

Zeitschrift für Arbeitsrecht

Begründet
von RA Hermann Franke †

herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. Gerhard Boldt, Kassel
LAGPräs. i. R. Hans-Joachim Darwig, Hamm
RA Dr. Ernst-Gerhard Erdmann, Köln
Prof. Dr. Hans Galperin, Bremen
Prof. Dr. Peter Hanau, Köln
Prof. Dr. Theo Mayer-Maly, Salzburg
Prof. Dr. Reinhard Richardi, Regensburg
Prof. Dr. Bernd Rütters, Konstanz
Prof. Dr. Alfred Söllner, Gießen
Prof. Dr. Wolfgang Zöllner, Tübingen

8. Jahrgang 1977

Inhaltsverzeichnis 1977

Aufsätze

<i>Benöhr, Hans-Peter</i> , Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts	187
<i>Coester, Michael</i> , Zur Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien	87
<i>Gamillscheg, Franz</i> , Kündigung und Versetzung der Vertreter der Arbeitnehmer – Eine rechtsvergleichende Übersicht	239
<i>Grunsky, Wolfgang</i> , Die Verdachtskündigung	167
<i>Popp, Klaus</i> , Der Ausschluß von Gewerkschaftsmitgliedern nach Betriebsratswahlen	401
<i>Rüthers, Bernd</i> , Probleme der Organisation, des Weisungsrechts und der Haftung bei Gruppenarbeit	1
<i>Schwerdtner, Peter</i> , Die Garantie des Rechts auf Arbeit – Ein Weg zur Knechtschaft? –	47
<i>Weitnauer, Hermann</i> , Der Sozialplan im Konkurs	111

Berichte

<i>Kreutz, Peter</i> , Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1976 ..	447
<i>von Stebut, Dietrich</i> , Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1976	311

Rezensionsabhandlung

<i>Herschel, Wilhelm</i> , Betriebsübergang und Arbeitsvertrag (Besprechung der gleichnamigen Schrift mit dem Untertitel »Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsübernahme« von Heinz Krejci)	219
---	-----

Buchbesprechung

<i>Lutter, Marcus</i> , Mitbestimmung im Konzern (Besprecher: Eckard Rehbinder)	441
---	-----

Sonstiges

<i>Zöllner, Wolfgang</i> , Hanns Martin Schleyer † – Ein Nachruf –	445
--	-----

Sachverzeichnis

A

Abberufung vom Amt 291

Abfindung

- und Sozialplan im Konkurs 131 ff.
- und Sozialplan vor Konkursöffnung 156 ff.

Abmahnung

- und außerordentliche Kündigung 375

Abschlußfreiheit

- und Mitwirkung des Betriebsrats 357

Abwehraussperrung

- und Verhandlungspflicht 94 f.
- Zulässigkeit 329

Änderungskündigung 375

Altersgrenze, Erreichen der

- und Zwangspensionierung 376

Altersversorgung, betriebliche

- s. Ruhegeld

Angestellte, leitende

- und Arbeitszeitordnung 374
- Begriff 461 ff.
- Erreichen der Altersgrenze 376 f.

Arbeit, gefahrgeneigte

- Beweislast 24 f.
- Haftungsbeschränkung 518

Arbeit, Recht auf

- s. Recht auf Arbeit

Arbeitnehmer

- Begriff 358 ff.
- und freier Mitarbeiter 487 f.

Arbeitnehmererfindung

- Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber 382 f.
- Verbesserungsvorschläge 383

Arbeitsdirektor

- Stellung und Funktion 338 ff.

Arbeitserlaubnis

- für Gastarbeiter 494 f.

Arbeitsgerichtsbarkeit

- Aufbau und Zusammensetzung der Gerichte 383
- Beschlußverfahren 384 f., 530 f.
- einstweilige Verfügung 384
- Klage ohne Unterschrift 528
- Revisionsbegründung 529
- Zustellungserfordernisse 528 f.

Arbeitsinspektor

- im Kündigungsverfahren 301 ff.

Arbeitskampf

- Boykott 448 f.
- Kodifizierung 326 f.
- und Schutz anderer Rechtsgüter 328
- und staatliche Neutralität 330
- s. auch Streik, Aussperrung

Arbeitslosigkeit

- und Gewerkschaften 71 f.
- Mittel der Bekämpfung 72 f.
- und staatliche Einflußmöglichkeit 70
- und Unternehmen 71

Arbeitsrecht

- mit Auslandsberührung 386 f.
- Dogmatik 355 ff.
- und Vertragsgerechtigkeit 357 f.

Arbeitsschutz

- Jugendschutz 373
- leitende Angestellte 374
- Mitwirkung des Betriebsrats 350 f.

Arbeitsverfassungsgesetz 256

Arbeitsverhältnis

- Auflösung 526
- befristetes 489 f.
- der Gastarbeiter 365

- Inhalt 359 ff.
- und sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis 358
- Übergang 365

Arbeitsvertrag

- Abänderung 493 f.
- Anfechtung wegen arglistiger Täuschung 496
- Anspruch auf Abschluß im öffentlichen Dienst 492
- Arbeitsvertragsbruch 362 f.
- befristeter 286 ff., 489 f.
- und Betriebsübergang 219 ff., 490 f.
- und Erreichen der Altersgrenze 286
- Mängel des 359, 494 ff.
- sittenwidriger 495 f.

Arbeitszeitordnung

- Geltung für leitende Angestellte 374
- und Mehrarbeit 485

Aufsichtsrat

- paritätische Besetzung 334 ff.

Ausbildungskosten

- Rückerstattungspflicht 503 f.

Ausbildungspflicht

- Folgen schuldhafter Verletzung 496 f.

Ausschlußfrist

- bei der außerordentlichen Kündigung 521 f.

Ausschlußklauseln, tarifliche

- Fristwahrung durch Leistungsklage 456 f.
- Fristwahrung durch Kündigungsschutzklage 456

Auszubildende

- außerordentliche Kündigung 497 f.

B

Behinderungsverbot 242 ff.

- strafrechtliches 244 f.

Berufsbildungsgesetz

- und außerordentliche Kündigung 497 f.
- und Krankenpflegeausbildung 496
- Verletzung der Ausbildungspflicht 496 f.

Beschäftigungspflicht

- und unberechtigte Suspendierung 499

Betrieb

- Begriff 222 ff., 365
- Rechtsfähigkeit 222
- und Teilbetrieb 223 f.
- Übertragung des 289 ff.

Betriebsgruppe

- Begriff 4 ff.
- Haftung der 18 ff., 29 ff., 44
- und Leistungsgruppe 5
- Mitwirkung des Betriebsrats 7 f., 10 f.
- Organisation 6 f.
- Zusammensetzung 9 ff.

Betriebsinhaberwechsel

- und Betriebsvermögen 365
- s. auch Betriebsübergang

Betriebsrat

- Anhörung vor Kündigungsausspruch 377
- Geschäftsführung 464 f.
- und Personalausschuß 465 f.

Betriebsratsfähigkeit

- von Betriebsteilen 460 f.
- gerichtliche Feststellung 461

Betriebsratsmitglied

- arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten 344 f.
- außerordentliche Kündigung 281
- Ausscheiden 345
- Bildungsurlaub 346
- ordentliche Kündigung 275
- politische Betätigung 345, 484 f.

Betriebsratsvorsitzender

- Wahanfechtung 464 f.

Betriebsratswahlen

- Anfechtung 406 ff., 418 ff., 464
- gewerkschaftliche Einflußnahme 407 ff.

- Kandidatennominierung 402 ff., 409 ff., 421 ff., 433 ff.
- Konkurrenzlisten 401 ff., 428 ff.
- Minderheitenschutz 416 ff.
- Nichtigkeit 463 f.
- Wahlbeeinflussung 410 f., 427 ff.
- Wahlvorstandsmitglieder als Wahlwerber 463

Betriebsstillegung

- durch Konkursverwalter 380 f.
- Kündigung von Betriebsratsmitgliedern 275 f.
- Mitwirkung des Betriebsrats 482 ff.

Betriebsteile

- Betriebsratsfähigkeit 460 f.

Betriebsübergang und Arbeitsvertrag

- und Betriebskontinuität 228 f.
- Fortsetzungspflicht des Übernehmers 222 f.
- Gleichbehandlungsgrundsatz 227 f.
- Interessenlage 220 f.
- Kündigungsschutz, österreichisches Recht 225 ff.
- Parteiwechsel 230, 490 f.
- prozeßrechtliche Auswirkung 491 f.
- Vertragsauflösung 229 f.
- Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers 231 f.
- und Zession 221 f.
- s. auch Betriebsinhaberwechsel

Betriebsvereinbarung

- Billigkeitskontrolle 475 f.
- Umfang der Regelungsbefugnis 473 f.
- Wechsel des Arbeitgebers 346

Betriebsverfassung

- Gesamtbetriebsrat 344
- gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb 341 ff.
- und Kündigungsschutz 377
- s. auch Mitbestimmung des Betriebsrats

Betriebsversammlung

- und Arbeitszeit 469 f.

Bildungsurlaub 346

- Mitbestimmung des Betriebsrats 351

Billigkeitskontrolle

- bei Betriebsvereinbarungen 475 f.

Boycott

- als Arbeitskampfmaßnahme 448
- Rechtmäßigkeit 448 f.

C

culpa in contrahendo

- Haftung nach Vertragsschluß 517 f.

D

Direktionsrecht

- und betriebliche Ordnung 360 f.
- und Versetzung von Arbeitnehmern 498 f.
- Zusammenstellung von Betriebsgruppen 9 f.

E

Eigengruppe

- und Arbeitgeber 35 ff., 40 ff.
- Begriff 4, 33 ff.
- Entlohnung 41 ff.
- Haftung 38 ff., 45

Einigungsstelle

- Funktion beim Sozialplan 120 ff., 144 ff.
- gerichtliche Nachprüfung von Sprüchen 471 f.
- Vorfragenkompetenz des Arbeitsgerichtsvorsitzenden 385 f.

Entwicklungshelfer

- Rechtsstellung 365

Erholungsurlaub, s. Urlaub

F

Fürsorgepflicht

- und Unfallverhütung 501

G

Gastarbeiter

- Arbeitsurlaub 494 f.
- Arbeitsverhältnis 365

Gesamtbetriebsrat

- und Einzelbetriebsrat 470 f.
- Errichtung und Zuständigkeit 344
- Honoraranspruch der Mitglieder 472 f.

Gewerkschaften

- Gemeinwohlbindung 313
- und Leistungsfähigkeit 316 f.
- und soziale Mächtigkeit 315 f.
- Zutritt zum Betrieb 314 f., 341 ff.

Gewerkschaftsmitglied

- Ausschluß nach Betriebsratswahlen 401 ff., 409 ff., 423 ff.
- Ausschlußdrohung 408 f.

Gleichbehandlungsprinzip

- bei Betriebsinhaberwechsel 227 f.
- bei Gratifikation 500
- im Lohnbereich 499 f.
- der Tarifvertragsparteien 320
- auf Unternehmensebene 500 f.
- im Unrecht 500 f.

Gratifikation

- nach Übernahme zweier Betriebe 500

Gruppenarbeit

- Betriebsgruppe, s. dort
- Eigengruppe, s. dort
- Haftung 17 ff., 25 ff.

Günstigkeitsprinzip 320

H

Heimarbeit

- Heimarbeiterausschüsse 486
- Urlaubsanspruch 367 f.

Humanisierung der Arbeitswelt 2 f.

J

Jugendschutz 213

K

Kinderarbeit

- Verbot 213

Koalitionsfreiheit 312 ff.

- Kernbereich 312 f., 319
- kollektive 313 f.
- und paritätische Mitbestimmung 314

Konkurs des Arbeitgebers

- Kündigung 521
- Schutz des Arbeitnehmers 379 f.

Konkursverwalter

- Betriebsstillegung durch 380 f.
- Sozialplan des 129 ff.

Kontrahierungszwang

- und Eigentumsgarantie 68
- und Gewerbefreiheit 65 ff.
- und Verfassungsrecht 63 f.

Krankenpfleger

- Berufsausbildung 496

Kündigung

- Abmahnung 375
- des Arbeitnehmers 285
- bei Konkurs 521
- bei Unmöglichkeit der Weiterbeschäftigung 520 f.
- Wegfall der Geschäftsgrundlage 374 f.
- Zugang der Erklärung 519 f.

Kündigung der Arbeitnehmervertreter

- im Aufsichtsrat 246 f.
- und besonderer Kündigungsschutz 254
- Einigungs- und Zustimmungsverfahren 254 ff.
- Ersatzleute 267 f.
- französisches Recht 248, 257 f., 266, 278
- gerichtliche Auflösung 304 ff.
- gewerkschaftliche Vertrauensleute 273 ff.
- italienisches Recht 249 f., 261, 267, 278
- Sicherheitskomitee 272 f.
- Wahlvorstand 268 f.
- Wahlbewerber 270 ff., 527
- und Wiedereinstellung 252 f.

Kündigung, außerordentliche

- Ausschlußfristen 521 f.
- Auszubildende 497 f.
- von Betriebsratsmitgliedern 281
- bei Streik 452
- Verdachtskündigung, s. dort

Kündigung, ordentliche

- betriebsbedingte 525 f.
- Betriebsratsmitglied 275, 292 ff.
- Fehlzeiten 375
- wegen Krankheit 524 f.
- wegen Lohnpfändung 375
- verhaltensbedingte 524

Kündigungsfrist

- Einhaltung bei Verdachtskündigung 172 f., 184

Kündigungsschutz

- Altersgrenze 375
- der Amtsträger, s. Kündigung der Arbeitnehmersvertreter
- Anhörung des Betriebsrats 377, 479
- Befristungsabreden 376
- bei Betriebsinhaberwechsel 225 ff.
- und Betriebsverfassungsrecht 377 f.
- französisches Recht 258 f., 266 f.
- italienisches Recht 261, 267
- Nachwirkung 265 ff.
- und Recht auf Arbeit 73 ff., 78 f.
- Umfang 264 f.
- US-amerikanisches Recht 262, 279
- Vertrauensmann der Schwerbehinderten 273
- vorläufige Weiterbeschäftigung 378
- Zustimmung des Betriebsrats 480 ff.
- s. auch Kündigung, ordentliche

Kündigungsschutzklage

- Befristung 376

Künstlervertrag

- bei Funk und Fernsehen 365

L

Leiharbeit

- echte 367
- Rechtsstellung des Entleihers 366 f.
- Unterrichtung des Betriebsrats 351

Leistungszulage

- Widerruf 503

Liberalismus

- in der Gesetzgebung 190 ff.
- und unbegrenzte Gewerbefreiheit 197 ff.

Lizenzspieler 366

Lohn

- Annahmeverzug des Arbeitgebers 502 f.
- Gleichbehandlungsgrundsatz 499 f.
- Mitbestimmung des Betriebsrats 347 f.
- Zulagen 504 f.

Lohnfortzahlung

- Fortsetzungskrankheiten 507
- Krankheitsbegriff 506 f.
- Lohnausfallvergütung an Feiertagen 368
- Nachweis der Arbeitsunfähigkeit 369, 509
- Provisionszahlung 370
- regelwidriges Verhalten des Arbeitnehmers 369 f., 507
- Unabdingbarkeit 509 f.
- und unbezahlter Sonderurlaub 507 f.
- Verschulden des Arbeitnehmers 368 f.

Lohngleichheit

- von Mann und Frau 505 f.

Lohnpfändung

- als Kündigungsgrund 375

Lohnzahlung, bargeldlose 454 ff.

M

Mankohaftung 22 f., 363

Maßregelungsklauseln

- Wirkung 322 f.

Mehrarbeit

- Vergütung 485

Mitbestimmung des Betriebsrats

- Auswahlrichtlinien 478
- bei Bildung von Gruppenarbeit 7 ff., 10 f.
- und Recht auf Arbeit 62 f.

- in Tendenzbetrieben 354 f.
- in personellen Angelegenheiten
- - Anhörung vor Kündigungserklärung 479 f.
- - bei Bildungsurlaub 351
- - Einsichtnahme in Personalakten 351 f.
- - bei Einstellung und Umgruppierung 478 f.
- - bei Einstellung von Leiharbeitern 351
- - Zustimmung zur Kündigung 480 ff.
- in sozialen Angelegenheiten
- - bei Arbeitsentgeltregelungen 347 f.
- - Arbeitsschutzfragen 350 f.
- - bei der betrieblichen Altersversorgung 349, 477
- - Werkwohnungen 349
- in wirtschaftlichen Angelegenheiten
- - bei Betriebseinschränkungen 353
- - bei Betriebsstillegung 482 ff.
- - beim Sozialplan, s. dort

Mitbestimmung im Konzern

- im faktischen Konzern 442 f.
- und Leitungsmacht 442
- Letztentscheid 443

Mitbestimmung, paritätische

- Abberufung von Arbeitnehmermitgliedern 336 ff.
- Arbeitsdirektor 338 ff.
- und Eigentumsfunktion 332 f.
- und Koalitionsfreiheit 314
- Kräftegleichgewicht 333
- Überparität 334
- Wahlverfahren 340 f.

N

Nebentätigkeit

- vertragliches Verbot 510 f.

P

Persönlichkeitsrecht

- und graphologische Begutachtung 364

Personalakten

- Einsichtsrecht 351, 360
- Führung der 360

Provision

- und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall 370
- Undurchschaubarkeit der Provisionsabrede 504

R

Rauchverbot 360 f.

Recht am Arbeitsplatz 82 ff.

Recht auf Arbeit

- und Abschlußfreiheit 55
- und Arbeitslosigkeit, s. dort
- Bescheidung von Bewerbern 80 ff.
- und Beschäftigungsanspruch 48
- in der DDR 60 ff.
- und Existenzminimum 50 f.
- Garantie des Rechts 58 ff.
- Grenzen des Bestandsschutzes 76 ff.
- und Kontrahierungszwang, s. dort
- und Kündigungsschutz 73 ff.
- und Mitbestimmung 62 f.
- und öffentliches Dienstrecht 74 ff.
- und Recht am Arbeitsplatz 82 ff.
- und Sozialstaatsprinzip 60 ff.
- Staat als Notarbeitgeber 56 ff.

Rechtsstreik

- und gerichtliche Anspruchsverfolgung 96 ff.

Ruhegeld

- Anpassung an Geldentwertung 371, 515 f.
- Billigkeitsentscheidung 516 f.
- Insolvenzsicherung 370
- Mitbestimmung des Betriebsrats 349
- Pensionsversicherungsverein 372 f.
- Rechtsnatur 513
- Unverfallbarkeit 370, 513 f.
- und Versorgungsausgleich 370 f.
- Widerruf 514

S

Schlechtleistung

- Haftung des Arbeitnehmers 18 ff., 29 ff.

Schleyer, Hanns Martin

- ein Nachruf 445 f.

Schulungsveranstaltung

- bezahlte Freistellung 466 ff.
- Kostentragung 468 f.

Schwerbehinderte

- Kündigungsschutz 273, 374, 378 f., 485 f.

Sozialplan

- und Enteignung 122 f.
- und Freiheit des Unternehmers 114
- Gegenstand 115 ff.
- und Konkursausfallgeld 165 f.
- vor Konkurseröffnung 148 ff.
- – Abfindungsansprüche 156 f., 161 ff.
- – Wegfall der Geschäftsgrundlage 148 ff.
- – Rang der Ansprüche 151 ff.
- des Konkursverwalters
- – und Abfindung 131 f.
- – Inhalt 132 f.
- – und Interessen der übrigen Gläubiger 135 f.
- – nach Konkurseröffnung 144 ff.
- – Mitwirkungspflicht des Konkursverwalters 131 f.
- – Rechtsnatur des Ausgleichsanspruchs 125 ff., 137 ff.
- Rechtsgrund 123 ff.
- vorsorglicher 353 f.
- Zustandekommen 118 ff.

Sozialstaatsprinzip

- als »Beutebegriff« 60 ff.
- und Vollbeschäftigung 69 f.

Streik

- und außerordentliche Kündigung 452
- und Betriebsverfassung 451 f.
- für einen firmenbezogenen Verbandstarifvertrag 319 f.
- und kollektiv ausgeübtes Zurückbehaltungsrecht 331
- Rechtsstreik 96 ff.
- Warnstreik, s. dort

T

Tarifautonomie

- Grenzen der 454 ff.
- Ordnungsfunktion 95

Tariffähigkeit

- des einzelnen Arbeitnehmers 454
- Gegnerunabhängigkeit 317 f.
- und Leistungsfähigkeit der Gewerkschaften 316 f.
- und soziale Mächtigkeit der Gewerkschaft 315 f.

Tarifgebundenheit 320

- Beginn der 454

Tarifkonkurrenz

- Spezialitätsprinzip 458 f.

Tariflücke

- Begriff 458

Tarifnormen

- Auslegung 321
- nachgiebige 321
- nachwirkende 321, 460
- Wegfall der Geschäftsgrundlage 459

Tarifpolitik

- staatliche Einflußnahme 326

Tarifvertrag

- Auslegung 457 f.
- Ausschlussklauseln, s. dort
- betriebsnaher, und Streik 319
- Geltungsbereich 320
- Normwirkung, s. Tarifnormen
- und schuldrechtlicher Vorvertrag 453 f.

Tarifvertragsparteien, Verhandlungspflicht der 87 ff.

- und Abwehraussperrung 94 f.
- nach der Menschenrechtskonvention 88 ff., 93 f.
- und Minderheitsgewerkschaft 90 ff.
- und Sozialcharta 89 f.
- staatlicher Eingriff 100 f.
- nach US-amerikanischem Recht 98 ff.
- Verhältnismäßigkeitsprinzip 92 f., 95 f.

Tarifzuständigkeit

- und Ordnungszweck 318 f.

Teilzeitarbeit

- Gestaltungsmöglichkeiten 488

Tendenzbetrieb

- Mitwirkung des Betriebsrats 354
- Tendenzschutz 355

Truckverbot 213**U****Unfallverhütung**

- Fürsorgepflicht des Arbeitgebers 501

Urabstimmung

- und Warnstreik 450

Urlaub

- der Heimarbeiter 367 f.
- Selbstbeurlaubung 368
- Sonderurlaub und Lohnfortzahlung 507 f.

V**Verdachtskündigung**

- Aufklärung im Prozeß 169 ff.
- Aufklärungsversuch des Arbeitgebers vor Kündigung 184 ff.
- und Auflösung des Arbeitsverhältnisses 179 ff.
- Beweislast 173 ff., 176 ff., 179 ff., 183 ff.
- Interessenabwägung bei Unauflösbarkeit 181 f.
- und Kündigungsfrist 172 f., 184
- Wahrscheinlichkeitsgrad 183
- Wiedereinstellungsanspruch 183 f.

Verhältnismäßigkeitsprinzip

- und Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien 92 f., 95 f.

Versetzung

- der Arbeitnehmervertreter 239 ff.
- mit Willen des Arbeitnehmers 287 f.

Versorgungsausgleich

- und betriebliches Ruhegeld 370 f.

Vertrauensleute, gewerkschaftliche

- Schutz durch Tarifklauseln 323 ff.

Vollbeschäftigung

- sozialstaatliche Verpflichtung zur Herstellung 69 f.
- s. auch Arbeitslosigkeit

W**Warnstreik**

- Rechtmäßigkeit 449 ff.
- und Urabstimmung 450

Werkswohnung

- Mitbestimmung des Betriebsrats 349

Wettbewerbsverbot

- Auskunftspflicht über anderweitiges Einkommen 362
- nachvertragliches 361 f., 512
- und Verfassungsrecht 362
- während des Arbeitsverhältnisses 511

Wirtschaftsgesetzgebung

- von 1867-1878 187 ff.
- von 1878-1895 213 ff.

Wirtschaftsinteressen

- der Arbeiterschaft 206 f., 211 f.
- des Einzelhandels 206
- des Handwerks 200 ff., 209 ff.
- der Industrie 207 f., 212

Z**Zeugnis**

- Erteilungspflicht 502
- Wahrheitspflicht 501 f.

Zurückbehaltungsrecht, kollektives

- und Streik 331

Zwangsschlichtung

- und Sozialplan 119 f.

Zur Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien

Von Dr. *Michael Coester*, LL. M. (Univ. of Michigan), Wiss. Assistent an der Universität Augsburg

Einführung

A. Rechtslage nach der Menschenrechtskonvention

B. Deutsches autonomes Recht

I. Diskussionsstand

1. Vor 1971

- a) Gegner eines Verhandlungsanspruchs
- b) Befürworter eines Verhandlungsanspruchs

2. Nach 1971

II. Einzelprobleme

1. Bedeutung der Menschenrechtskonvention
2. Rechtliche Denkbarkeit einer Verhandlungspflicht
3. Ordnungsfunktion der Tarifautonomie
4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Verhandlungspflicht
5. Rechtsstreik – Regelungsstreik

C. Verhandlungspflicht im US-amerikanischen Recht

I. Gesetzliche Ausgangslage

1. Einschlägige Bestimmungen

2. Gesetzgebungsgeschichte

II. Inhalt und Auswirkungen der Verhandlungspflicht

1. Allgemeine Grundsätze

- a) Funktion der Pflicht zum redlichen Verhandeln
- b) Staatliche Einmischungen in Verhandlungen
- c) Feststellung des good faith

2. Konkrete Einzelfragen der Verhandlungspflicht

- a) Beharren auf der eigenen Verhandlungsposition
- b) Vertragliche Aussparung von Regelungspunkten
- c) Informationspflicht
- d) Einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen

3. Umfang der Verhandlungspflicht

- a) Personell
- b) Gegenständlich
- c) Zeitlich

III. Sanktionen

D. Schlußfolgerungen

Einführung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hatte in seinem Urteil vom 6. 2. 1976¹ zu einem Problem Stellung zu nehmen, das in der Bundesrepublik vor einiger Zeit zu kontroversen Stellungnahmen geführt hat: der Frage nach einer Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien. Die Arbeitskampf-Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971² sowie das anschlie-

1 Fall Svenska Lokmannaförbundet, EuGRZ 1976, S. 62.

2 AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BB 1971, S. 701; DB 1971, 1061; RdA 1971, S. 185.

ßende Urteil vom 26. 10. 1971³ haben Zweifel daran aufkommen lassen, ob die ablehnende Einstellung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1963⁴ zu diesem Punkt noch aufrechtzuerhalten ist. Die jetzt vorliegende Stellungnahme des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte soll zum Anlaß genommen werden, das Problem neu zu überdenken und die Diskussion mit rechtsvergleichenden Erwägungen anzureichern.

Nach kurzer Erörterung des Problems unter der Europäischen Menschenrechtskonvention (A) werden der Diskussionsstand und die Problematik nach deutschem autonomen Recht dargestellt (B). Sodann soll ein Blick auf die Erfahrungen des US-amerikanischen Rechts geworfen werden, das seit über 40 Jahren eine gesetzliche Verhandlungspflicht kennt (C). Die Auswertung dieser Erfahrungen für die deutsche Rechtslage (D) schließt die Erörterung ab.

A. Rechtslage nach der Menschenrechtskonvention

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 (MRK)⁵ garantiert in Art. 11 Abs. 1 die Gewerkschaftsfreiheit. Art. 14 MRK enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Der Gerichtshof hatte einen ähnlichen Fall zu entscheiden, wie er dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 2. 8. 1963⁶ zugrunde gelegen hatte. Einer kleinen Gewerkschaft für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes in Schweden waren ständig eigene Tarifverträge verweigert worden. Das Staatliche Büro für Tarifverhandlungen erklärte sich zwar verhandlungsbereit, lehnte aber von vornherein den Abschluß eines Tarifvertrages selbst für den Fall ab, daß man sich einig werden sollte. Statt dessen kontrahierte das Büro mit den zwei großen Gewerkschaften. Dieser Tarifvertrag galt kraft einer Verordnung auch für die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft.

Der Gerichtshof stellte vorab klar, daß die Menschenrechtskonvention nicht nur für den Staat als Hoheitsträger, sondern auch als Arbeitgeber verbindlich ist. Damit erlangt die Menschenrechtskonvention Bedeutung für den gesamten Bereich des öffentlichen Dienstes, auch in der Bundesrepublik. Unmittelbare Geltung für den rein privaten Bereich hingegen kann die Menschenrechtskonvention insoweit nicht beanspruchen.

3 AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; SAE 1973, S. 33.

4 Urteil vom 2.8. 1963, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG.

5 BGBl. 1962, II, S. 686; für die Bundesrepublik in Kraft seit 3.9. 1953, BGBl. 1954, II, S. 14.

6 Vgl. Fn. 4.

Die Kernfrage im Rahmen des Art. 11 Abs. 1 MRK bezog sich auf den Umfang der garantierten Gewerkschaftsfreiheit. Im Grundsatz schützt diese Bestimmung auch die Betätigung der Koalitionen⁷. Ein Abschlußzwang ist in ihr nach der Auffassung des Gerichtshofs jedoch nicht enthalten, und das Recht auf koalitionsmäßige Betätigung unter Art. 11 Abs. 1 MRK reicht nicht weiter als ein bloßes Anhörungsrecht gegenüber dem staatlichen Arbeitgeber⁸. Die positive Koalitionsfreiheit der einzelnen Arbeitnehmer sei dadurch nicht betroffen, denn ihre rechtliche Freiheit, der Minderheitsgewerkschaft anzugehören, sei nicht berührt⁹.

Zur Argumentation des Gerichtshofs ist hier kritisch anzumerken, daß zwar anfangs ein Verhandlungsrecht aus Art. 11 Abs. 1 MRK unterstellt¹⁰, dieses dann aber später auf ein bloßes Anhörungsrecht reduziert wird. Der erhebliche Unterschied beider Kommunikationsformen ist uns aber aus dem Betriebsverfassungsrecht bekannt. Damit entzieht sich der Gerichtshof der naheliegenden Frage, ob die Verhandlungspflicht nicht zumindest eine grundsätzliche Bereitschaft zum Vertragschluß umfaßt. Ohne diese Bereitschaft muß es tatsächlich nur bei einer »Anhörung« bleiben.

Der Gerichtshof rechtfertigt seine restriktive Auslegung mit dem Hinweis, daß Gewerkschaftsfragen schwerpunktmäßig in der Sozialcharta¹¹ geregelt seien, aus der ein materieller Verhandlungs- und Abschlußzwang nicht hervorgehe¹².

Zum Diskriminierungsvorwurf (Art. 11 i. V. mit Art. 14 MRK) schließlich räumt der Gerichtshof eine Ungleichbehandlung ein. Er sieht hierfür jedoch eine sachliche Legitimation: die Zentralisierung des schwedischen Gewerkschaftswesens und das Bestreben des Staates, die Zahl der Verhandlungspartner zu begrenzen, um schneller und leichter zu Tarifabschlüssen zu kommen¹³. In einem anderen

7 Nr. 38 des Urteils, EuGRZ 1976, S. 64.

8 Nr. 40 des Urteils, EuGRZ 1976, S. 65.

9 Nr. 42 des Urteils, EuGRZ 1976, S. 65, 66.

10 Nr. 38, 39 des Urteils, a.a.O.

11 Europäische Sozialcharta vom 18. 10. 1961, BGBl. 1964, II, S. 1261, 1266; BGBl. 1965, II, S. 1122; für die Bundesrepublik verbindlich (mit Ausnahmen) seit dem 26. 2. 1965. Nach herrschender deutscher Auffassung enthält der einschlägige Teil II, Art. 6 der Sozialcharta kein unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht; vgl. zuletzt *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht 1975, S. 129 ff., 137 ff. m. w. N. Damit entfällt die Sozialcharta als Grundlage einer rechtlichen Verhandlungspflicht; unzutreffend daher *Mayer-Maly*, Der Verhandlungsanspruch tariffähiger Verbände, RdA 1966, S. 201 ff., 207.

12 Nr. 39 des Urteils, EuGRZ 1976, S. 65. So auch schon im Urteil vom 27. 10. 1975 (Fall *Syndicat national de la police belge*), EuGRZ 1975, S. 562, 564. Zum Problem der Konkurrenz internationaler Verträge vgl. *Jacobs*, The European Convention on Human Rights 1975, S. 161; *Vandersanden*, Der Fall Nationale belgische Polizeigewerkschaft oder das Recht der repräsentativsten gewerkschaftlichen Organisation auf Konsultierung, EuGRZ 1976, S. 77 ff., 79 (Fn. 12).

Urteil¹⁴ galt als Rechtfertigung die staatliche Zielsetzung, den Gewerkschaftspluralismus zu beschränken¹⁵.

Die Bedeutung der so verstandenen Menschenrechtskonvention für das innerdeutsche Recht soll im Anschluß an dessen Darstellung erörtert werden¹⁶.

B. Deutsches autonomes Recht

I. Diskussionsstand

1. Vor 1971

a) Gegner eines Verhandlungsanspruchs

Das Bundesarbeitsgericht hat – in Übereinstimmung mit dem Landesarbeitsgericht Berlin als Vorinstanz – den Verhandlungsanspruch einer Minderheitsgewerkschaft gegen die öffentliche Hand als Arbeitgeber abgelehnt¹⁷. Damit bestätigte es die bisherigen Stellungnahmen¹⁸ einschließlich die der Bundesregierung vom 8. 6. 1960 auf eine »Kleine Anfrage« im Bundestag¹⁹. Die Literatur ist der Entscheidung zum Teil gefolgt²⁰. Zur Begründung weist man vor allem auf das Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage hin²¹. Nicht nur der Inhalt, sondern auch das Zustandekommen von Tarifverträgen sei durch Art. 9 Abs. 3 GG dem freien Spiel der Kräfte überlassen. Wer Verhandlungen erzwingen wolle, sei auf Mittel des Arbeitskampfes verwiesen²². Art. 9 Abs. 3 GG gebe den Koalitionen das Recht

13 Nr. 46 des Urteils EuGRZ 1976, S. 66, 67; zu diesem Gesichtspunkt nach deutschem Recht vgl. unten bei Fn. 26. Kritisch zum EuGH-Urteil *Fahlbeck*, EuGRZ 1976, S. 471 ff.

14 Urteil vom 27. 10. 1975, siehe Fn. 12, S. 565.

15 Kritisch dazu *Vandersanden* (Fn. 12), S. 80.

16 Unten B II 1.

17 Urteil vom 2. 8. 1963 (Fn. 4).

18 LAG Düsseldorf, Beschluß vom 20. 10. 1955, AuR 1956, S. 93, 95; *Kraegeloh*, Tariffähigkeit und Führung von Tarifvertragsverhandlungen, BB 1951, S. 922; *Reichel*, Koalitionsrecht, Tarifvertragsrecht und Kontrahierungszwang, AuR 1960, S. 266, 267.

19 Zitiert bei *Reichel* (Fn. 18), S. 266.

20 *Frey*, RdA 1965, S. 363, 364 (bei Fn. 1); *Scheuring*, Tariffähigkeit und Tarifpartnerschaft, Pers. Vetr. 1964, S. 221, 223 ff.; *Söllner*, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1973, S. 119.

21 So vor allem das BAG (Fn. 17).

22 *Reichel* (Fn. 18), S. 267; *Scheuring* (Fn. 20), S. 225; *Söllner* (Fn. 20); *Kraegeloh* (Fn. 18); LAG Berlin vom 20. 11. 1962 – 5 Sa 76/62.

zum Abschluß von Tarifverträgen, nicht aber *auf* deren Abschluß²³. Dem Anspruch auf gemeinsame Verhandlungen mit mehreren Gewerkschaften stehe die Freiheit der anderen Beteiligten entgegen²⁴. Eine etwaige Ungleichbehandlung von kleineren Gewerkschaften sei hinzunehmen, entweder weil es grundsätzlich keinen »Minderheitenschutz« innerhalb der Tarifautonomie gebe²⁵, oder weil sie aus Gründen der Verhandlungserleichterung und der Einheitlichkeit der Arbeitsbedingungen gerechtfertigt sei²⁶.

b) Befürworter eines Verhandlungsanspruchs

Diese Auffassung ist auf Kritik gestoßen, die zum Teil allerdings so zurückhaltend formuliert wurde, daß die Befürwortung einer rechtlichen Verhandlungspflicht kaum zu erkennen ist²⁷. Die Argumente für eine Verhandlungspflicht können ihrer Fülle wegen nur skizzenhaft dargestellt werden:

- Art. 9 Abs. 3 GG oder »Koalitionsfreiheit« ohne weitere Spezifizierung²⁸.
- Speziell die funktionelle Koalitionsgarantie²⁹.
- Speziell die Ordnungsfunktion der Tarifautonomie³⁰. Tarifautonomie bedeute »Sachaufgabe«; es stehe den Koalitionen nicht frei, sich der »Bewältigung des Realen« zu entziehen. Andernfalls sei die »objektive Richtigkeitsgewähr« des Tarifvertragssystems gefährdet³¹. Deshalb stehe auch die Vertragsfreiheit der Tarifpartner einer Verhandlungspflicht nicht entgegen³².
- Der aus der positiven Koalitionsfreiheit geforderte Verbandspluralismus, der seinerseits Chancengleichheit voraussetze³³.

23 Reichel (Fn. 18); Scheuring (Fn. 20), S. 223.

24 Reichel (Fn. 18).

25 Scheuring (Fn. 20), S. 225.

26 BAG (Fn. 17), SAE 1964, S. 97.

27 Vgl. Bötticher, Anm. zu BAG vom 2. 8. 1963, SAE 1964, S. 97 ff.; Gamillscheg, Koalitionsfreiheit und soziale Selbstverwaltung 1968, S. 43.

28 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. II/1, 1967, S. 79 f., Fn. 16; Gamillscheg (Fn. 27); Säcker, in: Hueck-Nipperdey, a.a.O., Bd. II/2, 1970, S. 1658 (allerdings widersprüchlich: Im Nachtrag zu S. 443 befürwortet Säcker im Anschluß an Gamillscheg eine Verhandlungspflicht. Kurz vorher noch [Nachtrag zur S. 436], im Zusammenhang mit der Frage der Tariffähigkeit, wird gesagt, über Erfolg oder Mißerfolg einer Koalition müsse die »Freiheit des Marktes« entscheiden. Ein unterschiedlicher Ansatz zu beiden Fragen erscheint aber auf jeden Fall verfehlt); dagegen Bötticher (Fn. 27), S. 98.

29 Hueck-Nipperdey (Fn. 28), S. 138; anders Reichel (Fn. 18), S. 267.

30 Mayer-Maly (Fn. 11), S. 205 f.; Hueck-Nipperdey (Fn. 28), S. 443.

31 Mayer-Maly (Fn. 11); vgl. unten II. 3.

32 Hueck-Nipperdey (Fn. 28), S. 149; Mayer-Maly, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG; zweifelnd Bötticher (Fn. 27), S. 98.

33 Mayer-Maly (Fn. 11), S. 206; zum Thema »Tariffähigkeit« insoweit zutreffend Zöllner, Anm. zu BAG, Urt. vom 9. 7. 1968, SAE 1969, S. 137, 140.

- Das Ultima-ratio-Prinzip verbiete Arbeitskämpfe, solange noch Verhandlungsmöglichkeiten bestünden. Daraus folge umgekehrt die Pflicht der Sozialpartner, sich gegenseitig Verhandlungsmöglichkeiten einzuräumen³⁴.
- Sozialstaatsprinzip³⁵.
- Das im Tarifvertragsgesetz vorgezeichnete Tarifvertragssystem gebiete eine materielle Verhandlungspflicht³⁶. *Mayer-Maly* schlägt eine Brücke von »Tariffähigkeit« über »Tarifwilligkeit« zur »Verhandlungspflicht«³⁷.
- Sozialpartnerschaft im allgemeinen³⁸ oder konkreten Sinn: Mehrere vorherige Kontakte sollen zur Verhandlungspflicht führen³⁹.

Die Bereitschaft, eine Verhandlungspflicht anzuerkennen, steigt, wenn es sich bei dem Arbeitgeber um den Staat handelt⁴⁰.

Über den *Inhalt* der Verhandlungspflicht besteht keine Einigkeit. Es stimmt nicht, daß man bestenfalls bloßes Verhandeln fordert⁴¹. Zur nur formellen Verhandlungsführung soll eine innere Verhandlungsbereitschaft treten; der Gegner hat Anspruch auf »ernstliches Bemühen um Einigung«⁴².

2. Nach 1971

Die Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971⁴³ hat die Argumentationsbasis verändert. Danach folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, daß eine Arbeitskampfmaßnahme »nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden« darf. Deshalb forderte das Bundesarbeitsgericht Vereinbarungen zwischen den Tarifvertragsparteien über die Austragung ihrer Interessengegensätze und vor allem über ein Schlichtungsverfahren. Das Treffen derartiger Vereinbarungen sei »Recht und Pflicht der Tarifvertragsparteien« und »im Interesse der Aufrechterhaltung der Tarifautonomie« geboten.

Aus diesen Ausführungen hat *Löwisch*⁴⁴ die Folgerung gezogen, daß man nunmehr an einem Verhandlungsanspruch tariffähiger Verbände nicht mehr zweifeln

34 *Mayer-Maly* (Fn. 11), S. 205 f.

35 *Mayer-Maly* (Fn. 32); *ders.* (Fn. 11), S. 204 f.; dagegen ausdrücklich das BAG (Fn. 17).

36 *Gröbing*, Können Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst durch Erlasse geregelt werden? AuR 1960, S. 268, 269.

37 RdA 1966, S. 205.

38 *Gamillscheg* (Fn. 27).

39 *Mayer-Maly* (Fn. 32); *ders.* (Fn. 11), S. 207; dagegen *Böttcher* (Fn. 27), S. 98.

40 *Böttcher* (Fn. 27), S. 99; *Gröbing* (Fn. 36), S. 269; *Mayer-Maly* (Fn. 11), S. 204 f.

41 Wie *Buchner* meint, Anm. zu BAG vom 26. 10. 1971, SAE 1973, S. 42, 43.

42 *Mayer-Maly* (Fn. 11), S. 206, 207; in diesem Sinne wohl auch *Gröbing* (Fn. 36), S. 269.

43 Siehe Fn. 2; DB 1971, S. 1061, 1063, sub III A 2.

44 Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 1971, S. 319, 339.

könne. Die Weigerung zu verhandeln würde für den Gegner den Zwang zu einem Arbeitskampf bedeuten, der aber mangels Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten mit den Grundsätzen des Bundesarbeitsgerichts in Widerspruch stände.

Das Bundesarbeitsgericht hat diese Konsequenz vorerst nicht gezogen. Am 26. 10. 1971⁴⁵ stellte es fest, eine Gewerkschaft müsse streiken können, um überhaupt zu Tarifvertragsverhandlungen zu kommen. *Buchner* hat in diesem Urteil keine Änderung der Rechtsprechung zum Verhandlungsanspruch gesehen⁴⁶, hält es aber wohl auch nicht für eine bewußte Stellungnahme im – von *Löwisch* gesehenen – Konflikt der Entscheidungen vom 21. 4. 1971 und 2. 8. 1963. Der Anerkennung eines Rechtsanspruchs auf Verhandlungen hält *Buchner* vor allem entgegen, daß sie notwendigerweise eine gerichtliche Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs impliziere. Dann seien aber Streiks als Alternativmittel zur Durchsetzung verboten, weil nicht mehr erforderlich⁴⁷.

II. Einzelprobleme

Es ist nicht beabsichtigt, die bisherige Diskussion in vollem Umfang hier wieder aufzunehmen. Einige Klärungen im Vorfeld sowie die Beleuchtung des Grundproblems sind jedoch für den Fortgang der Überlegungen wesentlich.

1. Bedeutung der Menschenrechtskonvention

Es herrscht die Ansicht vor, die Menschenrechtskonvention – wie auch die Sozialcharta und ratifizierten ILO-Übereinkommen – enthielten keine weitergehenden Rechte für die Koalitionen als das deutsche autonome Recht⁴⁸. Legt man jedoch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 2. 8. 1963 als noch maßgeblich zugrunde, so bietet die – vom Bundesarbeitsgericht übersehene – Menschenrechtskonvention doch etwas mehr. Wenn der Staat Arbeitgeber ist, vermeidet man in der Bundesrepublik gerne verbindliche Stellungnahmen zu seiner Bindung an Art. 3 GG⁴⁹. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hingegen hat die Bindung des staatlichen Arbeitgebers an das Diskriminierungsverbot (Art. 14 MRK) ausdrücklich bejaht⁵⁰. Eine gewisse Entwertung erfährt diese Bindung allerdings dadurch, daß der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei der Anerken-

45 SAE 1973, S. 33, 39; AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

46 *Buchner* (Fn. 41), S. 42 f.

47 So andeutungsweise schon *Mayer-Maly* (Fn. 11), S. 206.

48 Vgl. *Seiter* (Fn. 11), S. 129 m. w. N.

49 BAG (Fn. 17), SAE 1964, S. 97; *Bötticher* (Fn. 27), S. 99.

50 Nr. 45 des Urteils vom 6. 2. 1976, EuGRZ 1976, S. 66.

nung sachlicher Gründe für eine Ungleichbehandlung offenbar recht großzügig ist⁵¹.

Des weiteren soll Art. 11 Abs. 1 MRK den staatlichen Arbeitgeber immerhin verpflichten, jeder Koalition *Gehör* einzuräumen⁵². Zwar hat der Staat insoweit weiteste Freiheit der Mittel, aber ein Anhörungsrecht ist mehr als die unbeschränkte Vertrags- und damit Einlassungsfreiheit, von der das Bundesarbeitsgericht noch ausgegangen ist. Allerdings hätte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall wahrscheinlich das Angebot von Anschluß-Tarifverträgen als ausreichend für Art. 11 Abs. 1 MRK erachtet. Man muß sich außerdem darüber im klaren sein, daß das Recht, gehört zu werden, keineswegs den Wünschen von Gewerkschaften entspricht, denen echte Verhandlungen verweigert werden. Sonst wäre es sowohl in dem 1963 vom Bundesarbeitsgericht als auch im vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte 1976 entschiedenen Fall nicht zum Prozeß gekommen.

2. Rechtliche Denkbarkeit einer Verhandlungspflicht

Das Bundesarbeitsgericht hat insoweit Zweifel angedeutet⁵³. Dem ist zu entgegnen, daß eine Verhandlungspflicht keine neuartige Erscheinung ist. Das Bundesarbeitsgericht selbst hatte zuvor die Bereitschaft des Arbeitgebers, über die Wiedereinstellung zu verhandeln, zur Voraussetzung einer wirksamen Abwehraussperrung erklärt⁵⁴. Gesetzliche Verhandlungspflichten gibt es darüber hinaus nicht nur in den USA, sondern auch im deutschen Betriebsverfassungsgesetz (§ 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG 1972): Arbeitgeber und Betriebsrat »haben über strittige Fragen mit dem ernstesten Willen zur Einigung zu verhandeln und Vorschläge . . . zu machen«. Bei dieser Formulierung wird deutlich, was der wahre Anlaß für die Bedenken des Bundesarbeitsgerichts gewesen sein mag. Es ist zweifelhaft, ob es zwischen Scylla (Abschlußzwang) und Charybdis (leeres, pflichtgemäßes und deshalb sinnloses Verhandeln) einen echten Mittelweg gibt. Das Problem spiegelt sich in den kurzen Stellungnahmen zur betriebsverfassungsrechtlichen Verhandlungspflicht. Ein Einigungszwang und auch Kompromißzwang werden einhellig abgelehnt⁵⁵,

51 Vgl. Fn. 13–15; kritisch deshalb *Fahlbeck*, EuGRZ 1976, S. 471, 475, der fürchtet, daß ein geschickter Arbeitgeber demnach *jede* Diskriminierung rechtfertigen könne.

52 Siehe Fn. 8.

53 Urteil vom 2. 8. 1963, SAE 1964, S. 97.

54 Urteil vom 14. 10. 1960, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Urteil vom 19. 10. 1960, AP Nr. 11 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Urteil vom 6. 12. 1963, AP Nr. 31 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

55 Vgl. *Fabricius-Kraft-Thiele-Wiese*, Betriebsverfassungsgesetz, 1973, § 74 Anm. 14 (*Thiele*); *Dietz-Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 1973, § 74 Anm. 5; *Gnade-Kehrmann-Schneider*, Betriebsverfassungsgesetz, 1973, § 74 Anm. 4; *Fitting-Auffarth-Kaiser*, Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl. 1974, § 74 Anm. 3.

auch das Beharren auf dem eigenen Standpunkt verstößt für sich allein noch nicht gegen die Verhandlungspflicht⁵⁶. Hingegen soll schon eine gezielte harte Verhandlungstaktik verboten sein⁵⁷. Ein echter Verhandlungsanspruch gegen den anderen Betriebspartner wird verneint, aber man beeilt sich, die gleichwohl rechtliche Qualität der Verhandlungsverpflichtung zu betonen⁵⁸.

Ob Abschlußzwang, Pflicht zur ernsthaften Verhandlung und staatliche Einmischung in Sachfragen wirklich klar auseinandergehalten werden können⁵⁹, wird am Schluß dieser Untersuchung klarer hervortreten.

3. Ordnungsfunktion der Tarifautonomie

Die Erkenntnis der Tarifautonomie als eine wert- und sinnverpflichtete Institution im Gegensatz zur Privatautonomie ist sicherlich richtig. Dennoch sollte aus der »Ordnungsaufgabe der Tarifautonomie« nicht eine *Handlungspflicht* der Tarifvertragsparteien gefolgert werden, sei es als Verhandlungspflicht⁶⁰ oder gar als Vereinbarungspflicht⁶¹. Man muß unterscheiden zwischen der Verpflichtung, eine Aufgabe zu erfüllen, und der Verpflichtung, *bei tatsächlicher Befassung* mit einer Aufgabe besondere Bindungen und Strukturen zu beachten. Nur im zweiten Sinne kann sich die Zweckbezogenheit der Tarifautonomie auswirken⁶².

4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Verhandlungspflicht

Nach dem Beschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971 ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei weitem das stärkste Argument für einen Verhandlungsanspruch; dieser scheint – wie *Löwisch* feststellt⁶³ – kaum noch umgehbar zu sein. Dennoch liegt in diesem Gedanken eine Komplikation, die stärkere Hervorhebung verdient.

Die herkömmliche Definition des Ultima-ratio-Prinzips hat immer bei der einzelnen Kampfmaßnahme eingesetzt. Im Beschluß vom 21. 4. 1971 heißt es: »Jede Arbeitskampfmaßnahme – sei es Streik, sei es Aussperrung – darf ferner nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden.«⁶⁴

56 Vgl. Nachweise in Fn. 55; a. M. *Sahmer*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 1972, § 74 Anm. 2.

57 *Dietz-Richardi* (Fn. 55), m. w. N.; a. M. *Galperin-Siebert*, Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 1963, § 49 Anm. 24.

58 *Thiele* (Fn. 55), Anm. 15; weitere Nachweise vgl. Fn. 55.

59 Optimistisch die Befürworter eines Verhandlungsanspruchs, *Mayer-Maly* (Fn. 11), S. 201 f.; *Hueck-Nipperdey* (Fn. 28), S. 79 f. (Fn. 16) und S. 443 (Fn. 78 a).

60 Siehe Fn. 30.

61 BAG, Beschluß, vom 21. 4. 1971 (Fn. 43).

62 Das habe ich näher ausgeführt in *Coester*, Vorrangprinzip des Tarifvertrags, 1974, S. 69–72.

63 Siehe Fn. 44.

64 DB 1971, S. 1063, sub III A 2 a.

Von daher ist der Streik einer Gewerkschaft gegen einen Arbeitgeber, der Verhandlungen strikt ablehnt, unzweifelhaft »erforderlich« – was soll die Gewerkschaft sonst noch tun⁶⁵? Der Arbeitgeber aber hat gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im herkömmlichen Sinne ebenfalls nicht verstoßen, denn er hat überhaupt keine Maßnahme ergriffen, die an diesem Grundsatz zu messen wäre. Es sei denn, man wollte ein Unterlassen des Arbeitgebers als Arbeitskampfmaßnahme werten, was aber das Bundesarbeitsgericht oder *Löwisch* wohl nicht zum Ausdruck bringen wollten.

Der Große Senat hat nun aber selbst den qualitativen Sprung unternommen, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von der einzelnen Arbeitskampfmaßnahme abzulösen und ihm, vom distanzierten Standpunkt des Allgemeinwohls aus, die Tarifvertragspartei *gemeinsam* zu unterstellen. Keine Seite ist mehr allein für ihre eigenen Maßnahmen verantwortlich, sondern beide zusammen, obwohl doch kontroverse Interessenvertreter, müssen ihre Gesamtktionen nach außen verantworten. Eine Verhandlungspflicht beider Seiten scheint natürliche Folge dieser Auffassung.

Es wäre reizvoll, sich die Reaktion des Großen Senats auf den hypothetischen Fall auszumalen, daß eine Koalition Verhandlungen über die im Beschluß vom 21. 4. 1971 geforderten Vereinbarungen betreffend Schlichtungsverfahren verweigert. Wen trifft danach die Sanktion wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn es zum Arbeitskampf kommt – den Kämpfenden, den Verweigernden oder beide?

Das Ultima-ratio-Prinzip ist von der Konzeption her ein *Abwehrmittel* des Rechts gegen unzumutbare Schädigungen durch soziale Selbstverwaltung. Der Große Senat hat den Grundsatz umfunktioniert zu einem *Eingriffsinstrument* in die Verhaltensfreiheit der Tarifvertragsparteien. Wer aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Verhandlungspflicht ableitet, muß bereit sein, diesen Schritt nachzuvollziehen⁶⁶.

5. Rechtsstreik – Regelungstreik

Buchners Hinweis auf das Verbot von Rechtsstreiks⁶⁷ erscheint durchgreifend: Verweigert der Arbeitgeber Verhandlungen, so darf, bei Anerkennung eines Verhandlungsanspruchs, die Gewerkschaft nicht streiken, sondern muß ihren Anspruch gerichtlich einklagen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbietet Streiks zur Rechtsdurchsetzung⁶⁸. Erst bei unbefriedigendem Ergebnis der gericht-

65 Davon geht das BAG selbst aus, Urteil vom 26. 10. 1971, SAE 1973, S. 39.

66 Zur Interpretation des Beschlusses vom 21. 4. 1971 vgl. weiter unten Teil D, a. E.

67 SAE 1973, S. 43.

68 *Säcker*, in: *Hueck-Nipperdey* (Fn. 28), S. 880–883, 1026–1028 m. w. N.; *Coester*, Drittbezogene Arbeitskampfmaßnahmen in den USA, Frankreich und der Bundesrepublik, RdA 1976, Heft 5, sub B III 2.

lich erstrittenen Verhandlungen käme dann ein Streik in Betracht – »eine kaum praktikable Verfahrensweise«⁶⁹.

Bei genauer Betrachtung erweist sich diese Argumentation jedoch als brüchig. Zum einen könnte man das Problem vermeiden, indem man in Anlehnung an § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG 1972 zwar eine Verhandlungspflicht, aber keine gegenseitig einklagbaren Ansprüche anerkennt. Wesentlicher aber erscheint eine andere Überlegung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nunmehr Leitprinzip nahezu des gesamten kollektiven Arbeitsrechts. Aus ihm heraus entwickeln sich verschiedenartige Einzeldoktrinen, so gleichermaßen das Verbot des Rechtsstreiks wie – was hier einmal unterstellt werden soll – die Verhandlungspflicht. Die Richtung, in der sich die Einzeldoktrinen entwickeln, ist keineswegs klar bestimmbar, und man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß sie gelegentlich eigengesetzlich weiterwuchern, unkoordiniert und einer rechtspolitischen Kontrolle weitgehend entzogen. Eine Überprüfung jeder Fortentwicklung einer Einzeldoktrin auf ihre Auswirkungen im Gesamtzusammenhang erscheint aber auch rechtlich geboten. Die Grundfunktion der Tarifautonomie nach Art. 9 Abs. 3 GG ist »Selbstverwaltung«, während der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Tendenz zur Verrechtlichung des tarifvertraglichen Auseinandersetzungsprozesses in sich birgt. Es widerspricht nun aber herrschendem verfassungsrechtlichem Denken abzuwarten, bis die Verrechtlichung am absoluten Kernbereich der Selbstverwaltung ihre Grenze findet. Die Antipoden »Staatliches Recht« und »Selbstverwaltung der Tarifvertragsparteien« müssen schon vorher einander sinnvoll zugeordnet werden, wobei der Grundsatz »Soviel Selbstverwaltung wie möglich, soviel Recht wie nötig« von Art. 9 Abs. 3 GG vorgezeichnet sein dürfte.

Die Kombination von verbotenem Rechtsstreik und Verhandlungspflicht ist ein typisches Beispiel für unkontrollierte Weiterentwicklung von Einzeldoktrinen. Die Entwicklung einer Verhandlungspflicht aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auf ein Mehr an Selbstverwaltung ausgerichtet, wengleich sie mit Mitteln des Rechts gefördert werden soll. Die anschließende Anwendung des Verbots von Rechtsstreiks auf den Fall der Verhandlungsverweigerung kehrt diesen Effekt in sein Gegenteil. Im Endergebnis wäre die Selbstverwaltung wesentlich eingeschränkt.

Heben sich Einzeldoktrinen auf dem Boden des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegenseitig auf, so bedarf es der Korrektur. Einen Ausweg bieten die Begriffe »Rechtskampf« und »Regelungskampf«⁷⁰: Alle Kampfmaßnahmen, die *unmittelbar* auf eine tarifvertragliche *Regelung* gerichtet sind, sind keine verbotenen Rechtskämpfe, unabhängig davon, ob auch der Rechtsweg beschritten werden könnte.

69 Buchner (Fn. 67).

70 Vgl. dazu Säcker (Fn. 68).

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß eine Verhandlungspflicht jedenfalls nicht mit dem Argument abgelehnt werden kann, sie impliziere ein unpraktikables gerichtliches Durchsetzungsverfahren.

Es hat sich gezeigt, daß die rechtsdogmatische Argumentation außerordentlich vielschichtig ist – so vielschichtig, daß kaum die Hoffnung besteht, auf diesem Wege zu einem allgemeinen Konsens zu kommen. In dieser Situation erscheint es angebracht, mit Hilfe der Rechtsvergleichung zu klären, was die Anerkennung einer Verhandlungspflicht rechtstatsächlich und rechtlich eigentlich bedeutet.

C. Verhandlungspflicht im US-amerikanischen Recht⁷¹

I. Gesetzliche Ausgangslage

Eine gesetzliche Verhandlungspflicht der Koalitionen findet sich in fast allen einzelstaatlichen und den Bundesgesetzen. Neben dem National Labor Relations Act (NLRA)⁷² haben alle anderen Gesetze praktisch nur die Bedeutung von Sonder- oder Nebengesetzen, so daß es gerechtfertigt ist, die Untersuchung auf die Rechtslage unter dem National Labor Relations Act zu beschränken.

1. Einschlägige Bestimmungen

Drei Bestimmungen des National Labor Relations Act beschäftigen sich mit der Verhandlungspflicht: Nach Sec. 8 (a) (5) NLRA handelt ein Arbeitgeber rechtswidrig, wenn er Kollektivverhandlungen mit der Gewerkschaft verweigert, die seine Arbeitnehmer vertritt⁷³. Sec. 8 (b) (3) NLRA legt die entsprechende Verpflichtung für Gewerkschaften fest. Sec. 8 (d) NLRA schließlich führt näher aus, was das Gesetz unter der Verhandlungspflicht versteht: »... die Erfüllung einer gegenseitigen Verpflichtung des Arbeitgebers und des Vertreters der Arbeitnehmer, zu vernünftigen Zeiten zusammenzutreffen und mit redlicher Gesinnung zu verhandeln über Löhne, Arbeitszeit und andere Arbeitsbedingungen oder über

71 Für einen kurzen Überblick über das Arbeitsrechtssystem der USA vgl. Coester (Fn. 68), sub. A I, m. w. N.

72 NLRA (Wagner Act) von 1935, 29 U.S.C. §§ 151–168; ergänzt durch den Labor-Management Relations Act (LMRA) von 1947 (sog. Taft-Hartley Act), 29 U.S.C. §§ 141–167, 171–197, und den Labor-Management-Reporting and Disclosure Act (LMRDA) von 1959 (sog. Landrum-Griffin Act), 29 U.S.C. §§ 401–531.

73 In den USA gilt das Prinzip der »majority rule« und »exclusive representation«: Die von der Mehrheit der Arbeitnehmer in einer geeigneten Betriebseinheit gewählte Gewerkschaft vertritt *alle* Arbeitnehmer dieser Einheit (bargaining unit); vgl. Gamillscheg, Betrieb und »bargaining unit«, ZfA 1975, S. 357 ff.

die Aushandlung einer Vereinbarung...; diese Verpflichtung zwingt aber keine Partei, einem Vorschlag zuzustimmen, und verlangt nicht, daß Konzessionen gemacht werden...«⁷⁴

2. Gesetzgebungsgeschichte

Die erste Kodifizierung der kollektiven Arbeitsbeziehungen, der Wagner Act von 1935, sollte vor allem die Position der Arbeitnehmer und ihrer Vertretungen stärken. Dementsprechend statuierte das Gesetz eine Verhandlungspflicht nur des Arbeitgebers (Sec. 8 [a] [5] NLRA). In den Beratungen zum Gesetzentwurf betonte man allseits, daß ein Abschlußzwang mit der Verhandlungspflicht nicht verbunden sei. Dem Einwand, eine bloße Verhandlungspflicht müsse ein frommer Wunsch bleiben, sie entziehe sich dem Rechtsbefehl, wurde entgegengehalten, daß der Gesetzesbefehl schon aus sich heraus Wirkungen äußern werde⁷⁵.

Schon bald nach Inkrafttreten des Wagner Act interpretierten das National Labor Relations Board⁷⁶ und die Berufungsgerichte das Erfordernis der redlichen Gesinnung (good faith) in die Verhandlungspflicht nach Sec. 8 (a) (5) NLRA⁷⁷. Das führte zu Kontroversen bei den Beratungen zum Ergänzungsgesetz von 1947 (Taft-Hartley Act). Zum einen stellte dieses Gesetz die Symmetrie zwischen Gewerkschafts- und Arbeitgeberverpflichtungen her, auch bezüglich der Verhandlungspflicht (Sec. 8 [b] [3] NLRA). Zum anderen ging es um die nähere gesetzliche Definition der Verhandlungspflicht. Das Repräsentantenhaus wollte den good-faith-Test der Gerichte ausschließen, während von der Gegenseite gefordert wurde, der gute Wille müsse durch den Zwang zu Konzessionen objektiviert werden. Im Senat schließlich entschied man sich für den in Sec. 8 (d) NLRA niedergelegten Mittelweg. Der Konzessionszwang wurde abgelehnt, da er in die sachliche Verhandlungsposition der Parteien eingegriffen hätte. Das Erfordernis des good faith wurde hingegen ins Gesetz übernommen⁷⁸.

74 Sec. 8 (d) NLRA: »... to bargain collectively is the performance of the mutual obligation of the employer and the representative of the employees to meet at reasonable times and confer in good faith with respect to wages, hours, and other terms and conditions of employment, or the negotiation of an agreement..., but such obligation does not compel either party to agree to a proposal or require the making of a concession...« (Übersetzung im Text vom Verf.).

75 Vgl. zum Ganzen *Smith*, The Evolution of the »Duty to Bargain« Concept in American Law, 39 Mich. L. Rev. 1065, 1083–1084 (1941).

76 Die Institution, die primär mit der Durchführung und Überwachung des NLRA betraut ist. Das NLRB hat teils behördliche, teils gerichtliche Funktion, vgl. Sec. 3–6 NLRA.

77 *Highland Park Mfg. Co.*, 12 N.L.R.B. 1238, 1248 f. (1939); *Globe Cotton Mills v. NLRB*, 103 F. 2d 91, 94 (5th Cir. 1934); *NLRB v. Boss Mfg. Co.*, 118 F. 2d 187, 189 (7th Cir. 1941).

78 H.R. Rep. Nr. 510, 8. Cong., 1. Sitzung, S. 34 (1947).

II. Inhalt und Auswirkungen der Verhandlungspflicht

1. Allgemeine Grundsätze

a) Funktion der Pflicht zum redlichen Verhandeln

Auch die Amerikaner geben sich nicht der Illusion hin, daß kraft Gesetzesbefehls »good faith« am Verhandlungstisch erzwungen werden könnte. Rein subjektive Einstellungen sind objektiv kaum faßbar, die Umgehungsmöglichkeiten der Parteien sind zahllos⁷⁹. Dennoch haben Gerichte und Gesetzgeber schnell erkannt, daß mit einer bloßen Pflicht zum »Verhandeln als solchem« weder den Tarifvertragsparteien noch dem Gemeinwohl gedient ist. Um dem Erfordernis des good faith eine greifbare Bedeutung zu geben, hat man in den USA die Pflicht zu redlichem Verhandeln daher nahezu gänzlich objektiviert: Nicht eine positive Gesinnung ist befohlen, sondern das Unterlassen jeglichen Verhaltens, das mit einem redlichen Verhandeln nicht vereinbar wäre. Man könnte dies eine negativ-objektive Funktion nennen. Entsprechend bedeutet die Verhandlungspflicht vor allem eine Abwehrwaffe der Parteien gegen unfaires Verhalten der Gegenseite⁸⁰. Ist eine bestimmte Verhaltensweise objektiv mit redlicher Verhandlungsführung unvereinbar, kommt es auf den guten oder bösen Willen des Handelnden nicht an⁸¹. Umgekehrt gibt die Überzeugung, daß der Gegner von vornherein nicht in »good faith« zu den Verhandlungen antritt, nicht das Recht, seinerseits die Verhandlungen zu verweigern⁸².

b) Staatliche Einmischungen in Verhandlungen

Das Gesetz schließt einen Abschluß- oder Konzessionszwang aus (Sec. 8 [d] NLRA). Des weiteren gilt im Grundsatz unangefochten, daß das National Labor Relations Board alles zu unterlassen habe, was auf eine Wertung und Einmischung in die sachlichen Verhandlungspositionen der Parteien hinauslaufen würde⁸³.

Dabei sieht man nicht immer klar, daß die Verurteilung oder Nichtverurteilung eines Verhaltens oft gleichermaßen eine Parteinahme für die eine oder andere Seite und damit deren sachlichen Standpunkt bedeutet⁸⁴.

79 Labor Study Group, *The Public Interest in National Labor Policy* 1961, S. 82.

80 Labor Study Group, a.a.O.

81 *J. Minton*, Dissent in *NLRB v. American National Insurance Co.*, 343 U.S. 395; 95 L. Ed. 1027 (1952). Über die objektive Unvereinbarkeit können natürlich unterschiedliche Auffassungen bestehen.

82 *General Electric Co. v. NLRB*, 412 F. 2d 512 (2d Cir. 1969): Mehrere Gewerkschaften hatten sich intern auf bestimmte Positionen festgelegt, der Arbeitgeber wollte deshalb nicht verhandeln.

83 *NLRB v. American National Insurance* (Fn. 81); *NLRB v. Insurance Agents' International Union*, 361, U.S. 477; 4 L. Ed. 2d 454 (1960).

84 Vgl. vor allem unten 2 a und b.

c) Feststellung des good faith

Die objektive Funktion des good faith führt dazu, daß seine am Subjektiven ausgerichteten Definitionen⁸⁵ eher auf einen hypothetischen Verhandlungspartner zu beziehen sind, an dem das konkrete Verhalten der Verhandelnden gemessen wird.

Uneinigkeit besteht darüber, ob bestimmte Verhaltensweisen ohne weiteres (per se) den Mangel an good faith begründen oder ob es stets auf die Gesamtumstände ankommt⁸⁶. Je offensichtlicher eine Partei unredlich handelt, desto eher werden die Gerichte den »per se«-Ansatz wählen.

2. Konkrete Einzelfragen der Verhandlungspflicht

a) Beharren auf der eigenen Verhandlungsposition

Während es eine redliche Gesinnung erfordert, daß Vorschläge und Angebote der Gegenseite mit Bekanntgabe der eigenen Verhandlungsposition beantwortet werden müssen, hat das Gesetz einen Zwang zu Konzessionen ausdrücklich ausgeschlossen⁸⁷. Deshalb kann die Einnahme eines unverrückbaren Standpunktes nicht für sich allein gegen das Gebot des good faith verstoßen, vor allem nicht nach langen Verhandlungen (final offer)⁸⁸. Auch »hartes Verhandeln« bleibt als Taktik erlaubt⁸⁹. Offensichtlich bedarf es hier jedoch der Eingrenzung, will man nicht einem Unterlaufen der Verhandlungspflicht Tür und Tor öffnen. So soll es doch nicht »good faith« entsprechen, wenn eine Seite von vornherein die Absicht hat, von ihrer Ausgangsposition nicht abzurücken⁹⁰, oder wenn sie sich vor Beginn der Tarifverhandlungen öffentlich derart auf die eigene Position festlegt, daß sie sich ein Abrücken davon praktisch selbst verbaut⁹¹. In der Entscheidung zu letzterem Fall betonte das Gericht aber ausdrücklich die Rechtmäßigkeit einer Verhandlungstaktik, die unter Ablehnung des üblichen Tauziehens das optimale Angebot gleich zu Anfang auf den Tisch bringt (best-offer-first; take-it-or-leave-it). Nur darf man den Gegner nicht dadurch unter zusätzlichen Druck setzen, daß man diese Taktik mit einer öffentlichen Kampagne für die

85 Vgl. Nachweise in Fn. 77.

86 Gesamtumstände: NLRB v. F.M. Reeves + Sons, 273 F. 2d 710, 713 (10th Cir. 1959), Rev. abgelehnt 366 U.S. 914 (1961); Milwaukee Electrical Tool Corp., 110 N.L.R.B. 977 (1954); »per se«: Armstrong Cork Co. v. NLRB, 211 F. 2d 843 (5th Cir. 1954); Vanette Hosiery Mills, 114 N.L.R.B. 1107, 1126 (1955).

87 Sec. 8 (d) NLRA; vgl. oben I 2.

88 Philip Carey Mfg. Co., 140 N.L.R.B. 1103 (1963), bestätigt 331 F. 2d 720 (6th Cir. 1964), Rev. abgelehnt 379 U.S. 888 (1964).

89 Dierks Forests, Inc., 148 N.L.R.B. 923 (1964).

90 J. Frankfurter in NLRB v. Truitt Mfg. Co., 351 U.S. 149; 100 L. Ed 1027 (1956).

91 NLRB v. General Electric Co., 418 F. 2d 736 (2d Cir. 1969), Rev. abgelehnt 397 U.S. 965 (1970).

eigene Position kombiniert, so daß Nachgeben einen Gesichtverlust bedeuten würde. Offen bleibt der Fall, daß eine Seite anderweitig bereits erzielte Abschlüsse öffentlich als maßgeblich auch für künftige Verhandlungen bezeichnet. Es wurde befürchtet, daß hier der Konzessionszwang durch die Hintertür praktisch wieder eingeführt werden könnte⁹².

Unredliche Gesinnung wurde auch dann angenommen, wenn sich das Beharren auf Einzelpunkten insgesamt als Verzögerungstaktik darstellte⁹³ oder wenn eine Seite sich gegen die Aufnahme gesetzlicher oder allgemein üblicher Regelungen sperrte⁹⁴.

Hier ist offensichtlich ein Punkt erreicht, an dem im Streitfall die sachlichen Positionen der Parteien staatlicher Bewertung unterworfen werden.

b) Vertragliche Aussparung von Regelungspunkten

Ein beliebtes Mittel der Arbeitgeber, Verhandlungen zu bestimmten Punkten zu unterlaufen, ist die sog. »management-functions-clause«: die tarifvertragliche Vereinbarung, daß diese Punkte in die freie Regelungszuständigkeit des Arbeitgebers fallen. Die Auffassung der Vorinstanzen, daß die Forderung einer solchen Klausel »per se« eine Verhandlungsverweigerung darstelle, wurde vom US-Supreme Court abgelehnt unter Hinweis auf die Autonomie der Tarifparteien und den Grundsatz der staatlichen Nichteinmischung⁹⁵.

Eine Minderheit der Richter war anderer Auffassung. Es bedeute einen wesentlichen Unterschied, ob die Gewerkschaft einzelne Forderungen zugunsten anderer aufgabe oder ob der Arbeitgeber die Aufgabe von Forderungen als Bedingung anderweitiger Einigung bezeichne⁹⁶.

Die grundsätzliche Zulässigkeit des Verhandeln für eine »management-functions-clause« wird zweifelhaft, wenn die verlangte Klausel praktisch alle wesentlichen Arbeitsbedingungen umfaßt⁹⁷.

c) Informationspflicht

Die Pflicht zur redlichen Verhandlungsführung bedeutet für den Arbeitgeber, daß er die Gewerkschaft über die verhandlungswesentlichen Daten informieren

92 *J. Friendly*, Dissent in *NLRB v. General Electric* (Fn. 91).

93 *C. + D. Coal Co.*, 93 N.L.R.B. 799 (1951); *NLRB v. Deena Artware Inc.*, 198 F. 2d 645 (6th Cir. 1952).

94 *Montgomery Ward + Co.*, 37 N.L.R.B. 100 (1941); *H. K. Porter Co.*, 153 N.L.R.B. 1370 (1965), best. 363 F. 2d 272 (D.C. Cir. 1966), Rev. abgelehnt 385 U.S. 851 (1966).

95 *NLRB v. American National Insurance* (Fn. 81).

96 *J. Minton u. a.* (Fn. 81).

97 Zulässig: *White v. NLRB*, 255 F. 2d 564 (5th Cir. 1958); unzulässig: *Majeure v. NLRB*, 198 F. 2d 735 (5th Cir. 1952); *NLRB v. Reed + Prince Mfg. Co.*, 205 F. 2d 131 (1st Cir. 1953), Rev. abgelehnt 346 U.S. 887 (1953).

muß. Man unterscheidet zwischen Lohndaten und allgemeinen Finanzdaten: Erstere sind immer zu offenbaren, ohne Rücksicht auf angebliche Vertraulichkeit⁹⁸. Letztere müssen nur zum Beleg des Einwands eröffnet werden, daß die Forderungen der Gewerkschaft die Finanzkraft des Unternehmens überstiegen oder seine Wettbewerbsfähigkeit einschränkten⁹⁹.

d) Einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen

Es wird als Frustration der Tarifverhandlungen und als Zeichen unredlicher Gesinnung angesehen, wenn der Arbeitgeber während der Verhandlungen die Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer einseitig und allgemein ändert. Die Verhandlungspflicht ist dadurch ebenso verletzt wie durch eine schlichte Weigerung zu verhandeln¹⁰⁰. Einige Ausnahmen sind aber anerkannt. Scheitern die Tarifvertragsverhandlungen, so darf der Arbeitgeber von sich aus die Löhne anheben – aber nur dann, wenn er das Scheitern der Verhandlungen nicht böswillig selbst herbeigeführt hatte¹⁰¹ und wenn er sich im Rahmen seines letzten Angebots an die Gewerkschaft hält¹⁰². In engen Grenzen mag auch wirtschaftliche Notwendigkeit eine einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen legitimieren¹⁰³. Schließlich ist der Arbeitgeber gar nicht gebunden bezüglich der von der verhandelnden Gewerkschaft nicht vertretenen Arbeitnehmer.

3. Umfang der Verhandlungspflicht

a) Personell

Die Frage, ob eine Seite auf gemeinsamen Tarifverhandlungen mehrerer Beteiligter bestehen darf, wird differenziert beantwortet. Wollen mehrere Gewerkschaften nur zusammen verhandeln, muß sich die Arbeitgeberseite darauf einlassen¹⁰⁴. Einen Anspruch darauf, mit mehreren Beteiligten auf der Gegenseite zusammen zu verhandeln, gibt es hingegen nicht¹⁰⁵.

98 *Utica Observer-Dispatch v. NLRB*, 229 F. 2d 575 (2d Cir. 1956).

99 *Empire Terminal Warehouse Co.*, 151 N.L.R.B. 1359 (1965); *NLRB v. Truitt Mfg. Co.*, (Fn. 90).

100 *Medo Corp. v. Labor Board*, 321 U.S. 678 (1944); *May Department Stores v. NLRB*, 326 U.S. 376 (1945); *NLRB v. Katz*, 369 U.S. 736, 8 L. Ed. 2d 230 (1962); vgl. *Cox*, *The Duty to Bargain in Good Faith*, 71 Harv. L. Rev. 1401 (1958).

101 *Industrial Union of Marine + Shipbuilding Workers v. NLRB*, 320 F. 2d 615 (3d Cir. 1963), Rev. abgelehnt 375 U.S. 984 (1964).

102 *NLRB v. US Sonics Corp.*, 312 F. 2d 610 (1st Cir. 1963).

103 *Raleigh Water Heating Mfg. Co.*, 136 N.L.R.B. 76 (1962).

104 *General Electric Co. v. NLRB* (Fn. 82).

105 *F. W. Woolworth Co.*, 179 N.L.R.B. 748 (1969), für den Arbeitgeber; *Utility Workers (Ohio Power Co.)*, 203 N.L.R.B. Nr. 55 (1973), für die Gewerkschaft.

b) Gegenständlich

Die amerikanische Rechtsprechung hat die Verhandlungspflicht eingeschränkt durch die Unterscheidung zwischen Muß- und Kann-Verhandlungsgegenständen (mandatory bzw. permissive subjects)¹⁰⁶. Hierbei handelt es sich wohlgerne nicht um die Abgrenzung, was zulässiger Inhalt eines Tarifvertrags sein kann, sondern um eine Differenzierung im zulässigen Bereich.

Pflichtpunkte sind alle Fragen, die eine unmittelbare Auswirkung auf die Arbeitsbedingungen haben. Kann-Punkte sind alles andere, z. B. unternehmens- oder gewerkschaftspolitische Fragen oder das Gemeinwohl (Umweltschutz)¹⁰⁷. Die Unterscheidung hat dreierlei Bedeutung: (1) Eine Einlassungspflicht besteht nur in bezug auf Pflichtpunkte; (2) bei Pflichtpunkten darf man auf seiner Position beharren, selbst wenn dadurch das Scheitern der Verhandlungen verursacht wird. Auf Kann-Punkten darf man insoweit nicht beharren¹⁰⁸; (3) einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen in Pflichtpunkten verstößt immer gegen die Verhandlungspflicht, in Kann-Punkten nur, wenn sie aktuell verhandelt wurden.

Auch hier ist eine Einflußnahme des Rechts auf die Sachverhandlungen zu beobachten. Außerlich nur eine Begrenzung der Verhandlungspflicht, werden rechtliche Kategorien und richterliche Wertungen an die Verhandlungspunkte und an die Verhandlungstaktik der Tarifpartner herangetragen. Beharrt jemand bei sonstiger Einigkeit auf einem streitigen Punkt, so bedeutet dessen richterliche Wertung als Kann-Punkt, daß der Vertrag im übrigen als abgeschlossen gilt, also einen gewissen Abschlußzwang¹⁰⁹.

c) Zeitlich

Der abgeschlossene Tarifvertrag läßt die Verhandlungspflicht für seine Laufzeit ruhen. Ein Anspruch auf Abänderungsverhandlungen besteht nicht, vorbehaltlich einer vertraglichen Klausel. Die Ausschlußwirkung des Tarifvertrags ist aber – wie bei uns die Friedenspflicht – nur relativ. Sec. 8 (d) NLRA beschränkt sie auf die schriftlichen Vereinbarungen im Tarifvertrag¹¹⁰, über alles andere ist auch während der Laufzeit des Tarifvertrags zu verhandeln. Es sind jedoch Ausnahmen anerkannt: Eine absolute Ausschlußklausel ist zulässig (sog. zipper-clause, Reißverschlusssklausel). Außerdem können keine neuen Verhandlungen bezüglich solcher

106 NLRB v. Wooster Division of Borg-Warner Corp., 356 U.S. 342; 2 L. Ed. 2d 813 (1958).

107 Vgl. *Oldham*, Organized Labor, the Environment, and the Taft-Hartley Act, 71 Mich. L. Rev. 936 (1973).

108 Borg-Warner (Fn. 106).

109 *J. Harlan*, Dissent in Borg-Warner (Fn. 106).

110 Tide Water Association Oil Co., 85 N.L.R.B. 1096 (1949); The Jacobs Mfg. Co., 94 N.L.R.B. 1214 (1951).

Punkte verlangt werden, auf die eine Seite im Zusammenhang mit Konzessionen bewußt, unmißverständlich und ausdrücklich verzichtet hatte¹¹¹. Die Ermittlung eines solchen Verzichts ist naturgemäß schwierig. Das bloße Fallenlassen eines Punktes soll nicht genügen, ebenso nicht der normale »do ut des« – Kompromiß bei Verhandlungen¹¹².

III. Sanktionen

Abgesehen davon, daß bei Verhandlungsweigerung des Arbeitgebers ein Streik besonders privilegiert ist¹¹³, gibt es kaum angemessene Sanktionen für die Verletzung der Verhandlungspflicht, obwohl das National Labor Relations Board weite Sanktionsbefugnisse gegenüber den Verhandlungspartnern hat (Sec. 10 [c] NLRA). Den Abschluß eines Tarifvertrages kann es jedenfalls nicht anordnen¹¹⁴. Auch von der Verhängung von Schadensersatzverpflichtungen ist das National Labor Relations Board in jüngster Zeit abgegangen¹¹⁵, vor allem wegen der Berechnungsschwierigkeiten¹¹⁶. Man behilft sich statt dessen damit, den Arbeitgeber zur Publikation des Urteils, verstärkter Information sowie zur Gewährung besonderer betrieblicher Rechte der Gewerkschaft zu verurteilen¹¹⁷. Eine effektive Sanktionsmöglichkeit wird darin aber allgemein nicht gesehen.

D. Schlußfolgerungen

Einzelne Ausgestaltungen der US-amerikanischen Verhandlungspflicht sind sicherlich auf Besonderheiten des dortigen Arbeitsrechtssystems zurückzuführen, wie insbesondere die ausschließliche Vertretung einer Arbeitnehmer-Einheit durch die

111 Proctor Mfg. Corp., 131 N.L.R.B. 1166, 1169 (1961).

112 Beacon Piece Dyeing + Finishing Co., Inc., 121 N.L.R.B. 953, 960 (1958). Zur entsprechenden Diskussion bezüglich der deutschen Friedenpflicht vgl. Brox-Rütbers, Arbeitskämpfrecht 1965, S. 75 m. w. N.; eine Verhandlungspflicht hätte diesen Linien zu folgen.

113 Vgl. Coester (Fn. 68), sub. B I 2.

114 H. K. Porter Co. v. NLRB, 397 U.S. 99, 26 L. Ed. 2d 146 (1970).

115 So noch IUE v. NLRB (Tiidee Products, Inc.), 426 F. 2d 1243 (D.C. Cir. 1970), Rev. abgelehnt 400 U.S. 950 (1970).

116 Ex-Cell-O Corp., 185 N.L.R.B. 107 (1970).

117 Tiidee Products, Inc., 194 N.L.R.B. 1234 (1972).

von der Mehrheit gewählte Gewerkschaft, das Fehlen des Günstigkeitsprinzips sowie von selbständigen Betriebsvertretungen der Arbeitnehmer. Dennoch ist die Rechtsentwicklung in den USA für uns nicht uninteressant. Die wesentlichen Schlußfolgerungen sollen im folgenden als Thesen vorgestellt und begründet werden.

1. *These*: Eine Verhandlungspflicht der Tarifvertragsparteien ist sinnvoll nicht denkbar ohne das zusätzliche Erfordernis ernsthaften Auseinandersetzungswillens.

Eine rechtliche Verhandlungspflicht kann nur mit dem Interesse der Beteiligten oder des Gemeinwohls begründet werden. Sind Verhandlungen bloß formale Pflichtübungen, ist niemandes Interesse gedient, auch nicht dem Interesse von Minderheitsgewerkschaften. Dem klagenden schwedischen Verband im Fall des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹¹⁸ waren bloße Verhandlungen angeboten worden¹¹⁹ ohne materielle Einigungschance. Offensichtlich wurde das als unbefriedigend empfunden.

Die Gerichte werden, wie das Beispiel der USA zeigt, die Verhandlungspflicht bald mit materialem Gehalt füllen, der seine Grenze findet am Abschluß- oder Konzessionszwang. In der amerikanischen Reformdiskussion im Jahre 1947 hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß man ohne Bindung der Verhandlungspflicht an ernsthaften Verhandlungswillen nicht auskommt.

Schließlich ist leeres Verhandeln offensichtlich auch nicht das, was dem Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluß vom 21. 4. 1971 vorgeschwebt hat¹²⁰.

2. *These*: Eine Rechtspflicht zum ernsthaften Verhandeln kann zur dauernden Quelle gerichtlicher Streitigkeiten werden.

Trotz des amerikanischen Versuchs, das Erfordernis des good faith rein objektiv zu erfassen, bieten sich für die verhandlungsunwillige Partei ständig neue Wege der Umgehung. Das bedeutet aber ständig neue Rechtsstreite über die Erfüllung der Verhandlungspflicht. Diese Konsequenz *muß* nicht eintreten, wie bei uns die betriebsverfassungsrechtliche Situation zeigt. Der dortige Zwang zur Kooperation hat eine generelle und beiderseitige Kooperationsbereitschaft mit sich gebracht, die auf der Ebene der Tarifvertragsparteien nicht ohne weiteres in gleicher Weise unterstellt werden kann. Wenn dem aber doch so wäre, brauchte man andererseits nicht die Konstruktion einer Rechtspflicht zum Verhandeln.

118 Siehe Fn. 1.

119 Entsprechend § 4 des Gesetzes über das Vereinigungs- und Verhandlungsrecht von 1936; vgl. *Folke Schmidt*, Das Kollektive Arbeitsrecht Schwedens 1968, S. 107.

120 Vgl. unten 5. These.

3. *These*: Eine klare Abgrenzung zwischen materialer Verhandlungspflicht und Abschluß- oder Konzessionszwang ist nicht immer möglich.

Das legitime Bestreben der Gerichte, das Unterlaufen einer ernsthaften Verhandlungspflicht zu verhindern, kollidiert notwendigerweise mit der Verhaltensfreiheit der Verhandlungspartner. Einigung oder zumindest Konzessionen kann man zwar nicht rechtlich anordnen, doch sie bleiben nun einmal deutlichster Beweis für einen ernsthaften Verhandlungswillen. Je weniger eine Verhandlungstaktik diesen Willen objektiv erkennen läßt, desto mehr wird sich der Verhandelnnde genötigt sehen, durch Konzessionen einer Klage vorzubeugen. Das Dilemma fehlender Sanktionen gegen Verhandlungsverweigerungen verleitet außerdem dazu, bei Verweigerungen in Einzelpunkten entweder insoweit ein Einlenken zu befehlen oder die Einigkeit über den Rest als Tarifvertrag zu fingieren¹²¹.

4. *These*: Die Verhandlungspflicht ist Einbruchsstelle weitgehender staatlicher Kontrolle in den tarifvertraglichen Auseinandersetzungsprozeß.

Die von *Löwisch* unter breiter Zustimmung befürwortete freie Wahl der Kampfaktiken¹²² gilt erst recht für die Verhandlungstaktik. Wenn aber konkrete Verhandlungen sich ständig am rechtlichen Maßstab redlicher Gesinnung oder ähnlichem ausrichten müssen, ist die freie Wahl der Verhandlungstaktik eingeschränkt. Das wird besonders deutlich am Problem der harten Verhandlungsführung, der Reihenfolge der Angebote (*take-it-or-leave-it*; *best-offer-first*) oder des öffentlichen Werbens für den eigenen Standpunkt¹²³.

In der deutschen Diskussion hatte man immer nur die totale Verhandlungsweigerung im Auge. Eine Verhandlungspflicht erfaßt notwendigerweise aber auch Teilweigerungen, die im Einzelfall schwer erkennbar sein können¹²⁴. Staatliche Einmischung droht damit auch in die sachliche Diskussion. Die amerikanische Unterscheidung zwischen Kann- und Pflichtpunkten¹²⁵ liegt nicht so fern, wie es scheinen mag. Eine nicht weiter eingeschränkte Verhandlungspflicht würde sich auf den gesamten Kreis tarifvertraglich regelbarer Gegenstände beziehen, so wie das Streikrecht ohne eine solche Verhandlungspflicht¹²⁶. Der Gedanke, eine *Rechtspflicht* zum Verhandeln auf die Hauptfragen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu begrenzen, muß daher als angemessen betrachtet werden, so daß seine gerichtliche Anerkennung nicht unwahrscheinlich wäre. Die damit verbundene

121 Vgl. Fn. 109 und C III.

122 ZfA 1971, S. 334.

123 Vgl. oben C II 2 a.

124 Z. B. Beharren auf einem Standpunkt; *management-functions-clause*.

125 Oben C II 3 d.

126 Vgl. BAG vom 26. 10. 1971, SAE 1973, S. 33.

Abgrenzung und Wertung sachlicher Verhandlungspunkte durch die Gerichte bedeutet aber sachliche Einflußnahme auf den Inhalt von Tarifverträgen.

Die Verhandlungspflicht trägt staatliche Kontrolle und rechtliche Wertung in einen Bereich, der nach dem Gedanken der autonomen Selbstverwaltung als staatsfrei konzipiert und lediglich in den Rahmen des Rechts eingebettet ist.

5. *These*: Weder rechtliche noch rechtspolitische Gesichtspunkte fordern die Anerkennung einer Verhandlungspflicht im deutschen Tarifvertragsrecht.

Es gab vor allem zwei Gründe für die Einführung einer Verhandlungspflicht in den USA. Zum einen hat der Gesetzgeber bis heute kein dem deutschen Recht vergleichbares Arbeitsschutzrecht geschaffen. Eine Auffangfunktion des staatlichen Rechts für tarifvertraglich nicht geregelte Gebiete ist nur begrenzt vorhanden. Mehr als das Minimum oder als das, was die Arbeitgeber freiwillig zu geben bereit sind, kann auch heute im wesentlichen nur über die Gewerkschaften erreicht werden. Der Staat hat, anstatt selbst für den sozialen Ausgleich zu sorgen, den Weg gewählt, die Koalitionen an den Verhandlungstisch zu zwingen.

Damit ist schon der zweite Gesichtspunkt berührt. Von »Sozialpartnerschaft« oder gegenseitiger Akzeptierung kann man in den USA weit weniger sprechen als in der Bundesrepublik. Die Arbeitgeber hatten, zumindest bis in die jüngste Vergangenheit, eine echte Chance, den Gewerkschaften zu entgehen. Die gesetzliche Verhandlungspflicht muß also auf dem Hintergrund einer grundsätzlichen Nichtakzeptierung der Gewerkschaften durch die Arbeitgeber gesehen werden.

Beide Ausgangssituationen bestehen in der Bundesrepublik nicht. Hier waren im Zusammenhang mit der Verhandlungspflicht zwei andere, allerdings auch voneinander verschiedene Fragen zu beantworten. In der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 2. 8. 1963 ging es um den Minderheitenschutz schwacher Gewerkschaften. Wer im Hinblick hierauf eine Verhandlungspflicht fordert, übersieht, daß damit gewissermaßen mit Kanonen auf Spatzen geschossen wird: Die große Mehrheit der vorhandenen Koalitionen wird unter eine Pflicht gestellt, die Sinn und Interesse allenfalls nur für eine kleine Außenseitergruppe hat. Der Gedanke des Landesarbeitsgerichts Berlin und unausgesprochen auch des Bundesarbeitsgerichts, daß hier besser das Kräfteverhältnis über das Zustandekommen von Verhandlungen entscheiden solle¹²⁷, erscheint keineswegs »bestürzend«¹²⁸, sondern im Einklang mit unserem Tarifvertragssystem. Der Schutz schwacher Verhandlungspartner im allgemeinen Privatrecht gegenüber Monopolbetrieben und im Hinblick auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, auf den *Mayer-Maly*¹²⁹ hinweist, erfolgt mittels richterlicher Abschluß- oder Inhaltskontrolle¹³⁰.

127 LAG Berlin (Fn. 22).

128 So *Mayer-Maly* (Fn. 11), S. 204.

129 Siehe Fn. 128.

130 Vgl. jetzt das Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 9. 12. 1976, BGBl. I 3317, in Kraft ab 1. 4. 1977.

Für den Tarifvertrag will das wohl auch *Mayer-Maly* nicht. Daß aber dennoch staatliche Einmischung und Verhandlungspflicht miteinander verknüpft sind, wurde oben dargelegt.

Um etwas ganz anderes ging es im Beschluß vom 21. 4. 1971. Die Bemerkungen des Bundesarbeitsgerichts zielten nicht auf Verbandsminderheiten, sondern gerade und vor allem auf die großen Koalitionen. Insoweit bestand nun aber keine Notwendigkeit wie in den USA, sie überhaupt an den Verhandlungstisch zu bringen. Dem Bundesarbeitsgericht ging es vielmehr um *Vereinbarungen* über den tarifvertraglichen Auseinandersetzungsprozeß, die die Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf das Gemeinwohl auf das notwendige Mindestmaß beschränken sollten. Wortlaut und der so verstandene Sinn des Beschlusses ergeben daher, daß von einer *Verhandlungspflicht* der Koalitionen gegeneinander gar nicht die Rede war, sondern von einer *Vereinbarungspflicht* gegenüber der Allgemeinheit, klar begrenzt auf Regelungen des formalen Auseinandersetzungsprozesses. Auch das Bundesarbeitsgericht scheint diese Pflicht nur als Naturobligation zu verstehen. Genau besehen ist damit für einen gegenseitigen Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien in bezug auf materielle Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nichts ausgesagt. Ein Widerspruch zwischen den Entscheidungen von 1963 und 1971 besteht daher nicht.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Für die großen Verbände brauchen wir, anders als die US-Amerikaner, keine Verhandlungspflicht. Die Anerkennung dieser Pflicht nur aus Gründen des Minderheitenschutzes ist nicht gerechtfertigt. Sie würde das bestehende Tarifvertragssystem erheblich verändern und dem Gedanken der staatsfreien Selbstverwaltung widersprechen.