
Neue Beweglichkeit im öffentlichen Dienst? Der gewerkschaftliche Warnstreik als Rechtsproblem

Ein Rechtsgutachten
von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen,
erstattet für die Gewerkschaft ÖTV

ötv

Neue Beweglichkeit im öffentlichen Dienst?

Der gewerkschaftliche Warnstreik als Rechtsproblem

Ein Rechtsgutachten
von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen,
erstattet für die Gewerkschaft ÖTV



Herausgegeben vom Hauptvorstand
der Gewerkschaft Öffentliche Dienste,
Transport und Verkehr,
Theodor-Heuss-Straße 2, 7000 Stuttgart 1.
Druck: Oertel + Spörer, 7410 Reutlingen.
Erschienen im Oktober 1984.
Alle Rechte vorbehalten.

Inhaltsverzeichnis

§ 1: Der Tatbestand: Warnstreik und neue Beweglichkeit	5
I. Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Lehre	5
II. Die Entwicklung bis zur BAG-Entscheidung vom 17. Dezember 1976	8
III. Die BAG-Entscheidung vom 17. Dezember 1976	11
IV. Die Entwicklung bis 1984 – die Praktizierung der sogenannten neuen Beweglichkeit	13
V. Überblick über den Gang der Darstellung	17
§ 2: Rechtsgrundlagen des gewerkschaftlichen Warnstreiks	19
I. Rückgriff auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG	19
1. Die Streikgarantie im allgemeinen	19
2. Freie Wahl der Kampfmittel	21
3. Warnstreik als richterrechtlich anerkanntes Kampfmittel?	22
4. Warnstreik als herkömmliches Kampfmittel?	23
II. Verstoß des Warnstreiks gegen ungeschriebene Verhaltenspflichten der Tarifparteien?	24
1. Die Friedenspflicht als Schranke	24
2. Nachwirkende Pflichten?	25
III. Rückkehr zum Ultima-ratio-Prinzip ursprünglicher Prägung?	27
1. Die Kritik an der Warnstreik-Entscheidung des BAG	27
2. Vorrang von Schlichtungsabkommen	28
3. Verhältnismäßigkeitsprinzip als übergeordnete Maxime	29
IV. Verstoß des gewerkschaftlichen Warnstreiks gegen das Prinzip druckfreien Verhandeln?	33
1. Die Neuformulierung des Ultima-ratio-Prinzips	33
2. Kritik	35

§ 3:	Die Funktion des Warnstreiks	39
I.	Das Problem	39
II.	Die Wirkungen des Warnstreiks	40
III.	Die Rolle des Warnstreiks in Tarifverhandlungen	44
§ 4:	Grenzen des Warnstreiks	47
I.	Existenz von Verhandlungen	47
II.	Dauer des Warnstreiks	47
III.	Wiederholung von Warnstreiks	49
IV.	Vermeidung eines hohen Schadens	51
V.	Ausübungsmodalitäten	52
	1. Durchführung einer Urabstimmung?	52
	2. Vorherige Ankündigung des Warnstreiks?	52
	3. Notdienstarbeiten	53
VI.	Übernahme verbandsfreier Warnstreiks	54
§ 5:	Neue Beweglichkeit als Erzwingungsstreik?	56
I.	Diskussionsstand	56
II.	Die Tragweite der BAG-Rechtsprechung	57
III.	Die Druckwirkung der sogenannten neuen Beweglichkeit	58
IV.	Verstoß gegen das Paritätsprinzip?	61
V.	Rechtswidrige Einzelaktionen	62
§ 6:	Besonderheiten im öffentlichen Dienst?	64
I.	Das Problem	64
II.	Die grundsätzliche Zulässigkeit des Streiks im öffentlichen Dienst	64
	1. Beamtenstreik	64
	2. Der Streik der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes	66
III.	Grenzen des Streikrechts	67
	Literaturverzeichnis	70

§ 1: Der Tatbestand:

Warnstreik und neue Beweglichkeit

I. Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Lehre

Der Warnstreik steht seit geraumer Zeit im Mittelpunkt rechtswissenschaftlicher Aufmerksamkeit. Dies war keineswegs immer so: Bis zur Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 17. Dezember 1976¹⁾ bestand nur wenig Interesse für dieses Phänomen.²⁾ Dies hing damit zusammen, daß sich keine rechtlichen Besonderheiten ergaben – der Warnstreik war unter genau den gleichen (engen) Voraussetzungen zulässig wie der unbefristete Erzwingungsstreik.³⁾ Die BAG-Entscheidung brachte insofern eine Neuerung, als sie den von einer Gewerkschaft getragenen Warnstreik grundsätzlich auch dann für rechtmäßig erklärte, wenn die Tarifverhandlungen noch nicht gescheitert waren; Voraussetzung sollte nur sein, daß die Friedenspflicht abgelaufen war.⁴⁾ Das Ultima-ratio-Prinzip, wonach Kampfmaßnahmen nur als „letztes Mittel“, das heißt nur dann ergriffen werden dürfen, wenn alle Verständigungsmöglichkeiten erschöpft sind, erfuhr insoweit eine Durchbrechung. Von nun an war die Einordnung einer Arbeitsniederlegung als „Warnstreik“ oder „Erzwingungsstreik“ von großer praktischer Relevanz; nur der erste war schon während der Tarifverhandlungen und einer eventuellen Schlichtung möglich, sofern nicht die Friedenspflicht von den Tarifparteien verlängert worden war. Diese neue Perspektive provozierte zahlreiche Kommentare⁵⁾, die eine Reihe von kritischen Fragen stellten und insbesondere nach präzisen Grenzen verlangten. Die Literatur zeigte sich wenig begeistert, vermied aber zugleich jede prinzipielle Ablehnung.

Diese Situation änderte sich, als der Warnstreik im Frühjahr 1981 von der IG Metall im Rahmen der sogenannten neuen Beweglichkeit eingesetzt wurde. 13 Gesamtme-

1) BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

2) Ausnahme; **Seiter**, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 257 ff.

3) **Alfred Hueck**, in: Festschrift Herschel, 1955, S. 27, 33, 44; **Brox-Rüthers**, 1. Aufl., S. 31, 143 f.; weitere Nachweise bei **Seiter**, a.a.O., S. 258, Fn. 132.

4) BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Leitsatz.

5) **Konzen**, SAE 1977, 235 f.; **Löwisch**, AR-Blattei, Arbeitskampf 2: Streik, Anmerkung zu Entscheidungen 18/19; **Mager**, Das Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 75 ff.; **Udo Mayer**, BfStR 1977, 241 ff.; **Nickel**, AuR 1977, 311; **Otto**, Urteilsanmerkung zu BAG EzA Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; **Reuter**, JuS 1977, 558; **Rüthers**, Anmerkung zu BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; **Schoden**, Die Quelle 1977, 269; **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, Seite 583 ff.

tall angeschlossene Arbeitgeberverbände sowie der Arbeitgeberverband der Eisen- und Stahlindustrie erhoben Klage gegen die IG Metall mit dem Ziel, die Warnstreiks für unzulässig zu erklären und der Gewerkschaft entsprechende Aktivitäten für die Zukunft zu untersagen.⁹⁾ Die juristische Literatur reagierte darauf mit nicht weniger als drei Monographien⁷⁾ und zahlreichen Aufsätzen.⁸⁾ Drei Strömungen lassen sich dabei unterscheiden. Die eine will jedenfalls im Ergebnis die BAG-Entscheidung von 1976 revidieren und zu „druckfreien“ Verhandlungen zurückkehren.⁹⁾ Die zweite akzeptiert zwar im Grundsatz die bisherige Rechtsprechung, sieht in der neuen Beweglichkeit jedoch ein Aliud, das heißt einen davon nicht gedeckten, unzulässigen Erzwingungsstreik.¹⁰⁾ Die dritte, zahlenmäßig überwiegende sieht den Einsatz des Warnstreiks im Rahmen der neuen Beweglichkeit als Maßnahme an, die sich noch innerhalb des vom BAG gezogenen Rahmens hält.¹¹⁾

Auch die Reaktion der Arbeitsgerichtsbarkeit auf die Klageaktion der Arbeitgeberverbände ist nicht völlig einheitlich. Von insgesamt 16 angerufenen Arbeitsgerichten erster Instanz haben 13 die Klagen abgewiesen; drei Kammern erklärten die Aktion der IG Metall für rechtswidrig, sahen jedoch aus prozessualen Erwägungen von einem Verbot entsprechender Aktionen in der Zukunft ab.¹²⁾ Auch bei den Landesarbeitsgerichten überwogen die ablehnenden Entscheidungen, obwohl das zahlenmäßige Verhältnis hier etwas anders beschaffen ist. Zur Klageabweisung kamen das LAG Düsseldorf¹³⁾, das LAG Rheinland-Pfalz¹⁴⁾, das LAG Hamburg¹⁵⁾, das LAG

⁹⁾ Mitgeteilt unter anderem bei **Wohlgemuth**, AuR 1982, 202.

⁷⁾ **Bobke-Grimberg**; **Dorndorf-Weiss**; **Plicker**.

⁸⁾ Vgl. – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – **Bieback**, AuR 1983, 361 ff.; **Bobke**, BB 1982, 865 ff.; **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1143 ff., **Glaubitz**, DB 1982, 1514 ff.; **Hanau**, DB 1982, 377 ff.; **Heinze**, NJW 1983, 2409 ff., **Herschel**, RdA 1983, 364 ff.; **Löwisch**, BB 1982, 1373 ff., **Mayer-Maly**, BB 1981, 1774 ff.; **Seiter**, JZ 1983, 773 ff.; **Wohlgemuth**, AuR 1982, 201 ff.

⁹⁾ So insbesondere **Plicker**, Warnstreik, S. 209 ff. und RdA 1982, 331 ff.; grundsätzlich zustimmend **Heinze**, NJW 1983, 2409 ff.; im Ergebnis ebenso **Rüthers**, in: Brox-Rüthers, Rn. 153 ff.; **Zöllner**, Arbeitsrecht, § 40 VI 4a bb (S. 375).

¹⁰⁾ **Hanau**, DB 1982, 377; **Löwisch**, BB 1982, 1373; **Seiter**, JZ 1983, 773; wohl auch **Mayer-Maly**, BB 1981, 1774, bei dem jedoch unklar ist, ob er nicht doch der in Fn. 9 genannten Meinung zuzurechnen ist: Einerseits bezieht er das Ultima-ratio-Prinzip auf den jeweiligen Verhandlungsstand (S. 1779), was eine gewisse Liberalisierung bedeuten würde, andererseits sagt er, der Warnstreik sei nur dann zulässig, wenn auch zum Erzwingungsstreik geschritten werden könne (S. 1780).

¹¹⁾ **Bieback**, AuR 1983, 361 ff. und in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 337 ff.; **Bobke**, BB 1982, 865 ff.; **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1143; **Herachel**, RdA 1983, 364; **Kempen**, AuR 1984, 225 ff.; **Weiss**, S. 79 ff.; **Wohlgemuth**, AuR 1982, 201.

¹²⁾ Entscheidungen bei **Bobke-Grimberg**, Warnstreik, S. 102, Fn. 3 bis 14, S. 103, Fn. 1 bis 3, und S. 105, Fn. 1.

¹³⁾ Urteil vom 12. November 1982, 3 Sa 199/82, AuR 1984, 50.

¹⁴⁾ Zwei Entscheidungen vom 19. Mai 1983, 5 Sa 135/82 und 5 Sa 486/82, soweit ersichtlich unveröffentlicht.

¹⁵⁾ Urteil vom 12. Oktober 1983, 4 Sa 139/82, AuR 1984, 88.

Bremen¹⁶⁾, die zweite und die achte Kammer des LAG Baden-Württemberg¹⁷⁾ sowie das LAG Düsseldorf in dem vom Arbeitgeberverband der Eisen- und Stahlindustrie angestrebten Verfahren.¹⁸⁾ Die im Rahmen der neuen Beweglichkeit durchgeführten Warnstreiks wurden für rechtswidrig erklärt durch das LAG Frankfurt¹⁹⁾, das LAG Berlin²⁰⁾, das LAG Schleswig-Holstein²¹⁾ und die dritte Kammer des LAG Baden-Württemberg.²²⁾ Noch einen Schritt weiter ging das LAG Niedersachsen, das auch für die Zukunft jeden verhandlungsbegleitenden Warnstreik untersagte.²³⁾ Eine Entscheidung des BAG ist nach Abschluß des vorliegenden Manuskripts ergangen.²⁴⁾ Die Klage der Arbeitgeberverbände wurde dabei als unzulässig²⁵⁾, die einiger Firmen als unbegründet abgewiesen: Die 1976 für den Warnstreik entwickelten Grundsätze gelten danach auch im Rahmen der sogenannten neuen Beweglichkeit.

Im Januar 1984 folgten die öffentlichen Arbeitgeber (Bundesrepublik Deutschland, Tarifgemeinschaft deutscher Länder, Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände) dem Beispiel der Arbeitgeberverbände aus der Metall- sowie der Eisen- und Stahlindustrie. Wegen der im Mai 1983 durchgeführten Warnstreiks erhoben sie Klage gegen die Gewerkschaft ÖTV²⁶⁾ mit dem Ziel, die Rechtswidrigkeit der durchgeführten Arbeitsniederlegungen festzustellen und der ÖTV für die Zukunft entsprechende Aktionen untersagen zu lassen. Sie berufen sich dabei auch auf Besonderheiten des öffentlichen Dienstes, die sich insbesondere bei der Handhabung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auswirken würden.

Eine nähere Auseinandersetzung mit den in Literatur und Rechtsprechung genannten Gesichtspunkten kann sinnvollerweise erst dann geführt werden, wenn der soziale Tatbestand „Warnstreik“ und „neue Beweglichkeit“ ausreichend bestimmt ist. Dies wird an der Frage besonders deutlich, ob die für den Warnstreik geltenden Grundsätze auch für solche Aktionen gelten, die im Rahmen der sogenannten neuen Beweglichkeit durchgeführt werden.

¹⁶⁾ Urteil vom 23. November 1983, 2 Sa 291/82, DB 1984, 513.

¹⁷⁾ Urteil vom 25. Mai 1983, 2 Sa 81/82, AuR 1984, 88; Urteil vom 26. Oktober 1983, 8 Sa 113/82, soweit ersichtlich unveröffentlicht.

¹⁸⁾ Urteil vom 18. November 1983, 3 Sa 127/82, soweit ersichtlich unveröffentlicht.

¹⁹⁾ Urteil vom 8. März 1983, 5 Sa 873/82, soweit ersichtlich unveröffentlicht.

²⁰⁾ Urteil vom 22. März 1983, 5 Sa 43/82, AuR 1984, 51.

²¹⁾ Urteil vom 9. Dezember 1983, 4 Sa 777/82, DB 1984, 993.

²²⁾ Urteil vom 21. April 1982, 3 Sa 2/82, DB 1982, 1409.

²³⁾ Urteil vom 31. Januar 1984, 7 Sa 88/82, DB 1984, 993.

²⁴⁾ Urteil vom 12. September 1984, BB 1984, 1807 (Pressemitteilung).

²⁵⁾ In dieselbe Richtung schon BAG, DB 1983, 1098.

²⁶⁾ Die Klage ist im Wortlaut wiedergegeben in: ÖTV-Intern, herausgegeben vom geschäftsführenden Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV, Nr. 3/84.

II. Die Entwicklung bis zur BAG-Entscheidung vom 17. Dezember 1976

Eine kurze Arbeitsniederlegung, die den Arbeitgeber vor einer Eskalation der Auseinandersetzungen warnen soll, hat schon immer eine gewisse Rolle gespielt.²⁷⁾ Auch in der Weimarer Zeit war sie nach Aussage **Herschels**²⁸⁾ keine Seltenheit. In den arbeitsrechtlichen Standardwerken fand der Warnstreik gleichwohl keine Erwähnung.²⁹⁾ Dies erklärt sich unschwer damit, daß es kein Streikrecht im heutigen Sinne gab; um eine legale Arbeitsniederlegung zu praktizieren, war zunächst eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses nötig.³⁰⁾

Spezifische Regeln über den Warnstreik konnten daher nicht entwickelt werden. Unrichtig wäre jedoch, aus der fehlenden „Lehrbuchexistenz“ auf das Fehlen in der Realität zu schließen.

Mit der Anerkennung des „sozialadäquaten“ Streiks als rechtmäßig durch das BAG im Jahre 1955³¹⁾ hätte sich diese Situation an sich ändern können. Spezifische, auf den Warnstreik bezogene Normen sind nämlich nur dann denkbar, wenn ein auf bestimmte Auseinandersetzungen begrenztes Streikrecht anerkannt ist. Fehlen wesentliche Begrenzungen, ist etwa wie in Frankreich, Italien, Großbritannien und Spanien die spontane Arbeitsniederlegung grundsätzlich rechtmäßig, so ist dadurch auch praktisch jeder Warnstreik abgedeckt.³²⁾ Von daher ist es auch naheliegend, daß Autoren, die für das deutsche Arbeitskampfrecht eine vergleichbare Position einnehmen, der Warnstreikproblematik lange Zeit keine Aufmerksamkeit geschenkt haben.³³⁾ Wie oben³⁴⁾ erwähnt, kam es jedoch zunächst nicht zur Ausbildung solcher Regeln, da der Warnstreik genau wie der Erzwingungsstreik nur nach endgültiger Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten, das heißt nach Scheitern der Tarifverhandlungen zulässig sein sollte. In der Realität kam dem Warnstreik gleichwohl beträchtliche Bedeutung zu. Mit Recht stellen **Bobke-Grimberg** fest, schon Ende der fünfziger Jahre hätte er einen „festen Platz“ in Tarifverhandlungen errungen.³⁵⁾

²⁷⁾ Ebenso **Mayer-Maly**, BB 1981, 774. Vgl. weiter **Bobke**, BB 1982, 865.

²⁸⁾ RdA 1983, 364.

²⁹⁾ **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 583.

³⁰⁾ Dazu näher **Däubler** (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 22 ff.

³¹⁾ BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³²⁾ Richtig **Bobke-Grimberg**, S. 54.

³³⁾ **Seiter** (JZ 1983, 773, Fn. 4) konstatiert, ihren Einsatz hätten auch diejenigen verpaßt, die sich gerne als Vertreter eines „progressiven“ Arbeitsrechts begreifen würden – eine (von den Anführungszeichen abgesehen) berechtigte Kritik, die sich auf einen Mangel „immanenter“ Auseinandersetzung bezieht.

³⁴⁾ Bei Fn. 3.

³⁵⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 58.

Als erste größere Aktion wird ein eintägiger Warnstreik von ca. 300 000 Kommunalarbeitern am 19. März 1958 genannt.³⁶⁾ Aus der Zeit vom 11. Januar bis zum 8. Februar 1962 wird von ausgedehnten Warnstreiks in der Metallindustrie Baden-Württembergs und Bayerns berichtet, an denen ca. 500 000 Beschäftigte teilgenommen haben.³⁷⁾ Vor der großen, mit Streik und Aussperrung verbundenen Auseinandersetzung in der Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden 1963³⁸⁾ kommt es zu zahlreichen, zwischen 30 und 60 Minuten dauernden Warnstreiks.³⁹⁾

Mit Recht stellt 1964 ein ansonsten eher konservativer Autor fest, der Warnstreik habe in der Praxis mittlerweile eine solche Bedeutung gewonnen, daß sich eine gesonderte Behandlung nicht umgehen lasse.⁴⁰⁾ Zu Konsequenzen bei der Handhabung der Sozialadäquanz-Formel konnte aber auch er sich nicht durchringen.

Gegen Ende der sechziger Jahre erlebten die Warnstreiks einen erheblichen Aufschwung; nicht nur in der Metallbranche wurden sie nunmehr zu einer regelmäßigen Begleiterscheinung der Tarifverhandlungen.

Erwähnenswert sind etwa die zwischen 22. September und 15. Oktober 1970 in ca. 250 Betrieben durchgeführten kurzfristigen Arbeitsniederlegungen im Rahmen der Metalltarifrunde, an denen ca. 500 000 Arbeitnehmer teilgenommen haben, sowie Warnstreikaktionen im Jahre 1971 in der Uhren- und Schmuckindustrie, bei Textil und Bekleidung, in der chemischen Industrie sowie erneut in der Metallindustrie.⁴¹⁾

In den Folgejahren ist insbesondere auf Arbeitsniederlegungen im öffentlichen Dienst 1974 sowie in der Metallindustrie 1976 hinzuweisen⁴²⁾; bei letzteren beteiligten sich erneut ca. 500 000 Beschäftigte.

Für das Jahr 1973 dokumentieren Bobke-Grimberg Arbeitsniederlegungen in der Stahl- und der Schuhindustrie, im öffentlichen Dienst, in der chemischen Industrie und in der Textil- und Bekleidungsindustrie.⁴³⁾ 1975 kam es zu Arbeitsniederlegungen in der Stahlindustrie, 1976 wird neben der Metallindustrie der öffentliche Dienst, die Druckindustrie sowie die Stahlindustrie genannt.⁴⁴⁾ Es ist daher nicht

³⁶⁾ Degen-Siebert-Stöhr, S. 62.

³⁷⁾ Degen-Siebert-Stöhr, S. 303.

³⁸⁾ Dazu Noë, Gebändigter Klassenkampf. Tarifaufonomie in der BRD, Berlin 1970.

³⁹⁾ Matthöfer, S. 194.

⁴⁰⁾ Siebrecht, S. 17.

⁴¹⁾ Nachweise bei Bobke-Grimberg, S. 61. Sehr unspezifisch Mayer-Maly, BB 1981, 1774, wonach zwischen 1968 und 1970 „mehrere Warnstreiks“ stattgefunden hätten.

⁴²⁾ Udo Mayer, BfStR 1977, 241.

⁴³⁾ Bobke-Grimberg, S. 65 f.

⁴⁴⁾ Bobke-Grimberg, S. 66 f.

korrekt, wenn Mager 1978 darauf hinweist, „in den letzten Jahren“ seien Warnstreiks bei Metall und Stahl vorgekommen, anderswo seien sie jedoch so gut wie unbekannt.⁴⁵⁾

Der Grund für das verstärkte Auftreten von Warnstreiks wird zu Recht darin gesehen, daß die gewerkschaftlichen Organisationen aufgrund der sogenannten wilden Streiks der Jahre 1969 und 1973 bestrebt waren, die Mitglieder und die sympathisierenden Außenseiter verstärkt in die Tarifauseinandersetzungen einzubeziehen.⁴⁶⁾ Die Warnstreiks wiesen jedoch eine Reihe von Charakteristika auf, die sie von entsprechenden Erscheinungen in der Gegenwart unterscheiden.

- Die Warnstreiks wurden nicht offiziell von der Gewerkschaft getragen, da sie von der herrschenden Meinung wegen Verstoßes gegen das Ultima-ratio-Prinzip für rechtswidrig erklärt wurden; die Gewerkschaften wollten und konnten das Risiko von Schadensersatzansprüchen daher nicht eingehen.⁴⁷⁾ Es handelte sich also um von der Rechtsprechung für rechtswidrig erklärte „wilde“ Streiks.
- Über die Dauer der Arbeitsniederlegungen sind nur sporadische Angaben vorhanden; **Mager** spricht von 15 bis 30 Minuten⁴⁸⁾, doch ist demgegenüber auf den eintägigen Warnstreik im öffentlichen Dienst 1958 zu verweisen.⁴⁹⁾
- Gegenüber den einzelnen Arbeitnehmern wurden keinerlei Sanktionen verhängt, obwohl nach der Rechtsprechung an sich eine fristlose Kündigung und Schadensersatzansprüche möglich gewesen wären. In vielen Fällen wurde sogar der Lohn fortbezahlt.⁵⁰⁾ In der Literatur wird dies zu Recht damit erklärt, daß angesichts zunächst bestehender Arbeitskräfteknappheit derartige Sanktionen den Produktionsablauf gestört hätten; auch konnten die Arbeitgeber kein Interesse daran haben, durch hartes Vorgehen eine schärfere Gangart in künftigen Tarifrunden zu provozieren.⁵¹⁾

Die Gewerkschaften bezogen die „wilden“ Warnstreiks durchaus in ihre Verhandlungsstrategie ein. In vielen Fällen waren sie die eigentlichen Initiatoren.⁵²⁾ Daß diese Arbeitsniederlegungen keineswegs „an den Gewerkschaften vorbei“ erfolgten, wird

⁴⁵⁾ **Mager**, Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 90; korrekt **Konzen**, SAE 1977, 235: seit einigen Jahren „regelmäßige Begleiterscheinung“ bei Tarifverhandlungen.

⁴⁶⁾ **Udo Mayer**, BfStR 1977, 241.

⁴⁷⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 56, Fn. 5, 64; **Erd**, S. 194; **Udo Mayer**, BfStR 1977, 242; **Nickel**, AuR 1977, 312; **Seiter**, JZ 1983, 773.

⁴⁸⁾ **Mager**, Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 91.

⁴⁹⁾ **Degen-Siebert-Stöhr**, S. 62, 75, 302.

⁵⁰⁾ **Konzen**, SAE 1977, 235; **Otto**, Anmerkung zu BAG Eza Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵¹⁾ **Erd**, S. 195.

⁵²⁾ Vgl. **Bobke-Grimberg**, S. 64; **Kirchner**, RdA 1980, 131; **Konzen**, SAE 1977, 235; **Löwisch**, Anmerkung, AR-Blattei, Arbeitskampf II: Streik, Entscheidungen 18/19; **Matthöfer**, S. 194; **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 583.

daran deutlich, daß diese regelmäßig Maßregelungsklauseln auch zugunsten der an den Warnstreiks Beteiligten vereinbarten.⁵³⁾ Erst in der Tarifrunde 1976 konnten entsprechende Forderungen nicht mehr voll durchgesetzt werden; angesichts der nicht nur vorübergehend eingetretenen Änderungen auf dem Arbeitsmarkt sahen die Arbeitgeber keine Veranlassung mehr, den Gewerkschaften in der bisherigen Weise entgegenzukommen.⁵⁴⁾ 1977 konnten entsprechende Vereinbarungen überhaupt nicht mehr durchgesetzt werden.⁵⁵⁾

III. Die BAG-Entscheidung vom 17. Dezember 1976

Mitten während der – auch im juristischen Schrifttum ausgetragenen – Auseinandersetzungen um die Maßregelungsklauseln⁵⁶⁾ erging die Entscheidung des BAG vom 17. Dezember 1976, die den Warnstreik unter bestimmten Voraussetzungen für rechtmäßig erklärte.⁵⁷⁾ Im einzelnen waren (und sind) folgende Bedingungen zu erfüllen:

- Der Warnstreik muß von der Gewerkschaft getragen sein; sogenannte spontane Warnstreiks bleiben illegal.⁵⁸⁾ Die Anforderungen an die gewerkschaftliche Organisation sind allerdings nicht sehr hoch, da bereits die Aufforderung zur Demonstrationsteilnahme genügen soll, wenn die Demonstration während der Arbeitszeit stattfindet.
- Die Arbeitsniederlegung muß in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit laufenden Tarifverhandlungen stehen.⁵⁹⁾
- Der Streik darf nicht „im Hinblick auf Dauer und Wiederholung oder durch Eintritt eines über den reinen Arbeitsausfall hinausgehenden hohen Schadens“ unverhältnismäßig sein. Eine Dauer von 2 bis 3 Stunden wird als „relativ kurz“ unbeanstandet gelassen.⁶⁰⁾
- Die Friedenspflicht muß abgelaufen sein.

⁵³⁾ **Bleback**, AuR 1983, 362; **Konzen**, SAE 1977, 235.

⁵⁴⁾ Vgl. **Erd**, S. 202 ff.

⁵⁵⁾ **Erd**, S. 209.

⁵⁶⁾ Dazu **Heß**, DB 1976, 2469 ff.; **Zöllner**, Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgeklauseln nach Arbeitskämpfen, Bonn u. a. 1977 (beide verneinend); **Udo Mayer**, BfIStR 1977, 241 ff. (bejahend).

⁵⁷⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵⁸⁾ BAG, a.a.O., Bl. 2 R.

⁵⁹⁾ BAG, a.a.O., Bl. 2.

⁶⁰⁾ BAG, a.a.O., Bl. 2.

- Eine Urabstimmung ist nicht erforderlich; ob sie beim Erzwingungsstreik notwendig ist, bleibt dahingestellt.⁶¹⁾

Die Vereinbarkeit dieser partiellen Legalisierung des Warnstreiks mit dem vom Großen Senat entwickelten Verhältnismäßigkeitsprinzip wird wie folgt begründet:

„Für derartige Warnstreiks gilt nämlich nicht uneingeschränkt der vom Großen Senat des BAG im Beschluß vom 21. 4. 1971 (BAG 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) aufgestellte Grundsatz, daß Arbeitskampfmaßnahmen nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden dürfen. Dieser Grundsatz ist erkennbar für den Regelfall aufgestellt worden, daß zeitlich längerfristige oder unbegrenzte Arbeitskampfmaßnahmen erfolgen. Handelt es sich dagegen nach Ablauf der tariflichen Friedenspflicht und während des Laufs von Tarifverhandlungen nur darum, den Abschluß dieser Verhandlungen dadurch zu beschleunigen, daß dem Tarifpartner die Bereitschaft, hier der Arbeitnehmerschaft, gegebenenfalls auch der nichtorganisierten Arbeitnehmer, zu einem intensiveren Arbeitskampf vor Augen geführt werden soll, so kann dieser ‚milde‘ Druck in Form eines kurzen Warnstreiks auch vor Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ausgeübt werden. Ein derartiges Verfahren entspricht geradezu dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, einerseits noch nicht zu einem unbefristeten Arbeitskampf überzugehen, wenn die Verhandlungsmöglichkeiten noch nicht ausgeschöpft sind, andererseits darauf hinzuwirken, den tariflosen und damit nicht befriedeten Zustand möglichst schnell zu beenden.“

Das BAG hat sich damit nicht der ein Jahr vorher publizierten Auffassung **Seiters** angeschlossen, wonach auch nicht von der Gewerkschaft getragene Warnstreiks im Rahmen von Tarifrunden rechtmäßig sein sollten.⁶²⁾ Wie immer seine Entscheidung unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten zu würdigen sein mag⁶³⁾, vom Ergebnis her hat es zwei Dinge bewirkt.

Zum einen hat es ein dauerndes Auseinanderfallen zwischen arbeitskampfrechtlicher Rechtsprechung und Arbeitskampff Praxis verhindert. Hätte es mit der herrschenden Meinung an einem starren Verständnis des Ultima-ratio-Prinzips festgehalten, wären bis auf weiteres die meisten Tarifrunden zugleich ein „Akt des Ungehorsams“ gegenüber der BAG-Rechtsprechung geworden. Dies hätte einen erheblichen Legitimationsverlust für die richterrechtlich geschaffenen Arbeitskampffregeln bedeutet und deren Autorität insgesamt in Frage stellen können.⁶⁴⁾

⁶¹⁾ BAG, a.a.O., Bl. 3.

⁶²⁾ **Seiter**, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 257 ff.

⁶³⁾ Dazu unten § 2 III, IV, S. 27 ff.

⁶⁴⁾ Auf die Legitimationsproblematik weisen zu Recht hin: **Bobke**, BB 1982, 866; **Bobke-Grllmberg**, S. 75; **Udo Mayer**, BfStR 1977, 242; **Wohlgemuth**, AuR 1982, 201; vgl. auch **Löwisch**, Anmerkung, AR-Blattei, Arbeitskampf II: Streik, Entscheidungen 18/19.

Zum zweiten hat es durch die Beschränkung auf den gewerkschaftlichen Warnstreik dafür gesorgt, daß sich die „Spontaneität“ der „Basis“ in Grenzen halten würde. Es hat den Warnstreik insoweit „kanalisiert“, als er nur im Rahmen der gewerkschaftlichen Tarifpolitik eingesetzt werden kann.⁶⁵⁾ Überzeugend ist die Einschätzung **Magers**:⁶⁶⁾

„Meines Erachtens dürfte das eigentliche Ziel der Entscheidung gewesen sein, die zunehmende Praxis wilder Warnstreiks rechtzeitig in den Griff zu bekommen und sie durch eine Integration von Warnstreiks nach Ablauf der Friedenspflicht in das Arbeitskampfsystem zu kanalisieren sowie das gewerkschaftliche Engagement bei Warnstreiks zu steigern. Die Zurückdrängung wilder Streiks und die Erweiterung gewerkschaftlicher Verantwortung ist nach dem Arbeitskampfsystem des Bundesarbeitsgerichts und der herrschenden Lehre, die die Ordnungsfunktion der Tarifvertragsparteien betonen und dementsprechend vom Streikmonopol der Gewerkschaften ausgehen, konsequent. In der Warnstreikentscheidung drückt sich offensichtlich Sorge um die Tarifautonomie aus.“

Auch auf gewerkschaftlicher Seite finden sich entsprechende Einschätzungen.⁶⁷⁾

Für die Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung wird es wichtig sein, ihren politischen Stellenwert im Auge zu behalten. So ist verschiedentlich auf die negativen Konsequenzen hingewiesen worden, die eine Aufgabe der Rechtsprechung zur Folge hätte.⁶⁸⁾

IV. Die Entwicklung bis 1984 – die Praktizierung der sogenannten neuen Beweglichkeit

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts hatte zunächst nur relativ geringe praktische Auswirkungen, da in vielen Branchen – einschließlich der Metallindustrie – Schlichtungsabkommen bestanden, die die Friedenspflicht ausdrücklich bis zum endgültigen Scheitern der Tarifverhandlungen ausdehnten. Warnstreiks wurden daher weiterhin vorwiegend als „wilde“ durchgeführt, soweit es nicht ausnahmsweise (wie in dem vom BAG entschiedenen Fall) um einen unorganisierten Arbeitgeber ging oder ein Schlichtungsabkommen fehlte. Die Warnstreiks nahmen gleichwohl in den Jahren 1977 und 1978 eher zu. Bemerkenswert ist, daß auch völlig „streik-

⁶⁵⁾ Von „Kanalisierung“ sprechen zu Recht so unterschiedliche Autoren wie **Mager** (Arbeitsrecht der Gegenwart 15 [1978], S. 93) und **Wohlgemuth** (AuR 1982, 202).

⁶⁶⁾ a.a.O., S. 93.

⁶⁷⁾ **Schoden**, Die Quelle 1977, 270. Zum Ganzen siehe auch **Erd**, S. 210 ff.

⁶⁸⁾ **Seiter** (JZ 1983, 776) befürchtet ein Neuauftauchen „wilder“ Warnstreiks, während **Herschel** (RdA 1983, 364) davon ausgeht, daß die Gewerkschaften dann vorzeitig das Scheitern der Tarifverhandlungen erklären würden. Dazu näher unten § 2 III 3, S. 29 ff.

unerfahrene“ Bereiche wie der Einzelhandel oder die Bauindustrie Baden-Württembergs einbezogen wurden.⁶⁹⁾ Für 1978 werden 204 Warnstreiks mit etwas über 100 000 Beteiligten genannt⁷⁰⁾ – eine Zahl, die vermutlich viel zu niedrig gegriffen ist, da allein in der Bauindustrie am 12./13. April sowie am 9. Mai 1978 133 000 bzw. 141 000 Arbeitnehmer in den Ausstand getreten sein sollen.⁷¹⁾ Für 1979 finden sich durchweg niedrigere Zahlen, so daß die Schätzung mit napp über 50 000 Beteiligten eher realistisch sein dürfte.⁷²⁾ Im Jahre 1980 stieg die Zahl der Aktionen wie der Beteiligten wieder erheblich an.⁷³⁾

Aufgrund eines 1977 vom Gewerkschaftstag gefaßten Beschlusses versuchte der Vorstand der IG Metall zu einer Revision des 1973 geschlossenen Schlichtungsabkommens zu gelangen, das die Friedenspflicht bis zum Scheitern der Schlichtung ausgedehnt hatte.⁷⁴⁾ Das am 1. Januar 1980 in Kraft getretene neue Schlichtungsabkommen begrenzt die Friedenspflicht auf einen Zeitraum von vier Wochen nach Auslaufen des Tarifvertrages und läßt für die Zeit danach Arbeitskämpfe nach allgemeinen Grundsätzen zu. Erklärte Absicht der Gewerkschaft war es, auf diese Weise erweiterte Handlungsspielräume zu gewinnen, insbesondere die durch die Warnstreikentscheidung des BAG eröffneten Möglichkeiten zu nutzen.⁷⁵⁾

Aufgrund der nach dem Gewerkschaftstag 1977 entwickelten Strategie der neuen Beweglichkeit sollte der Warnstreik als ein Mittel neben anderen eingesetzt werden, um den gewerkschaftlichen Forderungen ein hohes Maß an gesellschaftlicher Akzeptanz zu verschaffen und die Arbeitgeberseite zu einem Kompromiß zu veranlassen. Die vorgesehenen Handlungsformen waren außerordentlich vielfältig.⁷⁶⁾ Neben betrieblichen Aktionen, die wie die Verweigerung von Überstunden oder die Einberufung von Betriebsversammlungen unter der Schwelle des Streiks bleiben⁷⁷⁾, gehörten dazu insbesondere öffentlichkeitswirksame Aktionen wie Demonstrationen, Autokorsos, Informationsstände und ähnliches mehr.⁷⁸⁾ Einbezogen waren auch Aktivitäten in der Privatsphäre wie Hausfrauennachmittage, Rentnerveranstaltungen und Wohnbereichsversammlungen, die die Betroffenheit der Familien als solcher

⁶⁹⁾ Nähere Angaben bei **Bobke-Grimberg**, S. 76 ff.

⁷⁰⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 80 (unter Bezugnahme auf Hautsch u. a.).

⁷¹⁾ **Degen-Slebert-Stöhr**, S. 348. **Bobke-Grimberg** nennen S. 79 auch diese Zahl, ohne auf den Widerspruch hinzuweisen.

⁷²⁾ Nähere Angaben bei **Bobke-Grimberg**, S. 83 f.

⁷³⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 87, unter Bezugnahme auf Bömer u. a.: 221 280 Streikende.

⁷⁴⁾ Näher dazu **Lang**, WSI-Mitt. 1982, 548.

⁷⁵⁾ **Kittner**, AuR 1981, 297. Das wird im Prinzip auch von Arbeitgeberseite zugestanden – vgl. **Glaubitz**, DB 1982, 1514/15; **Kirchner**, RdA 1980, 130 (BAG-Entscheidung hat Schlichtungsabkommen „ins Wanken gebracht“).

⁷⁶⁾ Überblick in: *Der Gewerkschafter*, Heft 11/1981, S. 22.

⁷⁷⁾ Dazu etwa LAG Baden-Württemberg, DB 1982, 1412 und **Lang**, WSI-Mitt. 1982, 550.

⁷⁸⁾ **Lang**, WSI-Mitt. 1982, 550.

deutlich machen sollen.⁷⁹⁾ Leitender Gesichtspunkt war und ist das Bestreben, möglichst viele Arbeitnehmer in die Aktion einzubeziehen und so von der Vorstellung eines Streiks als letztlich passiver Verweigerung wegzukommen. Die gewerkschaftlichen Handlungsformen werden auf diese Weise denen der Friedens- und der Umweltschutzbewegung in vielerlei Hinsicht ähnlich.

Im Frühjahr 1981 wurde auf der Basis des geänderten Schlichtungsabkommens zum ersten Male die neue Beweglichkeit im Rahmen einer Metall-Tarifrunde praktiziert. Warnstreiks fanden zeitlich und regional versetzt statt, mit der Folge, daß vor Abschluß des Tarifvertrages an jedem Arbeitstag irgendwelche Betriebe kurzfristig bestreikt wurden.⁸⁰⁾

Verlässliche quantitative Angaben über das Ausmaß der Warnstreiks lassen sich nur schwer gewinnen, da nicht nur die Angaben der Arbeitgeber- und der Gewerkschaftsseite, sondern auch die aus dem jeweiligen Lager kommenden Angaben differieren. So betonten die Arbeitgeber zunächst, in 4 400 Betrieben habe es Warnstreiks gegeben; insgesamt seien 3,7 Millionen Arbeitnehmer zum Streik aufgerufen worden, doch seien nur 930 000 effektiv in den Ausstand getreten.⁸¹⁾ Obwohl diese Zahlen erst acht Monate nach Ende der Streiks veröffentlicht wurden, wurden sie später berichtigt: In 4 839 Betrieben habe es Aktionen gegeben, an denen 1,2 Millionen Arbeitnehmer teilgenommen hätten.⁸²⁾ Bemerkenswert ist, daß die Erhöhung der Zahl der Streikenden um rund 20 Prozent die übrigen Zahlen unberührt ließ; die ausgefallenen Arbeitsstunden wurden weiterhin mit 1,5 Millionen, der Verdienstaufschlag der Arbeitnehmer mit 24 Millionen DM und der rechnerische Produktionsausfall mit 110 Millionen DM angegeben.⁸³⁾

Nach gewerkschaftlichen Angaben haben in knapp 8 000 Betrieben Warnstreiks stattgefunden⁸⁴⁾, an denen „über drei Millionen“⁸⁵⁾ bzw. „fast drei Millionen“⁸⁶⁾ Arbeitnehmer teilgenommen haben. Von einem Auseinanderklaffen zwischen der Zahl der zum Streik Aufgerufenen und der Zahl der tatsächlich Streikenden ist nicht die Rede. Auch über den Verdienstaufschlag finden sich keine Angaben. Eine gewisse Vermutung spricht dafür, daß die Arbeitgeberseite das tatsächliche Ausmaß der

⁷⁹⁾ Lang, WSI-Mitt. 1982, 550.

⁸⁰⁾ Seiler (JZ 1983, 774) spricht von „rollierenden nadelstichtartigen Aktionen“; andere sehen die Arbeitgeber „gepiesackt“ (Glaubitz, DB 1982, 1514; Mayer-Maly, BB 1981, 1780).

⁸¹⁾ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. Dezember 1981, S. 15, zitiert nach Löwisch, BB 1982, 1373.

⁸²⁾ So Glaubitz, DB 1982, 1515; Picker, S. 35; Rütters, in: Brox-Rütters, Rn. 156, unter Heranziehung von Angaben der Arbeitgeberseite.

⁸³⁾ Vgl. Fn. 81 und Fn. 82.

⁸⁴⁾ Lang, WSI-Mitt. 1982, 549.

⁸⁵⁾ Kittner, AuR 1981, 298.

⁸⁶⁾ Lang, WSI-Mitt. 1982, 549.

Aktionen (zumindest zunächst) etwas reduzierte, während die IG Metall möglicherweise auch dort eine voll gelungene Aktion verbuchte, wo dem Streikaufruf nicht oder nur in geringerem Umfang Rechnung getragen wurde.

Was die sonstigen Modalitäten angeht, so wird berichtet, daß die Streiks meist zwischen einer und drei Stunden gedauert hätten.⁸⁷⁾ Während der sich über acht Wochen erstreckenden Aktion sind eine Reihe von Betrieben auch mehrmals bestreikt worden.⁸⁸⁾ Von Kündigungen wegen Streikteilnahme ist nirgends die Rede, obwohl die Arbeitgeberseite den Standpunkt vertrat, es handle sich um rechtswidrige Arbeitsniederlegungen. Nach ihren Bekundungen wurde jedoch der Lohn für die ausgefallene Arbeitszeit einbehalten⁸⁹⁾; in der Literatur wurde demgegenüber darauf hingewiesen, daß die Kosten bei der Umstellung der Lohnberechnung höher seien als die durch Einbehalten des Lohnes ersparten Aufwendungen⁹⁰⁾ –man kann daher vermuten, daß insbesondere bei ganz kurzen (etwa einstündigen) Streiks der Lohnausfall nicht effektiv praktiziert wurde.

Die Jahre 1982 und 1983 brachten Aktionen mit einer sehr viel geringeren Dimension. 1982 wurde die neue Beweglichkeit nur an vier Arbeitstagen (vom 2. bis 5. März) praktiziert. Übereinstimmend ist von 227 betroffenen Betrieben die Rede.⁹¹⁾ Die Angaben über die Zahl der beteiligten Arbeitnehmer schwanken zwischen 250 000⁹²⁾ und 62 500⁹³⁾, die Zahl der ausgefallenen Arbeitsstunden wird mit 47 000 beziffert.⁹⁴⁾ Von gewerkschaftlicher Seite wird betont, es habe größere Mobilisierungsprobleme als im Vorjahr gegeben.⁹⁵⁾ Für die Metall-Tarifrunde 1983 wird die Zahl der an Warnstreiks beteiligten Arbeitnehmer von der IG Metall mit „weit über 400 000“ angegeben.⁹⁶⁾ Zur Tarifrunde 1984 liegen derzeit noch keine Zahlen vor.⁹⁷⁾

Neben der von der IG Metall praktizierten neuen Beweglichkeit stehen in zahlreichen anderen Bereichen Warnstreikaktionen, die nicht in ein übergreifendes Konzept eingebettet waren; inwieweit sie durch öffentlichkeitswirksame und andere Aktionen

⁸⁷⁾ ArbG Stuttgart, DB 1982, 331; **Glaubitz**, DB 1982, 1515; **Löwisch**, BB 1982, 1373.

⁸⁸⁾ ArbG Stuttgart, DB 1982, 331; **Glaubitz**, DB 1982, 1516.

⁸⁹⁾ **Glaubitz**, DB 1982, 1517.

⁹⁰⁾ **Heinze**, NJW 1983, 2409.

⁹¹⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 110; **Glaubitz**, DB 1982, 1516.

⁹²⁾ **Lang**, WSI-Mitt. 1982, 549; ähnlich **Glaubitz**, DB 1982, 1516: 242000.

⁹³⁾ **Picker**, S. 37, unter Berufung auf Angaben von Gesamtmetall.

⁹⁴⁾ **Glaubitz**, DB 1982, 1516; **Picker**, S. 37.

⁹⁵⁾ **Lang**, WSI-Mitt. 1982, 550.

⁹⁶⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 112, unter Bezugnahme auf den IG-Metall-Pressedienst.

⁹⁷⁾ Der um den Einstieg in die 35-Stunden-Woche geführte Erzwingungsstreik war mit der Zahlung von 420 Millionen DM Streik- und Aussperrungsunterstützung verbunden – dazu **Bobke**, Blätter für deutsche und internationale Politik, 1984, S. 772. Siehe auch die Dokumentation in Heft 7/1984 der GewMH.

flankiert wurden, ist nicht bekannt.⁹⁸⁾ Im Regelfall wurden sie allerdings nicht an einem Tag in sämtlichen erfaßten Betrieben, sondern zeitlich und räumlich gestaffelt durchgeführt. Dies gilt auch für die Warnstreiks im öffentlichen Dienst, die zwischen dem 2. und 7. Mai 1983 stattgefunden haben und an denen nach Angaben der Gewerkschaft ÖTV etwa 300 000 Beschäftigte teilgenommen haben.⁹⁹⁾ Betroffen waren insbesondere die Müllabfuhr und Verkehrsbetriebe in Großstädten.¹⁰⁰⁾

V. Überblick über den Gang der Darstellung

Im folgenden soll die rechtliche Zulässigkeit der beschriebenen Warnstreikaktionen untersucht werden. Dabei wird grundsätzlich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zugrundegelegt; die anderwärts entwickelte alternative Konzeption¹⁰¹⁾ wird im vorliegenden Zusammenhang nicht aufgegriffen. Die Warnstreikentscheidung des BAG muß allerdings insoweit in Frage gestellt werden, als es um einen etwaigen Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Arbeitskämpfrechts oder der Rechtsordnung insgesamt geht.

Gegenstand ist im folgenden nur der gewerkschaftliche Warnstreik, der während laufender Tarifverhandlungen oder während eines Schlichtungsverfahrens eingesetzt wird. Befristete Arbeitsniederlegungen nach Scheitern der Tarifverhandlungen sind nicht nur rechtlich unproblematisch¹⁰²⁾, sondern nach der Rechtsprechung des BAG auch keine „Warnstreiks“ mehr.¹⁰³⁾

In einem ersten Abschnitt soll zunächst der Frage nachgegangen werden, inwieweit Art. 9 Abs. 3 GG auch den von den Gewerkschaften getragenen verhandlungsbegleitenden Warnstreik schützt. Dies gibt Gelegenheit, den in der Literatur vorgetragenen Thesen der nachvertraglichen Treuepflicht, der Verletzung des Ultima-ratio-Prinzips sowie der Verletzung des Prinzips druckfreier Verhandlungen nachzugehen. Auch soll kurz auf die sonstigen Rechtsgrundlagen des Streiks eingegangen werden (unten § 2, S. 19 ff.).

Der folgende Abschnitt betrifft die Funktionen des Warnstreiks, die in der Literatur eingehend erörtert wurden. Ihre praktische Bedeutung liegt darin, daß sie leitende Gesichtspunkte für die Abgrenzung des Phänomens „Warnstreik“ vom Erzwingungsstreik liefern (unten § 3, S. 39 ff.).

⁹⁸⁾ Überblick bei **Bobke-Grimberg**, S. 105 ff.

⁹⁹⁾ Siehe die Angaben in der Klageschrift der öffentlichen Arbeitgeber, ÖTV-Intern Nr. 3/84, S. 46, 49.

¹⁰⁰⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 113.

¹⁰¹⁾ **Däubler**, Arbeitsrecht 1, S. 149 ff., 154 ff.

¹⁰²⁾ Für ihre Zulässigkeit ausdrücklich **Hanau**, DB 1982, 382; **Löwisch**, BB 1982, 1373 f.; **Mayer-Maly**, BB 1981, 1780; **Picker**, S. 238 f.

¹⁰³⁾ BAG, DB 1982, 1827 rechte Spalte.

Die auf dieser Basis zu bestimmenden Grenzen des Warnstreiks sind insbesondere im Hinblick auf die höchstzulässige Dauer und die Wiederholbarkeit während einer Tarifrunde umstritten. Auch fragt es sich, ob es besondere Regeln für die Ausübung des Rechts zum Warnstreik (z. B. Ankündigungspflicht) gibt. Schließlich ist in diesem Zusammenhang von Interesse, ob die Gewerkschaft eine „spontane“ Aktion nachträglich übernehmen kann (unten § 4, S. 47 ff.).

Einen Hauptstreitpunkt der gegenwärtigen Diskussion greift der Abschnitt über „neue Beweglichkeit als Erzwingungsstreik?“ auf. Muß die Intensität des von der Arbeitnehmerseite ausgehenden Drucks aus der Perspektive des Arbeitgeberverbands bestimmt werden, wenn ja, mit welchen Konsequenzen? Was bedeutet es, daß die neue Beweglichkeit keine „druckfreien“ Tage kennt? Wie sind die Nachteile beschaffen, die den Arbeitgebern entstehen? Wie verhält sich der koordiniert eingesetzte Warnstreik zum Paritätsprinzip? Bedarf die Arbeitgeberseite der Aussperrung oder muß gar der Warnstreik verboten werden, weil letztere kein ausreichendes Maß an Interessenwahrung sichert? Welche Konsequenzen hat es schließlich für die gesamte Aktion, wenn eine einzelne Arbeitsniederlegung rechtswidrig ist? (unten § 5, S. 56 ff.).

Der folgende Abschnitt betrifft etwaige Besonderheiten des öffentlichen Dienstes. Wie weit reicht dort das Streikrecht, inwieweit sind Warnstreiks auch in lebenswichtigen Unternehmen möglich? (unten § 6, S. 64 ff.).

§ 2: Rechtsgrundlagen **des gewerkschaftlichen Warnstreiks**

I. Rückgriff auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG

1. Die Streikgarantie im allgemeinen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts garantiert Art. 9 Abs. 3 GG auch einen Kernbereich der Tarifautonomie.¹⁰⁴⁾ Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, ein Tarifsystem bereitzustellen – eine Aufgabe, die er durch die Übernahme des Tarifvertragsgesetzes und durch die Entwicklung zahlreicher richterrechtlicher Grundsätze erfüllt hat.¹⁰⁵⁾ Mit überzeugenden Gründen hat das BAG festgestellt, ohne das Druckmittel des Streiks könne die Tarifautonomie nicht wirksam werden.¹⁰⁶⁾ Anders als auf dem Markt für Güter und Dienstleistungen scheidet ein Ausweichen auf andere Vertragspartner in der Regel aus.¹⁰⁷⁾ Weiter ist die Verhandlungssituation der Arbeitnehmerkoalition insofern „atypisch“, als die Gegenseite nicht das gleiche Interesse am Abschluß eines Tarifvertrages hat. Im einzelnen führt das BAG dazu aus:¹⁰⁸⁾

„Nach dem bisherigen Stand der Dinge ist die bestehende Tariflage und unter Umständen sogar ein tarifloser Zustand für die Arbeitgeber vorteilhafter als für die Arbeitnehmer. In der bisherigen Sozialgeschichte waren die Gewerkschaften fast immer gehalten, eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu fordern und durchzusetzen. Seit Bestehen der Bundesrepublik sind die Produktivität und das Preisniveau ständig gestiegen, so daß den Gewerkschaften die Aufgabe zufiel, die notwendigen Anpassungen zu erreichen. Hingegen konnten die Arbeitgeber als ihre Tarifvertragspartner kein unmittelbares Interesse daran haben, z. B. die

¹⁰⁴⁾ BVerfGE 4, 96 ff.; 50, 290.

¹⁰⁵⁾ Daß trotz des Tarifvertragsgesetzes das Tarifvertragsrecht im wesentlichen Richterrecht ist, wird selten betont, ist aber gleichwohl evident. So finden sich etwa im Text des TVG keinerlei Anhaltspunkte zu so wichtigen Fragen wie der Friedenspflicht, der Grundrechtsbindung der Tarifparteien, des Umfangs des tariflich Regelbaren, der Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Nicht- oder Andersorganisierten, der Effektivklauseln usw.

¹⁰⁶⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 4 R.

¹⁰⁷⁾ BAG, a.a.O., Bl. 4 unten.

¹⁰⁸⁾ BAG, a.a.O., Bl. 4 R.

Löhne stärker anzuheben, die Arbeitszeit zu verkürzen, die Rationalisierung durch Schutzvorschriften zu erschweren. Bei diesem Interessengegensatz wären Tarifverhandlungen ohne das Recht zum Streik im allgemeinen nicht mehr als ‚kollektives Betteln‘ (Blanpain). Soweit Tarifverträge überhaupt zustande kämen, beruhten sie nur auf dem einseitigen Willensentschluß einer Seite und böten daher nicht die Gewähr eines sachgerechten Ausgleichs der beiderseitigen Interessen.“

Den beiden Argumenten des BAG – faktische Unmöglichkeit des „Abwanderns“ zu anderen Vertragspartnern und fehlendes Eigeninteresse der Arbeitgeberseite am Tarifabschluß – ließe sich ein drittes hinzufügen: Der (nationale wie internationale) Markt zwingt die Unternehmer, möglichst kostengünstig zu produzieren, da sonst zumindest langfristig bestehende Marktanteile verlorengehen. Da es nun keine koordinierte Lohnpolitik der einzelnen nationalen Gewerkschaften gibt, ist zumindest kurzfristig derjenige Unternehmer im Vorteil, der über die „nachgiebigsten“, am wenigsten kampfkraftigen Gewerkschaften verfügt.

Steht aber der Unternehmer selbst unter dem (oft sehr massiven) Zwang des Marktes, so wäre es erst recht illusorisch, allein durch die Kraft des Arguments einen Kompromiß zu erreichen, beispielsweise einen Teil der Produktivitätssteigerung über die Löhne auch den Arbeitnehmern zugutekommen zu lassen. Der vom Markt ausgehende strukturelle Zwang kann vielmehr nur durch Gegendruck ein wenig zurückgedrängt werden.¹⁰⁹⁾ Daß Streiks zum Funktionieren der Tarifautonomie unerläßlich sind, bedarf daher keiner näheren Begründung mehr.¹¹⁰⁾ Grundrechtsdogmatisch gesehen, hat die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG eine Vorreiterrolle gespielt – der heute in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weithin anerkannte Gedanke, Grundrechte durch organisatorische und verfahrensmäßige Vorkehrungen in der Realität wirksam werden zu lassen¹¹¹⁾, hat hier schon immer zugrundegelegen, ohne daß man allerdings auf die Parallelitäten, etwa beim Grundrecht auf Leben¹¹²⁾, beim Asylrecht¹¹³⁾ oder beim Schutz der Persönlichkeit durch den Gegendarstellungsanspruch¹¹⁴⁾ ausdrücklich hingewiesen hätte.

Im vorliegenden Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, welche anderen Verfahrensformen zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ von der Verfassung her geboten oder jedenfalls zugelassen sind. Daß die

¹⁰⁹⁾ Zur Frage der Standortverlagerung aufgrund gestiegener Lohnkosten in den industrialisierten Ländern siehe **Froebel-Heinrichs-Kreye**, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek 1977, S. 80 ff.

¹¹⁰⁾ Ähnlich **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 591.

¹¹¹⁾ BVerfGE 53, 30, 65 mit weiteren Nachweisen.

¹¹²⁾ BVerfGE 53, 30.

¹¹³⁾ BVerfGE 56, 216, 236.

¹¹⁴⁾ BVerfGE 63, 131, 143.

Tarifautonomie insoweit keinen exklusiven Charakter besitzt, hat das Bundesverfassungsgericht im Mitbestimmungsurteil deutlich gemacht.¹¹⁵⁾ Inwieweit auch andere als tarifbezogene Streiks von Art. 9 Abs. 3 GG erfaßt werden, bedarf angesichts des beschränkten Untersuchungsgegenstands der vorliegenden Arbeit keiner Entscheidung.¹¹⁶⁾

2. Freie Wahl der Kampfmittel

Der tarifbezogene Streik kann verschiedene Formen annehmen. Neben dem (nicht sehr häufigen) Streik um einen Firmentarifvertrag ist etwa an den Flächenstreik zu denken, der zumindest einen beträchtlichen Teil des Tarifgebietes erfaßt. Typisch für die deutsche Arbeitskämpfpraxis ist der Teilstreik, der nur wenige Unternehmen in dem umkämpften Tarifgebiet erfaßt.¹¹⁷⁾ Auch der Zeitpunkt, wann von welcher Streikform Gebrauch gemacht wird, ist nicht von der Verfassung her determiniert. „Die Koalitionsfreiheit . . . überläßt ihnen (das heißt den Koalitionen) grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten“ – so ausdrücklich das Bundesverfassungsgericht.¹¹⁸⁾ Darin liegt nichts anderes als eine Folge der schlichten Tatsache, daß es Sache des Grundrechtsträgers ist, zu entscheiden, ob und gegebenenfalls in welcher Art und Weise er von seinem Grundrecht Gebrauch machen will.¹¹⁹⁾

Die freie Wahl des Kampfmittels bedeutet nicht, daß damit jede Arbeitsniederlegung automatisch zulässig wäre, sofern sie sich auf die tarifliche Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezieht. Gerade wenn man das vom BAG entwickelte Arbeitskämpfsystem zugrundelegt, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine bestimmte Streikform Interessen der Gegenseite in unzumutbarer Weise beeinträchtigt (Beispiel: es werden keine Erhaltungsarbeiten durchgeführt) oder ob Dritte in schwerwiegender Weise in Mitleidenschaft gezogen sind (Beispiel: Streik in einem Unfallkrankenhaus).

Beim hier zu untersuchenden gewerkschaftlichen Warnstreik werden derartige spezifische Grenzen eingehend diskutiert. Bevor auf sie einzugehen ist, muß allerdings zunächst noch geklärt werden, ob der Warnstreik nicht aufgrund Richterrechts oder als „herkömmliches Kampfmittel“ sowieso von vornherein als rechtmäßig zu behandeln ist.

¹¹⁵⁾ BVerfGE 50, 290, 371 ff.

¹¹⁶⁾ Dazu etwa **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfrecht, Rn. 317 ff.

¹¹⁷⁾ Diese Form der Arbeitsniederlegung lag auch den Aussperrungsentscheidungen des BAG vom 10. Juni 1980 (AP Nr. 64–66 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf) zugrunde.

¹¹⁸⁾ BVerfGE 18, 18, 32.

¹¹⁹⁾ Richtig **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfrecht, Rn. 318; **Weiss**, S. 83; einschränkend **Zöllner**, Arbeitsrecht, § 40 VI 5 (S. 376), der die Kampfmittelwahl auf die Bestimmung des Kampfumfanges reduzieren möchte.

3. Warnstreik als richterrechtlich anerkanntes Kampfmittel?

In der Literatur ist die Frage aufgeworfen worden, ob durch die BAG-Entscheidung vom 17. Dezember 1976¹²⁰⁾ der Warnstreik nicht von vornherein legalisiert wurde, so daß sich die Diskussion allenfalls noch auf seine Grenzen beziehen könnte.¹²¹⁾

Ihrem eigenen Anspruch nach setzt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch dann kein Recht, wenn es sich um eine Grundsatzentscheidung handelt; es handelt sich insoweit nur um eine „Rechtserkenntnisquelle“.¹²²⁾ Dies ist sicherlich insoweit zutreffend, als richterliche Entscheidungen – anders als im angloamerikanischen Rechtskreis – grundsätzlich keine Beachtung über den entschiedenen Einzelfall hinaus verlangen. Zu beachten und für die Einschätzung höchstrichterlicher Rechtsprechung wesentlich ist jedoch die Tatsache, daß gerichtliche Entscheidungen **faktisch** häufig wie ein Gesetz wirken, weil die „Rechtsunterworfenen“ ihr Verhalten an den vorhandenen Judikaten ausrichten.¹²³⁾

Eine normative Verfestigung erhält die ständige Rechtsprechung nur dann, wenn sie zum Gewohnheitsrecht geworden ist. Neben einer langjährigen Übung gehört dazu, daß die Rechtsprechung in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen und von den Rechtsgenossen überwiegend anerkannt wird.¹²⁴⁾ Das BAG hat sich mit dieser Aussage zu einer demokratischen Form der Bildung von Gewohnheitsrecht bekannt, wäre es doch auch möglich gewesen, allein auf die in Rechtsprechung und herrschender Lehre vorhandene Überzeugung abzustellen.

Eine „allgemeine“ oder „überwiegende“ Anerkennung läßt sich der Warnstreik-Entscheidung schwerlich entnehmen. Die Arbeitgeberseite hat nicht nur literarisch Kritik geübt¹²⁵⁾, sondern auch die Arbeitsgerichtsbarkeit mit dem Ziel angerufen, Warnstreiks jedenfalls in der Form der sogenannten neuen Beweglichkeit für unzulässig zu erklären. Gegen die Überzeugung eines der beiden sozialen Gegenspieler läßt sich aber kein Gewohnheitsrecht annehmen.¹²⁶⁾

Die Existenz einer höchstrichterlichen Entscheidung kann nach der Rechtsprechung des BAG die weitere Entwicklung allerdings insofern beeinflussen, als die „Argu-

¹²⁰⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹²¹⁾ Vgl. dazu **Picker**, S. 65 ff.

¹²²⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 7 R.

¹²³⁾ Dazu **Bobke**, AuR 1982, 41; **Däubler**, AuR 1982, 363; zustimmend **Herschel**, AuR 1983, 355.

¹²⁴⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 7 R.

¹²⁵⁾ Vgl. etwa **Mager**, Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 75 ff.

¹²⁶⁾ Ebenso für die Anerkennung eines Streikverbots für Beamte in der Weimarer Zeit, das von den meisten Gewerkschaften nicht akzeptiert wurde, **Däubler**, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 107.

mentationslast“ bei demjenigen liegt, der eine Änderung erstrebt.¹²⁷⁾ Wichtig kann dies insbesondere dort sein, wo es um Prognosen und Einschätzungen geht, die mit beträchtlichen Unsicherheiten verknüpft sind. Allerdings ist davor zu warnen, die Anforderungen an ein Veränderungsverlangen allzu hoch zu schrauben: Richterrechtliche Grundsätze könnten sonst einen höheren Bestandsschutz als förmliche Gesetze gewinnen, die auch dann wieder aufgehoben werden können, wenn eine veränderte Mehrheit es beschließt.

Im vorliegenden Zusammenhang kann jedenfalls die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit und die Grenzen des Warnstreiks nicht mit dem Argument abgeschnitten werden, durch die BAG-Entscheidung vom 17. Dezember 1976 seien bereits endgültig die Würfel gefallen.¹²⁸⁾

4. Warnstreik als herkömmliches Kampfmittel?

Man könnte weiter daran denken, den gewerkschaftlichen, verhandlungsbegleitenden Warnstreik von vornherein mit dem Argument zu rechtfertigen, es handle sich um ein „herkömmliches Kampfmittel“, das allenfalls wegen schwerwiegender Gründe eingeschränkt oder beseitigt werden könnte.¹²⁹⁾ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Warnstreik zwar schon vor 1976 weit verbreitet war und bis in die Weimarer Zeit zurückreicht¹³⁰⁾, daß er jedoch allenfalls inoffiziell von der Gewerkschaft getragen wurde und in seiner wichtigsten Erscheinungsform von der herrschenden Auffassung für illegal gehalten wurde.¹³¹⁾ Eine bestimmte Praxis allein kann zwar entscheidender Anknüpfungspunkt für eine Fortbildung des Arbeitskammerrechts sein, stellt aber nicht schon für sich einen Rechtstitel im Sinne einer durch Art. 9 Abs. 3 GG erfaßten Handlungsform dar.¹³¹⁾ Wollte man wirklich auf das „historisch ‚Überkommene‘“ abstellen, so wäre die ursprüngliche Position **Seiters** die allein konsequente, der dem verhandlungsbegleitenden „wilden“ Warnstreik rechtliche Anerkennung gewähren wollte.¹³²⁾ Gerade darum geht es aber im vorliegenden Zusammenhang nicht.¹³³⁾

¹²⁷⁾ BAG AP Nr. 35 zu § 1 ArbKrankG; ebenso im hier vorliegenden Zusammenhang **Löwisch**, BB 1982, 1375.

¹²⁸⁾ Insoweit im Ergebnis zutreffend **Picker**, S. 65 ff.

¹²⁹⁾ Zur Bedeutung historischer Kampftypen siehe **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskammerrecht, Rn. 333.

¹³⁰⁾ Siehe oben § 1 I und II, S. 5 ff.

¹³¹⁾ Richtig **Picker**, S. 81 ff.

¹³²⁾ **Seiter**, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 257 ff.

¹³³⁾ Vgl. weiter **Herschel**, RdA 1983, 364, der zwar davon spricht, der Warnstreik gehöre zu den „überlieferten spezifisch koalitionsmäßigen Betätigungen“, der jedoch die dadurch bewirkte Beeinflussung der heutigen Rechtslage ausdrücklich dahinstehen läßt.

II. Verstoß des Warnstreiks gegen ungeschriebene Verhaltenspflichten der Tarifparteien?

1. Die Friedenspflicht als Schranke

Nach allgemeiner Auffassung ist der Warnstreik erst dann zulässig, wenn die Friedenspflicht abgelaufen ist.¹³⁴⁾ Dies bedeutet, daß jedenfalls während der Laufzeit des Tarifvertrags kein auf einen neuen Tarifvertrag bezogener Warnstreik stattfinden darf.¹³⁵⁾ Die Friedenspflicht steht einem Warnstreik aber auch dann entgegen, wenn sie durch ein Schlichtungsabkommen über die Laufzeit des Tarifvertrags hinaus verlängert wurde.¹³⁶⁾ Die Wirksamkeit einer derartigen Abmachung beruht insbesondere auf der Erwägung, daß die Tarifparteien die „Spielregeln“ ihrer Auseinandersetzungen selbst bestimmen und deshalb beispielsweise auch „Arbeitskampfordnungen“ vereinbaren können.¹³⁷⁾ Dabei kann die Friedenspflicht auf eine bestimmte Zeitdauer, z. B. vier Wochen, beschränkt¹³⁸⁾, aber auch bis zum Scheitern einer eventuellen Schlichtung ausgedehnt werden.¹³⁹⁾ Enthält ein Schlichtungsabkommen keine Aussage zur Friedenspflicht, so gilt diese mit Ablauf des Tarifvertrages als erloschen: Als Ausnahme müßte eine Verlängerung ausdrücklich und unzweideutig vereinbart sein¹⁴⁰⁾; auch kann nicht unterstellt werden, daß die Parteien „im Zweifel“ auf die Wahrung ihrer aus Art. 9 Abs. 3 GG folgenden Befugnisse verzichten wollten.¹⁴¹⁾ Etwas anderes wäre allenfalls bei vor 1976 abgeschlossenen Schlichtungsabkommen anzunehmen, da sie vermutlich stillschweigend davon ausgingen, vor dem endgültigen Scheitern der Tarifverhandlungen sei wegen des Ultima-ratio-Prinzips sowieso keine Arbeitsniederlegung zulässig.¹⁴²⁾

¹³⁴⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 Arbeitskampf; **Hoffmann**, DB 1981, 1189; **Schoden**, Die Quelle 1977, 270; **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 597. Kritisch zur Unabdingbarkeit der Friedenspflicht **Däubler**, Arbeitsrecht 1, S. 84 ff.

¹³⁵⁾ Zur Relativität der Friedenspflicht ausdrücklich BAG, DB 1983, 1098.

¹³⁶⁾ BAG, DB 1983, 1098; **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1144; **Hanau**, DB 1982, 377; **Löwisch**, BB 1982, 1373; **Rebel**, RdA 1979, 214; **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 597.

¹³⁷⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, LS 5.

¹³⁸⁾ So § 3 Abs. 1 der Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung für die Metallindustrie vom 1. Januar 1980, abgedruckt RdA 1980, 165 ff.

¹³⁹⁾ So § 8 Abs. 1 der Schlichtungsvereinbarung für die chemische Industrie, abgedruckt RdA 1982, 119.

¹⁴⁰⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 162.

¹⁴¹⁾ So **Schumann**, in: **Däubler** (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 219.

¹⁴²⁾ Weitergehend **Brox**, in: **Brox-Rüthers**, Rn. 697.

2. Nachwirkende Pflichten?

Ist die (automatisch eintretende oder im Schlichtungsabkommen vereinbarte) Friedenspflicht abgelaufen, so steht sie jedenfalls als solche einem Wamstreik nicht mehr entgegen. Der in diesem Moment eintretenden Arbeitskampffreiheit wird jedoch entgegengehalten, daß insbesondere eine langjährige Tarifpraxis Schutz- und Schonungspflichten zur Folge habe, die den Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen während andauernder Verhandlungen verbieten würden.¹⁴³⁾ Weiter wird behauptet, durch letztere würde ein Vertrauenstatbestand geschaffen, der den Rückgriff auf Streikaktionen verbiete.¹⁴⁴⁾ Rechtsdogmatisch wird dabei auf die von einigen Autoren vertretene Auffassung zurückgegriffen, wonach ähnlich wie bei Verhandlungen über gewöhnliche schuldrechtliche Verträge kraft Gesetzes ein „Anbahnungsverhältnis“ entstehe, das gewisse Schutz- und Rücksichtspflichten auslöse, die bei langjähriger Zusammenarbeit an Intensität zunehmen würden.¹⁴⁵⁾

Kritisch ist dieser Position zunächst entgegenzuhalten, daß auch diejenigen Stimmen, die eine „Dauerrechtsbeziehung“ zwischen den Tarifparteien annehmen, bisher nicht so weit gegangen sind, daraus ein Streikverbot für die Dauer der Tarifverhandlungen abzuleiten.¹⁴⁶⁾ Dies ist keine zufällige Lücke, sondern Ausdruck der Tatsache, daß auch im Schuldrecht Schutzpflichten nicht bis zu einem derartigen Grad ausgedehnt werden.

Vielmehr sind sie auf das sogenannte Integritätsinteresse bezogen¹⁴⁷⁾, verpflichtet also beide Seiten dazu, Person, Eigentum und sonstige Rechtsgüter des anderen Teils nicht zu verletzen.¹⁴⁸⁾ Darum geht es aber im vorliegenden Fall nicht. Das „Recht“, ohne den geringsten Streikdruck verhandeln zu können, ist ebensowenig geschützt wie das „Recht“, von seinem Verhandlungspartner nicht mit der Drohung konfrontiert zu werden, sich gegebenenfalls einen anderen Vertragspartner zu suchen.¹⁴⁹⁾ Der Bundesgerichtshof hat deshalb auch bei langjähriger Geschäftsbeziehung lediglich eine (ungeschriebene) Pflicht angenommen, dem uninformierten

¹⁴³⁾ So die Argumentation der Arbeitgeberseite in den Verfahren gegen die IG Metall wegen der Streikaktionen im Rahmen der neuen Beweglichkeit 1981 – wiedergegeben bei **Bobke-Grimberg**, S. 153 und **Picker**, S. 229. Vgl. weiter **Kirchner**, RdA 1980, 138.

¹⁴⁴⁾ LAG Schleswig Holstein, DB 1984, 993.

¹⁴⁵⁾ So insbesondere **Zöllner**, Arbeitsrecht, § 33 IV (S. 303) und § 40 VII (S. 377 f.). Ähnlich **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 597. Für beachtlich hält den Gedanken einer Dauerrechtsbeziehung auch **Heinze**, NJW 1983, 2416, der jedoch einen anderen Weg wählt.

¹⁴⁶⁾ Vgl. **Zöllner**, Arbeitsrecht, § 40 VII (S. 378), der Konsequenzen nur für Notdienstarbeiten und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zieht.

¹⁴⁷⁾ **Esser-Schmidt**, § 29 I.

¹⁴⁸⁾ **Palandt-Heinrichs**, § 242 Anm. 4 Bb.

¹⁴⁹⁾ Richtig LAG Berlin, Urteil vom 22. März 1983, 5 Sa 43/82, S. 31 der Urteilsausfertigung, wonach die bloße Möglichkeit, ohne Druck zu verhandeln, keinen Schutz genießt.

Vertragspartner einen Hinweis auf die inzwischen geänderten allgemeinen Versicherungsbedingungen zu geben.¹⁵⁰⁾

Die Annahme einer Dauerrechtsbeziehung zwischen den Tarifparteien und eine daraus abgeleitete Einschränkung des Streikrechts würde überdies der Wertentscheidung des Art. 9 Abs. 3 GG widersprechen, die für den Bereich der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ eine Sonderregelung enthält. Zu dieser „Sonderordnung“ gehört das Streikrecht. Wer sich als Arbeitgeber in Tarifverhandlungen einläßt, weiß daher, daß ihm gegebenenfalls eine Arbeitsniederlegung ins Haus steht. Seit der Warnstreik-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kann er auch nicht mehr davon ausgehen, daß er während der Tarifverhandlungen vor jeder Kooperationsverweigerung sicher ist. Die gegenteilige Auffassung des LAG Schleswig-Holstein¹⁵¹⁾ beruht auf einer reinen Fiktion. Wollte man nachwirkende, aus dem ausgelaufenen, oder vorwirkende, aus dem abzuschließenden Tarifvertrag folgende Schutzpflichten ableiten, liefe dies auf die Aufrichtung einer zusätzlichen, im geltenden Recht nirgends festmachbaren Schranke für den in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Auseinandersetzungsprozeß hinaus.¹⁵²⁾ Auch wäre es dann nicht mehr einsehbar, weshalb die Rechtsprechung einen Verhandlungsanspruch ablehnt: Das Mindeste, was man von dem jeweiligen Partner verlangen könnte, wäre dann doch, daß er überhaupt in Verhandlungen eintritt.¹⁵³⁾ Schließlich wäre die Frage zu stellen, warum denn die Pflicht zur Rücksichtnahme nur bis zum Scheitern der Tarifverhandlungen dauern soll; dieselbe Logik müßte dann eigentlich zu einem vollen Streikverbot führen.¹⁵⁴⁾ Mit Recht hat deshalb das BAG eine stillschweigende Erweiterung der Friedenspflicht auch für den Fall abgelehnt, daß zwischen den Beteiligten eine Vielzahl von Tarifverträgen besteht und daß schon seit vielen Jahren tarifliche Abmachungen getroffen wurden.¹⁵⁵⁾ Auch ein „Dauerkontakt“ führt somit nicht zu einem ungeschriebenen Arbeitskämpfverbot.

Im Bereich der Metallindustrie kommt hinzu, daß die Annahme von arbeitskampfbeschränkenden Schutzpflichten gegen die Schieds- und Schlichtungsvereinbarung vom 1. Januar 1980 verstoßen würde: Die ausdrücklich und im Hinblick auf die Warnstreikentscheidung vereinbarte zeitliche Begrenzung der Friedenspflicht (§ 3 Abs. 1 des Abkommens) würde über eine Hintertüre wieder aus den Angeln gehoben.¹⁵⁶⁾ Dies würde – von allen sonstigen Bedenken abgesehen – gegen den

¹⁵⁰⁾ BGHZ 81, 345 ff.

¹⁵¹⁾ DB 1984, 993.

¹⁵²⁾ Richtig **Wohlgemuth**, AuR 1982, 205. Ebenso LAG Hamburg (oben Fn. 15).

¹⁵³⁾ Richtig **Bobke**, BB 1982, 867.

¹⁵⁴⁾ So ArbG Düsseldorf, DB 1982, 387.

¹⁵⁵⁾ BAG, DB 1983, 1099, linke Spalte.

¹⁵⁶⁾ Ebenso ArbG Düsseldorf, DB 1982, 387; LAG Berlin (oben Fn. 20); LAG Hamburg (oben Fn. 15); ArbG Stuttgart, DB 1982, 331.

Vorrang tariflicher Regelung des Auseinandersetzungsprozesses¹⁵⁷⁾ verstoßen und stünde überdies im Widerspruch zu der auch im Schuldrecht anerkannten These, daß auf ungeschriebene Schutzpflichten nur mangels ausdrücklicher oder vertraglicher Abmachung zurückgegriffen werden darf.¹⁵⁸⁾

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß dem verhandlungsbegleitenden gewerkschaftlichen Warnstreik nicht die Existenz einer „Dauerrechtsbeziehung“ zwischen den Tarifparteien entgegengehalten werden kann.¹⁵⁹⁾

III. Rückkehr zum Ultima-ratio-Prinzip ursprünglicher Prägung?

1. Die Kritik an der Warnstreikentscheidung des BAG

Die Entscheidung vom 17. Dezember 1976¹⁶⁰⁾ ist zunächst vorwiegend unter dem Aspekt kritisiert worden, die Entscheidung des Großen Senats habe das Ultima-ratio-Prinzip mit keinerlei Ausnahmen versehen; die These, sie sei „erkennbar“ auf den Erzwingungsstreik bezogen gewesen, sei daher nicht überzeugend.¹⁶¹⁾ In neuerer Zeit hat sich **Rüthers** gegen die Argumentation des BAG gewandt, die Zulassung des Warnstreiks führe zu einer Minderung von Arbeitskampschäden: Vor Abschluß der Verhandlungen gehe es darum, nicht zwischen einem größeren und einem kleineren Schaden zu wählen, sondern den Eintritt jeden Schadens zu verhindern.¹⁶²⁾ Auch führe die Zulassung von Ausnahmen dazu, daß das Ultima-ratio-Prinzip unklar und unpraktikabel werde.¹⁶³⁾ Daneben wurde in der Literatur verschiedentlich versucht, durch Änderung des Bezugspunktes für das Ultima-ratio-Prinzip den Widerspruch zur Entscheidung des Großen Senats von 1971¹⁶⁴⁾ zu beseitigen: Der Warnstreik werde eingesetzt, um festgefahrene oder sich nicht ausreichend weiterentwickelnde Verhandlungen wieder in Gang zu bringen.¹⁶⁵⁾ Das BAG hatte demgegenüber sein partielles Abgehen vom Ultima-ratio-Prinzip mit der Erwägung gerechtfertigt, gerade dadurch werde dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit am besten entsprochen. Ein derartiges Verfahren entspreche „geradezu dem allgemeinen Grundsatz

¹⁵⁷⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 Arbeitskampf, LS 5.

¹⁵⁸⁾ Vgl. **Esser-Schmidt**, § 29 III 2d.

¹⁵⁹⁾ So im Ergebnis auch **Plicker**, S. 229; dort weitere ablehnende Stimmen.

¹⁶⁰⁾ AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁶¹⁾ Siehe die Nachweise oben Fn. 5.

¹⁶²⁾ **Rüthers**, in: Brox-Rüthers, Rn. 154.

¹⁶³⁾ **Rüthers**, a.a.O. Ebenso im Ergebnis **Zöllner**, Arbeitsrecht, § 40 VI 4a bb (S. 375).

¹⁶⁴⁾ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁶⁵⁾ Vgl. **Herschel**, RdA 1983, 365; **Mayer-Maly**, BB 1981, 1779.

der Verhältnismäßigkeit, einerseits noch nicht zu einem unbefristeten Arbeitskampf überzugehen, wenn die Verhandlungsmöglichkeiten noch nicht erschöpft sind, andererseits darauf hinzuwirken, den tariflosen und damit nicht befriedeten Zustand möglichst schnell zu beenden“.¹⁶⁶⁾

2. Vorrang von Schlichtungsabkommen

Die Kritiker des BAG unterlassen jeden Hinweis darauf, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip wie der aus ihm abgeleitete Ultima-ratio-Grundsatz nur subsidiär eingreifende Größen sind: Wie der Große Senat in seiner Entscheidung vom 21. April 1971¹⁶⁷⁾ festgestellt hat, ist es primär Sache der Tarifvertragsparteien, ein Schlichtungsverfahren zu vereinbaren. Diese könnten unter anderem Bestimmungen über Erhaltungsarbeiten und die Herausnahme lebenswichtiger Betriebe aus dem Arbeitskampf enthalten. Ausdrücklich heißt es dann:¹⁶⁸⁾

„Wenn und solange derartige Regelungen und Vereinbarungen noch nicht bestehen, ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Arbeitskampf nach Anlaß, Beginn, Art der Durchführung und weiterer Entwicklung rechtlich zulässig ist.“

Der Erste Senat hat diesen Grundsatz in seinen Aussperrungsentscheidungen vom 10. Juni 1980 erneut bekräftigt.¹⁶⁹⁾

Für die Metallindustrie bedeutet dies, daß die in der Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung vom 1. Januar 1980 enthaltenen Regeln einen Rückgriff auf das Ultima-ratio-Prinzip ausschließen. Die von den Tarifparteien im Kompromißwege vorgenommene Festlegung, wonach die Friedenspflicht vier Wochen nach Ablauf des Tarifvertrags endet, enthält den entscheidenden Maßstab dafür, ab wann zum „letzten Mittel“ des Streiks gegriffen werden darf.¹⁷⁰⁾ Entgegen **Kirchner**¹⁷¹⁾ kann auch die Vorschrift des § 3 Abs. 4 der Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung¹⁷²⁾ daran nichts ändern. Wenn es dort heißt, aus der Festlegung der Fristen allein könne die Rechtmäßigkeit von Arbeitsniederlegungen nicht hergeleitet werden, so ist dies selbstverständlich, da mit dem Ablauf der Friedenspflicht kein Blanko-Scheck zugunsten beliebig weitreichender Arbeitskampfmaßnahmen verbunden ist. Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze. Wollte man nun wie **Kirchner** zu ihnen im vorliegenden Zusammenhang auch das Ultima-ratio-Prinzip zählen, so wäre damit die

¹⁶⁶⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2.

¹⁶⁷⁾ Siehe Fn. 164.

¹⁶⁸⁾ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 7.

¹⁶⁹⁾ BAG AP Nr. 64 und 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁷⁰⁾ Richtig **Bieback**, AuR 1983, 370.

¹⁷¹⁾ RdA 1980, 132.

¹⁷²⁾ Text in RdA 1980, 165 f.

Vorschrift des § 3 Abs. 1 aus den Angeln gehoben: Die zeitliche Begrenzung der Friedenspflicht würde zu einer völlig sinnlosen Angelegenheit, wenn doch nicht vor Scheitern der Tarifverhandlungen und der Schlichtung gestreikt werden könnte. Eine Vertragsbestimmung so auszulegen, daß eine andere praktisch jeden Inhalt verliert, ist aber keine sinnvolle, den anerkannten Regeln der Vertragsauslegung entsprechende Vorgehensweise. Hinzu kommt, daß sich die IG Metall bei ihrer Forderung nach der Revision des alten Schlichtungsabkommens gerade auf die Warnstreikentscheidung des BAG stützte¹⁷³⁾, so daß es ihr in einer für die Arbeitgeberseite erkennbaren Weise darum ging, die durch die Rechtsprechung eröffneten Handlungsmöglichkeiten auszuschöpfen. Ein Rückgriff auf das Ultima-ratio-Prinzip muß daher insoweit ausscheiden.¹⁷⁴⁾

3. Verhältnismäßigkeitsprinzip als übergeordnete Maxime

Auch soweit kein Schlichtungsabkommen besteht¹⁷⁵⁾, das Verhältnismäßigkeitsprinzip daher samt des aus ihm abgeleiteten Ultima-ratio-Grundsatzes Anwendung findet, ist die Zulassung des Warnstreiks nicht zu beanstanden. Dies versteht sich dann von selbst, wenn man das Verhältnismäßigkeitsprinzip als solches ablehnt¹⁷⁶⁾ oder wenn man es im Verhältnis der Tarifparteien zueinander auf ein Instrument zur Mißbrauchskontrolle reduziert.¹⁷⁷⁾ Auch wenn man sich jedoch voll die Position des Großen Senats von 1971¹⁷⁸⁾ zu eigen macht, wird man entgegen **Rüthers**¹⁷⁹⁾ nicht umhin können, die Warnstreikentscheidung als folgerichtige Weiterentwicklung dieses Prinzips einzustufen.

Um diese Aussage zu belegen, muß zunächst Klarheit über die Frage bestehen, was das Bundesarbeitsgericht unter der „Verhältnismäßigkeit“ von Arbeitskampfmaßnahmen versteht. Die Formulierungen des Großen Senats zeichnen sich durch einen – freundlich ausgedrückt – recht sibyllinischen Charakter aus. So heißt es:¹⁸⁰⁾

„In unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berühren aber Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Arbeitskämpfe müssen deshalb unter dem obersten Gebot

¹⁷³⁾ Siehe die Nachweise oben Fn. 75.

¹⁷⁴⁾ Ebenso im Ergebnis **Bieback**, AuR 1983, 370.

¹⁷⁵⁾ Gegen eine Pflicht zur Vereinbarung eines Schlichtungsabkommens **Hanau**, DB 1982, 377; **Schumann**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 218.

¹⁷⁶⁾ Zur Kritik siehe **Däubler**, Arbeitsrecht 1, S. 116 f.

¹⁷⁷⁾ So **Weiss**, S. 86 ff.; vgl. auch ArbG Düsseldorf, DB 1982, 388.

¹⁷⁸⁾ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 6 R.

¹⁷⁹⁾ Oben Fn. 163.

¹⁸⁰⁾ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 6 R.

der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen, und das Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden

...

Das führt im wesentlichen zu drei Folgerungen:

a) Arbeitskämpfe dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind. Jede Arbeitskampfmaßnahme – sei es Streik, sei es Aussperrung – darf ferner nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muß also das letzte mögliche Mittel (Ultima ratio) sein."

In den Aussperrungsentscheidungen vom 10. Juni 1980¹⁸¹⁾ hat das BAG zunächst eine terminologische Klarstellung vorgenommen. Danach ist entscheidender Maßstab das mit der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinne identische Übermaßverbot, das die Merkmale der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Proportionalität (= Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) zusammenfaßt. Offen blieb die Frage, ob der Bezugspunkt für die Beurteilung von Streiks das Arbeitskampfziel ist oder ob es insoweit ausschließlich um die Herstellung paritätischer Verhältnisse bei Tarifverhandlungen geht.

Hirschberg hat am Beispiel des Merkmals der „Erforderlichkeit“ dargelegt, daß diesem Gebot keine sinnvolle, den Arbeitskampf begrenzende Bedeutung zugeordnet werden kann.¹⁸²⁾ So wären etwa besonders scharfe, den Gegenspieler belastende Maßnahmen am ehesten in der Lage, die Tarifpartei einem für sie günstigen Tarifschluß näherzubringen. Auch das scheinbar so eindeutige Ultima-ratio-Prinzip verliert seine Konturen, wenn man berücksichtigt, daß „Verhandlungsmöglichkeiten“ und deren Ausschöpfung wesentlich davon bestimmt werden, wie die in die Auseinandersetzung eingebrachten Forderungen beschaffen sind: Wer dem Ultima-ratio-Prinzip ausweichen will, kann durch entsprechend weitreichende Ansprüche den Gegner von vornherein zu einer Verweigerungsstrategie provozieren. Anders wäre die Situation nur dann, wenn die Tarifforderung selbst einer gerichtlichen Kontrolle derart unterzogen würde, daß etwa mißbräuchliche oder „unverhältnismäßige“ Forderungen von vornherein ausscheiden würden. Dies würde jedoch zu einer „Tarifzensur“ führen, die vom Bundesarbeitsgericht mit Recht als Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG abgelehnt wird.¹⁸³⁾ Auch wenn man entgegen dem bisherigen Verständnis die Herstellung einer paritätischen Verhandlungssituation als Bezugspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips sieht, ist das Ergebnis kein anderes: Die Möglichkeiten, die Verhandlungsstärke beider Seiten zu messen und in

¹⁸¹⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 14; ebenso BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁸²⁾ **Hirschberg**, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 153 ff.

¹⁸³⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 14.

Beziehung zu setzen, sind so beschränkt, daß sich kaum je eine überzeugende Aussage in der Richtung treffen läßt, eine bestimmte Maßnahme habe das Paritätsprinzip gefördert oder verletzt.¹⁸⁴⁾ Der von **Rüthers** speziell gegen die Warnstreikentscheidung erhobene Vorwurf der Unklarheit und der mangelnden Praktikabilität¹⁸⁵⁾ wäre daher mit sehr viel mehr Recht gegen das von diesem Autor durchaus hochgeschätzte Ultima-ratio-Prinzip selbst zu erheben.¹⁸⁶⁾

Eine vom BAG ausdrücklich für wünschenswert erklärte Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips¹⁸⁷⁾ scheitert faktisch daran, daß wegen der Unklarheit der Bezugsgröße, auf die sich die geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Kampfmaßnahme bezieht, keine konkretisierungsfähigen Maßstäbe vorhanden sind. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip hat nicht die Form eines Konditionalprogramms, wonach bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen bestimmte Rechtsfolgen eintreten. Es handelt sich vielmehr um ein Zweckprogramm, dessen Zweck durch die Terminologie nur sehr eingeschränkt deutlich wird. **Seiter** hat mit Recht darauf hingewiesen, das Übermaßverbot diene der Schlichtung von Interessen- und Rechtsgüterkollisionen, und zwar in Fällen, in denen eine tatbestandsmäßige Begrenzung der Eingriffsbefugnis nicht bestehe oder nicht möglich sei.¹⁸⁸⁾ Eingriffe in das arbeitsvertragliche Synallagma sowie in die rechtlich geschützten Interessen Dritter sollen nicht automatisch, sondern nur aufgrund einer Abwägung der beteiligten Interessen stattfinden können. Dahinter steht der eigentliche Zweck: Streik und Aussperrung sollen in flexibler Weise reglementiert werden, um so einer Ausuferung von Arbeitskämpfen vorbeugen zu können. Seines schillernden Bedeutungsgehalts wegen ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Mittel judikativer Steuerung des Arbeitskampfgeschehens besser geeignet als die immerhin einer gewissen Verfestigung zugängliche Sozialadäquanzlehre.¹⁸⁹⁾

Versucht man nun, die Warnstreikentscheidung an diesem übergeordneten Zweck des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu messen, so wird deutlich, daß das BAG seinen eigenen Prämissen keineswegs untreu geworden ist. Es hat den zuvor in aller Regel „wild“ und damit für den sozialen Frieden potentiell gefährlichen Warnstreik „kanalisiert“, indem es die Prämie legalen und damit relativ risikolosen Verhaltens nur dem gewerkschaftlichen Warnstreik zusprach.¹⁹⁰⁾ Wie sehr die Zulassung des gewerkschaftlichen Warnstreiks „geradezu dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ entsprach¹⁹¹⁾, wird an den potentiellen Folgen deutlich, die eine

¹⁸⁴⁾ **Goll**, Rechtstheorie 1980, 225 ff.

¹⁸⁵⁾ **Rüthers**, in: Brox-Rüthers, Rn. 154.

¹⁸⁶⁾ Richtig **Wohlgemuth**, AuR 1982, 206.

¹⁸⁷⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 14 R.

¹⁸⁸⁾ **Seiter**, Arbeitskampfparität und Übermaßverbot, S. 89.

¹⁸⁹⁾ So zutreffend **Jürgen Meyer**, ZRP 1974, 253 ff.

¹⁹⁰⁾ Dazu schon oben § 1 III bei Fn. 65.

¹⁹¹⁾ So die Formulierung in BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2.

Rückgängigmachung der Warnstreikentscheidung hätte. Angesichts der rund 25 Jahre alten Praxis verhandlungsbegleitender Warnstreiks wäre es höchst unwahrscheinlich, daß diese aufgrund einer derartigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Verschwinden kämen. Mit Recht ist vielmehr die Vermutung geäußert worden, daß in diesem Fall mit einer Rückkehr zu „wildem“ Warnstreiks zu rechnen wäre.¹⁹²⁾ Sollten die Arbeitnehmer das mit derartigen Arbeitsniederlegungen verbundene Risiko scheuen, so wäre auch daran zu denken, daß die Gewerkschaften ein vorzeitiges Scheitern der Tarifverhandlungen provozieren, um dann zunächst massenhaft Warnstreiks zu praktizieren und in letzter Instanz zum Erzwingungsstreik überzugehen.¹⁹³⁾ Das Scheiternlassen an inhaltliche Voraussetzungen wie „Ernsthaftigkeit“ der Verhandlungen und „Bereitschaft zur Einigung“ zu binden¹⁹⁴⁾, ist kein geeigneter Ausweg, da sich gerichtliche Feststellungen darüber schwerlich treffen lassen und überdies eine rechtliche Reglementierung des Verhandlungsprozesses selbst zur Folge hätte, die im Grundgesetz keine Basis besitzt und die auch so lange im Widerspruch zu den richterrechtlichen Normen des kollektiven Arbeitsrechts steht, wie nicht ein Verhandlungsanspruch anerkannt ist.

Neben diesen beiden in der Literatur ausdrücklich genannten Varianten sind allerdings theoretisch zwei weitere Möglichkeiten denkbar, die bei der **Rütherschen** Forderung nach einer Rückkehr zum Ultima-ratio-Prinzip traditioneller Prägung möglicherweise im Hintergrund gestanden haben. Die eine liegt darin, daß sich die Gewerkschaften effektiv auf die Alternative zwischen „Verhandeln“ und „Erzwingungsstreik“ festlegen lassen, also auch nicht mit dem Ausweg eines vorzeitigen Scheiterns arbeiten. Legt man diese – denkbar unwahrscheinliche – Konstellation zugrunde, so wird das eigentliche Ziel der Konzeption, das heißt die Vermeidung von sozialem Unfrieden und streikbedingten Schäden nur dann erreicht, wenn die Durchführung von Warnstreiks nie oder nur selten eine vorzeitige Einigung zur Folge hat, wenn also die Zahl der Erzwingungsstreiks auch bei Zulassung von Warnstreiks im wesentlichen dieselbe bliebe. Zwar läßt sich sicherlich nicht belegen, daß jeder Warnstreik zu einer beschleunigten Einigung der Tarifparteien führt¹⁹⁵⁾, doch ist es zumindest sehr unplausibel, dem Warnstreik **nie** diese Funktion zuzusprechen. Schon die Vermeidung eines einzigen Erzwingungskampfes schlägt – was die ausgefallenen Arbeitsstunden angeht – sehr stark zu Buche. Wie **Bieback** im einzelnen dargelegt hat¹⁹⁷⁾, hatten der Metallstreik im Unterwesergebiet 1974 und

¹⁹²⁾ **Seiter**, JZ 1983, 776.

¹⁹³⁾ So die Vermutung von **Herschel**, RdA 1983, 364.

¹⁹⁴⁾ So **Zöllner**, Arbeitsrecht, § 40 VI 4 a aa (S. 374).

¹⁹⁵⁾ Wenn **Zöllner**, a.a.O., dem Argument, Verhandlungspflichten seien nicht justitabel, dem Einwand begegnet, man dürfe die Anforderungen nicht zu hoch schrauben, so bedeutet dies, daß auch er nur Extremfälle unkooperativen Verhaltens erfassen würde. Dieses läßt sich aber auch bei frühzeitigem Scheitern in aller Regel nicht belegen.

¹⁹⁶⁾ Dazu unten § 3 II a. E.

¹⁹⁷⁾ **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 338.

der Metallereisireik in Nordwürttemberg-Nordbaden 1978 – verglichen mit der neuen Beweglichkeit 1981 – das 4,5fache bzw. 16fache an ausgefallenen Arbeitsstunden zur Folge. Geht man von der neuen Beweglichkeit des Jahres 1982 aus, so lag der Arbeitsausfall im Unterwesergebiet 1974 beim 150fachen und in Nordwürttemberg-Nordbaden 1978 beim 535fachen. Sollte daher nur jede fünfte Warnstreikaktion zu einer vorzeitigen Einigung ohne sonst unvermeidbaren Erzwingungsstreik führen, hätte sich die Zulassung dieser neuen Arbeitskampsform gelohnt.

Denkbar ist schließlich als zweite und letzte Möglichkeit, daß bei einer Rückkehr zum Ultima-ratio-Prinzip traditioneller Prägung Erzwingungsstreiks gleichwohl die absolute Ausnahme bleiben, weil sie aus Kostengründen nur noch in mehrjährigen Abständen stattfinden können. Eine solche Vorstellung widerspricht aber dem vom Bundesarbeitsgericht vorausgesetzten Verhandlungsmodell; die Bereitschaft zum Arbeitskamps darf nicht im Blick auf die Liquiditätsentwicklung unglaubwürdig werden¹⁸⁸⁾, da sonst das Funktionieren der Tarifautonomie gestört wäre. Davon ganz abgesehen, zeigt überdies die Erfahrung, daß das Verbot oder das „Ersticken“ von Streiks keineswegs die zugrundeliegenden Konflikte beseitigt. Diese brechen vielmehr – wie das Beispiel autoritärer Arbeitsverfassungen zeigt – in anderer Form, etwa über Arbeitszurückhaltung oder Sabotage auf.¹⁸⁹⁾ Damit entsteht eine schwer kontrollierbare Entwicklung, die auch mit erheblichen wirtschaftlichen Einbußen verbunden sein kann.

Wie auch immer man die Konsequenzen einer Rücknahme der Warnstreikentscheidung bestimmt – sie fördern nicht den Ausgleich und den sozialen Frieden, sondern den Konflikt. Es lag also durchaus im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips, seine partielle Selbstgefährdung durch eine allzu starre Handhabung des Ultima-ratio-Prinzips zu beseitigen und verhandlungsbegleitende Warnstreiks zuzulassen, sofern sie von der Gewerkschaft getragen sind.

IV. Verstoß des gewerkschaftlichen Warnstreiks gegen das Prinzip druckfreien Verhandelns?

1. Die Neuformulierung des Ultima-ratio-Prinzips

Picker hat in einer eingehenden monographischen Untersuchung den Versuch unternommen, das Ultima-ratio-Prinzip inhaltlich umzuformulieren: Danach soll es nicht mehr den Sinn haben, arbeitskampsbedingte Schäden zu vermeiden, sondern freies Verhandeln der Tarifparteien unter Ausschluß von „Zwang und Gewalt“ zu

¹⁸⁸⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 11 R.

¹⁸⁹⁾ Zum entsprechenden Phänomen in Franco-Spanien mit Hinweisen auf vergleichende Literatur siehe **Rodriguez-Piñero**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitsbeziehungen in Spanien, S. 26. Siehe weiter **Däubler** (Hrsg.), Arbeitskampsrecht, Rn. 75.

ermöglichen.²⁰⁰⁾ Ausgangspunkt ist die „Ordnungsfigur des in freier Verhandlung erzielten Vertrages“⁽²⁰¹⁾, der allein die für seine Geltung nötige Legitimation in sich trägt.⁽²⁰²⁾ Nur Verträge, die in „freiem Diskurs“ zustandekommen⁽²⁰³⁾, entsprechen dem Selbstbestimmungsprinzip und enthalten eine „Richtigkeitschance“.⁽²⁰⁴⁾ Dieses Verhandlungsmodell müsse auch bei Tarifverhandlungen möglichst lange erhalten bleiben; der Arbeitskampf erfülle während der Verhandlungen durch „Vorwirkung“ seine ordnungspolitische Funktion, da ihn die Verhandlungsführer beider Seiten als drohende Eventualität jederzeit berücksichtigen müssen.⁽²⁰⁵⁾ Die Grenzen zwischen der Verhandlungs- und der Arbeitskampfphase dürfen jedoch nicht verwischt werden; das bedeutet, daß Streiks erst nach erfolglosem Ende der Verhandlungsphase, das heißt nach Scheitern der Tarifverhandlungen möglich sind. Dem Arbeitskampf kommt insoweit Hilfsfunktion zu, als er freies Verhandeln ermöglichen soll.⁽²⁰⁶⁾

Die Auffassung **Pickers** hat die engagierte Zustimmung **Heinzes** gefunden.⁽²⁰⁷⁾ Dieser betont, von Verfassungs wegen greife der Arbeitskampf erst ein, „wenn und soweit das vertragliche Regelungssystem der Tarifautonomie selbst nicht oder nicht hinreichend zur Erfüllung der verfassungsrechtlichen Aufgabe . . . in der Lage ist“.⁽²⁰⁸⁾ Art. 9 Abs. 3 GG verlange daher ein zeitliches Nacheinander von Verhandeln und Arbeitskampf; das Scheiternlassen der Verhandlungen sei danach eine rechtsgestaltende Erklärung, die näherer Untersuchung bedürfe.⁽²⁰⁸⁾ In der Rechtsprechung hat diese Auffassung die Zustimmung des LAG Niedersachsen gefunden.⁽²¹⁰⁾

Demgegenüber überwiegt jedoch in Rechtsprechung und Literatur die Kritik. Das Konzept der „druckfreien Verhandlung“ hat den Widerspruch des LAG Baden-Württemberg⁽²¹¹⁾ und des LAG Frankfurt⁽²¹²⁾ erfahren⁽²¹³⁾, was insofern bemerkenswert

²⁰⁰⁾ **Picker**, Warnstreik, S. 186 ff.

²⁰¹⁾ **Picker**, S. 147.

²⁰²⁾ **Picker**, S. 149.

²⁰³⁾ **Picker**, S. 158.

²⁰⁴⁾ **Picker**, S. 166.

²⁰⁵⁾ **Picker**, S. 209. Dieser Aspekt der Pickerschen Thesen ist nicht rezipiert bei **Seiter**, JZ 1983, 775.

²⁰⁶⁾ **Picker**, S. 204.

²⁰⁷⁾ **Heinze**, NJW 1983, 2413 ff.

²⁰⁸⁾ **Heinze**, NJW 1983, 2414.

²⁰⁸⁾ **Heinze**, NJW 1983, 2414.

²¹⁰⁾ LAG Niedersachsen DB 1984, 993.

²¹¹⁾ DB 1982, 1410.

²¹²⁾ Urteil vom 8. März 1983, 5 Sa 873/82, S. 16 der Urteilsausfertigung.

²¹³⁾ Das Konzept – erstmals veröffentlicht in RdA 1982, 331 ff. – war offensichtlich von Arbeitgeberseite frühzeitig in die Verfahren eingeführt worden. Die Monographie **Pickers** beruht – wie im Vorwort mitgeteilt wird – auf einem Gutachtenauftrag der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände.

ist, als beide Gerichte den gegen die IG Metall gerichteten Klagen teilweise stattgaben. In der Literatur hat das Konzept **Pickers** deutlichen Widerspruch durch **Bieback**²¹⁴⁾, **Bobke-Grimberg**²¹⁵⁾, **Herschel**²¹⁶⁾ und **Seiter**²¹⁷⁾ erfahren. Ihre Argumente werden im folgenden berücksichtigt.

2. Kritik

Gegen das neuformulierte Ultima-ratio-Prinzip sprechen einmal alle jene Bedenken, die oben²¹⁸⁾ in bezug auf seine traditionelle Ausprägung entwickelt wurden: Auch gegenüber der Auffassung **Pickers** ist auf den Vorrang tarifautonomer Regelungen sowie darauf zu verweisen, daß das Verbot des verhandlungsbegleitenden gewerkschaftlichen Warnstreiks der hinter dem Verhältnismäßigkeitsprinzip stehenden Zielsetzung der Erhaltung des sozialen Friedens nicht förderlich ist. Davon ganz abgesehen sprechen jedoch noch eine Reihe zusätzlicher Einwände gegen die Theorie vom druckfreien Verhandeln.

Das Abstellen auf den „freien Diskurs“ konserviert das Idealbild eines tauschbezogenen Vertrages, das in der Wirklichkeit die Ausnahme geworden ist. Die typische Situation des Konsumenten wie des Kleinunternehmers ist bestenfalls die einer auf einen Restbereich zusammengeschmolzenen Abschlußfreiheit. Der einzelne kann sich in den meisten Fällen zwar den Vertragspartner aussuchen, doch gerät er mindestens genausooft in die Situation, überall mit denselben Preisen und denselben Vertragsbedingungen konfrontiert zu werden. Im Einzelfall kann auch die Partnerfreiheit mehr oder weniger verschwinden – so wenn der Zulieferer eines Großunternehmens mit diesem über die Bedingungen zu verhandeln versucht und dabei wegen der Normierung seiner Produkte (etwa für einen bestimmten Fahrzeugtyp) nicht einmal mit dem Gedanken spielen kann, in Zukunft für einen anderen Abnehmer zu produzieren. Das geltende Recht akzeptiert im Grundsatz alle diese Zwänge und unterbindet lediglich Mißbräuche, in dem es etwa bestimmte besonders belastende Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbietet oder das Kartellamt nach § 22 GWB zum Eingreifen ermächtigt. Man kann sicherlich mit **Picker**²¹⁹⁾ insoweit von sozialadäquaten Abhängigkeiten und Drucksituationen sprechen – nur sollte man dann dieselben Maßstäbe auch bei Tarifverhandlungen anwenden. Beim Individualvertrag mit Hilfe der Sozialadäquanzformel unbeschränkte Nachsicht zu üben, beim Tarifvertrag aber schon den kleinsten Warnstreik als Verletzung des

²¹⁴⁾ AuR 1983, 367 f.

²¹⁵⁾ DuR 1984, 81 ff., und DB 1984, 1144.

²¹⁶⁾ RdA 1983, 364 ff.

²¹⁷⁾ JZ 1983, 775.

²¹⁸⁾ Siehe III 2 und 3, S. 28 ff.

²¹⁹⁾ S. 149.

Prinzips freier Verhandlungen zu werten, geht nicht an.²²⁰) Wenn man es zuläßt, daß beispielsweise der stärkere Vertragspartner nicht nur mit einem Ausweichen auf einen Konkurrenten des Schwächeren droht, sondern mit diesem auch bereits Vertragsverhandlungen aufnimmt, warum sollte dann die Durchführung eines Warnstreiks die „freien Verhandlungen“ in rechtswidriger Weise stören? Wenn man es dem Zulieferer eines Großunternehmens zumutet, daß dieses parallel zu Verhandlungen über eine Vertragsverlängerung auch mit anderen potentiellen Lieferanten Fühlung nimmt, warum sollte man dann vor dem in der Regel sehr viel bescheideneren Druck einer zwei- bis dreistündigen Arbeitsniederlegung zurückschrecken?

Selbst wenn man davon einmal absieht und unbefragt das Modell des freien Diskurses zugrundelegt, ergibt sich das Problem, daß sich die Arbeitnehmerseite tendenziell in der unterlegenen Position befindet: Die Arbeitgeberseite hat in der Regel kein Interesse daran, durch Neuabschluß eines Lohntarifs einen Inflationsausgleich zu gewähren oder einen Teil des Produktivitätszuwachses an die Arbeitnehmer abzutreten.²²¹) Dies anerkennt im Grundsatz auch **Picker**, doch sieht er die „ordnungspolitische Funktion“ des Streiks schon dann als erfüllt an, wenn der in der Streikdrohung liegende Druck „durch das Vertragsrecht mediatisiert“ wird.²²²) Eine solche Festlegung auf eine denkbare Form, das Streikrecht in Verhandlungen zur Wirkung kommen zu lassen, ist in zweierlei Hinsicht bedenklich:

Zum einen wird der Verfassung eine Aussage entnommen, deren Konkretisierungsgrad in bemerkenswertem Gegensatz zu der sehr allgemeinen Formulierung des Art. 9 Abs. 3 GG steht. Aus einer Freiheitsgewährleistung, die verschiedene Handlungsmöglichkeiten eröffnet, wird durch einen Akt dezisionistischer Verfassungskonkretisierung ein Recht gemacht, sich eines im einzelnen reglementierten Verfahrens zu bedienen. Dafür bietet Art. 9 Abs. 3 auch dann keine Grundlage, wenn man seinen letzten Zweck in der „Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“ sieht.

Zum zweiten ist die strukturelle Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite nur dann ansatzweise ausgeglichen, wenn die Drohung mit dem Arbeitskampf glaubwürdig ist²²³). Der schlichte Hinweis auf das nach Scheitern der Verhandlungen wirksam werdende Streikrecht kann dafür nicht ausreichen: Ist in dem betreffenden Bereich

²²⁰) Das Messen mit zweierlei Maß wird dadurch erleichtert, daß die Zwänge und Abhängigkeiten bei Verhandlungen über einen Individualvertrag nicht näher beschrieben werden. Dies mag unter anderem auch damit zusammenhängen, daß mit Ausnahme der Monographie **Kramers** alle kritischen Aufarbeitungen der Vertragsfreiheit unerwähnt bleiben. Siehe – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – etwa **Esser-Schmidt**, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Karlsruhe 1975, § 8; **Mückenberger**, Legitimation durch Realitätsverleugnung. Am Beispiel Privatautonomie, KJ 1971, 248–268; **Roscher**, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Berlin 1974; **Däubler**, Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl., Frankfurt/Main-Köln 1976, § 1.

²²¹) Richtig BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 4 R.

²²²) So die treffende Formulierung **Heinzes**, NJW 1983, 2415.

²²³) So BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 11 R.

seit vielen Jahren nie gestreikt worden, ist die Einlösung der Drohung zumindest mit einem großen Unsicherheitsfaktor belastet, den die andere Seite zu ihren Gunsten ausnutzen wird; substantielle Zugeständnisse zu machen, wird sie im Regelfall keinen Anlaß sehen. Auch dann jedoch, wenn Streiks in der Vergangenheit stattgefunden haben, wird der Hinweis auf die erneute Streikbereitschaft nicht immer überzeugen: Bei geänderter Arbeitsmarktlage oder unter veränderten politischen Bedingungen kann sehr wohl der Fall eintreten, daß eine Wiederholung früherer Aktionen nicht machbar ist. Die das Verhandlungsgleichgewicht erst herstellende Glaubwürdigkeit der Drohung mit dem Arbeitskampf kommt daher nicht ohne den Warnstreik aus.²²⁴⁾ Die Gewerkschaft insoweit auf die Urabstimmung zu verweisen, wird auch von **Picker** nicht erwogen: Abgesehen davon, daß sich auch bei ihr das Problem des Verstoßes gegen das Ultima-ratio-Prinzip ergäbe²²⁵⁾, wäre das der Gewerkschaft auferlegte Risiko in diesem Fall außerordentlich hoch: Werden nämlich die in der Satzung normalerweise vorgeschriebenen 75 Prozent nicht erreicht, bricht die gesamte Verhandlungsführung praktisch zusammen.²²⁶⁾

Das Konzept **Pickers** ist schließlich entgegen dem ersten Anschein aus sich selbst heraus gar nicht in der Lage, wirklich eindeutige Regeln für die Rolle des Streiks in Tarifverhandlungen aufzustellen. Die modellhaft vorgenommene Trennung zwischen Verhandlungs- und Kampfphase verzeichnet die Realität insofern, als auch während der Dauer eines Erzwingungsstreiks verhandelt wird. Eine reine „Kampfphase“ wäre nur bei solchen Streiks denkbar, die nicht auf einen Kompromiß gerichtet sind, sondern die – etwa in revolutionären Situationen – den Gegenspieler niederkämpfen und als wirtschaftliche oder politische Größe eliminieren wollen. Von solchen Streiks ist jedoch weder bei **Picker** noch in der sonstigen Diskussion um den Warnstreik die Rede. Das bedeutet, daß eine Unterscheidung nur zwischen „Verhandlungen ohne Streik“ und „Verhandlungen mit Streik“ möglich ist. Der Übergang von der einen zur anderen Phase ist dann relativ eindeutig, wenn es ein Schlichtungsabkommen gibt, das einen Einlassungszwang vorsieht. Schlichtungsabkommen haben aber sowieso Vorrang vor dem Ultima-ratio-Prinzip, so daß dieser Fall hier ohne größeres Interesse ist. Fehlt ein Schlichtungsabkommen, so sind keine formalen Anforderungen ersichtlich, nach denen sich der Übergang von der ersten in die zweite Phase bestimmen soll. Der Begriff des „Scheiterns der Verhandlungen“ ist kein der Rechtsgeschäftslehre vertrautes Phänomen.²²⁷⁾ Inhaltlich bedeutet er nicht mehr als die Erklärung, daß Verhandlungen zu den bisherigen, arbeitskampffreien Bedingungen sinnlos sind.²²⁸⁾ Diese Erklärung kann nun ausdrücklich (etwa in einer Pressekonferenz, aber auch konkludent in der Weise erfolgen, daß zu Warnstreiks geschritten wird. Man

²²⁴⁾ **Bieback**, AuR 1983, 368; **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1144.

²²⁵⁾ BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

²²⁶⁾ Zur Demonstrationsfunktion des Warnstreiks siehe unten § 3 II, S. 40 ff.

²²⁷⁾ Vgl. **Heinze**, NJW 1983, 2414 rechte Spalte.

²²⁸⁾ Ähnlich **Picker**, S. 188.

gerät damit in eine Situation, die **Picker** gerade vermeiden wollte: Auch wenn das Wort „Scheitern der Verhandlungen“ nicht offen artikuliert wurde und deshalb auch weiterverhandelt wird, sind die Warnstreiks dennoch zulässig. Die Ungereimtheit des Ergebnisses erklärt sich damit, daß die These von den zwei voneinander getrennten Verhandlungsphasen einem nicht-verrechtlichten Prozeß der Tarifaueinandersetzungen übergestülpt wird, so daß sich die erwartete Festigkeit des Korsetts nicht einstellt. Dies wäre erst dann anders, wenn das gesamte Verhalten in Verhandlungsprozessen eindeutig rechtlich determiniert wäre. Damit würden Tarifverhandlungen allerdings vollends zum Ritual erstarren²²⁹⁾, was nicht mit dem freiheitsrechtlichen Charakter der Koalitionsfreiheit vereinbar ist.²³⁰⁾ Auch die Neuformulierung des Ultima-ratio-Prinzips im Sinne der Ermöglichung druckfreier Verhandlungen vermag also den verhandlungsbegleitenden gewerkschaftlichen Warnstreik nicht zu illegalisieren.²³¹⁾ Auch das BAG hat dies inzwischen eindeutig bestätigt.^{231a)}

²²⁹⁾ Vgl. **Mückenberger**, BfStR 1980, 241 ff.

²³⁰⁾ Näher dazu **Däubler-Hege**, Tarifvertragsrecht, Rn. 10 ff.

²³¹⁾ Das hier gefundene Ergebnis wird durch Art. 6 Ziffer 4 ESC bestätigt, wonach das Streikrecht „vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus Gesamtarbeitsverträgen“ garantiert wird – eine Formulierung, die (ungeschriebene) weitergehende Pflichten aus einem Dauerrechtsverhältnis oder dem Ultima-ratio-Prinzip gerade ausschließt. Das BAG hat zur innerstaatlichen Verbindlichkeit des Art. 6 Ziffer 4 ESC zwar noch nicht endgültig Stellung genommen (vgl. BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 6 R; BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 5 R; BAG BB 1984, 1808); doch sprechen die besseren Gründe für eine Bindung (zumindest) des die Verfassung konkretisierenden rechtsfortbildenden Richters (siehe dazu die bei **Däubler**, [Hrsg.], Arbeitskampfrecht, Rn. 102, genannten Nachweise).

^{231a)} BAG BB 1984, 1808 (Presseinformation).

§ 3: Die Funktion des Warnstreiks

I. Das Problem

Der im Grundsatz zulässige Warnstreik bedarf – wie niemand bestreitet – der Eingrenzung, da andernfalls der Unterschied zum Erzwingungsstreik verschwimmen würde. Das BAG hat insoweit eine Reihe wichtiger Anhaltspunkte geliefert, jedoch kein ausformuliertes „System“ entwickelt. In der Entscheidung vom 17. Dezember 1976 wird nur gesagt²³²⁾:

„Handelt es sich . . . nach Ablauf der tariflichen Friedenspflicht und während des Laufs von Tarifverhandlungen nur darum, den Abschluß dieser Verhandlungen dadurch zu beschleunigen, daß dem Tarifpartner die Bereitschaft, hier der Arbeitnehmerschaft, ggf. auch der nichtorganisierten Arbeitnehmer, zu einem intensiveren Arbeitskampf vor Augen geführt werden soll, so kann dieser ‚milde‘ Druck in Form eines kurzen Warnstreiks auch vor Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ausgeübt werden.“

Im Gegensatz zum Erzwingungsstreik wird somit durch den Warnstreik nur „milder Druck“ ausgeübt. Seine Bedeutung liegt insbesondere darin, die Arbeitskampfbereitschaft der Arbeitgeberseite gegenüber zu dokumentieren („vor Augen führen“) und dadurch den Abschluß der Verhandlungen zu beschleunigen.²³³⁾

Die Literatur hat dies zum Anlaß genommen, recht eingehend über die dem Warnstreik zukommenden Funktionen zu diskutieren. Neben der vom BAG deutlich angesprochenen Demonstrations- und der ebenfalls erwähnten Beschleunigungsfunktion wird etwa auf eine Schadensminderungsfunktion, eine Mobilisierungsfunktion sowie eine Ventilfunktion abgehoben.²³⁴⁾ Erwägungen dieser Art sind nicht so sehr „Lehrbuchklassifizierungen“ als vielmehr Versuche, die Grenzen des Warnstreiks auf der Grundlage eines bestimmten leitenden Gesichtspunkts (oder mehrerer derartiger Gesichtspunkte) zu bestimmen. So weist etwa **Seiter** dem Warnstreik ausschließlich die Funktion zu, die Kampf- und Folgebereitschaft der Belegschaften zu dokumentieren, so daß eine 15minütige Arbeitsniederlegung grundsätzlich ausrei-

²³²⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2.

²³³⁾ Vgl. **Gerhard Müller**, BArbBl 1977, 527.

²³⁴⁾ Siehe etwa den Überblick bei **Bobke-Grimberg**, S. 34 ff.

chend sein würde.²³⁵) Andere Autoren lehnen etwa im Hinblick auf die Mobilisierungsfunktion des Warnstreiks eine generelle Obergrenze ab und wollen auf den jeweiligen Einzelfall abstellen.²³⁶) Das BAG hat sich auch insoweit auf Andeutungen beschränkt und darauf hingewiesen, der Warnstreik könne „insbesondere im Hinblick auf Dauer und Wiederholung oder durch Eintritt eines über den reinen Arbeitsausfall hinausgehenden hohen Schadens“ unverhältnismäßig und damit rechtswidrig sein.²³⁷)

Die in der juristischen Literatur geführte Diskussion leidet darunter, daß in der Regel der vieldeutige Begriff „Funktion“ verwendet wird: Er erweist sich als scheinbar probates Mittel, um die empirische und die normative Ebene zu verknüpfen. So mag es zwar sein, daß der Warnstreik in der Tat zur Mobilisierung der Mitglieder führt, doch sagt dies nichts darüber aus, ob allein deshalb ein Warnstreik in größerem oder kleinerem Umfang zulässig ist. Sinnvoll erscheint es deshalb, beides auseinanderzuhalten. Im folgenden sollen deshalb zunächst die Konsequenzen dargestellt werden, die ein (längerer oder kürzerer, einmaliger oder wiederholter) Warnstreik bewirken kann. Im Anschluß daran wird uns die Frage interessieren, wie diese Wirkungen aus der Perspektive des Art. 9 Abs. 3 GG zu bewerten sind, welche normativen Vorgaben daher bei der Streikpraxis Berücksichtigung finden müssen.

II. Die Wirkungen des Warnstreiks

Die Durchführung eines Warnstreiks hat zum einen innergewerkschaftliche Bedeutung. Die Mitglieder werden aktiviert – und zwar durch die Arbeitsniederlegung als solche, wie auch in der Vorbereitungsphase, wo über die mit den Tarifverhandlungen verbundenen Ziele diskutiert und prinzipielle Übereinstimmung erzielt werden muß. Die in einzelnen Betrieben durchgeführten Warnstreiks dürften sodann häufig einen „werbenden“ Effekt sowohl auf die Belegschaften anderer Betriebe als auch auf die Öffentlichkeit haben.²³⁸) Von daher ist es gerechtfertigt, dem Warnstreik eine Mobilisierungswirkung zuzusprechen.²³⁹) Solange die Differenz zwischen der Forderung der Gewerkschaften und dem „Angebot“ der Arbeitgeber noch relativ groß ist, wird die Aktivierung leichter sein als nach langen ergebnislosen Verhandlungen.²⁴⁰) Eine Ausnahme wird allerdings dann zu machen sein, wenn die gewerkschaftliche Forderung von vorneherein als „illusionär“ qualifiziert wird. **Kempen** hat in jüngster Zeit darauf hingewiesen, die Organisation von Warnstreiks sei Teil der „demokrati-

²³⁵) **Selter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 599.

²³⁶) So etwa **Weiss**, S. 107.

²³⁷) BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2.

²³⁸) Richtig **Löwisch**, BB 1982, 1377.

²³⁹) Ebenso im Ergebnis **Rebel**, RdA 1981, 209; **Weiss**, S. 94.

²⁴⁰) So die Einschätzung durch **Bieback**, AuR 1983, 364; **Otto**, Anm. zu BAG EzA Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

schen Selbstverständigung und öffentlichen Willensbildung“ der Gewerkschaften; sie stünden der Urabstimmung näher als den Erzwingungsstreiks, in bezug auf den sie nur „kommunikative Vorstufe“ seien.²⁴¹⁾

Dem Warnstreik wird zum zweiten die Eigenschaft zugesprochen, als Ventil für angestautes Protestpotential zu dienen. Er ermögliche, „Dampf abzulassen“, um so die Voraussetzung für eine emotionsfreiere Lösung zu schaffen.²⁴²⁾ Kritik ist auf zwei Ebenen angebracht. Zum einen enthält die „Ventilfunktion“ eine verdeckte Wertung, wird doch der Protest gegen die bisherigen Arbeitsbedingungen als „Überdruck“, als (leicht) übertrieben und emotionsgeladen abqualifiziert. Dies verträgt sich schlecht mit den Grundprinzipien einer Rechtsordnung, die den gewerkschaftlich geführten Streik grundsätzlich als legal behandelt. Zum zweiten – und dies ist im vorwiegenden Zusammenhang sehr viel wichtiger – ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß die tatsächliche Funktion von Warnstreiks auch darin liegen kann, Kampfbereitschaft erst recht zu schaffen, Widerstandsverhalten einzuüben.²⁴³⁾

Eine sichere Aussage, unter welchen Voraussetzungen der eine und unter welchen Voraussetzungen der andere Effekt eintreten wird, ist schwer möglich.²⁴⁴⁾ Ob Warnstreiks etwa große Auseinandersetzungen verhindern oder gerade fördern, kann jedenfalls nicht auf der Grundlage einer angeblichen Ventilfunktion beurteilt werden.

Gegenüber der Arbeitgeberseite kommt dem Warnstreik Demonstrationswirkung zu.²⁴⁵⁾ Dokumentiert werden soll die „Kampfbereitschaft“²⁴⁶⁾ und der „Grad der Unzufriedenheit“²⁴⁷⁾, aber auch die „Geschlossenheit“ der Arbeitnehmerseite²⁴⁸⁾, die „Folgebereitschaft“ der Mitglieder.²⁴⁹⁾ Die Arbeitnehmer bekunden, zum unbefristeten Austragen des Konflikts entschlossen zu sein.²⁵⁰⁾

²⁴¹⁾ **Kempfen**, AuR 1984, 229.

²⁴²⁾ Die Ventilfunktion wird erwogen bei **Nickel**, AuR 1977, 214; **Rebel**, RdA 1979, 210; **Seiter**, JZ 1983, 775; weitere, die Ventilfunktion zum Teil expressis verbis bejahende Literatur bei **Bobke-Grimberg**, S. 43 ff.

²⁴³⁾ Vgl. **Mayer-Maly**, BB 1981, 1778. Ähnlich wohl auch die Einschätzung durch **Bobke-Grimberg**, S. 43 f.

²⁴⁴⁾ Ähnlich **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 590.

²⁴⁵⁾ Von **Seiter** (Festschrift 25 Jahre BAG, S. 586) noch als „allgemeine Auffassung“ bezeichnet. Zur inzwischen vorliegenden Kritik **Pickers** (Warnstreik, S. 112 ff.) siehe sogleich im Text.

²⁴⁶⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 34.

²⁴⁷⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 36.

²⁴⁸⁾ **Seiter**, JZ 1983, 774.

²⁴⁹⁾ **Bieback**, AuR 1983, 363.

²⁵⁰⁾ **Rüthers**, Anm. zu BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Die Demonstrationsfunktion wird weiter bejaht von **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1144; **Konzen**, SAE 1977, 237; **Löwisch**, BB 1982, 1375; **Weiss**, S. 93.

Picker hat die Demonstrationswirkung von Warnstreiks grundsätzlich in Frage gestellt.²⁵¹⁾ Die Teilnahme an einer solchen Aktion könne – anders als bei den vor 1976 üblichen „wildem“ Streiks – nicht mehr als Ausdruck uneingeschränkter Kampfbereitschaft interpretiert werden.²⁵²⁾ Angesichts des begrenzten und typisierten Stils des heutigen gewerkschaftlich organisierten Warnstreiks habe der einzelne Arbeitnehmer von vornherein gar keinen Anlaß, sich über seine Beteiligung an einem Erzwingungsstreik klarzuwerden.²⁵²⁾ Die Kampfrisiken seien völlig unvergleichbar: Der Warnstreik bringe nur eine feststehende, geringfügige Lohneinbuße mit sich, während der Erzwingungsstreik zu einem hohen Maß an Ungewißheit und unter Umständen zu einer schweren Gefährdung vitaler Interessen führe.²⁵³⁾ **Seiter** hat dem mit dem Argument widersprochen, der Warnstreik sei allenfalls in Branchen mit kampferprobten Arbeitnehmern entbehrlich; wenn die Gewerkschaft jedoch in bestimmten Betrieben oder Branchen erstmals Kampfmaßnahmen durchführen wolle, sei der Warnstreik ein brauchbares Mittel, um die Kampfwilligkeit und Kampffähigkeit wenigstens grob abzuschätzen.²⁵⁴⁾ Dazu kommen zwei weitere Gesichtspunkte.

Zum einen überschätzt **Picker** die Unterschiedlichkeit der Risiken, die beim Warnstreik bzw. beim Erzwingungsstreik eingegangen werden. Beim Warnstreik kann der einzelne Arbeitnehmer mit Sicherheit mit bestimmten wirtschaftlichen Einbußen rechnen, da er keine Streikunterstützung erhält und auch nicht damit rechnen kann, die ausgefallene Arbeitszeit werde durch Sonderschichten, Überstunden usw. wieder ausgeglichen. Beim Erzwingungsstreik besteht gleichfalls nur ein ökonomisches Risiko. Die Gefährdung „vitaler Interessen“ wäre nur dann plausibel, wenn man mit der Verhängung lösender Aussperrungen rechnen könnte – eine Perspektive, die ungeachtet aller Zulässigkeitsprobleme²⁵⁵⁾ schwerlich als realistisch eingestuft werden kann. Die ökonomischen Risiken werden nur dadurch verringert, daß Streikunterstützung gewährt wird, die etwa zwei Drittel des Bruttoverdienstes ausmacht²⁵⁶⁾; auch wird im allgemeinen damit gerechnet, daß streikbedingte Produktionsausfälle durch zusätzliche Arbeitsstunden zumindest teilweise wieder aufgeholt werden. Zum zweiten übersieht **Picker** völlig, daß die Streikteilnahme nicht nur ein ökonomisches Risikokalkül ist. Mindestens genauso wichtig ist nämlich die Tatsache, daß sich der einzelne Beschäftigte unangepaßt verhält, daß er in gewissem Umfang aus der „Rolle“ herausfällt, die er unter Umständen seit Jahrzehnten eingenommen hat.²⁵⁷⁾

²⁵¹⁾ **Picker**, S. 111 ff.

²⁵²⁾ **Picker**, S. 113.

²⁵³⁾ **Picker**, S. 116.

²⁵⁴⁾ **Seiter**, JZ 1983, 775 rechte Spalte.

²⁵⁵⁾ Dazu **Wolter**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 941 ff., mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁶⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 11, mit weiteren Nachweisen.

²⁵⁷⁾ Vgl. **Reinhard Hoffmann**, in: Schneider (Hrsg.), Zur Theorie und Praxis des Streiks, S. 215.

Die Überwindung dieser „Ungehorsamsschranke“ bedarf bestimmter bewußtseinsmäßiger Voraussetzungen: sie sind beim Warnstreik keine prinzipiell anderen als beim Erzwingungsstreik. Von daher hat die Teilnahme an einem Warnstreik sehr wohl „Indikatorfunktion“ dafür, daß der Betreffende auch in Zukunft zum Streik bereit sein wird.

Die meisten Meinungsverschiedenheiten haben sich schließlich bei der Frage ergeben, ob der Warnstreik effektiv zu einer Beschleunigung der Tarifverhandlungen führt. Soweit die „Beschleunigungsfunktion“ bejaht wird, findet sich in der Regel der Hinweis, die Arbeitsniederlegung könne gegebenenfalls auch zu einem früheren Scheitern der Verhandlungen führen.²⁵⁸⁾ Die Gegenposition hält dies alles für nicht erwiesen und verweist darauf, der Warnstreik könne auch zu einer Verhärtung der Arbeitgeberposition und damit zu einer Verlängerung des tariflosen, unbefriedeten Zustands führen.²⁵⁹⁾ Weiter wird darauf hingewiesen, ein allzu schneller Abschluß von Tarifverhandlungen sei oft nicht wünschenswert; vorschnell zustande gekommene Lohnerhöhungen könnten zur Abwälzung auf die Preise führen, unsorgfältig in Eile redigierte Texte von Mantel- und Rahmentarifverträgen würden zu zahlreichen Auslegungstreitigkeiten führen.²⁶⁰⁾ In der Tat dürfte es schwerfallen, eine verlässliche Prognose darüber aufzustellen, ob immer oder auch nur in der Mehrzahl der Fälle ein Beschleunigungseffekt eintritt. Dieser erscheint nur dann plausibel, wenn die Arbeitgeberseite darauf vertraute, es könne zu keiner oder allenfalls einer sehr bescheidenen Arbeitsniederlegung kommen. In diesen Fällen wird ihr Verhalten dann effektiv durch die Arbeitnehmerseite beeinflusst²⁶¹⁾, doch erscheint es überzogen, deshalb von „Willensbeugung“ als dem eigentlichen Ziel des Warnstreiks zu sprechen.²⁶²⁾ Maßgebend ist in diesen Fällen nicht so sehr der durch den Warnstreik bedingte Produktionsausfall²⁶³⁾ als vielmehr die Erkenntnis, daß der „Ernstfall-Erzwingungsstreik“ von der Gewerkschaft jederzeit herbeigeführt werden könnte.²⁶⁴⁾

²⁵⁸⁾ Vgl. **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1144; **Herschel**, RdA 1983, 365; **Wohlgemuth**, AuR 1982, 203.

²⁵⁹⁾ **Kreutz**, ZfA 1977, 450; **Mager**, Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 92; **Mayer-Maly**, BB 1981, 1775, 1778; **Nickel**, AuR 1977, 314; **Rebel**, RdA 1979, 209; zurückhaltend **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 587: Verhärtung nicht ganz auszuschließen.

²⁶⁰⁾ **Mager**, Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 92; **Rebel**, RdA 1981, 210; **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 589. Kritisch dazu **Bobke-Grimberg**, S. 38.

²⁶¹⁾ **Bobke-Grimberg**, S. 47, sprechen zutreffend von „Willensbeeinflussungsfunktion“.

²⁶²⁾ Vgl. **Rüthers**, Anm. zu BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 Arbeitskampf, Bl. 4 R.

²⁶³⁾ Dazu die Zahlen und Erklärungen von Arbeitgebervertretern bei **Bobke-Grimberg**, S. 47 ff.

²⁶⁴⁾ Vgl. **Hanau**, DB 1982, 378; **Seiter**, JZ 1983, 776, der eine selbständige Druckfunktion für den Warnstreik ablehnt.

III. Die Rolle des Warnstreiks in Tarifverhandlungen

Welchen Zweck kann und soll der Warnstreik im Hinblick auf das Tarifverhandlungssystem erfüllen? Die Bestandsaufnahme über seine (aktuellen und potentiellen) Wirkungen erleichtert es ein wenig, ihm auf normativer Ebene einen präzisen Stellenwert im Rahmen der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Kollektivvertragsfreiheit zuzumessen.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist – dem grundsätzlichen Ansatz der vorliegenden Arbeit entsprechend – das in der Rechtsprechung entwickelte Konzept von Tarifautonomie. Diese hat danach nicht die Aufgabe, grundlegenden gesellschaftlichen Wandel zu bewirken oder einzuleiten, sondern ist darauf beschränkt, vorhandene Verteilungsspielräume auszuschöpfen. Es geht um marktmäßigen Ausgleich zwischen Anbietern und Nachfragern der Ware Arbeitskraft.²⁶⁵⁾

Der in Kollektivverhandlungen gesuchte Ausgleich kann reibungsloser oder weniger reibungslos vor sich gehen. Der Staat ist grundsätzlich darauf beschränkt, die Kompromißfindung zu erleichtern, Normen bereitzustellen, die vermeidbare Reibungsverluste ausschließen. An diesem Punkt ist nun die eigentliche Rolle des Warnstreiks angesiedelt: Er erhöht die Rationalität des Verhandlungsprozesses, indem er **beiden Seiten** deutlich macht, welche Konsequenzen eine Nicht-Einigung haben kann. Der Warnstreik verbessert die Entscheidungsgrundlagen, er verschafft den Verhandlungsführern authentische Informationen über das tatsächlich vorhandene Verweigerungspotential der Arbeitnehmerseite. Daneben fördert er das Funktionieren der Tarifautonomie insoweit, als eine große Zahl der (rechtlich oder faktisch) Tarifunterworfenen in den Verhandlungsprozeß selbst eingebunden wird und sich so die Gefahr verringert, daß einmal gefundene Kompromisse als „fremde Angelegenheit“ betrachtet werden, der man sich mit guten Gründen entziehen kann. Will man verbreiteter Übung entsprechend den Begriff „Funktion“ gebrauchen, so müßte man von einer Rationalitätsfunktion des Warnstreiks sprechen.

Die hier skizzierte Konzeption kann sich auf verschiedene Vorüberlegungen in der Literatur stützen. So wird dem Warnstreik verschiedentlich die Eigenschaft zugesprochen, Fehleinschätzungen zu verhindern.²⁶⁶⁾ Dies gilt einmal für die Arbeitgeberseite, für die durch die Arbeitsniederlegungen deutlich wird, daß es sich im konkreten Fall nicht um abgehobene Forderungen von Funktionären handelt, sondern daß die Belegschaften auch bereit sind, dafür notfalls in der Streik zu treten. Wie zwingend dieser Rückschluß ist, hängt nicht zuletzt von den Umständen, insbesondere der Dauer der einzelnen Aktionen ab.²⁶⁷⁾

²⁶⁵⁾ Dies kann hier nicht im einzelnen vertieft werden. Zu Sinn und Zweck der Tarifautonomie siehe **Däubler-Hege**, Tarifvertragsrecht, Rn. 10 ff. und **Kittner**, AK – GG, Art. 9, Abs. 3, Rn. 31 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁶⁶⁾ **Löwisch**, BB 1982, 1375; **Rebel**, RdA 1979, 209; **Selter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 587; **derselbe**, JZ 1983, 775; **Weiss**, S. 97.

²⁶⁷⁾ Zur Dauer von Warnstreiks siehe unter § 4 II, S. 47 f.

Gleichzeitig wird auch die verhandlungsführende Gewerkschaft in die Lage versetzt, die Stärke der eigenen Position realistisch zu bestimmen. So kann etwa ein in vielen Betrieben erfolglos bleibender Aufruf zum Warnstreik ein wichtiger Grund dafür sein, einen relativ bescheidenen Kompromiß einzugehen, da eine „große Auseinandersetzung“, das heißt ein Erzwingungsstreik, im Zweifel nicht durchgestanden werden könnte. Dies ist auch praktisch wichtig, wenn man daran denkt, daß nach Angaben der Arbeitgeberseite in der Metalltarifrunde 1981 nur jeder dritte zum Streik aufgerufene Arbeitnehmer auch wirklich die Arbeit niederlegte²⁶⁸⁾ und wenn man weiter berücksichtigt, daß auch von seiten der IG Metall in bezug auf die Tarifrunde 1982 Mobilisierungsprobleme zugegeben wurden.²⁶⁹⁾ Wie groß oder gering auch immer die tatsächliche Divergenz zwischen Streikaufruf und Streik sein mag²⁷⁰⁾ – fest steht jedenfalls, daß nicht automatisch von einer umfassenden „Folgebereitschaft“ der Arbeitnehmer gesprochen werden kann.

Die Urabstimmung ist nicht in der Lage, den Verhandlungsführern beider Seiten vergleichbar verlässliche Entscheidungsgrundlagen zu liefern. Zum einen beschränkt sie sich auf die Gewerkschaftsmitglieder, läßt also die Außenseiter unberücksichtigt.²⁷¹⁾ Weiter macht es einen wesentlichen Unterschied, ob man in einem geheimen Abstimmungsvorgang eine bestimmte Alternative ankreuzt oder ob man konkret die Arbeit niederlegt: mit letzterem tritt man nicht nur aus der Anonymität heraus, sondern nimmt auch wirtschaftliche Opfer in Kauf und praktiziert ein Stück „Ungehorsam“. Zum dritten ist die Urabstimmung erst in einem Zeitpunkt einsetzbar, in dem der Erzwingungsstreik schon in greifbare Nähe gerückt ist. Dies bedeutet, daß während der davor liegenden Zeit auf unsicherer Basis verhandelt werden muß. Schließlich ist die Urabstimmung ein Verfahren, das nur einen positiven oder einen negativen Ausgang kennt, das deshalb auch die Handlungsmöglichkeiten auf die Alternative „Kampf“ oder „Unterwerfung“ verengt. Der Aufruf zu Warnstreiks hat demgegenüber den Vorteil, je nach dem Grad des Erfolgs oder Mißerfolgs flexible Reaktionsweisen beider Seiten zuzulassen.

Die Schaffung verbesserter Entscheidungsgrundlagen für die Verhandlungsdelegationen beider Seiten ist eine Zielsetzung, die die oben skizzierten Demonstrations- und Beschleunigungsfunktionen in sich aufnimmt.²⁷²⁾ Ob im Einzelfall eine Beschleunigung eintritt, bleibt auch nach der hier vertretenen Auffassung offen: Die Chance der Einigung wird allerdings erhöht, wenn mit weniger Unbekannten als zuvor gerechnet werden muß. Wer weiß, woran er ist, wird eher bereit sein, sich zu einigen – und das bedeutet zugleich, daß Erzwingungsstreiks vermieden werden. Dies wäre

²⁶⁸⁾ Siehe die Zahlenangaben oben Fn. 81, 82.

²⁶⁹⁾ Lang, WSI-Mitt. 1982, 550.

²⁷⁰⁾ In den Zahlenangaben der IG Metall zur Tarifrunde 1981 finden sich keine Anhaltspunkte für die Nichtbefolgung von Streikaufrufen – siehe die Nachweise oben § 1 Fn. 84 bis 86.

²⁷¹⁾ Richtig Seiter, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 587.

²⁷²⁾ Siehe oben bei Fn. 245, 258.

nur dann nicht der Fall, wenn die eine oder andere Seite den Arbeitskampf als „Eigenwert“ begreifen würde – davon kann aber ersichtlich weder auf Arbeitgeber- noch auf Gewerkschaftsseite die Rede sein.

Die Einbeziehung der Tarifunterworfenen in den Verhandlungsprozeß erhöht die Legitimität der gefundenen Ergebnisse.²⁷³⁾ Da sie von den Mitgliedern leichter akzeptiert werden, ist die Chance höher, daß die erreichten Kompromisse nicht als solche wieder in Frage gestellt werden.²⁷⁴⁾

Dieser Zweck des Warnstreiks trifft sich insoweit mit der oben skizzierten „Mobilisierungsfunktion“²⁷⁵⁾, als es dieser um die Verbreiterung der Aktion unter der Mitgliedschaft (nicht aber um eine besondere Intensität des Kampfes) geht. Die Vorstellung, es handle sich bei dem Warnstreik um eine „kommunikative Vorstufe“ des Erzwingungsstreiks²⁷⁶⁾ bleibt demgegenüber zu allgemein und setzt sich mangels näherer Fundierung dem Einwand aus, Meinungsbildung auf Kosten des sozialen Gegenspielers zu betreiben. Die Ausrichtung auf das bessere, rationalere Funktionieren der Tarifautonomie ist demgegenüber ein zureichender Grund, um eine vorübergehende Suspendierung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.²⁷⁷⁾ Im Folgenden sollen im einzelnen die Konsequenzen aufgezeigt werden, die sich aus der so bestimmten Zwecksetzung des Warnstreiks ergeben.

²⁷³⁾ Dazu insbesondere **Weltbrecht**, Effektivität, S. 44 ff.

²⁷⁴⁾ Davon zu trennen ist die Frage, daß die tatsächliche Lohnhöhe (auch) durch zahlreiche andere Faktoren bestimmt wird – dazu **Goll**, Arbeitskampfpärität und Tariferfolg, Berlin 1980.

²⁷⁵⁾ Siehe oben bei Fn. 239.

²⁷⁶⁾ **Kempfen**, AuR 1984, 229.

²⁷⁷⁾ Die These von den unterschiedlichen Legitimationsprinzipien der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerkoalition trifft zwar völlig zu (vgl. schon **U. K. Preuß**, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, Stuttgart 1969, S. 171 ff.), doch fällt es schwer, allein daraus die verfassungsrechtliche Garantie einer bestimmten Handlungsform herzuleiten. Der Rückgriff auf Art. 5 Abs. 1 GG hat angesichts des auch von **Kempfen** nicht in Frage gestellten Lexspecialis-Charakters von Art. 9 Abs. 3 GG keinerlei praktische Relevanz; die Aussage: „Angesichts der unterschiedlichen Arbeitszeiten, der notwendigen Publizitätswirkung und der engen Verbindungen zum Arbeitsverhältnis müssen Warnstreiks auch während der Arbeitszeit stattfinden“ (Kempfen, a.a.O.) sieht sich – abgesehen von der Schmunzeln erregenden Vorstellung eines Warnstreiks außerhalb der Arbeitszeit – dem Vorwurf ausgesetzt, unschwer durch eine vergleichbar dezisionistische Aussage konträren Inhalts ersetzt werden zu können. Warum soll Willensbildung nicht auch ohne Arbeitsniederlegung möglich sein? An diesem Punkt beginnen die eigentlichen Notwendigkeiten der Argumentation.

§ 4: Grenzen des Warnstreiks

I. Existenz von Verhandlungen

Von einem Warnstreik im hier dargestellten Sinne kann nur dann die Rede sein, wenn ein Bezug zu Tarifverhandlungen vorhanden ist. Fehlt er, liegt ein Demonstrationsstreik vor²⁷⁸⁾ dessen Zulässigkeit sich nach anderen Gesichtspunkten bestimmt.^{278a)}

Von einem Bezug auf Tarifverhandlungen kann nur dann die Rede sein, wenn es in der Realität gibt oder wenn sie von der Gewerkschaft erfolglos angestrebt wurden. Mit Recht wird deshalb vorausgesetzt, daß zumindest einmal ergebnislos verhandelt wurde, es sei denn, die Arbeitgeberseite würde von vornherein jede Verhandlung ablehnen.²⁷⁹⁾ Findet während laufender Tarifverhandlungen innerhalb des Tarifgebiets eine kurzfristige Arbeitsniederlegung statt, ohne daß deren Zweck ausdrücklich verlautbart würde, so spricht die Vermutung dafür, daß es sich um einen verhandlungsbegleitenden Warnstreik handelt.²⁸⁰⁾

II. Dauer des Warnstreiks

Wie lange ein Warnstreik dauern darf, ist vom BAG nicht eindeutig entschieden worden. Die im konkreten Fall vorliegende Arbeitsunterbrechung von zwei bis drei Stunden wurde als „relativ kurz“ eingestuft, im übrigen lediglich betont, ein Warnstreik könne „im Hinblick auf (seine) Dauer“ gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen.²⁸¹⁾ Einig ist man sich in der Literatur deshalb nur über drei relativ allgemeine Punkte:

²⁷⁸⁾ Ebenso **Konzen**, SAE 1977, 236; **Mayer-Maly**, BB 1981, 1778; **Rebel**, RdA 1979, 208; anderer Ansicht **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 603 (Warnstreik als Unterfall des Demonstrationsstreiks).

^{278a)} Dazu **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampsrecht, Rn. 402 ff., mit weiteren Nachweisen.

²⁷⁹⁾ **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1146; **Rebel**, RdA 1979, 213; **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 596. Weitergehend **Weiss**, S. 112, der schon die von autorisierter Stelle auf Arbeitgeberseite erklärte Bereitschaft zum Widerstand genügen lassen möchte.

²⁸⁰⁾ **Rebel**, RdA 1979, 213.

²⁸¹⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, Bl. 2.

- Der Warnstreik muß von vornherein befristet sein, da andernfalls ein Erzwingungsstreik vorliegen würde.
- Die „Eingriffsintensität“ muß erheblich hinter der des Erzwingungsstreiks zurückbleiben.²⁸²⁾
- Die höchstzulässige Dauer ist unter Rückgriff auf die Funktion des Warnstreiks zu bestimmen.²⁸³⁾

Bei der Bestimmung konkreter Rechtsfolgen bestehen weitgehende Meinungsverschiedenheiten. Eine Reihe von Autoren billigt dem Warnstreik ausschließlich Demonstrationsfunktion zu, kommt jedoch gleichwohl zu unterschiedlichen Ergebnissen. So sieht etwa **Seiter** 15 Minuten Streikdauer als Richtschnur und 30 Minuten als Höchstgrenze an²⁸⁴⁾, doch vertritt **Otto** den Standpunkt, auch der Arbeitsausfall von einem halben Tag lasse sich mit diesem Zweck rechtfertigen.²⁸⁵⁾ Auch will **Seiter** dann eine Ausnahme machen, wenn – wie in dem vom BAG entschiedenen Fall – die Arbeitsniederlegung im Hinblick auf die Teilnahme an einer gewerkschaftlichen Demonstration erfolgt.²⁸⁶⁾ Seine These, daß in diesen Fällen zwei bis drei Stunden angemessen wären, sieht sich jedoch dem Einwand ausgesetzt, daß die Ausnahme durch entsprechende gewerkschaftliche Aktivitäten unschwer zur Regel gemacht werden könnte.²⁸⁷⁾ Andere Autoren übernehmen mehr oder weniger pauschal die –ausdeutungsbedürftige – Funktionsbestimmung des BAG und gelangen dann zu dem Schluß, daß die vom BAG gebilligten zwei bis drei Stunden etwa die Obergrenze darstellen würden²⁸⁸⁾, daß aber auch eine Überschreitung dieses Zeitlimits in Betracht komme.²⁸⁹⁾ Schließlich wird der Standpunkt vertreten, es gäbe keine generelle Obergrenze; vielmehr sei auf die jeweiligen Verhältnisse des Einzelfalls abzustellen.²⁹⁰⁾ Die Rechtsprechung der Instanzgerichte hat einen dreistündigen Warnstreik unbeanstandet gelassen²⁹¹⁾ bzw. betont, eine Höchstdauer lasse sich nicht generell festlegen, jedenfalls seien 30 Minuten aber nicht einmal dann ausreichend, wenn man ausschließlich auf die Demonstrationsfunktion abstelle.²⁹²⁾

²⁸²⁾ **Bieback**, AuR 1983, 370.

²⁸³⁾ So etwa ausdrücklich **Mayer-Maly**, BB 1981, 1776; **Rebel**, RdA 1979, 214.

²⁸⁴⁾ **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 599; ebenso **Kirchner**, RdA 1980, 134; ähnlich **Rebel**, RdA 1979, 214.

²⁸⁵⁾ **Otto**, Anm. zu BAG Eza Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

²⁸⁶⁾ Ähnlich **Löwisch**, BB 1982, 1375.

²⁸⁷⁾ **R. Hoffmann**, DB 1981, 1188.

²⁸⁸⁾ **Konzen**, SAE 1977, 237.

²⁸⁹⁾ **Hoffmann**, DB 1981, 1188. Vgl. auch **Däubler**, Arbeitsrecht 1, S. 168.

²⁹⁰⁾ **Bobke**, BB 1982, 871; **Bobke-Grumberg**, DB 1984, 1146; **Kittner**, AuR 1981, 298; **Weiss**, S. 107.

²⁹¹⁾ LAG Baden-Württemberg, DB 1980, 932.

²⁹²⁾ LAG Bremen, DB 1984, 514.

Nach der hier vertretenen Warnstreikkonzeption kommt es primär darauf an, ob die Dimension der Arbeitsniederlegung so beschaffen ist, daß sie einigermaßen verlässliche Rückschlüsse auf die Bereitschaft zum Erzwingungsstreik gestattet. Nicht ausreichend wäre daher mit Sicherheit eine im Grunde nur symbolische Arbeitsniederlegung von 15 bis 30 Minuten. Sie stellt weder eine dem „eigentlichen“ Streik vergleichbare Form des Ungehorsams dar, noch verlangt sie finanzielle Opfer, die den im Erzwingungsstreik zu erbringenden irgendwie vergleichbar wären. Arbeitsunterbrechungen dieser Art stellen nicht mal jenen „milden Druck“ auf die Arbeitgeberseite dar, von dem das BAG als selbstverständlicher Begleiterscheinung des Warnstreiks ausgeht.²⁹³⁾ Bei derartigen „Ministreiks“ gewinnt überdies die Kritik **Pickers** an Plausibilität, die solche Aktionen für sinnlos und deshalb für rechtlich nicht geschützt erklärt.²⁹⁴⁾ Mit dem BAG ist deshalb von dem hier gewählten Ansatzpunkt aus eine Dauer von zwei bis drei Stunden als „relativ kurz“ zu bezeichnen. Vieles spricht weiter für die These, auf generelle Obergrenzen zu verzichten und auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen.²⁹⁵⁾ Für eine längere Dauer kann dabei die Tatsache sprechen, daß der Hinweis auf frühere Streiks nicht verfangt – sei es, daß es solche nicht gibt, sei es, daß diese unter anderen konjunkturellen Vorzeichen stattfanden. Eine Rolle kann weiter die Tatsache spielen, daß die Arbeitgeberseite die Gewerkschaften für „streikunfähig“ erklärt hat oder daß der öffentlich verlaubliche Widerstand der Arbeitgeberseite durch ein besonderes Maß an Entschiedenheit geprägt wird. So darf die Kampfbereitschaft nachhaltiger unterstrichen werden, wenn es um eine Frage geht, die die Arbeitgeberseite von vornherein als „nicht verhandlungsfähig“ qualifiziert hat. Finden – wie in der Regel – Warnstreiks in einer Vielzahl von Betrieben statt, so wird man mit dem LAG Bremen²⁹⁶⁾ wohl in erster Linie darauf abstellen müssen, ob der insgesamt auf den Arbeitgeberverband ausgeübte Druck noch als „mild“ zu bezeichnen ist. Wird in einem von 44 Betrieben länger als vier Stunden gestreikt, so ist dies nach Auffassung des LAG Bremen unbedenklich, wenn in fast allen anderen Betrieben nur zwischen einer Stunde und zwei Stunden gestreikt wird.

III. Wiederholung von Warnstreiks

Außerordentlich umstritten ist die Frage, ob im Rahmen ein und derselben Tarifrunde in einem Betrieb mehrere Male ein Warnstreik durchgeführt werden kann. Eine Reihe von Autoren lehnen eine Wiederholbarkeit generell ab. Die Demonstrationfunktion sei bereits mit einer einmaligen Arbeitsniederlegung erfüllt²⁹⁷⁾, die Beschränkung des

²⁹³⁾ So schon Verfasser in: *Arbeitsrecht* 1, S. 168.

²⁹⁴⁾ **Picker**, S. 115 ff.

²⁹⁵⁾ Siehe die Nachweise oben Fn. 290 und 292.

²⁹⁶⁾ DB 1984, 514.

²⁹⁷⁾ **Mayer-Maly**, BB 1981, 1776; **Rebel**, RdA 1979, 215.

Warnstreiks auf eine „kurze Zeit“ könne durch Wiederholung unterlaufen werden.²⁹⁸⁾ Auch sei eine derartige „ständige Begleitmusik“ zu Tarifverhandlungen nicht erforderlich.²⁹⁹⁾ Würde man die Wiederholung zulassen, so wäre keine Grenze mehr zum Erzwingungsstreik vorhanden.³⁰⁰⁾

Eine andere Gruppe von Autoren will die Wiederholung ausnahmsweise dann zulassen, wenn sich in den Tarifverhandlungen eine neue Situation – etwa durch ein verändertes Arbeitgeberangebot – ergeben hat.³⁰¹⁾ Dem ist entgegengehalten worden, daß eine solche Regel dem Fortgang der Tarifverhandlungen wenig förderlich ist, da sie die Arbeitgeber vor neuen Angeboten geradezu abschreckt³⁰²⁾ und überdies unklar bleibt, wann eine Situation als „neuartig“ zu qualifizieren sei.

Eine dritte Gruppe von Autoren bejaht generell die Wiederholbarkeit von Warnstreiks und stützt sich dabei insbesondere auf die Erwägung, im Laufe längerer Tarifverhandlungen könne leicht der Eindruck entstehen, die zunächst manifestierte Kampfbereitschaft habe im Laufe der Zeit nachgelassen.³⁰³⁾ Dieser Position hat sich auch das LAG Bremen angeschlossen.³⁰⁴⁾ Dabei ist man sich einig, daß eine Wiederholung von einem Tag auf den anderen oder am übernächsten Tag die Grenze zum Erzwingungsstreik überschreiten würde.³⁰⁵⁾ Ein Mindestabstand von einer Woche sei grundsätzlich einzuhalten.³⁰⁶⁾

Ähnlich wie bei der Bestimmung der Dauer ist auch hier auf die Funktion des Warnstreiks abzustellen. Die Bereitschaft zum Erzwingungskampf und die Einschaltung der einzelnen Belegschaften in den Prozeß der Tarifverhandlungen kann auch durch mehrmalige Manifestation der Streikbereitschaft erfolgen. Je länger die erste Arbeitsniederlegung dauerte, um so größer muß allerdings der zeitliche Abstand zur zweiten Aktion sein. Dauerte der erste Streik vier Stunden, so wird eine Wiederholung normalerweise erst nach ein bis zwei Wochen möglich sein, während eine Aktion von einer Stunde schon nach zwei oder drei Tagen wiederholt werden kann.

²⁹⁸⁾ Hanau, DB 1982, 380.

²⁹⁹⁾ Löwisch, BB 1982, 1376.

³⁰⁰⁾ Konzen, SAE 1977, 237.

³⁰¹⁾ Nickel, AuR 1977, 315; Otto, Anm. zu BAG EZA Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 126 f; Seiter, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 600 (inzwischen aufgegeben in JZ 1983, 776: keinerlei Wiederholbarkeit).

³⁰²⁾ Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 168; Weiss, S. 103.

³⁰³⁾ Bleback, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 360; Bobke, BB 1982, 870; Bobke-GrImberg, DB 1984, 1146; Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 168; Hoffmann, DB 1981, 1188; Weiss, S. 103; Wohlgemuth, AuR 1982, 206.

³⁰⁴⁾ LAG Bremen, DB 1984, 514.

³⁰⁵⁾ LAG Bremen, DB 1984, 514; Bleback, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 360; Weiss, S. 103.

³⁰⁶⁾ Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 168; Weiss, S. 104. Im Fall des LAG Bremen betrug der Abstand einen Monat und 10 Tage.

Auf diese Weise wird verhindert, daß die Grenze zu einem unbefristeten Erzwingungsstreik überschritten und das Erfordernis der „Kurzfristigkeit“ des Warnstreiks überspielt wird.³⁰⁷⁾ Eine neue Situation in Tarifverhandlungen wird häufig vorliegen, doch ist sie – schon mangels ausreichender Justiziabilität – keine Voraussetzung für eine rechtmäßige Wiederholung. In vielen Fällen wird sich die Gewerkschaft von der Erwägung leiten lassen, die einmal manifestierte Kampfbereitschaft müsse bei einem besseren Arbeitgeberangebot nicht automatisch fortbestehen³⁰⁸⁾ und bedürfe daher der erneuten Bestätigung, doch kann es auch sinnvoll sein, im Interesse des Einigungsprozesses auf neue Aktionen zu verzichten. Werden viele Betriebe in eine Warnstreikaktion einbezogen, so ist grundsätzlich auf die typische Häufigkeit abzustellen.³⁰⁹⁾ Auch insoweit ist an die Aussage des BAG zu erinnern, wonach ein Warnstreik durch Wiederholung unverhältnismäßig werden kann³¹⁰⁾ – eine Aussage, die die prinzipielle Wiederholbarkeit als solche voraussetzt. Das Fehlen präziser Grenzen läuft letztlich darauf hinaus, die rechtliche Kontrolle auf Mißbrauchsfälle zu beschränken und im übrigen auf die Rationalität der Verhandlungspartner zu vertrauen.

IV. Vermeidung eines hohen Schadens

Rechtswidrig kann nach der Rechtsprechung des BAG ein Warnstreik auch dann sein, wenn er einen „über den reinen Arbeitsausfall hinausgehenden hohen Schaden“ verursacht.³¹¹⁾ Mit Rücksicht auf die kurze Dauer der Arbeitsniederlegung wird dies nur dann praktisch, wenn bestimmte Arbeiten absolut termingebunden sind. Zu denken ist etwa an den Fall, daß die Erfassung von Lottoscheinen vor der Ziehung der Lottozahlen unterbleibt. Fällt lediglich eine Tagesproduktion – etwa die Ausgabe einer Zeitung – wegen eines drei- bis vierstündigen Warnstreiks aus, so ist dies zwar ein über den eigentlichen Arbeitsausfall hinausgehender Schaden, doch wird man nicht davon sprechen können, daß insoweit ein unverhältnismäßig hoher Nachteil entstanden ist.³¹²⁾ Die Eigentümlichkeiten einer Branche können nicht dazu führen, daß das Streikrecht eingeschränkt wird; in Extremfällen ist durch Einrichtung eines Notdienstes Abhilfe zu schaffen.³¹³⁾

³⁰⁷⁾ Zu letzterem **Hanau**, DB 1982, 380.

³⁰⁸⁾ Im Prinzip zutreffend **Picker**, S. 119, der daraus jedoch die Konsequenz zieht, den Warnstreik insgesamt für sinnlos zu erklären.

³⁰⁹⁾ Vgl. LAG Bremen, DB 1984, 514.

³¹⁰⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2.

³¹¹⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³¹²⁾ Anders **Selter**, JZ 1983, 776.

³¹³⁾ **Wels**, S. 108.

V. Ausübungsmodalitäten

Ist ein Warnstreik weder im Hinblick auf seine Dauer und Wiederholung noch wegen hohen Schadens unverhältnismäßig, so stellt sich gleichwohl die Frage, ob bei seiner Durchführung ein bestimmtes – gegebenenfalls vom Fall des Erzwingungsstreiks abweichendes – Verfahren eingehalten werden muß.

1. Durchführung einer Urabstimmung?

Das BAG hat in der Entscheidung vom 17. Dezember 1976 den Standpunkt vertreten, Warnstreiks seien auch ohne vorangehende Urabstimmung zulässig. Entsprechende Bestimmungen der Gewerkschaftssatzungen würden offensichtlich nicht diesen Fall meinen³¹⁴⁾, der organisatorische Aufwand stünde in keinem Verhältnis zu der beabsichtigten Maßnahme, der auch jeder Überraschungseffekt genommen würde.³¹⁵⁾ Die Literatur hat dem im wesentlichen zugestimmt³¹⁶⁾, wobei in der Regel dahingestellt bleibt, ob die Urabstimmung Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Erzwingungsstreiks ist, oder ob ihr nur der Charakter eines (im Prinzip entbehrlichen) Aktes innerverbandlicher Willensbildung zukommt.³¹⁷⁾

2. Vorherige Ankündigung des Warnstreiks?

In der Literatur wird zum Teil der Standpunkt vertreten, jeder Warnstreik müsse vorher ausdrücklich angekündigt werden; der „unerwartet wie ein Blitz aus heiterem Himmel niederfahrende Warnstreik“ sei nicht schutzwürdig³¹⁸⁾, die Kampfbereitschaft könne auch ohne den Überraschungseffekt demonstriert werden.³¹⁹⁾ Demgegenüber ist darauf zu verweisen, daß nicht einmal beim Erzwingungsstreik eine Ankündigungspflicht existiert; erst recht kann sie daher nicht beim „milderen Mittel“ des Warnstreiks verlangt werden.³²⁰⁾ Für die Annahme einer entsprechenden Pflicht oder Obliegenheit fehlt jede Rechtsgrundlage; im Ergebnis liefe sie auf eine durch Richterrecht geschaffene „Abkühlungsperiode“ hinaus.³²¹⁾ Auch dann, wenn man im

³¹⁴⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2 R.

³¹⁵⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 3.

³¹⁶⁾ **Bauer-Röder**, DB 1984, 1097; **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1146; **Löwisch**, BB 1982, 1374; **Rebel**, RdA 1979, 214.

³¹⁷⁾ Die Frage bleibt auch bei BAG, a.a.O., dahingestellt. Zum Problem der Urabstimmung als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung s. zuletzt **Bauer-Röder**, DB 1984, 1098; **Schumann**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 221 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

³¹⁸⁾ So **Nickel**, AuR 1977, 315.

³¹⁹⁾ **Seiter**, JZ 1983, 776.

³²⁰⁾ Richtig **Hoffmann**, DB 1981, 1189.

³²¹⁾ **Hoffmann**, DB 1981, 1189.

Warnstreik ausschließlich ein Mittel der Demonstration sieht, ist das Überraschungsmoment legitim, da die Fähigkeit zu (vorher geheimgehaltenen) Blitzaktionen einen wichtigen Indikator für die Kampfbereitschaft, das heißt die Fähigkeit zur Druckausübung darstellt.³²²⁾ Die Aussage des BAG, auch ein Überraschungseffekt sei legitim³²³⁾, hat deshalb in der Literatur auch vorwiegend Zustimmung gefunden.³²⁴⁾

Zwei Abschwächungen erscheinen jedoch gleichwohl angebracht:

Um den gewerkschaftlichen vom nicht gewerkschaftlich getragenen Warnstreik unterscheiden zu können, ist eine Erklärung von Gewerkschaftsseite erforderlich, daß man nunmehr auch Warnstreiks einzusetzen gedenke. Der genaue Zeitpunkt sowie die ausgewählten Betriebe müsse dabei jedoch nicht benannt werden.³²⁵⁾ Dies ist auch insofern sinnvoll, als die Gewerkschaft nicht das Gesicht verliert, wenn sich bestimmte Aktionen nicht durchführen lassen. Den Arbeitgeberinteressen ist dadurch Genüge getan, daß während der Tarifverhandlungen immer mit Warnstreiks gerechnet werden muß.³²⁶⁾

Droht im Einzelfall bei plötzlich ausbrechendem Streik ein unverhältnismäßiger Schaden, so wäre nach dem oben³²⁷⁾ Gesagten die Arbeitsniederlegung an sich rechtswidrig. Kann der Schaden durch Vorkehrungen des Arbeitgebers vermieden oder auf ein erträgliches Maß reduziert werden, so ist die Ankündigung des Streiks für die Gewerkschaft ein Mittel, um ihn vom Vorwurf der Rechtswidrigkeit zu befreien.³²⁸⁾ Insoweit besteht eine Ankündigungsobliegenheit, der die Gewerkschaft schon im eigenen Interesse nachkommen wird.

3. Notdienstarbeiten

Im Einzelfall kann die Gefahr drohen, daß auch durch eine kurzfristige Arbeitsniederlegung die Produktionsanlagen geschädigt werden, so daß die Arbeit nach Beendigung des Arbeitskampfes nicht fortgesetzt werden kann. In diesem Fall ist nach allgemeinen Grundsätzen der Streik nur dann rechtmäßig, wenn ein Notdienst für die vollständige Erhaltung der Produktionsanlagen sorgt. Beim Warnstreik gilt insoweit nichts anderes als beim Erzwingungsstreik.³²⁹⁾ Da sich der Umfang der Erhaltungsar-

³²²⁾ So noch **Selter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 600.

³²³⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 3.

³²⁴⁾ **Bobke**, BB 1982, 871; **Bobke-Grimberg**, DB 1984, 1146; **Hoffmann**, DB 1981, 1189; **Löwisch**, BB 1982, 1374; **Rebel**, RdA 1979, 213; **Wohlgemuth**, AuR 1982, 202.

³²⁵⁾ **Löwisch**, BB 1982, 1374.

³²⁶⁾ **Bobke**, BB 1982, 871; **Rebel**, RdA 1979, 213.

³²⁷⁾ Siehe oben IV, S. 51.

³²⁸⁾ Vgl. auch **Mayer-Maly**, BB 1981, 1776.

³²⁹⁾ Ebenso BAG, DB 1982, 1828; **Selter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 598.

beiten aber nach den betrieblichen Gegebenheiten sowie nach Art, Umfang und Dauer des Arbeitskampfes bestimmt³³⁰⁾, wird allerdings die Einrichtung eines Notdienstes beim Warnstreik seltener als beim Erzwingungsstreik praktisch werden.³³¹⁾ Die Tatsache, daß der Warnstreik nur „milden Druck“ ausüben soll, führt nicht zu einer Erweiterung des Notdienstes³³²⁾, sondern allein dazu, daß die Arbeitsniederlegung bei unverhältnismäßig hohen Schäden gegebenenfalls rechtswidrig wird.³³³⁾

VI. Übernahme verbandsfreier Warnstreiks

Werden der früheren Tradition entsprechend zunächst Warnstreiks ohne gewerkschaftliche Beteiligung durchgeführt³³⁴⁾, so stellt sich das Problem, ob sie durch nachträgliche gewerkschaftliche Billigung zu „gewerkschaftlichen“ gemacht werden können, deren Rechtmäßigkeit sich nach den oben entwickelten Grundsätzen bestimmt.

Die Möglichkeit der Gewerkschaft, verbandsfreie Streiks zu übernehmen und damit zu legalisieren, ist im Grundsatz unbestritten.³³⁵⁾ Die spezifische Schwierigkeit bei Warnstreiks besteht jedoch darin, daß diese in aller Regel im Zeitpunkt der Übernahmeerklärung bereits abgeschlossen sind.

Ein Teil der Literatur vertritt deshalb den Standpunkt, insoweit könne keine „Übernahme“ in Betracht kommen, da diese vom BAG mit der Erwägung gerechtfertigt werde, die Gewerkschaft müsse die Möglichkeit haben, „einen ohne ihre Mitwirkung entstandenen Streik unter ihre Kontrolle zu bringen und durch eine kollektive Vereinbarung zu beenden“.³³⁶⁾

³³⁰⁾ So BAG, DB 1982, 1828; zustimmend **Oetker**, S. 15.

³³¹⁾ Ebenso BAG, DB 1982, 1828 rechte Spalte.

³³²⁾ Vgl. jedoch **Oetker**, S. 34 ff.

³³³⁾ Siehe oben IV., S. 51.

³³⁴⁾ Zur Frage ihrer Rechtmäßigkeit siehe zuletzt **Bleback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 365, mit weiteren Nachweisen.

³³⁵⁾ BAG AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 9; BAG AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 2 R; BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht, Bl. 2 R. Zur Diskussion in der Literatur siehe die Nachweise bei **Däubler** (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 114 f.

³³⁶⁾ So die Formulierung in BAG AP Nr. 3 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 1 R. In der Literatur stützt sich darauf insbesondere **Löwisch**, AR-Blattei, Arbeitskampf II: Streik, Anm. zu Entscheidungen 18/19. Gegen eine Übernahme abgeschlossener Warnstreiks auch **Konzen**, SAE 1977, 237; **Mayer-Maly**, BB 1981, 1779; **Nickel**, AuR 1977, 314, Fn. 24; **Otto**, Anm. zu BAG EzA Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 126 f; **Rebel**, RdA 1979, 213.

Die Gegenmeinung³³⁷⁾ kann für sich ins Feld führen, daß das BAG inzwischen die Anforderungen an die gewerkschaftliche Führung eines Streiks reduziert hat: So reicht es aus, wenn zur Demonstrationsteilnahme aufgefordert und die Organisation der Arbeitsniederlegung im übrigen den unmittelbar Beteiligten überlassen wird.³³⁸⁾ Insoweit kommt es heute allein auf den Streikbeschuß an – eine berechnete Formalisierung, sind doch keinerlei Gesichtspunkte ersichtlich, die gegen das Recht der Gewerkschaft sprechen würden, sich allein aufgrund ihrer freien Entscheidung bestimmte Aktionen mit allen Vor- und Nachteilen zurechnen zu lassen.³³⁹⁾ Die Übernahme beseitigt allerdings nur den „Makel“ fehlender gewerkschaftlicher Beteiligung; war etwa die Friedenspflicht noch nicht abgelaufen, kann auch eine nachträgliche gewerkschaftliche Übernahme nichts an der von der Rechtsprechung angenommenen Rechtswidrigkeit ändern.

³³⁷⁾ **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 364; **Bobke**, BB 1982, 871; **Bobke-Grimberg**, S. 175 ff.; **Däubler**, Arbeitsrecht 1, S. 168; **Hoffmann**, DB 1981, 1189; **Weiss**, S. 110.

³³⁸⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³³⁹⁾ Dazu näher **Seiter**, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 250 ff.

§ 5: Neue Beweglichkeit als Erzwingungsstreik?

I. Diskussionsstand

Verschiedene Stimmen in der Literatur akzeptieren zwar grundsätzlich die Warnstreikentscheidung des BAG, betrachten jedoch die von der IG Metall erstmals 1981 praktizierte sogenannte neue Beweglichkeit³⁴⁰⁾ als ein davon nicht erfaßtes Aliud.³⁴¹⁾ Die BAG-Entscheidung habe einen atypischen Fall zum Gegenstand gehabt, der ein relativ harmloses Bild des Warnstreiks entstehen ließ.³⁴²⁾ Die neue Beweglichkeit komme demgegenüber einem gegen das Ultima-ratio-Prinzip verstoßenden Erzwingungsstreik gleich: Sie führe zu einem „unverminderten, unbefristeten und andauernden Kampfdruck“ auf die Arbeitgeberkoalition³⁴³⁾, auf deren Betroffensein es in erster Linie ankomme. Die Tatsache, daß die einzelnen Arbeitsniederlegungen konzeptionell in die gewerkschaftliche Arbeitskampfstrategie eingebettet seien und daß kaum ein Tag vergehe, wo nicht gestreikt werde, rechtfertige die Gleichstellung mit dem Erzwingungsstreik.³⁴⁴⁾ Während beim traditionellen Warnstreik der Demonstrations- und Öffentlichkeitseffekt im Vordergrund gestanden habe, sei dieser bei der neuen Beweglichkeit nur ein (gerne in Kauf genommener) Nebeneffekt; in Wirklichkeit gehe es darum, die Arbeitgeberkoalition massiv unter Druck zu setzen.³⁴⁵⁾

In Rechtsprechung³⁴⁶⁾ und Literatur³⁴⁷⁾ hat diese Auffassung energischen Widerspruch erfahren; die Mehrzahl der Instanzgerichte hat die 1981 von der IG Metall

³⁴⁰⁾ Dazu oben § 1 IV, S. 13 ff.

³⁴¹⁾ So insbesondere **Heinze**, NJW 1983, 2409; **Löwisch**, BB 1982, 1374 ff.; **Seiter**, JZ 1983, 777; ebenso in der Rechtsprechung LAG Schleswig-Holstein und LAG Niedersachsen, beide DB 1984, 993. Entsprechende Überlegungen stellt auch **Söllner**, Arbeitsrecht, S. 97, an.

³⁴²⁾ **Mayer-Maly**, BB 1981, 1774; **Rüthers**, in: Brox-Rüthers, Rn. 154.

³⁴³⁾ So **Heinze**, NJW 1983, 2411.

³⁴⁴⁾ So LAG Baden-Württemberg, DB 1982, 1412.

³⁴⁵⁾ **Heinze**, NJW 1983, 2411.

³⁴⁶⁾ Siehe insbesondere LAG Bremen, DB 1984, 513; LAG Hamburg (oben Fn. 15), S. 64 der Urteilsausfertigung.

³⁴⁷⁾ So insbesondere **Bobke-Grimberg**, S. 116 ff.; **Herschel**, RdA 1983, 366; **Weiss**, S. 99; **Wohlgemuth**, AuR 1982, 204.

durchgeführten Aktionen unbeanstandet gelassen.³⁴⁸⁾ Dem ist aus einer ganzen Reihe von Gründen heraus zuzustimmen. Im Folgenden soll zunächst auf die Tragweite der BAG-Rechtsprechung (unten II S. 57), dann auf die „Druckwirkung“ der neuen Beweglichkeit (unten III, S. 58) eingegangen werden. Von Interesse ist schließlich, ob – wie dies ebenfalls behauptet wird³⁴⁹⁾ – die neue Beweglichkeit gegen das Paritätsprinzip verstößt (unten IV, S. 59).

II. Die Tragweite der BAG-Rechtsprechung

Die These, die BAG-Entscheidung vom 17. Dezember 1976³⁵⁰⁾ betreffe eine Sonder-situation, ist sicherlich insofern korrekt, als es um ein Außenseiter-Unternehmen ging, das an kein Schlichtungsabkommen gebunden war. Auch wurden die Tarifverhandlungen für einen sehr kleinen Bereich, das heißt die Schmuck- und Metallwaren-industrie von Idar-Oberstein durchgeführt.³⁵¹⁾ Dies stellt jedoch keine Spezifik der Warnstreikentscheidung dar, da auch die beiden Grundsatzbeschlüsse des Großen Senats von 1955 bzw. 1971 nicht den Normalfall des industriellen Konflikts betrafen: 1955 ging es um den Streik einer kleinen Gruppe von Netzmachern in einem Fischereibetrieb³⁵²⁾, 1971 waren die Croupiers im Spielkasino von Bad Neuenahr aus gesperrt worden.³⁵³⁾ Dennoch hat man nicht ernsthaft den Versuch unternommen, die in beiden Entscheidungen enthaltenen Aussagen allein auf die behandelten „Kleinkonflikte“ zu beziehen. Dies durchaus mit Recht: Das BAG hat in allen Fällen gleichermaßen generelle Aussagen getroffen und keinerlei Vorbehalt erkennen lassen, wonach bei anders gelagerten Konflikten andere Grundsätze gelten sollten. Bei der Warnstreikentscheidung kommt hinzu, daß ihr eine öffentliche Ausein-dersetzung um die Frage vorausging, ob Maßregelungsklauseln auch auf die verhandlungsbegleitenden „spontanen“ Warnstreiks bezogen werden können.³⁵⁴⁾ Auch war der systematische Einsatz von Warnstreiks in Tarifrunden im Zeitpunkt der BAG-Entscheidung schon beinahe 20jährige Praxis, so daß sich ein Hinweis auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles aufgedrängt hätte, wenn keine generellen Aussagen beabsichtigt gewesen wären.³⁵⁵⁾

³⁴⁸⁾ Siehe die Nachweise oben Fn. 12, 24.

³⁴⁹⁾ Zöllner, Arbeitsrecht, § 40 VI 4 a bb (S. 375).

³⁵⁰⁾ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁵¹⁾ Bobke-Grimberg, S. 118.

³⁵²⁾ BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁵³⁾ BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁵⁴⁾ Richtig Bieback, AuR 1983, 363; zu der Auseinandersetzung siehe oben § 1 II a. E., S. 11.

³⁵⁵⁾ Bobke-Grimberg, S. 118. Die auf allgemeine Regeln ausgerichtete Formulierung wird auch von Rüthers (Anm. zu BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 4) anerkannt.

Das BAG hat darüber hinaus in einer neueren Entscheidung deutlich gemacht, daß es auch gegen einen wechselnden Einsatz des Warnstreiks gegen bestimmte Betriebe keine prinzipiellen Bedenken hat. Anlässlich eines Warnstreiks in einem Kaufhaus hat es ausgeführt:³⁵⁶⁾

„Das rechtlich entscheidende Merkmal eines Warnstreiks ist nicht seine Dauer oder sein wechselnder Einsatz gegen bestimmte Betriebe, sondern der Umstand, daß er noch vor dem Scheitern der Tarifverhandlungen und vor dem Abschluß einer gegebenenfalls vereinbarten Schlichtung geführt wird.“

Dies bedeutet, daß gerade das wesentlichste Charakteristikum des Warnstreiks im Rahmen der neuen Beweglichkeit, nämlich der wechselnde Einsatz gegen verschiedene Betriebe, unbeanstandet blieb. Angesichts der Tatsache, daß diese Entscheidung vom 8. Juni 1982 stammte, also nach Durchführung zweier Metall-Tarifrunden unter Einsatz der neuen Beweglichkeit erging, läßt die Vermutung zu, daß das Gericht insoweit keine Bedenken hatte. Die These von **Rüthers**, das BAG habe über die Zulässigkeit einer umfassenden gewerkschaftlichen Warnstreikstrategie im Sinne der neuen Beweglichkeit bisher nicht entschieden³⁵⁷⁾, ist daher in hohem Maße angreifbar. Dies schließt allerdings in keiner Weise aus, sich mit der These auseinanderzusetzen, die neue Beweglichkeit stelle in Wahrheit einen Unterfall des Erzwingungsstreiks dar.³⁵⁸⁾

III. Die Druckwirkung der sogenannten neuen Beweglichkeit

Die These, die neue Beweglichkeit entfalte mehr als den vom BAG zugelassenen „milden“ Druck, wird primär mit der Sicht des Arbeitgeberverbandes begründet.³⁵⁹⁾ Dem ist im Ansatz durchaus zuzustimmen, da beim Flächentarif in der Tat der Verband als Verhandlungspartner auftritt, dessen Vertreter daher von der Glaubwürdigkeit der Streikdrohung überzeugt werden müssen. Unrichtig ist jedoch, aus der Betroffenheit einiger weniger Mitgliedsfirmen an einem bestimmten Tage auf eine in gleichem Umfang gegebene Betroffenheit des Verbandes rückzuschließen. Wenn von 200 angeschlossenen Firmen am ersten Tag fünf, am zweiten drei und am dritten acht bestreikt werden, heißt dies nicht, daß der Verband einem „Dauerdruck“ wie ein Unternehmen ausgesetzt wäre, das drei Tage hintereinander bestreikt wird. Für den Verband als solchen ist der auf einzelne wenige Mitglieder ausgeübte Druck

³⁵⁶⁾ BAG, DB 1982, 1827 rechte Spalte.

³⁵⁷⁾ In: **Brox-Rüthers**, Rn. 154.

³⁵⁸⁾ Zur Argumentationslast bei der Weiterentwicklung und Abänderung von Richterrecht siehe oben § 2 I 3, S. 22 f.

³⁵⁹⁾ **Heinze**, NJW 1983, 2411.

sehr viel weniger fühlbar als für diese selbst. Erst die Summierung der Einzelaktionen in vielen Mitgliedsfirmen führt dazu, daß der Verband in gleicher Weise wie ein einmalig bestreiktes Unternehmen unter Druck gesetzt wird.³⁶⁰⁾ Dies wird auch an der Erwägung deutlich, daß ein gleichzeitig in allen Mitgliedsunternehmen stattfindender Warnstreik von zwei Stunden sicherlich den vom BAG gezogenen Rahmen wahren würde – es kann aber im Ergebnis keinen Unterschied machen, wenn diese Arbeitsniederlegungen nicht auf einen Schlag, sondern zeitlich und regional versetzt stattfinden.³⁶¹⁾ Die neue Beweglichkeit schafft somit keinen Daueratbestand des Drucks, sondern verteilt das zugestandene Druckpotential, verabreicht es gewissermaßen nur in homöopathischen Dosen.

Die neue Beweglichkeit ist auch deshalb kein Aliud gegenüber dem traditionellen Warnstreik, weil sie Teil einer umfassenderen gewerkschaftlichen Arbeitskampfstrategie ist. Mit der ausdrücklichen Beschränkung auf den gewerkschaftlich organisierten Warnstreik ist nämlich automatisch die Folge verbunden, daß von dieser Handlungsmöglichkeit geplant und im Rahmen einer bestimmten Konzeption Gebrauch gemacht wird.³⁶²⁾ „Spontanes“, momentanen Protest ausdrückendes Verhalten soll ja gerade nicht unter den Schutz der Streikgarantie fallen. Die Tatsache, daß mit der neuen Beweglichkeit zahlreiche andere betriebliche und insbesondere außerbetriebliche Aktionen verbunden sind (oder zumindest sein sollen)³⁶³⁾, ist daher für die rechtliche Beurteilung als Warnstreik ohne Bedeutung. Die Situation ist insoweit nicht anders, als wenn ein Erzwingungsstreik durch Verweigerung von Streikarbeit und Überstunden in anderen Tarifbezirken sowie durch Demonstrationen und gewerkschaftliche Öffentlichkeitsarbeit begleitet wird.

Daß die neue Beweglichkeit auch in der 1981 von der IG Metall praktizierten Form weit hinter der „Druckwirkung“ eines Erzwingungsstreiks zurückblieb, wird schließlich an den Nachteilen deutlich, die den Arbeitgebern entstanden sind. Dies gilt einmal für die Zahl der ausgefallenen Arbeitsstunden, die bei den in der Metallbranche durchgeführten Erzwingungsstreiks um ein Vielfaches höher lag.³⁶⁴⁾ Auch belief sich die durchschnittliche Dauer der Arbeitsniederlegung pro beteiligtem Arbeitneh-

³⁶⁰⁾ Dabei bleibt sogar noch unberücksichtigt, daß sich der Druck durch die organisatorische Verselbständigung des Verbandes in gewisser Weise relativiert, daß er nur in mediatisierter Form „ankommt“. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht angenommen, der durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ausgeübte Einfluß komme nur mit erheblichen Abschwächungen im Arbeitgeberverband oder gar in den Spitzenorganisationen zur Geltung – BVerfGE 50, 290, 375.

³⁶¹⁾ Vgl. **Weiss**, S. 100.

³⁶²⁾ Richtig LAG Bremen, DB 1984, 513; LAG Hamburg (oben Fn. 15), S. 64 der Urteilsausfertigung; ebenso **Weiss**, S. 99; **Wohlgemuth**, AuR 1982, 204.

³⁶³⁾ Dazu oben § 1 bei Fn. 76 bis 79, S. 14.

³⁶⁴⁾ Siehe die Zahlenangaben oben § 1, S. 13 ff.

mer nach Angaben der Arbeitgeberseite auf weniger als eine Stunde.³⁶⁵⁾ Die sehr kurze Dauer der einzelnen Arbeitsniederlegungen dürfte überdies so gut wie immer dazu führen, daß kein konkreter materieller Schaden entsteht, da der Arbeitsausfall durch intensiveres Arbeiten, Nacharbeit und ähnliches wieder ausgeglichen wird. **Glaubitz** verweist zwar auf die Schwierigkeiten, die sich im Einzelfall ergeben können, doch macht er keinerlei Angaben über konkret eingetretene Schäden.³⁶⁶⁾ Noch bemerkenswerter ist, daß die Arbeitgeberverbände im Rahmen ihrer eigenen gegen die IG Metall gerichteten Klageaktion³⁶⁷⁾ keinerlei konkreten Schaden benannt haben. Hierfür hätte unter prozeßtaktischen Erwägungen aller Anlaß bestanden, da die Zulässigkeit der von den Verbänden erhobenen Klagen aufgrund einer neueren Entscheidung des BAG³⁶⁸⁾ zumindest außerordentlich zweifelhaft ist, die Klage einer geschädigten Firma aber keinerlei Zulässigkeitsbedenken begegnen würde. Statt dessen wurde in einigen Verfahren der Versuch unternommen, die Zulässigkeits-
hürde dadurch zu umgehen, daß einige Firmen dem Verfahren nachträglich beitraten, jedoch lediglich beantragten, die Rechtswidrigkeit der 1981 durchgeführten neuen Beweglichkeit festzustellen.³⁶⁹⁾ Dabei wurde ausdrücklich erklärt, daß man nicht die Feststellung einer Schadensersatzpflicht begehre.³⁷⁰⁾ Bei näherem Zusehen scheinen sich somit die materiellen Nachteile zu verflüchtigen.

Glaubitz verweist nun allerdings auf immaterielle Nachteile, die die neue Beweglichkeit mit sich bringe: Die Dispositionen der Firmenleitungen würden gestört, weil wegen der Ungewißheit über das Ob und Wann der Arbeitsniederlegung Liefertermine nicht zugesichert werden könnten und Terminaufträge abgelehnt werden müßten. Außerdem seien Mitglieder der Geschäftsleitung während der gesamten Dauer der Auseinandersetzung zu ständiger Anwesenheit im Betrieb gezwungen, um im Falle eines Streiks die notwendigen Maßnahmen ergreifen zu können; wichtige Geschäftsreisen wie überhaupt auswärtige Termine könnten daher nicht wahrgenommen werden. Auch entstehe eine gespannte Atmosphäre, die das Betriebsklima belaste.³⁷¹⁾

Daß es diese immateriellen Nachteile gibt, soll hier im Grundsatz nicht bestritten werden, obwohl die gegebene Schilderung die Akzente ein wenig stark setzt. Derartige „Unannehmlichkeiten“ und Beeinträchtigungen des Betriebsklimas sind jedoch notwendige Folge der Tatsache, daß es in unserer Rechtsordnung überhaupt

³⁶⁵⁾ Wohlgemuth, AuR 1982, 203 rechte Spalte.

³⁶⁶⁾ Glaubitz, DB 1982, 1516.

³⁶⁷⁾ Dazu oben § 1, Fn. 6.

³⁶⁸⁾ DB 1983, 1098.

³⁶⁹⁾ LAG Rheinland-Pfalz (oben Fn. 14); LAG Berlin (oben Fn. 20); LAG Frankfurt/Main (oben Fn. 19); LAG Baden-Württemberg (oben Fn. 22).

³⁷⁰⁾ LAG Hamburg (oben Fn. 15), S. 41 der Urteilsausfertigung.

³⁷¹⁾ Glaubitz, DB 1982, 1516.

ein Streikrecht gibt. Wenn sich unsere Verfassung dafür entschieden hat, daß die Koalitionsfreiheit und andere Grundrechte auch am Arbeitsplatz gelten³⁷²⁾, wenn sie also nicht nur einen „Staatsbürger in Uniform“, sondern auch einen „Staatsbürger in Arbeitskluft“ kennt, so nimmt sie damit zugleich die (materiellen und) immateriellen Nachteile und Reibungsverluste in Kauf, die mit der Ausübung von Freiheitsrechten verbunden sind. Auch **Glaubitz** wird im übrigen nicht bestreiten können, daß die immateriellen Nachteile eines Erzwingungsstreiks gerade aus der Sicht der Unternehmensleitungen sehr viel stärker wiegen.

Die neue Beweglichkeit hält sich daher im Rahmen dessen, was das Bundesarbeitsgericht unter „mildem Druck“ versteht.³⁷³⁾ Dies wird noch dadurch unterstrichen, daß die 1981 durchgeführten Warnstreiks auch von ihrer Größenordnung her keineswegs so „neu“ sind, wie es der Begriff der neuen Beweglichkeit anzudeuten scheint: Legt man die erste Version der Arbeitgeberzahlen zugrunde, so lag die Zahl der Streikenden nur um 80 Prozent über der der Jahre 1962, 1970 und 1976.^{373a)} Daß der Druck der neuen Beweglichkeit keineswegs dem eines Erzwingungsstreiks entspricht, wird schließlich an der Auseinandersetzung um die 35-Stunden-Woche deutlich: Den Durchbruch zu einem Kompromiß brachte im Metallbereich erst der siebenwöchige Erzwingungsstreik – die vorherigen Aktionen waren wirkungslos verpufft.³⁷⁴⁾

IV. Verstoß gegen das Paritätsprinzip?

Mit der Qualifizierung der neuen Beweglichkeit als „milder“ Druck ist – jedenfalls auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung des BAG – auch bereits die Entscheidung darüber gefallen, ob der Warnstreik ein „unparitätisches“, die Arbeitnehmerseite übermäßig begünstigendes Kampfmittel ist.³⁷⁵⁾ Wie das Bundesarbeitsgericht in seinen Entscheidungen vom 10. Juni 1980 festgestellt hat, wird mit Rücksicht auf die von den Arbeitnehmern zu erbringenden Opfer und mit Rücksicht auf die finanziellen Belastungen der Gewerkschaft das Paritätsprinzip in der Regel nicht verletzt, wenn ein (Erzwingungs-)Streik durchgeführt wird. Dies ist nur ausnahmsweise dann der Fall, wenn aufgrund eines eng geführten Teilstreiks Wettbewerbsverzerrungen auf Arbeitgeberseite entstehen können.³⁷⁶⁾ Erst recht sind daher die Gewichte nicht zugunsten der Arbeitnehmerseite verschoben, wenn lediglich kurze Warnstreiks durchgeführt werden.³⁷⁷⁾ Im Gegenteil: Die Einbeziehung sehr vieler Unternehmen im Rahmen der Strategie der neuen Beweglichkeit führt gerade dazu, daß sich die Lasten des Arbeitskampfes anders als in den vom BAG entschiedenen Fällen nicht

³⁷²⁾ Zur Meinungsfreiheit siehe BVerfGE 42, 133 ff.

³⁷³⁾ Ebenso BAG BB 1984, 1808 (Presseinformation).

^{373a)} Zu den Zahlenangaben im einzelnen oben Fn. 37, 41, 42.

³⁷⁴⁾ Dazu im einzelnen Heft 7/1984 der GewMH.

³⁷⁵⁾ So etwa **Rüthers**, in: Brox-Rüthers, Rn. 157.

³⁷⁶⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 11 ff.

³⁷⁷⁾ Ebenso **Bobke**, BB 1982, 872; **Weiss**, S. 113.

bei einigen wenigen Unternehmen konzentrieren.³⁷⁸⁾ Eine Abwehraussperrung als Antwort auf einen Warnstreik ist daher rechtswidrig, da sie nicht zur Verbreiterung des Kampfrahmens erforderlich ist.³⁷⁹⁾ Im Ergebnis spielt es daher keine Rolle, daß die Brauchbarkeit der Abwehraussperrung als Gegenmittel gegen den Warnstreik auch von Arbeitgeberseite als „dubios“⁽³⁸⁰⁾ und als „nicht befriedigend“⁽³⁸¹⁾ bezeichnet wird.³⁸²⁾

V. Rechtswidrige Einzelaktionen

Im Rahmen einer Vielzahl von Warnstreiks kann der Fall eintreten, daß die Arbeitsniederlegung in einem bestimmten Betrieb rechtswidrig ist, weil sie beispielsweise drei Tage hintereinander dauert und so die Grenzen des Warnstreiks überschreitet. Durch einen solchen „Ausreißer“ wird die Legalität der Gesamtktion nicht beeinflusst; die Arbeitsniederlegungen in den übrigen Betrieben bleiben rechtmäßig.³⁸³⁾ Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie bei einem Streik, der zugleich um rechtmäßige und rechtswidrige Ziele geführt wird: Nach der Rechtsprechung kommt es hier auf die „Hauptforderung“⁽³⁸⁴⁾ oder auf das „Schwergewicht“ der Forderungen³⁸⁵⁾ an.³⁸⁶⁾ Jede andere Lösung würde zu einem unerträglichen „Legalitätsrisiko“ für die Gewerkschaft führen und überdies der für den gewerkschaftlichen Streik sprechenden Rechtmäßigkeitsvermutung³⁸⁷⁾ zuwiderlaufen. Die Teilnehmer der rechtswidrigen Aktion sind im Prinzip allen Sanktionen ausgesetzt, die für rechtswidrige Streiks

³⁷⁸⁾ Richtig, **Bleback**, AuR 1983, 367.

³⁷⁹⁾ Ebenso im Ergebnis **Bleback**, AuR 1983, 367; **Bobke**, BB 1982, 871 f.; **Bobke-Grimberg**, S. 207 ff.; **Däubler**, Arbeitsrecht 1, S. 189; **Kittner**, AiB 1982, 48; **Otto**, Anm. zu BAG EzA Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 126 f.; **Weiss**, S. 113; **Wolter**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 954. Die Gegenposition stammt zum Teil aus der Zeit vor 1980 und legt ein mehr oder weniger formales Paritätsverständnis zugrunde: **Konzen**, SAE 1977, 237; **Nickel**, AuR 1977, 316; **Seiter**, Festschrift 25 Jahre BAG, S. 601. In neuerer Zeit für eine Warnaussperrung als Antwort auf die neue Beweglichkeit jedoch **Löwisch**, BB 1982, 1378.

³⁸⁰⁾ **Mager**, Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 92.

³⁸¹⁾ **Glaublich**, DB 1982, 1517.

³⁸²⁾ In der Wissenschaft haben sich dieser Einschätzung **Rüthers** (in: Brox-Rüthers, Rn. 157) und **Zöllner** (Arbeitsrecht, a.a.O., S. 375) angeschlossen. **Mayer-Maly** (BB 1981, 1777) spricht von einem „juristischen Retortenbaby“.

³⁸³⁾ **Wohlgemuth**, AuR 1982, 207.

³⁸⁴⁾ BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁸⁵⁾ LAG Hamm, EzA Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁸⁶⁾ Ähnlich in der Literatur **Rüthers**, in: Brox-Rüthers, Rn. 159; **Schumann**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 236.

³⁸⁷⁾ BAG AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

vorgesehen sind³⁸⁸⁾, doch beschränkt sich ihre Haftung auf den Produktionsausfall, der durch Überschreitung der höchstzulässigen Dauer entstanden ist.³⁸⁹⁾

Völlig unbestritten ist erst recht die Tatsache, daß rechtswidrige oder strafbare Handlungen einzelner Streikteilnehmer (sogenannte Streikexzesse) die Rechtmäßigkeit der Arbeitsniederlegung als solcher unberührt lassen.³⁹⁰⁾ Beleidigungen oder Tätlichkeiten durch Streikbrecher oder Streikposten begründen eine persönliche Verantwortung der jeweiligen Individuen, können die Rechtmäßigkeit des Streiks aber nur dann beeinflussen, wenn sich die Gewerkschaft diese Aktionen zu eigen gemacht hat. Bei Blockaden ist überdies vor einer vorschnellen Qualifizierung als „rechtswidrig“ zu warnen. Symbolische Aktionen wurden in neuerer Zeit verschiedentlich als rechtmäßig oder jedenfalls als nicht strafbar angesehen.³⁹¹⁾ Auch ist bei Demonstrationen zu berücksichtigen, daß Art. 8 Abs. 1 GG auch die Spontanversammlung schützt.³⁹²⁾ Behinderungen von Verkehrsteilnehmern sind dabei genauso wie bei angemeldeten Demonstrationen in Kauf zu nehmen.

³⁸⁸⁾ Siehe den Überblick bei **Däubler**, Arbeitsrecht 1, S. 196 ff.; eingehender **Colneric**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 1122 ff.

³⁸⁹⁾ **Hanau**, DB 1982, 380.

³⁹⁰⁾ **Hueck-Nipperdey**, Bd. II/2, S. 1033.

³⁹¹⁾ Siehe die Nachweise bei **Wolter**, in: Däubler (Hrsg.) Arbeitskampfrecht, Rn. 291 ff., 304 und **Frankenberg**, JZ 1984, 266 ff.

³⁹²⁾ **Herzog**, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 8, Rn. 48, mit weiteren Nachweisen.

§ 6: Besonderheiten im öffentlichen Dienst?

I. Das Problem

Die bisherigen Ausführungen haben nicht danach unterschieden, ob es um einen Warnstreik in der Privatwirtschaft oder im öffentlichen Dienst ging. Dem lag unausgesprochen die Vorstellung zugrunde, daß langjähriger Praxis entsprechend³⁹³⁾ auch öffentliche Bedienstete die Arbeit niederlegen dürfen. Dies bedarf unter zwei Aspekten der Präzisierung.

Zum einen besteht für Beamte eine Sonderproblematik; ihr Streikrecht wird von der herrschenden Meinung noch immer abgelehnt. Auch das Streikrecht der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst sieht sich vereinzelt juristischen Angriffen ausgesetzt, die im einzelnen zu diskutieren sind.

Zum zweiten kann man vermuten, daß das Streikrecht im öffentlichen Dienst häufiger an Schranken stößt, die in anderen Bereichen nicht praktisch werden. Welche Rückwirkungen ergeben sich dadurch auf den Warnstreik? Kann und muß er den Erzwingungsstreik in solchen Fällen ersetzen oder ist auch hier an der Stufenfolge zwischen „mildem“ und „vollem“ Druck festzuhalten?

II. Die grundsätzliche Zulässigkeit des Streiks im öffentlichen Dienst

1. Beamtenstreik

Ob auch Beamte streiken dürfen, ist eine seit Beginn der Weimarer Zeit kontroverse Frage.³⁹⁴⁾ Der jeweilige Diskussionsstand ist ein plausibler Indikator für existierendes oder fehlendes gewerkschaftliches Engagement wichtiger Beamtengruppen sowie für die Stellung der Gewerkschaften innerhalb des politischen Systems. Ernsthaftige Chancen, Beamte im Arbeitskampfrecht den Arbeitnehmern gleichzustellen, bestan-

³⁹³⁾ Siehe die Zahlenangaben zu den (vergleichsweise häufigen) Streiks im öffentlichen Dienst bei **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 464.

³⁹⁴⁾ Zur historischen Entwicklung siehe **Däubler**, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 7 bis 30.

den nur in den ersten Jahren der Weimarer Republik, in der Zeit von 1945 bis 1950 und – wenn auch mit beträchtlichen Einschränkungen – Ende der sechziger, Anfang der siebziger Jahre. Die verdeckten Kampfformen der Fluglotsen gaben dem Bundesgerichtshof, dem Bundesverwaltungsgericht sowie dem Bundesverfassungsgericht in der zweiten Hälfte der siebziger Jahre Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit des Beamtenstreiks zu äußern.³⁹⁵) Wie im Grunde nicht anders zu erwarten, verfiel das Beamtenstreikrecht allgemeiner Ablehnung. Bemerkenswert war lediglich, daß selbst eine Auseinandersetzung mit den Argumenten unterblieb, die zugunsten des Streikrechts entwickelt worden waren. Von durchaus konservativer Seite wurde deshalb auch die fehlende Begründung gerügt und darauf hingewiesen, die obersten Bundesgerichte hätten sich sehr „wortkarg“ verhalten.³⁹⁶) Gleichwohl besteht kein Zweifel, daß unter den gegebenen Bedingungen auch bei neuerlichen gerichtlichen Verfahren kein anderes Resultat zu erwarten wäre. So hat etwa die Rechtsprechung sogar kurzfristige Demonstrationsstreiks beamteter Lehrer, die 1979 von der GEW in Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Hessen organisiert wurden, für rechtswidrig erklärt.³⁹⁷) Die weit überwiegende Meinung in der Literatur steht auf demselben Standpunkt.³⁹⁸) Die Gegenargumente an dieser Stelle erneut zusammenzufassen, erscheint wenig sinnvoll.³⁹⁹) Faktisch bedeutet dies, daß eine Streikteilnahme von Beamten nur dann in Betracht kommt, wenn den Umständen nach nicht mit einem gerichtlichen Nachspiel zu rechnen ist oder wenn der einzelne bereit ist, Disziplinarmaßnahmen in Kauf zu nehmen.⁴⁰⁰)

³⁹⁵) BVerfG AP Nr. 61 a zu Art. 9 GG Arbeitskampf (vgl. schon vorher BVerfGE 8, 1, 17; 44, 249, 264); BGHZ 69, 128, 140; 70, 277, 279; BVerwG, NJW 1980, 1809; BVerwG, JZ 1981, 221. Weitere Nachweise zur Rechtsprechung bei **Schlüter**, in: Brox-Rüthers, Rn. 409, Fn. 8.

³⁹⁶) **Hattenhauer**, ZBR 1980, 231.

³⁹⁷) Gegenargumente bei **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 488; **Blanke-Sterzel**, S. 101 ff. Eine Ausnahme bildete der Bremer Streik, bei dem fast alle Beamten lediglich „Mißbilligungen“ erhielten, die vom Disziplinargericht wegen Nichteinschaltung des Personalrats aufgehoben wurden. In einigen wenigen Fällen wurde ein förmliches Disziplinarverfahren eingeleitet, das zum – gerichtlich bestätigten – Ausspruch eines Verweises führte; insoweit bestand kein Mitbestimmungsrecht des Personalrats.

³⁹⁸) Recht vollständige Nachweise bei **Schlüter**, in: Brox-Rüthers, Rn. 499, Fn. 9 (herrschende Meinung) und Fn. 10 (Mindermeinung).

³⁹⁹) Insofern sei verwiesen auf **Däubler**, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 98 ff. Aus neuerer Zeit siehe insbesondere **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 466 ff, und **Blanke-Sterzel**.

⁴⁰⁰) Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend ist bei erstmaliger Teilnahme an einem kurzfristigen Streik im Regelfall nur mit einem Verweis, schlimmstenfalls mit einer Gehaltskürzung zu rechnen.

2. Der Streik der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes

Das Streikrecht der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes wird auch von seiten der öffentlichen Arbeitgeber nicht ernsthaft bestritten. Lediglich in der juristischen Literatur finden sich immer wieder Stimmen, die grundsätzliche Einwände erheben. In der arbeitsrechtlichen Literatur wird ihnen allerdings wenig Beachtung zuteil⁴⁰¹⁾, doch bestehen gleichwohl Bedenken dagegen, eine gewohnheitsrechtliche Verfestigung des Streikrechts anzunehmen.⁴⁰²⁾ Dies ist nur dann konsequent, wenn man entgegen der Auffassung des BAG⁴⁰³⁾ nicht ausschließlich auf die Rechtsüberzeugung der Normunterworfenen abstellt, sondern der fachjuristischen Diskussion eine eigenständige Rolle bei der Herausbildung von Gewohnheitsrecht zumißt.

Die Gegenargumente vermögen allerdings auch inhaltlich nicht zu überzeugen. Die in den fünfziger Jahren vertretene Auffassung, die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG seien auch auf Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes anwendbar, wird heute allgemein abgelehnt.⁴⁰⁴⁾

Dasselbe gilt für die aus Art. 33 Abs. 4 GG abgeleitete besondere Treuepflicht.⁴⁰⁵⁾ In neuerer Zeit hat **Isensee**⁴⁰⁶⁾ und ihm folgend **Janssen**⁴⁰⁷⁾ das Arbeitnehmerstreikrecht mit dem Argument in Frage gestellt, das Parlament verliere seine Souveränität, es müsse nur noch nachvollziehen, was anderwärts ausgehandelt wurde. Die Einheit und Einzigkeit der Staatsgewalt würde auf diese Weise aufgehoben⁴⁰⁸⁾, die Gewerkschaften würden zum „Nebensouverän“.⁴⁰⁹⁾ Das Grundgesetz toleriere zwar arbeitsrechtlich strukturierte Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst, doch sei das Streikrecht des Tarifpersonals ein „unerträglicher Verfassungsbruch“, der mit den Worten „Nötigung der Allgemeinheit und ihrer demokratisch legitimierten Vertreter, Störungen der notwendigen Wirksamkeit des sozialen Rechtsstaats, Über-

⁴⁰¹⁾ Vgl. die Formulierungen bei **Löwisch**, Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, S. 8 („Kaum ernsthaft am Streikrecht gezweifelt“); **Seiter**, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 248 (Kritik hat sich „nicht durchzusetzen vermocht“); **Söllner**, Arbeitsrecht, S. 85 (Streikrecht „kaum bestritten“).

⁴⁰²⁾ Vgl. **von Münch**, DÖV 1982, 338; **Stern**, Staatsrecht, Bd. I, S. 374.

⁴⁰³⁾ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 7 R.

⁴⁰⁴⁾ S. etwa **Bleback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 489; **Schlüter**, in: Brox-Rüthers, Rn. 537. Eingehend dazu **Däubler**, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 94 ff.

⁴⁰⁵⁾ Wie Fn. 404.

⁴⁰⁶⁾ Der Tarifvertrag als Gewerkschafts-Staats-Vertrag, in: **Leisner** (Hrsg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, Berlin 1975, S. 23 ff.

⁴⁰⁷⁾ Streikrecht, S. 52 ff.

⁴⁰⁸⁾ **Isensee**, a.a.O., S. 34.

⁴⁰⁹⁾ **Isensee**, S. 31.

wältigung des Gemeinwohls durch Gruppenmacht“ umschrieben wird.⁴¹⁰⁾ Hinter dieser Kritik steht ein außerordentlich einseitiges Staatsverständnis: Die öffentliche Hand ist danach eine Größe, die – losgelöst von gesellschaftlichen Vorgängen – ausschließlich mit den Mitteln der hoheitlichen Anordnung bestimmt, was für den Bürger im einzelnen rechtens sein soll. Konsequenz zu Ende gedacht, wäre jeder öffentlich-rechtliche Vertrag verboten, da er einen einigermaßen starken Vertragspartner (zum Beispiel ein Industrieunternehmen) in die Rolle eines „Nebensouveräns“ bringen würde. Eine solche Annahme steht jedoch in eklatantem Gegensatz zur Staatspraxis und konserviert eine im vergangenen Jahrhundert entwickelte Modellvorstellung von staatlichem Verhalten. Daß hinter Tarifverträgen die Drohung mit dem Streik steht, macht sie nicht zu einer andersartigen Erscheinung: Wie oben im einzelnen dargelegt⁴¹¹⁾, ist der Streik gerade das Mittel, um überhaupt erst Verhandlungen zustande zu bringen. Davon ganz abgesehen hat ja der Staat die Möglichkeit, bestimmte Aufgaben den Beamten anzuvertrauen, und so von vornherein eine Kooperationsverweigerung als illegal auszuschließen.⁴¹²⁾ Weiter wird darauf hingewiesen, daß Art. 9 Abs. 3 GG weder von seinem Wortlaut noch von seiner Entstehungsgeschichte her irgendwelche Anhaltspunkte dafür enthält, daß er für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes nicht voll zur Geltung kommen sollte.⁴¹³⁾ Schließlich spricht auch die Vorschrift des § 66 Abs. 2 BPersVG sowie entsprechende Bestimmungen der Landespersonalvertretungsgesetze dafür, daß im öffentlichen Dienst legal gestreikt werden kann.⁴¹⁴⁾ In der Literatur hat diese Position breite Zustimmung gefunden.⁴¹⁵⁾

III. Grenzen des Streikrechts

Die grundsätzliche Anerkennung des Streikrechts der Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes wird in der Literatur in zweierlei Hinsicht relativiert. Zum einen soll es all jenen Arbeitnehmern nicht zustehen, die hoheitliche Aufgaben erfüllen. Zum anderen soll es bei lebenswichtigen Betrieben nicht zur Anwendung kommen,

⁴¹⁰⁾ Isensee, S. 38.

⁴¹¹⁾ Siehe oben, § 2 I 1, S. 19 ff.

⁴¹²⁾ Richtig **Schlüter**, in: Brox-Rüthers, Rn. 537; von **Münch**, DÖV 1982, 339.

⁴¹³⁾ **Bieback**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampsrecht, Rn. 463, **Söllner**, S. 85.

⁴¹⁴⁾ Auf § 66 Abs. 2 BPersVG stützen sich auch **Bieback**, a.a.O.; **Löwisch**, Arbeitskamps im öffentlichen Dienst, S. 8; von **Münch**, DÖV 1982, 339; **Schaub**, § 193 II/2; **Schlüter**, in: Brox-Rüthers, Rn. 537; **Seiter**, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 248; **Söllner**, S. 85. Ebenso im Hinblick auf § 55 Abs. 2 BPersVG 1955: **Hueck-Nipperdey**, Bd. II/2, S. 983.

⁴¹⁵⁾ Siehe neben den in Fn. 414 Genannten etwa **Püttner**, Verwaltungslehre, S. 188; **Reuss**, Festschrift Ule S. 426 ff.; **Stober**, Grundpflichten und Grundgesetz, S. 62; **Thiele**, DöD, 1978, 189 f.; **Wagener**, VVDStRL 37 (1979), S. 228, Fn. 49; **Zöllner**, Arbeitsrecht, § 40 VI 6d (S. 377).

da sie von derartigen Störungen frei bleiben müßten.⁴¹⁶⁾ Beides berücksichtigt nicht, daß das Streikrecht in Art. 9 Abs. 3 GG mitgarantiert ist, so daß sich seine Beschränkungen aus der Verfassung heraus legitimieren müssen. Das Grundgesetz kennt jedoch keinen generellen Vorbehalt zugunsten von hoheitlicher Tätigkeit oder von lebenswichtigen Betrieben, und dies zu Recht: Hoheitliche Tätigkeit muß weder für die Funktionserfüllung des Staates noch aus der Sicht des Bürgers regelmäßig oder gar immer wesentlicher sein als nicht-hoheitlich erbrachte Dienstleistungen, die „Lebensnotwendigkeit“ etwa der Energieversorgung rechtfertigt kein generelles Streikverbot.⁴¹⁷⁾ Entscheidend ist vielmehr, ob und inwieweit grundrechtlich geschützte Interessen Dritter durch einen Streik beeinträchtigt sind.⁴¹⁸⁾ Daraus folgt etwa, daß Streiks in Krankenhäusern nicht zur Gefährdung von Leben und Gesundheit der Patienten führen dürfen.⁴¹⁹⁾ Das bedeutet, daß ein unter Umständen außerordentlich umfangreicher Notdienst aufrechterhalten werden muß. Auch wären demonstrative Arbeitsniederlegungen von einer halben Stunde Dauer sicherlich legal, sofern dadurch keine Operationen betroffen sind.

Bei anderen Leistungen der öffentlichen Hand sind die Interessen Dritter sehr viel weniger klar umrissen. Ob durch Unterbleiben der Müllabfuhr jemals die Menschenwürde verletzt sein kann, wird sicherlich unterschiedlich beurteilt werden können. Dasselbe gilt für die Frage, wie lange der einzelne ohne Wasser oder Elektrizität auskommen kann.⁴²⁰⁾ **Reuss** hat darauf hingewiesen, der Bereich der lebenswichtigen Versorgung sei zwar weit auszulegen, doch seien nur „ernste und gewichtige Beeinträchtigungen“ untersagt; bloße Erschwernisse und Unbequemlichkeiten seien hinzunehmen.⁴²¹⁾ Einen gewissen Anhaltspunkt für die Konkretisierung dieses Maßstabs kann eventuell die Lehre vom Arbeitskampfrisiko bieten, die es den Belegschaften mittelbar vom Arbeitskampf betroffener Betriebe zumutet, vorübergehend auf ihren Lohn zu verzichten.⁴²²⁾ Ist eine „Unannehmlichkeit“ dieses Ausmaßes unbestritten zumutbar, so wird man weniger weitreichende Eingriffe in das persönliche Leben wie etwa die Notwendigkeit, den Hausmüll selbst abzutransportieren, schwerlich als Grund für die Illegalität des Streiks ansehen können.

Was folgt daraus nun für den Warnstreik? Soweit einzelne Arbeitnehmer mit Rücksicht auf die von ihnen ausgeübte Funktion überhaupt nicht streiken dürfen (Beispiel: Unfallchirurg), können sie auch nicht an einem Warnstreik teilnehmen. Dieser verliert

⁴¹⁶⁾ Vgl. etwa von **Münch**, DÖV 1982, 339 f.; **Zöllner**, a.a.O.

⁴¹⁷⁾ So eingehend und überzeugend **Reuss**, Festschrift Ule, S. 426 ff.; **Seiter**, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 248 ff.; **Söllner**, Arbeitsrecht, S. 85.

⁴¹⁸⁾ Ebenso **Schlüter**, in: Brox-Rüthers, Rn. 539.

⁴¹⁹⁾ **Selter**, a.a.O., S. 550; **Reuss**, Festschrift Ule, S. 249.

⁴²⁰⁾ Nähere Eingrenzungsversuche u.a. bei **Däubler**, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 232 ff.

⁴²¹⁾ **Reuss**, Festschrift Ule, S. 426.

⁴²²⁾ Dazu **Colneric**, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn. 676 ff., mit weiteren Nachweisen.

seine eigentliche Funktion, wenn aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gar keine größere Aktion mehr angedroht werden kann.⁴²³⁾

Reduziert sich das Streikrecht – wie gegebenenfalls im Energiesektor – auf zeitlich befristete Aktionen, so stellen diese den eigentlichen „Erzwingungsstreik“ dar. Dies rechtfertigt sich mit der Erwägung, daß die Druckintensität gegenüber den öffentlichen Arbeitgebern wie gegenüber Dritten hier besonders hoch ist. Im Sinne eines abgestuften Systems der Kampfmittel kann während der Tarifverhandlungen nur sehr viel kürzer die Arbeit niedergelegt werden. Weitere Besonderheiten ergeben sich nicht. Auch im öffentlichen Dienst gilt der Grundsatz, daß der Warnstreik das mildere Mittel gegenüber dem Erzwingungsstreik bleiben muß.

⁴²³⁾ Rebel, RdA 1979, 215.

Literaturverzeichnis

- Bauer, Jobst-Hubertus/
Röder, Gerhard** Streik ohne Urabstimmung? DB 1984, 1096 bis 1099.
- Bieback, Karl-Jürgen** Der Warnstreik im System des Arbeitskampfrechts, AuR 1983, 361 bis 371.
- ders.** Siehe Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht.
- Blanke, Thomas/
Sterzel, Dieter** Beamtenstreikrecht. Demokratische Verfassung und Beamtenstreik, Neuwied und Darmstadt 1980.
- Bobke, Manfred H.** Rechtsfragen des Warnstreiks, BB 1982, 865 bis 872.
- ders.** Richterrechtliche Grenzen des Arbeitskampfes, AuR 1982, 41 ff.
- ders.** „Waffengleichheit“ im Metallarbeitskampf? Blätter für deutsche und internationale Politik 1984, 772 bis 774.
- Bobke, Manfred H./
Grimberg, Herbert** Der gewerkschaftliche Warnstreik im Arbeitskampfrecht, Köln 1983.
- dies.** Warnstreiks, Arbeitsgerichte und „Ultima-ratio-Prinzip“, DuR 1984, 81 bis 85.
- dies.** Rechtsfragen der „Neuen Beweglichkeit“ – Warnstreik, „Ultima-ratio“-Prinzip und Friedenspflicht, DB 1984, 1143 bis 1147.
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd** Arbeitskampfrecht. Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Stuttgart u. a. 1982.
- Colneric, Ninon** Siehe Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Arbeitskampfrecht.
- Däubler, Wolfgang** Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Auflage, Tübingen 1971.

- rs. Perspektiven des Arbeitskampsrechts, AuR 1982, 361 ff.
- rs. Arbeitsrecht 1, 6. Auflage, Reinbek 1983.
- rs. (Hrsg.) Arbeitskampsrecht, Baden-Baden 1984.
- publer, Wolfgang/Hege, Hans Tarifvertragsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 1981.
- egen, Barbara/Siebert, Gerd/ohr, Wolfgang Handbuch für den Arbeitskampf, Frankfurt/Main 1979.
- d, Reiner Verrechtlichung industrieller Konflikte. Normative Rahmenbedingungen des dualen Systems der Interessenvertretung, Frankfurt/New York 1978.
- sser, Josef/Schmidt, Eike Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Heidelberg 1984.
- laubitz, Werner Neue Form der Tarifaueinandersetzung durch sogenannte Warnstreiks, BB 1982, 1514 bis 1517.
- oll, Ulrich Kampfparität und Konfliktforschung, Rechtstheorie 1980, 225 ff.
- anau, Peter Der Frühwarnstreik, DB 1982, 377 bis 382.
- anau, Peter/Adomeit, Klaus Arbeitsrecht. 7. Auflage, Frankfurt/Main 1983.
- attenhauer, Hans Sollen die Beamten streiken? ZBR 1980, 233.
- einze, Meinhard Der Warnstreik und die „Neue Beweglichkeit“. Zum Verhältnis von Tarifvertragsrecht und Arbeitskampsrecht, NJW 1983, 2409 bis 2418.
- erschel, Wilhelm Zur Abgrenzung des Richterrechts, AuR 1983, 353 ff.
- ers. Der Warnstreik, RdA 1983, 364 bis 367.
- hirschberg, Lothar Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981.
- Hoffmann, Reinhard Streik als gesellschaftsverändernde Praxis, in: Schneider, Dieter (Hrsg.), Zur Theorie und Praxis des Streiks, Frankfurt/Main 1971, S. 210 ff.
- Hoffmann, Rudolf Aktuelle Rechtsfragen des Warnstreiks, DB 1981, 1188 bis 1190.

- Hueck, Alfred** Die Grenzen des rechtmäßigen Streiks, in: Festschrift für Wilhelm Herschel, Stuttgart 1955, S. 27 ff.
- Hueck, Alfred/
Nipperdey, Hans-Carl** Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1970.
- Isensee, Josef** Der Tarifvertrag als Gewerkschaft-Staats-Vertrag. Das arbeitsrechtliche Regelungsverfahren im öffentlichen Dienst, in: Leisner, Walter (Hrsg.), Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, Berlin 1975, S. 23 bis 45.
- Janssen, Albert** Das Streikrecht der Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst und der „Dritte Weg“ der Kirchen, Heidelberg 1982.
- Kempen, Otto-Ernst** Zwischen Delikt und Demokratie: Arbeitskampf in der Kontroverse, AuR 1984, 225 bis 232.
- Kirchner, Dieter** Die neue Schlichtungs- und Schiedsvereinbarung für die Metallindustrie, RdA 1980, 129 bis 138.
- Kittner, Michael** Aktuelle Fragen des Arbeitskampfrechts, AuR 1981, 289 ff.
- ders.** Warnstreiks sind zulässig, AiB 1982, 46 ff.
- ders.** Kommentierung zu Art. 9 Abs. 3 GG, in: Bäumlin u. a., Alternativkommentar zum Grundgesetz, Neuwied 1984.
- Konzen, Horst** Urteilsanmerkung, SAE 1977, 235 bis 238.
- Kreutz, Peter** Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1976, ZfA 1977, 447 bis 531.
- Lang, Klaus** Arbeitskampfformen im Wandel der Tarifpolitik, WSI-Mitt. 1982, 543 bis 552.
- Löwisch, Manfred** Urteilsanmerkung, AR-Blattei, Arbeitskampf II: Streik, Entscheidungen 18/19.
- ders.** Zulässiger und unzulässiger Arbeitskampf im öffentlichen Dienst, Heidelberg-Karlsruhe 1980.
- ders.** Warnstreik und „Neue Beweglichkeit“, BB 1982, 1373 bis 1379.

- Lager, Ernst-Günther** Zur neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart 15 (1978), S. 75 bis 93.
- Matthöfer, Hans** Streiks und streikähnliche Formen des Kampfes der Arbeitnehmer im Kapitalismus, in: Dieter Schneider (Hrsg.), Zur Theorie und Praxis des Streiks, Frankfurt/Main 1971, S. 155 bis 209.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günther/ Herzog, Roman/ Scholz, Rupert** Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, München 1958 ff.
- Mayer, Udo** Tarifvertragliche Maßregelungsverbote nach Teilnahme an Warnstreiks, BfStR 1977, 241 ff.
- Mayer-Maly, Theo** Der Warnstreik, BB 1981, 1774 bis 1780.
- Meyer, Jürgen** Von der „sozialen Adäquanz“ zur „Verhältnismäßigkeit der Kampfmaßnahmen“, ZRP 1974, 253 ff.
- Mückenberger, Ulrich** Der Arbeitskampf als staatlich inszeniertes Ritual, BfStR 1980, 241 ff.
- Müller, Gerhard** Bundesarbeitsgericht. Jahresbericht 1976, BArbBl 1977, 527.
- von Münch, Ingo** Zur Streikarbeit von Beamten, DöV 1982, 337 ff.
- Nickel, Egbert** Der Warnstreik in der Arbeitskampfordnung, AuR 1977, 311 bis 317.
- Oetker, Hartmut** Die Durchführung von Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen, Heidelberg 1984.
- Otto, Hansjörg** Urteilsanmerkung zu BAG EzA Nr. 19 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
- Palandt, Otto** BGB, 42. Auflage, München 1983.
- Picker, Eduard** Ultima-ratio-Prinzip und Tarifautonomie, RdA 1982, 331 bis 355.
- ders.** Der Warnstreik und die Funktion des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983.
- Püttner, Günter** Verwaltungslehre, München 1982.
- Rebel, Wolfgang** Die Zulässigkeit des Warnstreiks, RdA 1979, 207 bis 216.

- Reuss, Wilhelm** Grenzen der Streikfreiheit im öffentlichen Dienst, in: Öffentlicher Dienst. Festschrift für Carl Hermann Ule, Köln u. a., S. 417 bis 435.
- Reuter, Dieter** Urteilsanmerkung, JuS 1977, 558.
- Richardl, Reinhard** Die Grenzen der Zulässigkeit des Streiks, Bielefeld 1980.
- Rüthers, Bernd** Anmerkung zu BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
- ders.** Sonderarbeitskampfrecht der Presse? NJW 1984, 201 bis 208.
Siehe auch Brox-Rüthers.
- Schaub, Günter** Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Auflage, München 1983.
- Schlüter, Wilfried** Siehe Brox-Rüthers.
- Schoden, Michael** Das BAG entschied: Der Warnstreik ist zulässig, Die Quelle 1977, 269 bis 270.
- Schumann, Manfred** Siehe Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfrecht.
- Seiter, Hugo** Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975.
- ders.** Arbeitskämpfparität und Übermaßverbot, unter besonderer Berücksichtigung des „Boycotts“ in der deutschen Seeschifffahrt, Düsseldorf/Frankfurt/Main 1979.
- ders.** Der Warnstreik im System des Arbeitskämpfrechts, in: Festschrift 25 Jahre BAG, München 1979, S. 583 bis 604.
- ders.** „Neue Beweglichkeit“ durch Warnstreiks? JZ 1983, 773 bis 777.
- Siebrecht, Fritz** Das Recht im Arbeitskampf, 3. Auflage, Köln 1964.
- Söllner, Alfred** Grundriß des Arbeitsrechts, 8. Auflage, München 1984.
- Stern, Klaus** Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Auflage, München 1984.
- Stober, Rolf** Grundpflichten und Grundgesetz, Berlin 1979.

- le, Willi** Die Zulässigkeit von Kampfmaßnahmen in der Wirtschaft und im öffentlichen Dienst, DöD 1978, 189 f.
- ener, Frido** Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVdStRL 37 (1979), S. 215 ff.
- ss, Manfred** Zur Rechtmäßigkeit des Warnstreiks, in: Dorndorf-Weiss, Warnstreiks und vorbeugender Rechtsschutz gegen Streiks, Frankfurt/Main 1983, S. 79 bis 118.
- ftbrecht, Hansjörg** Effektivität und Legitimität der Tarifautonomie, Berlin 1969.
- hlgemuth, Hans-Hermann** Probleme des Warnstreiks, AuR 1982, 201 bis 207.
- ter, Henner** Siehe Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht.
- ner, Wolfgang** Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 1983.