

» Von Ritualen und plumpen Findlingen – 60 Jahre Arbeitskampfrechtsprechung in Deutschland – Interview mit Präsident des BAG a.D. Prof. Dr. Thomas Dieterich

Waldemar Reinfelder / Jürgen Treber

Das Arbeitskampfrecht in Deutschland ist gesetzlich nicht geregelt. Die Arbeitsgerichte tragen, wie der Richter des BverfG und Präsident des BAG a.D. Prof. Dr. Thomas Dieterich es formuliert hat, die »Last der Situation«. Über die Entwicklung der Arbeitskampfrechtsprechung, seine Tätigkeit als Richter sowie damit verbundene Eindrücke und Erkenntnisse sprachen mit Thomas Dieterich die Richter am BAG Waldemar Reinfelder und Dr. Jürgen Treber.

Herr Dieterich, der Beginn ihrer Tätigkeit am BAG im Jahr 1972 lag in der »Nach-68er«-Zeit. Es gab, zumindest an den Hochschulen, eine Blütezeit der Sozialwissenschaften – wie etwa der Rechtssoziologie. Im ersten Heft der neuen Zeitschrift »Kritische Justiz« wurde das richterliche Selbstverständnis mit einem Aufsatz zur Kritik und Selbstkritik der Richter¹ in Frage gestellt. Haben sich diese gesellschaftlichen Veränderungen am BAG widerspiegelt?

Ich kam aus Heidelberg, dort ging es in der Universität »drunter und drüber«. Auch andere Kollegen der jüngeren Generation hatten solche Erfahrungen gemacht. In Kassel spielte die Studentenbewegung keine Rolle. Das BAG war ein ruhiger, statischer Block. Selbstgewiss und in sich ruhend. Kam man nach Kassel, landete man im Hauptbahnhof, einem Sackbahnhof in der Stadtmitte. Zum BAG musste man sich durchfragen. Und es spricht für sich, dass man schneller eine Antwort erhielt, wenn man nach dem Generalkommando² fragte. Kassel hatte mit dem BAG erstaunlich wenig zu tun. Wir Jüngeren staunten über ein Kollegium, das die Vorgänge »da draußen« gar nicht auf sich bezog. Juristerei war nach damaligem Verständnis ein geschlossenes, komplexes System. Sozialwissenschaften waren dabei nur »Sepsis im Operationssaal«. Mein Eindruck war – Erstens: Wer sich für Sozialwissenschaften interessierte, musste feststellen, dass hier etwas fehlte. Zweitens: Innerhalb dieses geschlossenen positivistischen Diskurses war man Außenseiter und kam gegen die konservativen Argumente kaum an.

Mit welchen Themen waren Sie zunächst am BAG befasst?

Ich war schon in den Jahren 1965/66 als wiss. Mitarbeiter am BAG in Kassel gewesen, damals im 3. Senat. Als Richter begann ich 1972 im 4. Senat;³ einem Senat übrigens, der schon mehrfach Entscheidungen zur Eingruppierungen aus meiner Zeit am LAG, wo ich eine Fachkammer für den ö.D. führte, aufgehoben hatte. Ich wurde im Senat dann zuständig für die Sozialkassen im Baugewerbe und die vielen, vielen Zulagen im ö.D. Nach einem Jahr wurde im 3. Senat ein Platz frei. Es war die Zeit der Rechtsfortbildung im Betriebsrentenrecht, bspw. die Unverfallbarkeitsrechtsprechung. Auch wurde die Dynamisierung der Betriebsrente ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage aus der Idee des Vertrages entwickelt – aus der Vertragsgerechtigkeit. Das fand ich gut, aber das Thema war hoch brisant. Man hatte die gesamte Zivilrechtsjus-

tiz und die Wirtschaftswissenschaften gegen sich, die in der Dynamisierung eine Gefahr für die Stabilität des Systems sahen.

Das koll. Arbeitsrecht wurde für sie dann vor allem ab 1980 von größerer Bedeutung, als Sie in den 1. Senat wechselten.

Das lag daran, dass der 1. Senat ein wenig in Verlegenheit geraten war. Dort lagen Stapel von Akten, u. a. Massenklagen zum Thema leitende Angestellte. Durch das BetrVG 1972 und das MitbestG waren die leitenden Angestellten ein zentraler Begriff geworden. Vorher war man zum leitenden Angestellten einfach »befördert« worden; es war eine Ehrung, spielte aber rechtlich keine Rolle. Der Gesetzgeber hatte der Rspr. nur einen Katalog merkwürdiger, nicht zusammengehöriger Begriffe an die Hand gegeben. Die Aufgabe war nun, klar zu bestimmen, wer leitender Angestellter ist.⁴

Danach kam das Thema Aussperrung an die Reihe – ebenfalls wieder Stapel von Akten. Arbeitskämpfe hatten bisher in der Rspr. keine große Rolle gespielt. Das merkt man schon an den beiden Entsch. des GS aus den Jahren 1955 und 1971,⁵ die eigentlich nur ganz spezielle, kleine Fallgestaltungen betrafen, nämlich zunächst die Löhne der Netzmacher und dann die Arbeitskämpfe der Croupiers um Haustarifverträge. Dass nun viele der Sachen aus den Arbeitskämpfen zu Beginn der 70er Jahre bis ans BAG kamen, lag daran, dass neue und schwerwiegende Konflikte dahinter standen. Die Wirtschaft fing plötzlich an, in großem Stil zu rationalisieren. So fielen in der Druckindustrie ganze Berufsgruppen weg. Dort wurde nicht um Geld gekämpft, sondern um Rationalisierungsschutz. In der Metallindustrie ging es darum, dass die Vergütungssysteme aufgrund struktureller Änderungen der Belegschaften nicht mehr stimmten. Beide Arbeitskämpfe waren keine reinen Lohnkonflikte. Der Verteilungskampf bekam eine sozialpolitisch und rechtspolitisch schwierige Note, für die eingespielte Rituale noch nicht da waren.

An dieser Stelle sind dann die sozialpolitischen Veränderungen doch im Gerichtssaal angekommen?

Ja, die waren da, wurden aber nicht entschieden, sondern zunächst einmal gestapelt. Der Konflikt war ja schon 1973 entstanden. Die ganzen Verfahren waren durch die Instanzen gelaufen, die Verfahrensform der Musterprozesse noch nicht eingespielt. Es gab massenhaft Prozesse um den durch Aussperrungen ausgefallenen Lohn für wenige Stunden.

¹ Hans G. Joachim, Kritik und Selbstkritik der Richter, KJ 1968, 29 ff.; zur Entstehung der Zeitschrift etwa Buckel/Fischer-Lescano/Haschmann, KJ 2008, 235 ff.

² Dazu etwa www.bsg.bund.de → »Geschichte des Gerichtsgebäudes«.

³ Der 4. Senat war damals zuständig für Allgemeines Tarifrecht und Auslegung von TV, soweit die Materie nicht anderen Senaten zugewiesen war.

⁴ S. etwa BAG 29.1.1980 – 1 ABR 45/79, BAGE 32, 381.

⁵ BAG (GS) 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291 = AuR 1955, 218; 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292.

Auch wir bemerken heute am BAG, dass vermehrt Massenverfahren bis in die Revisionsinstanz durchgeführt werden.

Wenn es bei den Arbeitsgerichten in den Instanzen nicht gelingt, sich auf Musterverfahren zu einigen, ist das immer ein Zeichen für unruhige Zeiten. Bezogen auf die Aussperrungsverfahren kann das aber auch damit zusammenhängen, dass die bisherige Rspr. zu diffus, wenig konturiert war. Die IG Metall hat die Massenverfahren außerdem bewusst als Druckmittel benutzt. Die dachten, dann merken die Gerichte endlich mal, was unten los ist.

Ein anderes Instrument der IG Metall, um die Rspr. zum Arbeitskampfrecht zu thematisieren, war die Konferenz »Streik und Aussperrung« 1973⁶

Die IG Metall hatte bemerkt, dass sich nicht nur bei den Tarifinhalten, sondern auch bei den arbeitskampfrechtlichen Regelungen etwas bewegen musste. Schon *Otto Brenner* hatte, kurz bevor er starb, die Meinung vertreten, dass die Gewerkschaften ein eigenes rechtspolitisches Konzept brauchen.

Und zu der Tagung wurden die Richterinnen und Richter des BAG eingeladen?

Ja, ich war ja gerade frisch gewählt ans BAG gekommen, war neugierig, fand das alles wahnsinnig spannend. Jetzt werden die Grundsatzfragen angepackt, jetzt machen wir im Arbeitskampfrecht nicht mehr klein, klein. Erstmals wurde auch rechtstatsächlich gefragt. Die traditionelle Vorstellung, es passe überhaupt nicht in das Zivilrecht, Vertragspartner zu schädigen, um sie zu einem Vertragsschluss zu bewegen, wurde in Frage gestellt. Auch in den Gewerkschaften gab es übrigens verbreitet die traditionelle Sichtweise, das Recht habe noch nie Rücksicht auf AN genommen und man müsse damit leben.

Wie ist denn die Einladung innerhalb des Kollegiums angekommen?

Es gab Kollegen, die fanden das juristisch interessant, blätterten in der Einladung, stellten dann aber fest: Abenteuerliche Forderungen, abwegig, Wahnsinn, viel zu radikal formuliert. Die meisten Einladungen landeten wohl im Papierkorb: Das sind erstens »Spinner« und zweitens haben wir dafür keine Zeit. Letztlich fuhren nur etwa 5 oder 6 Richter zur Tagung. Auf der Konferenz war eine viel aufgeheiztere Stimmung, als man hätte erwarten können. Dort überlagerten sich verschiedene Konfliktlinien: Zum einen zwischen Gewerkschaften und Rspr. des BAG, zum anderen innerhalb der Rechtswissenschaft zwischen Lehrstuhlinhabern und deren Assistenten, die zu den »68ern« gezählt werden konnten. Wir haben dabei nur zugehört. Der Vizepräsident des BAG *Poelmann* hat schließlich ein Grußwort gehalten, für das er danach – inhaltlich unzutreffend – von *Rüthers* heftig kritisiert wurde. Für die Diskussion innerhalb des BAG hatte die Konferenz zunächst keine Folgen, die ruhte bis 1980. Allenfalls war vielleicht klar geworden, dass man mit den beiden Entscheidungen des *Großen Senats*⁷ nicht wirklich weiter kommen würde. Sie lagen wie plumpe Findlinge in der arbeitskampfrechtlichen Landschaft. Es wurde darin ja noch nicht einmal die Frage gestellt, welche rechtliche Grundlage der Arbeitskampf denn hat. Der klassische Zivilist sah das damals so: Arbeitskämpfe sind zwar

möglich, aber ein Übel. Wir müssen das als Regelwidrigkeit halt dulden. Das war nicht mehr, als schon das *Reichsgericht* getan hatte.⁸ Es war nicht einmal klar, auf welches legitime Ziel sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beziehen sollte.

Was war das Neue an den Aussperrungsentscheidungen vom 10.6.1980?⁹

Ich würde 2 Neuerungen sehen: Erstens war die Realität maßgebend. Es wurde gefragt: Wie funktioniert Arbeitskampf und zu welchem Zweck? Was ist der reale Sinn des Ganzen? Zweitens wurde nach einer normativen Grundlage gefragt. Ohne eine normative Grundlage, die einen Zweck benennt, auf den sich das Ganze hin orientiert, hängt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im luftleeren Raum. Dabei war klar, dass wir kein Arbeitskampfrecht kodifizieren können, sondern jeweils einen konkreten Fall vor uns haben, den wir entscheiden – einen Fall in einer bestimmten Lage. Die einzelnen Arbeitskämpfe waren zu unterschiedlich, dazu wechselte die Taktik zu sehr, war das ganze System zu sehr auf Überraschung und Novität angelegt. Der Arbeitskampf lebt ja vom Überraschungseffekt, er darf nicht zum Ritual werden. Wir dürfen den Arbeitskampf nicht in ein Konzept stecken, wo beide Parteien gezwungen sind, dies schrittweise abzuarbeiten. Und zum Schluss sind sie beide nicht weiter gekommen, weil sie nur das vorgegebene Ritual vollzogen haben. Vor allem aber ist erstmals in den Entscheidungen Art. 9 Abs. 3 GG voll ins Spiel gekommen, allerdings iVm. dem Tarifrecht. Deshalb war ich der Auffassung, in Zukunft könne man das Tarifvertragsrecht nicht mehr kommentieren, ohne sich zugleich mit Arbeitskampfrecht zu befassen. Wir haben die beiden Materien so zusammen geknüpft, dass ihre Bearbeitung nur noch gemeinsam überzeugen kann.

Dabei musste doch als Problem auftreten, dass der Gesetzgeber sich beim Arbeitskampf zurückhält. Es gibt einerseits Art. 9 Abs. 3 GG, andererseits das TVG; dazwischen klafft eine Lücke.

Da waren wir nicht originell, das war die allgem. Klage, die wir lediglich bestätigt haben. Daraus ergab sich die methodische, ja verfassungsrechtliche Frage: Was dürfen wir als Richter? Und einer der Hauptangriffe später beim *BVerfG*¹⁰ gegen eine Folgeentscheidung¹¹ war der Vorwurf, die Bindung an Recht und Gesetz missachtet zu haben. Die Kritiker wollten zur Entscheidung des GS mit einer unbegrenzten Aussperrungsoption zurückkehren. Denn die jetzigen Urteile hatten ja die Aussperrung praktisch auf die Abwehraussperrung zurückgedrängt und dann auch noch quantifiziert. Das war aber nicht das Ziel der Rspr., sondern nur die Folge der tarifpolitischen Lage. Solange die Bundesrepublik bestanden hat, waren es immer die AN gewesen, die Veränderungen erkämpft haben –

⁶ Tagung der IG Metall »Streik und Aussperrung«, München, 13.-15. September 1973; dazu Tagungsband von *Kittner* (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974; vgl. auch *Kittner*, AuR 2015, G5 ff.

⁷ Vgl. Fn. 5.

⁸ RAG 16.11.1929, ARS 7, 476; 7.5.1930, ARS 9, 393.

⁹ BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140; – 1 AZR 168/79, BAGE 33, 185; – 1 AZR 331/79, BAGE 33, 195; – 1 AZR 690/79, AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 67.

¹⁰ *BVerfG* 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 = AuR 1992, 29ff. (Anm. *Däubler*).

¹¹ BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 196.

die aber die Zeit gegen sich hatten. Die Arbeitnehmerseite war einfach genötigt, Dampf zu machen, weil die andere Seite durch bloßes Verzögern Geld sparen konnte – und dies schon dadurch, dass sie sich erst einmal nicht auf Verhandlungen einließ. Wenn das genau andersherum wäre, so dass die AG eine Veränderung herbeiführen müssten, dann könnte man diskutieren, ob vielleicht eine Angriffsaussperrung zulässig wäre. Wir haben aber in den Entscheidungen auch gesagt, dass die Möglichkeiten der AG, ihren Interessen Geltung zu verschaffen, vielfältig sind. So macht doch etwa schon allein die bloße Drohung einer Betriebsverlagerung manchmal Gewerkschaften windelweich.

Noch einmal zurück zur Verhandlung im Jahre 1980. Sie war auf 2 Tage angesetzt, man ahnte ja schon, dass es ein großes öffentliches Interesse geben werde. Das verstärkte sich aber noch durch einen Vorgang, den heute kaum jemand im Gedächtnis hat, nämlich die Bombenexplosion vor dem BAG.

Ja, das war schon ein Hammer, dass am Abend vorher im Haus die Fenster herausflogen. Das Bekennerschreiben bedrohte uns auch ganz persönlich, wir wurden namentlich genannt: Ihr werdet jetzt verfolgt, ihr könnt euch darauf gefasst machen. Absender war komischerweise: »Rote Zelle Otto Brenner.«¹² Eine Zeitlang standen wir dann auch unter Personenschutz. Anders als nach der öff. Vorbereitung durch die Beteiligten zu erwarten, lief die Verhandlung selbst ganz friedlich ab. Die IG Metall hatte nach dem Bombenanschlag eine zunächst geplante Demonstration abgesagt.

In der Sache ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Arbeitskampfrecht zu einer zentralen Kategorie geworden?

Auf der Tagung der IG Metall 1973 hatte der Präsident des HessLAG Hans G. Joachim einen flammenden Vortrag gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip gehalten.¹³ Er hat ihm seine Beliebtheit vorgeworfen: ein Arbeitskampfrecht, das mit dieser beliebigen Grenze versehen wird, sei nicht praktikabel, und zwar auch wegen des Prozessrisikos für die Gewerkschaften. Das habe ich sehr verinnerlicht, andererseits aber auch gemerkt, dass man am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vorbeikommt: Es ist die einzige offene Formel, die man hat. Wir als Richterinnen und Richter sind aber verpflichtet, den Grundsatz in Falltypizitäten herunter zu brechen und lebbar zu machen. Die Rspr. hat dies auch bei § 242 BGB – Treu und Glauben – gemacht und Untertypen gebildet. Sie kann sich nicht darauf beschränken, nur von Fall zu Fall zu sagen, dies war jetzt verhältnismäßig oder nicht. Vielmehr müssen Typen analysiert und bewertet werden, damit dann, wenn dieser Typus wieder auftritt, genauso entschieden werden kann. Darauf sollten sich die Verbände verlassen können. Mit anderen Worten: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darf nicht zur faulen Ausrede für denjenigen Richter werden, der, wenn er nicht mehr weiter weiß, sagt, das ist aber unzumutbar. Die Rspr. muss also konkretisieren. Da hat die Offenheit des Grundsatzes ihre Grenzen. Gleichzeitig darf sie sich nicht in ein zu enges dogmatisches Korsett begeben. Auch deshalb war ich dagegen, den GS anzurufen. Denn das hätte zur Folge gehabt, in Zukunft immer den GS anrufen zu müssen, wenn kleine Abweichungen erforderlich sind. Der Fachsenat muss einen gewissen Bewegungsspielraum haben. Aber: Er muss seine Rspr. prognostizierbar machen.

In der Festschrift Herschel¹⁴ gab es schon eine Verteidigung der Entscheidung von Ihnen, aber die Stelle zum GS ist knapp – ein wenig liest sich die Stelle so, als sei die gesetzliche Konstruktion eine untaugliche.

Wenn sie das so verstehen, dann haben sie meine Meinung herausgelesen. Als ich den Beitrag aus Anlass dieses Gesprächs noch einmal gelesen habe, war ich mit dieser Stelle auch nicht ganz zufrieden. Ich fand sie zu sehr pragmatisch, zu sehr von Zweckmäßigkeitserwägungen geprägt. Ich habe nicht gesagt, warum wir den GS gar nicht anrufen mussten, warum dies auch nicht sinnvoll war. Später hat ja auch das BVerfG entschieden, dass die Einschaltung des GS nicht erforderlich war. Mein Problem mit dem GS ist, dass die Fragen an ihn sehr abstrakt gehalten sein müssen und die Breite des Sachverhalts beim jeweiligen Senat bleibt. Allerdings hatte sich der GS 1955 und 1971¹⁵ nicht an die Vorlagefragen gehalten – fast nach dem Prinzip, jetzt sind wir schon einmal dabei und befinden auch über das, was bei dieser Gelegenheit noch gesagt werden könnte. Das fand ich problematisch. Ich hatte aber nicht das Recht zu sagen, ihr habt damals einen Fehler gemacht. Beim *EuGH* ist es so, dass dieser Fragen gestellt bekommt, die nicht das ganze Thema der Entscheidung abdecken. Es wird nur eine Fachfrage entschieden. Beim GS gibt der vorlegende Senat das Verfahren quasi aus der Hand und ist nachfolgend gebunden. Hinzu kommt noch: Wozu haben wir die Fachsenate, die doch selbst schon auf Grundsatzfragen beschränkt sind. Was mir damals noch nicht so ganz klar war, ist der Umstand, dass das Arbeitskampfrecht zu beweglich ist, als dass man es stets dem GS anvertrauen könnte.

Zugespitzt gefragt: Warum haben sie sich in einer Festschrift zu den Urteilen überhaupt noch einmal geäußert?

Ich wollte vor allem zeigen, an welchen Stellen zu viel in die Urteile hineingelesen wird. Der Beitrag diente dazu, Überinterpretationen zu verhindern. Eigentlich wollte ich ihn überschreiben mit: »Die Offenheit der Aussperrungsentscheidungen«. Davon wurde mir aber dringend mit dem Hinweis abgeraten, dass man dann meinen könnte, der Senat kündige schon eine Änderung seiner Rspr. an. Deswegen habe ich nur von »methodischen Bemerkungen« gesprochen. Ich wollte ausdrücklich die Entscheidungen nicht selber interpretieren. Aber sie haben Recht, es liest sich ein wenig wie eine Verteidigung. Dies liegt darin begründet, dass alle Kritiker etwas hinein gelesen hatten, was so in der Entscheidung nicht drin war. Peter Hanau¹⁶ hat damals den einzigen empfindlichen Punkt getroffen: Er fand es gefährlich, dass wir aus rechtstatsächlichen Annahmen so weit reichende Rechtsfolgen abgeleitet haben. Das war die eigentliche Konfliktlinie zwischen Rechtswissenschaft und Richtern. Ich war der Ansicht, Richterinnen und Richter sind für die Rechtstatsachen offen und zuständig. Das ist ihre Aufgabe. Sie haben einen konkreten Fall, der hat konkrete

¹² Dies geschah am 23.4.1980, S. etwa <http://regiowiki.hna.de/Bundesarbeitsgericht> (zuletzt abgefragt am 21.7.2015).

¹³ Hans G. Joachim, Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens ‚Arbeitskampf‘?, in: Kitter (Hrsg.), Streik und Aussperrung, 1974, S. 27 ff.

¹⁴ »Methodische Bemerkungen zu den Aussperrungsurteilen des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Juni 1980«, FS Herschel, 1982 S. 37 ff.

¹⁵ Vgl. Fn. 5.

¹⁶ Hanau, AfP 1980, 126, 131.

Fakten, und sie müssen feststellen, ob das Recht darauf passt. Wenn sich Lücken ergeben, muss man das Recht unter Umständen fortbilden.

Sie sind im Jahr 1994 als Präsident an das BAG zurückgekehrt. Die arbeitskampfrechtliche Rspr. war damals – im Grundsatz – akzeptiert, wenn auch je nach Ausgang des Verfahrens die eine oder andere Seite Kritik geübt hat. Was hatte sich zwischenzeitlich im Arbeitskampfrecht verändert?

Es gab eine Novität im Arbeitskampf – die Gewerkschaften hatten den Wellenstreik erfunden. Der bestand darin, dass nur kleine Gruppen kurz die Arbeit niederlegten und zwar in produktionstechnisch entscheidenden Augenblicken. Das war ein neues Problem. Damit stellte sich zugleich ein uraltes Problem, zu dem der Senat kurz zuvor neue Grundsätze entwickelt hatte: Wie ist es eigentlich im Arbeitskampfrecht, wenn der AG trotz Streiks den Betrieb fortführt, aber nicht alle AN arbeitskampfbedingt beschäftigen kann? Noch 1993 war die Fragestellung rein vertragsrechtlich über die Arbeitskampfrisikolehre nach Zumutbarkeitskriterien gelöst worden.¹⁷ In der Folgeentscheidung haben wir das Problem hingegen arbeitskampfrechtlich betrachtet.¹⁸ Bestreikt wurde der öff. Personennahverkehr, und der AG hatte Bus- und Straßenbahnlinien stillgelegt. Einige AN waren aber bereit zu arbeiten und wollten, dass eine Schulbuslinie für sie wieder in Betrieb genommen wird. Der AG wandte ein, dass diese auch von normalen Fahrgästen benutzt werden würde – »die stürmen doch da rein«, und weigerte sich. Das Ganze geschah also im Arbeitskampfgebiet, es handelte sich nicht um eine arbeitskampfbedingte Fernwirkung. Hier muss der AG beschließen können, den Betrieb insg. stillzulegen. Das ist eine Möglichkeit, auf Streiks zu reagieren. Wendet er diese Kampfmethod nicht an, muss er die Konsequenzen tragen und die Arbeitswilligen soweit als möglich beschäftigen. Diese neue Möglichkeit, auf Streiks zu reagieren, wurde den AG durch die Taktik des Wellenstreiks aber unmöglich gemacht. Stattdessen kamen nur unterschiedliche Notprogramme in Betracht, die arbeitskampfrechtlich einzuordnen waren, je nachdem wie vorhersehbar die Streikaktionen waren.¹⁹

Teilweise gab es an diesem Rechtsprechungswechsel eine sehr auf ihre Person zugespitzte Kritik.

Eine solche Personalisierung finde ich zum Teil nicht sehr appetitlich, aber auf der anderen Seite wird Rspr. durch Personen gemacht und auch durch Richterpersönlichkeiten. Dann muss man in der Lage sein, seinen Kopf dafür hinzuhalten. Schlimm wird es allerdings, wenn durch die Personalisierung eine bestimmte Haltung unterstellt werden soll – also etwa: mal wieder *Dieterich*, der kann gar nicht anders. Diese Art von Kritik finde ich übel, so wollte ich nie festgelegt sein.

In Ihrer Zeit am BVerfG haben sie sich intensiv mit grundrechtlichen Schutzpflichten auseinandergesetzt. Im Arbeitsrecht war man bei dieser Frage anfangs vergleichsweise zurückhaltend.

Zunächst: Vom *BVerfG* zurückzugehen zum *BAG* war eine schwere Entscheidung. Am *BVerfG* hatte ich durchaus das Gefühl, als Richter an der schönsten und wichtigsten Stelle, die es in der Bundesrepublik gibt, angekommen zu sein. In der *Handelsvertreter*-²⁰ und in der *Bürgerschaftsentscheidung*²¹ hatte ich es erreicht, dass auch die unterlegene

Vertragspartei als Träger von Grundrechten zur Geltung kommt. Vorher kannte ich es so, dass sich immer nur der Stärkere auf die Vertragsfreiheit berief, etwas anderes gab es nicht. Als ich zum *BAG* zurückging, war es mir wichtig, dass diese Dimension der Grundrechte auch in der Rspr. der Arbeitsgerichte ankommt. Dort begegnete man der Vorstellung, das Arbeitsrecht sei ein gegen die Vertragsfreiheit gerichtetes Schutzrecht. Ich hielt dem entgegen: das Arbeitsrecht ist ein die Vertragsfreiheit wiederherstellendes Schutzrecht. Auch das *BGB* steckt eigentlich voller Schutzvorschriften, das Arbeitsrecht hatte sie nur nicht vollständig »auf dem Schirm«. Ohne Schutz kann die Vertragsfreiheit in Wahrheit gar nicht existieren. Das kollektive Arbeitsrecht ist sozusagen das Musterbeispiel – es ist eine Form, wie auf der kollektiven Ebene das Gleichgewicht der Kräfte wieder hergestellt wird. Auch der Arbeitskampf ist ein Mittel dazu. Für mich schloss sich so der Kreis. Und dieses System im Arbeitsrecht abzurunden, fand ich unerhört reizvoll.

Stichwort Rückblick und aktuelle Baustellen. Gibt es etwas, wo Sie rückblickend sagen würden, das würde ich anders machen.

Manchmal zweifle ich daran, ob es so klug war, die Stilllegung des Betriebes als ein eigenes Arbeitskampfmittel zu bezeichnen. Oder ob man nicht besser hätte sagen können: Das ist nichts anderes als richterliche Rücknahme der Zumutbarkeitskontrolle, weil die Entscheidung unter dem Druck des Arbeitskampfes kurzfristig getroffen werden muss. Aber auf der anderen Seite ist es so, wie entschieden, wohl rechtssicherer, weil einfach klarer.

Es gibt 2 große Baustellen im Arbeitskampfrecht: Die erste ist die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die ist noch nicht durchdacht. Das sieht man beim Streik der Lokführer, wenn dort z.T. hilflos mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hantiert wurde. Eine zweite denkbare Baustelle könnte der Streik in der Daseinsvorsorge sein. Zunächst einmal müsste man dann allerdings den Begriff bestimmen und ihn sehr eng fassen, statt ihn geradezu flächendeckend zu verstehen. Als Sonderproblem sehe ich in diesem Zusammenhang den Notdienst. Das Arbeitskampfrecht lebt von Notdienstvereinbarungen. Es war immer eine heikle Sache gewesen: Wer macht das eigentlich, und was passiert, wenn man sich nicht einigen kann? Dass es Notdienstvereinbarungen geben muss, war aber eigentlich immer Bestandteil des Arbeitskampfrechts – es spielte nur in der Rspr. komischerweise kaum eine Rolle. Für übertrieben halte ich die Sorge, dass auch die Konkurrenz zwischen Gewerkschaften zu großen Problemen führen werde. Der Lokführerstreik war doch ganz untypisch.

¹⁷ BAG 14.12.1993 – 1 AZR 550/93, BAGE 75, 186 = AuR 1995, 35 (Anm. *Buschmann*).

¹⁸ BAG 22.3.1994 – 1 AZR 622/93, BAGE 76, 196 = AuR 1995, 36 (Anm. *Buschmann*).

¹⁹ BAG 12.11.1996 – 1 AZR 364/96, BAGE 84, 302 = AuR 1996, 501; 17.2.1998 – 1 AZR 386/97, BAGE 88, 53 = AuR 1998, 121; 15.12.1998 -1 AZR 289/98, BAGE 90, 280, und – 1 AZR 216/98, AP Nr. 155 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AuR 1999, 196.

²⁰ *BVerfG* 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242.

²¹ *BVerfG* 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 = AuR 1994, 311.