

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

---

**Band 165**

# **Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf**

**Zugleich ein Beitrag zum  
arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzip**

**Von**

**Guido Jansen**



**Duncker & Humblot · Berlin**

GUIDO JANSEN

Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 165

# Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf

Zugleich ein Beitrag zum  
arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzip

Von

Guido Jansen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Jansen, Guido:**

Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf : zugleich ein Beitrag zum arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzip / von Guido Jansen. – Berlin : Duncker und Humblot, 1999

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 165)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1997/98

ISBN 3-428-09471-9

Alle Rechte vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-09471-9

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ©

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 1997/1998 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Dezember 1997 berücksichtigt.

Für die gute Betreuung der Arbeit bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Peter-Hubert Naendrup, der stets die Zeit für ein hilfreiches Gespräch fand. Herrn Prof. Dr. Rolf Wank danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für eine Vielzahl wertvoller Anregungen. Die Jahre, in denen ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl tätig gewesen bin, waren in fachlicher und persönlicher Hinsicht ein großer Gewinn für mich.

Mein Dank gilt auch der Friedrich-Ebert-Stiftung. Sie hat die Arbeit durch ein Promotionsstipendium gefördert.

Besonderer Dank gebührt meiner Ehefrau Claudia, meinen Eltern und meinen Schwiegereltern, die mich während meiner Ausbildung in vielfältiger und großherziger Weise unterstützt haben.

Essen, im Januar 1998

*Guido Jansen*



# **Inhaltsverzeichnis**

<i>1. Kapitel</i>	
<b>Einleitung</b>	19
A. Gegenstand der Untersuchung.....	19
B. Die betriebliche Mitbestimmung während des Arbeitskampfes im Spannungsfeld von Arbeitgeber-, Belegschafts- und Gewerkschaftsinteressen.....	20
<i>2. Kapitel</i>	
<b>Meinungsstand in Rechtsprechung und Schrifttum</b>	24
A. Rechtsprechung .....	24
I. Die Rechtsprechung des BAG .....	24
1. Der Beschuß des Großen Senats vom 21.4.1971: Fortbestand des Betriebsratsamtes im Arbeitskampf.....	24
2. Der Beschuß vom 26.10.1971: Einschränkung der betrieblichen Mitbestimmung bei personellen Maßnahmen.....	25
3. Die Urteile vom 14.2.1978: Einschränkung der betrieblichen Mitbestimmung bei sog. Kampfkündigungen .....	25
4. Das Urteil vom 6.3.1979: Beteiligung des Betriebsrats bei nicht arbeitskampfbedingten Kündigungen.....	26
5. Der Beschuß vom 24.4.1979: Einschränkung der betrieblichen Mitbestimmung bei arbeitskampfbedingter Arbeitszeitverlängerung.....	27
6. Die Beschlüsse vom 22.12.1980: Lohnrisiko und betriebliche Mitbestimmung bei Arbeitszeitverkürzungen im mittelbar kampfbetroffenen Betrieb.....	28
7. Der Beschuß vom 16.12.1986: Einschränkung der betrieblichen Mitbestimmung bei arbeitskampfbedingter Umgestaltung von Werksausweisen.....	29
8. Der Beschuß vom 26.1.1988: Auskunftsanspruch hinsichtlich arbeitskampfbedingter Sonderzuwendungen nach Beendigung des Arbeitskampfes.....	30

9. Der Beschuß vom 10.2.1988: Beteiligung des Betriebsrats bei der Durchführung von Lehrgängen für Streikbrecher im Vorfeld des Arbeitskampfes.....	31
10. Der Beschuß vom 19.2.1991: Beteiligung des Betriebsrats bei Versetzungen von Arbeitnehmern in ein bestreiktes Tochterunternehmen.....	32
11. Der Beschuß vom 30.8.1994: Streikteilnahme und Gleitzeitregelung in Betriebsvereinbarungen .....	32
12. Zusammenfassung .....	33
II. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte.....	34
B. Schrifttum .....	35
I. Wegfall aller Beteiligungsrechte .....	35
II. Teileinschränkung der Beteiligungsrechte.....	36
1. Arbeitskampfrechtliche Gesichtspunkte .....	37
2. Interessenkollision, Überforderung und Rechtsmißbrauch des Betriebsrats .....	38
3. Betriebsverfassungsrechtliche Gesichtspunkte.....	38
4. Umfang der Einschränkung.....	39
III. Keine Einschränkung der Beteiligungsrechte .....	40

### *3. Kapitel*

#### **Die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf als Problem einer Rechtsgebietskonkurrenz zwischen Arbeitskampf- und Betriebsverfassungsrecht** 41

A. Konkurrenz zwischen Arbeitskampfrecht und Betriebsverfassungsrecht .....	41
B. Die methodische Behandlung der Rechtsgebietskonkurrenz.....	43
I. Gesetzliche Konkurrenzregeln .....	46
II. Vorranglösung .....	47
III. Angleichung der Rechtsgebiete .....	49
1. Zuordnung von Regelungsbereichen.....	51
a) Rechtsgebietskonkurrenz zwischen Gesellschafts- und Erbrecht .....	51
b) Rechtsgebietskonkurrenz zwischen Arbeitskampf- und Verbandsrecht .....	52
2. Schutz des Kernbereichs .....	53
a) Rechtsgebietskonkurrenz zwischen Zivilprozeß- und materiellem Zivilrecht.....	56
b) Rechtsgebietskonkurrenz zwischen Arbeitskampf- und Schuldrecht ...	57
C. Zusammenfassung und weiterer Verlauf der Untersuchung .....	59

*4. Kapitel*

<b>Betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben</b>	61
A. § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG .....	61
I. Meinungsstand .....	61
1. § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG als gesetzliche Konkurrenzregel .....	61
2. Gegenansicht .....	63
II. Auslegung .....	64
1. Wortlaut .....	66
2. Systematik .....	67
3. Entstehungsgeschichte .....	68
4. Sinn und Zweck .....	72
a) Schutzgegenstände .....	72
aa) Betriebsfrieden .....	73
bb) Arbeitsablauf .....	75
cc) Betriebsverfassungsrechtliche Verfahrensregelung .....	76
dd) Zwischenergebnis .....	77
b) Rechtsfolgen .....	77
aa) Absolutes Verbot .....	78
bb) Unterlassungspflicht .....	79
cc) Abgrenzung zwischen arbeitskampfrelevanten und sonstigen Beteiligungsrechten .....	81
dd) Zwischenergebnis .....	83
5. Auslegungsergebnis .....	83
B. § 2 Abs. 1 BetrVG .....	84
I. Vertrauensvolle Zusammenarbeit als Geschäftsgrundlage der Betriebsverfassung .....	85
1. Wortlaut .....	86
2. Systematik .....	86
3. Entstehungsgeschichte .....	86
4. Sinn und Zweck .....	87
a) Die Bedeutung der „vertrauensvollen Zusammenarbeit“ .....	88
b) Folgenbetrachtung .....	89
5. Konkretisierung durch Fallgruppenbildung .....	90
6. Ergebnis .....	93
II. Vertrauensvolle Zusammenarbeit als Verbot des Rechtsmissbrauchs .....	93
1. Das Rechtsmissbrauchsverbot als Fallgruppe des § 2 Abs. 1 BetrVG .....	94

a) Mißbilligte Rechtsausübung .....	95
b) Fehlen eines berechtigten Interesses .....	97
2. Ergebnis .....	100
C. Zusammenfassung .....	100

### *5. Kapitel*

#### **Rangverhältnis zwischen Arbeitskampf- und Betriebsverfassungsrecht? 101**

A. Vorrang des Arbeitskampfrechts .....	101
I. Art. 9 Abs. 3 GG .....	101
1. Arbeitskampfrecht als Verfassungsrecht .....	101
2. Verfassungsrechtlicher Schutz von Tarifautonomie und Arbeitskampf ..	103
3. Kampfparität .....	104
II. § 77 Abs. 3 BetrVG .....	108
III. Arbeitskampf und Betriebsratsamt .....	111
B. Vorrang des Betriebsverfassungsrechts .....	113
I. Stellung des Arbeitskampfrechts in der Normenhierarchie .....	113
II. Das Betriebsverfassungsgesetz als abschließende Regelung .....	118
C. Zusammenfassung .....	122

### *6. Kapitel*

#### **Angleichung von Arbeitskampfrecht und Betriebsverfassungsrecht 123**

A. Angleichung durch teleologische Reduktion von Beteiligungsrechten .....	123
B. Ungeeignete Ansätze .....	127
I. Interessenkollision und Überforderung des Betriebsrats .....	127
II. Gegnerfreiheit und -unabhängigkeit .....	129
III. Freiheit der Kampfmittelwahl .....	131
IV. Staatsneutralität .....	132
C. Angleichung mit Hilfe des Paritätsprinzips .....	133
I. Das Paritätsprinzip als Kernbereich des Arbeitskampfrechts .....	134
II. Konkretisierung des Paritätsprinzips .....	137
1. Meinungsstand .....	137
a) Formelle Parität .....	137
b) Materielle Parität .....	139
aa) Gesamtparität .....	139

bb) Typisierende Betrachtung .....	140
c) Die Rechtsprechung des BAG .....	140
2. Stellungnahme .....	143
a) Formelle Kampfmittelparität als Ausgangspunkt .....	144
b) Materielle Parität als Ergänzung .....	149
aa) Bewertung sozialer Macht .....	150
(1) Vertragsparität im Zivilrecht .....	151
(2) Soziale Mächtigkeit im Koalitionsrecht .....	153
(3) Schlußfolgerungen für die Arbeitskampfparität .....	156
bb) Bezugspunkt der Paritätsprüfung: konkrete oder abstrakt-generelle Parität .....	156
cc) Die paritätsrelevanten Faktoren .....	159
(1) Teleologischer Bezug zum Tarifsystem .....	161
(2) Keine konkrete Paritätsbewertung .....	164
(3) Praktikabilität .....	165
dd) Der Maßstab für die Paritätsbewertung .....	166
ee) Beweisprobleme .....	168
c) Zusammenfassung .....	169
III. Betriebliche Mitbestimmung und formelle Kampfmittelparität .....	170
1. Die betriebliche Mitbestimmung als Ungleichbehandlung im Arbeitskampf .....	170
2. Die mitbestimmungsfreien Arbeitskampfmaßnahmen des Arbeitgebers .....	174
a) Die Aussperrung .....	175
b) Die Kampftaktik der Weiterproduktion .....	176
aa) Allgemeine Merkmale von Arbeitskampfmaßnahmen .....	177
bb) Kausalitäts- und Finalitätsanforderungen .....	179
cc) Maßnahmen der Weiterproduktionstaktik als privilegierenswerte Kampfmittel .....	180
(1) Die Privilegierung von Arbeitskampfmaßnahmen .....	180
(2) Die arbeitskampfrechtliche Zulässigkeit milderer Mittel als Streik und Aussperrung .....	182
(3) Maßnahmen der Weiterproduktionstaktik als privilegierte milderer Mittel .....	188
(4) Die Grenzen der Privilegierung .....	190
IV. Betriebliche Mitbestimmung und materielle Parität .....	192
1. Die betriebliche Mitbestimmung als paritätsrelevanter Faktor .....	192
2. Paritätsstörung .....	193
V. Interessenbewertung .....	195

1. Allgemeine Grundsätze .....	195
2. Interessenkonflikt zwischen Arbeitgeber, Belegschaft und Gewerkschaft bei der betrieblichen Mitbestimmung im Arbeitskampf .....	197
a) Beteiligungsfreiheit von Arbeitskampfmaßnahmen .....	198
b) Modifizierung aufgrund materieller Paritätserwägungen .....	200
c) Ergebnis .....	201
VI. Zusammenfassung .....	201

### *7. Kapitel*

#### **Die betriebliche Mitbestimmung im unmittelbar arbeitskampfbetroffenen Betrieb** 203

A. Formelle Paritätserwägungen .....	203
I. Mitbestimmungsfreie Kampfmaßnahmen .....	203
1. Aussperrungsmaßnahmen .....	203
a) Aussperrung .....	203
b) Teilaussperrung .....	205
c) Aussperrungsnotwendige Maßnahmen .....	205
2. Kampftaktik der Weiterproduktion .....	207
a) Verkürzung der Arbeitszeit .....	207
b) Verlängerung der Arbeitszeit .....	208
c) Zahlung von Streikbruchprämien .....	209
d) Berufsbildungsmaßnahmen für Streikbrecher .....	213
e) Einstellungen und Versetzungen .....	214
II. Sonstige Maßnahmen während des Arbeitskampfes .....	217
1. Kündigungen .....	218
a) § 25 KSchG .....	219
b) Kampfkündigung und Aussperrung .....	221
c) Kampfkündigungen bei rechtswidrigen Streiks .....	223
d) Kampfkündigungen gegen Betriebsratsmitglieder .....	224
2. Kameraüberwachung Streikender .....	224
3. Kündigung und Vergabe von Werkswohnungen .....	225
4. Betriebsänderungen .....	225
III. Maßnahmen außerhalb des Arbeitskampfes .....	227
IV. Informationsrechte des Betriebsrats .....	228
V. Erweiterung der Beteiligungsrechte durch Betriebsvereinbarungen .....	229
VI. Notstands- und Erhaltungsarbeiten .....	230

B. Materielle Paritätserwägungen.....	232
I. Paritätsstörung zu Lasten der Gewerkschaften .....	233
II. Paritätsstörung zu Lasten der Arbeitgeberseite .....	234
1. Grundsätzliche Bedenken .....	234
2. Einzelne Beteiligungsrechte .....	235
a) Soziale Angelegenheiten.....	235
b) Kündigungen .....	236
c) Wirtschaftliche Angelegenheiten.....	239
III. Ergebnis.....	240
C. Besonderheiten bei rechtswidrigen Streiks .....	241
I. Kampfmaßnahmen gegen rechtswidrige Streiks .....	242
1. Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitgebers .....	243
2. Paritätsprinzip und Hilfsfunktion des Arbeitskampfes .....	245
a) Rechtswidrige Streiks ohne Tarifziel.....	246
b) Rechtswidrige Streiks zur Durchsetzung einer Tarifforderung .....	247
II. Betriebliche Mitbestimmung bei rechtswidrigen Streiks.....	249
D. Zusammenfassung .....	250

### *8. Kapitel*

#### **Die betriebliche Mitbestimmung im mittelbar arbeitskampfbetroffenen Betrieb**

A. Arbeitszeitverkürzungen .....	252
I. Das Lohnrisiko im mittelbar kampfbetroffenen Betrieb.....	254
1. Rechtsgebietskonkurrenz zwischen Arbeitskampfrecht und Schuldrecht .....	255
2. Gesetzliche Konkurrenzregeln .....	257
3. Vorrang arbeitskampfrechtlicher oder schuldrechtlicher Wertungen?....	258
4. Angleichung von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht.....	260
a) Sphärentheorie .....	260
b) Unterscheidung von Betriebs- und Wirtschaftsrisiko .....	261
c) Teilhabe am Kampfergebnis .....	262
d) Paritätsprinzip .....	264
aa) Betriebe innerhalb des umkämpften Tarifgebiets .....	264
bb) Betriebe außerhalb des umkämpften Tarifgebiets.....	266
cc) Zur rechtlichen Einordnung des Lohnverweigerungsrechts als Kampfmittel .....	270

II. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.....	272
1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.....	272
a) Keine gesetzliche Regelung i. S. des Einleitungssatzes .....	272
b) Regelungsspielraum.....	274
c) Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit.....	276
2. Arbeitskampfrechtliche Beschränkungen des Mitbestimmungsrechts....	278
B. Sonstige Maßnahmen des Arbeitgebers.....	281
I. Betriebe innerhalb des Kampfgebiets.....	281
II. Betriebe außerhalb des Kampfgebiets.....	283
C. Besonderheiten bei rechtswidrigen Streiks.....	284
D. Zusammenfassung .....	284

*9. Kapitel*

<b>Rechtsschutzmöglichkeiten der Betriebsparteien</b>	286
---	-----

A. Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitgebers .....	286
B. Rechtsschutzmöglichkeiten des Betriebsrats.....	288
I. Anträge im Beschußverfahren .....	288
II. Einstweilige Verfügung zur Sicherung der Beteiligungsrechte.....	288
1. Verfügungsanspruch .....	289
a) § 23 Abs. 3 BetrVG .....	289
b) Allgemeiner Unterlassungsanspruch .....	290
2. Verfügungsgrund .....	292
III. Beweisfragen.....	293

*10. Kapitel*

<b>Ergebnisse</b>	296
-------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	300
-----------------------------------	-----

<b>Sachregister .....</b>	319
---------------------------	-----

## **Abkürzungsverzeichnis**

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a. E.	am Ende
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ARS	Arbeitsrechtssammlung (vormals Bernsheimer Sammlung)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayVBl	Bayerisches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)

Beschl.	Beschluß
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DuR	Demokratie und Recht (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Einl.	Einleitung
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FeiertagslohnzahlungsG	Gesetz zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen
ff.	folgend (e)
gem.	gemäß
GewMH	Gewerkschaftliche Monatshefte (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz

GS	Großer Senat
Halbs.	Halbsatz
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IG	Industriegewerkschaft
i. S.	im Sinne
i. V.	in Verbindung
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JJb	Juristische Jahrbücher
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
m. E.	meines Erachtens
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NW	Nordrhein-Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.	oben
OVG	Obervorwaltungsgericht
R	Rückseite
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz oder Seite
S.	siehe

SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SchwbG	Schwerbehindertengesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt (e, er, es)
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
Urt.	Urteil
v.	vom
Var.	Variante
VersG	Bundesversammlungsgesetz
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## *1. Kapitel*

### **Einleitung**

#### **A. Gegenstand der Untersuchung**

Probleme aus dem Bereich des Arbeitskampfrechts sind in Rechtspraxis und Rechtslehre besonders umstritten. Zu einem regelrechten „Dauerbrenner“ hat sich die Frage nach der betrieblichen Mitbestimmung im Arbeitskampf entwickelt.<sup>1</sup> Wenngleich das Betriebsverfassungsgesetz hierzu keine ausdrückliche Regelung enthält, sind sich Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht im Schrifttum darin einig, daß einzelne Beteiligungsrechte des Betriebsrats während des Arbeitskampfes eingeschränkt werden müssen. Die Begründungen dafür sind ganz verschieden – man stößt hier auf ein eindrucksvolles Beispiel juristischen Erfindungsreichtums. Freilich deutet die Vielzahl unterschiedlicher Begründungsansätze auch darauf hin, daß die Problematik methodisch noch nicht hinreichend geklärt ist. Die Schwierigkeiten entstehen dadurch, daß die Rechtsordnung sowohl im Arbeitskampfrecht als auch im Betriebsverfassungsrecht Vorgaben für die betriebliche Mitbestimmung im Arbeitskampf enthält. Insofern besteht ein Konkurrenzverhältnis zweier Rechtsgebiete. Die Konkurrenz von Rechtsgebieten wird, obschon sie nicht selten auftritt, in der Methodenlehre bislang nur stiefmütterlich behandelt.

In der vorliegenden Arbeit sollen daher zunächst einige allgemeine Grundsätze für das Phänomen der Rechtsgebietskonkurrenz aufgestellt werden. Sie dienen als Grundgerüst für die Zuordnung der rechtlich relevanten Gesichtspunkte. Es wird sich im Verlauf der Untersuchung zeigen, daß eine rechtsfortbildende Angleichung von Arbeitskampfrecht und Betriebsverfassungsrecht erforderlich ist. Diese Angleichung muß m. E. auf der Basis der bestehenden Arbeitskampfrechtsordnung erfolgen, die das BAG anhand einiger zentraler Grundsätze<sup>2</sup> richterrechtlich entwickelt hat. Der vorgeschlagene Lösungsansatz beruht auf einer neuen Interpretation des arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzips. Ich betrachte die Kampfparität entgegen der gängigen Auffassung

---

<sup>1</sup> Vgl. *Kissel*, NZA 1990, S. 545, 551: „völlig umstritten“.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Wank*, Festschrift O. R. Kissel, S. 1225 ff.

nicht allein materiell als tatsächliche Chancengleichheit der Tarifgegner, sondern auch formell als Kampfmittelgleichheit.

Wichtig erscheint mir indes, daß man – gerade wenn, wie im Arbeitskampfrecht, klare gesetzliche Vorgaben fehlen – sich bemüht, die beteiligten Interessen umfassend zu berücksichtigen und die Wertungen offenzulegen, aufgrund derer ein bestimmtes Ergebnis erreicht wird. Leider ist das insbesondere in der Diskussion um arbeitskampfrechtliche Fragen nicht selbstverständlich: Juristen können hier nicht immer der Versuchung widerstehen, komplexe Interessenkonstellationen einseitig zu würdigen und Wertungen hinter formaljuristischen Begründungsformeln zu verstecken. Es erscheint deshalb angebracht, vorab die Interessenslage zu beleuchten, die dem Streit um die Beteiligungsrechte im Arbeitskampf zugrunde liegt.

## **B. Die betriebliche Mitbestimmung während des Arbeitskampfes im Spannungsfeld von Arbeitgeber-, Belegschafts- und Gewerkschaftsinteressen**

Die Problematik der betrieblichen Mitbestimmung im Arbeitskampf ist dadurch gekennzeichnet, daß die Interessen der kampfbetroffenen Arbeitgeber und die Interessen der Belegschaften sowie der kampfführenden Gewerkschaft kollidieren.

Das Interesse der Arbeitgeberseite geht dahin, den Tarifkonflikt zu ihren Gunsten zu entscheiden. Die Arbeitgeberverbände – oder, bei Konflikten um Firmenarife, einzelne Arbeitgeber – werden deshalb möglicherweise zum Kampfmittel der Aussperrung greifen. Sie werden aber auch die Wirkungen des gegnerischen Kampfmittels, des Streiks, durch andere geeignete Maßnahmen auf betrieblicher Ebene vereiteln oder jedenfalls abschwächen wollen. Der Streik zielt darauf ab, die Betriebstätigkeit zum Erliegen zu bringen und dadurch wirtschaftlichen Druck auf den Arbeitgeber auszuüben. Es entspricht daher den Arbeitgeberinteressen, trotz der Arbeitsniederlegung die Produktion fortzusetzen, um den wirtschaftlichen Druck, den die Gegenseite erzeugen will, zu mindern. Insbesondere dann, wenn der Betrieb nur teilweise bestreikt wird, kann der Arbeitgeber versuchen, die Produktion so weit wie möglich aufrechtzuerhalten, indem er beispielsweise einzelne Arbeitnehmer versetzt oder die Verlängerung der Arbeitszeit in einem nicht bestreikten Betriebsteil anordnet. Bei diesen Maßnahmen ist der Betriebsrat gem. §§ 99, 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zu beteiligen. Hier besteht die Gefahr, daß der Betriebsrat, die Partei der Streikenden ergreifend, das Vorhaben des Arbeitgebers torpediert. Stimmt der Betriebsrat etwa einer Arbeitszeitverlängerung nicht zu, muß die Einigungsstelle angerufen werden. § 87 Abs. 2 BetrVG. Sofern im Betrieb keine ständige Einigungsstelle i. S. des § 76 Abs. 1 S. 2 BetrVG existiert,

kann das Einigungsstellenverfahren die Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers beeinträchtigen. Das gilt insbesondere für den Fall, daß der Betriebsrat eine Obstruktionspolitik betreibt und nicht bereit ist, sich mit dem Arbeitgeber über die Person des Einigungsstellenvorsitzenden zu verständigen.<sup>3</sup> Der Arbeitgeber müßte dann gem. § 76 Abs. 2 S. 2 BetrVG das Arbeitsgericht anrufen, damit eine Entscheidung der Einigungsstelle ergehen kann. Auch wenn der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 BetrVG kampfbedingten Neueinstellungen oder Versetzungen widerspricht, ist der Arbeitgeber gem. § 99 Abs. 4 BetrVG gezwungen, einen arbeitsgerichtlichen Beschuß herbeizuführen, der die Zustimmung des Betriebsrats ersetzt. Zwar hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, vorläufige personelle Maßnahmen gem. § 100 BetrVG durchzuführen. Einer Entscheidung des Arbeitsgerichts bedarf es unter Umständen aber auch in diesem Fall, § 100 Abs. 2 BetrVG. Der Betriebsrat kann somit, wenn er es darauf anlegt, durch den Einsatz der Beteiligungsrechte Abwehrmaßnahmen des Arbeitgebers verzögern und sie dadurch möglicherweise entwerten.

Darüber hinaus sind auch andere Arbeitskampfsituationen denkbar, in denen die betriebliche Mitbestimmung dem Betriebsrat die Gelegenheit eröffnet, das Kampfverhalten des Arbeitgebers zu behindern. So ist der Arbeitgeber möglicherweise daran interessiert, bei Arbeitskampfexzessen Beweismittel gegen diejenigen Arbeitnehmer zu erlangen, die an Ausschreitungen teilnehmen. Zu diesem Zweck könnte er bereits vorhandene Kontrolleinrichtungen, wie z. B. Fernsehkameras, nutzen oder solche Einrichtungen neu installieren, um die Streikenden zu überwachen.<sup>4</sup> Der Betriebsrat, der hierbei gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitzubestimmen hat, ist in der Lage, durch eine Verzögerungstaktik derartige Maßnahmen ins Leere laufen zu lassen. Die Position des Arbeitgebers im Arbeitskampf kann mithin durch die Beteiligungsrechte des Betriebsverfassungsgesetzes beeinträchtigt werden. Bis es zu einer verbindlichen Entscheidung der Einigungsstelle oder des Arbeitsgerichts kommt, ist der Tarifkonflikt bei kurzer Streikdauer wahrscheinlich schon beendet. Das ist arbeitskampfrechtlich bedenklich und spricht dafür, die betriebliche Mitbestimmung während des Arbeitskampfes einzuschränken.

Andererseits darf man die Interessen der Belegschaft im arbeitskampfbetroffenen Betrieb nicht außer acht lassen. Wer ihre Belange vertreten will, kann auf die Schutzfunktion der betriebsverfassungsrechtlichen Beteiligungstatbestände<sup>5</sup> verweisen. Das Betriebsverfassungsgesetz gewährt dem Betriebsrat als Interessenvertreter der Belegschaft Mitwirkungsbefugnisse bei be-

<sup>3</sup> *Jahn*, Beteiligung, S. 86 f.

<sup>4</sup> Vgl. *Wiese*, Festschrift H. Hubmann, S. 481, 496 f.

<sup>5</sup> Dazu etwa *Weiss*, AuR 1982, S. 265; *Wiese*, Festschrift O. R. Kissel, S. 1269, 1277 ff. m. umfangreichen w. N. Zur Schutzfunktion von Betriebsvereinbarungen ausführlich *Kreutz*, Betriebsautonomie, S. 153 ff.