

Haftung der Gewerkschaft für Millionenschäden?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Sachverhalt und Verfahren

Die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) hatte im Jahre 2007 mit der Fraport, dem Betreiber des Frankfurter Flughafens, einen umfassenden Tarifvertrag geschlossen. Er bezog sich auf die sog. Vorfeldmitarbeiter, die die gelandeten Flugzeuge an den vorgesehenen Platz dirigieren (insbesondere sog. Vorfeldlotsen und „Follow-me-Fahrer“); im Vergleich zu den Fluglotsen sind sie sehr viel schlechter bezahlt, was insbesondere für die Lotsen nicht einleuchtet. Einzelne Teile des Tarifvertrags (etwa über die Bezugnahme auf die allgemeinen Tarife des öffentlichen Dienstes und die Arbeitszeit) waren 2011 kündbar und wurden von der GdF auch effektiv gekündigt. Nach erfolglosen Verhandlungen fand ein Schlichtungsverfahren statt. Der Schlichter schlug ein umfassendes Kompromisspaket vor, das jedoch von der Arbeitgeberseite abgelehnt wurde. Die GdF machte sich jedoch den Vorschlag des Schlichters zueigen und kündigte einen Streik an. Die erste Arbeitsniederlegung der Vorfeldmitarbeiter begann am 16.2. und dauerte mit einzelnen Unterbrechungen bis zum 23.2.2012. Die anschließenden Verhandlungen blieben erfolglos; der Streik wurde am 26.2. wieder aufgenommen und sollte bis 1.3. dauern. Außerdem kündigte die GdF einen Unterstützungstreik der Fluglotsen im Frankfurter Tower an, der auf 29.2. von 5 bis 11 Uhr terminiert war.

Auf Antrag der Fraport untersagte das ArbG Frankfurt am 28.2. per einstweiliger Verfügung den Unterstützungstreik, weil er nicht nur „unterstützend“ sei, sondern von der Wirkung her den Hauptstreik erreiche.¹ Am 29.2. verbot dieselbe Kammer auch den Streik des Vorfeldpersonals, weil die Friedenspflicht verletzt sei.²

Kurze Zeit später verklagte die Fraport die GdF auf Zahlung von 5,17 Mio. € Schadensersatz; der Streik habe die Friedenspflicht verletzt und sei deshalb rechtswidrig gewesen. Als weitere

¹ ArbG Frankfurt 28.2.2012 – 9 Ga 25/12, NZA 2012, 579; dazu kritisch Th. Klein, jurisPR-ArbR 35/2012 Anm. 2

² ArbG Frankfurt 29.2.2012 – 9 Ga 24/12, juris; zustimmend Cord Meyer SAE 2012, 35

Kläger traten die Deutsche Lufthansa AG sowie Air Berlin auf und verlangten 3,885 Mio. € bzw. vergleichsweise bescheidene 131.000 € Schadensersatz. Während das ArbG Frankfurt³ und das LAG Hessen⁴ die Klagen insgesamt abwiesen, gab das BAG der Klage der Fraport im Grundsatz statt.⁵ Der Rechtsstreit wurde insoweit an das LAG Hessen zurückverwiesen, das nun insbesondere über die genaue Schadenshöhe entscheiden muss. Die Klagen der Lufthansa und von Air Berlin wurden dagegen auch vom BAG abgewiesen. Unternehmen, die nicht direkt bestreikt werden, sondern die nur aufgrund eines Streiks gegen ein anderes Unternehmen Nachteile erleiden, können keinen Schadensersatz aus unerlaubter Handlung verlangen, weil sie in keinem Recht nach § 823 Abs. 1 BGB verletzt sind. Auch vertragliche Ansprüche kommen nicht in Betracht. Dies hatte das BAG gut ein Jahr zuvor bereits im Zusammenhang mit einer Streikaktion der Fluglotsen auf dem Stuttgarter Flughafen festgestellt.⁶

II. Verletzung der Friedenspflicht

1. Die Argumentation des BAG

Der Fraport-Tarifvertrag von 2007 enthielt in seinem ungekündigten Teil eine Bestimmung über „Belastungsausgleich“: Nach § 7 hatte jeder Beschäftigte Anspruch auf einen jährlichen Gesundheitscheck und alle fünf Jahre Anspruch auf eine Regenerationskur von 30 Tagen. Weiter enthielt § 8 unter der Überschrift „Beschäftigungssicherung“ eine Regelung für den Fall, dass ein Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen seine Tätigkeit nicht mehr fortsetzen konnte: War eine Versetzung auf einen gleichwertigen Arbeitsplatz nicht möglich, konnte er einen „zumutbaren“ anderen Arbeitsplatz erhalten und hatte unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Ausgleich von 80 % oder 90 % der Vergütungsdifferenz. Von entscheidender Bedeutung war jedoch die Vorschrift des § 12: Dort steht in Abs. 1, dass die §§ 5 bis 8 erstmalig zum 31.12.2017 kündbar sind. Darüber hinaus bestimmt Abs. 2: „Sachverhalte außerhalb der in der Vereinbarung behandelten Regelungsinhalte werden von der Friedenspflicht der Vereinbarung erfasst.“

³ 25.3.2013 – 9 Ca 5558/12, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 91 = NZA-RR 2013, 426

⁴ 5.12.2013 – 9 Sa 592/13, AuR 2014, 40

⁵ 26.7.2016 – 1 AZR 160/14, in diesem Heft

⁶ BAG 25.8.2015 – 1 AZR 754/13, AuR 2016, 204 ff.; BAG 25.8.2015 – 1 AZR 875/13, NZA 2016, 179 = AuR 2016, 125 Ls.; grundsätzlich zustimmend Bayreuther RdA 2016, 181 ff.

In der Tarifauseinandersetzung 2011/2012 hatte der Schlichter neben vielen anderen Bestimmungen auch eine Regelung vorgeschlagen, wonach ältere Mitarbeiter, die 25 Jahre im Wechselschichtdienst gearbeitet haben, in Zukunft eine Versetzung in den (einfachen) Schichtdienst verlangen können. Weiter sollten Opfer von Arbeitsunfällen eine Ausgleichszulage erhalten, wenn sie infolge der erlittenen Beeinträchtigungen auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr voll einsatzfähig waren. Auch diese beiden Punkte hatte die GdF in ihr Forderungspaket aufgenommen, allerdings eine kürzere Laufzeit als vom Schlichter vorgeschlagen verlangt. Noch vor Beginn des Streiks hatte sie in einem Schreiben an die Fraport klargestellt, in Bezug auf den ungekündigten Teil des Tarifvertrags von 2007 solle es bei der dort vorgesehenen Laufzeit bleiben.

Das BAG vertrat nun die Auffassung, beide Forderungen würden unter die erweiterte Friedenspflicht des § 12 Abs. 2 fallen: Sie könnten den noch verbindlich geregelten Bereichen „Belastungsausgleich“ bzw. „Beschäftigungssicherung“ zugeordnet werden.

2. Wirksamer Tarifvertrag?

Keine Aufmerksamkeit schenkte das BAG dem Hinweis der beklagten GdF, dass die im Jahre 2007 eingegangene Bindung ihrer Dauer wegen rechtliche Bedenken erweckt, weil sie erst 2017 wieder aufgelöst werden kann. In der Literatur wird der Standpunkt vertreten, eine unverhältnismäßig lange Bindung der Tarifparteien laufe darauf hinaus, dass sie sich faktisch ihrer Normsetzungsbefugnis entledigen, was nicht mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar sei.⁷ Dies wird in Anlehnung an §§ 624 BGB und 15 Abs. 4 TzBfG in der Weise konkretisiert, dass ein Tarifvertrag spätestens nach fünf Jahren kündbar sein müsse.⁸ Das BAG hat sich zu dieser Frage nicht direkt geäußert. Allerdings hat es den Standpunkt vertreten, die Tarifparteien dürften zwar unter bestimmten Voraussetzungen auf einen anderen Tarifvertrag verweisen, doch könnten sie dabei keine „zeitlich lange Bindung“ eingehen, indem die Verweisungsnorm eine „besonders lange Laufdauer“ habe oder nur mit langer Frist kündbar sei.⁹ Inhaltlich macht es aber keinen prinzipiellen Unterschied, ob die Tarifparteien ihre Normsetzungsbefugnis für lange Zeit an andere delegieren oder ob sie eine eigene Regelung veränderungsfest machen.¹⁰ In beiden Fällen besteht zwar die rechtliche Möglichkeit, die

⁷ Jacobs, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 83; Stamer, in: Henssler/Moll/Beppler (Hrsg.), Der Tarifvertrag. Handbuch für das gesamte Tarifrecht, 2. Aufl. 2016, Teil 8 Rn. 93

⁸ Hanau/Kania DB 1995, 1229, 1230; Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 19; Deinert, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 4. Aufl. 2016, § 4 Rn. 117

⁹ BAG 10.11.1982 – 4 AZR 1203/79, AP Nr. 8 zu § 1 TVG Form Tz. 49

¹⁰ Vgl. Löwisch/Rieble, § 1 Rn. 19

Bindung im Einvernehmen wieder zu beseitigen, doch wird dieses Einvernehmen nicht erreichbar sein, wenn in der Zwischenzeit faktische Veränderungen eingetreten sind, die zugunsten einer Seite wirken.

Bestehen gegen eine zehnjährige Bindung schon generell Bedenken, so greifen diese erst recht durch, wenn die Tarifnormen wie hier mit einer erweiterten Friedenspflicht verbunden sind. Gerade der vorliegende Fall macht deutlich, dass sich die Tarifparteien weit über die im Tarifvertrag von 2007 unmittelbar angesprochenen Fragen hinaus ihrer Normsetzungsbefugnis beraubt haben. Wenn die Garantie einer Regenerationskur einer Forderung nach einem gesundheitsbedingten Ausscheiden aus dem Wechselschichtdienst entgegen steht und wenn der Verdienstaumgleich bei gesundheitsbedingter Versetzung auf einen schlechter bezahlten Arbeitsplatz eine ähnliche Absicherung von Unfallopfern ausschließt, dann wird deutlich, wie weit die eingegangene Bindung tatsächlich reicht. In solchen Fällen genügt es auch nicht, nach fünf Jahren in Anlehnung an § 624 BGB ein Kündigungsrecht eingreifen zu lassen; vielmehr ist der Abmachung die rechtliche Anerkennung spätestens nach Ablauf von fünf Jahren insgesamt zu versagen; sie kann dann nur noch nachwirken.

3. Inhalt und Auslegung der Friedenspflichtklausel

Die Friedenspflicht kann nach allgemeiner Auffassung erweitert werden.¹¹ In welchem Umfang dies hier geschehen ist, wird aus der Formulierung des § 12 Abs. 2 Satz 2 des Tarifvertrags 2007 nicht spontan deutlich. Wenn von Sachverhalten die Rede ist, die „außerhalb der in der Vereinbarung behandelten Regelungsinhalte“ angesiedelt sind, so läuft dies bei rein wörtlicher Auslegung auf eine absolute Friedenspflicht hinaus. Das wäre jedoch nicht damit zu vereinbaren, dass § 12 Abs. 1 eine unterschiedliche Bindungsdauer für die beiden Teile des Tarifvertrags vorsieht, so dass es jedenfalls ab Ende 2011 zu einer auch kampfwesen Auseinandersetzung um einen Teil des Tarifs kommen kann. Das BAG hat es allerdings abgelehnt, die Friedenspflicht nur auf solche Gegenstände zu erstrecken, die in einem „sachlichen inneren Zusammenhang“ mit einer bestehenden Regelung stehen. Vielmehr soll eine Zuordnung der erstrebten Regelung zu dem noch geltenden tarifierten

¹¹ S. statt aller ErfK-Linsenmaier, 16. Aufl. 2016, Art. 9 GG Rn. 125; Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 1207; Seifert, in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Aufl. 2014, § 1 Rn. 931; Wankel/Schoof, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), TVG und Arbeitskampfrecht, 5. Aufl. 2015, AKR, Rn 65 ff.; Schaub/Treber, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 192 Rn. 19

Bereich genügen.¹² Dem könnte man entgegenhalten, dass jede Ausdehnung der Friedenspflicht zugleich eine Grundrechtseinschränkung bedeutet, was eine enge Auslegung nahelegt.¹³ Diese müsste zu einer Beschränkung auf solche Gegenstände führen, die unmittelbar mit den weiter geltenden Regelungen zusammen hängen.

III. Rechtmäßige und rechtswidrige Streikziele

1. Die Aussagen des BAG

Mit der Feststellung, dass zwei von zahllosen Forderungen gegen die Friedenspflicht verstoßen, muss keineswegs die Konsequenz verbunden sein, dass der Streik insgesamt rechtswidrig wird. Im Jahre 1955 hat das BAG allerdings den Standpunkt vertreten, wenn *eine* Forderung rechtswidrig sei, gelte dies automatisch auch für den Streik;¹⁴ im Jahre 2002 hat es diese Aussage wiederholt.¹⁵ Im Juristen-Slang ist dabei von „Rühreitheorie“ die Rede, weil ein verdorbenes Ei das ganze Omelett ungenießbar macht. Nun hat das BAG aber schon damals eine Ausnahme erwogen, wenn die rechtswidrige Forderung von untergeordneter Bedeutung sei, insbesondere einen „unwichtigen Nebenpunkt“ betreffe. Im vorliegenden Fall bestand über die zwei fraglichen Forderungen Konsens mit der Arbeitgeberseite. Müsste man sie nicht deshalb ebenfalls als „zweitrangig“ betrachten?

Die vorliegende BAG-Entscheidung ist allerdings von der früheren Rechtsprechung abgewichen. Für den „Kampfgegner“, d. h. die Arbeitgeberseite sei es nicht einschätzbar, welche Bedeutung eine einzelne Tarifforderung im Laufe der Auseinandersetzung gewinnen könne.¹⁶ Schon deshalb verbiete sich eine Differenzierung. Außerdem müsse sich der Bestreikte in seiner Strategie auf die erhobenen Forderungen einstellen; er werde unzulässig in seinem Recht aus Art. 9 Abs. 3 GG beeinträchtigt, wenn er seine Verhandlungsmacht dafür einsetzen müsse, eine durch Art. 9 Abs. 3 GG nicht gedeckte Forderung abzuwehren.¹⁷ Dem kann man entgegenhalten, dass niemand die Arbeitgeberseite zwingen kann, sich effektiv auf eine rechtswidrige Forderung einzulassen. Eine als rechtswidrig erkannte Forderung kann sie schlicht ignorieren und die Gegenseite darauf hinweisen, dass sie darüber aus Rechtsgründen nicht rede. Ob sie auch im Wege eines Unterlassungsanspruchs verlangen kann, nicht mit

¹² BAG, aaO, Tz. 42

¹³ Eingehender Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rn. 537 ff.

¹⁴ BAG 4.5.1955 – 1 AZR 493/54, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

¹⁵ BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

¹⁶ BAG, aaO, Tz. 54

¹⁷ BAG, aaO, Tz. 52

einem solchen Ansinnen konfrontiert zu werden, muss hier nicht entschieden werden:¹⁸ Die beiden Forderungen waren gar nicht mehr Gegenstand einer Kontroverse, schon von daher konnten sie die „Verteidigungsstrategie“ nicht maßgeblich beeinflussen.

2. Rechtmäßiges Alternativverhalten

Die Vorinstanzen hatten außerdem ein sog. rechtmäßiges Alternativverhalten angenommen, das die Haftung ausschließt: Wenn man denselben Effekt auch ohne Verstoß gegen die Rechtsordnung hätte herbeiführen können, muss man grundsätzlich keinen Schadensersatz leisten.¹⁹ Ein Arzt, der seinen Patienten vor einer Operation nicht ausreichend aufklärt, haftet nicht, wenn er beweisen kann, dass der Patient auch bei voller Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.²⁰ Wer als Bieter bei einer Ausschreibung in rechtswidriger Weise übergangen wurde, erhält keinen Schadensersatz, wenn er den Auftrag auch bei völlig korrekter Verfahrensweise nicht erhalten hätte.²¹ Ein Arbeitnehmer, der ohne wichtigen Grund einfach nicht mehr am Arbeitsplatz erscheint und das Arbeitsverhältnis für beendet erklärt, muss die dem Arbeitgeber entstehenden Inseratskosten nicht ersetzen, wenn diese bei Wahrung der Kündigungsfrist gleichfalls entstanden wären.²² Im vorliegenden Falle hätte der Streik auch ohne die beiden „friedenspflichtwidrigen“ Forderungen in gleicher Weise stattgefunden. Dies wird nicht zuletzt daran deutlich, dass der Vorsitzende der GdF sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht ausdrücklich zurücknahm und erklärte, sie sollten im Arbeitskampf keine Rolle mehr spielen. Deutlicher konnte man nicht sagen, dass sie für die Durchführung des Arbeitskampfes irrelevant waren. Das BAG hat dem jedoch keine Bedeutung beigemessen, sondern sich mit der Feststellung begnügt, ohne die beiden Forderungen sei der Streik „ein anderer“ gewesen, der nicht als Alternativhandlung in Betracht komme.²³ In gleicher Weise könnte man sagen, die Operation an einem voll aufgeklärten Patienten sei etwas völlig anderes als die an einem nicht ausreichend informierten, und es mache einen entscheidenden Unterschied, ob man per Inserat einen Nachfolger für einen rechtswidrig oder einen ordnungsgemäß ausgeschiedenen Arbeitnehmer suche. Das Alternativverhalten ist immer ein anderes als das in der Realität praktizierte. Eine Differenzierung könnte man allenfalls in Hinblick auf das Maß der Andersartigkeit

¹⁸ Dafür könnte sprechen, dass gegen denjenigen, der sich ohne Grund eines Rechts berührt, eine negative Feststellungsklage und ggf. auch eine Unterlassungsklage erhoben werden kann.

¹⁹ Kritisch dazu Willemsen/Mehrens NZA 2013, 1400, 1402 f.

²⁰ BGH 22.1.1980 – VI ZR 263/78, NJW 1980, 1333

²¹ BGH 26.10.1999 – X ZR 30/98, NJW 2000, 661

²² BAG 23.3.1984 – 7 AZR 37/81, NZA 1984, 122

²³ BAG, aaO, Tz 72

vornehmen, doch ließe sich damit in der vorliegenden Konstellation der Wegfall der Haftung nicht ausräumen.

3. Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR

Die „Rührei-Theorie“ wirft auch Fragen der Vereinbarkeit mit Art. 11 EMRK auf. Der EGMR hat einen Verstoß gegen das in dieser Vorschrift mitgarantierte Streikrecht angenommen, weil kroatische Gerichte den Streik einer Ärztegewerkschaft für rechtswidrig erklärt hatten, ohne die „hilfsweise“ erhobenen Forderungen zu prüfen.²⁴ Dies ergibt nur dann Sinn, wenn letztere den Streik rechtmäßig gemacht hätten. Wenn selbst die primär erhobenen Forderungen keine automatische Rechtswidrigkeit zur Folge haben, kann dies für zwei Einzelforderungen aus einem großen Paket erst recht nicht der Fall sein. Dies wird zu Recht auch in der Literatur so gesehen,²⁵ doch hat dem das BAG im Ergebnis keine Bedeutung beigemessen.

IV. Die nachträgliche Rücknahme der friedenpflichtwidrigen Forderungen

1. Unschlüssiges vom BAG

Das BAG betonte weiter, es könne offenbleiben, „ob das Aufgeben unzulässiger Einzelforderungen während eines Streiks dessen Rechtswidrigkeit vergangenheitsbezogen zu beseitigen“ vermöge. Im vorliegenden Fall sei der Streik allein aufgrund der Entscheidung des ArbG Frankfurt abgebrochen worden. Wie beides zusammenhängen soll, bleibt unklar. Hätte der Verzicht auf die Forderungen den Streik rückwirkend legalisiert, gäbe es keinen Schadensersatzanspruch mehr. Weshalb die Arbeitsniederlegung abgebrochen wurde, aufgrund einer richtigen oder einer unrichtigen Gerichtsentscheidung oder aufgrund eigenen Entschlusses der Gewerkschaft, spielt dabei keinerlei Rolle. Die Argumentation des BAG ist insoweit nicht nachvollziehbar.

2. Rückwirkende Heilung?

²⁴ EGMR 27.11.2014, Nr. 36701/09, AuR 2015, 146 Tz. 58

²⁵ Lörcher AuR 2015, 126, 127; Jacobs/Schmidt EuZA 2016, 82, 95. Beide Stellungnahmen werden vom BAG in Tz. 75 nur relativierend zitiert („wohl“; „vgl. auch“), obwohl an der Eindeutigkeit der Aussagen nicht zu zweifeln ist.

Die vom BAG offen gelassene Frage, welche Auswirkung das „Fallen-Lassen“ einer Forderung hat, muss gleichwohl angegangen werden. Keinem Zweifel unterliegt zunächst der Grundsatz als solcher, dass die Gewerkschaft nicht alle einmal erhobenen Forderungen bis zum Ende der Tarifausschüttung weiterverfolgen muss. Zu Verhandlungen auf kollektiver wie auf individueller Ebene gehört es, bestimmte Vorstellungen in den Hintergrund treten zu lassen und nicht mehr auf sie zurückzukommen. Niemand kann eine Seite daran hindern, eine Forderung auch ganz offiziell „aus dem Verkehr zu ziehen“, weil sie inhaltlich nicht mehr zu ihr steht oder weil sie auf diesem Wege einem erstrebten Kompromiss näher kommen will. Geschieht dies vor Beginn eines Arbeitskampfes, bestimmt sich dessen Zulässigkeit allein nach den reduzierten Forderungen.²⁶ Eine einstweilige Verfügung, die den geplanten Streik auf der Grundlage des größeren Forderungspaketes für rechtswidrig erklärt und verboten hat, verliert dabei ihre Wirkung, soweit durch das „Fallen-Lassen“ alle rechtlichen Einwände beseitigt sind.²⁷

Auch wenn der Streik schon begonnen hat, können die Forderungen reduziert oder kann auf einzelne ganz verzichtet werden.²⁸ Eine Verpflichtung, in einem solchen Fall den Streik auszusetzen und zunächst mit der Arbeitgeberseite über das reduzierte Forderungspaket zu verhandeln, besteht nicht.²⁹ Dies deshalb, weil frühere Verhandlungen ja schon gescheitert sind (oder gar nicht aufgenommen wurden), die sich automatisch auf die verbliebenen Forderungen mitbezogen haben. Auch würde niemand verstehen, wenn die Reduzierung einer Lohnforderung von 6 % auf 4,5 % zu einer Unterbrechung des Streiks führen müsste: Mit einem solchen Grundsatz würde man geradezu einen Anreiz dafür schaffen, möglichst keinerlei Entgegenkommen zu zeigen und sich unter keinen Umständen in Richtung auf einen Kompromiss hin zu bewegen. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob die Gewerkschaft ihre Lohnforderungen verringert oder ob sie eine bestimmte Forderung ganz fallen lässt, die wirtschaftlich möglicherweise sehr viel weniger Bedeutung hat. Dem Ultima-Ratio-Prinzip ist jedenfalls schon dadurch Genüge getan, dass vor dem Streik ein Verständigungsversuch unternommen wurde.³⁰

²⁶ S. LAG Berlin-Brandenburg 14.8.2012 – 22 SaGa 1131/12, juris Tz. 67; LAG Hessen 9.8.2011 – 9 SaGa 1147/11 – juris; ArbG Mainz 14.7.2007 – 3 Ga 19/07, juris; U. Fischer NZA 2014, 1177 ff.; Rieble BB 2014, 949, 951.

²⁷ ArbG Mainz 14.7.2007 – 3 Ga 19/07, juris

²⁸ ArbG Frankfurt/Main 29.2.2012 – 9 Ga 24/12, juris

²⁹ Ebenso LAG Hessen v. 9. 8. 2011 – 9 SaGa 1147/11 – juris; a. A. Rieble BB 2014, 949, 952

³⁰ Zur Handhabung des Ultima-Ratio-Prinzips durch die Rechtsprechung s. Däubler, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2017, § 14 Rn. 9.

Im konkreten Fall stellt sich das vom BAG nicht entschiedene Problem, ob das Fallen-Lassen der beiden Forderungen, die (angeblich) gegen die Friedenspflicht verstießen, die Rechtswidrigkeit des Streiks auch für die Vergangenheit beseitigte, also „heilende Wirkung“ entfaltete. Soweit Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage überhaupt Stellung beziehen, wird eine Rückwirkung abgelehnt.³¹ Dabei wird nicht berücksichtigt, dass die Rechtsprechung des BAG bei einem wichtigen anderen Fall anfänglicher Rechtswidrigkeit völlig anders verfährt: Übernimmt die Gewerkschaft einen verbandsfreien Streik (vulgo „wilder“ Streik genannt), so legalisiert sie die Arbeitsniederlegung auch für die Vergangenheit.³² Zur Begründung wird insbesondere der Rechtsgedanke des § 184 BGB herangezogen. Dies hat allerdings zur Folge, dass bestimmte Gegenmaßnahmen des Arbeitgebers wie Abmahnungen und Kündigungen nachträglich ihre Grundlage verlieren, was auch kritisiert wurde.³³ Das stellt jedoch kein sehr gewichtiges Gegenargument dar, weil praktisch alle im Rahmen eines Arbeitskampfes getroffenen Maßnahmen vorläufigen Charakter tragen – sie sind immer in der Gefahr, spätestens durch eine Maßregelungsklausel wieder hinfällig zu werden. Auch hat die Gegenposition den Effekt, die Auseinandersetzungen eher zu verschärfen, weil die Gewerkschaft mit allen Mitteln versuchen wird, Benachteiligungen während der rechtswidrig bleibenden Streikphase nachträglich wieder zu beseitigen. Bemerkenswert ist schließlich, dass die Übernahme des Streiks durch die Gewerkschaft in aller Regel mit einer Veränderung der Forderungen verbunden ist, da sie möglicherweise weniger weit gehen will als die „wild“ Streikenden oder weil sie auf die tarifliche Regelbarkeit achten muss. Wenn die Gewerkschaft für befugt angesehen wird, zwei „grobe“ Fehler des Streiks mit Rückwirkung zu korrigieren (nämlich die zunächst fehlende Organisation durch eine Gewerkschaft und das Fehlen eines tariflichen Ziels), warum soll sie dann nicht in der Lage sein, mit entsprechender Wirkung den vergleichsweise geringfügigen Mangel zu beseitigen, der darin liegt, dass sich unter vielen Forderungen auch zwei befinden, die gegen die Friedenspflicht verstoßen? Auch hier ist es zwar denkbar, dass sich die Arbeitgeberseite subjektiv auf den ursprünglichen Zustand eingestellt hat, doch ist es schwer vorstellbar, dass sie Maßnahmen trifft, die wegen des Wegfalls von zwei Forderungen wieder rückgängig zu machen wären. Auch der „Vertrauensschaden“ ist also sehr viel geringer. Rechtspolitisch spricht für eine solche Lösung, dass sie dem Rechtsfrieden dient und die Kompromissfindung erleichtert. Die Einbeziehung der verkannten Friedenspflicht in das Rückwirkungsmodell trägt überdies der

³¹ ArbG Frankfurt/Main 29.2.2012 – 9 Ga 24/12 – juris; U. Fischer NZA 2014, 1177, 1183

³² BAG 5.9.1955 – 1 AZR 480-489/54, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12.1963 – 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4 R. Ebenso Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 22 III 5 (1) – S. 1092; Schaub/Treber, § 192 Rn. 26; Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 255 ff.

³³ Konzen, ZfA 1970, 159, 167. Vgl. auch Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 6 Rn. 30

Tatsache Rechnung, dass in diesem Bereich Irrtümer besonders leicht entstehen können, wie nicht zuletzt die hier besprochene Entscheidung deutlich macht. Immerhin haben zwei Kollegialgerichte keinen Verstoß gegen die Friedenspflicht gesehen, was für ein Handeln in einer rechtlichen Grauzone spricht. Würde man sich im Rahmen der Amtshaftung nach Art. 34 GG iVm § 839 BGB bewegen, wäre damit das Verschulden der Gewerkschaft angesichts der Bestätigung ihrer Rechtsauffassung durch zwei Kollegialgerichte sowieso ausgeschlossen.³⁴

V. Die Problematik des mitwirkenden Verschuldens

1. Zuwarten als Verstoß gegen eine Obliegenheit?

Das BAG betont, die Ersatzpflicht der GdF scheitere auch nicht an einem mitwirkenden Verschulden der Fraport gemäß § 254 BGB. Dabei wird geprüft, ob ein Fall der vorsätzlichen Selbstschädigung vorliege, weil sich die Fraport nicht unverzüglich gegen den Streik zur Wehr gesetzt und das Arbeitsgericht eingeschaltet habe. Nach BAG gibt es eine solche Obliegenheit nicht: Ob ein Streik durch einstweilige Verfügung verboten werde, sei „nicht sicher prognostizierbar“. Vor allem aber sei ein bestreikter Arbeitgeber nicht gehalten, sich gegen einen rechtswidrigen Streik mit gerichtlichen Mitteln zu wehren. Vielmehr könne er sich auch dafür entscheiden, den Streik „auszuhalten“, also letztlich zu warten, bis die Streikenden und die Gewerkschaft zu einem Entgegenkommen bereit sind. Dies kann im Ergebnis nur wenig überzeugen.

Betrachtet man die Rechtsprechung der Zivilgerichte zu § 254 BGB, so braucht der Geschädigte in der Tat Rechtsbehelfe nur dann einzulegen, soweit „hinreichende Erfolgsaussichten“ bestehen.³⁵ Dies im vorliegenden Fall zu verneinen, überrascht; schließlich hat das ArbG Frankfurt den Streik verboten und das BAG seine Rechtswidrigkeit betont. Bei der Einschätzung der unteren Instanzen durch das BAG fühlt man sich ein wenig an den Spruch erinnert, „vor Gericht und auf hoher See“ sei man in Gottes Hand. Kann man nicht doch von der Fraport und den unteren Instanzen erwarten, dass sie zum selben Ergebnis wie

³⁴ BGH 6.2.1986 – III ZR 109/84, BGHZ 97, 97, 107: Wenn ein Kollegialgericht die Rechtmäßigkeit einer Amtshandlung bestätigt, hat der Beamte grundsätzlich auch dann nicht schuldhaft gehandelt, wenn sich später die Unrichtigkeit der Entscheidung herausstellt.

³⁵ BGH 6.10.2005 – IX ZR 111/02, NJW 2006, 288

das BAG gelangen? Wenn das nicht der Fall sein sollte: Wie will man dann noch einen Schuldvorwurf gegen die GdF aufrecht erhalten? Ihren Vertretern wird vom BAG Fahrlässigkeit attestiert, das mitwirkende Verschulden der Fraport soll jedoch daran scheitern, dass niemand so recht weiß, wie im Verfahren der einstweiligen Verfügung entschieden wird. Hier wird mit zwei verschiedenen Maßstäben gemessen.

Gewichtiger ist das zweite Argument des BAG. Dem bestreikten Arbeitgeber wird man in der Tat das Recht zusprechen können, auch einen rechtswidrigen Streik „durchzustehen“ und ihn damit nach einiger Zeit ins Leere laufen zu lassen, weil den Streikenden ggf. die Puste ausgeht. Auch wird man ihm nicht die Befugnis absprechen können, nach einiger Zeit seine Taktik zu ändern und doch gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Zweifelhaft ist allein, ob letzteres auch mit Rückwirkung möglich ist. Anders als bei der Heilung von Streikmängeln entsteht hier nämlich dem Gegenspieler Gewerkschaft eine sich von Tag zu Tag steigende Verpflichtung zum Schadensersatz, die auch durch Umdispositionen nicht mehr aus der Welt zu schaffen ist. Es stellt ein widersprüchliches Verhalten der Fraport dar, in den ersten acht oder zehn Streiktagen eine „Durchhaltestrategie“ zu verfolgen, dann aber für genau diesen Zeitraum Schadensersatz zu verlangen, also doch gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, die Gewerkschaft ins Messer laufen zu lassen: Der Arbeitgeber schaut der Entstehung eines hohen Schadens tatenlos zu, um dann einen Betrag von über 5 Mio. Euro als Schadensersatz einzuklagen. Genau dies will § 254 BGB vermeiden, wenn er vom Geschädigten verlangt, aussichtsreiche Rechtsbehelfe in Anspruch zu nehmen.

2. Hinweispflicht der Fraport

Wohl dem LAG zur Beurteilung überlassen hat das BAG die Frage, ob die Fraport aus anderen Gründen ihre Schadensminderungspflicht verletzt hat. Mitwirkendes Verschulden nach § 254 Abs. 2 BGB liegt dann vor, wenn der Geschädigte die Maßnahmen unterlässt, die ein „ordentlicher und verständiger Mensch“ nach Treu und Glauben zur Schadensminderung ergreifen würde.³⁶ Auf die Möglichkeit eines besonders hohen Schadens hinzuweisen, bestand kein Anlass. Die Fraport konnte davon ausgehen, dass der GdF die Beträge bekannt sind, die die Airlines für jeden durchgeführten Flug an sie als Flughafenbetreiberin bezahlen müssen. Der Fall wies jedoch insoweit eine Besonderheit auf, als die GdF am 15. Februar 2012 „zur Vermeidung von Missverständnissen“ schriftlich darauf hingewiesen hatte, dass die Laufzeit

³⁶ BGH 17.3.2011 – IX ZR 162/08, WM 2011, 1529

des ungekündigten Tarifvertragsteils unberührt bleiben sollte. Daran wurde deutlich, dass die GdF keinen inhaltlichen Widerspruch zwischen dem Tarifvertrag von 2007 und ihren jetzigen Forderungen sah, sondern lediglich die mögliche Annahme ausräumen wollte, die allgemeine Forderung „Verkürzung der Laufzeit auf 24 Monate“ beziehe sich auch auf den weiter geltenden Tarifvertragsteil. Hier wäre die Fraport nach Treu und Glauben gehalten gewesen, die GdF darauf hinzuweisen, dass aus ihrer Sicht sehr wohl ein Widerspruch zwischen dem Tarifvertrag von 2007 und den aktuellen Forderungen bestand. Da sie dies nicht getan hat, ist sie für den Schaden mitverantwortlich. Die These, dies konterkariere das Aushalten des Streiks als legitimes Kampfmittel der Arbeitgeber,³⁷ überzeugt nicht. Auch im Arbeitskampfrecht bleiben Pflichten zur Rücksichtnahme nach Treu und Glauben erhalten, wie sich nicht zuletzt an der Pflicht der Arbeitnehmerseite zur Leistung von Erhaltungsarbeiten zeigt.

VI. Die Schadenshöhe

1. Entgangene Einnahmen

Infolge des Streiks mussten zahlreiche Flüge ausfallen; dies minderte die von der Durchführung von Flügen abhängigen Einnahmen der Fraport. Inwieweit einzelne Flüge nachgeholt und deshalb die Verluste kompensiert wurden, wird das LAG zu prüfen haben. Außerdem stellt sich die Frage, inwieweit die Fraport Lohnkosten erspart hat, da der Streik ja innerhalb ihres Betriebes stattfand und deshalb möglicherweise diejenigen nicht mehr vergütet wurden, die wegen der Arbeitsniederlegung nicht weiterbeschäftigt werden konnten.³⁸

2. Existenzgefährdung der Gewerkschaft

Kommt das LAG zu dem Ergebnis, dass die GdF Schadensersatz in einer Größenordnung von ca. fünf Millionen bezahlen muss, so drängt sich die Frage auf, ob dadurch nicht ihre Existenz gefährdet ist. Unterstellt man einen Bestand von ca. 3.500 Mitgliedern (wovon schätzungsweise die Hälfte Fluglotsen sind), so läuft ein solcher Betrag auf eine Pro-Kopf-

³⁷ BAG, aaO, Tz. 66

³⁸ Zur Unanwendbarkeit der Lehre vom Arbeitskampfrisiko beim rechtswidrigen Streik und zur fortbestehenden Pflicht des Arbeitgebers zur Bezahlung des Entgelts s. Ögüt, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, § 22 Rn. 84. Dies schließt aber nicht aus, dass in einem Betrieb anders verfahren wird und eine Nachzahlung der einbehaltenen Beträge an Ausschlussfristen scheitert.

Belastung von rund 1.500 Euro hinaus. Wie will man diesen Betrag neben den laufenden Kosten wie Gehälter der hauptamtlichen Beschäftigten und Büromieten aufbringen? Die rechtliche Situation wird dadurch komplizierter, dass das Vermögen einer Gewerkschaft grundsätzlich nicht aufgedeckt werden muss. Schon im Zusammenhang mit dem Skandal um die „Neue Heimat“ hat das Bundesverfassungsgericht betont, ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss könne zwar verlangen, auch über gewerkschaftliches Vermögen informiert zu werden, doch sei für eine umfassende Geheimhaltung zu sorgen.³⁹ Bei der Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG ist (auch) die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Verlangen ehemalige Gewerkschaftsbeschäftigte eine Anpassung und ergibt sich aufgrund von Mitgliedsbeiträgen und sonstigen Einnahmen ein Überschuss, so darf das Arbeitgericht diesen nicht als frei verfügbaren „Topf“ betrachten; vielmehr entscheidet die Gewerkschaft mit Rücksicht auf das Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG selbst, welche Verwendung sie von ihren Finanzmitteln macht und wie viel sie beispielsweise dem Arbeitskampffonds zuweist.⁴⁰ Eine gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidung ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn lediglich die bisherigen Aktivitäten weitergeführt werden sollen.⁴¹ Einen besonderen Schutz genießt der gewerkschaftliche „Innenbereich“ auch insoweit, als die Arbeitgeberseite die Beschäftigten während einer Tarifaueinandersetzung nicht danach fragen darf, welcher Gewerkschaft sie angehören.⁴² Dies würde der Arbeitgeberseite einen erheblichen Vorteil bringen, weil sie leichter ausrechnen könnte, welche Aktionen mit welcher Stärke zu erwarten sind. Es liegt nahe, von einer Gewerkschaft erst recht keinen „Offenbarungseid“ zu verlangen, wenn sie zur Zahlung einer hohen Schadenssumme verurteilt wird.

Das Schadensrecht kennt keinen allgemeinen Grundsatz, wonach die Haftung des Schädigers dann endet, wenn seine Existenz gefährdet ist. Auch im Recht der Arbeitnehmerhaftung gibt es keine Haftungshöchstgrenze (etwa in Höhe von drei Monatsgehältern),⁴³ doch können sich ähnliche Effekte dadurch ergeben, dass auch bei grober Fahrlässigkeit ein deutliches Missverhältnis zwischen Gehaltshöhe und Haftungsumfang zu einer Reduzierung der Schadensersatzpflicht führt.⁴⁴ Dies ist wegen des erheblichen Verschuldens des Arbeitnehmers in einem Fall verneint worden, in dem sich die Schadenshöhe auf 3 ½

³⁹ BVerfG 1.10.1987 – 2 BvR 1178/86 u.a., BVerfGE 77, 1 ff.

⁴⁰ So LAG Niedersachsen 26.2.2013 – 3 Sa 600/12 B, NZA-RR 2013, 547

⁴¹ So BAG 13.12.2005 – 3 AZR 217/05, NZA 2007, 39

⁴² BAG 18.11.2014 – 1 AZR 257/13, NZA 2015, 306; ebenso LAG Hessen 7.11.2012 – 12 Sa 654/11, AuR 2013, 407.

⁴³ BAG 12.10.1989 – 8 AZR 276/88, NZA 1990, 97; BAG 15.11.2012 AP Nr. 137 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers

⁴⁴ BAG 12.10.1989 – 8 AZR 276/88, NZA 1990, 97

Monatsgehälter belief.⁴⁵ Die Übertragung dieser Grundsätze auf die Haftung einer Gewerkschaft ist jedoch nicht ohne weiteres möglich, weil Art. 9 Abs. 3 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG neben der Betätigungsfreiheit auch den „Bestand“ und die „organisatorische Ausgestaltung“ der Koalitionen schützt.⁴⁶ Aus der Garantie des „Bestandes“ wurde explizit oder stillschweigend eine Reihe von Rechten abgeleitet. Dazu gehört beispielsweise die Möglichkeit zu unbeeinflusster interner Willensbildung sowie das an den Gesetzgeber gerichtete Verbot, Konkurrenzorganisationen mit ähnlichem oder gleichem Aufgabengebiet zu schaffen.⁴⁷ Auch das Recht zur Werbung und Betreuung von Mitgliedern⁴⁸ sowie die (früher problematische) Befugnis, in eigenem Namen vor Gericht klagen zu können,⁴⁹ muss man hierher zählen. Die Koalition ist schließlich in ihrem Bestand auch gegen unlautere Werbemethoden von Konkurrenzorganisationen geschützt.⁵⁰ Ob zu diesem Bestandsschutz auch das Recht zählt, wegen fahrlässigem Fehlverhalten nicht mit existenzgefährdenden oder existenzvernichtenden Sanktionen belegt zu werden, scheint nicht erörtert zu sein, ist aber zu bejahen: Die vielfältigen Absicherungen des Bestands wären gegenstandslos, könnte ein einmaliges Fehlverhalten jede weitere Arbeit unmöglich machen. Auch hätte das erzwungene Ausscheiden einer Organisation aus dem System der Tarifverhandlungen weitreichende und für alle Beteiligten unangenehme Konsequenzen. Zwar würden die Tarifverträge grundsätzlich bis zum Abschluss der Liquidation weiter gelten,⁵¹ doch wäre an eine Weiterentwicklung nicht mehr zu denken. Die Folge wäre, dass sich eine neue Organisation bilden würde, die als Hauptziel die Wiederherstellung des heutigen Zustands hätte, der gewissermaßen vom Nullpunkt aus wieder erkämpft werden müsste. Dass dies ohne zusätzliche Streiks möglich wäre, erscheint eher unwahrscheinlich.

Wo die Grenze zur Existenzgefährdung verläuft, lässt sich schwer bestimmen. Auf den Jahresüberschuss abzustellen, kollidiert mit der oben mitgeteilten Rechtsprechung,⁵² wonach die Prioritäten, nach denen über verfügbares Geld disponiert wird, grundsätzlich bei der Gewerkschaft liegt. Sinnvoll wären tarifliche Regelungen nach Ende des einzelnen

⁴⁵ BAG 18.1.2007 – 8 AZR 250/06, NZA 2007, 1230. Weitere Rechtsprechung bei Schaub/Linck, § 59 Rn. 38 ff.

⁴⁶ BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Tz. 23; ebenso schon BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809, 810

⁴⁷ BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 u.a., BVerfGE 38, 281, 309 (im Zusammenhang mit den Arbeitnehmerkammern)

⁴⁸ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 ff. = AuR 1996, 151

⁴⁹ BGH 11.7.1968 – VII ZR 63/66, BGHZ 50, 325, 329

⁵⁰ BAG 2.6.1987 – 1 AZR 651/85, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG; BAG 31.5.2005 – 1 AZR 141/04, NZA 2005, 1182, 1184; näher dazu Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 12. Aufl. 2017, Rn. 548u ff.

⁵¹ Peter, in: Däubler (Hrsg.), TVG, § 2 Rn. 181.

⁵² Oben Fn. 38 ff.

Arbeitskampfes.⁵³ Auch eine generelle Regelung lässt sich treffen; so beschränkte das frühere Schlichtungsabkommen in der Metallindustrie die Haftung auf 1 Mio. DM.⁵⁴

3. Bezahlung oder andere Lösung?

Dass eine Gewerkschaft zur Bezahlung von Schadensersatz wegen eines Streiks verurteilt wird, kommt in Deutschland selten vor. Wenn es doch geschieht, sind die Gerichte wie auch die Kläger bei der Bestimmung der Schadenshöhe eher zurückhaltend. So wurde etwa die (damalige) IG Chemie wegen der Betriebsbesetzung des Zementwerks Seibel in Erwitte⁵⁵ zur Zahlung von 12.291,48 DM Schadensersatz verurteilt.⁵⁶ Die IG Druck und Papier wurde im Jahre 1984 auf Zahlung von 49.003,- DM wegen der Blockade des Stuttgarter Verlags- und Druckzentrums in Anspruch genommen, was zu einer für den Kläger günstigen Entscheidung des BAG führte, das den Rechtsstreit an die Berufungsinstanz zurückverwies.⁵⁷ Was dort geschah, ist der veröffentlichten Literatur nicht zu entnehmen; vermutlich wurde im Vergleichswege ein Teilbetrag bezahlt. In der zugunsten der Arbeitnehmerseite ausgegangenen Warnstreik-Entscheidung des BAG vom 21.6.1988⁵⁸ ging es um Schadensersatz in Höhe von 28.902,32 DM. Aus dem Rahmen fiel eine Klage über 158.923,56 DM, die sich gegen 60 Belegschaftsmitglieder der „Rheinischen Post“ richtete, die ohne (offizielle) gewerkschaftliche Unterstützung die Arbeit mit dem Ziel niedergelegt hatten, der Arbeitgeber möge einen beim Arbeitsgericht eingereichten Antrag zurückziehen; mit diesem wollte er die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung des Betriebsratsvorsitzenden ersetzen lassen. Die beklagten Arbeitnehmer sollten als Gesamtschuldner haften. Das BAG gab der Klage im Grundsatz statt,⁵⁹ verwies jedoch den Rechtsstreit wegen der Schadenshöhe an das LAG Düsseldorf zurück. Auch hier ist kein Endurteil ersichtlich, doch war von diesem keine deutliche Minderung der Schadenssumme zu erwarten. Die Betroffenen kamen deshalb auf eine nicht ganz alltägliche Idee: Warum nicht die Schuld in bar begleichen? Und zwar nicht mit Scheinen, sondern mit Münzen à 10 Pfg., die man mit Schubkarren vor den Eingang des Verlages schaffen und dort auskippen wollte. Diesen Event wollten sich – wie erwartet – die anderen Zeitungen nicht entgehen

⁵³ Zu ihrer Zulässigkeit s. Ahrendt, in: Däubler (Hrsg.), TVG, § 1 Rn. 1368 ff

⁵⁴ § 16 des Abkommens von 1964 (abgedruckt RdA 1964, 216) sowie der Neufassung 1973 (RdA 1973, 387). Das Abkommen von 1980 (RdA 1980, 165) enthielt diese Regelung nicht mehr.

⁵⁵ Dazu Unterhinninghofen, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Rn. 212 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006, Rn. 712

⁵⁶ LAG Hamm 16.6.1981 – 6 Sa 436/78, DB 1981, 1571

⁵⁷ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 653/86, NZA 1988, 884

⁵⁸ 1 AZR 651/86, NZA 1988, 846

⁵⁹ BAG 7.6.1988 – 1 AZR 372/76, NZA 1988, 883

lassen, und auch das Fernsehen hatte sich mit einem Team angesagt. Dies war für die „Rheinische Post“ zu viel negative Publizität, und ihre Leitung machte sich ans Verhandeln. Ergebnis war eine vertrauliche Absprache, wonach die Gewerkschaft einen kleinen Teilbetrag bezahlte (man kann von 20.000 DM ausgehen); der Rest wurde für alle Zukunft „vergessen“.

Eine vergleichbare Dimension wie der GdF-Fall hatte nur die Verurteilung der IG Metall nach dem schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik 1956/57. Das BAG hatte damals entschieden, die Urabstimmung stelle eine „Kampfmaßnahme“ dar, und diese habe die noch andauernde Friedenspflicht verletzt.⁶⁰ Die Schadensersatzpflicht der IG Metall wurde rechtskräftig festgestellt, die konkrete Höhe blieb offen, doch wurde sie zum Teil mit 100 Mio. DM,⁶¹ zum Teil mit 40 Mio. DM veranschlagt,⁶² weil der Streik insgesamt 114 Arbeitstage gedauert hatte. Dies war sogar für eine so große Organisation wie die IG Metall ein schwerer Schlag, da auch die 40 Mio. das Doppelte eines Jahresüberschusses ausgemacht hätten. Die IG Metall legte Verfassungsbeschwerde ein, doch kam es anschließend zu Verhandlungen mit der Arbeitgeberseite. Diese verzichtete auf den Schadensersatz; im Gegenzug wurde die Verfassungsbeschwerde zurück genommen. Dem Wunsch der Arbeitgeberseite, dass es im Laufe von Tarifverhandlungen automatisch zu einer Schlichtung kommt, wurde in einem neuen Schlichtungsabkommen Rechnung getragen, das jedoch gleichzeitig auch die Begrenzung des Schadensersatzes auf 1 Mio. DM enthielt.⁶³

VII. Ausblick

Die Entscheidung des BAG vermag nicht zu befriedigen. Es liegt nahe, eine Verfassungsbeschwerde einzulegen und so eine zusätzliche inhaltliche Überprüfung zu erreichen.⁶⁴ Dabei fällt besonders stark ins Gewicht, dass das BAG auf der einen Seite dem Streikrecht zahlreiche Schranken gezogen hat, dass es dabei aber jede verfassungsrechtliche Fundierung vermissen ließ. So hat das BVerfG schon in der Lüth-Entscheidung⁶⁵ den

⁶⁰ BAG 31.10.1958 – 1 AZR 632/57, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht

⁶¹ So Mückenberger/Welteke KJ 1975, 15

⁶² Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2007, Rn. 291. Kittner (Arbeitskampf, 2005, S. 635) spricht von 38 Mio.

⁶³ Einzelheiten bei Kittner, Arbeitskampf, S. 635

⁶⁴ Der Verstoß gegen Art. 11 EMRK (oben III 3) kann in letzter Instanz zu einer Korrektur durch den EGMR führen.

⁶⁵ BVerfG 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 Ls. 5

Grundsatz aufgestellt, dass grundrechtsbeschränkende Normen ihrerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts interpretiert werden müssen. Genau dies hat das BAG etwa in Bezug auf den Inhalt der erweiterten Friedenspflicht nicht getan.⁶⁶ Ungestellt blieb auch die Frage, ob die sog. Rühreitheorie nicht einen unverhältnismäßigen Eingriff in das durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Streikrecht darstellt; möglicherweise wäre ja dem Schutz des bestreikten Arbeitgebers ausreichend Rechnung getragen, wenn er die Rücknahme einer rechtswidrigen Forderung verlangen könnte. Die Verfassung hätte auch verlangt, der Frage nachzugehen, ob der Eingriff in das Grundrecht auf Streik nicht dadurch hätte vermieden werden können, dass man dem Fallen-Lassen der beiden umstrittenen Forderungen Rückwirkung beigemessen hätte. Da das BAG insoweit nicht Stellung bezogen hat, könnte das LAG Frankfurt/Main dieses Defizit noch ausgleichen und dadurch den ganzen Streit auf eine neue Grundlage stellen. Nach § 563 Abs. 2 ZPO ist das Berufungsgericht lediglich an die rechtliche Beurteilung der Revisionsinstanz gebunden, muss aber nicht automatisch zum selben Ergebnis kommen: Ihm steht es frei, einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt aufzugreifen, mit dem sich das Revisionsurteil nicht befasst hat.⁶⁷ Das BAG-Urteil wird aller Voraussicht nach nicht das letzte Wort sein.

⁶⁶ S. oben II 1

⁶⁷ OLG Karlsruhe 14.9.1994 – 6 U 91/94 (Kart), NJW-RR 1995, 237, Ls. 2