

Schriften zum
Arbeitsrecht und
Wirtschaftsrecht 61

Herausgegeben von Abbo Junker

Kathrin Kentner

Arbeitskampfmittel
der Arbeitgeber

§ 1 Der stete Kampf mit dem Arbeitskampf

Obzwar führende Arbeitsrechtler jüngst noch konstatiert hatten, daß das Arbeitskampfrecht endgültig in eine Phase der relativen Ruhe und Befriedung eingetreten sei,¹ sprechen gegenwärtige Auseinandersetzungen wieder eine deutlich andere Sprache. Wiederkehrend zeigt sich, daß der Arbeitskampf als »historisch entstandenes Phänomen unseres Arbeitslebens«² bis in seine Grundfesten hinein beharrlich Umwälzungen ausgesetzt bleibt. Kein anderes sozialpolitisch, wirtschaftspolitisch und gesamtgesellschaftlich derart konfliktbeladenes Rechtsinstitut ist so ungenügend vom Gesetzgeber normiert, in der Wissenschaft so facettenreich umstritten und in der Gesellschaft so emotionsgeladen diskutiert.

Zu den Auswüchsen dieses steten Diskussionsbedarfs hatte Zöllner schon 1985 treffend bemerkt:

»Niemand kann mehr die vielen tausende von bedruckten Seiten zum Arbeitskampfrecht der vergangenen 30 Jahre auch nur durchlesen, ohne gegen sich selbst das Übermaßverbot zu verletzen.«³

Diese Feststellung hat heute – ein viertel Jahrhundert später – ihre Griffigkeit nicht verloren und so läßt es einen als Autorin eines arbeitskampfrechtlichen Beitrags nur verhalten schmunzeln, wenn sich selbst *Wißmann*, als einstiger Präsident des *BAG*, bei der Beschäftigung mit dem Arbeitskampfrecht mehr an einen Urwald denn an eine Rechtsmaterie erinnert fühlt.⁴

Für die Tarifvertragsparteien bedeutet »der stete Kampf mit dem Arbeitskampf« ein erhebliches Risiko: Hauptproblem ist die unklare Grenzziehung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Kampfmaßnahmen. Weitgehend unbestritten ist zwar, daß Arbeitskämpfe innerhalb der geltenden Rechts- und Sozialordnung grundsätzlich zulässig sind. Je umfangreicher und komplexer die Kampfhandlungen aber, desto schwieriger wird es, deren Zulässigkeitsvoraussetzungen zu bestimmen. Irritiert durch eine unübersichtliche Rechtslage wissen insbesondere die Arbeitgeber häufig nicht, wo die Grenzen und Möglichkeiten ihres Handelns liegen.

Hinzu kommt, daß sich über die Jahre hinweg ein Selbstverständnis entwickelt hat, nach dem die Gewerkschaften für das Fordern und die Arbeitgeber für das Erfüllen zuständig sind. Entsprechend haben auch nur die Gewerkschaften den ihnen eingeräumten und durch die Rechtsprechung sogar nach und nach

1 *Loritz*, FS 50 Jahre BAG, 2004, Seite 557; *Richardi*, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, 2002, Seite 194; *Zachert*, FS 50 Jahre BAG, 2004, Seite 577.

2 *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 1 Rn. 1.

3 *Zöllner*, DB 1985, 2450, 2452.

4 *Wißmann*, ZTR 1998, 215.

noch erweiterten Spielraum, bei der Ausbildung neuer Kampfformen geschickt genutzt und ihren Aktions- wie Reaktionsraum beachtlich erweitert.⁵ Auf Seiten der Arbeitgeber ist hingegen – wie im Rahmen der Arbeit detailliert aufgezeigt werden wird – ein »Aufrüsten«, ja sogar das »Anwenden« der Kampfmittel, weitestgehend unterblieben. Von Seiten der Rechtsprechung wurde die Kampfkraft der Arbeitgeber sogar noch mit immer weiteren Friktionen belegt.

Die Arbeitgeberseite allein zum Dulden und Durchstehen zu verurteilen ist unter heutigen Wirtschaftsbedingungen indes kein Lösungsansatz. Die vorliegende Arbeit will daher zeigen, was für Arbeitgeber im Arbeitskampf rechtlich realisierbar, wirtschaftlich machbar und unternehmerisch zumutbar ist.⁶ Hierzu ist es zunächst unumgänglich, das Phänomen »Arbeitskampf« rechtlich wie ökonomisch einzuordnen und es einer verfassungsrechtlichen Begutachtung zu unterziehen. Auf dieser Grundlage werden dann die »Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber« im einzelnen untersucht.

-
- 5 Ein anschauliches Beispiel hierfür lieferte jüngst die durch das LArbG Berlin-Brandenburg vom 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 – BB 2008, 2290 bestätigte neue Streikstrategie des »Flash-Mob«. Eingehend hierzu bisher nur *Rieble*, NZA 2008, 796 ff. Im Weiteren werden Art und Umfang der »Arbeitskampfmittel der Arbeitnehmer« nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Es wird auf die einschlägige Literatur verwiesen.
 - 6 Spezialfälle wie Arbeitskämpfe im Öffentlichen Dienst und in Tendenzbetrieben bleiben aufgrund ihrer Besonderheiten außer Betracht. Gleiches gilt für Arbeitskämpfe mit Auslandsberührung und für die europäischen Vorschriften. Ausgeblendet werden ferner alle betriebsverfassungsrechtlichen Aspekte sowie die schlichtungsrechtlichen Fragen des Arbeitskamps.

A. Instabilität des Arbeitskampfrechts

Das Arbeitskampfrecht hat bisher, trotz seit Jahrzehnten geführter Arbeitskämpfe⁷ und deren Begleitung durch Rechtsprechung und Schrifttum, keine Stabilität erlangt. Es ist vielmehr – so die ernüchternde aber treffende Diagnose *Riebles* – »aleatorisch«⁸ und damit genau das Gegenteil von dem was es eigentlich sein sollte, nämlich normativ festgeschrieben und rechtssicher anwendbar. Auf der Suche nach Antworten auf arbeitskampfrechtliche Fragestellungen wird man in Rechtsprechung und Schrifttum daher häufig mit einer »Rechtsfindung« konfrontiert, die im Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland bisher ihresgleichen sucht, deren Existenz sich aber aus folgenden »Anomalien« des Arbeitskampfrechts erklären läßt.

I. Arbeitskampf als Rechtsbegriff

Die erste Anomalie zeigt sich bereits in der bis heute fehlenden Definition des Arbeitskampfes⁹ selbst. Das arbeitskampfrechtliche Schrifttum ist sich – nicht zuletzt aufgrund einer im Grundsatz richtigen begriffsjuristischen Skepsis – nicht sicher, was das Phänomen Arbeitskampf begrifflich eigentlich bedeuten soll. Das Gesetz erwähnt den Arbeitskampf zwar in einigen Vorschriften,¹⁰ diese enthalten aber weder eine allgemeine Begriffsbestimmung, noch steht hinter ihnen ein geschlossenes Arbeitskampfkonzep^t.¹¹

1. Bedeutung

Die damit fehlende Bestimmbarkeit des Arbeitskampfes rechtfertigt an dieser Stelle das Anliegen, der Untersuchung der »Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber« einen allgemeinen Arbeitskampfbegriff voranzustellen. Hierdurch soll freilich nicht – dies sei klar hervorgehoben – der Eindruck entstehen, daß mit der Begriffsbildung bereits Fragen der rechtlichen Zulässigkeit entschieden sind.

7 Zu Geschichte und Entwicklung des Arbeitskampfs ausführlich *Kittner*, Arbeitskampf, 2005, Seite 9 ff. sowie *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, 2008, Seite 29 ff.

8 *Rieble*, BB 2008, 1506, 1513. Ähnlich kritisch *Buchner*, BB 2008, 106: »Chaos im Arbeitskampfrecht« und *Rüthers*, DB 1990, 113, 114: »unvorhersehbare Schwankungen der Rechtsprechung«.

9 Die Begriffe »Arbeitskampfmittel«, »Arbeitskampfmaßnahme« oder »Kampfmittel« werden im Folgenden synonym verwendet. Der Begriff »Arbeitskampf« erscheint dabei als Oberbegriff, so daß die Begriffsbildung einheitlich erfolgen kann. So auch *Gamillscheg*, KollArbR I, 1997, Seite 934; *Richardi*, FS Wolf, 1985, 549, 550.

10 Siehe beispielsweise in Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG, § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, § 74 Abs. 2 BetrVG, § 11 Abs. 5 AÜG, § 25 KSchG, § 91 Abs. 6 SGB IX, § 146 SGB III.

11 So auch *Jacobs*, in: *Rieble* (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, Seite 91, 98.

Der Begriff dient allein der Beschreibung und Abgrenzung eines Lebenssachverhalts, für den eine besondere rechtliche Beurteilung grundsätzlich in Betracht kommen kann.¹²

Im konkreten Fall darf diese augenscheinliche »Unverbindlichkeit« gleichwohl nicht dahingehend mißverstanden werden, daß die Zuordnung einer in Streit stehenden Maßnahme zum Arbeitskampf völlig ohne rechtliche Vorbeurteilung ist. Im Gegenteil: Ist eine Maßnahme erst einmal dem Arbeitskampf zugeordnet, wird es immer eines besonderen Begründungsaufwandes bedürfen, wenn diese Maßnahme dann keiner arbeitskampfrechtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung unterworfen wird. Gleiches gilt für den umgekehrten Fall, indem ein Verhalten, das bisher nicht als Arbeitskampf bewertet wurde, letztlich doch kampfrechtlichen Grundsätzen unterworfen wird. Eine gewisse Weichenstellung bringt die Zuordnung zum Arbeitskampf also mit sich.¹³

2. Begriff

Nach einer vor langer Zeit einmal in den Raum gestellten, dann aber nicht mehr aufgegriffenen Begriffsfassung des BAG, sind »als Kampfmaßnahmen im allgemeinen Sprachgebrauch und im Sinne des einen Teil des Arbeitsrechts bildenden Arbeitskämpfrechts (...) alle Maßnahmen anzusehen, die den Verhandlungspartner bewußt und gewollt unter den unmittelbaren Druck eingeleiteter Arbeitskämpfe setzen und damit seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigen sollen. Kampfmaßnahme in diesem Sinne ist jede Maßnahme, die an die Stelle des freien Verhandeln den Zwang zum Bewilligen der Forderungen des Partners oder jedenfalls zum Nachgeben setzen soll, und zwar aus Furcht vor den Nachteilen oder Verlusten, die der Arbeitskampf mit sich bringt.«¹⁴ Dieser auffallend weit gefaßten Begriffsbestimmung lassen sich durchaus Elemente entnehmen, die als zwingend für die Zuordnung zum Arbeitskampf anzusehen sind.

a. Kollektive Störung durch die Tarifpartner

Der Arbeitskampf unterscheidet sich von sonstigen Erscheinungen des Arbeitslebens zunächst durch seinen »kollektiven Charakter«.¹⁵ Gemeint ist, daß eine Kampfmaßnahme von Verbänden bzw. mehreren Personen getragen oder zumindest gegen einen Verband bzw. mehrere Personen gerichtet sein muß.¹⁶

12 Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 1 Rn. 1.

13 Ähnlich Jacobs, in: Rieble (Hrsg.), Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, Seite 91, 98 f.; Schwarze, RdA 1993, 264, 267.

14 BAG vom 31.10.1958 – 1 AZR 632/57 – BAGE 6, 321 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht = SAE 1959, 41, unter II 5 d der Gründe.

15 Gamillscheg, KollArbR I, 1997, Seite 931 f.

16 Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 1 Rn. 5.

Zwingend muß die kollektive Störung dabei von Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite ausgehen, so daß Störungen Dritter, wie die von Lieferanten, Kunden etc., aus dem Arbeitskampfbegriff ausgenommen sind.¹⁷ Ebenso fehlt dem Wirtschaftskampf mehrerer Unternehmen oder dem Konkurrenzkampf widerstreitender Gewerkschaften der Arbeitskampfcharakter.¹⁸

b. Druckausübung

Notwendiges Begriffselement ist ferner die kollektive Ausübung von Druck auf die Gegenseite.¹⁹ »Kämpfen« heißt, gegen den Willen des Gegners zu handeln, diesen zum Nachgeben zu zwingen und dadurch den Boden für die notwendige Einigung zu bereiten. Insofern trifft das BAG in seiner Begriffsfassung auch das Richtige, wenn es davon spricht, daß der Arbeitskampf »an die Stelle des freien Verhandeln den Zwang zum Bewilligen der Forderungen (...) oder jedenfalls zum Nachgeben« setzt.²⁰ Je größer die Intensität des Drucks dabei ist, desto schneller und leichter wird sich der gegnerische Tarifwille beugen lassen.²¹

c. Störung der Vertragsbeziehung

In diesem Zusammenhang ist es richtigerweise auch erforderlich, daß der Druck auf den Tarifpartner durch eine Störung der Arbeitsbeziehungen, verstanden als Verletzung der gegenseitigen Vertragspflichten, hervorgerufen wird.²² Ein Teil des Schrifttums plädiert an dieser Stelle erweiternd zwar dafür, an Stelle der Störung der Arbeitsbeziehungen die Zufügung allgemeiner Nachteile ausreichen zu lassen.²³ Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Von den Gründervätern des heutigen Arbeitskampfrechts wurde die kollektivrechtliche Einheitstheorie doch nur deshalb ins Leben gerufen, weil es darum ging, den bei fehlender vorheriger Kündigung mit Streik und Aussperrung einhergehenden Vertragsbruch über das neu erschaffene Rechtsinstitut des Arbeitskampfs legitimieren zu können.²⁴ Vor diesem Hintergrund erscheint es nur sachgerecht, wenn der Arbeitskampf auf diese zu »heilende« Störung der Vertragsbeziehung beschränkt bleibt.

17 Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 2008, § 41 II 1 a.

18 Gamillscheg, KollArbR I, 1997, Seite 934.

19 Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 13 Rn. 3.

20 BAG vom 31.10.1958 (Fn. 14), unter II 5 d der Gründe.

21 Eingehend hierzu Kornbichler, Stillelegung des Betriebs, 1999, Seite 23.

22 In diesem Sinne beispielsweise Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 13 Rn. 1: »Störung der vertragsgemäßen Durchführung des Arbeitsverhältnisses« bzw. § 37 Rn. 1: »vertragswidrige Störung der Durchführung des Arbeitsverhältnisses«. Ausdrücklich Junker, GK Arbeitsrecht, 2009, Rn. 592.

23 Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 1 Rn. 3; Schwarze, RdA 1993, 264, 268; Schweinberger, Prämien, 1998, Seite 169.

24 Hierzu sogleich unter § 1A.II.1.b.

d. Weitergehende Einschränkungen?

Eine weitergehende Verengung des Arbeitskampfbegriffs – insbesondere unter dem Aspekt des Kampfziels²⁵ – ist hingegen abzulehnen. Hierdurch würden nur Fragen des Begriffs und der Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes verwischt und in Wirklichkeit nah beieinander Liegendes unnatürlich getrennt.

3. Ergebnis

Im Ergebnis kann folglich, relativ weit gefaßt, jede kollektive Störung der vertragsmäßigen Durchführung der Arbeitsverhältnisse, durch die die Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite den Gegner absichtlich unter Druck setzt, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, als Arbeitskampf verstanden werden. Diese Begriffsfassung steht exemplarisch für die heute herrschende Meinung, wobei die Formulierungen zuweilen in Nuancen verschieden sind.²⁶

II. Arbeitskampfrecht als Richterrecht

Die gewichtigste Anomalie des Arbeitskampfrechts ist aber sicher, daß trotz der immensen Bedeutung von Arbeitskämpfen ein kodifiziertes Arbeitskampfrecht nicht existiert.²⁷ Wer wissen will, welche Wirkungen und Rechtsfolgen Streikmaßnahmen haben oder auf welche Art und in welchem Umfang Arbeitgeber auf gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen reagieren können bzw. selbst zum Angriff berechtigt sind, sucht ein Gesetz dieses Regelungsinhalts vergebens. Inmitten der sonst so oft beklagten »Normenflut« gibt es im Arbeitskampf ein weitläufiges Gebiet der »Normenebbe«. Bis heute vermochte es der deutsche Gesetzgeber nicht, ein Arbeitskampfgesetz zu erlassen.²⁸

25 So aber die Vertreter eines engen Arbeitskampfbegriffes. Aktuell noch *Dütz*, Arbeitsrecht, 2007, Rn. 586 mwN.

26 *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, 2007, Rn. 741; *Gamillscheg*, KollArbR I, 1997, Seite 934; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht II, 2007, § 14 Rn. 14; *Junker*, GK Arbeitsrecht, 2009, Rn. 592; *KassHdb/Kalb*, Bd. II, 2000, 8.2 Rn. 7; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 13 Rn. 1; *Reichold*, Arbeitsrecht, 2008, § 13 Rn. 4; *Zöllner/Loritz/Hergeröder*, Arbeitsrecht, 2008, § 41 II 1.

27 *Schwarze*, JuS 1994, 653, spricht in diesem Zusammenhang von einem »eklatanten Versagen des Gesetzgebers«.

28 Ein voll ausgearbeiteter Entwurf liegt seit 1988 von den Professoren *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, vor; abrufbar unter <http://www.zaar.uni-muenchen.de/dokumentation/arbeitskampfrecht.html>. Dazu und zu weiteren Kodifikationsbemühungen *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 16 Rn. 9 ff.

1. Der Richter als »Ersatzgesetzgeber«

Aufgrund der nur fragmentarisch vorhandenen Gesetzeslage und der gleichwohl bestehenden Notwendigkeit, arbeitskampfbedingte Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, hat sich die Entwicklung der für die rechtliche Beurteilung von Arbeitskämpfen wesentlichen Grundsätze quasi zwangsläufig auf die Rechtsprechungsebene verschoben.

a. Ursprüngliche Trennungstheorie

Bis zum rechtshistorischen Beschluß des *BAG* vom 28.1.1955²⁹ war Arbeitskampf stets mit dem Makel des zivilrechtlichen Vertragsbruchs behaftet. Kampfmaßnahmen wurden stets isoliert nach kollektiv- und individualrechtlichen Maßstäben beurteilt, so daß sich die kampfrechtliche Betätigung auch den allgemeinen Schranken des Vertragsrechts unterworfen sah. Streik war nur dann zulässig, wenn der streikende Arbeitnehmer vorher ordentlich gekündigt und den Ablauf der Kündigungsfrist abgewartet hatte. Gleiches galt für die Aussperrung. Lag keine vorherige Kündigung vor, wurde die Kampfmaßnahme zwar kollektiv als Beteiligung an einem Arbeitskampf bewertet, gleichzeitig wurde darin aber ein individualrechtlicher Vertragsbruch mit allen individualrechtlichen Konsequenzen wie Schadensersatz oder gar Kündigung gesehen.³⁰

b. Kollektivrechtliche Einheitstheorie

Von diesem Dogma rückte das *BAG* in seiner Entscheidung vom 28.1.1955³¹ ab. Unter Anlehnung an die unveröffentlichte Habilitationsschrift von *Bulla* und unter dem Vorsitz von *Nipperdey*³² wurde durch die höchsten Arbeitsrichter die Abkehr von der Trennungstheorie durch die Begründung der kollektivrechtlichen Einheitstheorie vollzogen: Die Vorstellung vom Arbeitskampf als einem einheitlichem Geschehen führte den *Großen Senat* zu einer einheitlichen kollektivrechtlichen Bewertung, die die individualrechtliche Beurteilung als Vertragsverletzung hinfällig werden lies und das Kündigungserfordernis vor Kampfbeginn beseitigte.³³ Die Rechtmäßigkeit der kollektiven Handlung führte zur Rechtmäßigkeit auch auf Arbeitsvertragebene und zwar für Streik und Aussperrung gleichermaßen. In Konsequenz hat der rechtmäßige Arbeitskampf

29 BAG vom 28.1.1955 – GS 1/54 – BAGE 1, 291 = AP Nr. 1 zu Art 9 GG Arbeitskampf = SAE 1956, 10.

30 Vgl. hierzu die umfassende Darstellung in BAG vom 28.1.1955 (Fn. 29), unter I 1 a der Gründe sowie *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 23 Rn. 1 ff.

31 BAG vom 28.1.1955 (Fn. 29).

32 Zu diesem Vorgang *Neumann*, FS Wiedemann, 2002, Seite 367, 370; zum Inhalt *Bulla*, FS *Nipperdey*, 1955, Seite 163 ff.

33 BAG vom 28.1.1955 (Fn. 29), unter I 4 der Gründe.

grundsätzlich nur noch die Suspendierung der Hauptleistungspflichten zur Folge. Das Arbeitsverhältnis selbst besteht während der Kampfaussetzung fort.³⁴

c. Festschreibung der Sonderdogmatik

Obwohl sich diese »Neukonzeption« auf keine juristisch logische Ableitung aus bisher allgemein anerkannten Rechtsprinzipien stützen konnte, hatte sie Durchschlagskraft und beherrscht bis heute die Rechtsprechung und Praxis des Arbeitskampfrechts.³⁵ Alles was arbeitskampfbezogen zu entscheiden ist, steht seither unter dem Vorbehalt der Sonderrechtsordnung des Arbeitskampfrechts, das den Bruch des einfachen Rechts legitimieren kann.

In den folgenden Jahrzehnten wurde die arbeitskampfrechtliche Sonderrechtsordnung dann schrittweise vom *BAG* und teilweise auch vom *BVerfG* präzisiert und weiterentwickelt.³⁶ Nicht ohne Berechtigung wird diesbezüglich sogar davon gesprochen, daß das *BAG* in Arbeitskampffragen zum »Ersatzgesetzgeber«³⁷ aufgestiegen sei. Das *BAG* selbst spricht von »gesetzesvertretendem Richterrecht«³⁸ und propagiert zunehmend selbstbewußt das Arbeitskampfrecht als eine Domäne allein richterrechtlich geprägter Regeln.³⁹

2. Kritische Würdigung

Die arbeitskampfrechtliche Sonderrechtsordnung ist im Schrifttum freilich nicht kritiklos geblieben. Insbesondere unter der Fragestellung, ob der Gesetzgeber die Lücke überhaupt hinterlassen durfte, in die die Rechtsprechung dann so bereitwillig gesprungen ist, melden sich erhebliche Bedenken an.⁴⁰

34 *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 23 Rn. 23.

35 *Ehmann*, NZA 1991, 1, 2.

36 Ein umfassender Überblick über die Entwicklung findet sich bei *Konzen*, FS 50 Jahre BAG, 2004, Seite 515 ff. und *Ruhland*, Arbeitskampffarität, 2001, Seite 38 ff.

37 So erstmals *Seiter*, NJW 1976, 1369. Nach *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 2008, § 6 V 2, handelt es sich um eine »rechtssoziologisch treffende Bezeichnung«.

38 BAG vom 21.4.1971 – GS 1/68 – AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EZA Art 9 GG Nr. 6 = NJW 1971, 1668, unter Teil III F der Gründe.

39 Vgl. etwa *ErfKomm/Dieterich*, 2009, Art. 9 GG Rn. 220.

40 Umfassend zu einer möglichen verfassungsrechtliche Pflichtverletzung des Gesetzgebers durch Unterlassen v. *Rosenstiel*, Arbeitskampfrecht, 2003, insb. Seite 69 ff. Zur Stellung des »BAG als Ersatzgesetzgeber« aus verfassungsrechtlicher Perspektive jüngst auch *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, 2008, Seite 311 ff. Das Problem wird im Rahmen dieser Arbeit daher nur kurz behandelt.

a. Verfassungsrechtliche Einwände

Die gesetzliche Normierung des Arbeitskampfrechts wird schon deswegen für verfassungsrechtlich geboten angesehen, weil dem Richter die demokratische Legitimation fehle, an Stelle des Gesetzgebers Regelungen mit normgleicher Wirkung zu erlassen.⁴¹ Das Demokratiegebot des Grundgesetzes verlangt, daß die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben stets auf den Willen des Volkes zurückgeführt werden kann. *Böckenförde* spricht diesbezüglich zu Recht von einem Gebot effektiv demokratischer Legitimation.⁴² Die Rechtsprechung ist nun aber weder demokratisch verantwortlich noch von einem demokratisch verantwortlichen Organ weisungsabhängig. Ihre demokratische Legitimation kann sie allein über die Bindung an das Gesetz erfahren.⁴³ Mit der Bestätigung einer weit reichenden richterrechtlichen Ersatzgesetzgebung würde diese verloren gehen.

Im Zuge seiner Untätigkeit ignoriert der Gesetzgeber zudem schlicht, daß auch nach dem »Wesentlichkeitsgrundsatz« die Verantwortlichkeit eindeutig bei ihm und nicht bei der Rechtsprechung liegen würde.⁴⁴ Nach der vom *BVerfG* entwickelten Wesentlichkeitstheorie obliegt dem Gesetzgeber die rechtsstaatliche Pflicht in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.⁴⁵ Kurz: Die Wesentlichkeitstheorie enthält ein partielles Delegationsverbot, gegen das die Überbürdung des Arbeitskampfrechts auf den Richter verstößt. Diesem Verstoß läßt sich auch mit *Däubler* nicht entgegenhalten, daß Arbeitskämpfe relativ selten sind und in ihren wirtschaftlichen Folgen in einem gewissen Umfang aufgefangen werden können.⁴⁶ Denn zweifelsohne handelt es sich bei Arbeitskämpfen, angesichts ihrer zentralen gesamtwirtschaftlichen Bedeutung und ihrer tiefgreifenden und vielfältigen Auswirkungen, um einen grundlegenden normativen Bereich, der nach den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie unabdingbar vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst geregelt werden müßte.⁴⁷

41 *Gamillscheg*, KollArbR I, 1997, Seite 35 f.

42 *Isensee/Kirchhof/Böckenförde*, HStR II, 2004, § 24 Rn. 11 ff.

43 *Isensee/Kirchhof/Böckenförde*, HStR II, 2004, § 24 Rn. 24.

44 So federführend *Kloepfer*, NJW 1985, 2497 ff. und *Friauf*, RdA 1986, 188, 192. Im Grundsatz übereinstimmend *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 62; *Seiter*, RdA 1986, 165, 171; *Wank*, RdA 1989, 263 ff.; *ders.*, RdA 2009, 1, 2. Kritisch *Ehrich*, DB 1993, 1237, 1239.

45 Siehe hierzu *BVerfG* vom 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 – *BVerfGE* 49, 89 = NJW 1979, 359 = DB 1979, 201.

46 *Däubler/Däubler*, Arbeitskampfrecht, 1987, Rn. 105x.

47 *Friauf*, RdA 1986, 188, 192.

Gleichwohl hat sich das *BVerfG* in seiner Entscheidung vom 26.6.1991⁴⁸ diesen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken nicht angeschlossen und davon abgesehen, den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen. Statt dessen hat es den Anwendungsbereich der Wesentlichkeitstheorie im Arbeitskampfrecht auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger beschränkt und es als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen, wenn die arbeitskampfrechtliche Streitentscheidung im »Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger« durch die Gerichte erfolgt.⁴⁹

Bei dieser Einschränkung verkennt das *BVerfG* aber, daß jeder Arbeitskampf schon seiner Konzeption nach zwangsläufig eine Drittdimension entfaltet: Neben den unmittelbar an den Kampfhandlungen beteiligten Akteuren wirkt sich jeder Arbeitskampf in der Regel nämlich auch auf Dritte und die Allgemeinheit aus. Erwähnt seien hier etwa die nicht am Arbeitskampf teilnehmenden Arbeitnehmer des Betriebs oder anderer Betriebe, die wegen der Arbeitskampffolgen nicht beschäftigt werden können und daher Lohneinbußen erleiden.⁵⁰ Negativ betroffen werden auch die Vertragspartner der kampfbetroffenen Arbeitgeber, die ihre Zulieferungen nicht erhalten bzw. deren Produkte nicht abgenommen werden. Hinzu kommt, daß zunehmend auch unbeteiligte Bürger in die Kampfhandlungen einbezogen werden. Besonders deutlich tritt dies am Beispiel von Arbeitskämpfen in Kindertagesstätten oder öffentlichen Verkehrsbetrieben hervor. Die Allgemeinheit wird hier in ihrem als existentiell empfundenen Bedürfnis der Versorgung direkt und unmittelbar betroffen.⁵¹ Schließlich wirkt sich der Arbeitskampf durch geringere Steuereinnahmen bzw. durch den Beitragsausfall in der Sozialversicherung negativ auf die Allgemeinheit aus.⁵² Keinesfalls kann der Arbeitskampf daher nur als Geschehen zwischen den Kampfparteien beurteilt werden.⁵³

48 BVerfG vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AP Nr. 117 zu Art 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 97 mit Anm. Rieble = SAE 1991, 329 ff. mit Anm. *Konzen*.

49 BVerfG vom 26.6.1991 (Fn. 48), unter C I 2 a der Gründe. Bestätigt wurde diese »Freistellung« in der Entscheidung des BVerfG vom 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 = AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 1993, 1379. Dort heißt es unter C II 2 b der Gründe: »Fehlen gesetzliche Regelungen, muß die Rechtsprechung sachgerechte Lösungen entwickeln, soweit es um das Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger geht«.

50 Eingehend hierzu nachfolgend unter § 3B.I.1.c.[1].

51 Diesbezüglich läßt sich sogar beobachten, wie die Schädigung unbeteiligter Bürger gezielt zum Inhalt der Kampftaktik gemacht wird. Nicht zufällig streikt die GdL in der Hauptverkehrszeit an neuralgischen Punkten und auch die um einen besseren Tarifvertrag kämpfenden Piloten und Flugbegleiter lassen ihre Flugzeuge aus gutem Grund in den Hauptreisezeiten am Boden stehen.

52 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 2 Rn. 34.

53 So auch *Richardi*, FS Zöllner, Bd. 2, 1998, Seite 935.

b. Politik als Hemmschuh

Nicht zuletzt aus diesem Grund steht das arbeitskampfrechtliche Richterrecht im Kreuzfeuer der Wissenschaft. Anhaltend wird die kategoriale Untätigkeit des Gesetzgebers als Kapitulation vor vermeintlich politischen Sachzwängen kritisiert⁵⁴ und in der Tat läßt sich der Verdacht, daß sich »der stete Kampf mit dem Arbeitskampf« mehr aus Ideologien denn aus sauberer Rechtsdogmatik speist, immer weniger von der Hand weisen. Nicht zuletzt von Seiten der sozialen Gegenspieler sehen sich gesetzesgründende Bestrebungen regelmäßig massivem Druck ausgesetzt.⁵⁵ Wie in keinem anderen Rechtsgebiet fühlt sich der parlamentarische Gesetzgeber im Arbeitskampf offensichtlich begrenzt durch das politisch Machbare. All zu gern läßt er den Richter vorangehen, damit dieser »die Kastanien aus dem sozialpolitischen Feuer hole«.⁵⁶ Dabei muß eines aber klar hervorgehoben werden: Konsensfähigkeit kann niemals die Voraussetzung einer gesetzlichen Regelung sein. Sie mag zwar einen wichtigen pragmatischen Gesichtspunkt bei der politischen Programmbildung darstellen, die verfassungsrechtliche Pflicht zum Tätigwerden kann davon jedoch nicht abhängen.⁵⁷

Ohnedies tut eine »Entpolitisierung der Justiz«⁵⁸ längst Not: Die Stellung des Richters als Ersatzgesetzgeber des Arbeitskampfrechts hat unlängst dazu geführt, daß dieser in die politische Auseinandersetzung um dessen Geltung und Ausgestaltung hineingezogen wurde. Politik wird aber von Wahlkampfphasen und gesellschaftspolitischen Strömungen bestimmt. Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen brauchen aber langfristige und verlässliche Regelungen.

c. Systemimmanente Rechtsunsicherheit

Ein immer stärker in den Focus rückender Kritikpunkt ist überdies die Tatsache, daß die einzelfallbezogene Rechtsprechung, mag sie sich auch noch so bemühen und um Kompromisse bestrebt sein, mit der Bildung eines allgemeingültigen Arbeitskampfrechts systematisch klar überfordert ist.⁵⁹ Bei allem Respekt vor

54 Dreier/Bauer, GG, 2004, Bd. I, Art. 9 Rn. 95. Im Rahmen des Bahnstreiks dies wiederholend Höfling/Engels, NJW 2007, 3102, 3103.

55 Auch Beppler, AuA 1998, 228, 232, spricht vom Arbeitskampfrecht als »einem von starken gesellschaftlichen Kräften außerordentlich umkämpften Rechtsgebiet, in dem auch Selbstverständnis und Selbstbewußtsein der Verbände eine große Rolle spielen«.

56 So treffend Hanau, RdA 1988, 1.

57 Seiter, RdA 1986, 165, 171 unter Hinweis auf die Gegenmeinung von Peter, RdA 1985, 337, 343, der die Entscheidung, ob Fragen gesetzlich geregelt werden sollen oder nicht, allein in den Händen des Gesetzgebers wissen will.

58 Im Zusammenhang mit den jüngsten Entwicklungen dies ebenfalls anmahnd Konzen, SAE 2008, 1, 9; v. Steinau-Steinrück/Glanz, NZA 2009, 113, 117.

59 So schon Birk u.a., 1988 (Fn. 28), im Vorwort; Lerche, NJW 1987, 2465, 2467. Dagegen Picker, JZ 1984, 153, 158, der hierin gerade den Vorteil der richterrechtlichen Ar-

der Entscheidungsfindung der Arbeitsrichter darf nicht verkannt werden, daß deren Entscheidung auch im Falle der wiederholten und ständigen Rechtsprechung nur für den konkreten Einzelfall gilt. Gepaart mit der Tatsache, daß Urteile sich immer auf die unterschiedlichsten Fallkonstellationen beziehen, läßt sich so, selbst bei homogenem Wertverständnis, eine systematische Geschlossenheit niemals erreichen.⁶⁰

Über dem allein richterrechtlich konzipierten Arbeitskampfrecht hängt stets das Damoklesschwert der jederzeit möglichen Änderung.⁶¹ Arbeitskämpfe werden zudem meist im einstweiligen Rechtsschutz entschieden⁶² und dieser endet bekanntlich bereits am Landesarbeitsgericht.⁶³ Mag man der wissenschaftlichen Euphorie *Riebles* folgen, liegt das Arbeitskampfrecht damit zumeist in Händen eines LAG-Verfügungsrichters, womit Anarchie machbar ist.⁶⁴ Die traurige Konsequenz für die Tarifvertragsparteien ist aber, daß ihnen hiermit die letzte Grundlage für ein rechtssicheres Agieren im Arbeitskampf genommen ist. Auf dem Stand zuletzt ergangener Entscheidungen erfolgt ihr Handeln nur auf Verdacht und stets mit dem Risiko, daß die Rechtsprechung die ergriffenen Maßnahmen, mitunter mit erheblicher Zeitverzögerung, mißbilligt und für die Folgen Ersatzansprüche geltend macht.⁶⁵ In Anbetracht der weitreichenden Folgen die Arbeitskämpfe haben können, ein denkbar unbefriedigendes Ergebnis.

Erschwerend hinzu kommt, daß in die Phalanx der arbeitskampfrechtlichen Positionen jüngst erheblich Bewegung geraten ist: Nachdem der *Erste Senat* mit Urteil vom 18.2.2003 bereits die Einbeziehung von Außenseiter-Arbeitgebern⁶⁶ in den Verbandsarbeitskampf für zulässig erachtet hatte, soweit die »Übernahme des umkämpften Verbandstarifvertrages rechtlich gesichert ist«, sog. Partizipationsarbeitskampf,⁶⁷ schuf er mit den seit dem 19.6.2007 im Regelfall zulässigen

beitskampfrechtsprechung sieht, da sie schneller den veränderten Gegebenheiten angepaßt werden könnte. Ähnlich jüngst *Sumus*, AuR 2008, 1, 12.

60 Nach *Konzen*, FS 50 Jahre BAG, 2004, Seite 515, 518, erlaubt das richterliche Arbeitskampfrecht »keine Systematik aus einem Guß«.

61 Zum Problem »Richterrecht und Rechtsunsicherheit« deutlich *Löwisch/Rieble*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997, 170.1 Rn. 144 ff.

62 Hierzu nachfolgend unter § 5B.I.2.a.

63 Eine anschauliche Darstellung der verfahrensrechtlichen Besonderheiten im einstweiligen Rechtsschutz, findet sich bei *Kittner/Zwanziger*, Arbeitsrecht, 2007, § 172.

64 *Rieble*, BB 2008, 1506, 1514.

65 *Gaudecki*, Schadensbegrenzung, 1991, Seite 26; *Hettlage*, BB 1985, 2253, der von Arbeitskämpfen im »rechtlichen Niemandsland« spricht.

66 Zum Außenseiterbegriff eingehend *Lembke*, Arbeitskampfbeteiligung von Außenseitern, 2000, Seite 6 ff. und *Reichel*, Außenseiter-Arbeitgeber, 2008, Seite 5 ff.

67 BAG vom 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 – AP Nr. 163 zu Art 9 GG Arbeitskampf mit Anm. *Thüsing* = EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 135 mit kritischer Anm. *Rieble* = NZA 2003, 866. Bestätigt durch BVerfG vom 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – AP Nr. 167

Unterstützungstreiks⁶⁸ endgültig neues Arbeitskampfrecht.⁶⁹ Aufhorchen läßt in den Entscheidungsgründen dieses Urteils auch, daß das Gericht »die Frage, ob auch reine Demonstrationstreiks, mit denen ohne Bezug auf einen um einen Tarifvertrag geführten Arbeitskampf lediglich Protest oder Sympathie – etwa für oder gegen Entscheidungen des Gesetzgebers – zum Ausdruck gebracht werden soll (...), zur gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit gehören«,⁷⁰ zwar aufwirft, im Ergebnis aber offen läßt.⁷¹ Ob damit der Demonstrationarbeitskampf – der bislang noch unstrittig verboten ist⁷² – als letzte Bastion eines reglementierten Arbeitskampfes ebenfalls fällt, bleibt abzuwarten. Als weiterer bedeutender Einschnitt ist zudem die Entscheidung des BAG vom 24.4.2007⁷³ zur Freigabe des Streiks um Abfindungstarifverträge zu nennen.⁷⁴ Mit der Entscheidung zum Unterstützungstreik der zweite gewaltige Paukenschlag innerhalb nur weniger Wochen.

3. Ausgangspunkt der Arbeit

Trotz der vorgestellten Bedenken ist in der vorliegenden Arbeit das BAG im Bereich des Arbeitskampfrechts als »Recht« gebende Instanz hinzunehmen und dessen Arbeitskampfgeln sind der Analyse der »Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber« maßgebend zugrunde zu legen. Faktisch hat die Rechtsprechung des BAG zwar systemwidrig aber unausweichlich den Status einer hinzunehmenden Legitimität erlangt.⁷⁵

zu Art 9 GG Arbeitskampf = EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 136 = NZA 2004, 1338. Vgl. hierzu auch *Häuser*, FS Konzen, 2006, Seite 217 ff.; *Konzen*, GS Heinze, 2005, Seite 515 ff.; *Reichel*, Außenseiter-Arbeitgeber, 2008; *Thüsing/Burg*, FS Otto, 2008, Seite 555, 561.

68 BAG vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art 9 GG Arbeitskampf mit Anm. *Wank* = EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 140 = JZ 2008, 97 mit Anm. *Junker*.

69 *Buchner*, BB 2008, 106. *Junker*, JZ 2008, 102, 103, spricht diesbezüglich sogar von einer neuen rechtspolitischen Weichenstellung.

70 BAG vom 19.6.2007 (Fn. 68), unter I 1 b der Gründe.

71 Auf dieses »Schmankerl« weist insbesondere *Rieble*, BB 2008, 1506, 1507, hin.

72 Vgl. nur BAG vom 23.10.1984 – 1 AZR 126/81 – AP Nr. 82 zu Art 9 GG Arbeitskampf = EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 55 = ZfA 1985, 561.

73 BAG vom 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 139 = NZA 2007, 987.

74 Hierzu später unter § 4B.V.2.a. Synonym werden auch die Bezeichnungen »Sozialtarifvertrag« oder »Tarifsozialplan« verwandt; *Krieger*, FA 2007, 366.

75 Dies bestätigt nicht zuletzt die unbeanstandete Behandlung des Arbeitskampfrechts in Art. 17 des inzwischen historischen Staatsvertrages vom 18.5.1990, welcher für das Arbeitskampfrecht in der Deutschen Demokratischen Republik auf das entsprechende Recht der Bundesrepublik Deutschland verweist. Laut Denkschrift zum Staatsvertrag

Von der grundsätzlichen Kritik spricht dieses Anerkenntnis die Rechtsprechung gleichwohl nicht frei. Vor allem darf die Verwendung des Begriffs des »Ersatzgesetzgebers« nicht dazu führen, daß ein falsches Bild der Kompetenzverteilung gezeichnet wird: Richtig an der Begriffsverwendung ist nämlich allein, daß es sehr wohl Sache des Gesetzgebers wäre, die Fragen des Arbeitskampfrechts normativ zu ordnen.⁷⁶ Falsch hingegen ist die Vorstellung, daß der an Stelle des Gesetzgebers handelnde Richter vergleichbare Kompetenzen hätte.⁷⁷ Die im Arbeitskampfrecht geschaffene Vorstellung des Richterrechts als Rechtsquelle läßt sich im rechtssoziologischen Sinn zwar konstatieren, in ihrem Geltungsanspruch und ihrer Geltungsdignität kann sie anderen Rechtsquellen gleichwohl nicht gleichgesetzt werden.⁷⁸

sollte das Arbeitskampfrecht so gelten, »wie es die Rechtsprechung aus Art. 9 Abs. 3 GG und dem Tarifvertragsgesetz entwickelt hat«, BT-Drucks. 11/7350, Seite 106.

76 Vorgehend unter § 1 A.II.2.a.

77 So zu Recht *Lerche*, NJW 1987, 2465, 2471.

78 *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 2008, § 6 V 2.