

# Thomas Blanke

## Streikminimierung durch Risikomaximierung – Die neue Arbeitskampfrechtsprechung des BAG

*»Hast Du MINIMAX im Haus,  
bricht so leicht kein Feuer aus«*

Das Bundesarbeitsgericht hat in einer Serie von Entscheidungen aus der jüngsten Zeit die rechtlichen Konturen des Kollektiven Arbeitsrechts grundlegend neu bestimmt. Auch wenn die Tragweite dieses Bruchs mit der bisherigen Rechtsprechung verbal kaschiert wird und die Grenzverläufe zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Arbeitskämpfen insbesondere bezüglich der Aussperrung noch nicht überall präzise bestimmbar sind, so zeichnet sich doch ab, daß die neuerlich gewandelte Arbeitskampspezifikation an juristische Traditionslinien anknüpft, die überwunden schienen: Sie rehabilitiert eine formal-paritätische Betrachtungsweise, die Streik und Aussperrung als gleichwertige und gleich effektive Kampfmittel behandelt und es weitgehend der Autonomie der Koalitionen überläßt, ob, wann und in welchem Umfang sie von ihnen Gebrauch machen. Das scheint liberal und gegenüber der judikativen Aufsicht über den Einsatz der Koalitionsmittel ein begrüßenswerter Wandel.

Doch dem ist nicht so. Nicht nur, weil bekanntlich die juristische Gleichsetzung von Arbeit und Kapital in der Art und Weise ihrer kollektiven Interessenverfolgung von den strukturellen Platzvorteilen abstrahiert, die im Konflikt um Löhne und Arbeitsbedingungen ohnedies zugunsten der Kapitalsseite bestehen. Bedenkt man, daß sich diese Platzvorteile angesichts der anhaltend hohen Massenarbeitslosigkeit, der tiefgreifenden Rationalisierungseffekte im Zuge des technologischen Wandels und der neuartigen Formen der Unternehmenskooperation noch zusätzlich erheblich verstärkt haben, so erscheint die sich abzeichnende Kehre der Arbeitskampspezifikation des BAG in einem gänzlich anderen Licht. Dies wird insbesondere darin deutlich, wie das Gericht die Risiken einer rechtswidrigen Arbeitskampspezifikation und -teilnahme neu verteilt (vgl. hierzu unter II).

Bei juristischen Argumentationen weiß man selten, was sich ihre Urheber »eigentlich« dabei gedacht haben und worauf sie hinaus wollen. Wenn »Wertung, Konstruktion und Argument« (J. Esser) auseinanderfallen, dann bleibt das soziale Ordnungsmodell, der Kontext, in dem aus der Sicht der Richter eine Entscheidung ihren spezifischen Platz erhält, typischerweise verborgen. Soziologische Analysen über die Gesellschaftsbilder von Richtern an den Obergerichten sind, soweit sie vorliegen, veraltet. Schon gar nicht ist untersucht und bekannt, was sich die für die Rechtsprechung zum Arbeitskampspezifikation verantwortlichen Richter des 1. Senats des BAG unter Gesellschaft im allgemeinen und dem Verhältnis von Arbeit und Kapital im besonderen vorstellen. Sicher ist angesichts der normativen Unterbestimmtheit des Kollektiven Arbeitsrechts, welches in der herrschenden Doktrin wenig mehr als die allgemeine Weltphilosophie, hervorgezaubert aus und dargestellt an Art. 9 Abs. 3 GG ist, jedoch, daß diese Vorstellungen – und nicht etwa neuere, gar »bessere« juristisch-dogmatische »Einsichten« – die neuerliche Wende im Arbeitskampspezifikation geprägt haben.

Es gilt zwar als Tugend, zu schweigen, worüber man nichts weiß. Würde diese Devise jedoch konsequent beherzigt, so wäre alle Wissenschaft am Ende, und ansonsten würde sich gähnende Langweile ausbreiten. Daher soll eingangs kräftig spekuliert werden: über das *postmoderne Gesellschaftsbild* – nicht etwa nur – des Hohen Senats und die Rolle, die in ihm dem Verhältnis von Arbeit und Kapital und dem Arbeitskampfrecht zukommt.

## 1. Die Überfließgesellschaft. Ein postkapitalistisches Märchendesign

### 1. Der Untergang des Kapitalismus

Irgendwann gegen Ende der 60er, Anfang der 70er Jahre dieses Jahrhunderts ist der Kapitalismus alt und gebrechlich geworden. Schon lange Zeiten vorher war er gezähmt und in einen nützlichen Diener der Menschheit verwandelt worden, der wie von unsichtbarer Hand für eine ungeahnte Vermehrung der Güter und wachsenden Wohlstand gesorgt hatte. Zwar waren einige ein wenig wohlhabender als andere geworden (obwohl jedenfalls in unserem Lande alle am Anfang, als der Reichtum noch in weiter Ferne lag, mit der gleichen knappen Barschaft ausgestattet waren), aber diese Unterschiede fielen kaum ins Gewicht, war doch soviel vorhanden, daß für alle mehr als genug da war. In die Jahre gekommen, waren dem Kapitalismus jetzt Hunger, Armut und Elend nur mehr vage Erinnerungen an längst vergangene Zeiten.

Was die Menschen bedrängte, war nicht länger die Linderung von Not, sondern das Gegenteil: Die Beseitigung und Verteilung des Überflusses. Kohlchalden verstellten die Landschaft, bergeshoch türmten sich die Butter-, Äpfel-, Weizen- und Fleischberge neben dem Weinsee. Soviel konnten die Leute weder essen noch trinken, obwohl sie sich reichlich darum bemühten. Und überall standen die Verkäufer Schlange, um ihre Waren und Güter zu Schleuderpreisen loszuwerden. Denn da die Menschen ihre Freiheit liebten, kam die Einführung einer allgemeinen Abnahme- und Verbrauchspflicht leider nicht in Betracht. Immer ausgeklügeltere Methoden mußten daher erdacht werden, um den schier unermesslichen Reichtum unter die Leute zu bringen. »Eine Wirtschaft«, so konstatierten aufmerksame Zeitgenossen, »deren Problem nicht mehr die Produktion, sondern der Absatz ist, ... benötigt qualifizierte Konsumenten« (Enzensberger). Neue Geschäftszweige entstanden – sie wurden sogar bald zu den Bedeutsamsten –, die nichts anderes zu tun hatten als bekanntzumachen, wie schön und wertvoll die neuesten Produkte seien und warum sie jedermann, wolle er nicht unglücklich werden, haben müsse. Andere waren damit beschäftigt, die Güter möglichst rasch veralten zu lassen und ihren kostenlosen Abtransport zu organisieren. Jedes Jahr erhielten die Menschen mehr Geld, während sie immer weniger arbeiten durften. Weil auch das nicht reichte, um den Überfluß zu ihnen behende genug abfließen zu lassen, wurde ein eigenes Lohn- und Gehaltsjahr aus 13, bald 14 Monaten eingeführt, in denen natürlich nicht gearbeitet werden konnte, weil das Kalenderjahr wohlweislich sich nach wie vor mit 12 Monaten begnügte. Sodann bekamen die Leute noch Urlaubsgeld, damit sie die Ferien nicht zu Hause verbrachten und dort womöglich heimlich weiterwerkten. Schließlich gingen die meisten Verkäufer, selbst ganze Länder dazu über, den Käufern nicht nur ihre Waren, sondern auch das Geld für deren Erwerb zu geben.

So waren zu guter letzt die Jugendblütenträume des Kapitalismus – »nur wer im Wohlstand lebt, lebt angenehm« – doch noch Wirklichkeit geworden. Wegen seiner

großen Verdienste um die Menschheit hielt man ihn, der nun selbst von seinen Kritikern liebevoll »Spätkapitalismus« genannt wurde, in hohen Ehren. Und aus Dankbarkeit gewährten ihm die Leute von dem Vielen, was sie besaßen, ein Gnadenbrot bis an das Ende seiner Tage.

Inzwischen ist er, wie wir wissen, verschieden. Er hat uns entlassen in die Konsum- und Überflußgesellschaft, die Dienstleistungs-, Kommunikations- und Informationsgesellschaft, kurz: in die nachindustrielle, nachkapitalistische Gesellschaft. Hier erscheint alles anders als vorher. Was noch an Vergangenes erinnert, erweist sich bei näherem Zusehen allenfalls als Überbleibsel, absterbendes Relikt, meistens jedoch als Trugbild, bloßer Schein. Der früher viel beschworene und geschmähte Klassengegensatz ist ebenso verschwunden wie der Arbeiter und sein Milieu, seine Klassenlage. Die ehemals Lohnabhängigen haben sich zu umfassend mitbestimmenden Gesellschaftern, Neuen Selbständigen und stolzen Arbeitsplatzbesitzern gewandelt. Die Überflußgesellschaft kennt weder Ausbeutung noch Entfremdung. Solidarität ist eine Parole aus verklungenen Zeiten, die noch nicht im Zeichen massenhafter Bedürfnisse nach individueller Selbstentfaltung standen. Mit dem Ableben des Kapitalismus verlor auch sein Gegenmodell, der Sozialismus, gar Kommunismus, Orientierung und Profil: Die vordem bestehende Systemkonkurrenz verblaßte und löste sich schließlich mangels Alternativen völlig auf.

Frühmanchesterliche Aufbruchstimmung herrscht wieder im Lande, nur mit dem Unterschied zu damals, daß nun wirklich jede und jeder seines oder ihres Glückes Schmied sind oder es doch sein können. Alle starten aus dem sicheren Hafen der sozialen Geborgenheit, durch deren engmaschige Netze auch der größte Unglücksrabe nicht hindurchfallen kann. Und wer trotzdem nicht mitkommt, sollte nicht länger die Schuld bei der Gesellschaft suchen: Sie hat getan, was sie tun konnte (und nicht wenige meinen, mehr als genug). Die verbleibenden Restrisiken der kleinen Unterschiede sind die letzten Wahrzeichen von Individualität und Persönlichkeit, Autonomie, Freiheit und Menschenwürde.

Doch auch die nachkapitalistische Überflußgesellschaft ist nicht frei von Sorgen. Da von immer weniger Leuten in immer kürzerer Zeit mehr und mehr und ohnehin längst zuviel Güter hergestellt werden, finden nicht alle, die tätig sein wollen, eine angemessene Beschäftigung. So leiden viele unter der Freisetzung von Arbeit. Zudem strömen immer mehr Fremde ins Land, die an dem wirtschaftlichen Segen teilhaben wollen. Und außerdem werden die natürlichen Vorräte der Erde, die in Form von Energie und Rohstoffen, von Luft, Boden und Wasser zur Gütererzeugung und -verteilung nötig sind, beschleunigt aufgebraucht, und es nicht absehbar, ob auf sie verzichtet oder für sie künstlich Ersatz beschaffen werden kann. Zwar ist es dem Fortschritt der Wissenschaft zu verdanken, daß inzwischen selbst die Natur nachgebaut und sogar neue Pflanzen und Lebewesen hergestellt werden können. Aber noch weiß niemand, ob und wie sie sich in den ohnehin schon arg strapazierten und verschlissenen Naturkreislauf einfügen werden.

Nicht alle dieser Erscheinungen sind neu. Teilweise gab es sie auch schon in der früheren kapitalistischen Epoche. Jedoch beruht diese scheinbare Übereinstimmung auf gänzlich verschiedenen, ja gegensätzlichen Ursachen. Es ist gerade nicht der Mangel, die unvollständige oder zurückgebliebene Entwicklung, die die dargestellten Schwierigkeiten der Überflußgesellschaft erzeugt, sondern ihr Reichtum, ihre Anziehungskraft und Modernität. Die »intelligenten« neuen Medien der Information, Kommunikation und Produktion brauchen nicht nur eine entsprechende »intelligente« Gesellschaft, sondern auch und vor allem: »intelligente Menschen«, die sie zum beiderseitigen Nutzen bedienen, anwenden und weiterentwickeln können. Und eben daran hapert es, weil trotz aller Investitionen in Bildung,

Erwachsenenbildung und Weiterbildung, trotz aller Bereitschaft zu lebenslangem Lernen nicht alle Menschen die erforderliche Klugheit besitzen. Wenn die Arbeitslosenquote derzeit bei etwa 10% liegt, so zeigt dies, wie weit sich diese »Intelligenzschere« inzwischen geöffnet hat. Da aus technologischen wie humanitären Gründen kein Weg zurück zu den abstumpfenden Arbeitsbedingungen des frühen Kapitalismus führt, wird die Gesellschaft noch mehr für die Bildung aller aufwenden müssen. Ein gewisser Bodensatz freilich, in der Unterschiedlichkeit des menschlichen Wesens begründet und darin ethisch gerechtfertigt, wird ungeachtet aller Anstrengungen bestehen bleiben. Und natürlich ist die Gesellschaft in der Pflicht, sie für ein Leben ohne Arbeit durch angemessene Beteiligung an ihrem Überfluß zu entschädigen.

## *2. Kapital und Arbeit in der Überflußgesellschaft*

Es versteht sich von selbst, daß sich insbesondere das Arbeitsrecht in einer solchen intelligenten Gesellschaft nicht mehr an ideologischen Mustern festmachen kann, die aus der grauen frühkapitalistischen Vorzeit und seiner überholten Klassenkampfvorstellung stammen. Dessen alte Dichotomien (übrigens eher manichäischem als dialektischem Denken entstammend) von Kapital und Arbeit, Reichtum und Armut, Akkumulation und Verelendung, Herrschaft und Unterdrückung, Bourgeoisie und Proletariat mochten dazu angetan sein, die Energien der Menschen zu bündeln und zu organisieren, um die sich entfaltende kapitalistische Produktionsweise sozial zu fesseln und zu zähmen. Aber das ist längst Geschichte. Was von ihr blieb, war eine zeitlang noch die volltönende Agitation von politischen und gewerkschaftlichen Arbeiterführern, die vorgaben, dem längst geschlossenen sozialen Frieden nicht trauen zu können. Doch die Wirklichkeit erwies sich als stärker. So kamen auch sie nicht umhin schließlich zugeben zu müssen, was ohnehin die meisten schon wußten: Daß die Menschen ihren Wohlstand in dem Maße vermehrten, wie der Kapitalismus wuchs und gedieh. So ändern sie denn allmählich ihre Ziele und Programme, um ihn zu erhalten und zu unterstützen, damit auch weiterhin möglichst alle an seinen Segnungen teilhaben konnten.

Und das ging eine ganze Weile auch sehr gut so. Nur kurzfristig, als er bereits im Sterben lag und die Angst und Ungewißheit, wie es weitergehen und die Verteilung des Überflusses geregelt werden könnte, die Gemüter vor allem der jungen, noch unerfahrenen Generation verwirrte, flackerten nochmals die alten Ideologien auf. Freilich vermochten diese Irrlichter nicht, die begrabenen Gegensätze wiederzubeleben. So kam nicht mehr als ein merkwürdiger Totentanz zur Aufführung, in dem vergangene Geister beschworen und erneut rituell gebannt wurden.

Seitdem sind die Wehklagen um den Kapitalismus verstummt. Kooperation, nicht Konflikt, Individualität, nicht Kollektivität sind Auftrag und Chance der nachkapitalistischen Gesellschaft. Die Gewerkschaften sollten, ebenso wie dies bereits die Arbeiterparteien getan haben, ihre Rolle überdenken und gänzlich neu bestimmen. Dies erfordert zunächst ein Einsehen darin, daß sie nicht mehr und andere Rechte besitzen, gar historische (!) Aufträge zu verwirklichen haben, als jeder andere Verein auch. Sie vertreten die Interessen von ohnehin Privilegierten, den Arbeitsplatzbesitzern, deren Wohlstandsmehrung zwar angesichts des gesellschaftlichen Überflusses unverzichtbar, aber doch zum leeren Selbstzweck geworden ist. Ihr Drang zur Gleichmacherei behindert die Entfaltung der Phantasie und Initiative der schrumpfenden Zahl derjenigen, die noch arbeiten dürfen, und bremst den Lauf der Überflußproduktion. Und zudem führen ihre Erfolge dazu, daß die Arbeitslosen dauerhaft von der Möglichkeit zu produktiver Selbstverwirklichung ausgesperrt bleiben.

### 3. Arbeitskampfrecht in der Überflußgesellschaft überflüssig

Schon zu Zeiten des beginnenden Spätkapitalismus hatte das BAG in weiser Voraussicht erkannt, daß »Arbeitskämpfe im allgemeinen unerwünscht«<sup>1</sup> sind. Heute, nach dem Ende des Kapitalismus, sind sie schlicht überflüssig. Eine intelligente Gesellschaft kann sich ausrechnen, wieviel die Menschen verdienen müssen, um die Güter- und Warenmassen abfließen lassen zu können. Dazu bedarf es nicht länger der Rhetorik des Kampfes und des Getöses von Feldschlachten, der gewaltsamen Behinderungen und Produktionsunterbrechungen, die für alle Beteiligten mehr Schaden als Nutzen einbringen und zudem erhebliche Kosten für die Allgemeinheit verursachen. Der Arbeitskampf ist vermutlich eines der letzten und sicherlich das lästigste Relikt aus den archaischen Frühzeiten des Kapitalismus, in denen für die Mehrzahl Arbeit und Leben noch existentiell miteinander verknüpft waren. Entsprechend scharf wurden die hierum geführten Auseinandersetzungen ausgetragen, und die Rechtsordnung mußte dem durch begrenzte Zulassung des Konflikts ein Ventil geben. Die Voraussetzungen, unter denen eine solche Ausnahme vom Wesen der Rechtsordnung als Friedensordnung erforderlich waren, sind längst entfallen.<sup>2</sup> Das gesellschaftlich irregulär gewordene Phänomen des Arbeitskampfes, bereits heute eher eine Ausnahmeerscheinung, wird den gewandelten Verhältnissen ganz von selbst zum Opfer fallen. Diesen fälligen Abschied zu beschleunigen, ist eine der vordringlichen Aufgaben im Arbeitsrecht.

Führende Industrieverbandsvertreter, fälschlicherweise noch immer als Arbeitgeber bezeichnet, haben die Zeichen der Zeit durchaus erkannt und nach dem Vorbild der Schweiz die »intelligente« Lösung eines Produktionspaktes vorgeschlagen, dessen Fundament ein gewerkschaftlicher Verzicht auf Arbeitskämpfe sein sollte.<sup>3</sup> Da jedoch die bundesdeutschen Gewerkschaften, darin ganz auf Wahrung ihres Selbstverständnisses festgelegte Traditionsvereine, sich auf dies Angebot nicht einlassen wollten, sahen sich prominente Arbeitsrechtler veranlaßt, in die Bresche zu springen und juristisch zu sekundieren: Es gelte, die Grenzen der Tarifautonomie neu zu vermessen<sup>4</sup> und die gewerkschaftliche Kampffreiheit wenn schon nicht ganz aufzuheben, so doch unter behördliche Aufsicht zu stellen.<sup>5</sup> Und vor allem, wofür sich mit der Änderung des § 116 AFG dann auch der Gesetzgeber stark machte, die Risiken des Arbeitskampfes wieder verstärkt diejenigen spüren zu lassen, die ihn führen oder doch mutmaßlich an seinen Früchten partizipieren würden.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> BAG, GS, Beschl. v. 28. 1. 1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.

<sup>2</sup> Exemplarisch für diese Argumentation ist die Arbeit von Picker, Die Regelung der »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip, ZfA H. 3/1986, S. 199 ff.

<sup>3</sup> Die Richtung des Nachdenkens, wie »man intelligenter miteinander umgeht«, gab D. Kirchner, Hauptgeschäftsführer von Gesamt-Metall, auf der wissenschaftlichen Konferenz des DGB am 17. und 18. 3. 1987 in Ludwigshafen wie folgt an: »Mir schwebte wirklich vor, daß wir eines Tages sagen könnten: »Zukunft ohne Arbeitskampf« statt »Zukunft des Arbeitskampfes«, vgl. das Protokoll in: G. Muhr (Hrsg.), Streikrecht, Demokratie und Sozialstaat, Köln 1987, S. 251 und 253.

<sup>4</sup> Adomert, Grenzen der Tarifautonomie – neu gezogen, NJW 1984, S. 595 f. Nach ihm ist der Tarifvertrag eine »Gewinnausschüttungsvereinbarung«. Wo nichts zu verteilen ist, zwingen gleichwohl vereinbarte Lohnerhöhungen oder Arbeitszeitverkürzungen die Unternehmen in die roten Zahlen. Das aber erweist sich für alle Arbeitnehmer als noch ungünstiger, folglich sind derartige Tarifverträge wegen Verstoßes gegen das Günstigkeitsprinzip nichtig.

<sup>5</sup> Rütters, Funktionswandel im Arbeitsrecht, ZfA H. 3/1988, S. 257 ff., pladiert anhand des gewerkschaftlichen Mißbrauchs der Tarifautonomie vor allem im Öffentlichen Dienst, aber auch im Bereich von Monopolen oder Oligopolen oder in staatlich subventionierten Wirtschaftszweigen dafür, »in den Tarifbereichen, in denen geeignete Grenzkriterien fehlen, ... eine staatliche Tarifaufsicht nach Art des Kartellamtes einzurichten« (S. 263).

<sup>6</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte und -kritik vgl. Mückenberger, § 116 AFG: Stadien eines Gesetzgebungsprozesses, KJ H. 2/1986, S. 166 ff. und dgl., Reprivatisierung der Arbeitskämpfolgen, KJ H. 3/1986, S. 281 ff.

In solcher Zeitenwende hatte das BAG in einer Reihe von Entscheidungen Gelegenheit, Zulässigkeit und Grenzen des Arbeitskampfes als wichtigste und quasi gesetzgebende Instanz neu zu vermessen. Worin auch immer das Gesetz der Serie begründet sein mag, im Rhythmus von ungefähr acht Jahren häutet sich seine Rechtsprechung, und so war nach den Etappen von 1955<sup>7</sup>, 1963<sup>8</sup>, 1971<sup>9</sup> und 1980<sup>10</sup> mit einem neuerlichen Durchbruch zu rechnen. Er ist, soviel sei vorweg angedeutet, nur zum Teil genutzt worden. Aber die Richtung, immerhin ein Trost, stimmt – wenn auch auf intelligenten Umwegen.

Bereits in seiner Kommentierung der BAG-Entscheidungen zum Arbeitskampfrecht aus dem Jahr 1980 hatte ein prominenter Arbeitsrechtler frohlockend bemerkt, daß die Arbeitskampffreiheit auf Arbeitgeberseite durch die Beschränkung der Aussperrungsbefugnis auf eine reine Defensivmaßnahme, zudem quotenmäßig reguliert, tot sei und es nur mehr eine Frage der Zeit sein werde, bis gleiches auch für die Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsseite gelten werde.<sup>11</sup> Dies schien Konsens, wurde doch auch von der entgegengesetzten Warte die Zukunft des Arbeitskampfes in einem staatlich verordneten Ritual gesehen.<sup>12</sup>

Indes, dies waren erste Reaktionen, die noch von analytischer Schärfe und diagnostischem Mut gekennzeichnet waren. Seitdem zerfiel die Debatte wieder in ihre eigentümlich unzeitgemäßen, noch dem Kapitalismus verhafteten Lagermentalitäten, wobei die stärkeren Bataillone sich unzweifelhaft auf Seiten der Arbeitgeber versammelten und insbesondere die Strangulierung der Aussperrung<sup>13</sup>, die unzureichende Risikobelastung der Arbeitnehmer und Gewerkschaften<sup>14</sup> sowie die Zulassung systematisch organisierter gewerkschaftlicher Warnstreiks während laufender Tarifverhandlungen<sup>15</sup> attackierten. Daß sie dabei, nach dem dilettantischen und selbst von den Gewerkschaften abgelehnten Vorstoß der Bundestagsfraktion der »GRÜNEN«, die Aussperrung gesetzlich zu verbieten<sup>16</sup>, sogar soweit gingen, die Forderung nach einer umfassenden gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechts massiv zu propagieren<sup>17</sup> und hierzu endlich auch einen Entwurf vorzulegen<sup>18</sup>, mußte das oberste Arbeitsgericht in Zugzwang setzen: Es gab etwas zu korrigieren, soviel war klar. Aber was? In welche Richtung? Cui bono?

<sup>7</sup> Vgl. oben Fn. 1.

<sup>8</sup> BAG, Urt. v. 20. 12. 1963, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.

<sup>9</sup> BAG, GS, Beschl. v. 24. 3. 1971, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.

<sup>10</sup> BAG v. 10. 6. 1980, AP Nr. 64 und 65 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.

<sup>11</sup> »Mit den Urteilen des BAG ist die Kampfmittelfreiheit zumindest auf Arbeitgeberseite tot; ihr Ableben auf Arbeitnehmerseite ... scheint mir nur eine Frage der Zeit. Der Allgemeinheit kann dies nur recht sein«, so Lieb, Gedanken zur Aussperrung, DB 1980, S. 2188 ff., 2192.

<sup>12</sup> Mückenberger, Der Arbeitskampf als staatlich inszeniertes Ritual, BStSozArb 1980, S. 241 ff., 257 ff.

<sup>13</sup> Vgl. etwa Lieb (Anm. 11) und Seiter, Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, RdA 1981.

<sup>14</sup> Vgl. etwa Isensee, Die Neuregelung der Arbeitskampf-Neutralität nach § 116 AFG und die Vorgaben der Verfassung, DB 1986, S. 429 ff.; Raiser, Die Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit im Arbeitskampf, NZA 1984, S. 369 ff.; Papier, Die verfassungsrechtliche Diskussion um den »Streikparagraphen«, ZRP 1986, S. 72 ff.; Schulin, Arbeitskampf und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, DB 1985, Beilage 32; Seiter, Staatliche Neutralität im Arbeitskampf. Zur Vereinbarkeit der Neutralitätsanordnung mit § 116 AFG, 1985.

<sup>15</sup> Vgl. etwa Seiter, Anm. zu BAG, Urt. v. 12. 9. 1984, EzA Nr. 54 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf und Lortz, Das Bundesarbeitsgericht und die »Neue Beweglichkeit«, ZfA H. 2/1985, S. 185 ff.

<sup>16</sup> BT Drs 10/1635 v. 18. 6. 1984.

<sup>17</sup> Vgl. etwa die Beträge von Richardi, Kirchner, Seiter und Friauf auf dem RdA-Symposium zum Arbeitskampfrecht, abgedruckt in RdA H. 3,4/1986, S. 141 ff.

<sup>18</sup> Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, Entwurf und Begründung, Tübingen 1988, vgl. hierzu die kritische Darstellung bei Mückenberger, in diesem Heft S. 241 ff.

## 11. Die neuen Konturen des Arbeitskampfrechts: mehr Freiheit, mehr Risiko, weniger Kampf

Auf den ersten Blick erscheinen die jüngsten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht wie ein *Flickenteppich*: Da wird, zum wer weiß wievielten mal, judiziert zur Aussperrung<sup>19</sup> (und ihrem Verbot in der Hessischen Verfassung), zum gewerkschaftlichen Warnstreik<sup>20</sup>, dem Sympathie- oder Solidaritätsstreik<sup>21</sup>, dem »wilden« Streik<sup>22</sup>, zur Organisations- und Aufsichtspflicht der Gewerkschaften und ihrer Organe bei der Durchführung von Streiks<sup>23</sup>, zur Schadensersatzpflicht von Streikenden, Streikleitungen und Gewerkschaften<sup>24</sup> sowie zu Unterlassungsansprüchen der Tarifvertragsparteien auf rechtswidrige Arbeitskampfmassnahmen der Gegenseite.<sup>25</sup> Und fast überall, Innovation ist Trumpf, finden sich neue Kreationen. Das Arbeitskampfrecht ist neuerlich in Bewegung geraten – doch wohin steuert oder aber: schlingert es?

Der Versuch, ein einheitliches Muster auszumachen, wird zunächst erschwert durch die Tatsache, daß sich das Gericht erstens relativ strikt an die jeweils zur Entscheidung anstehende Frage hält und allgemein gehaltene, fallübergreifende Ausführungen meidet, zum anderen durch die übliche Technik der Darstellung, die bemüht ist, auch Neuerungen möglichst als Fortführung der Tradition auszugeben. Gleichwohl ist davon auszugehen, daß der 1. Senat des BAG eine durchaus konsequente Neukonzeption des Arbeitskampfrechts verfolgt, deren Konsequenzen freilich erst in Ansätzen sichtbar werden.

### *Arbeitskampf als Medium der Tarifautonomie*

Zweifellos in der Kontinuität seiner bisherigen Rechtsprechung steht die Hinordnung des legitimen Arbeitskampfes auf das Tarifvertragssystem, die in ihren Konsequenzen allerdings noch strikter als bisher durchgeführt wird: »Die Funktion des Arbeitskampfes bestimmt die Grenzen seiner Zulässigkeit. Der Arbeitskampf ist wegen seiner Hilfsfunktion für die Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG i. V. mit § 2 TVG gewährleistet und zulässig. Er ist ein Hilfsmittel zur Sicherung der Tarifautonomie. Deshalb darf er auch nur als Instrument zur Durchsetzung tariflicher Regelungen eingesetzt werden. Ein weitergehendes Streikrecht läßt sich Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen.«<sup>26</sup> Von dieser Prämisse ausgehend bekräftigt das BAG abermals die Rechtswidrigkeit von nichtorganisierten, »wilden« Streiks sowie von gewerkschaftlichen Sympathie- oder Solidaritätsstreiks<sup>27</sup>, durch die der Arbeitskampf einer anderen Gewerkschaft um den Abschluß eines Tarifvertrages unterstützt werden soll. Zwar betont das Gericht zunächst unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 5. 3. 1985<sup>28</sup>, daß Sympathiestreiks lediglich »in der Regel« rechtswidrig

19 Urt. v. 26. 4. 1988, DB 1988, S. 1902 ff. und v. 7. 6. 1988, DB 1988, S. 2104 f.

20 Urt. v. 21. 6. 1988, DB 1988, S. 1952 ff.

21 Urt. v. 12. 1. 1988, DB 1988, S. 1270 = AiB 1988, S. 181 ff.

22 Urt. v. 7. 6. 1988, DB 1988, S. 2102 = BB 1989, S. 503 f.

23 Urt. v. Urt. v. 21. 6. 1988 (Fn. 20), Urt. v. 21. 6. 1988, BB 1989, S. 502 f. und Urt. v. 8. 11. 1988, DB 1988, S. 2363 (Presseinformation).

24 Vgl. Fn. 23.

25 Urt. v. 26. 4. 1988 (Fn. 19) und die in Fn. 23 angegebenen Entscheidungen. Zur Analyse und Kritik dieser Urteilsreihe vgl. auch H. Wolter, Richterrecht und gewerkschaftliche Streikfähigkeit, ArbR 1988, S. 357 ff.

26 Urt. v. 7. 6. 1988 (Fn. 22) DB 1988, S. 2102.

27 Vgl. Fn. 21 und 22.

28 BAG AP Nr. 85 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.



sind, ausnahmsweise also durchaus zulässig sein können. Jedoch handelt es sich hierbei, wie aus den weiteren Ausführungen hervorgeht, nur mehr um einen verbalen Vorbehalt. Denn weder ergebe sich die Zulässigkeit von Sympathiestreiks – die ÖTV hatte im Arbeitskampf der IG Metall um die 35-Stunden-Woche im Jahr 1984 zu Solidaritätsveranstaltungen während der Arbeitszeit aufgerufen – hier ausnahmsweise daraus, daß sie von vorneherein auf einen bestimmten, kurzen Zeitraum beschränkt waren. Noch seien sie etwa dann gerechtfertigt, wenn andere Gewerkschaften kleineren, die nicht in der Lage sind, einen wirksamen Arbeitskampf um einen Tarifvertrag zu führen, zur Herstellung tarifbezogener Parität zu Hilfe kommen. Denn erstens ist nach Auffassung des BAG »diese tarifbezogene Parität ... nicht dadurch gestört, daß im Tarifgebiet die eine Tarifvertragspartei sich im Einzelfall tatsächlich mächtiger erweist als die andere«<sup>29</sup>, und zweitens ist es »Sache der Arbeitnehmervereinigung, diese erforderliche Mächtigkeit zu erwerben und zu bewahren, wenn sie als tariffähige Koalition an der Tarifautonomie teilhaben will«.<sup>30</sup>

Wenig später, in seiner Entscheidung vom 7. 6. 1988 zum »wilden« Streik läßt das Gericht denn auch konsequent die Rede von Regel und Ausnahme fallen und glättet seine bisherige Judikatur: »Bereits die Zulässigkeit des Sympathiestreiks hat der Senat in ständiger Rechtsprechung verneint, weil er nicht *unmittelbar* der Herbeiführung eines Tarifvertrages dient.«<sup>31</sup>

#### *Rückkehr zur Rechtsfiktion der formellen Arbeitskampfpärität*

Legitim ist demnach *grundsätzlich* und, so wird man hinzufügen müssen, *ausnahmslos* nur mehr der unmittelbar um tarifvertragliche Regelungen geführte Arbeitskampf. Erkennbar wird weiterhin, daß der 1. Senat des BAG dazu tendiert, das Konzept der tarifbezogenen Parität wieder stärker formell zu fassen und es einer materialen, empirisch-sozialen, historischen sowie rechtsfunktionalen Betrachtung, aus der das Gericht in seinen Entscheidungen vom 10. 6. 1980<sup>32</sup> die Beschränkung der Aussperrungsbefugnis hergeleitet hatte, zu entziehen. Auch wenn die realen Kräfteverhältnisse unparitätisch sind, ist dies für den arbeitsrechtlichen Paritätsbegriff irrelevant. Folgerichtig rückt das Gericht in seiner Aussperrungsentscheidung vom 7. 6. 1988<sup>33</sup> denn auch erstmals deutlich von den Grundsätzen seiner Entscheidungen vom 10. 6. 1980 ab und teilt mit: »Der Senat hat Bedenken, ob an den Maßstäben der Entscheidung vom 10. 6. 1980 für die Zulässigkeit einer Abwehraussperrung festgehalten werden kann«.<sup>34</sup> Bereits seinem Urteil vom 26. 4. 1988<sup>35</sup>, in dem es erneut die Nichtigkeit des Aussperrungsverbots der Hessischen Verfassung wegen Verstoßes gegen die im Tarifrecht des Bundes enthaltene Aussperrungsgarantie festgestellt hatte, war zu entnehmen, daß das BAG seine Rechtsprechung wieder primär an der Entscheidung des Großen Senats vom 21. 5. 1971<sup>36</sup> auszurichten gedachte. Die Aussperrung, so hatte das BAG seine ständige Rechtsprechung zusammengefaßt, ist »als Kampfmittel zur Erreichung eines tariflich regelbaren Zieles grundsätzlich zulässig«<sup>37</sup> – diese Formulierung läßt alles offen und schließt

29 BAG v. 12. 1. 1988 (Fn. 21) DB 1988, S. 1271.

30 Ebd.

31 A. a. O. (Fn. 26).

32 A. a. O. (Fn. 10).

33 A. a. O. (Fn. 19).

34 DB 1988, S. 2104.

35 A. a. O. (Fn. 19).

36 A. a. O. (Fn. 9).

37 DB 1988, S. 1902.



auch die Angriffsaussperrung keineswegs aus. Die Legitimationsbasis der Aussperrung verbreitert sich: In seinem Urteil vom 7.6.1988 wird die Zulässigkeit der Abwehraussperrung in Reaktion auf enggeführte gewerkschaftliche Teilstreiks nun nicht mehr allein aus dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, daß durch die Gefährdung der Arbeitgebersolidarität eine Störung der Kampfparität bewirkt werde. Vielmehr könne letztere auch andere Ursachen haben, die freilich nicht näher dargetan werden; jedenfalls komme eine Beschränkung der Aussperrungsbefugnis auf Unternehmen, die zu schon bestreikten Unternehmen in Wettbewerb stehen, nicht in Betracht.<sup>38</sup> Die Frage, wo anstelle der früheren Quotenregelungen die Grenze der zulässigen Abwehraussperrung zu ziehen sei, läßt das Gericht unbeantwortet, stellt aber fest, daß jedenfalls die Zahl der »kalt ausgesperrten« Arbeitnehmer hierbei nicht mit zu berücksichtigen sei.<sup>39</sup>

#### *Preisgabe der ultima-ratio-Doktrin*

Noch deutlichere Konturen erhält das neue Arbeitskampfkonzzept des 1. Senats in seiner Warnstreikentscheidung vom 21.6.1988<sup>40</sup>, dessen Neuerungen auch für Insider der Materie so überraschend kamen, daß bis zur Vorlage der schriftlichen Urteilsgründe allgemeines Rätseln über die Tragweite der Veränderungen herrschte. Auch jetzt sind sie noch kaum abzuschätzen, so gravierend ist die Korrektur seiner bisherigen Rechtsprechung.<sup>40a</sup> Nach der ersten Entscheidung des BAG vom 17.12.1976<sup>41</sup> zur Zulässigkeit des kurzen, verhandlungsbegleitenden gewerkschaftlichen Warnstreiks hatten die Gewerkschaften die Taktik vorübergehender Arbeitsniederlegungen während laufender Tarifverhandlungen zur Strategie der sog. »neuen Beweglichkeit« weiterentwickelt. Das BAG hatte auch diese Strategie im Sinne seiner Ausgangsentscheidung mit seinen Urteilen vom 12.9.1984<sup>42</sup> und vom 29.1.1985<sup>43</sup> für zulässig erachtet, weil durch sie nur ein »milder Druck« auf die Arbeitgeberseite ausgeübt werde und sie dazu geeignet seien, infolge der Demonstration der Streikbereitschaft der Arbeitnehmer die Einigungsprozesse in den Tarifverhandlungen zu beschleunigen, so daß die Durchführung von Erzwingungsarbeitskämpfen vermieden werde. Dies rechtfertige es, sie von dem ansonsten geltenden »ultima-ratio-Prinzip«, wonach Streiks nur als letztes Mittel der Konfliktaustragung nach dem Scheitern der Tarifverhandlungen zulässig seien, auszunehmen. Diese Argumentation hat das BAG nunmehr preisgegeben. Allerdings nicht, wie vielfach gefordert (und befürchtet), durch die Wiedererrichtung des Verbots verhandlungsbegleitender Warnstreiks oder zumindest ihre zeitliche und sachliche Beschränkung (etwa: einmal pro Betrieb für maximal ein bis zwei Stunden). Vielmehr formuliert es im Gegenteil die »ultima-ratio-Doktrin« in der Weise um, daß der Warnstreik keine arbeitskampfrechtliche Privilegierung mehr erfährt und künftig alle ansonsten erlaubten Arbeitskampfformen auch während laufender Tarifverhandlungen zulässig sind.

Ausgangspunkt der Entscheidung ist die Feststellung, daß sich »angesichts der

<sup>38</sup> DB 1988, S. 2104.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> A. a. O. (Fn. 20).

<sup>40a</sup> So halt der Streit zwischen der IG Metall und Gesamtmetall über die Frage, ob Warnstreiks nach der neuen BAG-Rechtsprechung »wie bisher« möglich seien, auch nach einem schiedsgerichtlichen Spruch zur Klärung dieser Frage in Vorbereitung auf die Tarifrunde 1990 unvermindert an, vgl. den Bericht in Frankfurter Rundschau vom 6.4.1989.

<sup>41</sup> AP Nr. 51 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.

<sup>42</sup> AP Nr. 81 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.

<sup>43</sup> AP Nr. 83 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf.

Entwicklung der Warnstreik-Praxis in den letzten Jahren«<sup>44</sup> diese Kampfform nicht mehr in rechtlich relevanter Weise von anderen Arbeitskampfformen unterscheiden lasse. Weder Dauer und Häufigkeit noch Intensität und Schadenshöhe bildeten verlässliche Abgrenzungskriterien zwischen Warn- und Erzwingungsstreiks, jede »solche Definition wäre willkürlich, sie fände in der Rechtsordnung keine Grundlage«. <sup>45</sup> Aber auch die in der Literatur angeführten funktionalen Unterschiede beider Streikformen rechtfertigten nicht ihre rechtliche Ungleichbehandlung: Weder könne differenziert werden »zwischen einer Druckausübung mit dem Ziel, überhaupt oder zügig oder kompromißbereit zu verhandeln, und einer Druckausübung mit dem Ziel, zum Abschluß eines Tarifvertrages zu kommen«<sup>46</sup>, noch sei die Demonstrationsfunktion ein zureichendes Abgrenzungsmerkmal zwischen Warn- und Erzwingungsstreik, weil ersterer auch »unmittelbar materielle Druckausübung durch die Folgen und Schäden der Arbeitsniederlegung selbst (ist)« und »auch der Erzwingungsstreik herkömmlicher Art nach Scheitern der Tarifverhandlungen ... jeweils gleichzeitig Kampfbereitschaft für die Zukunft (demonstriert) und damit ... der möglichst baldigen Wiederaufnahme der Tarifverhandlungen (dient)«.<sup>47</sup> Schon gar nicht gerechtfertigt sei eine juristische Privilegierung des Warnstreiks durch die Erwägung, er sei als notwendiger Test der Arbeitskampfbereitschaft ihrer Mitglieder und der Außenseiter für die Gewerkschaften unverzichtbar. Dies möge zwar so sein, jedoch dürfe »dieser Test als innergewerkschaftlicher Vorgang ... nicht zu Lasten der Arbeitgeberseite erfolgen«. <sup>48</sup> Folglich lehnt das Gericht jede Differenzierung zwischen Warn- und Erzwingungsstreiks ab: »Warnstreiks auch in der Form der neuen Beweglichkeit unterliegen daher dem ultima-ratio-Prinzip«. <sup>49</sup>

Dieses Prinzip erhält aber einen grundlegend gewandelten Bedeutungsgehalt. Nach der nunmehr geläuterten Auffassung des BAG erfordert die Formel des Großen Senats vom Gebot der vorherigen »Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten«<sup>50</sup> weder die einvernehmliche, eindeutige und offizielle Erklärung der Tarifvertragsparteien, daß die Verhandlungen gescheitert seien. Noch könne dieser Zeitpunkt material definiert werden, da dies zu unzulässiger Tarifizensur führe. Vielmehr sei seine Bestimmung Sache jeder einzelnen Tarifpartei: »In der Einleitung von Arbeitskampsmaßnahmen liegt ... die freie und nicht nachprüfbar und daher allein maßgebende Erklärung der Tarifvertragspartei, daß sie die Verständigungsmöglichkeiten ohne Ausübung von Druck als ausgeschöpft ansieht. Es gibt damit auch keinen weiteren maßgebenden späteren Zeitpunkt, von dem ab erst andere Arbeitskampsmaßnahmen als Warnstreiks, auch solche des anderen Tarifpartners, zulässig sind. Von diesem (einheitlichen) Zeitpunkt an ist ein Warnstreik wie jede andere Arbeitskampsmaßnahme, auch während laufender Tarifvertragsverhandlungen, nicht ausgeschlossen«. <sup>51</sup>

Damit waren in dem zu entscheidenden Fall die Warnstreiks der Gewerkschaft HBV zulässig, obwohl sie zu einem Zeitpunkt durchgeführt wurden, an dem die spätere Fortsetzung der Tarifverhandlungen bereits beschlossen war – selbst während laufender Verhandlungen wären sie zulässig, weil auch umgekehrt »Verhandlungen über den Neuabschluß von Tarifverträgen ... während der Dauer von

<sup>44</sup> DB 1988, S. 1952.

<sup>45</sup> Ebd.

<sup>46</sup> Ebd., S. 1953.

<sup>47</sup> Ebd.

<sup>48</sup> Ebd.

<sup>49</sup> Ebd.

<sup>50</sup> A. a. O. (Fn. 9).

<sup>51</sup> DB 1988, S. 1954.

Arbeitskampfmaßnahmen üblich (sind), ohne daß daraus Folgerungen für die Zulässigkeit der laufenden Arbeitskampfmaßnahmen gezogen würden.<sup>52</sup> Aber, und das ist der springende Punkt der Entscheidung, ihre Zulässigkeit ergibt sich nicht aus ihrem Charakter als Warnstreiks, der »wie jede andere Streikform ein Erzwingungsstreik ist«<sup>53</sup>, sondern aus der Relativierung des ultima-ratio-Prinzips, die auch jede andere Arbeitskampfmaßnahme während laufender Tarifvertragsverhandlungen zulässig macht. Die Bedeutung dieses Prinzips als »Ausformung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit«<sup>54</sup> reduziert sich demnach darauf, daß »zuvor Forderungen für den Inhalt des abzuschließenden Tarifvertrages erhoben worden sind und daß in der Regel über diese Forderungen auch Tarifvertragsverhandlungen geführt wurden; eine Ausnahme gilt dann, wenn die andere Seite Verhandlungen über eine Forderung überhaupt ablehnt«.<sup>55</sup>

Mit der juristischen Privilegierung des Warnstreiks ist es also vorbei. Streik ist Streik, die feinsinnigen juristischen wie sozialwissenschaftlichen Unterscheidungen der Streikformen sind irrelevant, und sind erst einmal die Tarifverhandlungen aufgenommen, können Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen werden. Angesichts der drohenden Tarifizensur wird man weder »ernsthafte« Verhandlungen noch gar Kompromißbereitschaft vor Kampfbeginn verlangen können. Und nichts spricht dafür, daß sich das Privileg des Warnstreiks nun gar zum Kampfprivileg der Gewerkschaften gemausert haben könnte: Da Warnstreiks Erzwingungsstreiks sind, kann ihnen jedenfalls mit der nicht mehr quotenmäßig begrenzten Defensiv-aussperrung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit begegnet werden.

Ob auch verhandlungsbegleitende Angriffsaussperrungen im Kalkül der neuen Arbeitskampfkonzption des BAG liegen, ist gegenwärtig nicht absehbar. Offenbar wollte sich das Gericht, wie die Begründungsstrategie des Warnstreikurteils zeigt, soweit nicht festlegen. Denn andernfalls hätte es nahegelegen, den argumentativ aufwendigen Weg der rechtlichen Planierung der diversen Streikformen und die faktische Preisgabe des ultima-ratio-Prinzips zu umgehen und kurzerhand auf das – jedenfalls nach der ganz überwiegenden Doktrin – alles beherrschende Grundprinzip des Arbeitskampfrechts zu rekurrieren: das Paritätsprinzip, welches in seiner simplen Logik des »Was dem einen recht ist, ist dem andern billig« von hoher Selbstevidenz ist und den Arbeitgebern jedenfalls das Recht zur verhandlungsbegleitenden Warnaussperrung gegeben hätte.

Die von BAG gewählte Alternative ist zudem im Hinblick auf das Ziel, Arbeitskämpfe ihrer eigenen Überflüssigkeit zu überführen, riskant: Können die Tarifgegner, nur unzureichend gebändigt durch die vagen, erst nachträglich eingreifenden Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit, Geeignetheit und Erforderlichkeit ihrer wechselseitigen Kampfmaßnahmen sogleich gegeneinander vorgehen, so sind Arbeitskämpfe nach Beginn und Ausmaß kaum vorhersehbar und können überfallartig ausgelöst werden. Dadurch entfällt die pazifizierende Wirkung des Faktors Zeit, der im Arbeitskampfrecht traditionell große Bedeutung beigemessen wurde und der etwa durch die Statuierung von Verhandlungspflichten, Schlichtungsregelungen, Abkühlungsphasen und Ankündigungsfristen vor Arbeitskampfbeginn oder eben durch das ultima-ratio-Prinzip Raum zur Entfaltung gegeben wird.

Aber wer weiß, welche Erwägungen das Gericht bei seiner Entscheidung gehegt hat. Im Kontext des oben unter I. ausgebreiteten Märchenszenarios mag es davon

<sup>52</sup> Ebd., S. 1955.

<sup>53</sup> Ebd., S. 1954.

<sup>54</sup> Ebd.

<sup>55</sup> Ebd.

ausgehen, daß in der nachkapitalistischen Gesellschaft desto weniger Arbeitskämpfe stattfinden, je größer auf beiden Seiten die – freilich auf tarifliche Auseinandersetzungen beschränkte – Arbeitskampsfreiheit ist. Dafür spricht, daß die Zeiten vergangen sind, in denen typischerweise immer nur die eine Seite, die Gewerkschaften, Forderungen an die Gegenseite nach Lohnerhöhungen, sozialer Absicherung oder Arbeitszeitverkürzung stellte.<sup>56</sup> Inzwischen steht dagegen das Anliegen im Vordergrund, die vormodernen kulturellen und arbeitsrechtlichen Blockierungen der Überflußproduktion zu beseitigen: »Intelligente« Produktion erfordert die Rundumnutzung der Technologieparks, die Gleichberechtigung aller Wochentage und die Möglichkeit zur individuellen Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen entsprechend den Bedürfnissen der Arbeitnehmerpersönlichkeit. Deshalb muß die Arbeitgeberseite auch die Möglichkeit erhalten, ihrerseits diese Modernisierungskonzepte in Tarifverhandlungen einbringen und ihnen notfalls mit Kampfmaßnahmen Nachdruck verleihen zu können. Daß dabei die zeitlichen Spielräume geopfert werden, die vordem zur Vorbereitung von Abwehrmaßnahmen gegen Streiks genutzt werden konnten, und der Faktor Zeit insgesamt als Kalkulationsmasse schwindet, ist zwangsläufig. Aber dieser Verlust war infolge der technologischen Entwicklung ohnedies nicht aufzuhalten, weil zunehmende Fertigungstiefe, veränderte Produktionsmethoden und unternehmensübergreifende informationstechnologische Feinabstimmung der Produktionskoordination, fehlende Lagerkapazitäten und Vorratshaltung dazu geführt haben, daß den sich rasant ausbreitenden Fernwirkungen von Arbeitsniederlegungen kaum mehr durch einzelbetriebliche Maßnahmen vorgebeugt werden kann.<sup>57</sup>

#### *Erhöhung des gewerkschaftlichen Streikrisikos*

Vor diesem Hintergrund erscheint der vom BAG verfolgte Weg der Streikeindämmung allenfalls als Umweg, der jedoch nicht minder effektiv zum Ziel führt: Arbeitskämpfe können auch ohne ihre autoritative Beschränkung dadurch verhindert werden, daß die Risiken, die für die kampfführende Partei mit ihnen verbunden sind, deutlich erhöht werden. Muß sie damit rechnen, daß jede ihrer Aktionen mit legitimen Gegenmaßnahmen der anderen Seite beantwortet werden kann, so wird sie dies in ihr Kalkül aufnehmen und vermutlich behutsamer zu Werk gehen, als wenn dies nicht der Fall wäre. Mit dieser Strategie der Risikomaximierung ergänzt das BAG die seit Beginn der 80er Jahre durch seine Rechtsprechung zum Arbeitskampsrisiko<sup>57</sup> und durch die Änderung des § 116 AFG<sup>58</sup> verfolgte Politik einer Privatisierung der Arbeitskampsrisiken durch eine komplementäre Steigerung der kollektivrechtlichen Streikrisiken. Dem entspricht es, daß das Gericht in seinen neueren Entscheidungen weitgefaßte Sorgfaltspflichten der Gewerkschaften im Hinblick auf Organisation, Durchführung und Überwachung von Streiks statuiert

<sup>56</sup> Deutlich wurde dies kürzlich an den Verhandlungen über einen neuen Manteltarifvertrag in der Druckindustrie und für das Zeitungsverlagsgewerbe. Der Kündigung der bisherigen Manteltarifverträge durch die Gewerkschaft zum 31. 12. 1988 hat der Bundesverband Druck die Kündigung der Anhänge zum MTV entgegengesetzt. Der Arbeitgeberverband verfolgt damit das Ziel, die dort enthaltenen Besetzungsregeln an Maschinen und die Facharbeiteranbindung zu revidieren. Die IG Druck rechnete (zu Unrecht) Presseberichten zufolge in der Tarifaussensetzungen auch mit Angriffsaussperrungen der Arbeitgeber und warf ihnen vor, die Verhandlungen von Beginn an nicht ernsthaft geführt zu haben, vgl. den Bericht in TAZ-Hamburg v. 23. 1. 1989.

<sup>56a</sup> Vgl. zu den mutmaßlichen Auswirkungen dieser Entwicklung die Beiträge in: Bieback/Zechlin (Hrsg.), *Ende des Arbeitskamps? Technikentwicklung und Streik*, Hamburg 1989.

<sup>57</sup> BAG, Beschlüsse vom 22. 12. 1980, BAG EzA Nr. 7 und 8 zu § 615 BGB, Betriebsrisiko.

<sup>58</sup> G v. 15. 5. 1986, BGBl I S. 740.

und die juristischen Zurechnungskriterien für ihre deliktische Schadensersatzhaftung derart extensiv gefaßt hat, daß sie einer Gefährdungshaftung deutlich angenähert sind.

Danach ist eine Gewerkschaft, die zum Streik aufruft, verpflichtet, »das Kampfverhalten der Arbeitnehmer zu beobachten und gegebenenfalls auf diese einzuwirken, daß die Grenzen eines zulässigen Arbeitskampfes und einzelner Arbeitskampfmaßnahmen nicht überschritten werden.«<sup>59</sup> Da alle Maßnahmen unzulässig sind, die über bloßes Zureden, sich am Streik zu beteiligen, hinausgehen<sup>60</sup>, haben die von der Gewerkschaft zu bestellenden Aufsichtsorgane dafür Sorge zu tragen, daß insbesondere die Behinderung arbeitswilliger Arbeitnehmer am Betreten des Betriebes und die Verhinderung des Zu- und Abgangs von Waren und Kunden unterbleiben. Die örtlichen Streikleitungen sowie die sonstigen verantwortlichen Funktionsträger dürfen solche Handlungen nicht nur selbst nicht initiieren, an ihnen mitwirken oder sie billigend dulden, sondern sie haben gerade auch in emotional hochgradig angespannten Situationen die Pflicht, mäßigend auf die Streikenden einzuwirken.<sup>61</sup> Auch wenn die Gewerkschaft Blockadeaktionen weder veranlaßt noch von ihnen Kenntnis hat, so sind ihre Vertreter gehalten, auf entsprechende Hinweise der betroffenen Betriebe an den Ort des Geschehens zu eilen und zu versuchen, die rechtswidrigen Störungen zu beenden.<sup>62</sup> Tun sie dies nicht oder handeln die örtlichen Streikleiter als verfassungsmäßig berufene Organe der Gewerkschaft ihren Pflichten zuwider, so haftet die Gewerkschaft zwingend und in vollem Umfang für den dadurch dem Unternehmen entstandenen Schaden wegen rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gem. § 823 Abs. 1 i. Vb. mit § 31 BGB. Während sich die Gewerkschaft von der Haftung für unerlaubte Handlungen von Streikposten nach § 831 BGB entlasten kann, wenn sie nachweist, daß sie bei deren Auswahl und Unterweisung die erforderliche Sorgfalt beachtet hat, ist sie für »Streikexzesse« ihrer Organe ausnahmslos schadensersatzpflichtig – und dies, obwohl ein ansonsten rechtmäßiger Arbeitskampf nicht dadurch rechtswidrig wird, »daß anlässlich dieses Arbeitskampfes streikende Arbeitnehmer, Streikposten oder Streikleitungen rechtswidrige Handlungen begehen, die vom Streikrecht nicht gedeckt sind.«<sup>63</sup> Der einzig verlässliche Weg, dieses weder nach Anlaß noch Umfang zu überblickende Haftungsrisiko selbst bei rechtmäßigen Streiks zu vermeiden, ist der Verzicht auf Arbeitskämpfe.

»Das Mittel des Streiks ist eine scharfe Waffe. Das verbietet es, das Streikrecht Personen oder Gruppen anzuvertrauen, bei denen nicht die Gewähr dafür besteht, daß sie nur in dem vertretbaren Umfang davon Gebrauch machen werden«. Mit diesem Argument hatte das BAG bereits in seiner ersten Entscheidung zum »wilden Streiks« vom 20. 12. 1963<sup>64</sup> begründet, warum es nötig ist, »zu Kontrollzwecken Stellen einzuschalten, die wegen ihrer Stellung im Arbeitsleben, ihrer Bedeutung in wirtschaftlicher Hinsicht und ihrem Wissen auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts die Gewähr dafür bieten, daß nur in wirklich begründeten Fällen gestreikt wird und

<sup>59</sup> Urt. v. 21. 6. 1988 (Fn. 20), DB 1988, S. 1956.

<sup>60</sup> Ebd., S. 1955.

<sup>61</sup> Dies war speziell in dem der Entscheidung vom 21. 6. 1988, a. a. O. (Fn. 23) zugrundeliegenden Sachverhalt der Fall. Hier war ein Bezirkssekretär der IG Druck und Papier als örtlicher Streikleiter während einer Streik- und Blockade(?)aktion von einem Lieferantenfahzeug zweimal überfahren worden, woraufhin der anwesende 2. Landesvorsitzende der Gewerkschaft ausgerufen haben soll, hier sei ein Mord passiert, jetzt werde das Druckzentrum dicht gemacht. Das BAG wertet »die Verbreitung der Mordthese« als schuldhaftes Schüren von Emotionen, aufgrund dessen der Beklagte selbst sowie die Gewerkschaft, falls die Behauptungen der Klägerin zutreffen, für den ihr entstandenen Schaden haften.

<sup>62</sup> BAG, Urt. v. 8. 11. 1988, a. a. O. (Fn. 23).

<sup>63</sup> Urt. v. 21. 6. 1988, (Fn. 19), DB 1988, S. 1955.

<sup>64</sup> A. a. O. (Fn. 8).

daß im Falle eines Streiks die im Allgemeininteresse erforderlichen Kampfregeln eingehalten werden«.<sup>65</sup> Aus damaliger Sicht kamen als solche verlässliche Kontrollstellen bei Streiks nur die Gewerkschaften in Frage – mit der rechtsdogmatischen Konsequenz, daß die *Kontrolleure* zu den einzig legitimen *Inhabern* des Streikrechts und das Arbeitnehmergrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG zum Verbandsgrundrecht umgestaltet wurde.<sup>66</sup> Das BAG sieht sich heute offenbar veranlaßt, die Gewerkschaften nachdrücklich daran zu erinnern, daß sie diese Kontrollaufgabe mit besonderer Intensität und Sorgfalt auszuüben haben.

Von der Steigerung dieser Sorgfaltspflicht für – im Kern – *eigenes*, vorausgegangenes gefährliches Handeln hin zum völligen Entzug der riskanten Handlungskompetenz ist logisch gesehen kein großer Schritt. Juristisch allerdings stehen Welten dazwischen, weil an ein generelles Streikverbot nicht (oder nur) zu denken ist. Der gleiche Effekt läßt sich jedoch auch dadurch erzielen, daß die gewerkschaftliche »Streikfreudigkeit« drastisch eingeschränkt wird.

### *III. Und die Moral der Geschichte: Liberalisierung als Domestizierung*

Die Logik der dargestellten Entscheidungen entfaltet sich in drei Schritten: Zunächst wird das Arbeitskampfrecht ganz und ausschließlich auf das System der Tarifautonomie hingeordnet. Sodann wird, im Bruch mit der Rechtsprechungsentwicklung der späten 70er und der 80er Jahre, die differenzierte rechtliche Beurteilung und Gewichtung der zulässigen Kampfmittel, die zur Beschränkung der Zulässigkeit der Aussperrung und zur Privilegierung des gewerkschaftlichen Warnstreiks geführt hatte, fallen gelassen und unter Preisgabe der »ultima-ratio-Doktrin« eine umfassende, lediglich durch das allfällige Verhältnismäßigkeitsprinzip beschränkte Arbeitskampsfreiheit postuliert. Und schließlich, dies ist der krönende und das neue Konstrukt tragende Schlußstein, werden die Streikrisiken der Gewerkschaften und der Arbeitnehmer durch die Erweiterung ihrer deliktischen Schadensersatzhaftung in einer bislang ungeahnten Weise ausgedehnt, während die ohnedies vergleichsweise bescheidenen Aussperrungsrisiken der Arbeitgeber minimiert werden.

Die Entgrenzung der tarifbezogenen Arbeitskampsfreiheit, die auf den ersten Blick dem Märchenszenario einer (fast) konfliktfreien Überflußgesellschaft kraß zu widersprechen scheint, entpuppt ihren tieferen Sinn erst im Hinblick auf die Gewichte, mit denen diese Freiheit auf Arbeitnehmerseite belastet wird: die Entgrenzung der legitimen Aussperrung und der Schadenshaftung für Streikexzesse. Ob diese neue Lastenverteilung, die mit deutlicher Zeitverzögerung die reale Verschiebung der politisch-ökonomischen Einflußfaktoren auf das Machtverhältnis von Kapital und Arbeit seit Ende der 70er Jahre rechtlich verdoppelt, den Effekt einer weiteren Reduktion der Streikhäufigkeit und Domestizierung der Streikpraxis zur Folge haben wird, bleibt abzuwarten. Zumindest wird auf diese Weise allen Ansätzen in den Gewerkschaften, aufgrund ihrer tatsächlich oder nur vermeintlich sinkenden Streikfähigkeit neue und effektivere Arbeitskampsformen auszuprobieren, ein Riegel vorgeschoben.<sup>67</sup> Daran, daß dieser auf die Dauer auch tatsächlich wirksam ist,

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> Unübertroffen pointiert ist noch immer die Kritik von Wiethölter an der darin liegenden Verletzung der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer und der Umkehrung ihrer Schutzrechte zu einem gewerkschaftlichen Anschlußzwang in seinem Funkkolleg, Rechtswissenschaft, Frankfurt/M. 1968 (unveränderter Nachdruck Zürich 1986), S. 317.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu etwa die Untersuchungen von Ostendorf, Kriminalisierung des Streikrechts, Neuwied und

besteht aufgrund der Erfahrungen insbesondere der britischen Gewerkschaften in den vergangenen Jahren kein Zweifel.<sup>68</sup> So soll ihnen, ob sie nun wollen oder nicht, zunehmend stärker die Rolle eines Kooperationspartners als eines Kontrahenden aufgenötigt werden mit der Perspektive, das Märchen am Ende zur Wirklichkeit werden zu lassen und das Streikrecht gänzlich durch andere, aus Arbeitgebersicht gewiß »intelligentere« Alternativen zu ersetzen.

Doch wie enden Märchen? »Und wenn er nicht gestorben ist, dann lebt er heute noch«.

Darmstadt 1987, von Zechlin, Streik, Strafrecht, Polizei, Köln 1986 und Lübke-Wolff, Zur verfassungskonformen Interpretation des § 823 BGB im Zusammenhang mit aktiv produktionsbehindernden Arbeitskampfmaßnahmen, DB 1988 Beilage 9/1988.

<sup>68</sup> Vgl. Kastendiek, Zwischen Ausgrenzung und krisenpolitischer Konditionierung. Zur Situation der britischen Gewerkschaften, in: Müller-Jentsch (Hrsg.), Zukunft der Gewerkschaften. Ein internationaler Vergleich, Frankfurt/M.-New York, 1987, S. 160 ff.