Den Parteien ist freigestellt, hier-

16 *Lembke*, Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35 - Relikt der Besatzungszeit oder Modell für Mediation im Arbeitsrecht?, RdA 2000, 223, 224 f.; *von Brauchitsch*, Arbeitskampf und Schlichtung, AuR 1993, 137, 139.

17 Vgl. dazu *Höpfner*, Das Tarifvertragsrecht auf dem 70. Deutschen Juristentag 2014: Eine Nachbetrachtung, RdA 2015, 94, 98; *ders.*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 487 m.w.N.

18 Positionen zur Stärkung der Tarifbindung vom 28.2. 2017; dagegen zu Recht *Jacobs*, Stärkung der Tarifbindung durch mehr Regulierung?, NZA-Editorial 7/2017.

19 ABl. KR 1946, 174.

20 Abgedruckt in RdA 1954, 383.

von abweichend allgemein oder anlassbezogen einen unparteiischen Vorsitzenden mit oder ohne Stimmrecht zu bestimmen. Können sie sich nicht auf die Person des unparteiischen Vorsitzenden einigen, ist ein Losentscheid vorgesehen.

Das Schlichtungsverfahren ist als obligatorische Schlichtung ausgestaltet. Die Obmänner haben nach Mitteilung des Scheiterns der Verhandlungen von Amts wegen die erforderlichen Maßnahmen zur Durchführung des Verfahrens zu treffen. Die Parteien sind darüber hinaus verpflichtet, sich auf das Schlichtungsverfahren einzulassen.

Der Schlichtungsspruch ist lediglich ein Einigungsvorschlag. Erst mit Annahme durch beide Parteien hat er die Wirkung eines Tarifvertrags. Ausdrücklich zulässig ist allerdings die vorherige Unterwerfung der Parteien unter den Spruch der Schlichter.

In zahlreichen Branchen orientieren sich die Sozialpartner an diesem Abkommen, sehr häufig jedoch mit Modifikationen. Diese betreffen etwa die Besetzung der Schlichtungsstelle, insbesondere die Auswahl und Anzahl der Vorsitzenden, den Schlichtungs- und Einlassungszwang²¹ oder Differenzierungen bei der Verbindlichkeit der Schlichtungssprüche nach Einstimmigkeits- oder Mehrheitsentscheidungen.

2. Kontrollratsgesetz Nr. 35

Das bereits erwähnte Kontrollratsgesetz Nr. 35 erfasst Arbeitsstreitigkeiten, die nicht der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte unterliegen und die nicht in einem durch Tarifvertrag vereinbarten Schlichtungsverfahren beigelegt worden sind. Nach Art. 2 Abs. 1 können die beteiligten Parteien den von der Landesarbeitsbehörde errichteten Schiedsausschuss anrufen. Art. 8 bekräftigt, dass das Schlichtungsverfahren nur durch beide Parteien gemeinsam eröffnet werden kann. Das Gesetz sieht also keinen Schlichtungs- oder Einlassungszwang vor.

Der Schiedsausschuss besteht aus einem Vorsitzenden und einer gleichen Zahl von Beisitzern als Vertreter der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, maximal jedoch fünf von jeder Seite. Der Vorsitzende wird von der Landesarbeitsbehörde aus einer Vorsitzendenliste ausgewählt. In diese Liste werden nur Personen aufgenommen, die in Fragen der Produktion, Arbeit und Arbeitsbeziehungen eine ausreichende Sachkunde besitzen und für die Vertreter der Gewerkschaften und der Arbeitgeber annehmbar sind. Die Bestellung des Vorsitzenden im konkreten Verfahren bedarf der Zu-

21 So gibt es etwa in der Metallbranche keinen Einlassungszwang, vgl. § 4 Abs. 4 der Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung für die Metallindustrie vom 1.1.1980.

stimmung der beteiligten Parteien. Die Beisitzer werden von der Behörde aus entsprechenden Vorschlagslisten der Verbände ausgewählt.

Der Schiedsspruch des Ausschusses ergeht mit einfacher Mehrheit und ist schriftlich niederzulegen. Er bindet die Parteien nur dann, wenn beide Seiten seine Annahme erklären oder sich vorab dem Schiedsspruch unterworfen haben. Sofern ein bindender Schiedsspruch zustande kommt, hat er die Wirkung eines Tarifvertrags. Eine Erstreckung auf Außenseiter kommt unter den Voraussetzungen des § 5 TVG oder nach dem AEntG in Betracht.

Das KRG Nr. 35 gilt bis heute als Besatzungsrecht in den alten Bundesländern mit Ausnahme von Berlin, dem Saarland und Südbaden (sowie nach teilweise vertretener Auffassung Rheinland-Pfalz²²). Mit dem Zwei-plus-Vier-Vertrag vom 12.9. 1990²³ erlangte Deutschland zwar die volle Souveränität über seine inneren und äußeren Angelegenheiten zurück. Er führte aber weder zu einer Aufhebung des bestehenden Besatzungsrechts noch zu einer Transformation in Bundesrecht. Auch das Gesetz zur Bereinigung des Besatzungsrechts vom 23.11. 2007²⁴ änderte nichts an der Rechtsnatur des KRG Nr. 35. Nach diesem Gesetz wurde das gesamte Besatzungsrecht aufgehoben, soweit es nicht in Bundes- oder Landesrecht überführt worden war. Ausdrücklich ausgenommen von der Aufhebung wurde aber just das KRG Nr. 35. Daraus lässt sich indes nicht schließen, dass das Gesetz konkludent zu Bundesrecht transformiert worden sei.²⁵ Dieser Schluss wäre nur zulässig, wenn es ausschließlich die beiden Alternativen Aufhebung oder Transformation gegeben hätte. Bereits die Systematik des Gesetzes – Aufhebung, sofern keine Transformation, aber Ausnahme für das KRG Nr. 35 – zeigt jedoch, dass die unveränderte Fortgeltung als Besatzungsrecht als dritte Option weiter möglich und vom Gesetzgeber gerade beabsichtigt war.

Die praktische Konsequenz der besatzungsrechtlichen Rechtsnatur des KRG Nr. 35 ist, dass es keine Sperrwirkung gegenüber landesrechtlichem Schlichtungsrecht nach Art. 72, 74 GG entfaltet.

3. Landesschlichtungsordnung Baden

So ist heute nicht nur das KRG Nr. 35, sondern im heutigen Südbaden das Badische Landesgesetz über das Schlichtungswesen bei Arbeitsstreitigkei-

22 Etwa *Leinenweber* (Fn. 5), S. 87 ff.

23 BGBl. 1990, II-1318.

24 BGBl. 2007, I-2614.

25 So aber *Rudkowski*, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), *Entgrenzter Arbeitskampf?*, 2005, S. 171, 179; im Ergebnis wie hier *Leinenweber* (Fn. 5), S. 98 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, Grundl. Rn. 382.

ten²⁶ vom 19.10. 1949, die sog. Landesschlichtungsordnung, in Kraft. Inhaltlich gibt es zwei zentrale Abweichungen vom KRG Nr. 35:

Erstens kann das Badische Ministerium für Wirtschaft und Arbeit²⁷ das Schlichtungsverfahren von Amts wegen einleiten, wenn der Regelungsstreitigkeit wesentliche öffentliche Bedeutung zukommt. In der Praxis wurde davon so gut wie nie Gebrauch gemacht.²⁸ Entscheidend ist aber, dass bei einer Verfahrenseinleitung durch Antrag einer Partei für die andere Partei Einlassungszwang herrscht.

Zweitens kann der Minister einen nicht von beiden Parteien angenommenen Schiedsspruch für verbindlich erklären, wenn das öffentliche Interesse es erfordert. Es handelt sich dabei um eine echte Zwangsschlichtung nach dem Vorbild der Schlichtungsverordnung von 1923, allerdings mit einer Einschränkung: Die Verbindlicherklärung erfolgt nur auf Antrag einer Partei. Wenn also beide Parteien sich gegen den Schiedsspruch verhalten, scheidet eine Verbindlicherklärung aus. Insgesamt ist von dieser Möglichkeit vier Mal Gebrauch gemacht worden, zuletzt im Jahr 1954.²⁹

IV. Systematik der Schlichtungsarten

Der Blick auf die Geschichte und Gegenwart des Schlichtungswesens in Deutschland hat gezeigt, dass die Schlichtungsverfahren sehr heterogen ausgestaltet waren und sind. Das Verfahren kann von Amts wegen, auf Antrag einer Partei oder nur von beiden Parteien gemeinsam eingeleitet werden. Die Schlichtungsstellen sind mit oder ohne Vorsitzenden ausgestaltet, werden von den Parteien oder vom Staat vorab oder ad hoc festgelegt. Es gibt einstufige oder mehrstufige Schlichtungsverfahren. Die Schlichtungsstelle kann sich darauf beschränken, eine Einigung zwischen den Parteien zu fördern, ohne einen eigenen Vorschlag zu machen. Fällt sie einen Schlichtungsspruch, sind unterschiedliche Formen der Verbindlichkeit denkbar. Vom Grad der Verbindlichkeit sind auch die dogmatische Qualifizierung des Schlichtungsspruchs und etwaige Rechtsschutzmöglichkeiten abhängig.

Lässt man die Verfahrensdetails beiseite und wendet sich der grundsätzlichen Ausgestaltung der Schlichtung zu, ist eine zweifache Differenzierung

26 GVBl. 1950, 60 und ABl. AHK 1949, 103.

27 Heute Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau des Landes Baden-Württemberg.

28 Arnold, Die Badische Landesschlichtungsordnung, RdA 1996, 356, 362: drei Fälle in den Jahren 1951 und 1953.

29 Arnold, RdA 1996, 356, 360.

möglich.³⁰ Nach dem Grad der Durchsetzbarkeit können unterschieden werden:

1. Die fakultative Schlichtung, bei der die Einleitung des Schlichtungsverfahrens einen entsprechenden Willensentschluss beider Parteien voraussetzt.
2. Faktisch verstärkt wird die Wirkung, wenn man die fakultative Schlichtung zweitens mit dem Arbeitskampf verbindet und die Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen von der vorherigen Einleitung eines Schlichtungsverfahrens abhängig macht.
3. Ein stärkerer Grad der Verbindlichkeit liegt drittens in den Fällen des Einlassungszwangs vor. Weil die gegnerische Partei verpflichtet ist, sich auf ein von der Gegenseite eingeleitetes Schlichtungsverfahren einzulassen, kann man von einem bedingten Schlichtungszwang sprechen.
4. Wird das Schlichtungsverfahren nach dem Scheitern der Verhandlungen automatisch eingeleitet oder kann die Schlichtungsstelle bzw. eine Behörde das Schlichtungsverfahren von Amts wegen einleiten, spricht man viertens von einer Schlichtungsautomatik, einem obligatorischen Schlichtungsverfahren oder einem unbedingten Schlichtungszwang.

Nach der Intensität der Willensbeeinflussung kann weiter differenziert werden zwischen:

1. Dem bloßen Hinwirken der Schlichtungsstelle auf eine Einigung der Parteien im Wege eines Mediationsverfahrens. Die Schlichter enthalten sich dabei ganz bewusst jeder inhaltlichen Einflussnahme. Es ist nicht ihre Aufgabe, einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten, sondern sie sollen allein das Verfahren so gestalten, dass die Parteien selbst inhaltlich ins Gespräch kommen und im Gespräch bleiben. Dieses Modell liegt keiner der dargestellten Schlichtungsordnungen zugrunde. Diese sehen stattdessen durchweg inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten der Schlichter vor.
2. Die zweite Intensitätsstufe ist erreicht, wenn die Schlichtungsstelle befugt ist, einen Einigungsvorschlag zu treffen, über dessen Annahme oder Ablehnung die Parteien im Anschluss entscheiden können. Nach diesem Modell der nachträglichen Annahme des Schlichtungspruchs war die TVVO 1918 ausgestaltet.

30 Die nachfolgende Systematisierung folgt weitgehend, aber nicht vollständig dem Modell von *Leinenweber* (Fn. 5), S. 16 f.

3. Drittens ist es denkbar und, wie dargelegt, durchaus verbreitet, dass die Parteien sich vorab dem Schlichtungsspruch unterwerfen. In diesem Fall beruht die Verbindlichkeit des Spruchs auf der vorherigen Zustimmung der Parteien. Auf die rechtliche Zulässigkeit dieser Variante, die etwa dem KRG Nr. 35 zugrunde liegt, komme ich noch zurück.
4. Die einschneidendste Form der Verbindlichkeit ist schließlich die Zwangsschlichtung nach dem Weimarer Modell. In diesem Fall ist der Schlichtungsspruch ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien allein kraft hoheitlicher Anordnung verbindlich. Hier geht es dann nicht mehr um die privatautonome Gestaltung, sondern um eine staatliche Ordnung des Arbeitslebens. Um die volle Wirksamkeit der Zwangsschlichtung zu gewährleisten, ist diese typischerweise mit einer Schlichtungsautomatik verbunden, sodass die Parteien weder die Einleitung noch das Ergebnis des Verfahrens in ihren Händen haben. Eine leicht abgeschwächte Form, die immerhin die Mitwirkung einer der beiden Parteien voraussetzt, liegt der Badischen Landesschlichtungsordnung zugrunde.

V. Rechtsfragen der Schlichtung im geltenden Recht

1. Gegenstand der Schlichtung

Zunächst stellt sich die Frage, welchen Gegenstand eine Schlichtung zulässigerweise haben kann. Ein geflügeltes Wort *Sinzheimers* lautet: „Schlichten ist kein Richten.“³¹ Die Schlichtung ist keine Gerichtsbarkeit, sondern Verwaltungstätigkeit. „Sie wendet nicht bestehendes Recht an, sondern schafft neues Recht.“³²

Diese strikte Trennung von Rechts- und Regelungsstreitigkeiten, die erstmals im Entwurf der Schlichtungsordnung 1922 und kurz darauf in der Schlichtungsverordnung 1923 entwickelt worden ist, ist im Ausgangspunkt sicherlich zutreffend.³³ Sie liegt auch § 101 Abs. 1 ArbGG zugrunde. Während Rechtsstreitigkeiten Konflikte zwischen den Parteien hinsichtlich der Behandlung von in der Vergangenheit liegenden Sachverhalten betreffen und dabei bestehendes Recht anwenden, geht es bei Regelungsstreitigkeiten um den Ausgleich divergierender Interessen der Beteiligten, also um die Neuschaffung von Regelungen durch Willenseinigung der Parteien, und zwar grundsätzlich mit Wirkung für die Zukunft.³⁴

31 *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S. 300.

32 *Sinzheimer* (Fn. 31), S. 300.

33 Vgl. nur *Henssler*, Die Entscheidungskompetenz der betriebsverfassungsrechtlichen Einigungsstelle in Rechtsfragen, RdA 1991, 268, 269.

34 *Jacobi*, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 149.

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass die Grenzen fließend sind. Das gilt bereits für den Bereich „normaler“ Auslegung, ist doch in der Methodenlehre seit langem anerkannt, dass jeder Auslegung zugleich rechtschöpferischer Charakter innewohnt und sie insoweit ein Stück Fortbildung oder Verfestigung des Rechts darstellt. Es gilt aber vor allem für die atypischen Fälle der Rechtsanwendung, etwa für die Anpassung von Verträgen bei Störung der Geschäftsgrundlage, für die ergänzende Vertragsauslegung, die in Wahrheit eine Vertragsergänzung und damit Rechtsfortbildung ist, für den Abschluss eines Vergleichsvertrags und auch für die authentische Interpretation von Tarifverträgen.³⁵

Für die Praxis kann man immerhin Leitlinien aufstellen: So sind für Streitigkeiten über die Auslegung bestehender Tarifverträge grundsätzlich die Gerichte und nicht die Schlichtungsstellen zuständig. Die authentische Interpretation ist hingegen eine Konkretisierung bestehender Tarifverträge durch einen neuen Tarifvertrag und damit Aufgabe der Schlichtung. Gleiches gilt für die „ergänzende Auslegung“ von Tarifverträgen, die als Vertragsergänzung grundsätzlich den Tarifparteien – und damit der Schlichtung – vorbehalten ist und von den Gerichten allenfalls in ganz engen Ausnahmefällen vorgenommen werden darf.³⁶ Abgrenzungsprobleme werden dadurch entschärft, dass Schieds- und Schlichtungsverfahren in Tarifverträgen häufig an ein und denselben Spruchkörper übertragen werden.³⁷

2. Zwangsschlichtung und Vorab-Unterwerfung unter den Schlichtungsspruch

a) Gesetzliche Zwangsschlichtung

Mit der rechtlichen Zulässigkeit der gesetzlichen Zwangsschlichtung müssen wir uns nicht lange aufhalten. Faktisch gibt es sie nicht mehr, und wenn es sie gäbe, wäre sie verfassungswidrig. Das hat das BVerfG bereits 1964 beiläufig festgestellt.³⁸ Unter Verweis auf dieses Urteil führte das BAG im Jahr 2012 gleichermaßen knapp aus: „Allerdings ist eine Zwangsschlichtung zur Vermeidung von Arbeitskämpfen mit der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit unvereinbar.“³⁹

35 Vgl. dazu *Löwisch/Rieble* (Fn. 25), § 1 Rn. 1732 ff. und § 9 Rn. 67 f.; ferner BVerfG 21.7. 2010 – 1 BvR 2530/05 u.a., BVerfGE 126, 369 Rn. 73 (zur authentischen Gesetzesinterpretation).

36 Vgl. *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 17. Aufl. 2017, § 1 TVG Rn. 103; *Löwisch/Rieble* (Fn. 25), § 1 Rn. 1735 ff.

37 Vgl. *Königbauer*, *Freiwillige Schlichtung und tarifliche Schiedsgerichtsbarkeit*, 1971, S. 1.

38 BVerfG 6.5. 1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 30.

39 BAG 20.11. 2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 56.

Verfassungswidrig sind daher Art. 51 Abs. 2 der Landesverfassung Bremen sowie Art. 177 Abs. 2 der Bayerischen Verfassung, die eine Verbindlicherklärung von Schiedssprüchen aus Gründen des Gemeinwohls ermöglichen. Verfassungswidrig ist auch die abgeschwächte Form der Zwangsschlichtung auf Antrag einer Partei in § 18 LSchlO Baden. Das gilt selbst in Notstandssituationen oder in der Daseinsvorsorge, wo man zwar über Einschränkungen der Arbeitskampffreiheit diskutieren kann, nicht aber über einen Zwangstarifvertrag.

b) Tarifliche Zwangsschlichtung und Vorab-Unterwerfung

Von der gesetzlichen Zwangsschlichtung zu unterscheiden ist die „tarifliche Zwangsschlichtung“.⁴⁰ Wohlwissend, dass es sich dabei um eine *contradictio in adiecto* handelt, müsste man vorsichtiger von „tarifvertraglich vereinbarten Elementen des Zwangs“ sprechen. Diese kommen in unterschiedlichen Ausprägungen vor:

Die am weitesten reichende findet sich in der Schweiz. Nach dem Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie vom 1.7. 2013 – einem Nachfolger des berühmten Friedensabkommens von 1937 – kann das Schiedsgericht nach vergeblichen Einigungsversuchen im Betrieb und zwischen den Sozialpartnern einen endgültigen Entscheid treffen, gegen den kein Rekurs der Parteien möglich ist.

In Deutschland gibt es nur ganz wenige Modelle, die in diese Richtung gehen, und wenn, dann nur in abgeschwächter Form. Am weitesten geht noch die Schlichtungsregelung der Chemiebranche.⁴¹ Nach dieser sind einstimmige oder mit Mehrheit der abgegebenen Stimmen zustande gekommene Schlichtungssprüche endgültig und für beide Tarifvertragsparteien bindend. Ein wesentlicher Unterschied gegenüber dem Schweizer Friedensabkommen liegt allerdings darin, dass die Schlichtungskommission paritätisch mit je drei Mitgliedern der Parteien besetzt ist und von Verfahren zu Verfahren abwechselnd aus diesem Kreis ein Vorsitzender gewählt wird, sodass ein Stichentscheid nicht in Betracht kommt. Die Verfahrensordnung gewährleistet daher jedenfalls im Regelfall, dass Schlichtungssprüche nicht gegen den Willen beider Parteien bindend sind. Entsprechendes gilt für die Schieds- und Schlichtungsordnung in der Druckindustrie⁴², nach der Schiedssprüche im Schlichtungsverfahren verbindlich sind, wenn sie einstimmig gefällt werden.

40 Vgl. etwa *Löwisch/Rieble* (Fn. 25), § 1 Rn. 1277.

41 Schlichtungsregelung zwischen dem Bundesverband Chemie e.V. und der IG-Chemie-Papier-Keramik vom 24.10. 1981 in der Fassung vom 16.6. 2005.

42 Schieds- und Schlichtungsordnung zwischen dem Bundesverband Druck und der IG Medien vom 2.11. 1988 in der Fassung vom 26.6. 1998.

Wesentlich verbreiteter ist die Vorab-Unterwerfung der Parteien unter einen Schlichtungsspruch im Rahmen eines konkreten Tarifkonflikts. Ihre Rechtmäßigkeit wurde bisher nicht angezweifelt. Auch der 1. Senat des BAG hat sie ausdrücklich gebilligt.⁴³ Gleichwohl habe ich Bedenken im Hinblick auf die damit verbundene Delegation tariflicher Normsetzungsmacht an Dritte. Ausgangspunkt ist die normative Wirkung des Tarifvertrags nach § 4 Abs. 1 TVG, die auch der durch Schlichtungsspruch zustande gekommenen Vereinbarung zukommt. Der Staat stattet Tarifverträge mit normativer Wirkung aus, um die Grenzen der Relativität der Schuldverhältnisse zu überwinden. Im Gegenzug ist die Ausübung dieser spezifischen Normsetzungskompetenz an besondere Voraussetzungen gebunden – nämlich an die Eigenschaft der Tarifparteien als tariffähige Koalitionen.

Wenn ein Verband einen Dritten zum Abschluss von Tarifverträgen bevollmächtigt, delegiert er seine originäre Normsetzungskompetenz an den Stellvertreter. Das mag beim Firmentarifvertrag auf Arbeitgeberseite hinnehmbar sein. Bei der Vertretung eines Verbandes hingegen beschränken die Rechtswirkungen der Stellvertretung sich nicht darauf, dass der Verband durch das Handeln des Vertreters Vertragspartei wird. Vielmehr bestimmt der Stellvertreter zugleich über den Inhalt der tariflichen Rechtsnormen, die unmittelbar und zwingend in den tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen der Verbandsmitglieder gelten. Weil der Verband in diesem Fall keine Möglichkeit hat, den Tarifvertragsinhalt zu beeinflussen, bedient er sich in unzulässiger Weise seiner ihm zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen übertragenen Normsetzungsmacht.⁴⁴

Die Koalitionsfreiheit verlangt, dass der Inhalt privatautonom vereinbarter Tarifnormen stets auf den Willen der Verbände und damit mittelbar ihrer Mitglieder zurückgeht. Eine Stellvertretung beim Tarifabschluss ist daher nur zulässig, wenn der Vertreter entweder im Rahmen einer inhaltlich bis ins Detail vorgegebenen Vollmacht handelt („Vertreter mit gebundener Marschroute“) oder wenn der Verband über eine aufschiebende Bedingung oder einen Widerrufsvorbehalt die Letztverantwortung über den Tarifinhalt behält.⁴⁵

Unkritisch sind vor diesem Hintergrund Schlichtungssprüche, die erst durch nachträgliche Annahme durch die Parteien verbindlich werden. In diesem Fall behalten die Koalitionen die Verantwortung für den Tarifinhalt. Bei einer Vorab-Unterwerfung ist der Inhalt eines etwaigen Schlichtungsspruchs dagegen völlig offen. Die Gestaltungsmacht liegt allein beim

43 BAG 20.11. 2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 56.

44 Rieble, Tarifkoordinierung durch Spitzenverbände, Festschrift Otto, 2008, S. 471, 497; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 272.

45 Höpfner (Fn. 44), S. 276; ähnlich Löwisch/Rieble (Fn. 25), § 1 Rn. 52 f.

Schlichtungsausschuss. Eine Vorab-Unterwerfung durch den Vereinsvorstand oder einen Tarifausschuss ist daher mit Art. 9 Abs. 3 GG unvereinbar.⁴⁶ Das gilt unabhängig davon, ob die Vereinbarung im Rahmen einer akuten Tarifauseinandersetzung oder vorab in einer Schlichtungsordnung für eine Vielzahl künftiger Tarifkonflikte getroffen wird. Sie lässt sich auch nicht durch eine Kontrolle des Schlichtungsspruchs auf „offenbare Unbilligkeit“ nach § 319 BGB retten.⁴⁷ Nach dieser Regelung scheiden lediglich solche Vertragsinhalte aus, die in grober Weise gegen Treu und Glauben verstoßen.⁴⁸ Abgesehen von der Gefahr, hierbei in richterliche Tarifizensur einzusteigen, ist dies viel zu eng, weil auch Schlichtungssprüche, die zwar unbillig sind, aber die Grenze zum Offenbaren noch nicht erreichen, eine unzulässige Fremdbestimmung über die Interessen der Verbandsmitglieder darstellen.

Eine Vorab-Unterwerfung ist daher nur zulässig, wenn die Letztverantwortung der Tarifparteien gewahrt bleibt. Das ist der Fall, wenn die Mitglieder eine Urabstimmung über die Vorab-Unterwerfung durchführen. Da jedes Mitglied sich durch Beitritt dem Mehrheitsprinzip unterworfen hat, legitimiert diese Urabstimmung die Schlichter zur inhaltlichen Gestaltung von Tarifnormen mit Wirkung für und gegen die Mitglieder. Scheut man den hierfür notwendigen organisatorischen Aufwand, lässt sich eine Vorab-Unterwerfung nur für solche Schlichtungssprüche halten, für die in der Schlichtungsordnung gewährleistet ist, dass sie nicht ohne oder gegen den Willen der von der Tarifvertragspartei entsandten Kommissionsmitglieder gefällt werden können. Das allein genügt aber noch nicht. Zusätzlich ist zu verlangen, dass diese Form der Unterwerfung des Verbands unter die Gewalt des Schlichtungsausschusses wirksam in der Verbandssatzung verankert ist. Eine Billigkeitskontrolle ist in diesem Fall nicht notwendig.⁴⁹

3. Schlichtungszwang, Einlassungszwang und Schlichtungsobliegenheit

Auch bei der Einleitung des Verfahrens stellt sich die Frage, inwieweit die Schlichtung zwangsweise durchgesetzt werden kann. Während das KRG Nr. 35 auf jede Form von Zwang verzichtet, sieht die Badische Landes-schlichtungsordnung sowohl einen Schlichtungszwang als auch einen Ein-

46 Anderer Ansicht BAG 20.11. 2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 56, wobei dort nicht näher auf die innerverbandliche Willensbildung eingegangen wird.

47 So aber Brox, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 696; Löwisch/Rieble (Fn. 25), § 1 Rn. 59.

48 Würdinger, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 319 Rn. 6.

49 So aber Brox, in: Brox/Rüthers (Fn. 47), Rn. 696; Löwisch/Rieble (Fn. 25), § 1 Rn. 59.

lassungszwang vor. Entsprechendes gilt für einige tarifliche Schlichtungsordnungen. Und schließlich kommt an dieser Stelle die Verknüpfung zum Arbeitskampfrecht ins Spiel. Im zweiten Arbeitskampfbeschluss des Großen Senats⁵⁰ vom 21.4. 1971 heißt es wörtlich:

„Jede Arbeitskampfmaßnahme – sei es Streik, sei es Aussperrung – darf [...] nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muß also das letzte mögliche Mittel (ultima ratio) sein. Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich.“

An späterer Stelle ergänzt der Senat:

„Vor allem ist es Sache der Tarifvertragsparteien, ein Schlichtungsverfahren des näheren zu vereinbaren; sie sind in besonderer Weise verantwortlich und sachnahe. [...] Wenn und solange derartige Regelungen und Vereinbarungen noch nicht bestehen, ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Arbeitskampf nach Anlaß, Beginn, Art der Durchführung und weiterer Entwicklung rechtlich zulässig ist.“

Über die Interpretation dieser Vorgaben ist viel geschrieben worden. Die wohl überwiegende Auffassung entnimmt daraus ein feste Rangfolge: zunächst Verhandlung, dann Schlichtung, erst danach Arbeitskampf.⁵¹ Andere sind zurückhaltender und versuchen entweder, die Aussagen des Großen Senats auf tarifliche Schlichtungsvereinbarungen zu begrenzen, oder sie versagen dem Großen Senat gleich vollständig die Gefolgschaft, indem dessen Aussagen als bloßes obiter dictum abgetan werden.⁵² Letzteres halte ich schlicht für falsch, doch selbst wenn man dem folgen wollte, wäre eine Vorlage an den Großen Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung geboten.

Aber auch eine Begrenzung des Ultima-ratio-Prinzips auf die tarifliche Schlichtung lässt sich dem Beschluss des Großen Senats nicht entnehmen. Der Senat differenziert in seiner Argumentation zwischen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinsichtlich „Zeitpunkt und Ziel“ einerseits und hinsichtlich „Art der Durchführung und Intensität des Arbeitskampfes“ andererseits. Die Aussage „*Deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich.*“ bezieht sich auf das Erforderlichkeitsgebot im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich des „Zeitpunkts“. Sie differenziert nicht nach der Art der Schlichtung. Die nachfolgenden Aussagen zur tariflichen Schlichtung wiederholen lediglich den allgemein anerkannten Vorrang der vereinbarten Schlichtung vor gesetzlichen Verfahrensregeln. Der Große Senat empfiehlt den Sozialpartnern mit Nachdruck, von ihrer Gestaltungsmacht Gebrauch zu machen, damit man nicht auf möglicherweise unpassende gesetzliche Schlichtungsregeln zurückgreifen muss.

50 BAG (GS) 21.4. 1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

51 Exemplarisch *Rüthers*, Tarifaautonomie und staatliche Zwangsschlichtung, 1973, S. 20; *Brox*, in: *Brox/Rüthers* (Fn. 47), Rn. 697.

52 BAG 12.9. 1984 – 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Entscheidend ist der letzte zitierte Satz: Für den Fall, dass kein tarifliches Schlichtungsverfahren existiert, gilt der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, und zwar, wie der Senat schreibt, auch für den „Beginn“ des Arbeitskampfs. Hier wird also ausdrücklich auf die vorherige Aussage zur Erforderlichkeit verwiesen. Insgesamt gibt es daher keinen Zweifel daran, dass nach der bis heute auch für den 1. Senat verbindlichen Rechtsprechung des Großen Senats ein Vorrang der Schlichtung vor dem Arbeitskampf besteht.

Offen ist allerdings, ob daraus ein echter Anrufungszwang für die Tarifvertragsparteien folgt oder ob es sich lediglich um eine Art „Schlichtungsobliegenheit“ handelt.⁵³ Klar ist zunächst, dass die Tarifparteien selbst in einer Schlichtungsordnung einen Schlichtungs- oder Einlassungszwang vereinbaren können. Die Koalitionsfreiheit steht dem nicht entgegen, da es sich hier nicht um einen Eingriff in die Willensbildung von außen, sondern gerade um Ausübung der Tarifautonomie handelt. Anders ist die Situation jedoch, wenn entweder eine staatliche Schlichtungsordnung einen Schlichtungs- oder Einlassungszwang enthält, wie es in der Badischen Landesschlichtungsordnung der Fall ist, oder wenn richterrechtlich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein entsprechender Zwang entwickelt wird.

Blickt man auf die beiden Zwecke der Schlichtung – Vermeidung überflüssiger Arbeitskämpfe und Unterstützung der Tarifparteien bei der Findung eines Kompromisses – ist die Vereinbarkeit eines Schlichtungs- oder Einlassungszwangs mit Art. 9 Abs. 3 GG zweifelhaft. Es mag zwar zutreffen, dass Schlichter im Einzelfall auch dort eine Lösung finden mögen, wo sie zuvor ausgeschlossen erschien.⁵⁴ Jedenfalls aber kann ein Schlichtungs- oder Einlassungszwang nicht mit dem arbeitskampfrechtlichen Ultima-ratio-Grundsatz begründet werden. Um Arbeitskämpfe zu vermeiden, ist es nicht notwendig, die Parteien zwangsweise an den Verhandlungstisch zu bringen. Es genügt schlicht, Arbeitskampfmaßnahmen zu verbieten, solange zuvor kein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden ist.⁵⁵

4. Rechtsnatur und gerichtliche Kontrolle von Schlichtungssprüchen

Die letzte Frage betrifft die Rechtsnatur und gerichtliche Kontrolle von Schlichtungssprüchen. Das Reichsgericht und das Reichsarbeitsgericht qualifizierten Schlichtungssprüche, ebenso wie die Verbindlicherklärung,

53 So die Formulierung von *Rieble*, Modernisierung des Arbeitskampfrechts zu einem Tarifverhandlungsrecht, ZAF 2005, 218, 223.

54 Vgl. *Leinenweber* (Fn. 5), S. 46.

55 Ebenso im Ergebnis *Rieble*, ZAF 2005, 218, 223; *Leinenweber* (Fn. 5), S. 51 ff.

als Verwaltungsakte.⁵⁶ Das hatte zur Folge, dass eine gerichtliche Zweckmäßigkeitskontrolle ausschied. Ein großer Teil der Literatur hält daran auch nach 1945 fest. So schreibt etwa *Brox* zum Schlichtungsverfahren nach dem KRG Nr. 35: Der Schlichtungsspruch „ist ein Verwaltungsakt und enthält einen Vorschlag zum Abschluß eines Tarifvertrages.“⁵⁷

Dem kann nicht gefolgt werden. Als Verwaltungsakt kann ein Schlichtungsspruch nur qualifiziert werden, wenn er im Rahmen der (heute ohnehin unzulässigen) Zwangsschlichtung ergeht. Nur dann handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche, hoheitliche Maßnahme einer Schlichtungsbehörde mit Rechtswirkung nach außen. Sofern der Schlichtungsspruch dagegen der Zustimmung der Parteien bedarf, handelt es sich nicht um eine hoheitliche Maßnahme, da die Schlichter lediglich einen „Vorschlag für den Abschluß einer Gesamtvereinbarung“ abgeben, wie es in der Schlichtungsverordnung von 1923 heißt, und daher keine besonderen hoheitlichen Befugnisse in einem Über-/Unterordnungsverhältnis wahrnehmen.

Stattdessen lässt sich der Schlichtungsspruch zwanglos privatrechtlich über das Stellvertretungsrecht rekonstruieren.⁵⁸ Die Schlichtungsstelle kann als Abschlussvertreter der Parteien auftreten. Sofern diese sich nicht vorab dem Schlichtungsspruch unterwerfen, handeln die Schlichter als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Zugleich erfolgt der Vertragsschluss im Wege der Doppelvertretung unter Missachtung von § 181 Alt. 2 BGB. Beides führt zur schwebenden Unwirksamkeit des Tarifvertrags, sodass eine Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB möglich ist. Diese Genehmigung erfolgt zumindest konkludent durch die nachträgliche Annahme des Spruchs. Interessenwidrig ist dieses Modell nicht, da den Schlichtern wegen § 179 Abs. 3 BGB keine Haftung droht.

Daneben ist noch ein zweiter Weg denkbar: Der Schlichtungsausschuss kann auch als bloßer Verhandlungsgehilfe auftreten. Er gibt dann keine Willenserklärung ab, sondern bereitet lediglich den Vertragsschluss zwischen den Tarifparteien vor, die ihrerseits selbst die zum Tarifabschluss führenden Willenserklärungen durch ihre Zustimmung zum Schlichtungsspruch abgeben. Außer für unsere Zwecke nebensächlichen Unterschieden beim Zugangs- und Schriftformerfordernis ändert sich im Ergebnis nichts.

Für den Fall der Vorab-Unterwerfung, sofern diese vor dem Hintergrund der tariflichen Letztverantwortung überhaupt zulässig ist, muss man noch nicht einmal den Weg über den falsus procurator nehmen. Hier kann in

56 Vgl. RAG 27.6.1928 – RAG 36/28, RAGE 2, 150; RAG 22.1.1929 – RAG 613/28, RAGE 3, 178.

57 *Brox*, in: *Brox/Rüthers* (Fn. 47), Rn. 705; ebenso *Dütz*, Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten in der Bundesrepublik Deutschland, RdA 1978, 291, 298; *Nipperdey*, in: *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, 7. Aufl. 1967, S. 793.

58 Zutreffend *Lembke*, RdA 2000, 223, 233.

der Unterwerfungserklärung zugleich eine Bevollmächtigung und eine Gestattung der Doppelvertretung gesehen werden.

Festzuhalten ist damit, dass der im Wege der freiwilligen Schlichtung zustande gekommene Vertrag ein regulärer Tarifvertrag ist, der auf dem Willen der Tarifpartner beruht. Er wirkt nach § 4 TVG unmittelbar und zwingend und kann nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt werden. Für den Rechtsschutz gegen einen solchen Tarifvertrag gelten keine Besonderheiten. Eine zusätzliche gerichtliche Kontrolle des Schlichtungsspruchs kommt nicht in Betracht.

Diskussion*

Professor Dr. *Volker Rieble* befasste sich zunächst mit der Frage der authentischen Interpretation. Die Parteien wollten häufig die Auslegungsmacht behalten und tarifrichterliche Auslegungshilfen abwehren. Daher bestünden Auslegungsstellen. Dies sehe der Referent einerseits als Rechtsstreitigkeit an, andererseits könne man sich über jede Rechtsfrage vergleichen. Daher müsste jeder Vergleich im Kern eine Regelungsstreitigkeit sein. Daher stelle sich ihm die Frage, ob Tarifvertragsparteien vor dem Hintergrund der Friedenspflicht eine authentische Interpretationsstelle schaffen dürfen, welche bei Regelungskonflikten den bisherigen Tarifvertrag ablösen könne und ob dies hinreichend konkret sei, damit eine verbindliche Schlichtung gebildet werden könne. Für den Fall, dass dies bejaht werde, stelle sich weiter die Frage, ob man dies in einem *pactum de non pretendo* absichern könne.

Der Referent meinte, dass die Schlichtung primär eine Hilfe zum Abschluss eines Tarifvertrags sei und nur subsidiär der Arbeitskampfvermeidung diene. Daher sei die Anknüpfung für die Schlichtungsgesetze über den Tarifvertrag vorzunehmen. Ein grenzüberschreitender Tarifvertrag sei auch in der Praxis schon vorgekommen (Südbaden zu restlichem Baden-Württemberg). In diesen Fällen müsse wohl die staatliche Schlichtungsstelle mit einer Doppelfunktion ausgestattet werden, wenn nicht vorrangig eine vereinbarte Schlichtung greife. Zu der ersten Frage sei auf eine Entscheidung des BVerfG zu der Frage des Inkrafttretens eines Gesetzes in der Vergangenheit zu verweisen. Darin habe das Gericht betont, dass die Gesetzesinterpretation nur der Rechtsprechung und nicht dem Gesetzgeber zustehe. Eine authentische Interpretation durch den Gesetzgeber stelle eine Neuregelung dar. Eine Rückwirkung komme so nicht in Betracht. Übertragen auf den Tarifvertrag, der eine Regelungsstreitigkeit darstellt, liege hier eine Aufgabe der Schlichtung und nicht des Gerichts vor.

Abschließend merkte Professor Dr. *Frank Bayreuther* zu der Frage von Professor *Rieble* noch an, dass bei einem lokal breiter aufgestellten Arbeitgeber wie etwa im Fall des Bahnstreiks somit eine geschickte Wahl des Gerichtsstands des Arbeitskampfs die Notwendigkeit einer Schlichtung verhindern könne.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

Schlichtung und Mediation im kollektiven Konflikt

Florian Weh¹

	Seite
I. Einführung.....	93
II. Praktische Beispiele für den Einsatz Dritter bei Tarifverhandlungen	93
1. Beispiele.....	93
2. Rechtsfragen	96
3. Schlussfolgerung: Praktischer Nutzen und Vielgestaltigkeit	97
III. Einsatz Dritter bei Verhandlungen.....	97
1. Erscheinungsformen.....	97
a) Bestimmende Parameter	98
aa) Durchführung.....	98
bb) Lösungsvorschläge	98
cc) Spielraum.....	98
dd) Bindungswirkung.....	98
ee) Maßstab.....	98
ff) Konfliktgegenstand.....	99
gg) Unterschiedliche Kombinationen in der Sequenz	99
b) Ausgewählte besondere Erscheinungsformen.....	99
aa) „Med-Arb“.....	99
bb) „Arb-Med“.....	100
cc) „Final Offer Arbitration“.....	100
dd) „Neutral Joint Analyst“.....	101
2. Vorteile	101
a) Prozess.....	102
b) Beziehung.....	103
c) Sache	104
3. Nachteile.....	105
a) Prozess.....	105
b) Beziehung.....	105
c) Sache	106
4. Erfolgsfaktoren bei der Auswahl Dritter.....	107
5. Schlussfolgerung	108

1 Der Referent ist Hauptgeschäftsführer des Arbeitgeberverbands Luftverkehr. Er war Verhandlungsführer der Arbeitgeberseite im Tarifkonflikt 2016 der Deutschen Lufthansa AG mit der Flugbegleitergewerkschaft UFO. Der Vortragstil wurde weitgehend beibehalten.

IV. Schlichtung als einzige Alternative zum Arbeitskampf	108
1. Andere Lösungswerkzeuge bei Pattsituationen	108
2. Gesetzliche Umsetzung.....	110
Diskussion	113

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Arbeitskampf, Verhandlung und Schlichtung* (München 2018), S. 91-112.

I. Einführung

Dritte spielen bei der Lösung kollektiver Konflikte eine wichtige Rolle. Im Bereich der Betriebsverfassung hat sich die betriebliche Einigungsstelle gemäß §§ 76 BetrVG ff. bewährt. Man kann davon ausgehen, dass in einem Konzern wie Lufthansa mit seinen mehr als 60.000 Mitarbeitern und mehr als 50 Betrieben in Deutschland jährlich mehrere Dutzend Einigungsstellen durchgeführt werden.

Und auch bei tariflichen Konflikten im Lufthansa-Konzern wurden in den vergangenen Jahren zunehmend Dritte hinzugezogen. Aufgrund der hohen Konfliktintensität und -kosten wurde zunehmend versucht, alle Möglichkeiten der Konfliktlösung auszuschöpfen. Dabei wurden Dritte auch außerhalb der tradierten tariflichen Schlichtungsformen eingesetzt. Dies hat sich aus meiner Sicht bewährt. Deshalb war es auch naheliegend, dass die Tarifpartner für die Kabinenbeschäftigten (UFO und Arbeitgeberverband Luftverkehr) einen Tarifvertrag Konfliktbeilegung vereinbart haben, der für unterschiedliche Konfliktsituationen verbindlich den Einsatz von Moderatoren, Mediatoren und Schlichtern regelt und institutionalisiert.

Im Luftverkehrssystem können Berufsgruppengewerkschaften mit wenigen Streikenden die gesamte Wertschöpfungskette lahmlegen. Dies führt zu einer hohen Drittbetroffenheit bei Passagieren und zu hohen Drittschäden bei den nicht am Streik beteiligten anderen Unternehmen des Luftverkehrssektors. Zudem ist der immense volkswirtschaftliche Schaden zu beachten, der entsteht, wenn dabei auch die Luftfracht-Logistikketten zusammenbrechen. Denn entweder verderben schlicht die zeitkritischen Waren oder es fehlen wichtige Teile für Produktionsabläufe in den verschiedensten Branchen. Da der Luftverkehr stark arbeitsteilig organisiert ist, kein Flächentarifvertrag besteht, zahlreiche Gewerkschaften miteinander in Konkurrenz stehen und der Streikhebel enorm ist, ist der Flugplatz ein beliebter Ort für Streiks aller Art geworden. Gerade in diesem sensiblen Bereich kommt dem Ultima-Ratio-Prinzip beim Arbeitskampf eine wichtige Funktion zu. Hier könnten auch Dritte einen wichtigen Beitrag leisten, Konflikte im Vorfeld eines Arbeitskampfs zu lösen. Für Fälle, in denen sich die Tarifpartner nicht auf Konfliktlösungsverfahren einigen können, sollte der Gesetzgeber aktiv werden. Streiks ohne vorherigen Schlichtungsversuch erscheinen unverhältnismäßig.

II. Praktische Beispiele für den Einsatz Dritter bei Tarifverhandlungen

1. Beispiele

Aufgrund der hohen Konfliktintensität, aber auch aufgrund der hohen Komplexität der Regelungsgegenstände haben die Tarifpartner in man-

chen Bereichen des Luftverkehrs versucht, die Qualität der Konfliktlösung durch den Einsatz Dritter zu erhöhen. Inwieweit dies gelingt, ist auch stets maßgeblich davon abhängig, inwieweit sich beide Tarifpartner gemeinsam auf einen solchen Weg begeben möchten.

Gerade im Kabinenbereich der Deutschen Lufthansa AG haben die Kabinengewerkschaft UFO und der Arbeitgeberverband Luftverkehr in den letzten beiden Jahren in unterschiedlichen Konstellationen versucht, in innovativer Art und Weise, Dritte in die Konfliktlösung einzubinden.

Vorausgegangen war ein Konflikt zwischen UFO und Lufthansa, der über 2,5 Jahre andauerte und dann zum bis heute längsten Streik der Lufthansa-Geschichte mit einer Dauer von acht Tagen, einer halben Million betroffener Passagiere, über 4500 annullierter Flüge und über 100 Mio. Euro Schaden für das Unternehmen führte. Gegenstand der Diskussionen unmittelbar vor dem Arbeitskampf waren Fragen der Vergütung und Versorgung der Kabinenmitarbeiter, aber auch zahlreiche weitere Einzelfragen sowie das Engagement des LH-Konzerns im sog. Low-cost-Segment. Am Ende des Konflikts stand eine tarifliche Lösung, die in insgesamt 29 Einzelverträgen dokumentiert wurde.

Dabei waren bei folgenden Gelegenheiten Dritte in die Konfliktlösung involviert:

- **Platzeck-Schlichtung/Moderation:** Nach einer gescheiterten Schlichtung unter dem Duo Däubler-Gmelin und Merz sowie dem anschließenden längsten Arbeitskampf der Lufthansa-Geschichte, konnten sich die Tarifpartner im Januar 2016 auf den ehemaligen brandenburgischen Ministerpräsidenten Platzeck als weiteren Schlichter einigen. Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt hatten die Tarifpartner in einem Parallelverfahren auch noch eine tarifliche Moderation durchgeführt. Hierzu hatten die Tarifpartner einen Profi für zivilrechtliche Schiedsstellen engagiert, der gleichzeitig als Hochschul-Professor über eine hohe Expertise in der Frage des integrativen Handelns verfügte. In dieser Moderation hatten die Tarifpartner Themen behandelt, die als nicht streikfähig angesehen wurden. Im Rahmen des aus dem Camp-David-Abkommen von 1978 bekannten sog. Ein-Text-Verfahrens¹ konnten die Tarifpartner zu zahlreichen Punkten wie Schlichtung und Arbeitskampf oder einem neuen Berufsbild Kabine Lösungen erarbeiten, die am Ende der Schlichtung dazu führten, dass beide Parteien auch schmerzliche Kompromisse akzeptieren konnten.

1 *Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept: Der Klassiker der Verhandlungstechnik*, 24. Aufl. 2013, S. 173.

- Tarifvertrag Konfliktbeilegung: Gegenstand der Moderation, die parallel zur sog. Platzeck-Schlichtung für die Kabinenmitarbeiter der Deutschen Lufthansa AG durchgeführt wurde, war auch der „Tarifvertrag Konfliktbeilegung“. Ziel des gesamten Vertrags ist es, die Effizienz und Effektivität tariflicher Konflikte zwischen UFO und Lufthansa/Arbeitgeberverband Luftverkehr zu verbessern. Der Tarifvertrag hat drei verschiedene Regelungsfelder:
 - (1) Das erste Regelungsfeld beschäftigt sich allgemein mit der Konfliktbearbeitung zwischen den Tarifpartnern. Der Tarifvertrag sieht dabei fünf Stufen der Konfliktbearbeitung mit klaren Regelungen und Fristen vor: regelmäßige Gesprächsrunden, Konfliktanzeige, Verhandlung, Moderation, Schlichtung (ohne Bindungswirkung).
 - (2) Das zweite Regelungsfeld betrifft den Arbeitskampf. Die Tarifpartner haben sich auf Regeln für Streiks geeinigt. Dabei sind folgende Themen umfasst:
 - Ankündigungsfristen für Warn- und Vollstreiks
 - Begrenzung der Dauer von Warnstreiks
 - Definition von Abkühlungsphasen
 - Die Abwendungsoption Schlichtung (ohne Bindungswirkung) für Streiks
 - Die Abwendungsoption „Virtual Strike“ für Streiks: Statt einer Arbeitsniederlegung kann der Arbeitgeber pro Streiktag eine Summe X auf ein Treuhand-Konto einzahlen. Der Betrag wird erst dann wieder ausbezahlt, wenn sich die Tarifpartner – wie auch immer – einvernehmlich darauf einigen. Vorteile: die Kunden bleiben unbelastet, Werte werden nicht vernichtet, sondern stehen für tarifliche Lösungen zur Verfügung; Nachteil: es besteht die Gefahr, dass die Partner mit dieser Option taktisch umgehen.
 - (3) Das dritte Regelungsfeld regelt sog. Ausgestaltungskonflikte. Bei Konflikten zur Ausgestaltung tariflicher Rahmenvereinbarungen oder bei der redaktionellen Umsetzung von tariflichen Eckpunkten können die Tarifpartner eine tarifliche Schlichtungsstelle anrufen, die einer betrieblichen Einigungsstelle gemäß Betriebsverfassungsgesetz nachgebildet ist. Auch für andere Konfliktfälle können die Tarifpartner dieses Verfahren der Zwangsschlichtung einvernehmlich zur Anwendung bringen.

- Tarifliche Schiedsstelle: Im Nachgang zur Platzeck-Schlichtung hatten die Tarifpartner tatsächlich einen Konflikt zur redaktionellen Umsetzung eines vorvertraglichen Eckpunktepapiers im Bereich der Alters- und Übergangsversorgung. Insofern wurde die im o.g. Tarifvertrag Konfliktbeilegung vorgesehene Möglichkeit der Anrufung einer tariflichen Schiedsstelle in Anspruch genommen. Der Tarifvertrag Konfliktbeilegung nimmt Bezug auf § 76 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S.1-3 und Abs. 5 BetrVG. Dieses Verfahren war allerdings für den Konflikt nur teilweise geeignet und wurde von den Tarifpartnern tarifautonom im Rahmen eines maßgeschneiderten Schiedsstellen-Abkommens sowohl in Besetzungsfragen wie auch in Verfahrensfragen an den konkreten Konflikt angepasst. Beispielsweise vereinbarten die Tarifpartner für Teilbereiche eine sog. „Final Offer Arbitration“, bei der der Schlichter keine eigenen Vorschläge macht, sondern nur den aus seiner Sicht faireren Vorschlag eines der beiden Tarifpartner auswählt.

2. Rechtsfragen aus der Praxis beim Einsatz Dritter

Im Rahmen der tariflichen Schiedsstelle zur Versorgung (dritter Bullet point oben) war es zu zahlreichen Rechtsfragen gekommen, zu denen sich Rechtsprechung und Literatur bislang nicht oder nur in geringem Maße geäußert haben:

- Rechts- oder Regelungsstreitigkeit? Die Schiedsstelle sollte die Tarifpartner dabei unterstützen, die vereinbarten Eckpunkte in einen endredaktionellen Tarifvertrag zu übersetzen, im Zweifel auch mit einem verbindlichen Schiedsstellenspruch. In einem Fall war es aber wahrscheinlich, dass bereits der vereinbarte Rahmen rechtswidrig war. Konnte/musste die Schiedsstelle auch diese Rechtsfrage beurteilen und ggf. auch diese Lücke ausfüllen?
- Kann ein solcher Schiedsstellenspruch gerichtlich überprüft werden und falls ja, inwieweit? Findet eine Inhaltskontrolle statt oder ist das Gericht auf die Überprüfung von Verfahrensfehlern und des Gestaltungsermessens beschränkt?
- Besteht eine vertragliche Pflicht des Schiedsstellen-Vorsitzenden einen Schiedsstellenspruch zu fassen? Welcher Schaden entsteht durch das Unterlassen eines Schiedsstellenspruchs?
- Haftet der Schiedsstellen-Vorsitzende für einen fehlerhaften Schiedsstellenspruch? Falls ja, in welchem Umfang geschieht dies?

Am Ende konnten all diese Rechtsfragen dahinstehen. Allerdings war für beide Tarifpartner auffallend, dass sie mit diesen Fragen Neuland betreten. Insofern wäre es aus Sicht der Praxis ein lohnendes Unterfangen,

wenn sich die Wissenschaft zunehmend mit diesen relevanten Fragestellungen auseinandersetzen würde.

3. Schlussfolgerung: Praktischer Nutzen und Vielgestaltigkeit

Allein diese wenigen Beispiele zeigen, welche wichtige Bedeutung der Einsatz Dritter im Rahmen der Lösung tariflicher Konflikte haben kann. Gleichzeitig wird auch deutlich, dass es eine Fülle unterschiedlicher Möglichkeiten gibt, wie Dritte ganz konkret zu einer Konfliktlösung beitragen können.

III. Einsatz Dritter bei Verhandlungen

Diese und andere Beispiele für den sinnvollen Einsatz Dritter zur Konfliktlösung in den vielen und ungewöhnlich heftigen Arbeitskämpfen der Verkehrsbranche der letzten Jahren geben genug Anlass, um sich vertieft mit diesem Phänomen auseinanderzusetzen.

1. Erscheinungsformen

Neben der traditionellen Erscheinungsform der freiwilligen, nicht bindenden tariflichen Schlichtung sind zahlreiche weitere Gestaltungsformen für den Einsatz Dritter bei tariflichen Konflikten vorstellbar und entsprechend zwischen den Tarifpartnern tarifautonom vereinbar. Einige der genannten Parameter sind auf unterschiedliche Weise in Übersicht 1 kombiniert und mit Beispielen versehen.

Durchführung		Bindungswirkung		Maßstab/Ziel		Spielraum		Lösungsvorschläge?		Beispiele
Verpflichtend	Freiwillig	Bindend	Nicht bindend	Was ist richtig?	Was ist gute Lösung?	Offen	Gebunden	Ja	Nein	
	◆	n.a.			◆	n.a.			◆	Mediation
◆		n.a.			◆	n.a.			◆	Obligatorische Mediation
	◆	offen			◆	offen		◆		„Neutral Joint Analyst“ (Berat.)
	◆		◆		◆	◆		◆		Freiwillige Schlichtung
◆		◆			◆	◆		◆		Zwangs-schlichtung
Beides mögl.		◆			◆		◆		◆	z.B. Finale Offer Arbitration
Beides mögl.		◆		◆			◆	◆		Schiedsstelle
Beides mögl.			◆	◆			◆	◆		Sachverständigen-votum

Übersicht 1: Erscheinungsformen des Einsatzes Dritter zur Konfliktlösung

a) Bestimmende Parameter

Hierbei sind insbesondere die folgenden Parameter zu beachten und können entsprechend auf unterschiedliche Weise kombiniert werden, um der jeweiligen Konfliktsituation am besten gerecht zu werden:

aa) Durchführung

Ist die Durchführung des Verfahrens mit einem Dritten für die Tarifpartner freiwillig oder handelt sich um ein verpflichtendes Verfahren, auf welches sich die Tarifpartner etwa im Rahmen eines dauerhaften Schlichtungsabkommens geeinigt haben?

bb) Lösungsvorschläge

Kann oder muss der Dritte konkrete Lösungsvorschläge unterbreiten oder moderiert er eher den Verhandlungsprozess? Im letzteren Fall spricht man eher von einer Mediation oder auch Moderation. Die Verwendung der Begriffe ist in der tariflichen Praxis in der Regel unscharf und weist meistens auf unterschiedliche methodische Ansätze der Konfliktbeilegung hin. Eine Moderation konzentriert sich in der Regel darauf, die Kommunikation zwischen den Parteien zu den Streitgegenständen zu verbessern, während sich eine Mediation in der Regel an den fünf klassischen Mediationsphasen (Vorbereitung, Konfliktanalyse, Konfliktbearbeitung/Interessenfindung, Lösungsoptionen, Vereinbarung) orientiert.

cc) Spielraum

Ist der Dritte vollkommen frei in seiner Entscheidung oder ist er an konkrete Lösungsvorschläge der Tarifpartner gebunden und muss sich zwischen diesen entscheiden, wie etwa im Rahmen einer sog. Pendelschlichtung bzw. „Final Offer Arbitration“?

dd) Bindungswirkung

Ist die Entscheidung des Dritten für die Tarifpartner bindend oder nicht bzw. können sie ihr widersprechen?

ee) Maßstab

Anhand welchen Maßstabs entscheidet der Dritte, wenn er Lösungsvorschläge unterbreitet? Schlägt er die effizienteste oder die fairste Lösung vor oder überprüft er vorgeschlagene Konfliktlösungen am bestehenden materiellen Recht? Letztlich ist hier auch die Frage betroffen, ob es sich um eine Regelungs- oder eine Rechtsstreitigkeit handelt. Diese Unterscheidung verschwimmt aber in der tariflichen Praxis häufig.

ff) Konfliktgegenstand

Handelt sich es um einen reinen Verteilungskonflikt, sprich einen distributiven Konfliktgegenstand oder sind auch Kooperationsgewinne möglich, sprich der Gegenstand ist zumindest teilweise auch integrativ. In der Praxis sind hier häufig Mischformen zu finden?

gg) Unterschiedliche Kombinationen in der Sequenz

Zusätzlich ist es auch noch vorstellbar, dass die o.g. Parameter im Rahmen eines Konfliktlösungs-Prozesses so kombiniert werden, dass sie sich im Zeitablauf auch ändern können, etwa bei den Verfahren „Med-Arb“ und „Arb-Med“.

b) Ausgewählte besondere Erscheinungsformen**aa) „Med-Arb“**

„Med-Arb“ ist ein Kunstwort aus Mediation und „Arbitration“ (englisch für Schlichtung), was auf die hybride Verfahrensgestaltung hindeuten soll. Zunächst wird versucht, den Konflikt mittels einer Mediation zu lösen. Gelingt dies nicht oder nicht vollständig, wird entweder für den gesamten Streitgegenstand oder für die nicht gelösten Teile ein verbindlicher Schlichterspruch erlassen.

Ein Vorteil dieses Verfahrens ist, dass ggf. ein erhöhter Anreiz für beide Parteien besteht, sich einvernehmlich zu einigen, da der nicht beeinflussbare Schlichterspruch ggf. für beide Seiten ein nur schwer kalkulierbares inhaltliches Risiko darstellt. Auch ist durch diese Gestaltung sichergestellt, dass das Verfahren in jedem Fall zu einem Ergebnis kommt, was bei Mediationen in der Regel nicht sichergestellt ist.

Auf der anderen Seite besteht die Gefahr, dass beide Seiten mit Blick auf die drohende Schlichtung im Rahmen der Mediation Informationen bewusst zurückhalten, damit diese Informationen nicht am Ende gegen sie verwendet werden können. Dies verhindert jedoch, dass im Rahmen der Mediation Lösungen erarbeitet werden können, die den bestehenden Lösungsraum optimal nutzen. Eine mögliche Gegenmaßnahme könnte sein, für Mediation und Schlichtung unterschiedliche Dritte zu verpflichten. Dies führt dann allerdings wahrscheinlich wieder zu Ineffizienzen im Verfahren.

Ein weiterer Nachteil einer „Med-Arb“ ist der sog. „chilling effect“ (engl., etwa: Abkühlungseffekt). Sobald die Parteien zu der Einschätzung gelangen, dass der Konflikt am Ende doch durch eine Schlichtung entschieden werden muss, beginnen sie sich weniger kooperativ und zunehmend positional zu verhalten, um ihre Ausgangslage für die Schlichtungsentscheidung zu verbessern. Außerdem halten die Parteien dann auch zunehmend

bewusst ihre Interessenlagen zurück, damit diese nicht ggf. durch den Schlichter ausgebeutet werden können.

Intuitiv wird dieses Verfahren in vielen betrieblichen Einigungsstellen und auch in freiwilligen tariflichen Schlichtungen durch den Dritten angewandt. Meist bevorzugt der Dritte eine einvernehmliche Lösung der Streitparteien und versucht diese zu fördern. Teilweise wird hierzu auch eine mögliche Schlichtungsentscheidung angedeutet, um den Einigungsdruck auf die Parteien zu erhöhen. Dies hat allerdings den Nachteil, dass die Parteien weniger nach der effizientesten Lösung suchen, sondern stattdessen bereit sind ineffiziente Kompromisse einzugehen, da das angedeutete Schlichtungsergebnis für die Partei noch schlechter sein könnte.

bb) „Arb-Med“

Eine sehr interessante, aber im betrieblichen und tariflichen Bereich deutlich seltener genutzte Verfahrensgestaltung ist die sog. „Arb-Med“ („Med-Arb“ siehe oben). Hier wird zunächst eine Anhörung beider Parteien durchgeführt. Danach fällt der Dritte eine bindende Entscheidung, die er zunächst in einen versiegelten Briefumschlag gibt. Sodann erfolgt erst ein Mediationsversuch. Scheitert dieser Versuch wird die ursprüngliche Entscheidung verbindlich.

Diese Fallgestaltung eliminiert den Nachteil der Informationsausbeutung durch den Schlichter, da zum Zeitpunkt der Mediation die Schlichtungsentscheidung bereits getroffen ist. Deshalb kommt es im Rahmen des anschließenden Mediationsverfahrens auch nicht zum „chilling effect“ (s.o.), da die Parteien durch ihr Verhalten den Schlichtungsspruch nicht mehr beeinflussen können. Dennoch bleibt im Rahmen dieser Gestaltung der Einigungsdruck erhalten, da andernfalls die ggf. für beide Seiten riskante Schlichtungsentscheidung droht. Der Vorteil einer erhöhten Verfahrenseffizienz sowie einer gesicherten Lösungsfindung bleibt im Verhältnis zu einer regulären Mediation zudem erhalten.

cc) „Final Offer Arbitration“

Die Besonderheit bei einer „Final Offer Arbitration“ liegt darin, dass der Schlichter keine eigenen Vorschläge unterbreitet, sondern er sich für einen der Lösungsvorschläge entscheiden muss, die ihm zuvor jeweils gesondert von den Streitparteien zur Verfügung gestellt wurden. Durch dieses Verfahren soll bei beiden Parteien eine erhöhte Unsicherheit entstehen, um das Interesse an einer einvernehmlichen Lösung zu erhöhen. Außerdem sollen beide Parteien verstärkt dazu angehalten werden, die Aspekte der jeweils anderen Seite in ihren Lösungsvorschlag zu integrieren. Dies soll die Wahrscheinlichkeit erhöhen, den Dritten zu überzeugen, dass der unterbreitete Vorschlag fair und damit zu entscheiden ist.

Im tariflichen Bereich haben wir bereits ein solches Verfahren vereinbart (s.o.), jedoch ohne dass es am Ende zur Anwendung gekommen ist. Ein wichtiger Aspekt dabei war, dass beide Tarifpartner sich in einer komplexen Materie (betriebliche Übergangs- und Altersversorgung) für sachkundiger als den Dritten hielten und in jedem Fall eine Lösung vermeiden wollten, die systemisch inkonsequent ist oder auf faulen Kompromissen beruht. Auch sollte so in einem Teilaspekt der Schiedsstelle zur Beschleunigung beigetragen werden, da es nahezu unmöglich erschien, dass sich der Dritte in kurzer Zeit so in die Materie einarbeitet, dass er einen sinnvollen eigenständigen Lösungsvorschlag entwickeln kann.

dd) „Neutral Joint Analyst“

Der „Neutral Joint Analyst“ wird als Berater beider Seiten tätig. Die Idee ist, dass ein neutraler Dritter, der über die erforderlichen Fähigkeiten und Kompetenzen verfügt, für beide Seiten gleichzeitig eine Lösung entwickelt, die den bestehenden Lösungsraum optimal ausnutzt und folglich entsprechende Kooperationsgewinne erzeugt. Dieser Ansatz beruht auf der Überlegung, dass es meist eine pareto-optimale Lösung für einen Konflikt gibt und diese nur gefunden werden kann, wenn alle relevanten Informationen und Interessen transparent ausgetauscht werden. Anders als etwa ein Mediator macht der „Neutral Joint Analyst“ ganz bewusst nicht nur Verfahrensvorschläge, sondern aufgrund seines Wissensvorsprungs auch inhaltliche Vorschläge zur effizienten Lösung des Konflikts.

Auch wenn dieses Modell aufgrund des weiterhin vorherrschenden Nullsummen-Mythos häufig noch kritisch gesehen wird, haben wir durchaus positive Erfahrungen mit Elementen dieses Ansatzes gemacht, etwa wenn ein wirtschaftlicher Sachverständiger ein gemeinsames Modell ausarbeitet, um die Wirkung tariflicher Zugeständnisse in der Zukunft zu überwachen. Bei Konflikten hatten ihn die Tarifpartner ganz bewusst gebeten, auch inhaltliche Vorschläge zur Lösung zu unterbreiten.

Dieses Modell stellt ganz besondere Anforderungen an den Dritten, einerseits an seine Neutralität und Vertrauenswürdigkeit, andererseits an seine fachliche Kompetenz. Idealerweise ist ein solcher Dritter auch Experte für Konfliktlösungsverfahren. Dann kann er für die Parteien zugleich ein höchst effizienter Berater und Mediator sein.

2. Vorteile

In Verhandlungsprozessen sind stets drei Ebenen gleichzeitig zu beachten. Neben der naheliegenden inhaltlichen Ebene, der „Sache“, sind immer auch die Ebene der „Beziehung“ und die Ebene des „Prozesses“ Gegenstand der Verhandlungen. Mit Beziehungsebene sind die zwischenmenschlichen Aspekte gemeint, wie beispielsweise Fragen der Effizienz

der Kommunikation, des Umgangs mit Emotionen und des gegenseitigen Überzeugens, die eng mit Glaubwürdigkeit, Zuverlässigkeit und Vertrauen verknüpft sind. Mit der Prozessebene sind alle Verfahrensfragen gemeint, da ein Verhandlungsergebnis stets das Ergebnis eines gemeinsamen Problemlösungsprozesses ist, der sich üblicherweise aus verschiedenen Phasen wie Interessenfindung, Kriterien-Entwicklung oder Lösungsentwicklung zusammensetzt.

Für alle drei Ebenen können Dritte einen wertvollen Beitrag leisten.

a) Prozess

Der Einsatz Dritter hat bei der prozessualen Steuerung einer Konfliktlösung zahlreiche Vorteile.

Ein naheliegender und sehr wichtiger Vorteil des Einsatzes eines Dritten ist die Möglichkeit der Nutzung von Pendeldiplomatie (auch: Shuttle-Diplomatie). Der Dritte führt jeweils separate Unterredungen mit beiden Seiten durch. Einerseits kann dies bei erhöhter Emotionalität zwischen den Parteien hilfreich sein. Andererseits kann durch dieses Verfahren das sog. Verhandlungsdilemma überwunden werden. Um zu einem optimalen Verhandlungsergebnis zu gelangen, ist es gemäß der Methode des rationalen Handelns (siehe „Das Harvard-Konzept“²) hilfreich und erforderlich, dass beide Seiten ihre Interessen offenlegen, um damit eine optimale Mehrwertlösung entwickeln zu können. Allerdings besteht dadurch das Risiko, dass die andere Seite versucht, diese Information zu ihrem Vorteil auszubuten. Dies wiederum könnte die andere Seite davon abhalten, ihre Interessen zu teilen. Offenbart etwa die Arbeitgeberseite bei Tarifverhandlungen, dass ein Interesse an einer langen Laufzeit des Vergütungstarifvertrages besteht, könnte dies die Gewerkschaft dazu nutzen, dafür ein Zugeständnis zu verlangen, obwohl sie in diesem Fall in Wirklichkeit auch ein Interesse an einer langen Laufzeit hat.

Im Rahmen von getrennten und vertraulichen Befragungen kann der Dritte versuchen, die Interessen der Parteien herauszuarbeiten und selbst auszuloten, ob sich daraus Lösungsspielräume ergeben.

Ein weiterer Nutzen eines Dritten kann darin bestehen, dass er wie ein Notar den gemeinsamen Vereinbarungsstand festhält. Dies kann ein sehr effizientes Verfahren sein, um schnell zu einem Vereinbarungstext zu gelangen. Auch können dadurch frühzeitig inhaltliche Missverständnisse erkannt werden. Gerade bei komplexeren Verhandlungsgegenständen kann die Phase der Vertragsformulierung sehr viel Zeit einnehmen und verfahrensmäßig sehr anspruchsvoll sein. Ein Dritter kann hier sehr hilfreich sein, insbesondere wenn bei dieser Methode das sog. Ein-Text-Verfahren

2 *Fisher/Ury/Patton (Fn. 1), S. 173.*

(auch Camp-David-Ansatz genannt, nach den von den USA vermittelten Friedensverhandlungen zwischen Ägypten und Israel im Jahr 1978)³ streng eingehalten wird. Nur der Dritte hat die Befugnis den Text zu verändern und neu zu formulieren. Die Parteien können lediglich mündlich oder schriftlich Kommentare zu den Formulierungen des Dritten hinzufügen. Natürlich stellt diese Methode hohe Anforderungen an die Formulierungsfähigkeiten des Dritten, ebenso muss er sich ein vertieftes Verständnis für die Inhalte des Konfliktes aneignen. Wir haben diese Methode mit Erfolg im Rahmen einer sog. tariflichen Moderation durchgeführt, bei der neue und relativ unstrukturierte Verhandlungsgegenstände (u.a. Tarifvertrag Konfliktlösung, s.o.) besprochen und am Ende einer Lösung zugeführt wurden.

Ein weiterer Vorteil eines Dritten kann es sein, dass er die Parteien gerade um die Steuerung des Verhandlungs- bzw. Konfliktlösungsprozesses entlastet. Beim sog. sachorientierten oder rationalen Verhandeln hat, wie bereits erwähnt, der Konfliktlösungsprozess eine wichtige Bedeutung. Häufig fehlt den Verhandlungsparteien aber die Disziplin oder die Sachkenntnis, um dieses Phasenmodell einzuhalten. Bisweilen sind die Parteien aufgrund ihrer starken Konfliktbetonung auch bereits damit überfordert, ein sachgerechtes Verfahren zu vereinbaren. Meist führt das dazu, dass die Parteien in einen wenig produktiven, intuitiven Verhandlungsstil zurückfallen.

b) Beziehung

Auch auf die Beziehung zwischen den Parteien können Dritte positiven Einfluss haben. Zum einen ist zu beobachten, dass die Parteien in Anwesenheit eines Dritten größere emotionale Zurückhaltung üben. Der Dritte dient als Puffer zwischen den Verhandlungspartnern. Diesen Effekt konnte ich bereits bei vielen tariflichen Schlichtungen erleben.

Je nach Qualifikation und Talent kann der Dritte auch versuchen, bewusst Hürden aus dem Weg zu räumen, die ihre Ursache in der Beziehungsebene der Verhandlungspartner haben. Lange und schwierige tarifliche Verteilungskonflikte können zu Vertrauensverlust und Glaubwürdigkeitsdefiziten führen, die die Qualität der Verhandlungskommunikation deutlich verringern. Teilweise ist es dann im Sinne der optimalen Problemlösung notwendig bzw. lohnend, dass der Dritte eine Aussprache herbeiführt und hilft, Ideen zu entwickeln, wie diese Defizite überwunden werden können.

Im Rahmen von konfliktären Verhandlungen kommt es häufig auch zu sog. kognitiven Verzerrungen, sprich systematischen Fehlern beim Wahrnehmen, Erinnern, Denken und Urteilen. Häufige kognitive Verzerrungen

im Rahmen von Konflikten sind etwa die sog. reaktive Abwertung oder auch die Selbstüberschätzung oder sog. Vermessenheitsverzerrung. Mit reaktiver Abwertung ist die Neigung gemeint, dass Vorschläge der anderen Seite systematisch negativer als gedacht aufgefasst werden, einzig und allein, weil der Vorschlag von der anderen Seite stammt. Bei der Vermessenheitsverzerrung überschätzen Parteien systematisch ihre Einschätzungsfähigkeit, etwa wenn sie die Qualität ihrer Nichteinigungsalternativen systematisch überschätzen. In beiden Fällen kann ein Dritter einen wichtigen Beitrag leisten, die Verhandlungspartner vor diesen systematischen Fehleinschätzungen zu bewahren, etwa weil er die Vorschläge der anderen Seite als eigene Vorschläge präsentiert oder weil er den Parteien durch systematisches Hinterfragen den wahren Wert ihrer Handlungsalternativen aufzeigt und sie damit kompromissbereiter macht.

c) Sache

Auch beim materiellen Kern der Verhandlungen, sprich dem eigentlichen inhaltlichen Gegenstand, kann ein Dritter einen wichtigen Beitrag leisten, den Konflikt effizient zu lösen. So sind beispielsweise am Ende von tariflichen Verteilungskonflikten Zugeständnisse beider Seiten erforderlich, um zu einer Lösung zu kommen. Hier kann ein Schlichter, etwa im Rahmen eines unverbindlichen Schlichterspruchs am Ende, Vorschläge unterbreiten, die keine der Parteien aufgrund der Verhandlungshistorie direkt ohne Gesichtsverlust hätte unterbreiten können. Letztlich war es dann der „Vorschlag“ des Schlichters, dem man sich wohl oder übel gebeugt hat.

Sofern der Dritte Kenntnisse der Methode des sachorientierten Verhandeln hat, kann er systematisch darauf hinarbeiten, dass alle Chancen genutzt werden, um Wert zu schaffen, sprich den bildlichen Kuchen zu vergrößern. Der Dritte kann nicht nur die Kommunikation verbessern, sondern er kann die Parteien auch methodisch anleiten, wie man anhand der beidseitigen Interessen, mit Kreativtechniken und themenübergreifenden Austauschgeschäften gemeinsam an Lösungen arbeitet, die einen echten Mehrwert schaffen. Und selbst in den Situationen, die eine echte Verteilung erfordern, kann er auf die Vereinbarung und Durchsetzung von objektiven und fairen Kriterien beharren, um zu einer rationalen Lösung zu kommen.

Die eigene Macht in Verhandlungen wird durch die Verfügbarkeit von Alternativen im Falle der Nichteinigung bestimmt (Nichteinigungs-Alternativen). Häufig haben die Tarifparteien keine klare Vorstellung von diesen Alternativen und neigen zu überoptimistischen Einschätzungen. Beispielsweise wird die Auswirkung weiterer Streiks unterschätzt oder die Mobilisierungsbereitschaft der Mitglieder überschätzt. Auch die Verfügbarkeit von alternativen Plattformen oder die Nachfrage am Arbeitsmarkt werden falsch eingeschätzt. Hier kann ein Dritter durch gezieltes Nachfra-

gen einen Beitrag dazu leisten, die zur Verfügung stehenden Alternativen realistischer einzuschätzen.

3. Nachteile

a) Prozess

Der Einsatz eines Dritten führt zunächst dazu, dass der Prozess komplexer und damit anspruchsvoller zu organisieren sein wird. Dies führt unweigerlich zu einer Verlangsamung, die natürlich auch bewusstes taktisches Ziel sein kann. Zunächst wird es einige Zeit dauern, dem Dritten den Sachverhalt näher zu bringen. Mit dem Dritten hat ein weiterer Spieler das Spielfeld betreten. Dadurch steigt die Dynamik, die Varianz der Kommunikationsmöglichkeiten vervielfacht sich. Dies kann den Zeitbedarf deutlich erhöhen.

Dabei ist nicht zu unterschätzen, dass auch der Dritte eigenständige abweichende Interessen hat, die zu einer Verkomplizierung der Situation führen können. Beispielsweise kann es im Rahmen einer Schlichtung sein, dass sich der Dritte ganz bewusst auch selbst öffentlich inszenieren möchte. Oder aber er hat ein Interesse daran, etwa wegen eigener Termine oder einer Vergütungspauschale, schnell zu einer Lösung zu gelangen, sprich der schnelle Deal und nicht die optimale Lösung für beide Parteien steht im Vordergrund. Insofern ist sicherzustellen, dass keine falschen Anreizsysteme für den Dritten bestehen.

Es kann für einen Dritten auch sehr schwierig sein, sich schnell in einen komplexen Tarifkonflikt mit einer Vielzahl von Verhandlungsgegenständen einzuarbeiten. Dies birgt stets die Gefahr, dass es zu einer Übervereinfachung kommt, um Komplexität zu vermeiden. Dies kann wiederum zur Folge haben, dass der Dritte zu einfachen Lösungen neigt, etwa zu Halbe-Halbe-Kompromissen, die der Sache nicht gerecht werden und letztlich beide Parteien vor schwierige zusätzliche Probleme stellen.

b) Beziehung

Auch auf der Beziehungsebene kann die Einbeziehung eines Dritten Nachteile haben. Unvergessen ist der Ausspruch von *Gamillscheg*, der davon sprach, dass Zwangsschlichtungen die Parteien zur Verantwortungslosigkeit erziehen. Die Parteien entwickeln in einer Zwangsschlichtung überhaupt kein Interesse daran, gemeinsam an Lösungen zu arbeiten und vergeben sich dadurch eine wichtige Chance, sich in den Standpunkt der anderen Seite einzuarbeiten. Sie konzentrieren sich ähnlich wie ein Anwalt vor Gericht darauf, eigene wohlbegründete Extrempositionen aufzubauen, um sich eine günstige Ausgangsposition für eine Halbe-Halbe-Entscheidung des Schlichters zu verschaffen. In Tarifkonflikten hat dies den zusätzlichen Nachteil, dass diese Extrempositionen auch öffentlich

werden können, was zu einer zusätzlichen Lagerbildung bei den Mitgliedern der Tarifparteien führen kann. Auch auf der Ebene der Verhandlungsführung kann ein positionales Verhalten im Rahmen von Schlichtungsgesprächen zu einer erheblichen Belastung der Beziehungsebene führen. Unabhängig von verfassungsrechtlichen Bedenken erscheint eine Zwangsschlichtung auch aus diesem Grund nicht als das Mittel der Wahl für Tarifkonflikte.

Gibt es eine Entscheidung eines Dritten im Rahmen eines Schlichterspruchs, kann es sein, dass eine Chance verpasst wurde, dass die Konfliktparteien alle Ebenen des Konfliktes einer eigenverantwortlichen und deshalb nachhaltigen Lösung zugeführt haben. Greifen die Konfliktparteien stets sehr schnell zur Unterstützung eines Dritten, kann es passieren, dass die Parteien immer stärker die Fähigkeit zur eigenständigen Konfliktlösung verlernen, es kommt zum Phänomen der sog. erlernten Hilflosigkeit. Der Einsatz eines Dritten sollte folglich nicht zu früh erfolgen, sondern eher als Ultima-ratio verstanden werden.

Letztlich ist auch der Dritte keine objektive Instanz, auch er selbst unterliegt wie jeder Mensch kognitiven Verzerrungen, die auch durch den Vortrag der Konfliktparteien hervorgerufen werden können. Auch hier kann es von entscheidender Bedeutung sein, wer welchen Rahmen zuerst definiert oder wer den Dritten zuerst durch welche Zahl ankert und damit einen sog. Ankereffekt hervorruft. Auch für diese Fälle sollte ein Dritter vorbereitet und entsprechend geschult sein.

c) Sache

In der anglo-amerikanischen Verhandlungsliteratur wird auf den sog. Abkühlungseffekt oder „chilling effect“ hingewiesen. Kommt es zu einem Schlichterspruch, kann es zu einem Anreiz für die Parteien kommen, sich durch die Einnahme von extremen Positionen im Vorfeld eine günstige Ausgangsposition für den Schlichterspruch zu verschaffen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Dritte nicht in Gesamtpaketen denkt, sondern die verschiedenen Gegenstände sequentiell abarbeitet und versucht, jeden einzelnen Streitpunkt mit einem vermeintlich fairen Halbe-Halbe-Kompromiss zu lösen.

Auch die äußeren Rahmenbedingungen einer Schlichtung können dazu führen, dass nicht die beste Lösung im Vordergrund steht, sondern es bis zu einem bestimmten Zeitpunkt irgendeine Lösung für einen Konflikt zu finden gilt. In der Verhandlungsliteratur besteht große Einigkeit, dass in der Regel für Konflikte Mehrwert-Lösungen zur Verfügung stehen, die den Verteilungsspielraum für beide Parteien erhöhen (sog. Kuchenvergrößerung). Insofern ist es wichtig, dass dem jeweiligen erfahrenen Schlichter

ausreichend Zeit eingeräumt wird, um zu einer dem jeweiligen Konflikt angemessenen Lösung zu gelangen.

Letztlich ist zu beachten, dass durch den Einsatz Dritter zusätzliche Kosten entstehen. Neben dem Honorar für den Schlichter kann es auch erforderlich sein, Sachverständige zu bezahlen, die den Dritten auf neutrale Weise bei Themen unterstützen, in denen er keine eigene Expertise hat. Hierbei kann es sich etwa um Juristen handeln, die bei Rechtsfragen oder der Vertragsgestaltung unterstützen, oder um wirtschaftliche Sachverständige, die bei ökonomischen Analysen unterstützen. Auch entstehen zusätzliche Kosten auf beiden Seiten, um den Mediations- und Schlichtungsprozess zu begleiten. Neben Lohn- und Beraterkosten können bei langen Verfahren hier auch erhebliche Positionen für Infrastruktur, Räume, Unterkünfte und Verpflegung anfallen.

4. Erfolgsfaktoren bei der Auswahl Dritter

Die Praxis zeigt, dass nicht jeder Dritte geeignet ist, einen Konflikt zu lösen bzw. einen werthaltigen Beitrag zu leisten, um die Qualität der Konfliktlösung zu verbessern. Auch in der Verhandlungsliteratur werden gewisse Erfolgsfaktoren diskutiert. Nach meiner Erfahrung erscheinen von den diskutierten Faktoren die folgenden besonders geeignet, die Qualität der Konfliktlösung zu verbessern:

- **Vorerfahrung mit ähnlichen Situationen:** Ein Mediator oder Schlichter sollte in einem betrieblichen oder tariflichen Konflikt mit der Mechanik solcher Konflikte und idealerweise auch mit den Branchenbesonderheiten und den Besonderheiten der jeweiligen Verbände vertraut sein. Dies ist nicht notwendig, aber sehr hilfreich.
- **Keine Bevorzugung einer Partei:** Er sollte weder öffentlich, noch im Vorgespräch erkennbar eine Präferenz für eine der Parteien oder eine der Positionen der Parteien geäußert haben. Andernfalls ist die Gefahr zu groß, dass es sich nicht um einen Konfliktlöser, sondern um einen Positionsverstärker handelt.
- **Einfühlungsvermögen:** Der Dritte sollte in der Lage sein, den Parteien jeweils zuhören zu können. Beide Parteien sollten in den Vorgesprächen den Eindruck gewinnen, dass der Dritte die jeweiligen Befindlichkeiten sowohl sachlich wie auch emotional nachvollziehen kann.
- **Prozesssteuerung:** Der Dritte sollte sich von Beginn an in der Verantwortung sehen, den gemeinsamen Problemlösungsprozess effizient und zielgerichtet zu steuern.
- **Erfahrung mit Wertschaffung:** Für Verhandlungsprofis ist klar, dass jede Verhandlung auch die Chance zur Kuchenvergrößerung bietet.

Ein geeigneter Dritter sollte nicht dem Nullsummenmythos anhängen und optimalerweise Kenntnisse über die Techniken und Methoden des integrativen Handelns haben.

- „Chemie“ muss mit beiden Parteien stimmen: Beide Seiten sollten in den Vorgesprächen den Eindruck gewinnen, dass Kommunikationsfähigkeit und persönliche Sympathie des Dritten zu *beiden* Parteien so tragfähig sind, dass auch schwierige Sackgassen im Rahmen des gemeinsamen Prozesses überwunden werden können.

5. Schlussfolgerung

Ein Dritter kann in den unterschiedlichsten Situationen und mit den unterschiedlichsten methodischen Ansätzen bei der Lösung von Arbeitskonflikten einen wertvollen Beitrag leisten. Sein Einsatz hat aus Sicht des Verhandlungsmanagements zahlreiche wichtige Vorteile, um zu einer effektiven und effizienten Lösung eines Konflikts zu gelangen. Die meisten Nachteile können dadurch vermieden werden, dass Dritte über eine hohe Verhandlungs-, Mediations- und Schlichtungsexpertise verfügen und dass sie nicht zu früh zur Konfliktlösung hinzugeladen werden.

IV. Schlichtung als einzige Alternative zum Arbeitskampf⁴

1. Andere Lösungswerkzeuge bei Pattsituationen

Sind die Tarifvertragsparteien nicht in der Lage, ihren Konflikt zu lösen, steht ihnen - grundgesetzlich geschützt - der Kampf frei. Dies bedeutet in der Regel, dass die Gewerkschaft zur Arbeitsniederlegung aufruft und die Arbeitnehmer ihrer vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung nicht mehr nachkommen. Dies erscheint – zumal aus Arbeitgebersicht – zunächst archaisch. Ähnlich archaische Konfliktmöglichkeiten stehen in anderen zivilrechtlichen Gebieten nicht zur Verfügung. Die Kritik hieran ist bekannt, sei es von *Streithofen*, der von einem „Überbleibsel frühkapitalistischen Fehderechts“ spricht oder von *Hettlage*, der befindet: „In kultivierten Staaten sind Arbeitskämpfe so unsinnig wie der Versuch mit Pfeil und Bogen einen Weltkrieg zu gewinnen“. Auch in jüngerer Zeit hat *Rüthers* in der NZA⁵ die Frage gestellt, „ob der Arbeitskampf weiterhin als eine Einrichtung gelten kann, die unter den veränderten Rahmenbedingungen generell für alle Wirtschaftszweige geeignet ist, angemessene (= volkswirtschaftlich vertretbare) kollektive Mindestpreise am Arbeitsmarkt zu regeln.“

4 Vgl. dazu insgesamt *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 1. Aufl. 2002, S. 1028 ff.

5 *Rüthers*, Arbeitskampf in einer veränderten Wirtschafts- und Arbeitswelt, NZA 2010, 6.

Prüft man jedoch die weiteren bestehenden Optionen, fällt der Befund nüchtern aus. Denn fest steht, dass eine Pattsituation zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft im Rahmen eines Tarifkonflikts einer Lösung bedarf. Andernfalls würde die gesetzlich angeordnete Nachwirkung zu einer Ewigkeitsgarantie der einst vereinbarten Tarifbedingungen führen. Dies wäre sowohl aus Sicht der Arbeitgeber- wie auch der Arbeitnehmerseite in den allermeisten Fällen sehr unbefriedigend.

Welche Lösungswerkzeuge könnte man sich für Pattsituationen vorstellen, würde man die Vorgaben des Grundgesetzes in Art. 9 Abs. 3 GG zunächst außer Acht lassen?

Fernliegend sind Mechanismen wie ein demokratischer Mehrheitsentscheid, Halbe-Halbe-Lösungen oder Losentscheide. Auch der Gesetzgeber und staatliche Behörden erscheinen aufgrund fehlender Sachnähe und der Gefahr politischer Einflussnahme gänzlich ungeeignet. Ebenso sollten staatliche Gerichte nicht mit derartigen Fragen belastet werden, geht es doch nicht nur um die Lösung eines bestehenden Konflikts, sondern um die Gestaltung von Zukunftsfragen.

Auch Gutachtergremien können m.E. Pattsituationen nicht auflösen, sondern allenfalls im Vorfeld zur Klärung des Sachverhalts und möglicher Lösungsoptionen und ihrer Chancen und Risiken beitragen. Am Ende müssen jedoch Wertentscheidungen getroffen werden und Prognose-Risiken getragen werden. Diese können nicht herbeianalysiert werden, sondern bedürfen einer verantwortungsbewussten ganzheitlichen Entscheidung, die sinnvollerweise von den betroffenen Sozialpartnern mitgetragen und vertreten wird.

Auch die betriebliche Ebene kommt nicht für die Auflösung solcher Pattsituationen in Betracht. Dies wird einfachgesetzlich bereits durch § 77 Abs. 3 BetrVG ausgeschlossen. Auch der Konfliktlösungsmechanismus Einigungsstelle würde faktisch zu einer grundgesetzlich ausgeschlossenen Zwangsschlichtung führen mit den von *Gamillscheg* benannten Nachteilen (kollektive Verantwortungslosigkeit). Schließlich würde dadurch umgekehrt auch Druck auf das betriebliche Arbeitskampfverbot in § 74 Abs. 2 BetrVG ausgeübt werden.

Schließlich werden in diesem Zusammenhang häufig auch das Schweizer oder das Schwedische Modell genannt, die faktisch auch zu einer langandauernden und absoluten Friedenspflicht geführt haben. Dies ist natürlich umso faszinierender, als dass es sich bei beiden Ländern um äußerst erfolgreiche Volkswirtschaften mit hohem Lebensstandard und geringer sozialer Ungleichheit handelt. Neben der stets zulässigen Frage, ob sich diese nationalen Phänomene überhaupt auch auf andere Länder mit anderen Rahmenbedingungen übertragen lassen und der Frage, ob es sich um eine Ursache oder eine Wirkung des jeweiligen gesellschaftlichen Erfolgs

handelt, gilt auch Folgendes zu beachten: Diese Abkommen und Mechanismen beruhen auf einem Konsens der Sozialpartner zum Verzicht auf Arbeitskämpfe. Insofern sind sie durchaus mit der Situation in der Chemiebranche vergleichbar, in der aufgrund eines langanhaltenden sozialpartnerschaftlichen Konsenses seit 1971⁶ kein Streik mehr durchgeführt wurde und in der aufgrund eines vorgeschalteten Schlichtungsabkommens ein Streik auch erst nach einem Schlichtungsverfahren in Betracht kommt. Was aber ist, wenn die Sozialpartner nicht in der Lage sind, einen solchen Konsens herbeizuführen?

2. Gesetzliche Umsetzung

Am Ende bleibt es beim Lösungsinstrument Schlichtung, allerdings nur in der Variante ohne Bindungswirkung des Schlichtungsspruchs für die Tarifpartner. Eine Zwangsschlichtung wäre nicht mit dem Grundgesetz vereinbar⁷ und würde zu unerwünschten Folgen für die Tarifautonomie führen (s.o.).

Ein solches Verfahren würde wahrscheinlich nicht jede Pattsituation auflösen können, allerdings wäre in jedem Fall eine gesteigerte Qualität der Konfliktlösung zu erwarten. Dabei sind vor allem der gesteigerte Rechtfertigungs- und Argumentationsdruck nach innen und außen zu nennen. Zusätzlich würde ein solches Verfahren neben den o.g. Vorteilen der Hinzuziehung Dritter bei Konflikten auch die Chance beinhalten, dass es zu einer Abkühlung des Konflikts kommt, was letztlich die Wahrscheinlichkeit erhöht zu einer rationalen Lösung zu gelangen.

Die Vorschläge für ein solches, einem Arbeitskampf vorgelagerten gesetzlichen Schlichtungsverfahren liegen auf dem Tisch, etwa der Professoren-Entwurf bei Arbeitskämpfen in der Daseinsvorsorge⁸. Wem der Geltungsbereich dieses Gesetzesvorschlags zu umfangreich ist, der kann diesen gerne auch z.B. auf das Luftverkehrssystem beschränken. Die verfassungsrechtliche Eingriffsintensität würde dadurch abgemildert werden, gleichzeitig wäre punktgenau eine Branche erfasst, in der die verringerte Funktionsfähigkeit des bestehenden Tarifsystems mangels Kampfparität und

6 Vgl. Website des Bundesarbeitgeberverbands Chemie, https://www.bavc.de/bavc/web/web.nsf/id/pa_tarifpolitik_chemie.html [zuletzt abgerufen am 6.10. 2017].

7 Eine staatliche Zwangsschlichtung würde gegen die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen (BAG 20.11. 2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437; *Linsenmaier*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 17. Aufl. 2017, Art. 9 GG, Rn. 286).

8 *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, *Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge - Vorschläge zur gesetzlichen Regelung von Streik und Aussperrung in Unternehmen der Daseinsvorsorge*, 2012.

hoher Drittbetroffenheit und volkswirtschaftlicher Schäden zweifelsfrei empirisch erwiesen ist. Die vom IW Köln gemessenen Konfliktlängen (Piloten: mehr als fünf Jahre, Flugbegleiter mehr als 2,5 Jahre) und -Intensitäten⁹ (Punktsystem des IW Köln) auf Rekordniveau sind in dieser Branche auch messbar nachgewiesen, ebenso die Anzahl der betroffenen Passagiere und die Höhe der Schäden im hohen dreistelligen Millionenbereich.

Kommt der Bundesgesetzgeber weiterhin aufgrund einer politisch motivierten Pattsituation seinem Gesetzgebungsauftrag im Bereich des tariflichen Schlichtungsrechts nicht nach, kann auch der Landesgesetzgeber aktiv werden. Die tarifliche Schlichtung als Teil des kollektiven Arbeitsrechts ist gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Da der Bundesgesetzgeber weder das Arbeitskampfrecht, geschweige denn das tarifliche Schlichtungswesen geregelt hat, kann der jeweilige Landesgesetzgeber in diesem Bereich aktiv werden. Die wenigen, über mehrere Gesetze versprengten Einzelregelungen zu arbeitskampfrechtlichen Teilaspekten (etwa § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, § 21 Abs. 6 SGB IX oder § 11 Abs. 5 AÜG) haben keinesfalls eine Sperrwirkung für alle anderen Aspekte des Arbeitskampf- oder Schlichtungsrechts, fehlt ihnen doch jeglicher einheitliche und umfassende Gestaltungsanspruch für das Arbeitskampfrecht. Auch die umfassende Judikatur des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht kann nicht den Landesgesetzgeber sperren, handelt es sich doch nicht um Bundesgesetzgebung, sondern um Rechtsprechung¹⁰.

Thesen:

1. **Professionelle Dritte erhöhen Qualität der Konfliktlösung:** Verhandlungstheorie, -wissenschaft und -management waren – vor allem in den USA – in den letzten 40 Jahren Gegenstand intensiver Entwicklung und Forschung. Dies gilt in gleichem Maße für die verschiedenen Formen der alternativen Konfliktbeilegung, bei denen es sich letztlich um durch Dritte unterstützte Verhandlungen handelt. Es gibt zahlreiche Nachweise dafür, dass bestimmte Problemlösungsverhalten zu erhöhtem gemeinsamen Nutzen führen. Hierbei können Dritte (Mediator, Schlichter etc.) eine wichtige Rolle übernehmen. Die Hinzuziehung geschulter Dritter erhöht die Einigungs-

9 Vgl. z.B. <https://www.iwkoeln.de/presse/iw-nachrichten/bei-trag/arbeitskaempfe-extreme-konflikteskalation-230204> [zuletzt abgerufen am 6.10. 2017] sowie https://www.iwkoeln.de/_extendedmedia_resources/226171/index.html [zuletzt abgerufen am 6.10. 2017].

10 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2017, Grundlagen Rn. 95.

chancen, -qualität und -geschwindigkeit sowie die Chancen der Einhaltung der getroffenen Vereinbarung („Compliance“).

2. **Immer anspruchsvollere Konflikte der Sozialpartner erfordern verstärkt die Einbeziehung Dritter als Verhandlungsprofis:** Zunehmende Vernetzung, Globalisierung und Beschleunigung erhöhen den Veränderungsdruck auf Arbeitsbedingungen und die Komplexität von Lebenssachverhalten. Sozialpartner werden zunehmend mit anspruchsvollen Konfliktsituationen konfrontiert werden. Neben einer systematischen Strukturierung der Inhalte sind auch die Pflege der Beziehungsebene und das Management des Verhandlungsprozesses für eine hochwertige Konfliktlösung erforderlich. Bei allen drei Punkten können Mediatoren und Schlichter gerade bei hoher Komplexität und hohem Druck wichtige Unterstützung leisten. Für die konkrete Form der Einbeziehung eines Dritten gibt es zahlreiche Spielarten, die möglichst maßgeschneidert auf die jeweilige Konfliktart und -situation angepasst werden sollten.
3. **Der Gesetzgeber muss den Einsatz professioneller Dritter bei Tarifkonflikten regeln, um dem „ultima-ratio“-Grundsatz gerecht zu werden:** Zwar erscheint der Arbeitskampf aufgrund der durch ihn verursachten ungesteuerten unmittelbaren Schäden und Drittschäden auf den ersten Blick antiquiert. Neben der wichtigen verfassungsrechtlichen Dimension (Art. 9 Abs. 3 GG) gilt es jedoch auch zu beachten, dass kaum sinnvolle Alternativen zur Verfügung stehen. Einzig die verbesserte Konfliktbearbeitung durch die Hinzuziehung Dritter kann einen sinnvollen Beitrag zur Vermeidung von Arbeitskämpfen leisten. Da es überwältigende Erkenntnisse der Konfliktforschung zur positiven Wirkung der Hinzuziehung Dritter gibt, ist es nur schwer nachvollziehbar, dass ein Arbeitskampf ohne den vorherigen Versuch einer Konfliktlösung mit einem professionellen Dritten wirklich der „letzte Ausweg“ sein soll. Wissenschaft, Rechtsprechung und vor allem der (Bundes- oder Landes-) Gesetzgeber sind – zumindest in empirisch nachweisbar betroffenen Branchen – dazu aufgerufen, einen Rahmen für den Einsatz Dritter zu entwickeln und zu verankern. Dabei wäre es wünschenswert, dass bevorzugt Dritte mit nachweisbarer verhandlungstheoretischer und -praktischer Qualifikation zum Einsatz kommen.

Diskussion*

Professor Dr. *Richard Giesen* griff in seiner ersten Anmerkung den Hinweis des Referenten auf den Landesgesetzgeber auf. Die Praxiserfahrung zeige, dass die Parität nicht mehr gewährleistet sei, nachdem das BAG die Tarifeinheit aufgegeben habe. Das Arbeitskampfrecht reflektiere eine Hebelwirkung, wodurch der Leidensdruck für ein Verfahren erzeugt werde.

Der Referent führte aus, dass er ein Tarifeinheitsgesetz für notwendig und richtig halte, auch wenn in seinem Unternehmen inzwischen einige Regelungen vereinbart worden seien. Nur so könnten Situationen wie das nacheinander erfolgte Bestreiktwerden von ver.di und UFO künftig vermieden werden.

Thomas Ubber (Allen & Overy) schloss daran an, indem er fragte, ob in der Praxis die Paritätsverschiebung aufgearbeitet werde. Dies werde nämlich durch die Gerichte häufig versucht. Die Irreversibilität der Schäden träfen natürlich den Luftverkehr besonders stark. Es sei aber verständlich, dass in den den Gerichten vorgelegten einstweiligen Verfügungsverfahren innerhalb von zwölf Stunden nicht die bisherige Rechtsprechung auf den Kopf gestellt werden könne.

Professor *Klaus Bepler* erkundigte sich, ob bekannt sei, was mit dem bayrischen Initiativantrag hinsichtlich der Daseinsvorsorgeverordnung geschehen sei. Professor *Rieble* erläuterte daraufhin, dass sie von Herrn *Gauweiler* betrieben worden und für die Große Koalition zur Unzeit gekommen sei. Daher sei die Initiative im Bundesrat untergetaucht.

Weiter wies Professor *Bepler* darauf hin, dass es im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts (Caritas, verfasste Kirche) eine Art Zwangsschlichtung auf zwei Stufen des Verfahrens gebe. Er habe Sympathien dafür, etwas mehr in diese Richtung zu gehen. Der Referent stimmte insofern zu, als eine tarifautonom vereinbarte verbindliche Schlichtung sinnvoll sein könne. Es bestünde jedoch die Gefahr, dadurch die Parteien zu einer Hilflosigkeit zu erziehen. Daher halte er eine Zwangsschlichtung generell nicht für zwingend.

Nach der Differenzierung von Zwangsschlichtung und freiwilliger verbindlicher Schlichtung, die im Fall der Vereinbarung durch Gewerkschaften vorläge, vertiefte Professor *Rieble* im Vortrag angeschnittene Fragen der Spieltheorie im Rahmen der Verhandlungslehre. Der Referent meinte, dass Publizität zur angesprochenen Lösung des Verhandlungsdilemmas nicht zwingend nötig sei, sehr wohl aber Glaubwürdigkeit und Feinfühligkeit.

* Die Zusammenfassung der Diskussion wurde erstellt von Ass. iur. *Felisa Frey*.

Sachregister

Arbeitskampfrecht 15, 108

- Daseinsvorsorge 31
- Flashmob 24
- Regulierung 38
- Sozialplantarifvertrag 20
- Streikrecht 16
- Sympathiestreik 22

Einsatz Dritter 93

- Erscheinungsformen 97
- Nachteile 105
- Tarifverhandlung 93
- Vorteile 101

Kollektivvertragsverhandlungen 53, 63

- Arbeitsverhältnis 53
- Dezentralisierung 61
- Kollektivvereinbarung 55
- Schlichtung 67

Konflikt 91

- Einsatz Dritter 93
- Mediation 91
- Schlichtung 91
- Tarifverhandlung 93

Mediation 91

Österreich 53

- Arbeitsverhältnis 53
- Dezentralisierung 61

- Kollektivvereinbarung 55
- Kollektivvertragsverhandlungen 53, 63
- Schlichtung 67

Schlichtung 71, 92, 108

- Gegenstand 81
- geltendes Recht 76, 81
- Mediation 91
- Schlichtungsarten 79
- Schlichtungssprüche 87
- Zwangsschlichtung 82

Streikrecht 16

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- Band 8 Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)
- Band 9 Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)
- Band 10 Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2
- Band 11 Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9
- Band 12 Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6
- Band 13 Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0
- Band 14 Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7
- Band 15 Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4
- Band 16 Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7
- Band 17 Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4
- Band 18 Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
 9. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
 Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
 4. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
 Tarifzensur
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
 Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
 Marktakteur
 10. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr
 Privative Tariftreue
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
 5. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?
 11. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2
- Band 37 Entgrenzter Arbeitskampf?
 6. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-32-9
- Band 38 Vergaberecht und Arbeitsbedingungen
 12. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-33-6
- Band 39 Industrie 4.0 als Herausforderung des Arbeitsrechts
 7. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-34-3
- Band 40 Daniel Dommermuth-Alhäuser
 Arbeitsrechtsmissbrauch
 ZAAR Verlag 2015, ISBN 978-3-939671-35-0

-
- Band 41 Systembildung im Europäischen Arbeitsrecht
 13. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2016, ISBN 978-3-939671-36-7
- Band 42 Ordnungsfragen des Tarifvertragsrechts
 8. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2017, ISBN 978-3-939671-37-4

