



Professor Dr. *Peter Badura*, München

## **Verfassungsfragen des nicht koalitionsmäßigen Streiks**

### INHALT

<b>I. Die in der Metall-Tarifeinwanderung 1981 praktizierte »Neue Beweglichkeit« der Streikführung vor den Arbeitsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht</b> . . . . .	2
1. Einführung . . . . .	2
2. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum Unterlassungsanspruch der Arbeitgeberverbände . . . . .	2
3. Der Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Betrachtung . . . . .	3
4. Inhalt der Verfassungsbeschwerden . . . . .	3
<b>II. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) als Maßstab der richterlichen Rechtsbildung im Arbeitskampfrecht</b> . . . . .	4
1. Das Richterrecht des BAG . . . . .	4
2. Die Beziehung des Arbeitskampfrechts zum Tarifrecht . . . . .	4
3. Die Basis der kollektivrechtlichen Rechte und Pflichten . . . . .	5
4. Die koalitionserschützende Wirkung der arbeitskampfrechtlichen Grundsätze . . . . .	5
<b>III. Die koalitionsrechtliche Schutzpflicht des Staates (als Gesetzgeber oder Richter) und die Rechtsstellung der Koalitionen in der Kampf- und Ausgleichsordnung des Tarifvertragssystems</b> . . . . .	6
1. Unterlassungsanspruch auf Grund der staatlichen Schutzpflicht . . . . .	6
2. Erheblichkeit der Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes . . . . .	6
3. Kein Verhandlungsgleichgewicht bei Zulassung der Streiks der »Neuen Beweglichkeit« . . . . .	7

# I. Die in der Metall-Tarifauseinandersetzung 1981 praktizierte »Neue Beweglichkeit« der Streikführung vor den Arbeitsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht

## 1. Einführung

In der Metall-Tarifauseinandersetzung 1981 sahen sich die Unternehmen und die Arbeitgeberverbände nach Kündigung der laufenden Lohn- und Gehaltstarifverträge durch die IG Metall zum 31. 1. 1981, nach Ablauf der Friedenspflicht und nach Beginn der Tarifverhandlungen im Januar 1981 während des März und April 1981 in den verschiedenen Tarifbezirken einer Abfolge von nach Minuten und Stunden bemessenen Arbeitsniederlegungen in einzelnen Betrieben konfrontiert, zu denen die IG Metall nach einem internen Ablaufplan aufrief und die sie als »Warnstreiks« nach dem Konzept einer »Neuen Beweglichkeit« bezeichnete. Am 22. 4. 1981 forderte die IG Metall die Beschäftigten der Metallindustrie zu einer bundesweiten Streikaktion auf, an der sich etwa 3 Mio. Arbeitnehmer beteiligten. Die zunächst für den Tarifbezirk Nordwürttemberg-Nordbaden am 28./29. 4. 1981 erreichte Einigung wurde in den anderen Tarifbezirken übernommen.

## 2. Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum Unterlassungsanspruch der Arbeitgeberverbände

Die Arbeitgeberverbände sehen sich durch die nach ihrer Auffassung widerrechtlichen Streikmaßnahmen der IG Metall in ihren Rechten verletzt und haben mit Feststellungs- und (vorbeugenden) Unterlassungsklagen die Arbeitsgerichte angerufen. Die Kläger sind mit ihren Anträgen bei den Instanzgerichten überwiegend erfolglos geblieben. Das Bundesarbeitsgericht hat mit den Urteilen vom 12. 9. 1984 und vom 29. 1. 1985 die Revisionen zurückgewiesen und – soweit die Klagen vor den Landesarbeitsgerichten durchgedrungen waren – die Klagen oder die Berufungen auf Revision der beklagten IG Metall abgewiesen bzw. zurückgewiesen. Die unterlegenen Arbeitgeberverbände haben daraufhin Verfassungsbeschwerden zum Bundesverfassungsgericht eingelegt. Sie behaupten, durch die angegriffenen Urteile in ihren Grundrechten aus Art. 9 Abs. 3, 3 Abs. 1 und 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 20 Abs. 2 und 3 GG verletzt zu sein<sup>1)</sup>.

Das Klagebegehren der Arbeitgeberverbände vor den Arbeitsgerichten umfaßte vielgestaltige Feststellungs- und Unterlassungsanträge, die teils aus eigenem Recht, teils in gewillkürter Prozeßstandschaft, teils aus abgetretenem Recht geltend gemacht wurden. Hier interessiert in erster Linie der von den Arbeitgeberverbänden aus eigenem Recht geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung wegen erfolgter oder zu befürchtender widerrechtlicher Arbeitskämpfmaßnahmen, der im Hinblick auf die Metall-Tarifauseinandersetzung 1981 im Wege der Feststellungsklage und im Hinblick auf zu erwartende Arbeitskämpfmaßnahmen gleicher Art in der Zukunft im Wege der vorbeugenden Unterlassungsklage verfolgt worden ist.

Die Arbeitsgerichte und die Landesarbeitsgerichte haben in der Mehrzahl angenommen, daß der Kläger als Verband keinen eigenen Rechtsanspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung von Arbeitskämpfmaßnahmen habe oder daß bei den hier zu beurteilenden »Warnstreiks« das Übermaßverbot, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder das ultima-ratio-Prinzip nicht verletzt worden sei. Vor dem Landesarbeitsgericht Frankfurt/M., dem Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein und der 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg waren die Feststellungsbegehren erfolgreich; die »Warnstreiks« seien tatsächlich Erzwingungsstreiks gewesen, deren Widerrechtlichkeit sich aus dem Verstoß gegen das ultima-ratio-Prinzip – Arbeitskämpf vor dem Scheitern der Tarifverhandlungen – ergebe. Das Arbeitsgericht Hannover betrachtete die Unterlassungsklage insoweit als begründet, als mehr als einmal je Betrieb zur Arbeitsniederlegung aufgerufen und ein Arbeitskämpf geführt werden würde und als Arbeitskämpfmaßnahmen auf mehr als 30 Minuten erstreckt werden würden. Es handle sich um eine Verletzung des ultima-ratio Prinzips durch Erzwingungsstreiks; die Grenzen eines zulässigen Warnstreiks würden überschritten werden. Die Klägerin habe einen Anspruch aus »tariflichem Dauerschuldverhältnis« auf Einhaltung der durch Rechtsprechung geschaffenen Arbeitskämpfregeln. Der (zulässige) Warnstreik sei gegenüber dem Erzwingungsstreik ein aliud, eine »ganz eigenständige Kampfform«. Er müsse den Charakter des bloßen Hinweises auf den in Aussicht gestellten Erzwingungsstreik behalten. Er dürfe nur dazu dienen, »die Kampfbereitschaft der Gewerkschaft der Arbeitgeberseite vor Augen zu halten, er darf selbst aber noch nicht unmittelbar auf die Beugung des gegneri-

schen Willens gerichtet sein« (bezugnehmend auf P. Hanau, DB 1982, 377/378). Die Unterlassungsklage war vor dem Landesarbeitsgericht noch weitergehend erfolgreich. Die Aktivlegitimation des klagenden Verbandes sei herzuleiten »aus der mit Rechtsgutcharakter ausgestatteten und sogar verfassungsrechtlich privilegierten Stellung der Koalitionen, denen es folgerichtig nicht verwehrt sein kann, jedem von ihnen als rechtswidrig qualifizierten Angriff auf ihre Willensbildung und daher freie Selbstbestimmung selbst und auch im eigenen Namen für ihre zugleich betroffenen Mitglieder mit entsprechender Klage entgegenzutreten« (gestützt auf M. Heinze, NJW 1983, 2409 f.). Die Unterlassungsklage sei mit dem Inhalt begründet, daß der Beklagten untersagt werde, vor Scheitern der Verhandlungen zu Arbeitsniederlegungen jedweder Dauer aufzurufen und einen Arbeitskämpf jedweder Dauer zu führen. Der sog. Warnstreik während der Verhandlungs- und auch Schlichtungsphase sei eine Kampfmaßnahme, ein verhandlungsbegleitender und damit gegen das ultima-ratio-Prinzip verstößender Erzwingungsstreik; denn er solle die Willensbildung des Verhandlungspartners nachhaltig beeinflussen und ein bestimmtes Verhandlungsverhalten erzwingen. Darin liege auch ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlich geschützte Rechtsstellung der gegnerischen Koalition.

Die Revisionsentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts beruhen auf der Rechtsauffassung, daß es für einen Anspruch der Kläger auf künftige Unterlassung von Aufrufen zu Warnstreiks und von Kampfmaßnahmen weder eine vertragliche noch eine gesetzliche Grundlage gebe. Die umstrittenen Arbeitskämpfmaßnahmen stellten gegenüber den Arbeitgeberverbänden keine unerlaubten Handlungen dar. In das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Recht auf koalitionsmäßige Betätigung werde durch Arbeitskämpfmaßnahmen der Gewerkschaft nicht eingegriffen. Tarifverträge kämen letztlich nur unter dem Druck zumindest möglicher Arbeitskämpfe zustande, also gebe es kein Recht einer Koalition, frei von Druck verhandeln zu dürfen. »In der Androhung oder der Führung von Arbeitskämpfen liegt daher keine Beeinträchtigung des jeweils gegnerischen Rechts auf koalitionsmäßige Betätigung. Dabei ist es unerheblich, ob die jeweilige Arbeitskämpfmaßnahme rechtswidrig ist oder nicht.« Auch der rechtswidrige Streik richte sich nicht gegen Bestand und Betätigung des Arbeitgeberverbandes; er sei nicht darauf gerichtet, das Recht auf koalitionsmäßige Betätigung zu verletzen oder zu gefährden. Er berühre dieses Recht nicht. Der rechtswidrige Streik mache nur die kollektive Verweigerung der Arbeitsleistung und den Eingriff in den Gewerbebetrieb des streikbetroffenen Unternehmens rechtswidrig, nicht aber berühre er das Recht auf koalitionsmäßige Betätigung des Arbeitgeberverbandes. Der Senat verweist hierzu auf seine frühere Rechtsprechung (Urteil vom 21. 12. 1982 = DB 1983, 1098 = SAE 1983, 217 mit Anm. von M. Heinze), wonach ein Arbeitgeberverband keinen gesetzlichen Anspruch gegen seinen tariflichen Gegenspieler auf Unterlassung rechtswidriger Kampfmaßnahmen habe. Soweit die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum rechtswidrigen Streik als Schutzgesetz in Betracht kämen, dienten diese Rechtssätze dem Schutz der streikbetroffenen Unternehmen und nicht dem Schutz des Arbeitgeberverbandes. Das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG gebe somit dem Arbeitgeberverband weder unmittelbar, noch mittelbar über

<sup>1)</sup> Verband der Metallindustrie von Südwürttemberg-Hohenzollern: Arbeitsgericht Reutlingen, Urteil vom 17. 3. 1982 – 3 Ca 669/81 –; Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 25. 5. 1983 – 2 Sa 81/82 –; BAG, Urteil vom 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83 – DB 1984, 2563; Verfassungsbeschwerde vom 5. 12. 1984 – 1 BvR 1584/84. – E. Picker, DB 1985, Beilage Nr. 7/85; R. Richardt, JZ 1985, 410; R. Scholz, SAE 1985, 33.

Verband der Metallindustrie von Nordrhein-Westfalen e. V.: Arbeitsgericht Düsseldorf vom 30. 11. 1981 – 10 Ca 2819/81 –; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 12. 11. 1982 – 3 Sa 199/82 –; BAG, Urteil vom 12. 9. 1984 – 1 AZR 296/83 –; Verfassungsbeschwerde vom 8. 1. 1985 – 1 BvR 50/85.

Verband der Metallindustrie von Baden-Württemberg e. V.; Arbeitsgericht Stuttgart, Urteil vom 10. 12. 1981 – 5 Ca 219/81 –; Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 21. 4. 1982 – 3 Sa 2/82 –; BAG, Urteil vom 12. 9. 1984 – 1 AZR 297/82 –; Verfassungsbeschwerde vom 8. 1. 1985 – 1 BvR 51/85.

Arbeitgeberverband der Berliner Metallindustrie e. V.: Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 21. 1. 1982 – 9 Ca 258/81 –; Landesarbeitsgericht Berlin vom 22. 3. 1983 – 5 Sa 43/82 –; BAG, Urteil vom 12. 9. 1984 – 1 AZR 388/83 –; Verfassungsbeschwerde vom 14. 1. 1985 – 1 BvR 64/85.

Arbeitgeberverband der Hessischen Metallindustrie e. V.: Arbeitsgericht Frankfurt/M., Urteil vom 17. 2. 1982 – 3 Ca 247/81 –; Landesarbeitsgericht Frankfurt/M., Urteil vom 8. 3. 1983 – 5 Sa 873/82 –; BAG, Urteil vom 12. 9. 1984 – 1 AZR 420/83 –; Verfassungsbeschwerde vom 16. 1. 1985 – 1 BvR 75/85.

Verband der Metallindustriellen Niedersachsens e. V.: Arbeitsgericht Hannover, Urteil vom 2. 4. 1982 – 10 Ca 354/81 –; Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 31. 1. 1984 – 7 Sa 88/82 –; BAG, Urteil vom 29. 1. 1985 – 1 AZR 179/84.

Arbeitgeberverband der Metallindustrie in Schleswig-Holstein e. V.: Arbeitsgericht Kiel, Urteil vom 27. 8. 1982 – 3 b Ca 1176/81 –; Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein, Urteil vom 9. 12. 1983 – 3(4) Sa 777/82 –; BAG, Urteil vom 29. 1. 1985 – AZR 158/84 –; Verfassungsbeschwerde vom 20. 5. 1985 – 1 BvR 581/85.

Arbeitgeberverband Eisen- und Stahlindustrie e. V.: Arbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 10. 12. 1982 – 5 Ca 3554/82 –; Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Urteil vom 18. 11. 1983 – 3 Sa 127/83 –; BAG, Urteil vom 29. 1. 1985 – 1 AZR 246/84 –.

Der Autor ist Prozeßbevollmächtigter der Beschwerdeführer der Verfassungsbeschwerden.

§§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf künftige Unterlassung von Aufrufen zu Streiks seitens der Gewerkschaft. Verfassungsrechtlich geschützt seien nur die Betätigungen der Koalitionen, die für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz unerlässlich seien. Handlungen, die sich gegen diese koalitionsmäßige Betätigung richteten, könnten rechtswidrig sein und auch zu Unterlassungsansprüchen der Koalition führen.

Gegenüber dem Einwand, eine derartige Beurteilung verkenne die Eigenart der neuartigen »Warnstreiks«, mit denen Druck gerade auf den verhandelnden Arbeitgeberverband ausgeübt werden solle, betont der Senat, daß jede Arbeitskämpfmaßnahme und damit auch die Warnstreiks der beklagten Gewerkschaft darauf gerichtet seien, Druck auf den Arbeitgeberverband auszuüben, indem sie durch die Vorenthaltung der Arbeitskraft die Mitgliedsunternehmen schädige, um diese zu bewegen, Einfluß auf die Willensbildung des Verbandes zu nehmen. Gegen einen rechtswidrigen Arbeitskämpf könnten sich die Unternehmen zur Wehr setzen. Dabei bleibe es unbeschadet des Umstandes, daß »die Arbeitskämpfmaßnahme insgesamt als Einheit zu sehen und zu werten ist«, daß also die Frage, ob eine Arbeitskämpfmaßnahme rechtswidrig sei, nicht nur im Hinblick auf das einzelne betroffene Unternehmen zu beantworten sei.

Der Senat hebt hervor, daß die Klage des Arbeitgeberverbandes selbst dann unbegründet wäre, wenn er die Frage, wem der Unterlassungsanspruch zustehe, dem Arbeitgeberverband oder den Mitgliedsunternehmen, zugunsten des Verbandes entschieden hätte. Denn auch die Unterlassungsklage des Unternehmens müsse erfolglos bleiben. Die umstrittenen Arbeitskämpfmaßnahmen verletzen weder das die zeitliche Beschränkung der Arbeitskämpffreiheit betreffende ultima-ratio-Prinzip, noch das der Sicherung des Verhandlungsgleichgewichts dienende Übermaßverbot. Für die Streiktaktik der »Neuen Beweglichkeit« gelte nichts grundsätzlich anderes wie für Warnstreiks. Der Umstand, daß die verhandlungsbegleitenden Streiks der »Neuen Beweglichkeit« auf einem zuvor ausgearbeiteten Plan der Gewerkschaft beruhen, sei unerheblich. Das Ausmaß der im jeweiligen Unternehmen verursachten Schäden hänge davon nicht ab.

### 3. Der Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Betrachtung

Die Rechtsauffassung, daß auch Warnstreiks der IG Metall in Form der »Neuen Beweglichkeit« zulässig sind, wenn nur zu kurzen zeitlich befristeten Arbeitsniederlegungen, u. U. auch wiederholt in demselben Unternehmen, aufgerufen wird, wird vom Bundesarbeitsgericht als Bestätigung des im Urteil vom 17. 12. 1976 – 1 AZR 605/75 – aufgestellten Grundsatzes angesehen, daß das ultima-ratio-Prinzip kurze und zeitlich befristete Streiks nicht verbiete, zu denen die Gewerkschaft während laufender Tarifverhandlungen (nach Abschluß der vertraglich vereinbarten Friedenspflicht) aufrufe<sup>2)</sup>.

In dieser Einschätzung und Beurteilung der neuartigen Streiktaktik liegt zugleich die Anerkennung des eigengearteten Kampfmittels der »Neuen Beweglichkeit«, mit dem ein spezifischer Druck auf den in Tarifverhandlungen mit der streikführenden Gewerkschaft begriffenen Arbeitgeberverband ausgeübt wird und ausgeübt werden soll. Die Kampftaktik der »Neuen Beweglichkeit« ist von einem auf Demonstration der Arbeitskämpfbereitschaft und der Arbeitskämpffähigkeit abzielenden Warnstreik des älteren Typus wesentlich verschieden. »Im Gegensatz zum Warnstreik von 1976 wechselt die Neue Beweglichkeit hinsichtlich der Arbeitsniederlegungen gerade von Ort zu Ort, von Stunde zu Stunde, von Tag zu Tag die jeweils betroffenen Arbeitgeber und führt so zu einem andauernden, ununterbrochenen Arbeitskämpf gegen die Arbeitgeberkoalition<sup>3)</sup>. Dieser Unterschied ist – bei allen Meinungsverschiedenheiten im einzelnen – von der Arbeitsrechtswissenschaft weithin erkannt und im einzelnen belegt worden<sup>4)</sup>.

Die neue Kampfform erweist sich als eine Form des Erzwingungsstreiks, und zwar als ein Erzwingungsstreik vor dem Scheitern der friedlichen Lösungen und vor dem Ausschöpfen der Verhandlungsmöglichkeiten, also als ein – in den Einzelaktionen, nicht aber insgesamt befristeter – Streik unter Mißachtung des ultima-ratio-Prinzips. Gerade wenn man die Arbeitskämpfmaßnahme »insgesamt als Einheit« sieht und wertet, also nicht nur auf die rechtliche Beziehung zwischen der Gewerkschaft und dem bestreikten Unternehmen blickt, stellt sie sich nicht als eine kurze, zeitlich befristete Arbeitsniederlegung dar. Die Kampfform der »Neuen Beweglichkeit« zieht die Konsequenz aus dem kollektivrechtlichen Charakter des Streiks und des Tarifvertragssystems, dem der Arbeitskämpf zu dienen hat. Sie will diese Konsequenz in der Weise ziehen, daß ein entscheidendes Stück der rechtlichen Verfaßtheit des Arbeitskämpfes, das ultima-ratio-Prinzip, außer Kraft ge-

setzt und weiter in den Wirkungen das ebenfalls ein Kernstück der rechtlichen Verfaßtheit des Tarifvertragssystems darstellende Verhandlungsgleichgewicht der Tarif- und Arbeitskämpfparteien beeinträchtigt wird.

Dies bezeichnet den Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Betrachtung. Unter Berufung auf Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG beanstanden die Arbeitgeberverbände, daß die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und der Instanzgerichte den Arbeitgeberkoalitionen eine selbständige Rechtsstellung zur Abwehr widerrechtlicher Arbeitskämpfmaßnahmen verweigern, soweit ihre Aufgabe und ihre Rechte als Koalition berührt sind, und daß diese Entscheidungen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der umstrittenen Arbeitskämpfmaßnahmen die Bedeutung und die Auswirkung der Koalitionsfreiheit verkannt haben. Außerdem wird ein eigener Verfassungsverstoß nach Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 20 Abs. 2 und 3 GG oder möglicherweise sachnäher nach Art. 9 Abs. 3 GG in Verb. mit Art. 20 Abs. 2 und 3 GG darin gesehen, daß das Bundesarbeitsgericht mit der – verdeckten – Anerkennung der neuen Kampfform als erlaubter Ausübung der Arbeitskämpffreiheit die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten habe. »Wenn man den Warnstreik vom ultima-ratio-Grundsatz ausnimmt, muß man im Interesse einer funktionsfähigen Arbeitskämpfrechtsordnung genau sagen können, was ein Warnstreik ist und welche Funktionen er haben soll<sup>5)</sup>. Die Überdehnung des Zordnungsbegriffs des »Warnstreiks« führt zu einer elementaren Unklarheit in den richterrechtlich entwickelten Grundsätzen des Arbeitskämpfrechts.

### 4. Inhalt der Verfassungsbeschwerden

Die mit den Verfassungsbeschwerden angegriffenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und der Instanzgerichte beeinträchtigen die Beschwerdeführer nach deren Vorbringen dadurch in ihren Grundrechten, daß sie auf einer fehlerhaften Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts beruhen. Eine erneute Entscheidung der Arbeitsgerichte nach verfassungsgerichtlicher Aufhebung der bekämpften Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (§ 95 Abs. 1 und 2 BVerfGG) würde zu einem den Beschwerdeführern günstigeren Ausspruch führen oder zumindest führen können.

Die Verfassungsbeschwerden richten sich gegen arbeitsgerichtliche Urteile über privatrechtliche Unterlassungsansprüche. Diese Entscheidungen können – von Fällen intensiver Berührung der grundrechtlichen Gewährleistung abgesehen<sup>6)</sup> – nur daraufhin überprüft werden, ob sie auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts, insbes. vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen, ob also die Auswirkung des Verfassungsrechts auf die Auslegung und Anwendung des Gesetzes unzutreffend berücksichtigt worden ist, soweit Grundrechte des Beschwerdeführers betroffen sind<sup>7)</sup>. Diese Reichweite und Grenze der verfassungsrichterlichen Jurisdiktion wird durch die bereitstehenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe bestimmt. Sie gilt deshalb nicht nur für die Rechtsanwendung im engeren Sinn, nämlich auf der Grundlage einer für den Einzelfall einschlägigen Rechtsvorschrift, sondern auch für die »richterrechtliche« Rechtsbildung anhand grundsätzlicher und übergreifender Rechtsregeln, wie im Bereich des Arbeitskämpfrechts<sup>8)</sup>. Auch hier ist es nicht Sache des Bundesarbeitsgerichts, Lösungswege im einzelnen vorzuzeichnen und sich an die Stelle der zur richterlichen Streitentscheidung berufenen Arbeitsgerichte zu setzen.

Im Streitfall hat die Bemessung des negatorischen Rechtsschutzes durch die angegriffenen Entscheidungen zur Folge, daß die Beschwerdeführer im Rahmen einer Tarifbewegung und eines Arbeitskämpfes auch dann rechtlich schutzlos bleiben, wenn die Gegenseite durch wi-

<sup>2)</sup> BAGE 28, 295 = DB 1977, 824 = AP Art. 9 GG Arbeitskämpf Nr. 51 mit Anm. von B. Rütters = SAE 1977, 233 mit Anm. von H. Konzen.

<sup>3)</sup> M. Heinze, NJW 1983, 2409/2412.

<sup>4)</sup> Neben den in Fußnote 2 zitierten Urteilsanmerkungen siehe bes.: Brox/Rütters, Arbeitskämpfrecht, 2. Aufl., 1982, RNrn. 152 ff. (in RNr. 156 schon zur Tarifrunde 1981); W. Glaubitz, DB 1982, 1514; P. Hanau, DB 1982, 377; ders., Handelsblatt vom 19. 12. 1984; M. Heinze, NJW 1983, 2409; M. Löwisch, BB 1982, 1373; E.-G. Mager, Arbeitsrecht der Gegenwart 15, 1978, S. 75/89, 92; Th. Mayer-Maly, BB 1981, 1774; E. Nickel, AuR 1977, 311/315; E. Picker, Ultima-ratio-Prinzip und Tarifautonomie, RdA 1982, 331; ders., Der Warnstreik, 1983; ders., DB 1985 Beilage 7; H. Seiler, in: Festschrift für das Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 583; ders., JZ 1983, 773, bes. S. 777; H. H. Wohlgemuth, AuR 1982, 201; K.-J. Bieback, AuR 1983, 361; W. Herschel, RdA 1983, 364; W. Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1982, S. 350, 374 f.

<sup>5)</sup> B. Rütters, Anm. zu AP Art. 9 Arbeitskämpf Nr. 51.

<sup>6)</sup> BVerfGE 67, 213/222 f.

<sup>7)</sup> BVerfGE 7, 198/204 f.; 18, 85/93; 30, 173/188, 196 f.; 34, 269/280; 42, 143/147 f.; 49, 304; 54, 129/135 f.; 60, 234/239 = DB 1982, 1609.

<sup>8)</sup> Für das Individualarbeitsrecht siehe BVerfGE 59, 231/256 f. = DB 1982, 1062.

derrechtliche Arbeitskämpfmaßnahmen die grundrechtlich gewährleistete Betätigungsfreiheit der Arbeitgeberkoalition und die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems beeinträchtigt. In dieser Hinsicht haben die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit den grundrechtlich gebotenen Schutz versagt. Ein Grundgedanke des rechtlich geordneten Arbeitskampfes ist es, daß er einer tariflichen Einigung und damit der Herbeiführung und dem zielbestimmten Ablauf von Tarifverhandlungen dienen soll. Damit ist vereinbar, ja dafür ist es sogar geboten, daß die Verhandlungen insofern von Druck und Gegendruck beeinflusst werden, als beide Seiten die Möglichkeit des Arbeitskampfes in Rechnung stellen müssen. Damit ist es jedoch nicht vereinbar, wenn die Verhandlungen unter dem Druck eines ins Werk gesetzten Arbeitskampfes geführt werden müssen, in dem nur die eine Seite Kampfmaßnahmen durchführen kann und in dem deshalb nur die andere Seite unter dem Druck eines stattfindenden Arbeitskampfes verhandeln muß.

## II. Die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) als Maßstab der richterlichen Rechtsbildung im Arbeitskämpfrecht

### 1. Das Richterrecht des BAG

Das Bundesarbeitsgericht hat seine den Unterlassungsanspruch des Arbeitgeberverbandes verneinende Entscheidung zuerst auf die Rechtsauffassung gestützt, daß die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Freiheit des Verbandes zu spezifisch koalitionsmäßiger Betätigung durch die Streikaktionen nicht berührt werde und daß die richterrechtlichen Grundsätze des Arbeitskämpfrechts nicht den Schutz der jeweils gegnerischen Koalition vor rechtswidrigen Arbeitskämpfmaßnahmen gegen ihre Mitglieder bezweckten. Der Senat bezieht sich hierfür auf sein Urteil vom 21. 12. 1982 zur Frage der Rechtmäßigkeit von Sympathiestreiks<sup>9)</sup>.

Diese Rechtsauffassung führt auf die Unterscheidung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe und Rechtsbildungsregeln nach Art. 9 Abs. 3 GG von den nur dem kollektiven Arbeitsrecht zuzurechnenden Grundsätzen des Arbeitskämpfrechts. Das einschlägige »Richterrecht« des Bundesarbeitsgerichts<sup>10)</sup> ist für die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht von einheitlicher Konsistenz<sup>11)</sup>. Es zerfällt in diejenigen Grundsätze, die unmittelbar als Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG anzusehen sind – und demnach als Inhalt grundrechtlicher Verhaltenspflichten eine koalitions-schützende Wirkung entfalten – und in diejenigen Grundsätze, die das Tarifvertragsgesetz oder sonstige Rechtsvorschriften des Tarifrechts oder des bürgerlichen Rechts auslegen und ergänzen und demnach ihrerseits verfassungsrechtlicher Prüfung unterliegen. Das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ist die »zentrale Verfassungsnorm des Arbeitskämpfrechts«, die »für den Arbeitskämpf zentrale Verfassungsbestimmung«; sie schützt den Arbeitskämpf insoweit als es für den Bestand und das Funktionieren der Tarifautonomie erforderlich ist<sup>12)</sup>.

Über den Richter und seine Zuständigkeit ist die verfassungsgesetzliche Grundnorm des Art. 9 Abs. 3 GG zur tatsächlich und umfassend wirksamen Basis des kollektiven Arbeitsrechts geworden; im Wege der »richterrechtlich ausgeführten Verfassung« ist eine »verfassungslegitimierte Rechtsbildung« entstanden<sup>13)</sup>. Daraus, daß die Rechtsprechung zum Arbeitskämpfrecht letztlich allein auf einem einzigen Artikel des Grundgesetzes, einem Verfassungsgrundsatz beruht<sup>14)</sup>, folgt nicht, daß die arbeitskämpfrechtlichen Grundsätze insgesamt Bestandteil des Bundesverfassungsrechts sind. Diese Grundsätze, die sich als eine fort-dauernd durch Gesetz und Richterrecht gebildete und fortgebildete arbeitsrechtliche Ordnung nach der Richtschnur des fort-dauernd zu verwirklichenden oder »auszufüllenden« Ordnungsauftrags des Art. 9 Abs. 3 GG auffassen lassen<sup>15)</sup>, stellen nicht lediglich Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts dar. Es sind im übrigen für die richterrechtliche Rechtsbildung im Arbeitskämpfrecht außer der Koalitionsfreiheit auch Grundsätze und Rechtsvorschriften des Gesetzesrechts und des sonstigen Arbeitsrechts maßgebend. Insbes. dient die Tarifautonomie als allgemeines Rechtsprinzip und als »Wegweiser« für die Rechtsfortbildung, auch dort wo sie nicht durch die Koalitionsfreiheit geschützt ist<sup>16)</sup>.

Das richterrechtliche Arbeitskämpfrecht gehört nur insoweit zur Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts, als es den Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung der Koalitionen umfaßt. Damit sind diejenigen Tätigkeiten, für welche die Koalitionen gegründet sind und die für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz und ihrer Funktion als unerläßlich betrachtet werden müssen, in den Inhalt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung aufgenommen<sup>17)</sup> und demnach Maßstab für die Prüfung der arbeitsrichterlichen Rechtsbildung. Im Hinblick auf das Ar-

beitskämpfrecht gehören jedenfalls der Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel, das Prinzip der Gleichgewichtigkeit oder Verhandlungspartizipation und das ultima-ratio-Prinzip, soweit sich in ihm die rechtliche Verfaßtheit des Arbeitskampfes ausdrückt, zum Inhalt und Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG<sup>18)</sup>.

### 2. Die Beziehung des Arbeitskämpfrechts zum Tarifrecht

Für die in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskämpf entwickelten Rechtsauffassungen ist die Kennzeichnung als »gesetzesvertretendes Richterrecht« gebraucht worden, auch durch das Gericht selbst. Diese mißverstehbare Charakterisierung ist in dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – zur Aussperrung relativiert worden<sup>19)</sup>. Das Gericht hebt gegenüber weitergehenden Deutungen hervor, daß ungeachtet der rechtsfortbildenden Funktion der Rechtsprechung, die gerade im Arbeitskämpfrecht offen zutage liege, die gerichtlichen Grundsatzentscheidungen keine Normen setzen. Der Richter, der eine »ungeregelte Frage« entscheiden müsse, sei nicht in dem Ausmaße wie der Gesetzgeber frei, sondern an die Wertentscheidungen der Rechtsordnung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). Er müsse seine Erkenntnisse auf der Grundlage geltender Normen legitimieren. Deshalb könne der Rang einer rechtsfortbildenden Grundsatzentscheidung innerhalb der Rechtsordnung nur nach der Rangstufe des Rechts bestimmt werden, das durch die Rechtsordnung (gemeint wohl: Rechtsprechung) ausgelegt oder ergänzt werde. »Richterrecht zum Bundesrecht ist Teil des Bundesrechts. Das gilt auch für das Arbeitskämpfrecht, das aus den Wertentscheidungen des Tarifrechts abzuleiten ist.«

Mit dieser Einschätzung und Zuordnung der richterrechtlichen Grundsätze des Arbeitskämpfrechts werden zugleich wesentliche sachliche Prämissen aufgedeckt. Das Gericht betont damit – konsequent – die kollektivrechtliche Eigenschaft des Arbeitskämpfrechts<sup>20)</sup>. Des weiteren wird das Arbeitskämpfrecht in eine klare – nämlich abhängige – Beziehung zum Tarifrecht gestellt<sup>21)</sup>. Das Aussperrungs-Urteil versteht diesen Zusammenhang, wie folgt: Das geltende die Tarifautonomie konkretisierende Tarifrecht setzt voraus, daß die sozialen Gegenspieler das Verhandlungsgleichgewicht mit Hilfe von Arbeitskämpfen herstellen und wahren können. Die Tarifautonomie ist »Grundlage der Aussperrungsbefugnis«. Tarifverträge sind dazu bestimmt, einen »tatsächlichen Machtausgleich« zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu schaffen. Sie bieten eine »materielle Richtigkeitsgewähr«. Der Arbeitskämpf wird im Tarifrecht »als Institution für die Tarifautonomie vorausgesetzt, weil sonst weder das Zustandekommen noch die inhaltliche Sachge-rechtigkeit tariflicher Regelungen gewährleistet wären«. Der Arbeitskämpf muß in unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem als ultima ratio zum Ausgleich sonst nicht lösbarer tariflicher Interessenkonflikte möglich sein. In der Arbeitsrechtswissenschaft besteht im wesentlichen Einigkeit darüber, »daß die grundgesetzlich gewährleistete Tarifautonomie gleichwertige Verhandlungschancen voraussetzt, und daß dem Arbeitskämpfrecht als Institution die Aufgabe zufällt, dieses Gleichgewicht der Kräfte herzustellen«. Inwieweit das Grundrecht der Koalitionsfreiheit über die Tarifautonomie hinaus auch eine bestimmte Kampf-führung verfassungsrechtlich gewährleistet, kann offen bleiben. Der Senat hat nur zu entscheiden, welche Folgen sich aus dem geltenden die Tarifautonomie konkretisierenden Tarifrecht für das Arbeitskämpfrecht ergeben. Inwieweit seine Erkenntnisse zur Disposition des Gesetzgebers stehen, also welcher gesetzgeberische Gestaltungsspielraum bei Beachtung des Art. 9 Abs. 3 GG verbleibt, ist nicht entscheidungserheblich.

<sup>9)</sup> DB 1983, 1098 = AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf = SAE 1983, 217 mit Anm. von M. Heinze.

<sup>10)</sup> Siehe bes. die Beschlüsse des Großen Senats BAGE 1, 291 und 23, 292 = DB 1955, 455 und 1971, 1061.

<sup>11)</sup> Dazu BVerfGE 38, 386/392 ff.; 59, 231/256 f. = DB 1982, 1062.

<sup>12)</sup> Brox/Rüthers, Arbeitskämpfrecht, 2. Aufl., 1982, RNrn. 78, 79, 84.

<sup>13)</sup> R. Scholz, Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 1972, 1771/1774.

<sup>14)</sup> O. R. Kiesel, AuR 1982, 137/141.

<sup>15)</sup> R. Scholz, Arbeitsverfassung. a.a.O., S. 1775.

<sup>16)</sup> Cl.-W. Canaris, Tarifdispositive Normen und richterliche Rechtsfortbildung, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1972, S. 199/210 f.

<sup>17)</sup> BVerfGE 28, 295/304; 38, 281/305; BAG DB 1979, 1185 = AP Nr. 29 zu Art. 9 GG mit Anm. von H. Konzen; BAG AP Nr. 30 zu Art. 9 GG mit Anm. von Th. Mayer-Maly.

<sup>18)</sup> Siehe R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 9, RNr. 318.

<sup>19)</sup> BAG DB 1980, 1266 = AP Nr. 64 zu Art. 9 Arbeitskämpf, A II 4.

<sup>20)</sup> Anders z. B. Cl.-W. Canaris, Tarifdispositive Normen a.a.O., S. 223, nach dessen Auffassung es bei den richterrechtlichen Rechtsnormen des Arbeitskämpfrechts der Materie nach in erster Linie um eine Fortbildung des Rechts der Vertragsverletzungen und der unerlaubten Handlungen geht.

<sup>21)</sup> Dies hebt M. Heinze, Der Warnstreik und die »Neue Beweglichkeit«, NJW 1983, 2409/2413 f. ebenfalls hervor.

### 3. Die Basis der kollektivrechtlichen Rechte und Pflichten

Die kollektivrechtlichen Rechte und Pflichten, zu denen das richterrechtliche Arbeitskampfrecht die Grundlage bietet, sind zum großen Teil aus Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts über »ungeregelte Fragen« hervorgegangen. Der Regelungsauftrag, der sich dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit für die Tarifautonomie und für ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem entnehmen läßt, ist hinsichtlich des Arbeitskammerrechts im wesentlichen nicht durch den Gesetzgeber erfüllt worden. Bei der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die »verfassungsrechtlichen Aspekte« der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zu prüfen, stellt sich damit auch die Frage, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, eine bestimmte Rechtsfolge – hier die Zuerkennung eines Unterlassungsanspruches einer Koalition gegen eine gegnerische Koalition im Hinblick auf zukünftige Arbeitskammermaßnahmen – ungeachtet des Fehlens einer eindeutigen Grundlage in einem Gesetz durch richterliche Entscheidung auszusprechen. Denn aus der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht ergeben sich Grenzen, die der schöpferischen Rechtsfindung des Richters gezogen werden müssen<sup>22</sup>). Der durch eine derartige Entscheidung rechtlich beschwerte Prozeßbeteiligte hat einen grundrechtlichen Anspruch darauf, daß die rechtsstaatlichen Grenzen richterrechtlicher Rechtsfindung eingehalten werden (Art. 2 Abs. 1 GG in Verb. mit Art. 20 Abs. 2 und 3 GG). Das gilt auch für das richterrechtliche Arbeitskammerrecht<sup>23</sup>). Da die richterrechtliche Rechtsbildung hier in unmittelbarer Auswirkung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit erfolgt, könnte als sachnähere verfassungsrechtliche Grundlage des Anspruchs auf Art. 9 Abs. 3 GG in Verb. mit Art. 20 Abs. 2 und 3 GG abgestellt werden.

Ein nur abstrakt in Erwägung zu ziehender Gesetzesvorbehalt für die wesentlichen Bestandstücke des Arbeitskammerrechts kann im Streitfall den Arbeitgeberverbänden nicht entgegengehalten werden. Die Gerichte sind an der Anerkennung eines Unterlassungsanspruches zur Sicherung der Koalitionsfreiheit gegen eine rechtswidrige Störung durch Dritte hier jedenfalls schon wegen der allgemeinen Anspruchsgrundlagen für den negatorischen oder quasinegatorischen Rechtsschutz (§§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB) nicht gehindert. Solange im übrigen die richterrechtliche Bildung und Fortbildung des Arbeitskammerrechts für zulässig gehalten wird, kann die Anerkennung eines koalitionsrechtlichen Unterlassungsanspruches in Rücksicht auf die kollektivrechtlichen Rechte und Pflichten des Arbeitskammerrechts nicht von einer ausdrücklichen Regelung durch Gesetz abhängig sein. Es ist die Aufgabe der Rechtsprechung, den negatorischen Rechtsschutz der Betätigungsfreiheit der Koalitionen im Rahmen der gegenläufigen kollektivrechtlichen Rechtsbeziehungen des Arbeitskammerrechts zu gewährleisten. Das müßte selbst dann gelten, wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – einen verfassungsrechtlichen Regelungsauftrag für das Arbeitskammerrecht zu Lasten des Gesetzgebers annehmen würde. Denn durch Art. 20 Abs. 3 GG ist die schöpferische Lückenfüllung nicht nur auf der Grundlage einer richtungweisenden Generalklausel verfassungsrechtlich legitimiert, sondern auch in Bereichen, in denen der Gesetzgeber seinem Regelungsauftrag bisher nicht nachgekommen ist<sup>24</sup>).

Mit der verfassungsrechtlichen Anerkennung der rechtsbildenden und rechtsfortbildenden Aufgabe des Richters korrespondiert notwendig die dem Richter im Rahmen der Rechtsprechungsaufgabe auferlegte Bindung an Gesetz und Recht, die strengere Grenzen zur Folge hat, als sie vom Gesetzgeber zu achten sind, der im Unterschied zum Richter über politische Gestaltungsfreiheit verfügt<sup>25</sup>). Das Bundesarbeitsgericht hat diesen Punkt in der Entscheidung zur Aussperrung, wie oben gezeigt, ausdrücklich unterstrichen. Als gewissermaßen »innere« Grenze richterrechtlicher Rechtsfortbildung müssen rechtsstaatliche Anforderungen an die Konsistenz und Folgerichtigkeit der entwickelten Rechtsauffassungen angesehen werden. Diesen Anforderungen muß dort besonderes Gewicht zukommen, wo die Basis der Rechte und Pflichten maßgeblich richterrechtlich geprägt ist, wie im Arbeitskammerrecht.

### 4. Die koalitionserschützende Wirkung der arbeitskammerrechtlichen Grundsätze

Das Bundesarbeitsgericht hat den von ihm entwickelten Grundsätzen des Arbeitskammerrechts eine koalitionserschützende Wirkung schlechthin abgesprochen, also auch insoweit als der Kernbereich der Koalitionsfreiheit berührt wäre<sup>26</sup>). Diese Rechtsauffassung birgt einen inneren Widerspruch. Die besondere Stellung der Koalitionen im Tarifvertragssystem und im Arbeitskammerkampf und die gerade vom Bundesarbeitsgericht zur Geltung gebrachte kollektivrechtliche Ordnung des Arbeitskammerrechts müssen folgerichtig zur Anerkennung eines koalitionsrechtlichen Anspruches einer Koalition gegen die gegnerische Koalition auf Unter-

lassung widerrechtlicher Arbeitskammermaßnahmen führen, soweit der Rechtsverstoß des Tarifgegners gerade aus der Verletzung koalitionsrechtlicher Schutznormen entsteht. Die Rechtsordnung kann nicht auf der einen Seite den Koalitionen Aufgaben und Befugnisse der Tarifautonomie und des Arbeitskammerkampfes im Rahmen eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems zuweisen, den Koalitionen aber auf der anderen Seite den Schutz durch geeignete Ansprüche versagen, wenn die koalitionsrechtliche Rechtsstellung durch widerrechtliche Arbeitskammermaßnahmen der gegnerischen Koalition verletzt wird.

Die hier zu betrachtenden Entscheidungen beziehen sich für die Rechtsauffassung, daß dem Arbeitgeberverband aus eigenem Recht kein gesetzlicher Anspruch gegen die Gewerkschaft auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitskammerkämpfe zustehe, auf das Urteil des Senats vom 21. 12. 1982 zur Frage der Rechtmäßigkeit von Sympathiestreiks. Dort war gesagt worden, daß die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Freiheit des Klägers als Arbeitgeber-Koalition zu spezifisch koalitionsmäßiger Betätigung durch die umstrittenen Aufrufe der beklagten Gewerkschaft nicht berührt worden sei. Die richterrechtlichen Grundsätze zum Arbeitskammerrecht bezweckten nicht den Schutz der jeweils gegnerischen Koalition vor rechtswidrigen Arbeitskammermaßnahmen gegen ihre Mitglieder und könnten deswegen von der Koalition nicht als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen werden. »Die richterrechtlichen Grundsätze zum Arbeitskammerrecht schreiben nicht in Form von Geboten oder Verboten ein bestimmtes Verhalten zum Schutz bestimmter Individualinteressen vor. Vielmehr geben sie nur die Voraussetzungen an, unter denen trotz bestehender arbeitsvertraglicher Bindungen die kollektive Verweigerung der vertraglich vereinbarten Arbeitsleistung (Streik) oder deren Entgegennahme (Aussperrung) keine rechtswidrige Verletzung des Arbeitsvertrages ist, sondern um der grundsätzlich im Kern gewährleisteten und durch das TVG konkretisierten Tarifautonomie willen als rechtmäßig angesehen werden muß.«

Die arbeitskammerrechtlichen Grundsätze werden damit im Widerspruch zu dem kollektivrechtlichen Charakter des Arbeitskammerrechts und unter unzutreffender Berücksichtigung der Verfassungsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG allein als Element der Rechtsbeziehungen zwischen dem streikenden Arbeitnehmer und seiner Gewerkschaft zu dem bestreikten Unternehmen eingeordnet. Der Senat bleibt bei der Berücksichtigung der kollektivrechtlichen Rechtfertigung der Arbeitsverweigerung im Einzelarbeitsverhältnis stehen. Konstitutiv für die Grundsätze des Arbeitskammerrechts seit dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28. 1. 1955 ist aber, daß die kollektivrechtliche »Legitimität« des gewerkschaftlichen Streiks der Gesamttaktion ihr entscheidendes rechtliches Gepräge gibt. Dem Kollektivhandeln, dessen Rechtmäßigkeit die Rechtsordnung selbständig bestimme, stünden im Arbeitskammerkampf nur die besonderen (TVG) und allgemeinen (§§ 823, 826 BGB) kollektiven Verhaltenspflichten, nicht aber arbeitsvertragliche Pflichten entgegen, da diese grundsätzlich nur individuelles Handeln bestimmen wollten<sup>27</sup>).

Die Bestimmungsgründe für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Arbeitskammermaßnahmen leiten sich aus dem Schutz des von den Maßnahmen betroffenen Kampfgegners ab, im Falle des Streiks von den beeinträchtigten Rechten des Arbeitgebers, doch liegt darin nicht der einzige Rechtsgrund. In dem Beschluß vom 21. 4. 1971 rechtfertigt der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts<sup>28</sup>) die Auffassung, daß Arbeitskammermaßnahmen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen, damit, daß in unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskammerkampf unmittelbar Beteiligten berühren, sondern vielfach nachhaltig auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit. Eine der daraus sich ergebenden Folgerungen sei: Arbeitskammerkämpfe dürften nur insoweit

<sup>22</sup>) BVerfGE 34, 269/285, 288; 65, 182/190 ff. = DB 1984, 189.

<sup>23</sup>) Dazu J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 80 ff.; G. F. Schuppert, AöR 103, 1978, S. 43/57; G. Müller, JuS 1980, 627.

<sup>24</sup>) H. Heußner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht, in: Festschrift für M. L. Hilger und H. Stumpf, 1983, S. 317/318 (unter beispielhafter Erwähnung des Arbeitskammerrechts). – Solange z. B. der Gesetzgeber auf die Normierung der Voraussetzungen für die Gewerkschaftseigenschaft und die Tariffähigkeit im einzelnen verzichtet hat, sind die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit befugt, die unbestimmten Rechtsbegriffe im Wege der Auslegung des TVG im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG auszufüllen, also die Voraussetzungen für die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmer-Koalition näher zu umschreiben (BVerfGE 58, 233/248). Diese rechtsbildende Aufgabe und Vollmacht der Arbeitsgerichte wird nicht durch einen Gesetzesvorbehalt beschnitten (zu der möglicherweise anderen Auffassung des Zweiten Senats in BVerfGE 57, 220/248 siehe H. Heußner, Richterrecht a.a.O., S. 327 f. und H. Seiter, AöR 109, 1984, S. 88/100).

<sup>25</sup>) Vgl. Cl.-W. Canaris, Tarifdispositive Normen, a.a.O., S. 202 f., 211.

<sup>26</sup>) Der Senat verweist nur für außerhalb des Arbeitskammerkampfes mögliche Rechtsbeeinträchtigungen auf einen koalitionsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

<sup>27</sup>) BAGE 1, 291/303 ff. = DB 1955, 455.

<sup>28</sup>) BAGE 23, 292 = DB 1971, 1061.



eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich seien. Jede Arbeitskampsmaßnahme dürfe ferner nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf müsse also das letzte mögliche Mittel (ultima ratio) sein. An diesen Gedanken knüpft der Erste Senat in dem Aussperungsurteil vom 10. 6. 1980 an, in unmittelbarem Anschluß an die allgemeine Wendung: »Der Arbeitskampf wird ... als Institution für die Tarifautonomie vorausgesetzt, weil sonst weder das Zustandekommen noch die inhaltliche Sachgerechtigkeit tariflicher Regelungen gewährleistet wären.«

Es sind die im Tarifvertragssystem gegenläufig verbundenen Koalitionen, denen die Aufgabe zukommt, diesen Anforderungen gerecht zu werden und denen dementsprechend kollektivrechtliche Rechte und Pflichten zugeordnet sind. Zu deren Rechtsgrund gehört das Gebot der Verhältnismäßigkeit, soweit es die Bedingung eines rechtlich verfaßten und funktionsfähigen Tarifvertragssystems ist. Dazu gehört weiter der Grundsatz der Verhandlungsparität, beruhend auf dem Gedanken der Gleichgewichtigkeit der beiden Seiten in der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung, die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist<sup>29)</sup>.

### III. Die koalitionsrechtliche Schutzpflicht des Staates (als Gesetzgeber oder Richter) und die Rechtsstellung der Koalitionen in der Kampf- und Ausgleichsordnung des Tarifvertragssystems

#### 1. Unterlassungsanspruch aufgrund der staatlichen Schutzpflicht

Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit schließt die Gewährleistung der Tarifautonomie der Koalitionen ein: Der Staat muß als Gesetzgeber und als Richter die Tarifautonomie schützen und ihre Ausübung ordnen. Art. 9 Abs. 3 GG räumt den geschützten Personen und Vereinigungen nicht mit Verfassungsrang einen inhaltlich unbegrenzten und gesetzlich unbegrenzten Handlungsspielraum ein; er ist die Garantie eines »Kernbereichs koalitionsmäßiger Betätigung«<sup>30)</sup>. Für Tarifautonomie und Arbeitskampsfreiheit gehört es zur »Koalitionsmäßigkeit« ihrer Ausübung, daß diese sich in die Bedingungen eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems einfügt. Die Koalitionsfreiheit erfüllt ihren vorausgesetzten Sinn nur, wenn die Rechtsordnung den Koalitionen auch die Erreichung ihres in Art. 9 Abs. 3 GG bezeichneten Zweckes, nämlich die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern, gewährleistet. Das geschieht dadurch, daß sie den Koalitionen das Recht gibt, »diesen Zweck durch spezifisch koalitionsgemäße Betätigung zu verwirklichen«<sup>31)</sup>. Der verfassungsrechtliche Schutz greift ein, wenn eine Betätigung so wesentlich ist, daß ohne sie »die im öffentlichen Interesse den Koalitionen übertragene Aufgabe, im Verein mit dem sozialen Gegenspieler das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden«, nicht erfüllt werden kann<sup>32)</sup>. Dazu gehört das »sinnvolle Funktionieren der Tarifautonomie«<sup>33)</sup>. »Den frei gebildeten Koalitionen ist durch Art. 9 Abs. 3 GG die im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zugewiesen und in einem Kernbereich garantiert, insbesondere Löhne und sonstige materielle Arbeitsbedingungen in einem von staatlicher Rechtsetzung freigelassenen Raum in eigener Verantwortung und im wesentlichen ohne staatliche Einflußnahme durch unabdingbare Gesamtvereinbarungen sinnvoll zu ordnen ...« Der Gesetzgeber hat den Koalitionen auf der Grundlage dieser historisch gewachsenen Bedeutung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit im Tarifvertragsgesetz das Mittel des Tarifvertrages an die Hand gegeben, »damit sie die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens verwirklichen können«<sup>34)</sup>. Die einzelnen rechtlichen Ausgestaltungen sind »in den größeren Zusammenhang des durch Art. 9 Abs. 3 GG maßgeblich gestalteten Lebensbereichs der Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« zu stellen<sup>35)</sup>.

Die Abwehr von Beeinträchtigungen der verfassungsmäßigen Rechtsstellung der Koalitionen seitens der öffentlichen Gewalt erschöpft die Schutz- und Ordnungsfunktion der Koalitionsfreiheit nicht. Das Grundrecht sichert die Koalition auch gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen ihres Bestandes und ihres koalitionsmäßigen Wirkens seitens privater Mächte und konkurrierender Organisationen. Dementsprechend ist im Hinblick auf die koalitionsrechtliche Stellung der Gewerkschaften anerkannt worden, daß sich auch das Verfahrensrecht dem von der Verfassung geforderten Schutz nicht versagen darf. Es muß den Gewerkschaften die Möglichkeit eröffnen, die Gerichte zum Schutz gegen zivilrechtlich unerlaubte Störungen ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit

anzurufen<sup>36)</sup>. Über diese speziellere Anwendung hinaus wird aus der Koalitionsfreiheit zu folgern sein, daß die Rechte, die den Koalitionen durch die Rechtsordnung zur Erfüllung ihrer koalitionsmäßigen Aufgaben zugewiesen werden, auch zu Händen der Koalitionen mit der Willensmacht ausgestattet sein müssen, die ihre Verteidigung gegen eine widerrechtliche Beeinträchtigung ermöglicht. Bei Anerkennung dieses Auslegungsgedankens der staatlichen Schutzpflicht folgt aus der privatrechtsgestaltenden Wirkung der Koalitionsfreiheit, daß die Rechtsordnung den Koalitionen zur Verteidigung ihrer grundrechtlich geschützten Rechtsposition einen Unterlassungsanspruch zur Verfügung stellen muß. Ein derartiger koalitionsrechtlicher negatorischer oder quasinegatorischer Schutzanspruch könnte nach dem Rechtsgedanken des § 1004 Abs. 1 BGB darin bestehen, daß die verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB oder daß die zugrunde liegende Verfassungsnorm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anerkannt werden. Andernfalls würde sich die kollektivrechtliche Rechtsstellung der Koalition im Rahmen des Tarifvertragssystems als eine *lex imperfecta* erweisen, da sie ohne eine erzwingbare Verhaltenspflicht des Tarifgegners behauptet werden müßte. Wenn eine Arbeitskampsmaßnahme Grundsätze des Arbeitskampsrechts verletzt, die auch oder nur zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems mit leistungsfähigen Koalitionen als Gegenspielern dienen, ist sie koalitionsrechtlich rechtswidrig. Ein Streik, der die Arbeitskampsrechtlichen Grundsätze mißachtet, ist eine nicht koalitionsmäßige Wahrnehmung der Arbeitskampsfreiheit, nicht nur eine widerrechtliche Störung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes des bestreikten Unternehmens. Im Falle der Streikaktionen in Form der »Neuen Beweglichkeit« muß über den Verstoß gegen die Grundsätze des Arbeitskampsrechts hinaus ein Eingriff in die zum Kernbereich der Koalitionsbetätigung des gegnerischen Arbeitgeberverbandes gehörenden Rechte angenommen werden. Das Bundesarbeitsgericht durfte dem Arbeitgeberverband nicht schlechthin negatorischen Schutz versagen<sup>37)</sup>.

#### 2. Erheblichkeit der Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes

Die als Erscheinungsform der Koalitionsfreiheit gewährleistete Tarifautonomie bedarf von vornherein gesetzlicher Ausgestaltung. Dazu gehört die Schaffung der Rechtsinstitute und Normenkomplexe, die erforderlich sind, um die grundrechtlich gesicherte Freiheit ausüben zu können. Für den Gesetzgeber und in engeren Grenzen für den Richter besteht ein weiter Spielraum der Ausgestaltung. Direktive und Grenze dieser gesetzlichen oder richterrechtlichen Regelungsbefugnis ist der Kernbereich der Tarifautonomie: »Die Garantie eines gesetzlich geregelten und geschützten Tarifvertragssystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG sein müssen«<sup>38)</sup>. Die Tarifautonomie und die – auf die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems bezogene – Arbeitskampsfreiheit der Koalitionen sind nur in gegenläufiger Verbundenheit rechtlich existent und geformt, nicht als je für sich bestehende Freiheitsrechte der Koalitionen der einen oder der anderen Tarif- und Arbeitskampspartei. Beiden Seiten der kollektivrechtlichen Grundbeziehung kommt eine in der gegenläufigen antagonistischen Ordnung des Tarifvertragssystems zu bewährende Verantwortung für die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu. Das Koalitionsrecht als Kernstück des Tarifvertragssystems und des Arbeitskampsrechts ist notwendig eine Autonomie – oder bei schärfer individualrechtlicher Beleuchtung: ein Freiheitsrecht – beider Seiten<sup>39)</sup>. Es umfaßt verfassungs- und kollektivrechtliche Grundsätze und Normen, aus denen – entgegen der Annahme des Bundesarbeitsgerichts – gegenseitige Rechte und Pflichten der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerkoalition entspringen.

Die kaum zu überschätzende Leistung des Bundesarbeitsgerichts in der Entwicklung der richterrechtlichen Grundsätze des Arbeitskampsrechts

<sup>29)</sup> BAG DB 1980, 1266 = AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskamps, A 1 2 b, 3 c. – Der selbständige koalitionsrechtliche Status der Arbeitskampsparteien wird dadurch belegt, daß das BAG den Koalitionen die Möglichkeit nahegelegt hat, tarifvertragliche Arbeitskampsregeln aufzustellen (BVerfGE 23, 292/307 = DB 1971, 1061).

<sup>30)</sup> BVerfGE 38, 386/393; 50, 290/368 f. = DB 1979, 593; 58, 233/247 f. = DB 1982, 231.

<sup>31)</sup> BVerfGE 18, 18/26.

<sup>32)</sup> BVerfGE 18, 18/27.

<sup>33)</sup> BVerfGE 18, 18/30.

<sup>34)</sup> BVerfGE 44, 322/340 f. = DB 1977, 1510.

<sup>35)</sup> BVerfGE 44, 322/340 = DB 1977, 1510.

<sup>36)</sup> BGHZ 42, 210/217. Siehe auch BAGE 21, 201 = DB 1969, 621.

<sup>37)</sup> Zum Grundproblem *Cl.-W. Canarias*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 1984, S. 201/225 ff.; zum Streitfall selbst *M. Heinze*, SAE 1983, 224/227 ff.; *ders.*, NJW 1983, 2409/2416 f.

<sup>38)</sup> BVerfGE 50, 290/368 f. = DB 1979, 593; 58, 233/247 = DB 1982, 231.

<sup>39)</sup> *R. Scholz*, Die Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers, ZFA 11, 1980, S. 357/358 f.

ist die Anerkennung und zugleich die rechtliche Ordnung des Arbeitskampfes nach den Leitlinien der Tarifautonomie und der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG. Dabei ist nicht außer acht geblieben, daß Art. 9 Abs. 3 GG ein Freiheitsrecht ist und – den Koalitionen – eine autonome und damit im Grundsatz eigenverantwortliche Bestimmungsmacht über die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zuweist. Die »sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens«, um die es Art. 9 Abs. 3 GG geht, kann auf verschiedenen Wegen angestrebt werden. Einer der Wege sind »Gestaltungen, die, wie das Tarifsystem, durch die Grundelemente der Gegensätzlichkeit der Interessen, des Konflikts und des Kampfes bestimmt sind«<sup>40)</sup>. Daraus kann geschlossen werden, daß auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts das funktionsfähige Tarifvertragssystem eine geeignete Ordnung des Arbeitskampfes einschließt, jedenfalls solange die mit dem Tarifvertragsgesetz getroffene Grundentscheidung fortbesteht<sup>41)</sup>. Damit ist aber im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG die Entscheidung dafür gefallen, daß der Gesetzgeber und der an der Rechtsbildung mitwirkende Richter den Koalitionen ein funktionsfähiges Arbeitskampsystem mit denjenigen privatrechtlichen Arbeitskampsformen zur Verfügung zu stellen haben, die geeignet und erforderlich sind, um den Zweck der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in einem potentiell gleichgewichtigen Prozeß der Auseinandersetzung wirksam verfolgen zu können<sup>42)</sup>.

Der Ausformung des Arbeitskampfrechts ist der Grundsatz der Freiheit der Kampfmittel vorgegeben, der die freie Auswahl unter bestehenden Kampfmitteln und das Recht zur Ausbildung neuer Kampfmittel umfaßt<sup>43)</sup>. Wie die Begründung der Arbeitskampsfreiheit aus der Koalitionsfreiheit ergibt, ist die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems eine immanente Bindung der Freiheit der Kampfmittel. Allein die den Koalitionen verfassungs- und kollektivrechtlich zugewiesene Aufgabe, Tarifverträge auszuhandeln, Tarifnormen zu setzen und damit die Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens autonom zu sichern, rechtfertigt die Institution des Arbeitskampfes. Es kann unter diesen Umständen koalitionsrechtlich nicht unerheblich sein, ob ein Arbeitskampf rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Denn ungeachtet der Arbeitskampsfreiheit kann die konkrete Arbeitskampfmäßigkeit nur erlaubt sein, wenn sie im Rahmen des Tarifvertragssystems zur Erfüllung der koalitionsmäßigen Aufgabe notwendig ist. Darin liegt eine Schwelle für die aus übergeordneten Gründen zugelassene Schädigung des von einem Streik betroffenen Unternehmens und des von einer Aussperrung betroffenen Arbeitnehmers. Darin liegt aber auch eine kollektivrechtlich erhebliche Schwelle in Rücksicht auf die Stellung und Aufgabe der gegnerischen Koalition in den gegenseitigen kollektivrechtlichen Beziehungen. Es bedeutet eine die Auswirkung der Verfassungsgarantie ignorierende Beschränkung der Beurteilung, wenn das Bundesarbeitsgericht allein auf ein gewissermaßen wertfrei zu sehendes »druckfreies Verhandeln« abstellt. Es kann nicht anerkannt werden, daß deswegen, weil jede Tarifbewegung unter dem »Druck« möglicher Arbeitskämpfe stattfindet, offen bleiben könne, ob im Einzelfall dieser Druck auf eine rechtmäßige oder eine rechtswidrige Arbeitskampfmäßigkeit zurückgeht<sup>44)</sup>.

### 3. Kein Verhandlungsgleichgewicht bei Zulassung der Streiks der »Neuen Beweglichkeit«

Die »nach Plan und Konzept« geführten Streiks der »Neuen Beweglichkeit« sind ein von Warnstreiks verschiedenes Mittel des Arbeitskampfes, dessen Wirkungen zu Lasten der gegnerischen Arbeitgeberkoalition und für die Gleichgewichtigkeit des Tarifvertragssystems durch das Bundesarbeitsgericht zu Unrecht außer acht gelassen worden sind<sup>45)</sup>. Die Anerkennung derartiger Streikaktionen als erlaubte Arbeitskampfmäßigkeit stellt tatsächlich die Zulassung eines neuen Mittels des Arbeitskampfes dar, das allerdings nicht ohne inneren Widerspruch aus den richterrechtlichen Grundsätzen des Arbeitskamps abgeleitet werden konnte und auch im Grundsatz der Arbeitskampsfreiheit keine Rechtfertigung findet. Der einen Seite wird ein Kampfmittel in die Hand gegeben, dem die andere Seite im Rahmen der Kampf- und Ausgleichsordnung des Tarifvertragssystems nicht in einer koalitionsgemäßen Weise entgegentreten kann. Das Verhandlungsgleichgewicht muß sich dadurch wesentlich zugunsten der Gewerkschaft verschieben. Die der Arbeitgeberkoalition durch die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts auferlegte Wehrlosigkeit während der Tarifverhandlungen, die eine Folge der zugelassenen Durchbrechung des ultima-ratio-Prinzips ist, ist eine Ungleichbehandlung ohne sachliche Rechtfertigung (Art. 3 Abs. 1 GG) und eine ohne verfassungsrechtlich billigen Grund erfolgende Versagung des grundrechtlichen Schutzes, mit der zugleich die verfassungsrechtlich intendierte autonome Ordnung des Tarifvertragssystems gestört wird (Art. 9 Abs. 3 GG).

Das ultima-ratio-Prinzip und der Grundsatz der Verhandlungsparität sind wesentliche Elemente der rechtlichen Verfaßtheit des Arbeitskampfrechts und Bedingungen eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems. Das Bundesarbeitsgericht zieht einen Trennungsstrich zwischen arbeitskampfrechtlichen Rechtsregeln die – wie das ultima-ratio-Prinzip – den Zeitpunkt betreffen, zu dem Kampfmaßnahmen eingeleitet werden dürfen, und Rechtsregeln, die sich – wie das Übermaßverbot – auf die Durchführung des Arbeitskampfes beziehen. Es erkennt, mit deutlicher Betonung, an, daß die Chance, gleichgewichtig verhandeln zu können, Voraussetzung für ein funktionierendes Tarifvertragssystem ist. Der Notwendigkeit, das Verhandlungsgleichgewicht zu sichern, ordnet es das Übermaßverbot zu, nicht jedoch das ultima-ratio-Prinzip. Diese begrifflichen Abgrenzungen leuchten insoweit ein, als dem ultima-ratio-Prinzip eine selbständige rechtliche Bedeutung zugemessen wird. Die weitere Folgerung aber, daß der Zeitpunkt, der über die Öffnung zur Ausübung der Arbeitskampsfreiheit entscheidet, für das Verhandlungsgleichgewicht nicht von Bedeutung sei, läßt die Erfordernisse gleichgewichtigen Verhandeln außer acht. Denn diese Folgerung läßt zu, daß beide Seiten verhandeln, nur die eine Seite aber zugleich auch Kampfmaßnahmen durchführen darf. Das Gleichgewicht zwischen den Tarifparteien beruht auch darauf, daß beide Seiten in gleicher Weise auf den Arbeitskampf als ultima-ratio zurückgreifen können<sup>46)</sup>. Während der Tarifverhandlungen aber müssen »möglichst gleiche Verhandlungschancen« bestehen<sup>47)</sup>. Die Einschätzung des Bundesarbeitsgerichts, daß die aus dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf koalitionsmäßige Betätigung fließende Befugnis des Arbeitgeberverbandes, »den Abschluß eines Tarifvertrags mit einem bestimmten Inhalt abzulehnen«, nicht verletzt werde, »wenn die Gewerkschaft durch Arbeitskampsmaßnahmen oder nur durch die Androhung solcher Maßnahmen Druck auf den Kläger ausübt, um dessen Entscheidung zu beeinflussen«<sup>48)</sup>, beruht auf einer Verkennung des Inhalts und der Voraussetzungen der Tarifautonomie. Für eine freie Ausübung der Tarifautonomie und für ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem kann es nicht genügen, daß die bezeichnete »Befugnis« der Arbeitgeberkoalition fortbesteht, wenn doch ihre Ausübung sich ohne geeignete Verteidigungsmöglichkeit, also wehrlos, den Arbeitskampsmaßnahmen der Gegenseite ausgesetzt sieht. Die Situation, daß Tarifverhandlungen von beiden Seiten der Möglichkeit oder der Androhung eines Arbeitskampfes unterliegen – was ihrem Scheitern entgegenwirken soll –, kann schlechterdings nicht mit der Situation gleichgesetzt werden, daß während der Verhandlungen und ohne daß auch nur Anhaltspunkte für ein Scheitern bestehen, die Entscheidung des Gegners durch einen Arbeitskampf beeinflusst werden soll.

Ob Tarifverhandlungen stattfinden oder ob sie gescheitert sind, weil die eine oder die andere Seite oder beide Seiten die Verhandlungen für gescheitert erklären, ist eine richterlicher Feststellung und Beurteilung zugängliche Frage. Deren Beantwortung zum rechtlichen Kriterium für die Beachtung oder Nichtbeachtung des ultima-ratio-Prinzips zu machen, führt nicht zu einer richterlichen »Tarifkontrolle«<sup>49)</sup>. Denn der Richter muß nicht prüfen, ob die Verhandlungen aus hinreichendem sachlichen Grund für gescheitert erklärt und ob alle Verständigungsmöglichkeiten jenseits des Arbeitskampfes ausgeschöpft worden sind.

Auch wenn man annimmt, daß die Verfassung die Verweisung auf das gelindeste zielführende Mittel nicht so weit festlegt, daß man behaupten

<sup>40)</sup> BVerfGE 50, 290/371 = DB 1979, 593.

<sup>41)</sup> Vgl. H. Seiter, AöR 109, 1984, S. 88/127.

<sup>42)</sup> R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 9, RNr. 312; H. Seiter, in: Festschrift für das Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 583/591.

<sup>43)</sup> BVerfGE 18, 18/29 ff.; 50, 290/368; 58, 233/247 = DB 1982, 231; R. Scholz, Art. 9 a.a.O., RNr. 298, 311.

<sup>44)</sup> Das Argument des Bundesarbeitsgerichts lautet: »Der auf den Arbeitgeberverband mittelbar über die arbeitskampfbetroffenen Mitgliedsfirmen ausgeübte Druck, einer bestimmten Forderung der Gewerkschaft nachzugeben, ist in gleicher Weise bei einem rechtmäßigen wie bei einem rechtswidrigen Streik gegeben. Der Umstand, daß von rechtswidrigen Streiks betroffene Mitgliedsfirmen eigene Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen die Gewerkschaft haben, ist allenfalls geeignet, den Druck auf den Arbeitgeberverband in seiner Intensität abzumildern, nicht aber diesen zu verstärken. Deshalb wird durch einen rechtswidrigen Streik das Recht des Arbeitgeberverbandes auf koalitionsmäßige Betätigung und damit das Recht auf Ablehnung einer bestimmten Tarifforderung nicht stärker berührt als bei einem rechtmäßigen Streik. Auch der rechtswidrige Streik richtet sich nicht gegen Bestand und Betätigung des Arbeitgeberverbandes, er setzt dessen Anerkennung und Vorhandensein vielmehr voraus ... Er ist nicht darauf gerichtet, das Recht auf koalitionsmäßige Betätigung zu verletzen und zu gefährden« (Urteil vom 12.9.1984 – 1 AZR 388/83 –, A I 2 b).

<sup>45)</sup> Siehe oben unter I 3 und 4. – Brox/Rüthers, Arbeitskampsrecht, 2. Aufl., 1982, RNr. 156; M. Heinze, NJW 1983, 2409/2411 f.; M. Löwisch, BB 1982, 1373/1374 ff.; Th. Mayer-Maly, BB 1981, 1774; E. Nickel, AuR 1977, 311/315; H. Seiter, JZ 1983, 773/777.

<sup>46)</sup> R. Richardi, Richterrecht und Tarifautonomie, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, 1971, S. 269/278, 294 ff.

<sup>47)</sup> BAG 23, 292/308 = DB 1971, 1061.

<sup>48)</sup> BAG, Urteil vom 29.1.1985 – 1 AZR 158/84 –.

<sup>49)</sup> Siehe demgegenüber den Bericht über einen Vortrag des Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts in F. A. Z. vom 9.11.1984.

könnte, »eine Auflockerung des Prinzips der ultima ratio würde der Verfassung widersprechen«<sup>50)</sup>, muß doch bei der auch vom Bundesarbeitsgericht geforderten Gesamtbetrachtung, bei der »die Arbeitskämpfmaßnahme insgesamt als Einheit zu sehen und zu werten ist«, die Bedeutung des ultima-ratio-Prinzips für die verfassungsrechtlich gebotene Gewährleistung eines funktionsfähigen Tarifvertragssystems mit leistungsfähigen Koalitionen als Gegenspielern zur Geltung kommen. Die Frage, wie die Rechtsordnung die Fähigkeit zum Abschluß von Verträgen zu ordnen und die Bedingungen des Vertragsschließens zu beeinflussen hat, um der Vertragsfreiheit ihren Lauf lassen zu können, ohne daß im typischen Durchschnitt der Fälle mit ungerechten, mangelhaft ausgeglichenen Vertragsinhalten zu rechnen ist, bildet ein charakteristisches Regelungsproblem des Vertragsrechts. Beim Tarifvertrag kommt hinzu, daß er mit seinem normativen Teil einen Vorgang der Rechtserzeugung betrifft, der in die Hand einer autonomen Regelung durch die

Koalitionen gelegt ist, und daß die staatliche Anerkennung dieser nicht-staatlichen Rechtserzeugung hinreichende Garantien dafür voraussetzt, daß auf diesem Wege gerechte und für die Allgemeinheit erträgliche Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zustande kommen können. Bei diesen Erwägungen ergibt sich als Grundlinie der Parität der Tarifparteien im allgemeinen und der Kampfparität im besonderen, daß die öffentliche Gewalt, insbesondere der Gesetzgeber auf möglichst gleiche (gleichwertige) Verhandlungschancen der Tarifparteien zu achten und zu gewährleisten hat, daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch Druck und Gegendruck zum Abschluß von ausgehandelten Tarifverträgen und damit zu einer kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen kommt.

<sup>50)</sup> Th. Mayer-Maly, Die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für das kollektive Arbeitsrecht, ZFA 11, 1980, S. 473/484.