

## Tarifeinheit oder Streikrecht ?

– Vortrag auf der Konferenz „Hände weg vom Streikrecht“ am 15.6.2014 in Frankfurt

Wir wollen heute gemeinsam überlegen, wie man das Streikrecht in der Bundesrepublik Deutschland verteidigen kann. Anlass sind die Pläne der amtierenden Bundesregierung mit einem sogenannten Tarifeinheitsgesetz, das Grundrecht auf Streik einzuschränken. Sie zielen darauf ab, in einem Betrieb nur noch einen Tarifvertrag zuzulassen und damit vor allem sog. Spartengewerkschaften aus dem Betrieb herauszuhalten, da diese dann wegen der Notwendigkeit tariflich regelbarer Ziele von Streiks keine legalen Arbeitskämpfe mehr durchführen könnten.

### I.

Vorab müssen wir uns fragen: Sind diese Regierungspläne tatsächlich der eigentliche Anlass für die heutige Veranstaltung und für die uns jetzt beschäftigende Thematik?

Bei genauerem Hinsehen bemerken wir, dass dieses nicht der Fall ist. Anlass ist nämlich eigentlich nicht das Gesetzgebungsvorhaben der Bundesregierung. Anlass ist vielmehr, dass das Bundesarbeitsgericht seit seinem Beschluss vom 27.01.2010 über die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zur Tarifeinheit neue Fakten geschaffen hat: Seit diesem Zeitpunkt bemühen sich verschiedene Kräfte darum, den alten, also vor dem Beschluss des Bundesarbeitsgerichts bestehenden Rechtszustand wiederherzustellen. Zunächst waren es die Bundesvereinigung deutscher Arbeitgeberverbände und der DGB, die mit einem entsprechenden Regelungsvorschlag die Initiative ergriffen. Allerdings waren sie bei der Vorgängerregierung damit nicht erfolgreich. Anders bei der jetzigen Bundesregierung, die dieses sogar in ihr Koalitionsprogramm aufgenommen hat. Wichtig ist, festzuhalten, dass mit den jetzigen Gesetzgebungsplänen im Grunde genommen nur der vom Bundesarbeitsgericht selbst entwickelte Zustand **wiederhergestellt** werden soll. Gegenstand der Diskussion ist also eigentlich die sog. Arbeitskampsrechtsprechung des BAG und weniger ein geplantes Gesetz der amtierenden Regierung. Allerdings nun mit der Massgabe, dass der Tarifvertrag gelten soll, der die Mehrheit der Beschäftigten in einem Betrieb betrifft.

### II.

Allein dieser Umstand zwingt uns, inne zu halten und über dieses Phänomen einmal gründlich nachzudenken: Es war nicht ein Gesetz, das existierte. Es war auch nicht eine Gesetzesänderung, die vorgenommen wurde, sondern es war schlicht in einem Einzelfall ein Beschluss des 4. Senats des Bundesarbeitsgerichts, in dem dieser einem anderen Senat des Bundesarbeitsgerichts mitteilte, dass er seine bisherige Rechtsprechung zur sogenannten Tarifeinheit aufgeben wolle. Wie kann das sein? Was sind die Hintergründe für dieses Phänomen?

Man findet schnell die Antwort, wenn man sich fragt, von wem, wann, wo und wie eigentlich in den letzten 50 Jahren Angriffe auf das Streikrecht erfolgten. Die Antwort ist eindeutig: Es gab hin und wieder Versuche, das Streikrecht auch von Seiten des Gesetzgebers zu

beschneiden. Die **wichtigsten** Initiativen aber zur Beschränkung des Streikrechts oder aber in Einzelfällen auch zu dessen Sicherung erfolgten durch das **Bundesarbeitsgericht**. Wie ist das

möglich? Wie kann es sein, dass der Gesetzgeber ebenso wie das Volk, die Arbeiterschaft und die Gewerkschaft auf die Zuschauerbänke verwiesen sind, während das höchste deutsche Arbeitsgericht **Gesetzgebung** betreibt? Die vom Bundesarbeitsgericht seit seiner Existenz betriebene Rechtsschöpfung oder auch „Rechtsfortbildung“ ist verfassungsrechtlich höchst

problematisch. Das Gericht ist kein Gesetzgeber. Es ist zudem kaum demokratisch legitimiert. Es kann und es muss Einzelfälle auf der Grundlage von Gesetzen entscheiden. Seine Aufgabe ist nach dem deutschen Rechtsstaatsystem **nicht**, Gesetze zu schaffen, Gesetze zu ändern oder als Ersatzgesetzgeber zu fungieren, sondern Recht im Einzelfall zu sprechen.

Das Streikrecht der Bundesrepublik Deutschland ist – wenn auch nicht dem Wortlaut nach –, so doch zwischenzeitlich allseits anerkannt, im Art. 9 Abs. 3 GG garantiert. Die Koalitionsfreiheit ist ohne Streikrecht nicht denkbar. Im Parlamentarischen Rat hatte man einen Absatz 4 des Artikels, in dem das Streikrecht ausdrücklich und wörtlich gewährleistet sein sollte, allein deshalb nicht aufgenommen, um Beschränkungen dieses Rechts durch den Gesetzgeber zu **vermeiden**. Die Nichterwähnung des Streikrechts in der Verfassung ist also kein Beleg dafür, dass es kein Streikrecht gibt, sondern umgekehrt, dass das Streikrecht grundsätzlich sogar unbeschränkt gewährleistet sein sollte.<sup>1</sup> Doch während das Grundgesetz aus dem Jahre 1949 stammt, wurde das Bundesarbeitsgericht 1954 installiert. Zu einer Zeit, in der der Kalte Krieg bereits in eine heiße Phase übergegangen war. Unter dem Eindruck des Korea-Krieges wurde der Antikommunismus der Regierung Adenauers zur Staatsdoktrin. Der Antrag auf Verbot der Kommunistischen Partei Deutschlands war beim Bundesverfassungsgericht anhängig. Die politische Justiz gegen Linke, Friedensaktivisten und Gewerkschafter arbeitete ihrem Höhepunkt entgegen. Arbeitskämpfe wurden als staatsgefährdend denunziert, die Ausübung des Streikrechts ideologisch und juristisch bekämpft.

Als im Hamburger Hafen und in den bremischen Häfen 1951 mehrere tausend (!) Hafentarbeiter ohne Unterstützung der Gewerkschaft ÖTV streikten, wurde dieser Streik nicht nur von der Bundesregierung als Landesverrat gebrandmarkt sondern auch von der „seriösen“ Presse. „Die Zeit“ schrieb:

*„Wem kommt dieser Schaden zugute? Stalin! Es ist kein Zweifel (!), dass.... die.... Streiks ferngesteuerte (!) Aktionen der Kommunisten (!) sind. Dafür gibt es Beweise (!).“<sup>2</sup>*

Diese Streiks wurden sogar – obwohl es um rein ökonomische Forderungen ging – als „politisch“ denunziert. Eben weil sie „Stalin“ nutzten. Tatsächlich fand der erste und einzige wirklich „politische Streik“ der deutschen Gewerkschaften 1952 statt, damals gegen das von der Regierung Adenauer geplante Betriebsverfassungsgesetz ausgerufen. Er wurde vom Bundesarbeitsgericht für rechtswidrig erklärt. Unter dem Vorsitz des Alt-Nazis Hans Carl Nipperdey, der 1934 zu den intellektuellen Urhebern des „Gesetzes zur Ordnung der Nationalen Arbeit“ zählte und es sodann auch offiziell kommentierte, hatte auf Streiks nur eine Antwort: „Sie sind unerwünscht.“ Diese rein ideologische oder auch politische aber eben nicht rechtliche Aussage aus dem Munde eines Gerichtspräsidenten war schon etwas kurios.

<sup>1</sup> H.H. Hartwich, Sozialstaat und Arbeitskampf, in: Streik und Aussperrung (Hrsg. M. Kittner), Frankfurt 1973, S. 364; M. Premssler, Die Notwendigkeit des Kampfes der westdeutschen Arbeiterklasse gegen die substantielle Aushöhlung...des Grundrechts auf Streik, Habilschr. Leipzig 1927, S. 108; vgl. auch: Geffken, Seeleutestreik und Hafentarbeiterboykott – Rechtsprobleme des Arbeitskampfes an Land und auf See, Marburg 1979, S. ff. 140 ff, 221 ff. m.w.N.

<sup>2</sup> DIE ZEIT vom 1.11.1951, vgl. dazu auch demnächst: Geffken, Arbeit & Arbeitskampf im Hafen, Bremen 2014

Aber sie entsprach der damaligen Staatsdoktrin, auch wenn sie mit der Verfassung nichts zu tun hatte. In dem berühmten „Sozialadäquanz-Urteil“ aus dem Jahre 1955 entschied das BAG:

*„Streiks sind im Allgemeinen unerwünscht, weil sie volkswirtschaftliche Schäden hervorrufen.“<sup>3</sup>*

Damit war die Linie vorgegeben: Der Streik als solcher war immer ein „Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“. Er mochte vielleicht „gerechtfertigt“ sein. Dies aber nur dann, wenn er „sozialadäquat“ war. Diese Theorie der Sozialadäquanz war nichts anderes als eine Begriffsformel aus der nationalsozialistischen Rechtsideologie. Und dennoch hatte sie mindesten 15 Jahre Bestand. In rechtlicher Hinsicht bedeutete sie, dass das Streikrecht überhaupt nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt war, sondern allenfalls durch das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2. Zugleich aber bedeutete die Rechtsprechung, dass der Streik grundsätzlich mit dem Odeum des Bösen behaftet war und sich – wie bereits gesagt – allenfalls „rechtfertigen“ liess. Das BAG entwickelte daraufhin eine umfangreiche Kasuistik, die praktisch einem Arbeitskampfgesetz gleichkam, an dessen erster Stelle der Satz stand: „Grundsätzlich ist der Streik verboten, es sei denn, dass ....“.

### III.

Erst Anfang der 1970er Jahre begann sich die Rechtsprechung mit dem Nachfolger von Nipperdey, dem Präsidenten Gerhard Müller, etwas zu ändern. Die Sozialadäquanz-Theorie wurde ersetzt durch das sogenannte „Prinzip der Verhältnismäßigkeit“<sup>4</sup>. Auf der Grundlage dieses Prinzips wurde die bisherige Rechtsprechung teils fortgesetzt, teils verfeinert. Man entwickelte das Prinzip der „fairen Kampfführung“ und das sogenannte „Ultima-Ratio-Prinzip“. Dies bedeutete z. B., dass Urabstimmungen auch dann vor Durchführung eines Streiks zu organisieren waren, wenn sie möglicherweise nach der Satzung der Gewerkschaft gar nicht vorgesehen waren. Es bedeutete gleichzeitig, dass alle auch nur erdenklichen Mittel einer friedlichen Beilegung des Konflikts ausgeschöpft werden mussten, da der Arbeitskampf keineswegs „zu schnell“ ausgerufen werden durfte. Eine Änderung der Rechtsprechung im Ergebnis erfolgte eigentlich nur in Bezug auf die Aussperrung, weil die lösende Aussperrung, also diejenige, die Arbeitsverhältnisse rechtskräftig beenden konnte, grundsätzlich für unzulässig erklärt wurde<sup>5</sup>. Auf jeden Fall aber blieb es dabei, dass – wie schon unter Hans Carl Nipperdey – unter dem Begriff des „Arbeitskampfes“ Streik und Aussperrung gleichgesetzt wurden. Und dies, obwohl jeder weiß, dass das Streikrecht eine Reaktion auf die Übermacht des Kapitals ist, während die Aussperrung keineswegs das einzige oder wesentlichste Mittel der Unternehmer ist, sich gegen Streiks zu wehren. Im Gegenteil: Die Aussperrung war eigentlich nie im eigentlichen Sinne ein Arbeitskämpfungsmittel sondern ein **Instrument der Bekämpfung der Gewerkschaften**.

Ein gewisser Wandel in der Rechtsprechung trat dadurch ein, dass das BAG von vornherein zeitlich begrenzte Warnstreiks zuließ und zwar mit der kuriosen Begründung, dass begrenzte Warnstreiks ja gerade den „Friedenzustand“ wieder herstellen würden, der mit dem Abschluss von Tarifverträgen erreicht werden soll<sup>6</sup>. Das hat – trotz einer zwischenzeitlichen Korrektur der Rechtsprechung<sup>7</sup> – dann in der Folgezeit zu einer häufigeren Nutzung des Rechts auf Warnstreik geführt. Allerdings müssen wir feststellen, dass gleichzeitig parallel

<sup>3</sup> BAG v. 28.1.1955, Az.: GS 1/54

<sup>4</sup> BAG vom 21.4.1971, Az. GS 1/68

<sup>5</sup> BAG a.a.O.

<sup>6</sup> BAG vom 18.6.1984, Az. Bs I 90/83, in: NJW 1985, S. 85 ff., 90

<sup>7</sup> BAG vom 21.6.1988, Az. 1 AZR 651/86, in: NJW 1989, S. 57 ff.

dazu die Nutzung des Streikrechts in Bezug auf längerfristige Streiks und flächendeckende Streiks abgenommen hat.

Einen weiteren Wandel stellt die Rechtsprechung des BAG zum sog. Solidaritätsstreik dar. Das BAG sieht ihn seit seiner Entscheidung im Jahre 2007 als grundsätzlich zulässig an.<sup>8</sup> Interessant ist die Begründung: Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit erfasse

*„alle Verhaltensweisen, die koalitionspezifisch sind.“<sup>9</sup>*

Das heisst aber im Klartext, dass die dauerhafte Praxis des Arbeitskampfes massgebend auch den Umfang des Streikrechts bestimmt !

Es ist schwer einzuschätzen, wie sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts künftig im sogenannten Arbeitskampfrecht weiter entwickeln wird. Feststeht, dass das Bundesarbeitsgericht auf gesellschaftliche Entwicklungen insbesondere auch auf Entwicklungen im Bereich der Gewerkschaften und der Tarifverträge reagiert und zwar möglicherweise sogar mehr als der Gesetzgeber. Allein der Kurswechsel des BAG etwa im Fall Emmely zeigt, dass das BAG selbst bisweilen handlungsfähiger ist als der Gesetzgeber<sup>10</sup>. Andererseits hat sich etwa im Bereich der Rechtsprechung zu sogenannten Scheinwerkverträgen aber auch und gerade im Falle des Themas Tarifeinheit gezeigt, dass das BAG seine Rolle als Ersatzgesetzgeber an vielen Stellen aufgibt. Es verweist auf den Gesetzgeber. Das ist da, wo man vom Bundesarbeitsgericht sich arbeitnehmerfreundliche Entscheidungen erhofft, misslich, aber es ist eine Tatsache.

#### IV.

Und es bedeutet zunächst einmal, dass wir das außerordentlich komplizierte Verhältnis zwischen Recht und Politik und zwischen Recht und Justiz in diesem Land neu bedenken und neu diskutieren müssen. Es hilft nichts, über die „Juristerei“ zu lamentieren oder aber die Meinung zu vertreten, das Recht sei sowieso sekundär. Letztlich komme es darauf an, das Streikrecht praktisch zu nutzen. Diese Forderung ist grundsätzlich richtig. Und es hat sich auch gezeigt, dass die Wahrnehmung von Rechten (auch dort wo sie angeblich noch gar nicht bestanden) den Spielraum der Gewerkschaften und der Arbeiter erhöht haben. Der Arbeitsrechtler Albrecht Zeuner machte dieses in einem Aufsatz deutlich, den er nach den sogenannten September-Streiks 1969<sup>11</sup> veröffentlichte. Damals kam es zu einer massenhaften Streikbewegung ohne Führung der Gewerkschaften. „An sich“ waren diese Streiks rechtswidrig. Im Hinblick auf die konjunkturelle Situation und dem gleichzeitigen massiven Überraschungseffekt waren die Streiks aber ebenso erfolgreich wie sanktionslos. In rechtlicher Hinsicht geschah nichts. Zeuner formulierte: „Der wilde Streik verdankt seine Wildheit dem Bundesarbeitsgericht.“<sup>12</sup> Hier hatte ein durchaus konservativer Jurist ausgesprochen, was Fakt war: Die wilden Phantasien von Richtern entsprachen nicht der gesellschaftlichen Realität. Oder anders formuliert: Die gesellschaftliche Realität holte die

---

<sup>8</sup> BAG vom 19.6.2007, Az.: AZR 396/06

<sup>9</sup> a.a.O.

<sup>10</sup> R. Geffken, Die Dialektik von Recht und Politik – Erste Erfolge in der Emmely-Kampagne, in: Gestreikt-Gekündigt-Gekämpft-Gewonnen (Hrsg. Komitee „Solidarität mit Emmely“), Frankfurt 2011, S. 61 ff.

<sup>11</sup>Vgl.: Die Septemberstreiks (Hrsg. Institut für Marxistische Studien und Forschungen, IMSF), Frankfurt 1970

<sup>12</sup>A. Zeuner, Arbeitskampf und einstweilige Verfügung, in: Recht der Arbeit (RdA) 1971, S. 1 ff.

Rechtsprechung ein. Es ist dies ein schöner Beleg dafür, dass in der Tat Rechtsschöpfung durch die Streikenden selbst betrieben werden kann, wenn sie denn wollen.

Aber dieses ist nur die eine Seite des Problems. Die andere ist eine, die gerade hierzulande stets bedacht werden muss. Es gibt in Deutschland nicht nur im Bereich der Arbeitsbeziehungen ein solches Maß an Verrechtlichung, das niemand außer Acht lassen kann, wenn er oder sie nicht zu völlig falschen theoretischen und praktischen Schlussfolgerungen auch im Einzelfall kommen will. Diese Verrechtlichung bestimmt zu einem Großteil unser gesamtes politisches Handeln, auch wenn wir es nicht wahrhaben wollen. Diese Verrechtlichung dominiert inzwischen sogar politische Entscheidungen. Seit geraumer Zeit wird nicht mehr gefragt, was man politisch **will**, sondern was man aus Rechtsgründen angeblich **m u s s**. Seit den sogenannten „knappen Kassen“ ist noch ein weiteres Argument hinzugekommen, nämlich dasjenige, das man wegen knapper Kassen auch nicht das könne, was man eigentlich wolle. Beide Argumente haben im politischen Bewusstsein der Bevölkerung tiefe Spuren hinterlassen. Dabei kommt vor allem der Rechtsgläubigkeit unserer Bevölkerung und auch unserer Arbeiterschaft größte Bedeutung zu. Man kann diese Rechtsgläubigkeit als „Rechtsillusion“ denunzieren. Das ändert aber nichts daran, dass es sie gibt. Man muss nur einmal die konkrete Praxis von Betriebsräten sich anschauen, um zu begreifen, bis zu welchem Grad deren Interessenvertretung von rein juristischen Strukturen, Denkweisen, ja sogar Verhaltensweisen bestimmt ist<sup>13</sup>. Gleichzeitig muss man wissen, dass es in der deutschen Arbeiterbewegung eine lange Tradition sogenannter Rechtsforderungen gibt. Auch diese Tradition kann man als reformistisch denunzieren. Tatsächlich existiert sie und wirkt weiter fort.

## V.

Durch die Verabsolutierung des Politischen gegenüber dem Recht oder des Rechts gegenüber dem Politischen kommt man nicht weiter. Das gilt erst recht, wenn man die dazwischen liegende Rolle der Rechtsprechung betrachtet. Nur ein Beispiel: Es gab und gibt immer noch eine Initiative, den Generalstreik oder gar den politischen Streik durch Gesetz zuzulassen. Man kann diese Initiative belächeln, weil der Tag, an dem der Bundestag den politischen Streik zulässt, sicherlich ein sehr theoretischer Tag ist. Man kann aber auch anders herum fragen: Wenn ich den Gesetzgeber auffordere, etwa nicht nur den politischen Streik sondern auch das sonstige Streikrecht zu garantieren, so denunziere ich zugleich den jetzigen Zustand, in dem ich bezweifle, dass die Gewerkschaften zurzeit ein solches Recht haben. Anders formuliert: Wenn ich an den Gesetzgeber eine Forderung richte, muss ich mir darüber im Klaren sein, dass ich dann nicht zugleich bei Gericht mit der Behauptung auftreten kann, ich hätte dieses Recht bereits. Wenn ich aber für eine Gesetzesforderung Gewerkschafter mobilisieren will, so verbreite ich zugleich unter ihnen die Rechtserkenntnis, dass es dieses Recht noch nicht gibt, sondern dass man darum erst kämpfen muss. Das klingt theoretisch durchaus überzeugend und ist auch strategisch möglicherweise ein richtiges Vorgehen, weil es nämlich das Primat des Politischen wieder in den Vordergrund rückt.

Allein: Da wird die Rechnung ohne den Wirt gemacht. Wer heute mit Gewerkschaftsfunktionären und Betriebsräten spricht, wird selbst in sehr einfachen Interessenkonflikten immer wieder der Frage begegnen: „Geht das rechtlich überhaupt?“ Oder: „Können wir das überhaupt machen?“ Oder: „Welche Folgen hat das für die Einhaltung der Betriebsvereinbarung XY oder den Tarifvertrag ABCD?“ In China haben Streikende inzwischen über die sozialen Netzwerke zahlreiche Möglichkeiten des Erfahrungsaustausches

---

<sup>13</sup> ders., Über eine eingeschränkte Sicht auf gewerkschaftliches Bewusstsein und betriebliche Aktionsbereitschaft, in: Zeitschrift für marxistische Erneuerung (ZME) 2013, S. 171 ff.

dazu geschaffen, wie, wann und wo man am besten Streiks organisieren kann.<sup>14</sup> Es soll nicht böswillig klingen, aber dennoch: In Deutschland haben Betriebsräte Netzwerke darüber geschaffen, welche konkreten Erfahrungen man mit welchen Rechtsanwälten bei welchen Prozessen gemacht hat, um auf diese dann zurückgreifen zu können. Das wird nicht gerne gesagt. Es wird noch viel weniger gerne anerkannt. Aber es ist die Realität. Als der Verfasser vor 30 Jahren noch Rechtsschulungen für die Gewerkschaft ÖTV durchführte, war es selbstverständlich, dass in den Seminaren das Recht immer abhängig auch von der gewerkschaftlichen Strategie betrachtet wurde. Heute haben Gewerkschaften weitgehend darauf verzichtet, überhaupt noch politisch strukturierte Rechtsschulungen zu betreiben. Man überlässt das gesamte Geschäft gleich privaten Veranstaltern und die Referenten sind Richter und Rechtsanwälte<sup>15</sup>.

## VI.

Vor diesem Hintergrund ist es mehr als notwendig, die objektiv und subjektiv höchst komplizierte Dialektik zwischen Recht und Politik und zwischen Rechtsprechung und Gewerkschaften zu analysieren und dabei für die Praxis zu entsprechenden Schlussfolgerungen zu kommen.

Die wichtigste Schlussfolgerung ist diese:

Nicht nur bei der gerichtlichen sondern auch bei der praktischen Durchsetzung und Wahrnehmung von Rechten ist es zwingend erforderlich, auf vorhandene Rechtspositionen zurückzugreifen. Dies geschieht in Übereinstimmung mit der politischen Strategie. Errungene Rechte spiegeln Kräfteverhältnisse wieder, die zum Zeitpunkt des Konfliktes eigentlich nicht mehr bestehen. Ein Art. 9 Abs. 3 GG wäre unter den heutigen politischen Verhältnissen als Verfassungsnorm nicht durchsetzbar. Weder die SPD noch vermutlich die Gewerkschaften selbst würden dies in einem politischen Kampf durchsetzen wollen. Von dem Verzicht auf den politischen Streik einmal ganz zu schweigen. Dennoch gibt es dieses Recht. Es ist verbrieft. Es findet sich zwar in der gesellschaftlichen Realität oder in der Realität des Arbeitslebens kaum wieder. Aber das ist nichts Besonderes, denn das Verhältnis von Recht und sozialer Wirklichkeit ist zu allen Zeiten und in jedem Land – wenn auch unterschiedlich – von einem Gegensatz gekennzeichnet. Wenn ich ein Recht reklamiere, tue ich dieses nicht, weil ich einen gesellschaftlichen Zustand beschreiben will. Ich rufe ein Gericht an, möglicherweise aber organisiere ich auch nur einen bestimmten Kampf und versuche diesem ein bestimmtes Ziel zu setzen. Oder noch genauer: Ich versuche vorhandene Vorurteile zu überwinden. Das berühmte: „Das geht doch nicht!“ oder aber ganz einfach: „Dürfen wir das überhaupt?“ ist fast immer ein subjektiver Faktor, der offensiv berücksichtigt werden muss. Offensiv heißt in diesem Zusammenhang nicht etwa, bei den Betroffenen die juristische Illusion zu kritisieren, sondern sie ernst zu nehmen und sie eben **a u c h juristisch** zu widerlegen. Deshalb – um es gleich zu sagen – nützt uns in diesem Kampf derjenige nichts, der herausposaunt: „Es gibt in Deutschland kein Streikrecht! Wir müssen erst einmal darum kämpfen! Das ist alles.“ Nein: Es gibt dieses Streikrecht. Es ist verbrieft. Und das Entscheidende: Wir haben dafür nicht nur juristische Argumente, wir haben auch und vor allem – ganz wichtig! – **historische** Argumente. Das Streikrecht war ein Ergebnis des Kampfes der Arbeiter um bessere Arbeits- und Lebensbedingungen. Dem Streikrecht voran ging nichts anderes als der Streik selbst. Der Streik selbst führte zur Entwicklung von Gewerkschaften :

<sup>14</sup> Vgl. u.a.: Chang Kai, Juristische Analyse der Legalität von Streiks – Fallstudie zum Streik bei Nanhai Honda, in: Streik auch in China? (Hrsg. Rolf Geffken), Cadenberge 2011, S. 45 ff.

<sup>15</sup> R. Geffken, Vom Elend der Betriebsräteschulungen, in: Arbeiterstimme, Nürnberg 2013, Nr. 180, S. 8 ff.

*„Das eigentliche Resultat ihrer Kämpfe ist nicht der unmittelbare Erfolg sondern die immer weiter um sich greifende Vereinigung der Arbeiter.“*<sup>16</sup>

So heißt es im Kommunistischen Manifest von Marx und Engels. Erst d a n a c h wurden Gewerkschaften anerkannt und schließlich auch deren Tarifverträge. Und: Streiks, Gewerkschaften und auch Tarifverträge waren zunächst dar, bevor sie **rechtlich** anerkannt wurden.

Aber ebensowenig wie wir die **historische** Dimension dieses Rechts leugnen dürfen, darf die **internationale und völkerrechtliche** Dimension ausgeblendet werden. Es ist überwiegend anerkannt, dass das Streikrecht auch in Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta, im Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation ILO Nr. 87 und in der EU-Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte vom 9.12.1989 anerkannt ist.<sup>17</sup>

Aus Sicht des Verfassers durchaus vorbildlich bei der Herstellung eines klaren Verhältnisses von Recht und Politik sind immer noch der Kongress der IG Metall zu Streik und Aussperrung 1972<sup>18</sup> und die sich anschliessenden Massenklagen vor verschiedensten Arbeitsgerichten gegen Aussperrungen etwa in der Druckindustrie<sup>19</sup>. Hier wurde die politische Forderung nach einem Verbot der Aussperrung verbunden mit dem juristischen Standpunkt der Rechtswidrigkeit im Rahmen einer umfassenden Prozessstrategie. Dabei bezog man sich mehr als jemals zuvor und jemals wieder auf den historischen Hintergrund der Koalitionsfreiheit und erreichte einen später nie wieder erreichten Einfluss auch auf Debatten innerhalb der Arbeitsgerichtsbarkeit selbst.

Von einem solchen Zustand sind wir heute weiter denn je entfernt und die Generation der Richter, die damals erstinstanzlich die Rechtswidrigkeit der Aussperrung konstatierten, ist inzwischen im Ruhestand.

## VII.

Halten wir uns zunächst an das was das BAG aktuell zu unserem Thema sagt und was wir von der künftigen Rechtsprechung erwarten können und was nicht:

1. Das BAG ist angeblich nicht weiter bereit, beim Thema Tarifeinheit Rechtsfortbildung zu betreiben. Sehr wohl aber kann der Gesetzgeber selbst tätig werden. Seine Initiativen sind dann mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar, wenn sie entweder dem Schutz des Koalitionspartners (also des Unternehmers!) und damit gerade der Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie oder dem Schutz der Grundrechte Dritter dienen. Das Bundesverfassungsgericht hat auf seine Weise dieses so präzisiert, dass das gesetzgeberische Ziel Massenarbeitslosigkeit durch Förderung von zusätzlichen Arbeitsplätzen zu bekämpfen Verfassungsrang habe und Gemeinwohlbelange schütze. Was das bedeutet, können wir erahnen.
2. Das BAG hat wiederholt ausgesprochen, dass es **derzeit** (ich wiederhole: „Derzeit!“) keine Anzeichen dafür erkennen kann, dass der mit dem Grundsatz der Tarifeinheit verbundene Eingriff in die Koalitionsfreiheit zur Wahrung der Funktionsfähigkeit der

<sup>16</sup> Karl Marx/Friedrich Engels, Das Kommunistische Manifest, 1848, in: MEW, Berlin 1974, S. 471

<sup>17</sup> Hensche, in: Däubler u.a. (Hrsg), Handkommentar Arbeitsrecht, 2.Auflage 2010, Art. 9 GG Rn. 109 m.w.N.

<sup>18</sup> Vgl. die Beiträge und Berichte in: Streik und Aussperrung (Hrsg. M. Kittner), Frankfurt 1973

<sup>19</sup> Vgl. R. Geffken, Gewerkschaften und Arbeitsrecht, in: SOPO, Berlin, Nr. 44 (Juni 1978), S. 49 ff.

Tarifautonomie erforderlich wäre. Auch für eine Beeinträchtigung geschützter Gemeinwohlbelange durch eine Vielzahl von Tarifverträgen im Betrieb gäbe es **derzeit** keine faktischen Anhaltspunkte. Man fragt sich: Was aber, wenn es diese Anhaltspunkte doch gibt? Wir wollen hier keine Fallbeispiele aufzählen, um für die Richter keine Rechtsberatung zu betreiben. Aber das Bundesverfassungsgericht hat bereits in ähnlichen Fällen entschieden gehabt.

3. In der Entscheidung zur Tarifeinheit betont das BAG ausdrücklich, der Arbeitskampf gehöre *d e s w e g e n* zu den verfassungsrechtlich geschützten Mitteln, weil von ihm die Verfolgung eines wesentlichen Koalitionszwecks, nämlich der **Abschluss von Tarifverträgen** abhängt. Es verweist ausdrücklich auf die „Funktionsbezogenheit des Arbeitskampfrechts“ und wiederholt dann noch einmal die ahistorische und unwissenschaftliche These: „Das Tarifrecht folgt nicht dem Arbeitskampfrecht. Vielmehr folgt das Arbeitskampfrecht dem Tarifrecht.“

Da haben wir es wieder: Arbeitskampf nur, weil das Ziel der „Frieden“ ist, also der Tarifvertrag. Der Tarifvertrag, der lediglich ein Kräfteverhältnis festschreiben soll, wird zum Koalitionszweck. Der Arbeitskampf ist dem untergeordnet. Das entspricht dem jetzigen Stand der Rechtsprechung. Grund zum Ausruhen oder zurücklehnen nach dem Motto, das Bundesverfassungsgericht oder das Bundesarbeitsgericht würden es schon richten, gibt es also nicht.

Gleichzeitig aber hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung ganz deutlich gemacht, dass seiner Meinung nach angebliche „Ordnungsprinzipien“ oder aber das „Interesse von Unternehmen an angeblicher Rechtsklarheit“ usw. niemals ausreichen können, um einen Eingriff in das Streikrecht oder in das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit durch den Grundsatz der Tarifeinheit zu rechtfertigen. Es vertritt inzwischen auch nicht mehr die Auffassung von Herrn Nipperdey, dass der Streik grundsätzlich immer illegal sei sondern einer Rechtfertigung bedürfe. Es erkennt die verfassungsrechtliche Existenz des Streikrechts an und argumentiert deshalb auch unabhängig vom Bundesverfassungsgericht entlang des Grundgesetzes. Das sind wichtige Hinweise für die gewerkschaftsinterne Debatte und auch für die gewerkschaftliche Praxis. Auf gar keinen Fall aber sind es sozusagen Matten, auf denen man sich ausruhen könnte. Im Gegenteil: Stets muss der Primat der Praxis und damit des Streiks im Vordergrund stehen. Bei dem Weg dahin allerdings muss das Verhältnis von Recht und Politik immer wieder neu durchdacht werden. Die Absolutierung von Rechtspositionen sind genauso falsch wie Rechtsnihilismus oder Sektierertum. Egal welches Gesetz wann und wo und von wem verabschiedet werden soll oder auch nicht verabschiedet werden wird: Wir haben bei der Verteidigung des Streikrechts einen langen Weg vor uns.

## VIII.

Gleichwohl können Rechtsstrategien nicht von der gewerkschaftlichen Praxis getrennt entwickelt und durchgeführt werden. Gewerkschaften müssen das, was sie auf politischem und juristischem Weg durchsetzen oder verteidigen wollen, auch in ihrer eigenen Praxis vorleben. Genau daran mangelt es immer wieder. Hier einige markante Beispiele:

1. Zur Sicherung des Streikrechts gehört, dass man kampfbereiten jungen Gewerkschaften nicht durch Statusverfahren die Existenz zerstört oder ihre Gründung dadurch verhindert. Die Koalitionsfreiheit ist unteilbar. Wenn traditionelle Gewerkschaften auf Grund einer falschen Politik Mitgliederverluste erleiden, sollten sie durch eigene Aktivitäten einem solchen Trend entgegenwirken, nicht aber alternative Gewerkschaften

durch juristische Mittel zu bekämpfen trachten. Solche Massnahmen richten sich letztlich gegen die Kläger selbst: Das von der Rechtsprechung für den Gewerkschaftsbegriff verlangte Kriterium der „Mächtigkeit“ wird heute in weiten Bereichen auch von den traditionellen Gewerkschaften nicht mehr erfüllt. Sollen die unterschiedlichen Gewerkschaften sich also demnächst vor Gericht gegenseitig ihre Gewerkschaftseigenschaft absprechen und sich selbst erledigen ? Es ist schon grotesk, wenn etwa ver.di soeben gegen die kampfbereite Neue Assecuranz Gewerkschaft ein Statusverfahren mit der Begründung eingeleitet hat, der Organisationsgrad dieser Gewerkschaft sei unter den 200 000 Beschäftigten der Versicherungswirtschaft zu gering, während sie gleichzeitig ihren eigenen geringen Organisationsgrad und den der CGB-Gewerkschaft DHV verschweigt. Es ist absurd, reaktionär und juristisch gefährlich, Gewerkschaftskonkurrenzen mit juristischen Verfahren zu verschärfen und damit die Spaltung der Beschäftigten zu vertiefen. Gewerkschaften sprechen zwar auch für ihre Mitglieder, aber sie sprechen zugleich – nach eigenem Verständnis und nach der Verfassung – für die arbeitende Klasse insgesamt. Ihre Rechte etwa bei der Bildung von Betriebsräten oder bei der Anfechtung von Aufsichtsratswahlen oder der Einleitung von Strafverfahren gegen Unternehmer wegen Behinderung von Wahlen oder Betriebsratsaktivitäten haben sie nicht, weil sie insoweit Interessen ihrer Mitglieder wahrnehmen sondern weil der Gesetzgeber ihnen – zu Recht – ein Mandat aller Beschäftigten im Interesse der auch der Nichtmitglieder zuerkennt. Sie bleiben auch nach eigenem Selbstverständnis die Organisationen der Arbeitenden.

2. Wer vor diesem Hintergrund den Unternehmer zwingen will, Leistungen nur an eigene Mitglieder zu erbringen, der schränkt seine eigene Legitimationsbasis ein und verzichtet letztlich auf ein generelles Mandat der Beschäftigten. Als der Verfasser kürzlich auf einer Fortbildungstagung den langjährigen Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Düsseldorf Dietrich Böwer fragte, wie es denn seiner Meinung nach zu erklären sei, dass das BAG unter Abweichung von seiner alten Rechtsprechung zu Differenzierungsklauseln jetzt Sonderzahlungen der Gewerkschaft ver.di etwa im Hafengebiete akzeptiert habe, erklärte er sinngemäss: „Ja das geht eigentlich gar nicht. Das war eine Art politische Entscheidung. Eine Art Geschenk für ver.di, die doch einen generellen Mitgliederschwund zu beklagen hat“. Geschenk ? Auf Geschenke konnte die Arbeiter- und Gewerkschaftsbewegung bislang nie bauen, wenn sie dauerhaft die Koalitionsfreiheit sichern wollte. Geschenke verändern kein Kräfteverhältnis. Im Gegenteil: Sie binden die Gewerkschaften an die Almosen der Gegenseite. Ein absolut inakzeptables Resultat einer verfehlten Tarifpolitik !

3. Aber nicht nur die traditionellen Gewerkschaften befinden sich bei ihren Rechtsstrategien bisweilen auf dem Holzweg. Ein sehr schlechtes Beispiel lieferten GdL, GdF und UFO als sie zu dem hier vorliegenden Thema ausgerechnet den Münchener Arbeitsrechtsprofessor Volker Rieble als Gutachter einschalteten. Man kann die Auffassung vertreten, Juristerei sei eigentlich so unpolitisch wie Klempnerarbeit. Und tatsächlich ist der Erfolg eines Klempners bei einem häuslichen Wasserschaden nicht unbedingt abhängig von dessen politischer Einstellung. Aber schon die Einschätzung der Juristerei als einer unpolitischen und keineswegs moralischen Veranstaltung ist falsch. Juristerei ist Politik. **Politik in den Formen und in der Sprache des Rechts.** Aber eben: Politik ! Und bei einer Auftragserteilung kommt es darauf an, welche Signale man damit setzt. Gewiss: Die Meinung, man solle möglichst konservative Gutachter beauftragen, weil die dann eher bei Gericht konsensfähig wären, ist alt. Sie ist aber falsch. In den 1980er Jahren beauftragte die ÖTV mehrfach Sachverständige, deren gewerkschaftliche Orientierung mindestens fraglich war. Diese Gutachter wechselten später die Seiten, einer segnete sogar das Zweite Schiffsregister für die Bundesregierung ab. Jahrelang sass andererseits der Kollege Däubler bei den Gewerkschaften allenfalls auf der Reservebank der Gutachter, weil er trotz grösster Qualifikation als „zu links“ galt. Doch ist die Einschaltung von Rieble als Gutachter etwas ganz anderes: Rieble selbst hatte sich in der Causa Emmely in ganz besonderer Weise geoutet. Er trat in einer juristischen Fachzeitschrift eine regelrechte Kampagne gegen die Betroffene, „die eigentlich Barbara Emme heisst“, los. In übelster Polemik echauffierte er sich über die

Betroffene, jene die sich mit ihr solidarisierten und die Richter, die es gewagt hätten, die Rechtsprechung zu den sog. Bagatelldelikten in Frage zu stellen.<sup>20</sup> Das war ein Tabubruch, zu dem sich bis dato selbst konservative Juristen nicht hinreissen liessen. Es war „rechtswissenschaftliche“ Klassenjustiz, die da betrieben wurde. Gewerkschaften, die einen solchen Gutachter beauftragen, liegen falsch. Ähnlich verhält es sich mit einer neugegründeten Gewerkschaft, die sich bester Beziehungen zur Hafendarbeitergewerkschaft der CGIL in Genua rühmt, aber hier die Wirtschaftskanzlei Schlarmann & Geysso mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat. Zur Erinnerung: Herr Schlarmann ist Vorsitzender der Mittelstandsvereinigung der CDU und gilt als ausgemachter Gewerkschaftsgegner. Gutachter, Anwälte. Alles egal ?

4. Einen ähnlichen Tabubruch konnte man bei dem sog. Neupack-Streik beobachten. Hier ist nicht der Ort, um über Strategie und Taktik der Gewerkschaft, des Betriebsrates und der Betroffenen in der Causa Neupack zu sprechen. Eines aber war und bleibt unverzeihlich: Die Beendigung des Streiks mit dem Abschluss von Individualregelungen anstelle eines Tarifvertrages. Der Streik ist ein kollektivrechtliches Kampfmittel. Der Tarifvertrag ist die wesentliche Rechtsquelle des kollektiven Arbeitsrechts. Der Ersatz von Tarifverträgen durch blosse Individualarbeitsverträge wirft die Arbeiter wieder auf das Rechtsniveau vor der Wende zum 20. Jahrhundert zurück. Er entsolidarisiert, nimmt den Betroffenen den Schutz des Tarifvertragsgesetzes, spaltet die Belegschaft mehr als jedes andere rechtliche Instrument und ist schliesslich ein gewaltiger historischer Rückschritt. Solche Schritte gefährden nachhaltig auch gewerkschaftliche Rechtsstrategien und eröffnen den Unternehmern bisher ungeahnte Tabuzonen. Jene, die dieses befürwortet haben, hatten offensichtlich den historischen Charakter der Koalitionsfreiheit völlig aus den Augen verloren. In einem solchen Streikende kann kein „Fortschritt“ liegen. Jeder Streikniederlage wäre eher zu akzeptieren gewesen als ein solcher Tabubruch.

Der Kampf für eine Sicherung und Verteidigung des Streikrechts in Gesetzgebung und Rechtsprechung ist untrennbar verbunden mit der konsequenten Vertretung kollektivrechtlicher Positionen in der gewerkschaftlichen Praxis wie auch in gewerkschaftlichen Rechts- und Prozessstrategien. Was den Rechtsfortschritt im Interesse der Beschäftigten behindert und was den Spielraum der Gewerkschaften bei der kollektiven Vertretung der Interessen der arbeitenden Klasse einschränkt, kann auch im Rahmen von Rechtsstrategien nicht zulässig sein.

## IX.

Fassen wir zusammen:

1. Nur die tatsächliche Wahrnehmung des Streikrechts durch den Streik selbst kann auf Dauer das Streikrecht sichern und schützen.
2. Die tatsächliche Wahrnehmung des Streikrechts bedarf immer auch der rechtlichen Argumentation. Gegenüber den Mitgliedern, innerhalb der Gewerkschaft, gegenüber Kollegen, gegenüber dem Unternehmen, gegenüber der Öffentlichkeit und – nicht zuletzt – auch gegenüber den Arbeitsgerichten.

<sup>20</sup> Vgl. u.a.: junge Welt vom 28.7.2009 „Ohne Tünche“ und r. Geffken, Die Kampagne Emmely – Klassenjustiz schlägt zurückgreifen !, in: [www.labournet.de/branchen/dienstleistung/eh/emmely\\_geffken.pdf](http://www.labournet.de/branchen/dienstleistung/eh/emmely_geffken.pdf).

3. Das Streikrecht ist ein historisch erkämpftes Recht. Es gilt, im juristischen wie im politischen Diskurs immer wieder das politische Kräfteverhältnis bewusst zu machen, dass zu diesem Recht führte.
4. Wer eine „Legalisierung“ des Streiks oder ein „politisches Streikrecht“ o.ä. durch den aktuellen Gesetzgeber verlangt, sollte sich im Klaren sein, dass damit der jetzige Rechtszustand und damit ein bereits erkämpftes Recht in Frage gestellt und preisgegeben werden kann. Die Nutzung eines Rechts setzt seine Existenz voraus. Die Forderung nach einem Recht erklärt sich auch aus seiner Nichtexistenz. Hier muss unbedingt auf die mögliche Divergenz von politischen Forderungen und juristisch-forensischer Strategie geachtet werden.
5. Die Wahrnehmung des Streikrechts setzt dessen die ständige Erweiterung des Handlungsspielraums der Gewerkschaften voraus. Alles, was die Solidarität und die Kampfbereitschaft der Arbeitenden fördert, erweitert diesen Spielraum. Alles, was dieses behindert oder verhindert, schadet den kollektiven Handlungsmöglichkeiten. Das gilt für die Forderung nach Tarifeinheit im Betrieb ebenso wie für die Durchsetzung tariflicher Sonderzahlungen nur für Mitglieder oder die Bekämpfung kleinerer Gewerkschaften durch Statusverfahren.
6. Gewerkschaftsgrundrechte richten sich ihrer Natur nach gegen den Unternehmer und nicht gegen andere Gewerkschaften. Die Einheit der Arbeitenden entsteht durch solidarische Aktionen oder sie entsteht nicht. Die Bekämpfung anderer Gewerkschaften mit juristischen Mitteln ist keine auf Solidarität zielende gewerkschaftliche Strategie. Sie birgt vielmehr die Gefahr einer weiteren und zusätzlichen Spaltung der Belegschaften.