

## B Rechtliche Würdigung

### I. Eingrenzung der Fragestellung

Im folgenden soll es zunächst um die Frage gehen, inwieweit durch Einschaltung der deutschen Arbeitsgerichte die Situation der auf Billigflaggen- oder Zweitregisterschiffen beschäftigten Arbeitnehmer verbessert werden kann. Ist es beispielsweise möglich, die von der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) festgelegten Mindestlöhne als verbindliche Richtschnur zu behandeln und so in einer Reihe von Fällen Ansprüche gegen den Billigflaggenreeder durchzusetzen? Näher dazu unten in Abschnitt II.

Der Schwerpunkt wird dann jedoch auf der Frage liegen, inwieweit die Nichtabfertigung von Billigflaggen- und Zweitregisterschiffen ohne »blue certificate« nach deutschem Arbeitsrecht zulässig sein könnte. Dabei wird eine Zweiteilung vorgenommen.

Zum einen ist es denkbar, daß deutsche Hafentarbeiter aufgrund ihrer individualrechtlichen Stellung befugt sind, das Be- und Entladen derartiger Schiffe zu verweigern. In Betracht kommt hier für einige spezifische Konstellationen ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verletzung arbeitsschutzrechtlicher Normen sowie die Verweigerung von Streikarbeit: Letzteres könnte dann zum Problem werden, wenn die Seeleute (ausnahmsweise) selbst streiken oder wenn das Schiff in einem anderen Hafen boykottiert wurde und nunmehr einen deutschen Hafen anläuft. Näheres dazu unten in Abschnitt III.

Zum zweiten geht es um die arbeitskampfrechtliche Zulässigkeit eines »Hafentarbeiterboykotts«, der insbesondere im Hinblick darauf zu untersuchen ist, ob es sich um einen von der Rechtsprechung im Grundsatz anerkannten »Boykott« oder einen im Grundsatz abgelehnten »Solidaritätsstreik« handelt. Dabei wird sich u.a. auch die Frage stellen, inwieweit die Sondersituation in der Seeschifffahrt, auf die das BVerfG seine Entscheidung zum Zweitregister entscheidend stützte,<sup>34</sup> eine Modifikation überräumlicher arbeitskampfrechtlicher Regeln verlangt. Dies soll eingehend in Abschnitt IV behandelt werden.

34 BVerfGE 92, 26 ff.

## II. *Einklagbarkeit eines Minimallohnes, insbesondere von IAO-Heuern?*

Die oben unter A III dargestellten Fälle legen die Frage nahe, ob deutsche Arbeitsgerichte nicht höhere als die vereinbarten Vergütungen zusprechen würden, sofern ein ausländischer Seemann in der Lage wäre, selbst oder durch einen Prozeßvertreter eine Klage einzureichen.

### 1. *Vorgaben durch das BAG*

Das BAG hat in der hier referierten Entscheidung<sup>35</sup> keine klare Festlegung getroffen. Auf der einen Seite führte es eingangs der veröffentlichten Gründe aus:

»Dem Kläger stehen Ansprüche auf eine höhere als die vereinbarte Heuer sowie Ansprüche auf Bezahlung seines Urlaubs einschließlich des dazugehörenden Verpflegungsgeldes zu.«

Auf der anderen Seite kam es in Anwendung des Art. 30 Abs. 2 letzter Halbsatz EGBGB zu dem Schluß, die Ansprüche des klagenden Seemannes würden sich nach dem Recht der Republik Indien bestimmen. Dieses stehe allerdings nach Art. 6 EGBGB unter dem Vorbehalt des deutschen *ordre public*. Im einzelnen wird dazu gesagt:<sup>36</sup>

Nach Art. 6 EGBGB sei eine Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, »wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist. . . . Die Ausnahmenvorschrift des Art. 6 EGBGB greift . . . nur ein, wenn die Anwendung der ausländischen Rechtsnorm in Einzelfall zu einem Ergebnis führt, das mit der in der entsprechenden deutschen Regelung liegenden Gerechtigkeitsvorstellung in unerträglichem Widerspruch steht.«

Ohne dies näher auszuführen, ging das BAG offensichtlich davon aus, daß die vereinbarte Vergütung nicht akzeptabel war, da andernfalls die Existenz höherer Ansprüche lediglich als »möglich« hätte bezeichnet werden müssen.

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt wurde eine Monatsheuer von 250 US-Dollar sowie eine 56-Stunden-Woche vereinbart. Rechnet man den Monat zu 4 1/3 Wochen, so ergibt sich eine Monatsarbeitszeit von 242,5 Stunden. Der Stundenlohn

35 NZA 1995, 1191.

36 NZA 1995, 1193.

lag also knapp über einem Dollar, war in etwa einem Betrag zwischen 1,50 DM und 1,70 DM entspricht.

Die vom BAG offengelassenen Fragen sind hier im einzelnen abzuhandeln. Dazu gehört zunächst das Problem der gerichtlichen Zuständigkeit, die bei einem deutschen Zweitregisterschiff unproblematisch sein kann, die sich jedoch bei traditionellen Billigflaggen ggfs. anders darstellt (unten 2). Im Anschluß ist danach zu fragen, ob ggfs. das auf das Heuverhältnis anwendbare Recht einen Anspruch auf eine Mindeststeuer gewährleistet (unten 3). Als nächstes ist zu prüfen, ob das in § 138 BGB enthaltene Verbot der sittenwidrigen Lohnabrede und des Lohnwuchers Teil des deutschen Ordre public ist und deshalb auch zugunsten ausländischer Seeleute wirkt (unten 4). Sollte sich dies nicht eindeutig bejahen lassen, wäre schließlich die Frage zu stellen, ob dann nicht wenigstens die von der IAO festgelegten Mindestarbeitsbedingungen zugrundegelegt sind (unten 5).

## 2. Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Arbeitsgerichte folgt im wesentlichen den Grundsätzen über die örtliche Zuständigkeit.<sup>37</sup> Ergänzend ist das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ) zu beachten, das jedenfalls im Verhältnis zu Staatsangehörigen der meisten anderen EU-Mitgliedstaaten gilt und das zum Teil abweichende Regelungen trifft.<sup>38</sup> Ob es auch dann Anwendung findet, wenn ein Angehöriger eines Drittstaats vor einem deutschen Gericht klagt, ist umstritten<sup>39</sup>, doch ist dies im vorliegenden Zusammenhang nur ausnahmsweise von Bedeutung. Soweit sich die Klage eines ausländischen Seemannes gegen einen deutschen Arbeitgeber richtet, dessen Schiff im Zweiten Schiffsregister eingetragen ist, ist der inländische Gerichtsstand unproblematisch; jedenfalls am Ort der gewerblichen Niederlassung kann der Arbeitgeber nach § 17 ZPO verklagt werden.<sup>40</sup> Nach Art. 53 in Verbindung mit Art. 2 EuGVÜ würde genau dasselbe gelten.

Handelt es sich bei dem beklagten Arbeitgeber um eine in einem Billigflaggenland ansässige Gesellschaft, streiten sich in aller Regel zwei verschiedene

37 So auch BAG NZA 1995, 1191; in der Literatur Birk RdA 1993, 145; Däubler, Arbeitsrecht 2, a.a.O., S. 1045.

38 Das Abkommen ist abgedruckt u.a. bei Däubler-Kittner-Lörcher (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl., Köln 1994, unter Nr. 480.

39 Ablehnend OLG München IPRax 1991, 46; bejahend dagegen Geimer IPRax 1991, 31; Däubler, in: Däubler-Kittner-Lörcher, a.a.O., Einl. zu Nr. 480, unter III.

40 So im Fall BAG NZA 1995, 1191, das dem EuGVÜ keinerlei Aufmerksamkeit widmete.

Drittstaats-angehörige: Auf eine solche Auseinandersetzung findet das EuGVÜ nach allgemeiner Auffassung keine Anwendung.

Lediglich in dem vergleichsweise seltenen Fall, daß sich die Klage gegen den Reeder eines Zweitregisterschiffs aus einem andern EU-Mitgliedstaat richtet, kommt es auf den personellen Geltungsbereich des EuGVÜ an.

In seiner Entscheidung zum Zweiten Schiffsregister hat das BVerfG ausdrücklich auf zahlreiche Gerichtsstände hingewiesen, auf die sich ausländische Seeleute berufen können.<sup>41</sup> Außer dem allgemeinen Gerichtsstand am Sitz der beschäftigenden Reederei wurde insbesondere der Gerichtsstand der Belegenheit des Vermögens nach § 23 ZPO genannt: Er begründet eine Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk sich der Hafen befindet, den das Schiff angelaufen hat. Soweit das EuGVÜ anwendbar ist, ist der Rückgriff auf § 23 ZPO mit Rücksicht auf dessen Art.3 allerdings ausgeschlossen.

Die neuere Rechtsprechung des BGH interpretiert die Vorschrift des § 23 ZPO allerdings eng und ergänzt sie um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal: Sie greife nur bei »hinreichendem Inlandsbezug« ein.<sup>42</sup> Damit soll das »forum shopping«, der allzu leichte Zugang zu einem vom Kläger positiv eingeschätzten deutschen Gericht verhindert werden. Mit Rücksicht auf diese Zielsetzung hat allerdings der BGH dann eine Ausnahme gemacht, wenn andernfalls eine Rechtsverweigerung droht, weil im Heimatstaat kein wirksamer Rechtsschutz gegen den Beklagten zu erlangen ist. Dies dürfte in den allermeisten der hier zu entscheidenden Fälle anzunehmen sein: Es ist denkbar unwahrscheinlich, daß beispielsweise ein in den Philippinen oder in Indien erstrittenes Urteil gegen einen Reeder vollstreckt werden kann, dessen Schiff unter der Flagge von Antigua fährt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat ersichtlich insoweit keine Bedenken gegen die volle Zuständigkeit der deutschen Gerichte.

In Betracht kommt weiter der Gerichtsstand des Erfüllungsorts nach § 29 ZPO, da der Seemann seine Dienste vorübergehend in dem angelaufenen Hafen erbringen muß.

Für die Praxis besonders wichtig ist der vom BVerfG gleichfalls genannte Gerichtsstand am Ort des Eilbedürfnisses, der sich für den Arrest aus § 919 ZPO, für die einstweilige Verfügung aus § 937 Abs.1 ZPO ergibt. Besteht die Gefahr, daß der von einem Matrosen geltend gemachte Lohnanspruch bei einem Auslaufen des Schiffes nicht mehr verwirklicht werden kann, kann das für den Hafen zuständige Gericht auf Antrag einen dinglichen Arrest anordnen, d.h. das Schiff an die Kette legen lassen. Dies führt normalerweise dazu, daß der streitige Betrag hinterlegt oder eine entsprechende Bankbürgschaft beigebracht wird, was dann zur Aufhebung des Arrests führt. Ob das EuGVÜ

41 BVerfGE 92, 26, 49/50.

42 BGH JZ 1992, 51 mit krit. Anm. Schack.

anwendbar ist, spielt in diesem Fall keine Rolle, da es nach seinem Art. 24 nicht für Eilverfahren gilt.

Zuständig ist in allen Fällen das Arbeitsgericht als das Gericht, das über die Hauptsache, d.h. die Lohnforderung zu entscheiden hat.

Sobald ein Billigflaggenschiff einen deutschen Hafen angelaufen hat, ist daher die Zuständigkeit eines deutschen Arbeitsgerichts begründet.

Praktische Schwierigkeiten können sich allerdings dadurch ergeben, daß die deutsche Ausländerpolizei die Seeleute nicht an Land läßt und ihnen so auch die Kontaktaufnahme zu einer Gewerkschaft oder einem Rechtsvertreter unmöglich macht. Praktisch bedeutet dies, daß der Zugang zu deutschen Gerichten davon abhängig ist, daß ein ITF-Inspektor oder eine andere Person an Bord kommt und sich dort eine Vollmacht geben läßt. Ist diese Hürde einmal übersprungen, könnte dann voraussichtlich der betroffene Seemann auch selbst seine Rechte an Land wahren und an einem Verfahren teilnehmen: In einer solchen Situation ist nämlich damit zu rechnen, daß sich die zuständigen Behörden an der Aussage des BVerfG orientieren werden, der Zugang zu deutschen Gerichten dürfe nicht mit ausländerpolizeilichen Mitteln behindert werden.<sup>43</sup> Hier gewinnt die Zuständigkeit effektive Bedeutung.

### 3. Ansprüche auf Mindestentlohnung nach ausländischem Recht

Zahlreiche ausländische Rechtsordnungen verfügen über eine Mindestlohngesetzgebung. Bei den hier interessierenden Billigflaggenstaaten trifft dies etwa für Liberia und Panama zu, wobei die Unterschreitung des Mindestlohnes im ersten Fall sogar mit Strafe bedroht ist.<sup>44</sup> In anderen Ländern fehlen jedoch entsprechende Regelungen völlig.<sup>45</sup>

Auch dort, wo es eine Mindestlohngesetzgebung gibt, fixiert diese in der Regel einen Betrag, der erheblich unter dem Existenzminimum liegt. Außerdem ist es sehr schwierig, die konkrete Rechtslage im Flaggenstaat zu ermitteln: Selbst wenn durch Einschaltung von Experten die Vorschriften als solche namhaft gemacht werden können, bleibt immer noch das Problem, daß die konkreten Beträge häufig an die Kaufkraftentwicklung angepaßt werden und dies in einer Form (z.B. ohne Veröffentlichung im Gesetzblatt) geschieht, die für einen deutschen Richter nicht zugänglich ist. Erst recht dürfte im Regelfall der ausländische Seemann überfordert sein, wenn er nach § 293 ZPO die Rechtslage in seinem Heimatstaat darstellen müßte: Anders als in Industrie-

43 So BVerfGE 92, 26, 50.

44 Näher dazu Leffler, a.a.O., S. 34.

45 Leffler, a.a.O., nennt u.a. Singapur und Zypern.

ländern fehlt typischerweise eine unproblematisch zugängliche Dokumentation des geltenden Rechts auf dem neuesten Stand.<sup>46</sup> Ernsthafte Abhilfe ist jedenfalls von einem Rückgriff auf das Arbeitsvertragsstatut nicht zu erwarten.

#### 4. Anwendung des deutschen Verbots des Lohnwuchers?

Als nächstes stellt sich die Frage, ob das Verbot sittenwidriger Löhne im Sinne des § 138 BGB zum deutschen Ordre public zählt und deshalb auch auf Arbeitsverhältnisse erstreckt werden muß, die ausländischem Arbeitsrecht unterliegen.<sup>47</sup>

##### a) Die bisherigen Maßstäbe

Die Rechtsprechung des BAG hat bisher keine sehr präzisen Aussagen zu der Frage entwickelt, wann eine Niedriglohnvereinbarung nach deutschem Recht sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB ist und wann die Voraussetzungen des Wuchertatbestands nach § 138 Abs. 2 BGB erfüllt sind.<sup>48</sup>

Im Gegensatz dazu haben die Instanzgerichte teilweise sehr viel konkretere Maßstäbe entwickelt. So vertritt etwa das LAG Düsseldorf den Standpunkt, eine Bezahlung von 40 % unter Tarif verstoße gegen § 138 Abs. 1 BGB.<sup>49</sup> Das LAG Bremen hat gleichfalls den Tariflohn als Bezugsgröße gewählt; sollte ein solcher nicht zu ermitteln sein, wäre auf das Durchschnittseinkommen für die in Frage stehende Tätigkeit abzustellen. Im konkreten Fall hatte die tatsächliche Vergütung bei etwa einem Drittel dieser Größe gelegen, so daß die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB unproblematisch war.<sup>50</sup>

46 Wenig hilfreich ist es insoweit, wenn BVerfGE 92, 26, 49 auf die Landesberichte in der von Blanpain herausgegebenen »International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations« verweist: Sie sind meist einige (bisweilen auch mehr als 10) Jahre alt und überdies von durchaus unterschiedlicher Verlässlichkeit. Wie groß die praktischen Schwierigkeiten sind, wird am (eher skandalösen) Verhalten des LAG Schleswig-Holstein deutlich, an das das BAG den Rechtsstreit des indischen Seemanns zurückverweisen hatte: Die vom Kläger mit Hilfe der ITF beigebrachten indischen Tarifverträge genügten dem Gericht nicht; es verlangte vielmehr weitergehende Aufklärung, die nur über ein Gutachten des Hamburger Max-Planck-Instituts zu erreichen gewesen wäre, das dem Vernehmen nach DM 85 000,- gekostet hätte. Daraufhin gab der Kläger auf – derlei »Gerechtigkeit« hat einen bitteren Beigeschmack.

47 Daß § 138 BGB keine sog. Eingriffsnorm i.S. des Art. 34 EGBGB darstellt, hat Mankowski (Art. 34 EGBGB erfaßt § 138 BGB nicht! RIW 1996, 8 ff.) überzeugend herausgearbeitet.

48 Vgl. BAG AP Nr. 30 zu § 138 BGB; weitere Nachweise und Kritik bei Gabriele Peter, Gesetzlicher Mindestlohn. Eine Maßnahme gegen Niedriglöhne von Frauen, Baden-Baden 1995, S. 111 ff.

49 LAG Düsseldorf BB 1978, 256.

50 LAG Bremen AiB 1993, 834.

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, es gebe eine Art Faustregel des Inhalts, daß die Hälfte des Marktlohnes nicht unterschritten werden dürfe.<sup>51</sup> Trotz dieser nicht zu bestreitenden Rechtsunsicherheit, die sich auch auf die Frage erstreckt, ob die vereinbarte Lohnhöhe einer Billigkeitskontrolle unterworfen werden kann,<sup>52</sup> würde jedenfalls Einigkeit darüber bestehen, daß eine Stundenvergütung von DM 1,50 nicht mit § 138 BGB vereinbar wäre. Auch darüber liegende Beträge von DM 2,- oder DM 2,50 würden – wenn unter Deutschen in Deutschland vereinbart – mit Sicherheit als sittenwidrig eingestuft.

b) *Sonderregeln für Billigflaggen- und Zweitregisterschiffe?*

Fraglich ist nun allerdings, ob sich diese Maßstäbe auch auf die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer auf Zweitregister- und Billigflaggenschiffen anwenden lassen. Auf den ersten Blick scheint es in der Tat »ein nach deutschem Recht untragbares Ergebnis«<sup>53</sup> zu sein, wenn derartige Minimallohne bezahlt werden. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Zweiten Schiffsregister legt jedoch eine andere Beurteilung nahe.

Bei ihr ging es u.a. um die Frage, ob der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sei, wenn auf Zweitregisterschiffen deutsche und ausländische Arbeitnehmer selbst bei gleicher oder gleichartiger Tätigkeit völlig unterschiedliche Vergütungen erhalten.<sup>54</sup> Zwar wurde die deutliche Benachteiligung der ausländischen Seeleute in keiner Weise in Abrede gestellt, zumal es ausdrücklich bekundete Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, »Heimatheuern« zwecks Senkung der Personalkosten zu ermöglichen. Dennoch seien für die Differenzierung sachliche Gründe vorhanden. Im einzelnen heißt es dazu:<sup>55</sup>

»Während aber Seeleute mit Wohnsitz oder ständigem Aufenthalt im Inland ihren Unterhalt und den ihrer Familien in Deutschland bestreiten müssen, geben die ausländischen Seeleute ihre Heuern überwiegend in ihren Heimatländern aus. Der allgemeine Lebensstandard und damit auch die Lebenshaltungskosten sind dort erheblich niedriger als in Deutschland. Die Heimatheuern sind dem Lohnniveau in den Herkunftsländern angepaßt und entsprechen den dortigen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebensbedingungen . . .«

51 Hanau, in: Richardi-Wlotzke (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1992, § 61, Rn 6.

52 Dazu Gabriele Peter, a.a.O., S. 126 ff.

53 So die Umschreibung für das Eingreifen des Ordre public-Vorbehalts in BVerfG NJW 1989, 1275.

54 BVerfGE 92, 26, 50 ff.

55 A.a.O., S. 52/53.

Und weiter wird ausgeführt:

Diese Unterschiede rechtfertigen bei einem Sachverhalt, der von vornherein nur einen begrenzten Bezug zu Deutschland hat und bei dem die Bedingungen des internationalen Arbeitsmarktes besonders stark durchschlagend, die hier vorgesehene Differenzierung.«

Damit ist letztlich die Existenz von zwei verschiedenen Arbeitsmärkten nicht nur festgestellt, sondern auch rechtlich akzeptiert: »Deutschlandheuern« und »Heimatheuern« dürfen auf demselben Schiff nebeneinander bezahlt werden. Ist dies aber so, so verbietet es sich, einen wie auch immer gearteten Bruchteil des deutschen Lohnniveaus auf den »Billigmarkt« zu übertragen: Dies würde die vom Gesetzgeber gewollte Segmentierung zu einem beträchtlichen Teil wieder zurücknehmen.<sup>56</sup> Zwar läßt sich mit guten Gründen der Standpunkt vertreten, dem Gesetzgeber seien von Verfassungs wegen engere Grenzen gezogen, doch hat dies das BVerfG bedauerlicherweise anders gesehen.<sup>57</sup> Angesichts des einmal vorliegenden Urteils ist nicht damit zu rechnen, daß deutsche Arbeitsgerichte die vom Gesetzgeber gewollte und vom Bundesverfassungsgericht akzeptierte Differenzierung zwischen zwei Gruppen von Arbeitskräften dadurch entscheidend relativieren werden, daß für die schlechter gestellte Gruppe eine Mindestabsicherung in Höhe von 60 oder 50 % des deutschen Tariflohns »eingeführt« wird. Maßstäbe für einen Mindestschutz können sich unter diesen Umständen nur aus den Grundsätzen ergeben, die für diesen »Drittlanderbeitsmarkt« gelten; auf die Art und Weise, wie die Wuchergrenze nach deutschem Recht zu bestimmen ist, kommt es daher nicht an.

## 5. IAO-Grundsätze als Minimum?

### a) Festlegung und inhaltliche Ausgestaltung

Die Internationale Arbeitsorganisation hat im Jahre 1958 das »Übereinkommen über die Heuern, die Arbeitszeit an Bord und die Besatzungsstärke«, das sog. Übereinkommen Nr. 109 beschlossen, das von der Bundesrepublik Deutschland allerdings nicht ratifiziert wurde. In seinem Art. 6 sieht es eine bestimmte Mindeststeuer für Vollmatrosen vor, die an Änderungen des Wechselkurses angepaßt werden kann. Art. 15 bestimmt Höchstarbeitszeiten (9 Stunden bei Nichtpassagierschiffen, 10 Stunden bei Passagierschiffen),

56 Ebenso LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 9.12.1993 – 5 [auf 6] Sa 163/93 (Vorinstanz zu BAG NZA 1995, 1191).

57 Das Urteil hat – wenn auch unter anderen Aspekten – in der Literatur eine Menge Kritik erfahren. S. etwa Wimmer NZA 1995, 255 ff.; Lagoni JZ 1995, 499 ff.

Art. 18 sieht einen Mindestüberstundenzuschlag von 25 % vor, und Art. 21 verlangt eine ausreichende Zahl an Seeleuten pro Schiff.<sup>58</sup>

Das Übereinkommen Nr. 109 wird durch die gleichzeitig verabschiedete Empfehlung Nr. 109 ergänzt, die höhere Beträge vorsieht: Während das Übereinkommen (im Jahre 1958!) von 16 englischen Pfund pro Monat ausging, enthielt die Empfehlung unter Ziffer 2 einen Satz von 25 Pfund; auch der alternativ zur Verfügung stehende Dollarbetrag lag bei der Empfehlung um einiges höher.<sup>59</sup>

Die in der Empfehlung festgelegten Sätze wurden im Laufe der Jahrzehnte an die wirtschaftliche Entwicklung angepaßt. Dies ist Aufgabe der von der IAO eingesetzten »Joint Maritime Commission«, in der Reeder und Seeleutegewerkschaften zu gleichen Teilen repräsentiert sind<sup>60</sup>. Im Jahre 1970 wurde die monatliche Mindeststeuer auf 42 engl. Pfund bzw. 100 US-Dollar festgelegt. Im selben Jahr forderte die Arbeitskonferenz, das höchste Organ der IAO, die Joint Maritime Commission auf, bei ihren in dreijährigem Turnus stattfindenden Sitzungen eine Anpassung an die veränderte Kaufkraft vorzunehmen.<sup>61</sup> Abgesehen von der Sitzung des Jahres 1984 wurden die Beträge bei jedem Zusammentreffen erhöht. Dabei wurden die Währungsparitäten zwischen Pfund und Dollar auf der einen und den Währungen der wichtigsten Seefahrtsnationen auf der anderen Seite sowie die Kaufkraftentwicklung berücksichtigt.

Im Jahre 1991 beschloß die Joint Maritime Commission, die Berechnung der Mindeststeuer mit Rücksicht auf die Veränderungen in der Zusammensetzung der beteiligten Nationen (Flaggenstaaten und Heimatstaaten von Arbeitskräften) und mit Rücksicht auf schwankende Devisenkurse in einigen Punkten zu revidieren; nunmehr gelten folgende Grundsätze:<sup>62</sup>

Berücksichtigt werden insgesamt 42 Länder, unter deren Flagge entweder Schiffe mit insgesamt 2 Mio BRT fahren oder aus denen mindestens 10 000 Seeleute stammen. Für diese Länder wird die Entwicklung der Verbraucherpreise und der Dollarparität festgestellt; daraus ergibt sich, ob und in welchem

58 Der Text des Übereinkommens findet sich in der von der IAO herausgegebenen Sammlung »Übereinkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation 1919 bis 1991« Band II, Abschnitt XIV a 5.

59 Der Text der Empfehlung ist gleichfalls abgedruckt in IAO, aaO. Zur Neufassung des Übereinkommens und der Empfehlung im Jahre 1996, die aber noch nicht in Kraft getreten ist, s. ITF-News Nr. 10/1996, S. 8 f.

60 S. den unten als Anlage 4 abgedruckten Bericht über die Sitzung vom 22. Oktober 1996.

61 Hierzu und zum Folgenden: International Labour Organization. Sectoral Activities Programme, Tripartite Meeting on Maritime Labour Standards, Geneva 1994, Report II: Revision of the Wages, Hours of Work and Manning (Sea) Convention ( Revised ) 1958 (No. 109), and Recommendation, 1958 ( 109 ), S. 2 ff.

62 Dazu und zum Folgenden: International Labour Organization, Joint Maritime Commission, 27th Session, Geneva, December 1994, Wages, Hours of Work and Manning (Sea) Recommendation, 1958 ( No. 109 ): Updating of the Minimum Basic Wage of able Seamen, Geneva 1994 (ISBN 92-2-109607-6).

Umfang die Kaufkraft des bisher bezahlten Dollarbetrages gestiegen oder gesunken ist. Aus den für diese Länder gewonnenen Daten wird dann der sog. Median gebildet, d. h. die Größe, die exakt die obere von der unteren Hälfte der Veränderungen trennt. Besonders große »Ausschläge« in einzelnen Ländern werden so weniger berücksichtigt als bei der Bestimmung des arithmetischen Mittels. Außerdem werden die Daten von »großen« Nationen mit dem Faktor 2 multipliziert. Aufgrund des so ermittelten Medians bestimmt dann die Joint Maritime Commission die neue Mindeststeuer, die – wie die folgende Übersicht zeigt<sup>63</sup> – in der Praxis immer etwas höher als der Median ausgefallen ist.

	Median	Mindeststeuer
1970	84.91	100
1972	109.20	115
1976	178.82	187
1980	259.24	276
1984	232.75	276
1987	280.88	286
1991	352.00	356

Der Betrag von 356 US-Dollar galt ab 25.10.1992; ab 1.1.1995 ist eine Erhöhung auf 385 US-Dollar in Kraft getreten.<sup>64</sup> Zum 1. Januar 1998 soll eine Erhöhung auf 435 US-Dollar erfolgen<sup>65</sup>

In einer Resolution vom 9. Dezember 1994 hat die Joint Maritime Commission dem Verwaltungsrat der IAO vorgeschlagen, jedes zweite Jahr einen kleinen paritätischen Lohnausschuß einzuberufen, in dem sechs Vertreter der Reeder und sechs Vertreter der Seeleute vertreten sind, und der die Aufgabe hätte, zwischen den Sitzungen der Joint Maritime Commission über eine Anpassung der Mindestheuern zu beraten. Dieselbe Forderung wurde auf der Sitzung vom 22. 10. 1996 wiederholt.<sup>66</sup>

Die genannten Beträge sind »Grundheuern« für einen Normalarbeitstag; die Bezahlung von Überstunden ist damit nicht erfaßt. Das Übereinkommen Nr. 109 sieht – wie oben ausgeführt – insoweit einen Zuschlag von 25 % vor.

63 Quelle: IAO, aaO, Tabelle 1; Beträge in US-Dollar.

64 Schreiben der Internationalen Arbeitsorganisation an das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung vom 19.6.1995.

65 S. die unten in Anlage 4 abgedruckte Resolution.

66 S. Nr. 12 des Annexes des unten Anlage 4 abgedruckten Reports.

In der jüngsten Literatur wird verschiedentlich davon berichtet, daß auch diese – für europäische Verhältnisse extrem bescheidenen – Sätze nicht bezahlt wurden.<sup>67</sup>

Sinn der von der IAO getroffenen Festlegungen ist, ein auch für Entwicklungsländer tragbares Heuerniveau zu sichern. Die ITF akzeptiert dieses, soweit es von Reedern praktiziert wird, die in dem betreffenden Staat ansässig sind.

b) *IAO-Heuern als Teil des Ordre public i.S. des Art.6 EGBGB*

Läßt sich ein solches Niveau als Teil des deutschen Ordre public begreifen, der den Vorrang vor ausländischen Rechtsnormen und den auf ihrer Grundlage getroffenen Abmachungen besitzt? Dafür sprechen eine Reihe von Gesichtspunkten.

Ausgangspunkt ist zunächst die Feststellung, daß Art. 6 EGBGB insbesondere auch die Grundrechte zum »Ordre public« rechnet. Hierzu gehören nicht nur die Grundrechte des Grundgesetzes und der Landesverfassungen, sondern auch die in internationalen Abkommen enthaltenen.<sup>68</sup>

Dazu zählt daher auch Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948, wonach jeder arbeitende Mensch das Recht auf angemessene und befriedigende Entlohnung hat, »die ihm und seiner Familie eine der menschlichen Würde entsprechende Existenz sichert und die, wenn nötig, durch andere soziale Schutzmaßnahmen zu ergänzen ist.«<sup>69</sup> Dieses Dokument, das von der UN-Generalversammlung beschlossen wurde, hatte zunächst nur den Charakter einer Empfehlung. Im Laufe der Jahrzehnte erstarkte die Deklaration jedoch zur gewohnheitsrechtlich geltenden Norm.<sup>70</sup> Auch der deutsche Gesetzgeber geht offensichtlich von dieser Annahme aus. So ist in Kap. IX Sachgebiet A Abschn. III Nr. 1 Abs. 5 Nr. 1 der Anlage I zum Einigungsvertrag<sup>71</sup> eine außerordentliche Kündigung eines öffentlichen Beschäftigten aus der früheren DDR u.a. dann möglich, wenn er die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 enthaltenen Grundsätze verletzt hat: Hätten diese auch in der jüngeren Vergangenheit nur empfehlenden Charakter gehabt, müßte eine solche Sanktion schlechthin unverständlich bleiben.

67 S. ÖTV-Report Seefahrt, S. 2: Auf dem ukrainischen Schiff »Akademik Guber« wurden Heuern unter IAO-Niveau bezahlt; S. 7: Auf dem MS »Hennigsdorf« wurden keine IAO-Heuern bezahlt.

68 Palandt-Heldrich, Kommentar zum BGB, 56. Aufl., München 1997, Art. 6 EGBGB Rn 7 mit Hinweis auf die amtliche Begründung.

69 Der Text ist abgedruckt bei Däubler-Kittner-Lörcher, a.a.O., unter Nr. 110.

70 Verdross-Simma, Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984, § 1234 mwN (Fn 9). Ebenso auch der Internationale Gerichtshof, ICJ Reports 1980, 42.

71 BGBl 1990 II 889.

Mit dieser Feststellung ist noch keine Aussage darüber getroffen, was Art. 23 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte konkret unter einer Entlohnung versteht, die eine menschenwürdige Existenz sichert. Will man diese Bestimmung nicht als »frommen Wunsch« abtun, sondern auch juristisch ernst nehmen, gibt es im Prinzip zwei Möglichkeiten der Konkretisierung.

Die eine besteht darin, die konkrete inhaltliche Ausfüllung den nationalen Gerichten zu überlassen, die in mehr oder weniger zufälliger Weise mit einem Konflikt dieser Art befaßt sind. Dies mag in vielen Fällen zu einem sachgerechten, die spezifischen nationalen Bedingungen berücksichtigenden Ergebnis führen. Im hier interessierenden Bereich eines sehr stark internationalisierten Marktes, in dem ein Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit A jederzeit durch einen Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit B ersetzt werden kann, wäre ein solches Vorgehen wenig sachgerecht: Dem einheitlichen Markt müssen einheitliche Grundsätze entsprechen. Auch kann es schwerlich Sinn einer völkerrechtlichen Norm sein, nur »nach Maßgabe« des deutschen, indischen, koreanischen usw. Rechts zu gelten.

Sinnvoller ist deshalb der zweite Weg, d.h. die Konkretisierung durch eine internationale Instanz, die unter den gegebenen Umständen nur die Internationale Arbeitsorganisation sein kann. Sie definiert unter Beteiligung der Sozialpartner in dem unter a beschriebenen Verfahren die in diesem Bereich einzuhaltenden Mindeststandards. Mit Rücksicht auf ihren Entstehungsprozeß habe sie daher eine sehr viel stärkere Legitimation als jeder Versuch, durch Ableitung aus dem Begriff der »guten Sitten« das Maß des »nicht mehr Tragbaren« zu bestimmen. Auch die fehlende Ratifikation durch die Bundesrepublik ändert daran nichts. Ein solches Mindestniveau zu beachten, bringt grundsätzlich auch keinem Unternehmer einen unzumutbaren Wettbewerbsnachteil; insoweit gilt nichts anderes als bei sonstigen IAO-Übereinkommen. Als ein Stück »internationales Marktrecht«, als Minimum, das auch in »Entwicklungsländermärkten« gilt, sind die IAO-Standards deshalb auch im Rahmen des Art. 6 EGBGB zu berücksichtigen.<sup>72</sup>

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Unterschreitung des IAO-Standards gegen den nach Art. 6 EGBGB zu beachtenden *Ordre public* der Bundesrepublik verstößt; ein betroffener Seemann müßte den dort vorgesehenen Betrag von einem deutschen Gericht zugesprochen erhalten.<sup>73</sup>

Im Ergebnis ergibt sich so auf dem Weltmarkt eine ähnliche Zweiteilung wie im nationalen Rahmen: Auf der einen Seite existiert ein ausgehandelter Tariflohn (hier: ITF-Heuern), auf der anderen Seite gibt es einen erheblich darunter

72 Näher zu sozialpolitischen Minimalstandards, die kraft Völkergewohnheitsrechts unmittelbar gelten und auch von der nationalen Rechtsprechung zu beachten sind, s. Däubler, Sozialstandards im internationalen Wirtschaftsrecht, in: Lebendiges Recht – von den Sumerern bis zur Gegenwart, FS für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, S. 486 ff.

73 Ebenso im Ergebnis die knappe Bemerkung bei Lagoni JZ 1995, 503.

liegenden Mindestlohn, der bewußt als Minimum konzipiert ist und der die Funktion der »Wuchergrenze« erfüllt.

### III. *Verweigerung der Abfertigung durch Hafendarbeiter aufgrund arbeitsvertraglicher Befugnisse?*

Bevor die Frage eines Streiks oder eines Boykotts der Hafendarbeiter erörtert wird, sind zunächst die Fälle näher zu bestimmen, in denen ihnen ein arbeitsvertragliches Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Dieses kann sich einmal auf eine drohende Gesundheitsgefährdung beziehen (unten 1); zum anderen kann es sich darauf stützen, daß nach deutschem Recht niemand verpflichtet ist, Streikarbeit zu leisten, also Tätigkeiten zu übernehmen, die bisher von Streikenden ausgeübt wurden (unten 2).

#### 1. *Arbeitsverweigerung wegen Gesundheitsgefährdung*

##### a) *Mögliche Sachverhalte*

Denkbar (und nicht selten) ist, daß auf Billigflaggen- und Zweitregisterschiffen Vorschriften über die Schiffssicherheit und den Arbeitsschutz nicht beachtet werden.<sup>74</sup> Im Einzelfall kann dies dazu führen, daß das Löschen oder Beladen des Schiffes zu einer Gesundheitsgefährdung auch der Hafendarbeiter führt. Als Extrembeispiel läßt sich der Fall des »Stainless Commander« nennen, bei dem krebserregende chemische Substanzen ohne jede Sicherheitsvorkehrungen befördert wurden.<sup>75</sup>

##### b) *Die rechtliche Ausgangslage im Rahmen eines dem deutschen Recht unterliegenden Arbeitsverhältnisses.*

In Deutschland tätige Hafendarbeiter sind nach deutschem Arbeitsrecht beschäftigt. Dieses bestimmt also auch, wann eine Leistungsverweigerung wegen Gesundheitsgefährdung zulässig ist.

74 Vgl. Zwanziger, a.a.O., S. 6, wonach der Anteil der Billigflaggenschiffe an den Schiffsverlusten unverhältnismäßig hoch ist.

75 S. den Bericht von Kreiflow, ÖTV-Report Seefahrt, Heft 2/1995, S. 3; in diesem Fall verhängten die Behörden ein Löschorbot.

Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>76</sup> und nach der praktisch einhelligen Auffassung der Literatur<sup>77</sup> können Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistung zurückhalten, wenn der Arbeitgeber gegen arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen verstößt. Dies rechtfertigt sich mit der Vorschrift des § 273 BGB: Danach hat der Schuldner (hier: der Arbeitnehmer) das Recht, die geschuldete Leistung (hier: die Erbringung der Arbeit) solange zu verweigern, bis sein fälliger Gegenanspruch erfüllt ist. Letzterer besteht hier darin, die Umstände, unter denen die Arbeit erbracht wird, an das Arbeitsschutzrecht anzupassen.

Sind mehrere Arbeitnehmer in der Situation, daß ihnen gegenüber arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen nicht beachtet wurden, so können sie das ihnen zustehende Zurückbehaltungsrecht an ihrer Arbeitsleistung auch gemeinsam ausüben. Insoweit handelt es sich um eine »Bündelung« von Individualrechten; die Voraussetzungen für einen legalen Streik müssen nicht vorliegen.<sup>78</sup> Die Rechtsprechung verlangt lediglich, daß die Beteiligten deutlich machen, ihre Arbeitsleistung nach § 273 BGB zurückhalten und nicht etwa einen Streik durchführen zu wollen.<sup>79</sup>

Liegen die Voraussetzungen eines Zurückbehaltungsrechts vor, so behält der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch, da der Arbeitgeber dafür sorgen muß, daß die Voraussetzungen für die Erbringung der Arbeitsleistung den gesetzlichen Vorgaben entsprechen.<sup>80</sup>

Unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 320 Abs. 2 BGB darf das Zurückbehaltungsrecht dann nicht ausgeübt werden, wenn seine Geltendmachung den Umständen nach gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Dies wird insbesondere dann angenommen, wenn es um eine nicht korrekte Erbringung der Gegenleistung geht; ist die noch offenstehende Lohnforderung der Arbeitnehmer relativ gering oder ist die Verzögerung insgesamt nur »kurzfristig«, so wäre die Zurückbehaltung der Arbeitsleistung unverhältnismäßig und deshalb mit den Geboten von Treu und Glauben nicht vereinbar.<sup>81</sup> Geht es darum, daß der Arbeitgeber Vorschriften des Arbeitsschutzrechts nicht beach-

76 BAG AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4 R; BAG DB 1994, 1087.

77 Inge Böttcher, *Gemeinsame Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts*, Frankfurt/Main-Bern-New York 1986, S. 66; Däubler AiB 1989, 137 ff.; Hanau-Adomeit, *Arbeitsrecht*, 11. Aufl., Neuwied u.a. 1994, C III a; Löwisch-Rieble, in: Löwisch (Hrsg.), *Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht*, Wiesbaden 1989, Rn 456; Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 8. Aufl., München 1996, § 152 I 2 b.

78 So bereits BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6. Ebenso Brox, in: Brox-Rüthers, *Arbeitskampfrecht*, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1982, Rn 599 ff.; Däubler, *Das Arbeitsrecht* 1, 14. Aufl., Reinbek 1995, Rn 683; Moll RdA 1976, 100 ff.; Seiter, *Streikrecht und Aussperrensrecht*, Tübingen 1975, S. 430; Zöllner-Loritz, *Arbeitsrecht*, 4. Aufl., München 1992, § 40 III 3.

79 BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 7 R. Ähnlich BAG AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 4 R. Anders mit Recht Löwisch-Rieble, in: Löwisch (Hrsg.), a.a.O., Rn 455; Seiter, *Streikrecht und Aussperrensrecht*, a.a.O., S. 433.

80 Allgemeine Meinung; s. statt aller BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 7; Brox, in: Brox-Rüthers, a.a.O., Rn 602; Söllner ZfA 1973, 9; Palandt-Putzo § 618 Rn 7.

81 So BAG NZA 1985, 355.

tet, ist von einer solchen »Bagatellgrenze« bisher nicht die Rede gewesen.<sup>82</sup> Allerdings wird man auch hier ein Zurückbehaltungsrecht dann ablehnen können, wenn die Verletzung arbeitsschutzrechtlicher Normen den Umständen nach zu keiner Gesundheitsbeeinträchtigung führen kann und auch die praktischen Arbeitsabläufe nicht beeinträchtigt werden.

Im Einzelfall können Zweifel darüber bestehen, ob Vorschriften des Arbeitsschutzes eingehalten wurden oder nicht. Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit einer Asbestbelastung erörtert und von der Rechtsprechung entschieden worden. Diese neigt dazu, bei objektiver Unklarheit dem Arbeitgeber die Pflicht aufzuerlegen, die gesundheitliche Unbedenklichkeit der Arbeit zu beweisen.<sup>83</sup>

Mit Sicherheit riskieren Arbeitnehmer keine Kündigung, die wegen gravierender Anhaltspunkte für eine Gesundheitsgefährdung von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen, auch wenn sich später herausstellen sollte, daß in Wahrheit keine Gesundheitsgefährdung vorlag: Es fehlt in einem solchen Fall ein vorwerfbares Verhalten der Beschäftigten, das Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG oder für eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB wäre.

### c) *Anwendung auf konkrete Fälle*

Die hier skizzierten Grundsätze wurden für den Normalfall entwickelt, in dem der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers tätig ist. Mit Recht wurde jedoch betont, daß bei Arbeiten in einem fremden Betrieb nichts anderes gelten kann: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß auch dort die anwendbaren Arbeitsschutznormen beachtet werden.<sup>84</sup> Eine entsprechende Vorschrift findet sich – beschränkt auf Leiharbeitnehmer – in § 11 Abs. 6 AÜG. § 8 des neuen Arbeitsschutzgesetzes<sup>85</sup> weist in dieselbe Richtung.

Im »Einsatzbetrieb« werden dabei oft andere Bestimmungen als im »Heimbetrieb« gelten, was mit den unterschiedlichen Formen von Gesundheitsgefährdung zu tun hat.

Soweit Zweitregisterschiffe unter deutscher Flagge gelöscht werden, sind die deutschen Unfallverhütungsvorschriften weiterhin anwendbar. Dies folgt aus § 21 Abs. 4 Satz 4 Flaggenrechtsgesetz, wonach die Vorschriften des deut-

82 S. die Aufarbeitung der einzelnen Aussagen zur Begrenzung des Zurückbehaltungsrechts nach Treu und Glauben bei Däubler AiB 1989, 139.

83 So mit hinreichender Deutlichkeit LAG Köln AiB 1993,393; nur andeutungsweise BAG DB 1994, 1087 als Revisionsurteil in derselben Sache, wo es heißt: »Falls das Auftreten von Asbest an den Arbeitsplätzen des Klägers nicht sicher auszuschließen ist, ist weiter aufzuklären, ob der Kläger in zumutbarer Weise durch Schutzausrüstung vor gesundheitlichen Gefährdungen bewahrt werden kann.«

84 Ebenso im Ergebnis Palandt-Putzo § 618 Rn 4.

85 Vom 7. August 1996, BGBl I 1246.

schen Sozialversicherungsrechts unberührt bleiben; dazu zählt auch die Unfallversicherung einschließlich der von den Berufsgenossenschaften erlassenen Bestimmungen. Lassen sich insoweit Verstöße feststellen oder kann – was bei chemischen Substanzen von Bedeutung ist – eine Gesundheitsgefährdung nicht ausgeschlossen werden, so besteht für die Hafendarbeiter ein Zurückbehaltungsrecht.

Geht es um Schiffe unter anderer als deutscher Flagge, so ist dort ausschließlich ausländisches Arbeitsschutzrecht anwendbar.<sup>86</sup> Soweit dieses bekannt ist, kann bei Verstößen in gleicher Weise vorgegangen werden.

Ist das ausländische Arbeitsschutzrecht nicht bekannt oder ist es sehr lückenhaft, bedeutet dies nicht, daß deutsche Hafendarbeiter Gesundheitsgefährdungen beliebig in Kauf nehmen müßten. In einem solchen Fall ist vielmehr direkt auf die Vorschrift des § 618 Abs. 1 BGB zurückzugreifen, wonach der Arbeitgeber die Arbeitsabläufe so zu regeln hat, daß der Arbeitnehmer »gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.« Bestehen Anhaltspunkte für eine gesundheitsgefährdende Ladung, ist daher zunächst abzuklären, ob wirklich Gefahren bestehen und mit welchen Mitteln diese ggfs. ausgeschlossen werden können. Dies wird insbesondere beim Transport von Chemikalien oder explosionsgefährdeten Stoffen der Fall sein.

## 2. *Verweigerung von Streikarbeit*

Wird auf dem Billigflaggen- oder Zweitregisterschiff gestreikt oder wurde dieses in einem anderen Hafen nicht abgefertigt, so stellt sich das Problem, ob deutsche Hafendarbeiter der Sache nach die Arbeit der Streikenden bzw. der einen Boykottaufruf Befolgenden übernehmen müssen.

### a) *Die rechtliche Ausgangssituation*

Nach deutschem Recht ist die Verweigerung von Streikarbeit zulässig. Dem einzelnen soll es nicht zugemutet werden, anderen Arbeitnehmern in den Rücken zu fallen und so dazu beizutragen, daß deren Arbeitsniederlegung ggfs. ohne Wirkung bleibt.<sup>87</sup> Streikarbeit in diesem Sinne liegt dann vor, »wenn von einem Arbeitnehmer Verrichtungen gefordert werden, die bisher von den

86 S. Leffler, a.a.O., S. 180 ff.

87 So BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, bestätigt durch BAG DB 1985, 2355; ebenso Däubler, Arbeitsrecht 2, S. 357; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band 1, München 1997, S. 1197 ff.; Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. 1, 7. Aufl., München und Berlin 1963, S. 203 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 1961, S. 287; Rühers ZfA 1972, 421 ff.; Löwisch-Rieble, in: Löwisch (Hrsg.), Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Rn 470 ff.

Streikenden erledigt wurden und die lediglich wegen des Streiks ihm, in dessen bisherigen Arbeitskreis sie an sich nicht fallen, übertragen werden.«<sup>88</sup> Jede arbeitskampfbedingte Änderung des Status quo, d.h. jede Übernahme neuer, bisher von den Streikenden erfüllter Aufgaben berechtigt die Arbeitnehmer zur Verweigerung dieser ihnen nunmehr zugewiesenen Tätigkeiten. Dies gilt auch dann, wenn sich die »Streikarbeit« völlig im Rahmen dessen bewegt, was der Arbeitnehmer kraft seines Arbeitsvertrags zu tun hat.

Beispiel: Bei einer Firma streiken die Auslieferungsfahrer. Die Firmenleitung schließt mit einer Spedition einen Vertrag, wonach diese vorübergehend die Aufgaben der Streikenden übernimmt. Die Fahrer der Spedition können die Erfüllung dieses Auftrags verweigern, obwohl es sich vom Gegenstand her um exakt die Tätigkeit handelt, die sie immer zu erbringen haben.

Von Streikarbeit kann allerdings dann nicht mehr die Rede sein, wenn die Fortführung der bisherigen Tätigkeit lediglich die Wirkungen eines Streiks in Grenzen hält; werden etwa Vorprodukte weiter hergestellt mit der Folge, daß es leichter wird, mit Hilfe von Streikbrechern die Produktion fortzusetzen, liegt kein Fall von Streikarbeit vor. Will man Entsprechendes vermeiden, müssen sich die das Vorprodukt herstellenden Arbeitnehmer selbst dem Streik anschließen.<sup>89</sup>

Auf der anderen Seite ist das Vorliegen von Streikarbeit besonders evident, wenn aufgrund der Arbeitseinstellung in anderen Bereichen Überstunden oder Sonderschichten erwartet oder wenn eine Tätigkeit außerhalb der bisher erfüllten Aufgaben verlangt wird.

Streikarbeit kann auch dann verweigert werden, wenn der Arbeitskampf im Ausland stattfindet. Der Grundgedanke, anderen Arbeitnehmern nicht in den Rücken fallen zu müssen, trifft auch hier zu.<sup>90</sup>

Schließlich wird vom einzelnen Arbeitnehmer auch nicht erwartet, daß er danach differenziert, ob der ursprüngliche Arbeitskampf rechtmäßig ist oder nicht. Das BAG hat deshalb die Verweigerung von Streikarbeit auch in einem Fall für legal erklärt, in dem ein sog. wilder Streik vorlag, den es in ständiger Rechtsprechung für rechtswidrig erklärt.<sup>91</sup>

88 So BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

89 Im Ergebnis wie hier Büchner DB 1988, 393; Gamillscheg, a.a.O., S. 1199.

90 Ebenso LAG Frankfurt/Main BB 1985, 1850; Büchner DB 1988, 393 ff.; Däubler, Multinationale Konzerne und Kollektives Arbeitsrecht, in: Däubler-Wohlmuth (Hrsg.), Transnationale Konzerne und Weltwirtschaftsordnung, Baden-Baden 1978, S. 229 ff.

91 BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; ebenso Däubler, Arbeitsrecht 2, S. 357; Löwisch-Rieble, in: Löwisch (Hrsg.), Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Rn 472; grundsätzlich auch Gamillscheg, a.a.O., S. 1198; a.A. Zöllner-Loritz, a.a.O., § 41 VIII (jedoch ohne Erwähnung des BAG und ohne jede inhaltliche Auseinandersetzung).

Wird Streikarbeit verweigert, behalten die Arbeitnehmer grundsätzlich ihren Lohnanspruch; es ist Sache des Arbeitgebers, sie an anderer Stelle einzusetzen.<sup>92</sup>

Was für Streikarbeit gilt, muß in gleicher Weise Anwendung finden, wenn es darum geht, Tätigkeiten solcher Arbeitnehmer zu übernehmen, die einem Boykottaufruf gefolgt sind: Das Solidaritätsproblem ist exakt dasselbe.

b) *Anwendung auf konkrete Konstellationen*

Wird in einem deutschen Hafen ein dort liegendes Billigflaggen- oder Zweitregisterschiff bestreikt, so können die Hafendarbeiter jene Tätigkeiten verweigern, die ohne den Streik von der Mannschaft des Schiffes erbracht worden wären. Sind diese beim Entladen oder beim Beladen in relevantem Umfang eingeschaltet, führt die Verweigerung der Streikarbeit dazu, daß das Schiff praktisch nicht abgefertigt werden kann. Allerdings ist darauf zu achten, daß dies nur dann gilt, wenn die Hafendarbeiter bereit sind, in vollem Umfang die von ihnen sonst wahrgenommenen Tätigkeiten zu erfüllen; lediglich in bezug auf die Handgriffe und Dienstleistungen, die die Mannschaft des Schiffes erbracht hätte, besteht ein Leistungsverweigerungsrecht.<sup>93</sup>

Die Befugnis, Streikarbeit abzulehnen, greift auch dann Platz, wenn ein Schiff in einem anderen Hafen nicht abgefertigt wurde und deshalb einen deutschen Hafen anläuft.

Wegen eines Boykotts der Hafendarbeiter in Antwerpen fährt ein Billigflaggenschiff nach Bremerhaven oder Hamburg.

Auch in einem solchen Fall würden sich die deutschen Hafendarbeiter gewissermaßen an die Stelle ihrer im Arbeitskampf befindlichen ausländischen Kollegen setzen und deren Funktion übernehmen; genau dies ist aber für das Phänomen »Streikarbeit« charakteristisch. Dabei spielt es keine Rolle, ob man die Aktion im ausländischen Hafen als Solidaritätsstreik oder als Boykott qualifiziert; entscheidender Gesichtspunkt für das Recht zur Leistungsverweigerung ist, den Arbeitskampf anderer Arbeitnehmer nicht durch eigene Aktivitäten unterlaufen zu müssen. Ob sich dieser als Streik oder als Boykott im Rechtssinne darstellt, spielt dabei keine Rolle.

Nach dem Gesagten ist es auch ohne Bedeutung, ob die im Ausland durchgeführte Aktion nach dortigem Recht rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Wenn

- 92 Colneric, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn 599; Löwisch-Rieble, in: Löwisch (Hrsg.), Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Rn 473 (mit der Einschränkung, daß ggfs. nach der Lehre vom sog. Arbeitskampfrisiko Ausnahmen gelten).  
93 Dazu Seiter, Arbeitskampfparrität und Übermaßverbot, aaO, S. 33 (mit praktischen Beispielen).

die Rechtsprechung sogar bei einem im Inland stattfindenden »wilden Streik« ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, obwohl die Rechtswidrigkeit der Kampfmaßnahme in den meisten Fällen erkennbar ist, muß sie dasselbe erst recht dann tun, wenn es um eine ausländische Aktion geht, deren rechtliche Beurteilung im Inland allenfalls einigen wenigen Spezialisten, nicht aber den die Streikarbeit verweigernden Arbeitnehmern möglich ist.

Im konkreten Fall wäre es daher für die Bremerhavener oder Hamburger Arbeitnehmer ohne Bedeutung, ob die Aktion in Antwerpen nach belgischem Recht zulässig ist oder nicht.

»Streikarbeit« im Rechtssinne liegt auch dann vor, wenn die Ladung eines Billigflaggen- oder Zweitregisterschiffs deshalb in einen deutschen Hafen umgeleitet wird, weil mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist, daß in einem anderen Hafen eine Abfertigung unterbleiben würde. »Verweigerung von Streikarbeit« liegt nicht erst dann vor, wenn die Ladung in einem anderen Hafen effektiv nicht gelöscht wurde; die dortige Aktion würde in gleicher Weise unterlaufen, wenn man die bewußt umgeleiteten Schiffe in Deutschland abfertigen würde. Ob sie in diesem Sinne »umgeleitet« sind, wird sich nicht immer ohne Schwierigkeiten feststellen lassen. Ein sehr wichtiges Indiz dürfte es sein, wohin die Fracht im einzelnen adressiert ist und ob es im Hinblick darauf sinnvoll oder eher fernliegend ist, einen deutschen Hafen anzulaufen.

Keine Verweigerung von Streikarbeit liegt dann vor, wenn ein ausländischer Hafen von einem Reeder nur deshalb gemieden wird, weil dort – abstrakt gesehen – die Gefahr eines Boykotts besteht. In solchen Fällen läßt sich nicht mehr feststellen, daß die deutschen Hafentarbeiter im konkreten Fall Arbeit leisten, die ohne einen Arbeitskampf in einem anderen Hafen angefallen wäre.

#### *IV. Die Verweigerung der Abfertigung von Billigflaggen- und Zweitregisterschiffen durch deutsche Hafentarbeiter nach arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen*

##### *1. Anwendbarkeit des deutschen Rechts*

Weigern sich Hafentarbeiter, bestimmte Schiffe abzufertigen, so liegt der Sache nach eine Arbeitskampfmaßnahme vor. Anders als beim Vollstreik wird zwar nicht die Arbeit schlechthin verweigert, wohl aber ein spezifischer, gerade anfallender Teil. Aus diesem Grunde stellt sich die Frage, nach dem

»Arbeitskampfstatut«, also nach der Rechtsordnung, die über die Rechtmäßigkeit solcher Handlungen entscheidet.

Soweit ersichtlich, ist sich die Literatur darüber einig, daß Kampfmaßnahmen deutscher Hafentarbeiter dem deutschen Recht unterliegen.<sup>94</sup> Dies rechtfertigt sich damit, daß die Arbeitsverhältnisse hier ihren Schwerpunkt haben: Die Arbeiter sind bei einem deutschen Arbeitgeber beschäftigt, besitzen meist die deutsche Staatsangehörigkeit und unterliegen trotz der Auslandsbezüge ihrer Tätigkeit in vollem Umfang den für andere Landbetriebe geltenden Regeln. Rechtsprobleme ergeben sich insoweit nur dann, wenn in deutschen Häfen auf ausländischen Schiffen gestreikt wird, doch liegt diese Frage außerhalb unseres Untersuchungsgegenstands.<sup>95</sup>

## 2. Die Zulässigkeit nach der Rechtsprechung des BAG

Die Regeln des deutschen Arbeitskampfrechts sind im wesentlichen von der Arbeitsgerichtsbarkeit, insbesondere durch das BAG entwickelt worden. Auch wenn anders als in Großbritannien eine gerichtliche Entscheidung nur die Parteien des konkreten Verfahrens bindet, ist sie doch auch für künftige Auseinandersetzungen von ganz zentraler Bedeutung: Nach aller Erfahrung spricht eine außerordentlich hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß gleichgelagerte Konflikte in gleichem Sinne wie in der Vergangenheit entschieden werden. Dies hängt nicht nur mit einem natürlichen Beharrungsvermögen der Gerichte, sondern insbesondere auch mit dem Bestreben zusammen, die Kontinuität der Verhaltensregeln zu wahren und so im Sinne von mehr Rechtssicherheit die Orientierung der Bürger zu erleichtern.

Im folgenden wird daher zunächst die bislang einzige Entscheidung des BAG dargestellt, die sich mit einem von der ITF getragenen Hafentarbeiterboykott befaßt. Im folgenden Abschnitt ist dann der Frage nachzugehen, inwieweit die damalige Entscheidung durch die jüngeren Urteile zur Unzulässigkeit des Solidaritätsstreiks in Frage gestellt wird oder gar überholt ist. Dem schließt sich ein Überblick über die Haftungsrisiken an, die bei zweifelhafter Rechtslage entstehen können.

94 S. etwa Birk, Boykott und einstweilige Verfügung im grenzüberschreitenden Arbeitskampf, AuR 1974, 289, 301; Nipperdey, Zur Frage des Boykotts der »billigen Flaggen«, FS Küchenhoff, München 1967, S. 136 sowie insbesondere Junker, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1992, S. 480, 483 mwN.

95 Dazu Birk, Die Rechtmäßigkeit des Streiks auf ausländischen Schiffen in deutschen Häfen. Ein Gutachten, erstattet für die ITF, London 1983.

a) *Die Entscheidung des BAG vom 19.10.1976 (AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form)*

Im Jahre 1973 hatten zahlreiche Reeder versucht, sich der Bindung an Tarifverträge zu entziehen. Dies galt auch für die Beklagte in dem vom BAG entschiedenen Fall. Der Konflikt wird im Tatbestand des Urteils wie folgt geschildert:

»Mit Schreiben vom 12. April 1973 forderte die Klägerin (ÖTV) die Beklagte erfolglos auf, mit ihr Tarifverhandlungen aufzunehmen, und drohte, die Beklagte anderenfalls auf eine Schwarze Liste zu setzen. Mit einem weiteren Schreiben vom 8. Juni 1973 stellte die Klägerin der Beklagten unter Fristsetzung für Tarifvertragsverhandlungen in Aussicht, die Schiffe der Beklagten nach dem 21. Juni d.J. nur schleppend oder gar nicht abzufertigen; die ausländischen Brüdergewerkschaften in der Internationalen Transportarbeiter-Föderation hätten hierfür volle Unterstützung zugesagt. Die Beklagte ließ auch diese Frist verstreichen . . .«

Am 11. Juli 1973 veranlaßte ein Vertreter der dänischen Gewerkschaft den Kranführer im Hafen von Apenrade, Dänemark, die weitere Beladung des MS M. auf Wunsch der Klägerin hin einzustellen . . .

Am folgenden Tag erklärte die beklagte Reederei, daß sie bereit sei, die von der Klägerin verlangten Anschlußtarifverträge abzuschließen. Im folgenden wurde durch Austausch von Fernschreiben Einigkeit darüber erzielt, daß der Anschlußtarifvertrag für alle Schiffe der Beklagten gelten sollte.

Eine Woche später focht die Beklagte ihre Erklärung wegen widerrechtlicher Drohung an; nur unter dem Druck der existenzbedrohenden Folgen des rechtswidrigen Boykotts habe sie sich zu ihrer Erklärung bereitgefunden.

Die ÖTV betrachtete die getroffene Vereinbarung als einen gültigen Vorvertrag und machte den daraus folgenden Anspruch auf Abschluß eines Tarifvertrags gerichtlich geltend.

Für das BAG stellte sich die Frage, ob der im Zusammenwirken mit der ITF erfolgte Boykottaufruf der ÖTV rechtmäßig oder rechtswidrig war. Das Arbeitsgericht hatte als erste Instanz den Standpunkt vertreten, ein Boykottaufruf sei von vornherein und in jedem Falle eine rechtswidrige Kampfmaßnahme, weil der Boykottierte keine Möglichkeit der Gegenwehr und damit des Verhandels habe. Dem folgte das BAG nicht und führte im einzelnen aus:<sup>96</sup>

»Diese Auffassung ist in ihrer Allgemeinheit nicht haltbar. Der Boykott und damit auch der Boykottaufruf gehören neben Streik und Aussperrung zu den geschichtlich überkommenen Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite. Die von der Rechtsordnung gewährleistete Arbeitskampffreiheit, jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland, schließt Boykottmaßnahmen als

96 AP Nr. 6 zu § 6 TVG Form Bl. 3 unten.

Arbeitskampfmittel nicht aus. Allgemein wird der Boykott zu den rechtlich zulässigen Arbeitskampfmitteln gezählt . . . Der Boykottierte hat grundsätzlich wenigstens die Möglichkeit, den Boykott durchzustehen. Der Senat hält es nicht für angebracht, angesichts des Fehlens jeder tatsächlichen Feststellungen weitere abstrakte Rechtsausführungen über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Boykottmaßnahmen und deren Rechtsfolgen im Hinblick auf dadurch veranlaßte Willenserklärungen von Tarifvertragsparteien zu machen, zumal hier möglicherweise die Anwendung ausländischen Rechts mit in Betracht zu ziehen wäre.«

Das LAG Schleswig-Holstein, an das der Fall zurückverwiesen wurde, ging ohne nähere Begründung von der Zulässigkeit des Boykotts aus; der Versuch, auf diesem Wege einen Tarifvertrag zu erreichen, stelle keinen unzulässigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar. Auch sei die fehlende Urabstimmung ohne Bedeutung.<sup>97</sup>

Das BAG hat damit die Zulässigkeit der Nichtabfertigung eines Schiffs eines nicht tarifgebundenen Reeders gebilligt. Die Tatsache, daß auch der (dänische) Hafenarbeitgeber betroffen war, da er vorübergehend auf die Tätigkeit des Kranführers verzichten mußte, stand ersichtlich der Anerkennung des Kampfmittels nicht entgegen. Streitgegenstand war nicht etwa nur die Aufforderung zur Nichtabfertigung, sondern die Frage, ob der auf den Reeder tatsächlich ausgeübte Druck eine Anfechtung des abgeschlossenen Vorvertrages wegen widerrechtlicher Drohung ermöglichte. Ausdrücklich hatte die beklagte Reederei mit Fernschreiben vom 12. Juli 1973 erklärt, daß sie »unter dem Druck der Folgen des von Ihnen veranlaßten Boykotts und vorbehaltlich rechtskräftiger Gerichtsentscheidung über die Zulässigkeit Ihrer Maßnahmen« zum Abschluß von Anschlußtarifverträgen bereit sei.

Für die Aussagen des BAG spielte es keine Rolle, daß der Boykottaufruf in einem dänischen Hafen umgesetzt wurde. Die getroffenen Aussagen beziehen sich ausschließlich auf deutsches Recht. Zwar hat das BAG erkannt, daß möglicherweise auch ausländisches Recht eine Rolle spielen könnte,<sup>98</sup> doch wurde dies nur als mögliche Relativierung und Komplizierung des Falles gesehen. Der »Normalfall« der Ausführungen war allein auf das Inland bzw. eine Konstellation bezogen, in der ausschließlich deutsches Arbeitsrecht zur Anwendung kommt.

So ging es möglicherweise im vorliegenden Zusammenhang davon aus, daß auf den Boykott deshalb deutsches Recht anwendbar war, weil die boykottierende Gewerkschaft wie der Boykottierte in Deutschland angesiedelt waren und im Recht der unerlaubten Handlung grundsätzlich auf die gemeinsame Staatsangehörigkeit beider Beteiligten abzustellen ist.<sup>99</sup>

97 LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 5. Juli 1977, 3 Sa 681/76 SeeAE Nr. 2 (IV) zu Art. 9 GG.

98 S. den Schlußsatz in der mitgeteilten Textpassage.

99 S. die Nachweise bei Palandt-Heldrich Art. 38 EGBGB Rn 7, 8.

Die Aussagen des BAG sind somit erst recht für einen Fall wie den hier zu untersuchenden gedacht, bei dem die Abfertigung bestimmter Schiffe in einem deutschen Hafen verweigert wird.

Mit der Entscheidung des BAG und dem sie vollziehenden Urteil des LAG Schleswig-Holstein wurde eine Kontroverse abgeschlossen, die vorher bei den Instanzgerichten bestanden hatte. Das LAG Baden-Württemberg hatte etwa in einem Verfahren der einstweiligen Verfügung den Boykottaufruf der Gewerkschaft ÖTV für rechtswidrig erklärt, da er die Existenz des betroffenen Reeders gefährdet habe und da er überdies für die Durchsetzung des erstrebten Tarifabschlusses nicht erforderlich gewesen sei: Es hätte ausgereicht, die Mannschaften auf den Schiffen zum Streik aufzurufen oder aber dazu aufzufordern, mit der Reederei keine Heuerverträge mehr abzuschließen und bestehende zu kündigen.<sup>100</sup> In drei weiteren Fällen hatten sich das ArbG Hamburg und das ArbG Lingen mit der Zulässigkeit des Boykotts zu befassen und waren zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen.<sup>101</sup>

Das BAG setzte sich mit dieser Rechtsprechung nicht auseinander, sondern beschränkte sich auf die oben mitgeteilten Feststellungen, die in ersichtlichem Gegensatz insbesondere zum Urteil des LAG Baden-Württemberg standen. Daß diese drei Jahre zurückliegende Entscheidung damit jede Bedeutung eingebüßt hatte, wird nicht zuletzt auch daran deutlich, daß sich das BAG zur Begründung seiner These über die Zulässigkeit des Boykotts ausdrücklich auf den Aufsatz von Birk<sup>102</sup> bezog, wo das Urteil des LAG Baden-Württemberg einer sehr scharfen Kritik unterzogen worden war.

#### b) *Änderung durch die späteren Entscheidungen zum Solidaritätsstreik?*

Die Umsetzung eines Boykottaufrufs durch Hafentarbeiter stellt ihrer Erscheinungsform nach eine »Unterstützungskampfmaßnahme« dar. Jedenfalls in der Vergangenheit verfolgten sie keine eigenen Ziele, sondern leisteten lediglich einen Beitrag dazu, daß die betroffenen Reeder ihren Beschäftigten tarifliche Arbeitsbedingungen gewähren mußten. In der Gegenwart kommt allerdings hinzu, daß der Mustertarifvertrag der ITF auch eine Klausel enthält, die Seeleuten verbietet, die Aufgaben von Hafentararbeitern mitzuübernehmen; insofern ist eine entsprechende Aktion auch durch ein (u.U. sogar im Vordergrund stehendes) eigenes Interesse getragen. Im folgenden soll gleichwohl die traditionelle Orientierung am »Fremdinteresse« zugrundegelegt werden; bleibt es auch dann bei der im BAG-Urteil vom 19.10.1976 ausgesprochenen Rechtmäßigkeit, bestehen erst recht keine Bedenken, wenn auch eigene Interessen

100 LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 8.8.1973, AuR 1974, 316 ff.; kritisch dazu Birk AuR 1974, 289 ff. sowie zuletzt Gamillscheg, FS Gnade, S. 763 und in: Kollektives Arbeitsrecht, S. 1055.

101 Näher dazu Seiter, Arbeitskampfparrität und Übermaßverbot, a.a.O., S. 18.

102 AuR 1974, 289 ff.

verfolgt werden, da ein solches Vorgehen einem (rechtlich unbedenklichen) Hauptkampf um bessere Arbeitsbedingungen sehr viel näher steht. Ob die partielle Arbeitsverweigerung der Hafendarbeiter weiterhin als rechtmäßig zu behandeln ist, könnte deshalb zweifelhaft sein, weil das BAG in seiner neueren Rechtsprechung den Sympathie- oder Solidaritätsstreik für grundsätzlich rechtswidrig erklärt und von diesem Prinzip nur einige wenige Ausnahmen zugelassen hat.

aa) *Die Entscheidung von 1985*

In der Entscheidung vom 5.3.1985 ging es um einen von der IG Druck und Papier in einem Druckunternehmen organisierten Solidaritätsstreik zugunsten der Gewerkschaft HBV, die sich in einer Tarifaussensatzung um einen Firmentarif in ihrer Branche befand.<sup>103</sup>

Das BAG stellte zunächst fest, daß ein Sympathiestreik zu beurteilen sei, bei dem auf beiden Seiten andere Parteien als die im Hauptkampf befindlichen beteiligt waren. Im Anschluß daran fuhr es fort<sup>104</sup>

»Die Funktion des Arbeitskampfes bestimmt die Grenzen seiner Zulässigkeit. Der Arbeitskampf ist wegen seiner Hilfsfunktion für die Tarifautonomie gewährleistet und zulässig. Er dient dem Ausgleich sonst nicht lösbarer tariflicher Interessenkonflikte . . . Deshalb darf er auch nur als Instrument zur Durchsetzung tariflicher Regelungen eingesetzt werden . . . Mit dieser Funktion von Arbeitskämpfen lassen sich in der Regel weder Sympathiestreiks noch Sympathieaussperrungen rechtfertigen noch die Teilnahme eines Arbeitnehmers an einer Demonstration (nicht Arbeitskampf), mit der auf behauptete soziale Mißstände hingewiesen werden sollte . . .«

Im folgenden wird diese Beschränkung unter Rückgriff auf die Koalitions-garantie des Art. 9 Abs. 3 GG begründet. Im Anschluß daran wurde dem Sympathiestreik die Funktion abgesprochen, in ausreichendem Umfang zum Abschluß eines Tarifvertrags beizutragen. Im einzelnen wird dazu gesagt:<sup>105</sup>

»Er (der Sympathiestreik – W.D.) richtet sich nicht gegen den Tarifpartner, mit dem ein Tarifvertrag abgeschlossen werden soll. Der von dem Sympathiestreik betroffene Unternehmer kann die Forderungen, die von den Gewerkschaften erhoben werden, nicht erfüllen. Er kann den Arbeitskampf nicht durch Nachgeben vermeiden oder zwischen Kampf und Nachgeben wählen. Er bedarf deshalb eines größeren Schutzes als der unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffene Arbeitgeber. Das rechtfertigt es, das Streikrecht der Gewerkschaften für den Regelfall auf den Streik gegen den unmittelbaren Tarifpartner zu beschränken. Durch eine solche

103 Das Urteil ist in vollem Wortlaut wiedergegeben in BAG AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

104 A.a.O., Bl. 4.

105 A.a.O., Bl. 4 R.

Beschränkung wird das Streikrecht der Gewerkschaften in seinem Kerngehalt nicht angetastet.«

Entscheidender Gesichtspunkt ist damit die »Handlungsunfähigkeit« des vom Sympathiestreik betroffenen Arbeitgebers: Er hat keine Möglichkeit, den Arbeitskampf durch Nachgeben zu verhindern oder über die erhobenen Forderungen wenigstens zu verhandeln. Im Grunde ist er auf Appelle an die im Hauptkampf befindlichen Unternehmer beschränkt. Der auf ihn ausgeübte Druck ist für die im Hauptkampf befindlichen Arbeitgeber nicht fühlbar.

Die Unzulässigkeit des Sympathie- oder Solidaritätsstreiks kennt allerdings nach Auffassung des BAG Ausnahmen. Zu ihnen wird im einzelnen ausgeführt:<sup>106</sup>

»Im vorliegenden Fall ist keine abschließende Beurteilung des Sympathiestreiks vom 1.12.1981 möglich. Es sind Fallgestaltungen denkbar, die einen Sympathiestreik rechtfertigen könnten. So ließe sich ein Sympathiestreik rechtfertigen, wenn der von dieser Kampfmaßnahme betroffene Arbeitgeber zuvor seine »Neutralität« im Arbeitskampf verletzt hätte, etwa durch Übernahme der Produktion. Die Rechtmäßigkeit des Sympathiestreiks könnte auch anders zu beurteilen sein, wenn der betroffene Arbeitgeber zwar rechtlich selbständig wäre, wenn aber wirtschaftlich betrachtet nur ein Betriebsteil des im Arbeitskampf befindlichen Unternehmens betroffen wäre . . . Auf der Gegenseite könnte eine so enge wirtschaftliche Verflechtung bestehen, daß es sich um ein und denselben sozialen Gegenspieler handelt, wenn also das bestreikte Unternehmen nicht mehr als außenstehender Dritter angesehen werden kann. Diese Aufzählung von Fallgestaltungen ist nicht abschließend gemeint.«

#### bb) *Bestätigung durch die Entscheidung von 1988*

Diese Grundsätze wurden in der Entscheidung vom 12.1.1988<sup>107</sup> noch einmal bekräftigt. Das Gericht setzte sich darin insbesondere mit den Einwänden auseinander, die in der Literatur gegen seine erste Entscheidung erhoben worden waren. Dem vorgetragenen Gesichtspunkt, auch der Sympathiestreik wirke auf den Hauptarbeitskampf und den Fortgang der Tarifverhandlungen ein, wurde damit begegnet, daß eine solche mittelbare Wirkung durchaus anzuerkennen sei. Der Senat habe gleichwohl »einen Unterschied zwischen dem Sympathiestreik und dem Streik im Hauptarbeitskampf darin gesehen, daß der Sympathiestreik nicht unmittelbar dem Abschluß des umkämpften Tarifvertrags diene, da er nicht darauf gerichtet ist, selbst den Widerstand des Tarifpartners zu brechen, mit dem der umkämpfte Tarifvertrag abgeschlossen werden soll. Das ist ein relevanter Unterschied.«<sup>108</sup>

106 A.a.O., Bl. 5.

107 BAG AP Nr. 90 zu Art. 9 GG Arbeitskempf.

108 A.a.O., Bl. 3.

Im folgenden wurde die Existenz von Ausnahmefällen noch einmal bestätigt.<sup>109</sup> Ein solcher habe aber nicht vorgelegen, weil es darum gegangen war, daß eine Angestellte in einem öffentlichen Krankenhaus an einem 2 1/2-stündigen Solidaritätsstreik zugunsten der IG Metall teilgenommen hatte, die sich in einer Tarifaueinandersetzung um die 35-Stunden-Woche befand.

cc) *Keine Bezugnahme auf die Entscheidung zum Boykott*

Beide Entscheidungen zum Solidaritätsstreik nehmen trotz ausführlicher Begründung an keiner Stelle auf die oben wiedergegebene Entscheidung vom 19.10.1976 zum Boykott in der Seeschifffahrt Bezug. Auch in den literarischen Stellungnahmen, die insbesondere auf die erste Entscheidung folgten, wurden insoweit keinerlei Konsequenzen gezogen. Dies gilt sowohl für Autoren, die der Beschränkung des Solidaritätsstreiks durch das BAG kritisch gegenüberstanden, wie auch für solche, die noch weitergehen und auch in den vom BAG zugelassenen Ausnahmefällen eine unzulässige Arbeitskampsmaßnahme annehmen wollten.<sup>110</sup>

dd) *Inhaltliche Unterschiede*

Die getrennte Behandlung von »Boykott« und »Solidaritätsstreik« hat nicht nur semantische Gründe. Vielmehr bestehen zwischen dem Boykott in der Seeschifffahrt, wie er der Entscheidung vom 19.10.1976 zugrundelag, und den Solidaritätsstreiks, über die in den Urteilen von 1985 und 1988 zu befinden war, gravierende inhaltliche Unterschiede.

In den beiden letzteren Fällen war die Kampfmaßnahme vom Hauptkampf insoweit »abgekoppelt«, als sie die dort in der Auseinandersetzung befindliche Arbeitgeberseite lediglich moralisch beeindrucken konnte. Der vom Sympathiearbeitskampf betroffene Arbeitgeber (im ersten Fall das Druckunternehmen, im zweiten Fall das zum öffentlichen Dienst gehörende Krankenhaus) hatte keine Möglichkeit, den ausgeübten Druck auf das bestreikte Handelsunternehmen bzw. die bestreikten Metallunternehmen weiterzugeben. Anders im Falle des Boykotts in der Seeschifffahrt: Hier wirkt sich die Maßnahme primär zu Lasten des Reeders, also des Unternehmens aus, von dem ein Tarifvertrag erstrebt wurde; für den Hafearbeitgeber fällt lediglich ein Auftrag weg.<sup>111</sup> Genau das Argument, das für das BAG für die Illegalisierung des

109 A.a.O., Bl. 4.

110 S. einerseits Plander AuR 1986, 193 ff., andererseits Rütters-Berghaus Anmerkung zu BAG AP Nr. 90 zu Art. 9 GG Arbeitskampsf.

111 Schon darin einen Wettbewerbsnachteil zu sehen, geht nicht an; in der Praxis sind zudem in der Regel alle Häfen einer bestimmten Region von einer Boykottaktion betroffen. So erfaßte etwa die Aktionswoche 1996 der ITF die Nordseeküste von Deutschland, Holland, Belgien und Frankreich.

Solidaritätsstreiks maßgebend war, spielt im vorliegenden Zusammenhang also praktisch keine Rolle.<sup>111a</sup> Der unmittelbare Tarifbezug des Hafentarbeiterboykotts ist evident; es geht um eine Maßnahme, die Tarifverhandlungen nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar fördert.

Von daher kommt es gar nicht mehr darauf an, daß das BAG die Ausnahmefälle ausdrücklich als »nicht abschließend« bezeichnet hat. Im übrigen wird auch in der Literatur der Standpunkt vertreten, daß die Entscheidungen zum Solidaritätsstreik die Aussagen im Urteil vom 19.10.1976 nicht relativiert haben.<sup>112</sup> Es bleibt also bei der 1976 bejahten Zulässigkeit des Hafentarbeiterboykotts.

### c) *Risiko einer Haftung auf Schadensersatz?*

Was könnte geschehen, wenn sich in einer neuen Auseinandersetzung diese Auffassung nicht durchsetzen, das BAG also einen Hafentarbeiterboykott als rechtswidrig ansehen würde?

Erweist sich eine von einer Gewerkschaft durchgeführte Arbeitskämpfmaßnahme als rechtswidrig, ist die Gewerkschaft zum Schadensersatz verpflichtet. Im konkreten Fall könnte dies insbesondere das Verhältnis zum Hafentarbeitgeber betreffen, der beispielsweise einen Einnahmeausfall erleidet, wenn das nicht abgefertigte Schiff einen anderen Hafen anläuft. Auch ist der Fall denkbar (wenn auch in der Praxis wohl höchst unwahrscheinlich), daß der Reeder den Hafentarbeitgeber oder die Gewerkschaft auf Schadensersatz in Anspruch nimmt.<sup>113</sup>

Nach einem neueren Urteil des BAG entfällt die Haftung der Gewerkschaft auf Schadensersatz dann, wenn sie sich im Rahmen der vorher bestehenden Rechtsprechung bewegt.<sup>114</sup>

Im konkreten Fall war es darum gegangen, daß im Rahmen einer Tarifrunde auch Außenseiterunternehmen bestreikt worden waren, ohne daß die Gewerkschaft sie vorher zu separaten Tarifverhandlungen aufgefordert hatte. Dies erklärte das BAG zwar für rechtlich bedenklich, lehnte jedoch »zumindest mangels Verschuldens« eine Haftung ab, weil der Bundesgerichtshof in einer

111a Ebenso Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 1056.

112 So ausdrücklich Bieback, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn 369. Auch Otto (Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 279 Rn 114) unterscheidet zwischen beiden Formen des Arbeitskampfes, will jedoch die den Boykottaufzug umsetzende Arbeitsniederlegung zusätzlich an den Kriterien über den Sympathiearbeitskampf messen.

113 Gamillscheg (FS Gnade, S. 756) geht davon aus, daß sich der Hafentarbeitgeber vertraglich von einer Haftung bei Streiks freigezeichnet hat. Wiedemann (Anmerkung zu BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form) betont, dem Hafentarbeitgeber entstehe kein Schaden, soweit der Reeder keinen Regreß nehme.

114 BAG DB 1991, 2295 = NZA 1991, 815.

Entscheidung aus dem Jahre 1978 ein solches Vorgehen für legal erklärt hatte. Diese Entscheidung hatte zwar nur wenig Resonanz erfahren, war jedoch auch nicht nachhaltig kritisiert worden, so daß von einer »gefestigten Rechtsprechung« ausgegangen werden konnte.

Ähnlich verhält es sich im vorliegenden Zusammenhang. Die Entscheidung vom 19.6.1976 wurde inhaltlich auch in der Literatur weithin akzeptiert und unter dem Stichwort des Boykotts als eines historisch überkommenen Kampfmittels abgehandelt.<sup>115</sup> Würde das BAG daher heute zu einer abweichenden Rechtsauffassung kommen und den Hafendarbeiterboykott für rechtswidrig erklären, hätte dies keine Schadensersatzpflicht der Gewerkschaft zur Folge. Diese kann sich insoweit auf die Entscheidung aus dem Jahre 1976 verlassen. Ein solcher Vertrauensschutz ist umso einleuchtender, als das Urteil ja nicht nur abstrakte Ausführungen enthält, sondern konkret auf eine Aktion bezogen war, die mit der heute erwogenen in allen wesentlichen Punkten übereinstimmt.

Im übrigen untermauert die BAG-Entscheidung zum Streik gegen Außenseiterunternehmen zusätzlich die These, daß die Entscheidungen zum Solidaritätsstreik auf den Hafendarbeiterboykott nicht »passen«: Ausdrücklich wird betont, daß es anders als beim Sympathiestreik, der in der Regel rechtswidrig sei, hier nicht bloß um die Unterstützung eines fremden Hauptarbeitskampfes gehe. Vielmehr wolle die Gewerkschaft hier – zumindest auch – erreichen, daß die Forderungen, die sie gegen den Arbeitgeberverband im Tarifvertrag durchsetzen wolle, auch Arbeitsbedingungen bei den Außenseitern würden. Anders als bei den Sympathiearbeitskämpfen könne der Außenseiter in diesem Falle den Forderungen nachkommen, da er tariffähig sei und mit der Gewerkschaft einen Firmentarif abschließen könne.<sup>116</sup> Insoweit deckt sich die Konstellation mit der hier untersuchten.

Ein nennenswertes Haftungsrisiko ist daher nicht vorhanden.

Diese Schlußfolgerung gilt erst recht für den einzelnen Beschäftigten: Hat seine Gewerkschaft zum Boykott aufgerufen und ist er diesem Aufruf gefolgt, so fehlt es in aller Regel an einem für einen Schadensersatzanspruch nötigen Verschulden. Jedenfalls sind bisher keine Fälle bekannt geworden, in denen Arbeitnehmer bei gewerkschaftlichen Aktionen persönlich in Anspruch genommen worden wären. Auch ein Polizeieinsatz ist nicht zu befürchten; selbst wenn die Polizei die Aktion für rechtswidrig halten sollte, dürfte sie nicht schon deshalb sondern nur dann eingreifen, wenn Sicherheit und Ordnung als solche gefährdet sind.<sup>117</sup>

115 S. etwa Brox, in: Brox-Rüthers, a.a.O., Rn 64 ff. mit Fn 10.

116 BAG DB 1991, 2295, 2296.

117 Zu den Voraussetzungen des Polizeieinsatzes im Arbeitskampf s. Däubler, Das Arbeitsrecht I, a.a.O., Rn 647 ff.

#### d) *Ergänzende Überlegungen*

Das hier gefundene Ergebnis, wonach auf der Grundlage der Entscheidung vom 19.10.1976 die Nichtabfertigung von Billigflaggen- und Zweitregister-schiffen durch deutsche Hafentarbeiter rechtmäßig ist, läßt sich auch auf anderem Wege begründen. In der Literatur wurden dazu verschiedene Überlegungen angestellt, die hier kurz skizziert und kommentiert werden sollen.

##### aa) *Die These vom wirtschaftlichen Schwerpunkt*

Möglich ist zum einen, daß man Boykottaufruf und Arbeitsverweigerung als einheitlichen Vorgang begreift und seine rechtliche Zulässigkeit danach bestimmt, wo sein wirtschaftlicher Schwerpunkt liegt.<sup>118</sup>

Nach den Absichten der Beteiligten wie von der objektiven Wirkung der Maßnahme her geht es nicht primär darum, den Hafentarbeiter zu schädigen. Vielmehr soll in erster Linie der Reeder selbst getroffen werden, dem durch die verspätete oder generell verweigerte Abfertigung erhebliche wirtschaftliche Nachteile entstehen.<sup>119</sup>

Für den Hafentarbeiter bedeutet die Nichtabfertigung eines Schiffes schlimmstenfalls den Verlust eines Auftrags, für den Reeder entstehen jeden Tag außerordentlich hohe Kosten, denen keinerlei wirtschaftlicher Vorteil gegenübersteht. Dies rechtfertigt es auch von diesem Ansatz her, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ausschließlich aus dem Verhältnis zwischen der Arbeitnehmerseite und dem Reeder zu bestimmen.<sup>120</sup> Der vom BAG im Zusammenhang mit Sympathiearbeitskämpfen verlangte »verstärkte Schutz« des unbeteiligten Arbeitgebers ist dadurch gewährleistet, daß diesem anders als im Normalfall eines Sympathiestreiks kein oder nur ein vergleichsweise minimaler Schaden entsteht.

##### bb) *Trennung von Boykottaufruf und »Durchführungstreik«*

Zum zweiten kann man die Legalität des Hafentarbeiterboykotts auch in der Weise prüfen, daß man zwischen dem Boykottaufruf und seiner Durchführung durch die Arbeitnehmer trennt und beide einer selbständigen Rechtmäßigkeitskontrolle unterwirft.<sup>121</sup>

118 So etwa Bieback, a.a.O., Rn 369; Wiedemann, Anmerkung zu BAG AP Nr. 6 zu § 6 TVG Form; Zwanziger, a.a.O., S. 50 ff.; im Grundsatz auch Birk AuR 1974, 298.

119 Sie sind im einzelnen aufgezählt bei Seiter, Arbeitskampfpärität und Übermaßverbot, S. 22 ff.

120 So auch die genannten Stimmen in der Literatur.

121 So insbesondere der Ansatz von Binkert, Gewerkschaftliche Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskampfrechts, Berlin 1981, S. 179 ff.

In einem solchen Fall wird gegen die Boykottaufforderung als solche kein Bedenken bestehen, da diese nicht nur ein herkömmliches Arbeitskämpfungsmittel ist, sondern sogar außerhalb des Arbeitskämpfrechts generell für zulässig erklärt wird, sofern sie nicht zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt oder überwiegende Interessen des Boykottierten entgegenstehen.<sup>122</sup>

Der »Durchführungsstreik« ist demgegenüber an allgemeinen arbeitskampfrechtlichen Maßstäben zu messen. Legt man die Entscheidungen des BAG zum Solidaritätsstreik zugrunde<sup>123</sup>, so richtet sich die Rechtmäßigkeit in erster Linie danach, ob der Streik unmittelbar auf die Herbeiführung eines Tarifabschlusses gerichtet ist. Dies ist zwar der Fall, doch besteht die Besonderheit, daß – abgesehen von der Klausel, daß Seeleute keine Hafendarbeiten übernehmen – der Tarif nicht die Hafendarbeiter, sondern die Schiffsbesatzungen schützen soll. Ein solcher »fremdnütziger« Arbeitskämpf wird in der Literatur jedenfalls dann für rechtmäßig angesehen, wenn andernfalls wegen der Überlegenheit der Arbeitgeberseite im eigentlichen Tarifgebiet überhaupt keine Tarifverträge zustandekommen würden.<sup>124</sup>

Eine solche Situation ist hier gegeben: Wie unter Teil A dargestellt, sind die Schiffsbesatzungen auf Billigflaggen- und Zweitregisterschiffen im Normalfall nicht in der Lage, aus eigener Kraft Tarifverhandlungen zu führen oder auf andere Weise zu angemessenen Arbeitsbedingungen zu kommen. Insofern bleibt der ITF keine andere Möglichkeit, als über die Durchführung von Boykotts tariflich abgesicherte Arbeitsbedingungen zu erreichen. Würde man ihr und ihren angeschlossenen Gewerkschaften dieses Mittel verweigern, wären auch jene (wenig zahlreichen) Tarifverträge in Gefahr, die von Belegschaften aus eigener Kraft erkämpft wurden: Die betroffenen Reeder wären auf diese Weise einem gravierenden Wettbewerbsnachteil gegenüber ihrer übermächtigen tariffreien Konkurrenz ausgesetzt und würden deshalb alle ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausschöpfen, um auch ihrerseits wieder einen tariffreien Zustand zu erreichen.<sup>125</sup> Die (begrenzte) Schädigung des Hafendarbeitgebers wäre unter diesen Umständen in Kauf zu nehmen. Auch in anderen Konstellationen geht das geltende Recht davon aus, daß die Herstellung einer arbeitskampfrechtlichen Parität notfalls in der Weise geschehen muß, daß unbeteiligten Dritten Nachteile entstehen. Als Beispiel sei der Fall angeführt, daß nach der Rechtsprechung des BAG die der Arbeitgeberseite zugestandene Aussperrungsbefugnis auch nichtorganisierte Arbeitnehmer erfassen muß, die am Arbeitskämpf möglicherweise überhaupt nicht

122 Nachweise bei Palandt-Thomas § 823 Rn 24.

123 AP Nr. 85 und 90 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

124 So Otto, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, a.a.O., § 279 Rn 110 Fn 289; Scholz-Konzen, Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und Kollektivem Arbeitsrecht, Berlin 1980, § 12.

125 Vgl. in ähnlichem Sinne Gamillscheg, FS Gnade, S. 762 ff.

interessiert sind und denen ein Tariferfolg nicht einmal automatisch zugutekommen muß.<sup>126</sup>

cc) *Dominierendes Eigeninteresse*

Im Einzelfall kann eine Aktion der Hafendarbeiter auch primär den Sinn haben, entsprechend § 7 d des Modelltarifvertrags die Übernahme von Hafendarbeiten durch Seeleute zu verhindern und so die eigenen Arbeitsplätze zu erhalten. Steht dies im Vordergrund, so liegt überhaupt keine »Unterstützungskampfmäßnahme« mehr vor; vielmehr geht es dann primär um eigene Interessen, die durch einen Tarifabschluß gewahrt werden sollen. Daß dieser ggfs. mit einem anderen Partner abgeschlossen wird, dürfte nicht entscheidend sein, doch kann mit Rücksicht auf die anderen für eine Rechtmäßigkeit sprechenden Gesichtspunkte eine weitere Vertiefung hier unterbleiben.

e) *Gegenmaßnahmen der Hafendarbeitgeber?*

aa) *Einbehaltung des Lohnes?*

Ist es dem Hafendarbeitgeber nicht möglich, die Arbeitnehmer anderweitig einzusetzen, so verlieren sie nach arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen für die Zeit der Boykottaktion ihren Lohnanspruch. Soweit sie gewerkschaftlich organisiert sind, erhalten sie Streikunterstützung, die – da nicht steuerpflichtig – den Nettolohn ggfs. erreicht.

bb) *Aussperrung*

Ob die Hafendarbeitgeber zum Mittel der Aussperrung greifen könnten, wenn die Abfertigung eines einzelnen Schiffes oder einiger weniger Schiffe verweigert wird, erscheint höchst zweifelhaft. Das BAG gewährt zwar auch einem einzelnen Arbeitgeber, der mit dem Ziel des Abschlusses eines Firmentarifabschlusses bestreikt wird, ein Aussperrungsrecht, doch steht dieses unter dem Vorbehalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>127</sup> Letzteres wurde in der Weise konkretisiert, daß der Zeitraum der Aussperrung auf den Zeitraum des Streiks bezogen wurde: Diese könne zwar »um einiges« länger dauern, doch war im konkreten Fall ein Verhältnis von 1 zu 26 (2 Tage Aussperrung als Reaktion auf einen halbstündigen Streik) nicht mehr hinzunehmen.<sup>128</sup>

126 Für ein Verbot der Selektivaussperrung gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer BAG DB 1980, 1355.

127 BAG NZA 1993, 39.

128 BAG NZA 1993, 39, 41.

Ist von vornherein klar, daß nur ein genau bemessenes Quantum an Arbeit ausfallen wird, erschiene die Aussperrung gleichfalls als unverhältnismäßige Reaktion, sofern dieses Quantum bezogen auf den Gesamtumschlag des Hafens innerhalb einer Woche nicht mehr als 5 % ausmacht. Unklar bleibt allerdings, ob die vom BAG für den Tarifkampf entwickelten Grundsätze auch dann gelten können, wenn der Arbeitgeber nur mittelbar Opfer eines zwischen anderen geführten Arbeitskampfes wird, wie dies im Falle des Hafenarbeiterboykotts anzunehmen ist. Letztlich kann dies aber dahinstehen, da die mit einer Aussperrung verursachten Schäden so hoch wären, daß vom Einsatz dieses Kampfmittels ernsthaft nicht die Rede sein wird.

### cc) *Einsatz von Streikbrechern*

Naheliegender ist demgegenüber die Erwägung, daß der Arbeitgeber versuchen könnte, anstelle der Hafenarbeiter Streikbrecher einzusetzen, die zur Abfertigung des Billigflaggen- oder Zweitregisterschiffs bereit wären.

Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber auch im Rahmen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes befugt, nicht nur arbeitswillige eigene Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zu ermutigen, sondern ggfs. auch Streikbrecher für die Dauer des Arbeitskampfes einzustellen.<sup>129</sup> Ob dies im Hinblick auf das Paritätsprinzip zutreffend ist oder zumindest einige Ausnahmen erfahren muß, soll hier nicht vertieft werden.<sup>130</sup>

Im konkreten Fall ist jedoch zu beachten, daß nach den Verwaltungsordnungen bzw. Satzungen für die Gesamthafenbetriebe in Bremen, Hamburg und Lübeck die Hafenarbeit den Hafenarbeitern vorbehalten ist.<sup>131</sup>

Diese Regelungen gelten auch dann, wenn im konkreten Fall ein bestimmter Auftrag nicht abgewickelt wird: Eine Ausnahme oder partielle Durchbrechung ist nirgends ersichtlich. Den Hafenarbeitern steht es lediglich frei, andere Hafenarbeiter für die Abfertigung eines boykottierten Schiffes einzusetzen, sofern sie sich dazu bereitfinden sollten.<sup>132</sup>

129 BAG DB 1995, 101.

130 Dazu Andeutungen bei Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 619. Zur Untergrabung des Streikrechts mit Hilfe von Streikbrechern und nachfolgender Kündigung der Streikenden im Recht der USA s. Weiler-Mundlak, Yale Law Journal Bd. 102, 1907 ff.

131 So § 4 Abs. 1 letzter Satz der Verwaltungsordnung für den Gesamthafenbetrieb im Lande Bremen, gültig ab 7. Dezember 1989; § 4 Abs. 1 der Satzung für den Gesamthafenbetrieb Hamburg; § 8 der Verwaltungsordnung für den Gesamthafenbetrieb Lübeck.

132 Das Urteil des BAG vom 6. Dezember 1995 Az: 5 AZR 307/94 (NZA 1996, 721) hat daran nichts Grundsätzliches geändert: Es betrifft lediglich das Verhältnis des Gesamthafenbetriebs zu Reedereien, die einzelne Hafenarbeiten mit eigenen Arbeitskräften erledigen wollen; insoweit soll kein Unterlassungsanspruch bestehen. Den Hafenarbeitern ist es jedoch weiterhin verwehrt, von sich aus Personen heranzuziehen, die nicht im Besitz einer Hafenarbeitskarte sind.

### 3. Das ITF-Tarifwerk: Regelungsziel des Hafendarbeiterboykotts

Nach deutschem Arbeitskampfrecht ist eine Arbeitskampfmaßnahme nur dann unbestritten legal, wenn sie dem Abschluß eines Tarifvertrags dient. Dieser muß seinerseits mit dem geltenden Recht vereinbar sein, also von einer tariffähigen Organisation abgeschlossen werden und inhaltlich von der Rechtsordnung gebilligte Regelungen enthalten. Sonderprobleme ergeben sich, wenn in einer Tarifausinandersetzung sowohl rechtmäßige als auch rechtswidrige Tarifnormen erstrebt werden.

#### a) *Tariffähigkeit der ITF*

Die oben unter A wiedergegebenen Tarifverträge sollen auf Arbeitnehmerseite durch die ITF abgeschlossen werden. Dies wirft die Frage auf, ob es sich bei ihr um eine tariffähige Arbeitnehmerorganisation handelt.

Die Tariffähigkeit bestimmt sich nach der auf den Tarifvertrag anwendbaren Rechtsordnung, d.h. das sog. Tarifstatut.<sup>133</sup> Wer einen Tarifvertrag deutschen Rechts abschließen will, muß daher den Erfordernissen des § 2 TVG genügen. Wie die Rechtswahlklausel im »Special Agreement« deutlich macht, besteht bei den Beteiligten die Absicht, trotz einer Reihe dem englischen Recht entnommener Formulierungen einen Tarifvertrag deutschen Rechts abzuschließen.<sup>134</sup>

Eine solche Rechtswahl der Tarifparteien wird in der Bundesrepublik anerkannt; auch § 21 Abs. 4 des Flaggenrechtsgesetzes geht im übrigen ausdrücklich von ihr aus.<sup>135</sup>

Die ITF organisiert nach ihrer Satzung nationale Gewerkschaften, besitzt jedoch im Bereich der Seeschifffahrt auch ca. 20.000 Einzelmitglieder, die aus Ländern kommen, wo keine effektive gewerkschaftliche Vertretung möglich oder vorhanden ist.<sup>136</sup>

Ob die Individualmitgliedschaften die ITF auch dort zu einer Gewerkschaft im traditionellen deutschen Sinne machen, wo sie keine Individualmitglieder besitzt, sondern wo sie – wie in Deutschland – ausschließlich durch eine Mitgliedsgewerkschaft (ÖTV) repräsentiert ist, bedarf keiner Entscheidung. Die

133 Birk RdA 1984, 136; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn 1710; Ebenroth-Fischer-Sorek ZVglRWiss 88 (1989), 146; Hauschka-Henssler NZA 1988, 600; Münchener Kommentar-Martiny Art. 30 EGBGB Rn 84. Anders Löwisch-Rieble, TVG, München 1992, Grundl. Rn 71, die einen Sitz im Inland verlangen.

134 Der Einfluß des englischen Rechts wird etwa darin deutlich, daß der Arbeitgeber verpflichtet wird, die vereinbarten Tarifbedingungen zum Inhalt der Arbeitsverträge zu machen. Dazu Drobnig-Puttferken, Arbeitskampf auf Schiffen fremder Flagge. Das anwendbare Recht/Das Streikrecht Panamas, Kehl u.a.1989, S. 47.

135 Überblick über den Diskussionsstand bei Däubler, Tarifvertragsrecht, a.a.O., Rn 1705 ff.; Junker, a.a.O., S. 415 ff. mwN.

136 Angaben nach Zwanziger, a.a.O., S. 33.

ITF ist vielmehr eine Spitzenorganisation, die nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 oder des § 2 Abs. 4 TVG Tarifverträge abschließen kann. In Fällen wie dem vorliegenden ist evident, daß »Spitzenorganisationen« nicht nur Zusammenschlüsse deutscher Gewerkschaften sein können: Andernfalls wäre § 2 Abs. 3 und 4 in Fällen mit Auslandsberührung weithin gegenstandslos.

Eine solche »national introvertierte« Auslegung verbietet sich nicht nur aus praktischen Gründen. Sie ließe sich auch nicht damit vereinbaren, daß das geltende Recht außer der nationalen auch die grenzüberschreitende Koalitionsfreiheit garantiert. Zu ihr gehört nicht nur die schlichte Mitgliedschaft deutscher Gewerkschaften in internationalen Zusammenschlüssen; vielmehr ist das gemeinsame grenzüberschreitende Handeln einschließlich des Auftretens einer internationalen Vereinigung im innerstaatlichen Raum mitumfaßt.

Daß die Koalitionsfreiheit auch internationale Formen der Repräsentation und Durchsetzung von Interessen einschließt, wurde im übrigen bereits von Nipperdey<sup>137</sup> betont. Rechtsgrundlage sind heute neben Art. 9 Abs. 3 GG insbesondere Art. 5 des ILO-Übereinkommens Nr. 87 und Art. 8 Buchstabe c des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.<sup>138</sup>

An der Tariffähigkeit der ITF bestehen daher keine Zweifel.

b) *Vereinbarung eines sogenannten closed shop?*

Der von der ITF vorgeschlagene Modelltarifvertrag sieht – wie bereits erwähnt – in § 24 unter Buchstabe a eine Regelung vor, die die Mitgliedschaft in einer der ITF angeschlossenen Gewerkschaft oder in der ITF selbst betrifft. Der englische Text lautet:

»All Seafarers shall normally be members of either the German trade union affiliated to the ITF or of the Special Seafarers' Department of the ITF«

In der deutschen Fassung vom 1. Oktober 1995 heißt es (unten Anhang 2):

»Alle Seeleute sind normalerweise Mitglieder entweder der der ITF angeschlossenen deutschen Gewerkschaft oder der ITF-Sonderabteilung für Seeleute.«

Beide Fassungen enthalten keine strikte Regel, sondern sehen ersichtlich Ausnahmen vor (»normalerweise«); wie diese beschaffen sind, ist nicht angedeutet. Sie unterscheiden sich in diesem Punkt von der strikten Formulierung in § 28 Buchst. a des allgemeinen Modellvertrags (unten Anhang 1). Insoweit

137 FS Küchenhoff, S. 145.

138 Abgedruckt bei Däubler-Kittner-Lörcher, a.a.O., unter Nr. 210 bzw. 130. Näher zum heutigen Diskussionsstand Hergenröder, Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung, Berlin 1987, S. 176 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 1, a.a.O., Rn 164, jeweils mWN.

bestehen auch Spielräume bei der Ausgestaltung des »Special Agreement«. In der Literatur wird von einem Fall berichtet, in dem der Reeder die Jahresmitgliedsbeiträge für die gesamte Mannschaft an die ÖTV bezahlte und anschließend die sog. blaue Karte erhielt, während die Gewerkschaft ÖTV erst nachträglich mit dem Argument um neue Mitglieder warb, die Beiträge für das laufende Jahr seien bereits bezahlt.<sup>139</sup>

Würde man die Klausel in dem Sinne interpretieren, daß die Mannschaften aufgefordert werden, einer der ITF angeschlossenen Gewerkschaft oder dieser selbst beizutreten, ohne daß für den Fall der Weigerung irgendwelche Nachteile drohen, wären keine Bedenken gegen diese Tarifklausel ersichtlich. Den Tarifparteien steht es jederzeit frei, entsprechende Appelle in ihre Verträge aufzunehmen, um auf diese Weise die Basis der gewerkschaftlichen Verankerung und damit auch die Akzeptanz tariflicher Vereinbarungen zu erweitern. Die vorliegende englische Version dürfte in diesem Sinne aufzufassen sein. Auch die deutsche Fassung sieht anders als der in manchen Ländern übliche closed shop keinerlei Sanktionen vor, wenn ein Arbeitnehmer sich der Mitgliedschaft widersetzt. Auch dies spricht letztlich für einen bloßen Appell. Nimmt man über den Wortlaut hinaus eine zwingende Verpflichtung zum Gewerkschaftsbeitritt an, so kann diese nach allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts keinen Bestand haben. Jede Form von »Organisationszwang« wird als Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit sowie als Verstoß gegen die positive Koalitionsfreiheit Andersorganisierter angesehen.<sup>140</sup>

Ob angesichts der besonderen Umstände in der Seeschifffahrt und der Tatsache, daß gerade auf Billigflaggenschiffen zugunsten von Schein-Gewerkschaften entsprechende Abmachungen praktiziert werden, anderes gelten muß, soll an späterer Stelle erörtert werden.<sup>141</sup>

### c) *Abführung des Gewerkschaftsbeitrags*

Nach § 24 Buchstabe b des Modelltarifs in Verbindung mit Anhang 2 des Sondervertrags bezahlen die Reeder »im Namen jedes einzelnen Seemannes die Beitrittsgebühren und Mitgliedsbeiträge gemäß den Bedingungen der entsprechenden Organisation«. Die englische Version stimmt damit inhaltlich voll überein. In der Bundesrepublik wird eine entsprechende Abmachung unter dem Stichwort »Beitragseinziehung durch den Arbeitgeber« diskutiert.

Die rechtliche Beurteilung einer solchen Tarifklausel ist bis heute kontrovers. Eine Entscheidung des BAG liegt nicht vor. In der Literatur halten sich Befür-

139 Mitgeteilt bei Seiter, Arbeitskämpfparität und Übermaßverbot, a.a.O., S. 27 Fn 51.

140 Nachweise bei Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 1211.

141 Unten f. Keine Bedenken wohl bei Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 391. Zu closed shop-Vereinbarungen mit philippinischen Arbeitnehmerorganisationen s. BVerfGE 92, 26, 40.

worter und Kritiker in etwa die Waage.<sup>142</sup> Eine nähere Sichtung der Argumente spricht für die Zulässigkeit einer entsprechenden Tarifbestimmung.

– Wichtigstes Argument der Kritiker ist die Behauptung, durch die Beitragseinziehung werde die Gewerkschaft von der Arbeitgeberseite abhängig; weigere sich diese, die übernommenen Verpflichtungen weiter zu erfüllen, wäre der Gewerkschaft die finanzielle Grundlage entzogen. Dem ist entgegenzuhalten, daß man von »Gegnerabhängigkeit« erst dann sprechen kann, wenn der Arbeitgeber nach seiner freien Entscheidung den Gewerkschaften bestimmte Vorteile entziehen oder Nachteile zufügen kann und sie dadurch in ihrer freien Willensbildung beeinträchtigt sind. Während der Laufzeit des Tarifvertrages besteht eine solche Gefahr nicht. Der Arbeitgeber muß sich tariftreu verhalten, tut er es nicht, macht er sich schadensersatzpflichtig. Nach Ablauf des Tarifvertrags könnte er seine »Serviceleistung« zwar einstellen, doch wäre es der Gewerkschaft in einem solchen Fall möglich, den Beitragseinzug auf andere Weise zu bewerkstelligen. Auch wenn dies mit einigen Schwierigkeiten verbunden sein sollte, wiegt ein solcher Nachteil sehr viel geringer als z.B. eine von der herrschenden Meinung noch immer zugelassene Ausspernung. Die Befürchtung, in einer künftigen Tarifaufeinanderersetzung aktuelle Vorteile zu verlieren, macht die Gewerkschaft nicht zu einem gegnerabhängigen Verband.

– Ein weiteres Gegenargument wird der tatsächlichen Interessenkonstellation sehr viel besser gerecht: Eine derartige Tarifklausel sei rechtswidrig, da den Arbeitgebern eine direkte Förderung ihres sozialen Gegenspielers nicht zuzumuten sei. Damit wird allerdings implizite eine Grenze der Tarifautonomie behauptet, die an Konturenlosigkeit kaum zu überbieten ist: Häufig wäre es weder für Arbeitnehmer noch für Arbeitgeber voraussehbar, ob ein Tarifvertrag vor Gericht Bestand hätte. »Unzumutbare« Abmachungen außer Anwendung zu lassen, würde im Ergebnis auf eine (partielle) Zweckmäßigkeitkontrolle der Tarifverträge hinauslaufen: Die Tarifparteien wären nicht mehr autonom, wenn letztlich die Gerichte entscheiden würden, ob eine bestimmte Abmachung noch als zumutbar anzusehen ist.<sup>143</sup> Stattdessen ist es Sache von

142 Für Zulässigkeit Farthmann AuR 1963, 353; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, S. 423 f.; Söllner, Grundriß des Arbeitsrechts, S. 54 Fn 6, 148; Däubler, Das Arbeitsrecht I, a.a.O., Rn 394 ff. Dagegen haben sich ausgesprochen: Bötticher, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966, S. 146; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1967, S. 96, 338; differenzierend Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 260 ff.; Herschel, Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, JZ 1965, 83. Löwisch-Rieble, Kommentar zum TVG, München 1992, § 1 Rn 554 halten eine entsprechende schuldrechtliche Bestimmung für zulässig.

143 S. Säcker-Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie – erläutert anhand aktueller tarifpolitischer Fragen –, München 1992, S. 227 ff. mwN (Fn 235). Skeptisch gegenüber dem Unzumutbarkeitsargument auch Konzen, Tarifvertragliche Kampfklausele, ZfA 1980, 77, 112.

Gewerkschaften und Arbeitgebern, selbst zu entscheiden, was sie sich jeweils zumuten wollen.

– Schließlich wird auf das Verbot der Lohnverwendungsabrede in § 117 Abs. 2 Gewerbeordnung verwiesen; die Tarifparteien könnten nicht bestimmen, was der Arbeitnehmer mit seinem Lohn anzufangen habe.<sup>144</sup> Farthmann hat darauf zutreffend entgegnet, daß diese Bestimmung nur erzwungene Formen der Lohnverwendung untersage, nicht aber eine bestimmte technische Abwicklung freiwillig eingegangener Verpflichtungen.<sup>145</sup> Hinzu kommt, daß das Seemannsgesetz keine dem § 117 Abs. 2 GewO entsprechende Vorschrift enthält.<sup>146</sup>

– Die Argumente zugunsten einer Beitragseinziehung durch den Arbeitgeber wurden in der Vergangenheit auch durch die Praxis bestätigt. In einigen Bereichen existiert die Beitragsabführung, ohne daß ihre Rechtmäßigkeit ernsthaft in Frage gestellt wäre.<sup>147</sup>

Von daher besteht nur ein geringes Risiko, daß im Streitfalle die Tarifbestimmung des § 24 Buchstabe b der ITF-Modellvereinbarung für rechtswidrig erklärt würde.

#### d) *Beiträge an den Welfare-Fund*

Nach § 24 Buchstabe c des Modelltarifs bezahlen die Reeder in ihrem eigenen Namen Beiträge an den Internationalen Wohlfahrts-, Hilfs- und Sozialfonds der ITF gemäß den Bestimmungen des Sondervertrages. Nach dessen Art. 1 Buchstabe e wird auf die im Anhang befindliche Tabelle 2 verwiesen, wonach »per position« im Jahre 230 US-Dollar zu entrichten sind. Der Umfang der geschuldeten Summe hängt also von der Zahl der Arbeitsplätze auf dem Schiff ab.

Der Welfare-Fund ist der ITF zugeordnet und unterstützt insbesondere in Not geratene Seeleute sowie internationale Wohlfahrtseinrichtungen für Seeleute wie z.B. Seemannsheime in den Hafenstädten.<sup>148</sup> In der deutschen Tarifpraxis gibt es insoweit nur wenige unmittelbare Parallelen. Diskutiert wird etwa eine tarifliche Regelung, wonach der Arbeitgeber ein Fortbildungszentrum finanziert, dessen Veranstaltungen ausschließlich von der Gewerkschaft durchge-

144 So insbesondere Nipperdey, in: Dietz-Nipperdey, Die Frage der tariflichen Regelung der Einziehung von Gewerkschaftsbeiträgen durch die Betriebe. Zwei Rechtsgutachten, Köln 1963, S. 36 ff.

145 Farthmann AuR 1963, 353.

146 Zutreffend Zwanziger, a.a.O., S. 112.

147 S. etwa die bei Löwisch-Rieble (§ 1 Rn 554) mitgeteilte Abmachung aus der Textil- und Bekleidungsindustrie.

148 Allein in der Zeit vom März 1993 bis April 1994 hat der Fund Zuwendungen in Höhe von 11 Mio US-Dollar erbracht – s. die Mitteilung in ITF Seeleute-Bulletin Heft 9/1994 S. 17.

führt werden.<sup>149</sup> Insofern handelt es sich um eine sog. Gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien, die ausschließlich von einer Seite verwaltet wird. Auch hier entscheiden die Tarifparteien selbst, was sie sich »zumuten« wollen. Art. 9 Abs. 3 GG gebietet keine bestimmte innere Ausgestaltung oder gar eine paritätische Verwaltung durch beide Seiten.<sup>150</sup> Entsprechend wird bei den Sozialeinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG verfahren, wo die Rechtsprechung ausdrücklich eine Alleinverwaltung durch den Betriebsrat zuläßt.<sup>151</sup> Soweit ausdrücklich eine »gemeinsame« Einrichtung gewollt wird, ist nach der Rechtsprechung des BAG eine »paritätische Aufsicht und Kontrolle« erforderlich.<sup>152</sup>

Dies schließt es jedoch nicht aus, »einseitige« Einrichtungen vorzusehen, bei denen Rechtsträgerschaft wie Verwaltung ausschließlich einer Tarifpartei zustehen.

#### e) *Haftungsrisiko im Arbeitskampf?*

Die hier gegebene rechtliche Einschätzung der nach deutschem Tarifrecht potentiell problematischen Klauseln des beabsichtigten Tarifvertrags muß nicht von jedermann geteilt werden. Nicht auszuschließen ist insbesondere, daß die Bestimmung des § 24 Buchstabe a als closed shop-Abmachung angesehen und deshalb für rechtswidrig erklärt wird. In diesem Fall könnte das Problem auftreten, daß die Rechtswidrigkeit einer einzelnen Tarifforderung u.U. auch den Boykott als solchen rechtswidrig macht. Hier sind verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die ein Haftungsrisiko im Ergebnis praktisch ausschließen.

Zunächst stellt sich die Frage, ob es für die Rechtmäßigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme überhaupt eine Rolle spielt, wenn unter 20, 30 oder 40 verschiedenen in einem »Tarifpaket« enthaltenen Forderungen auch 1, 2 oder 3 sind, deren Realisierung sich nicht mit der geltenden Rechtsordnung in Einklang bringen läßt.

In den 50er und 60er Jahren wurde in der Tat verschiedentlich der Standpunkt vertreten, schon die Rechtswidrigkeit einer einzigen Forderung mache das

149 Für Zulässigkeit Farthmann-Hensche, Die Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien – aus der Sicht der Arbeitnehmerseite – in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 9 (1972), S. 95, 96; Zachert, Tarifvertrag. Eine problemorientierte Einführung, Köln 1979, S. 162.

150 Ebenso Löwisch-Rieble, a.a.O., § 4 Rn 106, Zöllner, Empfiehlt es sich, das Recht der Gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) gesetzlich näher zu regeln? Gutachten G zum 48. DJT, München 1970, S. G 36. Anders Hueck-Nipperdey, a.a.O., Bd. II/1, § 15 VI.

151 BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung; LAG Stuttgart AP Nr. 1 zu § 823 BGB Boykott.

152 BAG AP Nr. 5 zu § 1 GesamthafenbetriebsG Bl. 3.

»Gesamtpaket« und auch den dieses stützenden Streik rechtswidrig.<sup>153</sup> Diese sog. Rührei-Theorie (ein faules Ei macht das gesamte Rührei ungenießbar) ist in neuerer Zeit der Ablehnung verfallen. Maßgebend soll stattdessen das »dominante« Ziel sein, das der Aktion das Gepräge gibt.<sup>154</sup>

Maßgebender Grund ist der Gedanke, die Ausübung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Streikrechts<sup>155</sup> dürfe nicht mit einem unangemessenen Risiko verbunden sein. Dies wäre aber der Fall, würde schon die Rechtswidrigkeit eines kleineren Teiles der Forderungen die ganze Aktion zu einer Handlung machen, die zum Schadensersatz verpflichtet. Außerdem wird zu Recht auf die Frage der Kausalität hingewiesen: Wären die Forderungen auch ohne den später von den Gerichten für rechtswidrig erklärten Teil erhoben worden, wäre es in gleicher Weise zum Arbeitskampf gekommen; die wirtschaftliche wie die verhandlungspraktische Situation des Arbeitgebers wäre keine andere gewesen.<sup>156</sup>

Bezogen auf den Gesamtumfang des Tarifwerks, das die ITF vorgelegt hat, ist die Frage der Gewerkschaftsmitgliedschaft und der daraus abzuleitenden Beiträge von nachrangiger Bedeutung. Dies leuchtet bereits dann ein, wenn man lediglich die Lohnforderungen als solche zum Vergleich heranzieht. Nach dem Modelltarifvertrag muß ein Matrose *1.107 US-Dollar monatlich* verdienen, was in etwa einer Verdreifachung der vorher bezahlten Steuern entspricht. Der an die ITF zu bezahlende Mitgliedsbeitrag beträgt *69 US-Dollar pro Jahr*, was die Relationen hinreichend deutlich macht.

Zum zweiten vertritt das BAG den Standpunkt, um neuartige tarifliche Forderungen, deren rechtliche Zulässigkeit in der Wissenschaft mit guten Gründen unterschiedlich beurteilt werde, könne auch »in maßvollem Rahmen« gestreikt werden: Andernfalls wäre eine Klärung nicht möglich.<sup>157</sup>

Wollte man anders entscheiden, würde dies in der Tat auf eine Versteinerung des Tarifsystems hinauslaufen, da im Bereich ungeklärter Rechtsfragen nur noch der in aller Regel fruchtlose Appell an ein freiwilliges Nachgeben der anderen Seite möglich wäre. Mit Recht hat es das BAG auch abgelehnt, während laufender Tarifverhandlungen eine Feststellungsklage zur Rechtmäßig-

153 Nachweise bei Reuß, Das Problem der Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen beim Zusammentreffen von rechtmäßigen und rechtswidrigen Arbeitskämpfzielen, AuR 1966, 33 ff. Auch die Entscheidung BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf wurde bisweilen in diesem Sinne interpretiert.

154 So LAG Hamm DB 1980, 2345 ff. für die Abgrenzung zwischen Solidaritäts- und Demonstrationsstreik; Bieback, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Rn 336; Reuß, a.a.O.; Schumann, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, a.a.O., Rn 236; Rühthers, in: Brox-Rühthers, a.a.O., Rn 159. Auch die Entscheidung BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf ist in diesem Sinne zu verstehen.

155 Dazu BVerfG AuR 1992, 29.

156 Rühthers, in: Brox-Rühthers, a.a.O., Rn 159.

157 BAG AP Nr. 62 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

keit einzelner Tarifforderungen zuzulassen; dies würde einen unzulässigen Eingriff in den Verhandlungsprozeß darstellen, der nach deutschem Recht grundsätzlich von den Tarifparteien frei zu gestalten ist.<sup>158</sup>

Mit Rücksicht auf beide Gesichtspunkte ist das Haftungsrisiko als minimal einzuschätzen.

#### f) *Sonderregeln in der Seeschifffahrt?*

Für die Rechtmäßigkeit der hier diskutierten Tarifforderungen spricht neben dem oben Gesagten noch ein weiterer, bislang nicht angesprochener Gesichtspunkt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es unvermeidbar, daß die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG im Bereich der Seeschifffahrt Einschränkungen erfährt. Dies ist – so das BVerfG – der Tatsache geschuldet, daß die widerstreitenden Interessen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer »in einem Raum ausgetragen (werden), der von der deutschen Rechtsordnung nicht mit alleinigem Gültigkeitsanspruch beherrscht wird.«<sup>159</sup> Angesichts der Internationalisierung des Arbeitsmarktes für Seeleute habe etwa für den Gesetzgeber nur die Möglichkeit bestanden, eine Minderung des Grundrechtsstandards auf deutschen Zweitregisterschiffen in Kauf zu nehmen, da andernfalls über die Ausflagung der volle Wegfall des deutschen Rechts gedroht habe.<sup>160</sup> Die Beschränkungen werden insbesondere darin gesehen, daß es den deutschen Gewerkschaften erheblich erschwert, in vielen Fällen sogar praktisch unmöglich gemacht wird, unter den ausländischen Seeleuten Mitglieder zu gewinnen und sich für die Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen wirksam einzusetzen.<sup>161</sup> Gleichzeitig betonte jedoch das Gericht, der Gesetzgeber sei verpflichtet, dem Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 »die unter den obwaltenden und von ihm nicht beeinflussbaren Bedingungen größtmögliche Anwendung zu sichern.«<sup>162</sup>

Aus dieser auch in anderen Zusammenhängen anzuerkennenden Schutzpflicht des Gesetzgebers zugunsten der Tarifautonomie<sup>163</sup> läßt sich der Schluß ziehen, daß es von Verfassungs wegen geboten, zumindest erlaubt ist, für den Bereich der internationalen Seeschifffahrt das Tarif- wie das Arbeitskampfrecht in einer Weise fortzuentwickeln, die die hinzunehmenden Einbußen ver-

158 BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht, bestätigt von BAG PersR 1990, 240; zustimmend Mayer-Maly, Bemerkungen zur Entwicklung der Diskussion über den Verhandlungsanspruch tariffähiger Verbände, FS Molitor, München 1988, S. 242.

159 So BVerfGE 92, 26, 41.

160 BVerfGE, a.a.O., S. 42.

161 BVerfGE, a.a.O., S. 40.

162 BVerfGE 92, 26, 42.

163 Dazu weiterführend Kempfen, Staatliche Schutzpflicht gegenüber der Tarifautonomie? Das Beispiel des § 3 ASAV, in: FS Gitter, Wiesbaden 1995, S. 427 ff.

ringern oder kompensieren kann. Aus dem Gesamtzusammenhang der Entscheidung über das Zweite Schiffsregister wird deutlich, daß der grundrechtliche Anspruch nur im Rahmen des Unabdingbaren relativiert werden darf: Dies schließt Gebote an den Gesetzgeber wie an den Richter ein, durch stärkere Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit auf bestimmten Gebieten für einen nachträglichen Ausgleich zu sorgen. Dies gibt nicht nur eine zusätzliche Rechtfertigung für den Hafentarbeiterboykott, der auch auf Zweitregister- und Billigflaggenschiffen einigermaßen erträgliche Arbeitsbedingungen herstellen kann, sondern auch für Regelungen, die diesen Zustand abzusichern vermögen. Dazu gehört die Verstetigung einer gewerkschaftlichen Präsenz auf den Schiffen, die nicht anders als im innerstaatlichen Bereich mit Rücksicht auf die vielfältigen Garantien der Koalitionsfreiheit in internationalen Abkommen zu einer Selbstverständlichkeit werden muß.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach den Heimatrechtsordnungen der Billigflaggenschiffe keine betrieblichen Interessenvertretungen existieren, die gewerkschaftlichen Charakter haben oder unter deren Schutzschild – wie in Deutschland – sich Gewerkschaften betätigen könnten. Die uns so ungewohnt erscheinende »Zwangsrepräsentation« von Arbeitnehmern durch einen »closed shop« ist daher das einzige Mittel, um gewerkschaftliche Gegenmacht auch auf Schiffen abzusichern. Eine deraartige Regelung ist dem deutschen Rechtsdenken im übrigen nur auf den ersten Blick fremd: Immerhin kann auch nach deutschen BetrVG ein von einer Minderheit gewählter Betriebsrat Betriebsvereinbarungen abschließen, die für und gegen alle Betriebsangehörigen wirken. Die negative Koalitionsfreiheit oder das Bedürfnis, sich einer anderen Organisationsform zu bedienen, darf dabei von Rechts wegen keine Rolle spielen.<sup>164</sup> Wo eine solche Einrichtung, ein »Sprecher für alle«, fehlt, muß er auf tarifvertraglichem Wege geschaffen werden können. Auf einem so weitgehend internationalisierten Arbeitsmarkt wie dem für Seeleute müssen auch solche Rechtsinstitute zum Zuge kommen, die im deutschen Recht keine volle Entsprechung haben.<sup>165</sup>

Dies hier im einzelnen zu vertiefen, besteht kein Anlaß: Selbst wenn man die in § 24 des Musterkollektivvertrags enthaltenen Abmachungen entgegen dem hier Vertretenen mit einem rechtlichen Fragezeichen versehen würde, wäre mit Rücksicht auf die Neuartigkeit der Situation und den spezifischen koalitionsrechtlichen Kompensationsbedarf im Bereich der Seeschifffahrt eine Haftung der Gewerkschaft auf Schadensersatz ausgeschlossen.

164 Näher dazu Däubler, Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht, NZA 1988, 857, 860 f.

165 Nur ergänzend sei darauf verwiesen, daß ein Reeder, der selbst – z.B. mit einer philippinischen Gewerkschaft – einen closed shop praktiziert, gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wollte er sich auf ein entsprechendes Verbot des deutschen Rechts berufen.

## V. Zusammenfassung

1. Ausländische Seeleute können vor deutschen Arbeitsgerichten klagen, sofern das Schiff die deutsche Flagge führt oder sich in einem deutschen Hafen befindet. Soweit keine höhere Vergütung vereinbart ist, können die »IAO-Heuern« als Minimum verlangt werden, das gemäß Art. 6 EGBGB ohne Rücksicht auf die anwendbare Arbeitsrechtsordnung zu beachten ist.

2. Das Löschen und das Beladen von Schiffen kann von den Hafendarbeitern verweigert werden, sofern dabei gegen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts verstoßen oder die Gesundheit des einzelnen gefährdet würde. Insoweit besteht ein Zurückbehaltungsrecht an der Arbeitsleistung nach § 273 BGB.

3. Deutsche Hafendarbeiter sind berechtigt, die Übernahme von Aufgaben zu verweigern, die an sich von Streikenden zu erfüllen wären. Wird ein Schiff in einem ausländischen Hafen nicht abgefertigt, können auch die deutschen Hafendarbeiter einen entsprechenden Arbeitseinsatz ablehnen. Das Recht zur Verweigerung von Streikarbeit hängt auch nicht davon ab, ob die ausländische Aktion nach dem dort geltenden Recht rechtmäßig ist und wie sie rechtlich qualifiziert wird.

4. Das Bundesarbeitsgericht hat im Jahre 1976 entschieden, daß ein von der ÖTV in Absprache mit der ITF ausgesprochener Aufruf, Schiffe von Außen-seiterreedereien nicht abzufertigen, rechtmäßig ist; der Boykott sei ein herkömmliches Kampfmittel der sozialen Gegenspieler. Diese Rechtsprechung wurde durch die späteren Entscheidungen zum Solidaritätsstreik nicht überholt. Selbst wenn die Arbeitsgerichte heute eine andere Position einnehmen würden, hätte dies keine Haftung der Gewerkschaft auf Schadensersatz zur Folge.

5. Der Unterstützungskampf der deutschen Hafendarbeiter würde auch ein tariflich regelbares Ziel verfolgen. Die ITF ist nach deutschem Recht tariffähig. Ein closed shop könnte nach bisheriger Auffassung nicht Inhalt eines Tarifvertrags sein, doch würde dies nicht die gesamte Aktion rechtswidrig machen. Gegen die Abführung des Gewerkschaftsbeitrags und gegen die Zahlung von Beiträgen an den Welfare Fund der ITF bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Ein nennenswertes Haftungsrisiko ist daher auch insoweit nicht vorhanden.

6. Die Besonderheiten der Seeschifffahrt, die nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts Einschränkungen der Koalitionsfreiheit rechtfertigen, fordern eine umso konsequentere Umsetzung dieses Grundrechts in jenen Bereichen, wo das deutsche Recht in vollem Umfang zur Geltung kommt.