



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Schadensersatzpflicht der Gewerkschaft für
rechtswidrige Arbeitskämpfe“**

Dissertation vorgelegt von Paula Zschoche

Erstgutachter: Prof. Dr. Thomas Lobinger

Zweitgutachter: Prof. Dr. Markus Stoffels

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Arbeitskämpfe verursachen Schäden. Ihre Auswirkungen treffen nicht nur die unmittelbar Beteiligten, sondern reichen bis in die Mitte der Wirtschaft und der Gesellschaft. Fragt man nach der Pflicht zum Ersatz dieser Schäden und dem Recht, die Unterlassung des Arbeitskampfes zu verlangen, besteht im Ergebnis weitgehend Einigkeit: Die Schädigung durch einen rechtswidrigen Arbeitskampf muss jedenfalls von den Adressaten des Kampfes nicht hingenommen werden. Insbesondere die für einen Arbeitskampf verantwortliche Gewerkschaft steht im Zentrum der Betrachtungen. Der einzelne Arbeitnehmer ist aufgrund seines im Vergleich zu den verursachten Schäden geringen Vermögens in der Praxis als Anspruchsgegner regelmäßig uninteressant. Arbeitgeberseitige Kampfmaßnahmen haben heute nur noch eine geringe praktische Relevanz.

Nicht nur aus praktischer, auch aus rechtsdogmatischer Perspektive steht die Haftungsbeziehung des kampfbetroffenen Arbeitgebers zu den kampfführenden Arbeitnehmerverbänden im Mittelpunkt des Interesses. Zwischen den Parteien des Individualarbeitsverhältnisses ist die Rechtslage bei rechtswidrigem Arbeitskampf weitgehend geklärt, denn die Parteien verletzen mit der unzulässigen Leistungsverweigerung ihre vertraglichen Pflichten. Die Gewerkschaft hingegen steht – jedenfalls vor Abschluss des ersten Tarifvertrages – in keiner eigenen Vertragsbeziehung mit dem Arbeitgeber. Ihr „Fehlverhalten“ bei einem rechtswidrigen Arbeitskampf beschränkt sich auf den Aufruf zu einer Vertragspflichtverletzung.

Dementsprechend sind die vorgeschlagenen Begründungen für die rechtliche Verantwortlichkeit überaus heterogen. Handelt es sich um eine Verletzung des Gewerbebetriebs, des Eigentums oder der Forderung als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB? Wurde gegen Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, wie etwa § 240 StGB, Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG oder gesetzesvertretende Sätze des Richterrechts verstoßen? Liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB vor, zum Beispiel durch eine „Verleitung zum Vertragsbruch“? Oder ist die Haftungsgrundlage vielmehr in den relativen Rechtsbeziehungen der Beteiligten, insbesondere den Schutzpflichten zu suchen? Die Voraussetzungen der Haftung, ihre Grenzen und auch der Kreis der Berechtigten und Verpflichteten divergieren in Abhängigkeit von der gewählten Lösung. Bereits die Frage nach der richtigen Grundlage für eine Haftung erweist sich trotz der intensiven Aufmerksamkeit aus der Literatur als ungeklärtes Rechtsproblem.

Die offenen Fragen gehen noch darüber hinaus: Gibt es eine Möglichkeit, im Arbeitskampf erfolgte Rechtsverletzungen zu rechtfertigen? Nach welchem Maßstab ist das Verschulden der kampfführenden Verbände und ihrer Mitglieder zu beurteilen? Welche Obliegenheiten treffen den Kampfadressaten zur Abwehr der drohenden Schäden? Und ist zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems eine Obergrenze für die Schadensersatzpflicht erforderlich? Ohne gesicherte Erkenntnisse über die Grundlage der Arbeitskampfhftung können diese Folgefragen nicht beantwortet werden.

Gleichsam als Ersatz für eine systematische Fundierung der Haftung wird insbesondere in der Rechtsprechung teilweise ohne Rückgriff auf die Wertungen des bürgerlichen Rechts eine isolierte Betrachtung des Arbeitskampfes und seiner Rechtsfolgen vorgenommen. Die vor diesem Hintergrund gewonnenen Antworten auf die aufgeworfenen Fragen schweben daher „im luftleeren Raum“. Trotz der umfangreichen Rechtsprechung und vielfacher Klärungsversuche in der Literatur kann die Haftung für Arbeitskämpfe keineswegs als konsolidiert bezeichnet werden. Die vorliegende Arbeit verfolgt den Ansatz, den Arbeitskampf und seine haftungsrechtlichen Konsequenzen in das Privatrechtssystem einzubetten. Dies setzt neben einer Untersuchung des privatrechtlichen Rahmens des Arbeitskampfes auch eine methodengerechte Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben voraus.

Teil 1: Zum herrschenden Verständnis des Arbeitskampfes und seiner Rechtsfolgen

1. Nach der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Literatur handelt es sich bei der Arbeitskampfbefugnis um ein gem. Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsmäßig erlaubtes Druckmittel. Dieses soll dazu dienen „Parität“ herzustellen. Dieses Grundverständnis lässt sich angesichts der begrenzten Funktion des Arbeitskampfes, als Mittel zur Sicherung einer freiheitlichen Aushandlung der Arbeitsbedingungen, nicht aufrechterhalten. Zudem gibt es keinen geeigneten Maßstab, um feststellen, wann die „Parität“ erreicht sei. Auch die zwingende Kollektivbindung des Arbeitskampfes lässt sich auf diese Weise nicht erklären, denn es könnten bei diesem Verständnis auch individuelle Druckmittel zur Herstellung der „Parität“ zugelassen werden. Richtigerweise muss der Arbeitskampf stattdessen als Mittel verstanden werden, um den *marktmäßigen* Preis für die Arbeitsleistung auszuhandeln: Um das Verhandlungsungleichgewicht auf dem Arbeitsmarkt auszugleichen und die individuell beeinträchtigte Vertragsfreiheit der Arbeitnehmer auf kollektiver Ebene zu realisieren, wird den Arbeitsvertragsparteien ausnahmsweise gestattet, sich zu Kartellen, also zu Koalitionen, zusammenzuschließen und Preisabsprachen zu treffen. Die Verweigerung der eigenen Leistung im Arbeitskampf ist ein Instrument, um der Gegenseite wirksam den eigenen Bedarf an der angebotenen Leistung zu demonstrieren. Streik und Aussperrung sind *modifizierte Kündigungsrechte* und damit im Kern individualvertragliche Vorgänge, die allerdings unter dem Vorbehalt der kollektiven Ausübung stehen. Bei einem rechtswidrigen Streik oder einer rechtswidrigen Aussperrung initiieren die Verbände mit dem Aufruf eine Verletzung der vertraglichen Leistungspflichten.

2. a. Es bestehen erhebliche Zweifel an der Existenzberechtigung des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als absolutes Recht nach § 823 Abs. 1 BGB, über das insbesondere die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Haftung für rechtswidrige Arbeitskämpfe der Arbeitnehmer erfasst. Insbesondere fehlt es an einem definierten Bezugsgegenstand, an dem potenzielle Schädiger die Rechtsgrenzen erkennen könnten. Deshalb bleiben der Tatbestand der Rechtsverletzung und die Ermittlung der Rechtswidrigkeit zwangsläufig unklar. Hinzu kommt, dass mit dem Gewerbebetrieb in systemwidriger Weise eine Generalklausel zum Schutz des Vermögens eingeführt wird. Dadurch wird das gewerbliche Vermögen in nicht zu rechtfertigender Weise bessergestellt als das Privatvermögen.

b. Jedenfalls kann der rechtswidrige Arbeitskampf nicht als Fallgruppe einer Verletzung des Gewerbebetriebs angesehen werden. Sowohl das Merkmal der Betriebsbezogenheit als auch die Interessenabwägung werden abweichend von der allgemeinen Dogmatik des „Rahmenrechts“ gehandhabt. Zudem werden auf diese Weise vertragliche Leistungsbeziehungen über das Deliktsrecht geschützt. Das „Recht am Gewerbebetrieb“ ist nicht geeignet, die spezifischen arbeitskampfrechtlichen Fragestellungen zu beantworten. Die Sonderbehandlung des Streiks gegenüber anderen politisch motivierten Aufrufen zur Leistungsverweigerung stellt sich als ungelöstes Problem dar. Die Beschränkung der Schadensersatzverpflichtung auf die aufrufenden Verbände und ihre Mitglieder bleibt ungeklärt. Gleiches gilt für die Begrenzung der Anspruchsberechtigung auf die unmittelbar adressierten Arbeitgeber und die Verneinung sämtlicher Ansprüche Dritter. Auch eine spiegelbildliche Haftung der Arbeitgeberverbände im Falle der Aussperrung ist mit dem Recht am Gewerbebetrieb nicht begründbar, obwohl das schädigende Verhalten jeweils ein Aufruf zur Verletzung individueller Leistungspflichten ist. Deshalb bleibt jede hierauf gegründete Lösung von vornherein einseitig und unvollständig.

Teil 2: Haftung als Reaktion auf die Verletzung subjektiver Rechte

1. Das Privatrecht löst als Rechtszuweisungsordnung mit der Zuweisung subjektiver Rechte die potenziellen Konflikte der individuellen Freiheitssphären. Ein subjektives Recht kann sowohl durch umfassenden Schutz eines bestimmten Bezugsgutes oder -gegenstandes beschrieben werden als auch durch Formulierung konkreter Ge- oder Verbote. Das subjektive Recht ist

mit dem dreidimensionalen Schutzsystem aus negatorischer Rechtsverwirklichung, Schadensersatz und Bereicherungsabschöpfung verbunden. Eine Haftung der Gewerkschaft für rechtswidrige Arbeitskämpfe besteht nur, wenn der Kampfaufruf der Gewerkschaft subjektive Rechte des Arbeitgebers verletzt.

2. a. Der Arbeitskampf durch bloße Verweigerung der Arbeitsleistung stellt mangels Einwirkung auf die Sachsubstanz keine Eigentumsverletzung dar. Dies gilt auch, wenn durch den Mangel an Arbeitskräften Schäden an Sachen des Eigentümers entstehen. Das bloße Geschehenlassen einer Substanzverschlechterung darf nicht mit einer Überschreitung der rechtlichen Grenzen gleichgesetzt werden. Wenn durch Einsatz von „modernen“ Kampfmaßnahmen, wie „Flashmob“, Betriebsbesetzung und Betriebsblockade, positiv auf die Sachsubstanz im Eigentum des Arbeitgebers eingewirkt wird, liegt eine Eigentumsverletzung vor. Ausnahmsweise kann eine Eigentumsverletzung im Arbeitskampf auch durch die Verletzung von Fürsorge- und Sicherungspflichten erfolgen.

b. Das Forderungsrecht ist als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anzuerkennen. Es wird jedoch durch den Aufruf zur vertragswidrigen Leistungsverweigerung nicht verletzt: Der Gläubiger wird vor einer tatsächlichen Einwirkung auf den Leistungsgegenstand nicht geschützt, auch wenn dadurch die Forderung gem. § 275 Abs. 1 BGB untergeht. Deshalb kann erst recht kein Schutz vor der Herbeiführung einer Leistungsverweigerung gewährt werden, die den rechtlichen Bestand der Forderung und die Rechtsstellung des Gläubigers als solche unversehrt lässt. In der Inanspruchnahme der Streikaufrufbefugnis durch die Gewerkschaft und damit der unberechtigten Behauptung einer wesentlichen Inhaltsänderung des Arbeitsvertrags (dazu sogleich noch ausführlicher) kann man allerdings eine Verletzung der Forderungsinhaberschaft sehen.

c. Der Arbeitskampf durch Arbeitsverweigerung erfüllt den Tatbestand der Nötigung gem. § 240 StGB und damit eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Allerdings kann auch der rechtswidrige Arbeitskampf nur im Ausnahmefall als verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB angesehen werden. Darüber hinaus ist die Nötigung auf den Schutz der Willensfreiheit und damit nur auf die Abwehr von „Nachgebessenen“ gerichtet. Deshalb erfasst der Schutzzweck des § 240 StGB regelmäßig nicht die Arbeitskampschäden, die gerade durch das Standhalten aufgrund eines ungebeugten Willens entstehen. Der durch das Nötigungsmittel Arbeitskampf verursachte Schaden muss daher nicht auf Grundlage von § 240 StGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB ersetzt werden. Dies gilt aus denselben Gründen auch für eine eventuelle Erpressung nach § 253 StGB.

Die privatrechtliche Dimension der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG verleiht ebenfalls subjektive Rechte. Sie ist daher als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen. Allerdings ist dieses subjektive Recht nur auf einen Schutz der Koalierung selbst gerichtet. Dies ist der Vorgang des Zusammenschlusses und die *darauf gerichtete* Betätigung. Das gemeinsame Vorgehen als Koalition, wozu insbesondere auch die tarifliche Willensbildung zählt, ist nur nach den allgemeinen Regelungen der Rechtsgeschäftslehre geschützt. Der rechtswidrige Arbeitskampf, der nur auf die Herbeiführung eines bestimmten Tarifabschlusses gerichtet ist, verstößt daher nicht gegen Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Im Übrigen fehlt es aber auch hier an dem Schutzzweckzusammenhang für den Arbeitskampschaden, da dieser nicht durch eine erfolgreiche Beeinträchtigung der tariflichen Willensfreiheit herbeigeführt wird.

Die richterrechtlich entwickelten Arbeitskampsregeln können bereits aufgrund ihrer fehlenden Normqualität im Sinne des Art. 2 EGBGB nicht als Schutzgesetze herangezogen werden. Darüber hinaus sind sie nur dann auf den Schutz des Kampfgegners gerichtet und daher individualschützend im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie nicht schon eine immanente Schranke des Suspendierungsrechts sind.

d. Der Begriff der Sittenwidrigkeit kann weder aus gesellschaftlichen Moralvorstellungen noch persönlichen Wertungen des entscheidenden Gerichts bestimmt werden. Stattdessen sind allein Grundwertungen der Rechtsordnung heranzuziehen, die den Rechtsunterworfenen allgemein bekannt sind. Eine sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB unter dem Aspekt der „Verleitung zum Vertragsbruch“ ist der Aufruf zum rechtswidrigen Arbeitskampf nur dann, wenn die freie Entscheidung der Aufgerufenen durch den Verband erheblich beeinträchtigt wird. Vor allem fehlt es regelmäßig an den subjektiven Voraussetzungen der Haftung, da das Fehlen des Suspendierungsrechts dem Verband meist nicht bekannt ist. Der *Vertragsbruch* ist ein sittenwidrigkeitsbegründender Umstand, dessen Unkenntnis der Annahme einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung entgegensteht. Darüber hinaus verletzt der Arbeitskampf nur dann Rechte aus § 826 BGB, wenn er aus reiner Schädigungsabsicht geführt wird.

3. a. Relative Rechte werden zwischen den Tarif- und Arbeitskampfparteien nur im Ausnahmefall aufgrund einer autonomen Entscheidung begründet. Insbesondere die Friedenspflicht folgt nicht erst aus einer Vereinbarung der Tarifparteien, sondern stellt sich als immanente Binnenschranke der Arbeitskampfbefugnis dar.

b. Relative Pflichten zum Schutz der materiellen und immateriellen Interessen eines bestimmten Personenkreises können grundsätzlich nicht auf eine autonome Entscheidung der Beteiligten zurückgeführt werden. Die heteronome Zuweisung eines relativen Rechts, etwa einer Schutzpflicht, bedarf über den drohenden oder entstandenen Schaden hinaus keiner materiellen Rechtfertigung, solange der Tatbestand hinreichend klar bestimmt ist. Die Schutzpflichten bestehen im Rahmen von Sonderverbindungen, die durch die gegenseitige Individualisierung einer faktischen Leistungsbeziehung begründet werden. Aus der Sonderbeziehung folgt aber keine allgemeine Pflicht zum Schutz sämtlicher materieller und immaterieller Interessen des Gegenübers. Die Parteien der Sonderbeziehung sind angesichts des begrenzten Schutzzwecks der Haftung nur verpflichtet, Schädigungen zu unterlassen, die durch leistungsbezogene Handlungen hervorgerufen werden.

c. Die Verhandlungsbeziehung der (potenziellen) Tarifparteien ist als Sonderverbindung zu qualifizieren. Arbeitskämpfe und die daraus resultierenden Schäden fallen jedoch nicht in den Schutzzweck der Sonderverbindung aus der Verhandlungsbeziehung. Die Arbeitskampschäden entstehen unabhängig von der Verhandlungsbereitschaft des Adressaten. Der Arbeitgeber begründet weder durch eine „Öffnung des eigenen Rechtskreises“ noch durch „vertrauensgeleitetes Handeln“ noch durch das aktive Eingehen einer Leistungsbeziehung mit der Gewerkschaft eine besondere Schadensanfälligkeit. Er kann sich selbst dann nicht vor den Schäden schützen, wenn er den Kontakt mit der Gewerkschaft vollständig verweigert.

Denn die Gewerkschaft erhält ihre besondere Schädigungsmöglichkeit nicht erst durch die Aufnahme von Verhandlungen. Sie kann die Schäden kraft ihrer gesetzlichen Stellung als Inhaberin des arbeitskampfrechtlichen Kollektivvorbehalts verursachen. Die Gewerkschaft hat eine besondere Kompetenz, mit dem Streikaufruf die individuellen Leistungsverweigerungsrechte der Arbeitnehmer zur „aktivieren“. Der gewerkschaftliche Aufruf schaltet individuelle Streikrechte „frei“ und modifiziert damit den Pflichtenkatalog des Arbeitsvertrags. Die Gewerkschaft kann auf diese Weise als externer Dritter auf die Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrages einwirken. Diese besondere Befugnis begründet eine eigenständige Sonderverbindung zu den Parteien des Arbeitsvertrags gem. § 311 Abs. 3 S. 1 BGB. Auch die Verfügungsrechte von Insolvenzverwaltern, Testamentsvollstreckern und leistungsbestimmungsberechtigten Dritten werden stets von entsprechenden Pflichten zur sorgfältigen und rechtmäßigen Rechtsausübung eingerahmt. Dies kann im Arbeitskampfrecht nicht anders sein. Die Rechtsmacht der Gewerkschaft führt zu einer besonderen rechtlichen Verantwortung gegenüber beiden Parteien des mo-

difizierten Vertrages. Zudem dient die Bindung der Suspendierung, also des Streiks an die verbandliche Führung dient auch den Interessen des Kampfadressaten. Er erhält auf diese Weise einen Ansprechpartner zur langfristigen und einheitlichen Regelung der Arbeitsbedingungen.

Die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Ausübung des Gestaltungsrechts kann nur von Verbänden verletzt werden, denen dieses Gestaltungsrecht zusteht. Nicht-tariffähige Zusammenschlüsse, selbst wenn sie sich selbst als „Gewerkschaft“ bezeichnen, stehen nicht in der geschilderten Sonderverbindung zu den Parteien des (vermeintlich) suspendierten Arbeitsverhältnisses. Gleiches gilt für sonstige Gruppierungen oder Einzelpersonen, die etwa aus politischen Motiven zur Leistungsverweigerung aufrufen. Ihre Haftung richtet sich daher nach den Maßstäben des Jedermannverhältnisses. Eine Haftung besteht unter dem Gesichtspunkt der Forderungsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB nur, wenn der Aufrufende für sich in Anspruch nimmt, eine rechtmäßige Streikmöglichkeit auszulösen. Dies wird praktisch insbesondere bei nicht tariffähigen Verbänden der Fall sein, nicht aber bei zivilgesellschaftlichen Akteuren, die gerade den gezielten *Regelbruch* einsetzen.

Aus der Sonderverbindung folgt die Pflicht, das verbandliche Gestaltungsrecht nur in rechtmäßiger Weise auszuüben. Gegen eine (drohende) fehlerhafte Ausübung dieses Gestaltungsrechts hat der Kampfadressat einen Unterlassungsanspruch. Entstandene Schäden sind gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB zu ersetzen. Eine Verletzung dieser relativen Schutzpflicht liegt nur vor, wenn sich die schädigende Handlung als Ausübung des Gestaltungsrechts deuten lässt. Dies ist nicht der Fall bei dem Aufruf zu aktiven Zugriffen auf das Eigentum und andere absolut geschützte Rechtspositionen des Kampfgegners, anderen produktionsbehindernden Maßnahmen, der Aufforderung zur betrügerischen Angabe anderweitiger Leistungsverweigerungsrechte („Go sick“) oder der heimlichen Unterstützung eines nicht verbandsgeführten Arbeitskampfes. Die Haftung richtet sich in diesen Fällen nach den Maßstäben des Deliktsrechts.

Der Arbeitgeberverband ist nicht Partei der hier geschilderten Sonderverbindung zu der kampfführenden Arbeitnehmerkoalition. Er kann daher bei einem rechtswidrigen Streik keine eigenen, sondern nur die Recht seiner Mitglieder geltend machen. Dritte, insbesondere Vertragspartner der unmittelbar Kampfbetroffenen, sind nicht in die Sonderverbindung einbezogen. Sie können daher ihre Schäden nur ausnahmsweise geltend machen, wenn eines ihrer *erga omnes* gerichteten, deliktisch geschützten Rechte verletzt wurde.

4. Die geschilderten tatbestandsmäßigen Verletzungen absoluter und relativer Rechte des Kampfadressaten können nicht über Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG gerechtfertigt werden. Das Zugriffsrecht auf fremde private Rechte zum Schutz eigener Rechtspositionen richtet sich nach § 904 BGB. Die privatrechtliche Dimension der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 BGB ist zwar ein notstandsfähiges Rechtsgut. Eine Beeinträchtigung ist allerdings nur denkbar, wenn der Zusammenschluss als solcher betroffen ist. Dies kann bei Störungen der internen Kommunikation mit den (potenziellen) Kartellanten, also Verbandsmitgliedern, der Fall sein. Ein Ausbleiben der erwünschten Druckwirkung stellt hingegen keine unmittelbare Gefahr für die Koalitionsfreiheit dar.

Teil 3: Die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs

1. a. Die Schadensersatzpflicht setzt eine schuldhaftige Rechtsverletzung voraus. Regelmäßig wird die Gewerkschaft nicht vorsätzlich zu einem rechtswidrigen Streik aufrufen. Sie wird vielmehr davon ausgehen, dass sie zum konkreten Kampfaufruf berechtigt ist. Es kommt also darauf an, ob das Handeln unter dem Einfluss dieses Rechtsirrtums verschuldet war oder nicht. Eine Verkennung der Rechtslage ist stets sorgfaltswidrig, wenn der Verletzer sich nicht ausrei-

chend über das geltende Recht informiert hat. War die Rechtslage *ex ante* unklar, ist grundsätzlich bereits die Inkaufnahme einer potenziellen Rechtsverletzung sorgfaltswidrig. Dies gilt dann nicht, wenn die Unterlassung der potenziell rechtswidrigen Handlung unzumutbar ist. In diesem Fall ist die Rechtsverletzung als unvermeidbar und damit unverschuldet anzusehen. Die Unterlassung ist jedoch stets zumutbar, wenn statt der „Spekulation“ zulasten Dritter auch eine vorbeugende Klärung der Rechtslage durch gerichtliche Entscheidung möglich ist.

b. Im Arbeitskampfrecht ist die Unterlassung eines potenziell rechtswidrigen Arbeitskampfes grundsätzlich zumutbar. Etwas Anderes gilt nur, wenn sich die Rechtsunsicherheit aus der *ex ante* zweifelhaften Zulässigkeit der angestrebten, tariflichen Regelungen ergibt. Denn Umbrüche in der Arbeitswelt erfordern innovative tarifliche Regelungen. Die Gewerkschaft hat regelmäßig keine Möglichkeit im Vorfeld herauszufinden, ob die eine solche Regelung zulässig ist. Könnte sie die innovative Forderung in diesem Fall nicht kampfwise durchsetzen, wäre die Vereinbarung erschwert oder sogar gänzlich unmöglich. Die Tarifparteien könnten ihren Auftrag zur sachnahen und zeitgemäßen Regelung der Arbeitsbedingungen nicht erfüllen. Bei einem rechtlich zweifelhaften Kampfziel ist die Inkaufnahme der Rechtsverletzung durch den – nachträglich als rechtswidrig identifizierten – Aufruf nicht sorgfaltswidrig. Dies gilt jedenfalls, solange keine Möglichkeiten zur gerichtlichen Klärung zur Verfügung stehen. Rechtlich zweifelhafte Kampfmittel werden hingegen stets auf eigenes Risiko eingesetzt. Insoweit besteht kein Bedürfnis zur „Innovation“. Mit dem Streik, also der Zurückbehaltung der eigenen Leistung, steht ein funktionsgerechtes und im Wesentlichen rechtssicher einsetzbares Druckmittel zur Verfügung. *De lege ferenda* ist die Schaffung eines besonderen, beschleunigten Klärungsverfahrens vor dem Bundesarbeitsgericht zu befürworten, um die „Spekulation“ zulasten der Kampfadressaten zu vermeiden.

c. Das einzelne Verbandsmitglied genügt seinen Rechtsermittlungspflichten, indem es die Rechtsauffassung seines Verbands berücksichtigt. Wenn daraufhin Zweifel an der Zulässigkeit der Suspendierung verbleiben, ist die Teilnahme an dem Arbeitskampf dem Mitglied nicht vorwerfbar. Ein Verschulden des Verbandes wird bei einem verbandsgetragenen Arbeitskampf dem Mitglied nicht gem. § 278 BGB zugerechnet. Handelt der Verband etwa bei einem „wildem“ Streik oder einem einzeln geführten Firmenarbeitskampf in der Rolle eines Rechtsberaters, werden seine Fehler bei der Rechtseinschätzung dem Mitglied zugerechnet.

2. Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich nach § 249 ff. BGB. Regelmäßig führt der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zu einem Wegfall der Ersatzpflicht. Zu ersetzen sind sämtliche kampfbedingten Schäden, insbesondere die Kosten für Ersatzpersonal einschließlich finanzieller Anreize an die Stammbeslegschaft, Zahlungspflichten gegenüber Vertragspartnern des Kampfadressaten sowie entgangene Gewinne. Der Ersatzanspruch ist gem. § 254 BGB gemindert, wenn der Adressat den Arbeitskampf hätte verhindern können. Das „Aushalten“ eines rechtswidrigen Arbeitskampfes verbunden mit der anschließenden Geltendmachung der Schäden ist nicht als eigenständiges Kampfmittel anzuerkennen. Daraus folgt aber nicht zwangsläufig, dass der Schadensanspruch immer zu kürzen ist, wenn der Arbeitgeber sich gegen den Arbeitskampf nicht gewehrt hat. Nach den allgemeinen Regeln müssen erfolgversprechende prozessuale Möglichkeiten zur Verhinderung des Schadens ausgeschöpft werden. Dazu kann die Beantragung einer Unterlassungsverfügung im einstelligen Rechtsschutz gehören. Dabei sind die hohen Anforderungen zu berücksichtigen, die die Gerichte für den Erlass einer einstweiligen Unterlassungsverfügung formulieren.

3. Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass die Gewerkschaften insbesondere bei dem Einsatz rechtlich zweifelhafter Kampfmittel einem erheblichen Haftungsrisiko ausgesetzt sind. Daher wird im jüngeren Schrifttum eine Obergrenze der Haftung gefordert. Ein solcher Haftungsdeckel ist jedoch weder *de lege lata* verfassungsmäßig geboten noch *de lege ferenda* eine

sinnvolle und zweckmäßige Förderung des Tarifsystems. *De lege lata* setzt das Tarifsystem zur Funktionsfähigkeit nicht die Existenz einzelner Verbände, sondern handlungsfähige Individuen voraus. Die bloße Existenzgefährdung einer Vereinigung ist kein Grund, kollektives Handeln gegenüber der individuellen Freiheitsausübung zu privilegieren. Der rechtswidrige Arbeitskampf selbst ist verfassungsmäßig nicht geschützt. Die verbleibende prohibitive Wirkung der Haftung für rechtmäßige Arbeitskämpfe wird bereits im Rahmen des Verschuldensmaßstabs, soweit erforderlich, abgemildert. Für eine zusätzliche verfassungsmäßige Haftungsbeschränkung verbleibt kein Raum. *De lege ferenda* würden mit einer Haftungsbeschränkung zudem die wünschenswerten mäßigenden Effekte der Haftung nivelliert. Vor allem würde eine Haftungsbeschränkung überdurchschnittlich oft den kleinen Verbänden zugutekommen. Die allgemein mit Besorgnis beobachtete Tendenz einer Zersplitterung der Verbandslandschaft würde damit gefördert.