

Festschrift für Prof. Rolf Wank zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Martin Henssler, Prof. Dr. Jacob Joussem, Prof. Dr. Martin Maties, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67184 5

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Ziel, den Stammbeschäftigten einen möglichst umfangreichen Besitzstandsschutz zu sichern. Die Verschlechterung von Arbeitsbedingungen – wie sie § 613a Abs. 1 S. 3 BGB erlaubt – soll auf diese Weise abgemildert werden. An die Stelle der tarifdispositiven gesetzlichen Regelung tritt ein eigenes, den Betriebsübergang flankierendes Überleitungssystem der Tarifvertragsparteien. Auch die Überleitungstarifverträge sind Ausdruck der aktiveren Rolle der Gewerkschaften bei Restrukturierungen, wobei hier die Primärzuständigkeit der Gewerkschaften offener als bei den Firmentarifsozialplänen zu Tage tritt, da es bei § 613a Abs. 1 S. 3 BGB um den Wechsel zwischen Tarifsystemen geht.

II. Kampfmaßnahmen der Gewerkschaften

1. Die Erweiterung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG

Im Grundsatz sind die neuartigen Tarifforderungen der Gewerkschaften – also sowohl Tarifsozialpläne als auch Überleitungstarifverträge – tarifrechtlich nicht zu beanstanden. Eine Einschränkung der Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien bei Restrukturierungen lässt sich nicht aus den betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen herleiten und wäre im Übrigen verfassungsrechtlich auch kaum zu rechtfertigen.¹¹ Im Gegenteil: Zu den Aufgaben der Sozialpartner gehört es, die Folgen einer unternehmerischen Entscheidung für die Beschäftigten sozial abzufedern.¹² Das eigentliche Problem der neuen Gewerkschaftsstrategien liegt in der *Erstreichbarkeit* der angestrebten Tarifregelungen, ist also allein arbeitskampfrechtlicher Natur.¹³ Aus der Prämisse, dass Arbeitskämpfe verfassungsrechtlich nur um tariflich regelbare Ziele geführt werden dürfen, kann nämlich im Umkehrschluss nicht abgeleitet werden, dass sich bereits aus der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien die Zulässigkeit eines Streiks ergibt. Nicht alles, was tariflich regelbar ist, kann im Einzelfall auch erkämpft werden.¹⁴

Nachdem das Arbeitskampfrecht lange Zeit in der Rechtsprechung des BAG ein Schattendasein geführt hat, ist in den letzten Jahren eine Fülle von höchstgerichtlichen Entscheidungen ergangen, die das Streikrecht der Gewerkschaften einer tiefgreifenden Veränderung unterworfen haben. Neben der bekannten Tarifsozialplanentscheidung¹⁵ haben insbesondere die Unterstützungstreik¹⁶ und die „Flash-Mob“-Entscheidung¹⁷ des BAG diesen Wandel markiert. All diesen Judikaten ist gemeinsam, dass die Arbeitskampfbefugnisse der Gewerkschaften schritt-

¹¹ Vertiefend dazu *Henssler*, FS Richardi, 2007, S. 553, 555 ff.; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1019 f.

¹² *LAG Niedersachsen v. 2.6.2004 – 7 Sa 819/04*, NZA-RR 2005, 200; *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 53; *Kühling/Bertelsmann*, NZA 2005, 1017, 1019.

¹³ Für Tarifverträge mit sozialplanähnlichem Inhalt *Franzen*, FS Reuter, 2010, S. 479, 481.

¹⁴ *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 1069; *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, S. 72 ff.; *Franzen*, ZfA 2005, 315, 336; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 13 ff.; *Wank*, RdA 2009, 1, 7; vgl. auch *Buchner*, RdA 2003, 356, 367; aA *BAG v. 12.9.1984 – 1 AZR 342/83*, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81.

¹⁵ *BAG v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06*, NZA 2007, 987.

¹⁶ *BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06*, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 mit Anm. *Wank*.

¹⁷ *BAG v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08*, NZA 2009, 1347.

weise erweitert wurden. Die Rechtsprechung hat – insbesondere durch die Anerkennung des Tarifsozialplans als erkämpfbares Streikziel – den Gewerkschaften die Möglichkeit eröffnet, mit Hilfe eines Streiks oder bereits dessen Androhung, erheblichen Einfluss auf Investitions- und Standortentscheidungen von Unternehmen auszuüben.¹⁸

Den Boden für diese kontinuierliche Erweiterung der Gewerkschaftsrechte hat das BVerfG – wohl eher unbewusst – mit seiner im Jahre 1995 vollzogenen Rechtsprechungskorrektur bereitet, indem es den Schutz der im Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GG gar nicht angelegten Betätigungsfreiheit über ihren Kernbereich hinaus auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen erstreckt hat.¹⁹

Mit dieser im Urteil vom 14.11.1995²⁰ vollzogenen Aufgabe der Kernbereichslehre hat das BVerfG die Türen für ein deutlich erweitertes Verständnis der Betätigungsmöglichkeiten der Gewerkschaften geöffnet. An die Stelle eines recht klar konturierten Koalitionsfreiheitsrechts ist ein umfassendes Gewerkschaftsbetätigungsgrundrecht getreten, das, wie die weitere Entwicklung zeigt, nur in Extremfällen einschränkbar ist. Die präzisen, durch einen für die Koalitionsfreiheit unverzichtbaren Kernbereich gezogenen Grenzen wurden durch den weit weniger griffigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ersetzt. Jede Beschränkung einer koalitionspezifischen Verhaltensweise gilt als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff, wobei unklar bleibt, welche Gemeinwohlbelange überhaupt zur Rechtfertigung herangezogen werden können. Mit der jetzt gültigen Faustformel: „Je intensiver der Eingriff in die Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften ist, desto gewichtiger müssen die zur Rechtfertigung herangezogenen schutzwürdigen Belange der Allgemeinheit sein“, ist der Einzelfallrechtsprechung Tür und Tor geöffnet.

Diese Erweiterungen haben den verfassungsrechtlichen Rahmen für das Streikrecht verändert. Zwar war schon nach der alten Doktrin Art. 9 Abs. 3 GG eine institutionelle Garantie des Arbeitskampsystems²¹ zu entnehmen. Das Streikrecht zählte folglich auch schon nach der alten Kernbereichslehre zum geschützten Bereich der Koalitionsbetätigung, aber nur in einem engen Sinne, nämlich nur, soweit es als „Hilfsmittel der Tarifautonomie“²² unverzichtbar für die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems ist. Das neue, deutlich weiter gefasste Verständnis des Betätigungsschutzes erlaubt es dem BAG, diese anerkannten Grenzen zu sprengen und Kampfmittel auch ohne Bezug zu eigenen tariflichen Forderungen anzuerkennen – wie sich insbesondere in der Entscheidung zum Unterstützungsarbeitskampf²³ zeigt. Zugleich wird das Gewicht der anderen verfassungsrechtlich gleichermaßen geschützten Belange zurückgedrängt.

¹⁸ Vgl. Franzen, FS Reuter, 2010, S. 479.

¹⁹ BVerfG v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 358 ff. = NZA 1996, 381 (Gewerkschaftliche Werbung); bestätigt durch BVerfG v. 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NZA 1996, 1157 (zu §§ 57a ff. HRG); BVerfG v. 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, AP BetrVG 1972 § 20 Nr. 18 (Ausschluss v. Gewerkschaftsmitgliedern), vgl. zum Ganzen Hensler, ZfA 1998, 1, 8 ff.

²⁰ BVerfG v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 358 ff. = NZA 1996, 381.

²¹ Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 20 ff.

²² Dazu statt vieler Wank, RdA 2009, 1, 3.

²³ BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 mit Anm. Wank.

Der 1. Senat des BAG hat die durch die neue Grundrechtsdogmatik eröffneten Spielräume zugunsten der Gewerkschaften genutzt und arbeitet weiter daran, den Schutzbereich auszudehnen. Exemplarisch für diese Einwicklung lassen sich die Ausführungen des BAG in seiner Entscheidung zur Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit aus dem Jahr 2010 anführen. Das BAG²⁴ führt dort wörtlich aus: „Allenfalls zum Schutz von gleichermaßen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen könnte die von Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit ... eingeschränkt werden“.²⁵ Liest man die zitierte Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2007 nach, so findet man die Aussage: „Die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit kann, obwohl sie ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, *jedenfalls* zum Schutz von Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen eingeschränkt werden, denen gleichermaßen verfassungsrechtlicher Rang gebührt.“ Allein diese Aussage ist inhaltlich richtig. Nimmt man das Wort „allenfalls“ ernst, so würde nach dem BAG offenbar nicht einmal jedes verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgut eine Einschränkung eines im Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG gar nicht angelegten Grundrechts rechtfertigen. Das wäre eine deutliche Kehrtwende gegenüber der bis Mitte der 1990er Jahre geltenden verfassungsrechtlichen Ausgangssituation, mit der zugleich die Gefahr einer Entmachtung des demokratisch legitimierten parlamentarischen Gesetzgebers einherginge. Allein er, nicht die Koalitionen, entscheidet, welche Gemeinwohlinteressen Schutz verdienen. An der recht einseitigen Betonung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften gegenüber vielen gleichberechtigten verfassungsrechtlichen Wertungen hat jüngst auch das BVerfG keinen Anstoß genommen, als es die Annahme der Verfassungsbeschwerde gegen die „Flashmob-Entscheidung“ verworfen hat. Stattdessen – man mag es kaum glauben²⁶ – spricht der 1. Senat des BVerfG der Entscheidung eine „grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung“ ab, weil die „Maßstäbe zur Beurteilung von Arbeitskämpfen, die sich aus Art. 9 Abs. 3 GG ergeben“, geklärt seien.²⁷ Das Gegenteil ist der Fall. Das BAG hat in den letzten Jahren seine Arbeitskampsrechtsdogmatik zugunsten der Gewerkschaften grundlegend verändert, was auf scharfe Kritik gestoßen ist.

Der 1. Senat des BAG hat das weite Verständnis des Art. 9 Abs. 3 GG zum Anlass genommen, das Streikrecht der Gewerkschaften in allen für den Arbeitskampf relevanten Bereichen auszudehnen, nämlich in Bezug auf:

- (1) die Kampfmittel,
- (2) die Art der Kampfziele im Sinne der erstreikbaren Regelungsgegenstände,
- (3) die Kontrolle der Höhe der Kampfforderungen,
- (4) die Zweck-Mittel-Relation im Sinne der Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips,
- (5) das ultima-ratio-Prinzip und

²⁴ BAG v. 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068, 1076.

²⁵ BVerfG v. 6.2.2007 – 1 BvR 978/05, NZA 2007, 394, 395 (zu II 2 a) m. w. N.; BVerfGE 84, 212, 228 (C I 3 a) mwN = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 117.

²⁶ So auch Jacobs, Editorial NZA 2014, Heft 9, S. I; Bauer, ArbR 2014, 233.

²⁷ BVerfG v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, 494.

(6) die Überprüfung der Kampfparität.²⁸

Zum Teil erfolgte die Erweiterung durch ausdrückliche Anerkennung von Gewerkschaftsrechten, zum Teil durch den verfassungsrechtlich nicht unproblematischen Rückgriff auf die Anerkennung einer Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft. Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass im „Flashmob-Beschluss“ des BVerfG keine kritische Auseinandersetzung mit dieser arbeitskampfrechtlichen Neuausrichtung des BAG zu finden ist.

2. Die Erweiterung der Kampfmittel

Der weit gefasste Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG ermöglicht zunächst ein weites Verständnis der geschützten Kampfmittel. „Koalitionsspezifisch“, und damit durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, ist ein Kampfmittel dem BAG zufolge immer schon dann, wenn die Gewerkschaft mit ihm ein koalitionsspezifisches Ziel verfolgt, insbesondere also Druck ausübt, um einen Tarifvertrag zu erzwingen.²⁹ Diese Prämisse des BAG hat jüngst auch das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss zur „Flashmob-Entscheidung“ bestätigt. Nicht die Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern allein der von ihr verfolgte Zweck sei für die Beurteilung der Bestätigung als koalitionsspezifisch maßgeblich.³⁰ Entsprechend der im Folgenden noch näher darzulegenden Generallinie des BAG entscheiden also die Gewerkschaften selbst, wann ein Kampfmittel verfassungsrechtlichen Schutz als koalitionsspezifisches Instrument genießt. Mit diesem im Ergebnis an einen Zirkelschluss erinnernden gedanklichen Ansatz, bei dem der Geschützte selbst über die Reichweite seines Schutzbereichs entscheiden kann, wird der Gewerkschaft faktisch freie Hand gelassen, völlig neue Druckmittel zu erfinden. Können die Gewerkschaften, dank ihrer vom BAG gewährten umfangreichen Einschätzungsprärogative, faktisch selbst über die Rechtmäßigkeit eines (neuen) Arbeitskampfmittels entscheiden, gibt es neben dem Kampfziel keine eigenständige Rechtskontrolle des Kampfmittels mehr. Sicherlich haben die Gewerkschaften das verfassungsrechtlich verbürgte Recht, ihre Kampfmittel an den Wandel in der Arbeitswelt stetig anzupassen. Dies bedingt jedoch nicht, dass die Rechtsprechung ihren originären Prüfungsauftrag selbst derart beschneidet, dass die Überprüfung des Kampfmittels auf eine reine Missbrauchskontrolle reduziert wird.

3. Unzulässige Kampfziele

a) Streiks gegen Betriebsschließungen

Eine Zurücknahme der richterlichen Kontrolle lässt sich auch in Hinblick auf die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfzielen feststellen. Stoßrichtung der Proteste der Arbeitnehmer ist in den hier interessierenden Fällen häufig die Restrukturierungsmaßnahme selbst. Das gilt insbesondere dann, wenn die Neuordnung mit Betriebsstilllegungen verbunden ist, weil entweder ein Standort komplett aufgegeben oder die Produktion aus Kostengründen an andere Standorte im

²⁸ Vgl. dazu demnächst Hensler, in: Aktuelle arbeitsrechtliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2014, S. 75, 83 ff.

²⁹ BAG v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, 1351.

³⁰ BVerfG v. 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, 494.

In- oder Ausland verlagert werden soll. Hier stellt sich die Grundsatzfrage, ob sich ein Streik auch gegen die unternehmerische Entscheidung als solche richten darf.

Die Antwort ist meines Erachtens durch die Verfassung klar vorgegeben. Ein Streik, der sich gegen eine geplante Betriebsschließung richtet, ist unzulässig. Er greift in den Kernbereich der durch Art. 12 und 14 GG geschützten Unternehmerfreiheit ein³¹ und steht seinerseits außerhalb des Schutzbereiches von Art. 9 Abs. 3 GG. Ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Unternehmensautonomie des Arbeitgebers ist anerkanntermaßen völlig unantastbar³² und dementsprechend dem Einfluss der Gewerkschaften entzogen.³³ Die Tarifforderungen der Gewerkschaft dürfen daher nicht gezielt die unternehmerische Entscheidung als solche in Frage stellen.³⁴ Dabei kann es keine Rolle spielen, ob sich die kampfbegleiteten Tarifforderungen direkt gegen die Standortentscheidung richten oder ob zwar ein anderes Kampfziel artikuliert wird, es der Gewerkschaft aber in der Sache vorrangig darum geht, die unternehmerische Entscheidung zu blockieren, indem durch überhöhte Forderungen die Unternehmerentscheidung konterkariert wird. Den eindeutig unzulässigen unmittelbaren Eingriffen in die Unternehmerfreiheit sind somit solche mittelbaren Eingriffe in die Unternehmerfreiheit gleichzustellen, die der Intensität nach die eigentliche Unternehmerentscheidung nicht nur erschweren, sondern gezielt faktisch blockieren.³⁵

Bei der Entscheidung über eine Stilllegung geht es ebenso wie bei derjenigen über die Veräußerung oder rechtliche Verselbständigung eines Betriebes nicht um die von Art. 9 Abs. 3 GG allein erfasste Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Betroffen ist vielmehr die vorgelagerte Frage, ob ein Unternehmer überhaupt Arbeitskräfte beschäftigt, das heißt Vertragsverhältnisse eingetruhen und für diese Vertragsverhältnisse Arbeitsbedingungen gewährt. Das BVerfG hat zu Recht betont, dass das Interesse des Arbeitgebers, „in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken“, verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.³⁶ Das verdeutlicht ebenfalls, dass die Frage, ob überhaupt Arbeitsplätze geschaffen und erhalten werden, zwangsläufig außerhalb des Schutzbereiches von Art. 9 Abs. 3 GG liegen muss. Bei der Beurteilung von Streiks, die das „ob“ einer unternehmerischen Aktivität betreffen, geht es damit gar nicht um ein Problem der praktischen Konkordanz zwischen Art. 9 Abs. 3 GG einerseits und den Art. 12, 14 GG andererseits. Selbst wenn

³¹ Vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 345; *Franzen*, FS Reuter, 2010, S. 479, 481; *Hanau/Thüsing*, ZTR 2001, 49, 52 f.; *Henssler*, FS Richardi, 2007, S. 553, 564; *Höfling*, ZfA 2008, 1, 28 ff.; *Löwisch*, DB 2005, 554, 558; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 15; *Sutschet*, ZfA 2005, 581, 610 f., 613 ff.; *Walker*, ZfA 2004, 501, 532; *Wank*, RdA 2009, 1, 6 f.

³² BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, NJW 1979, 699, 708; BVerfG v. 14.10.1970 – 1 BvR 306/68, NJW 1971, 368 (jeweils zu Art. 2 Abs. 1 GG); LAG Hamm v. 31.5.2000 – 18a Sa 858/00, NZA-RR 2000, 535, 536 f.

³³ BVerfG v. 14.10.1970 – 1 BvR 306/68, NJW 1971, 368.

³⁴ Vgl. LAG Schl.-Holst. v. 27.3.2003 – 5 Sa 137/03, NZA-RR 2003, 592.

³⁵ Vgl. schon *Henssler*, FS Richardi, 2007, S. 553.

³⁶ BVerfG v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17.

man dies anders sehen will,³⁷ führt zumindest aber das Gebot praktischer Konkordanz dazu, dass bei einer Entscheidung über eine Betriebschließung der Kernbereich der Unternehmerfreiheit betroffen ist, so dass die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers Vorrang genießt.

Auch die anerkannten Grundsätze der Tarifrechtsdogmatik sprechen gegen die Anerkennung eines entsprechenden Streikrechts. Der Verzicht auf eine Betriebschließung könnte nur Gegenstand der schuldrechtlichen Regelungen eines Firmentarifvertrages sein.³⁸ Schuldrechtliche Absprachen sind aber anerkanntermaßen nur dann erstreikbar, wenn sie ihrerseits zulässiger Gegenstand von normativen Tarifregelungen sein könnten.³⁹ Wie auch immer man das Rechtsproblem daher angehen will, gelangt man stets zur Unzulässigkeit von Streikmaßnahmen, die sich gegen das „ob“ einer Betriebschließung richten.

b) Streiks gegen Betriebsverlagerungen

Aus den gleichen Erwägungen sind Streiks gegen die Verlagerung von Arbeitsplätzen ebenfalls unzulässig. Auch insoweit ist das Wertungssystem der §§ 111 ff. BetrVG zu beachten, das zwar für den Interessenausgleich Beratungen mit dem Betriebsrat vorsieht sowie die Möglichkeit, die Einigungsstellen anzurufen, jedoch keinen den Arbeitgeber bindenden Einigungsstellenspruch. Nur die für die Belegschaft eintretenden Nachteile können im Sozialplanverfahren durch die angerufene Einigungsstelle auch gegen den Willen des Arbeitgebers ausgeglichen werden. Hier zeigt sich eine klare Wertung, wie aus der Sicht des Gesetzgebers der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit Rechnung zu tragen ist.

c) Streiks gegen die Durchführung eines Betriebsübergangs oder gegen die Rechtsfolgen des § 613a BGB

Ähnlich gelagerte Rechtsfragen stellen sich bei der Erstreikbarkeit von Überleitungstarifverträgen. Die Entscheidung, einen bislang unselbständigen Betrieb oder Betriebsteil rechtlich zu verselbständigen oder an einen Dritten zu veräußern, zählt ebenfalls als organisatorische Strukturmaßnahme zum Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit. Gegen den Betriebsübergang gerichtete Streiks zielen wiederum nicht auf die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen und sind damit, weil außerhalb des Schutzbereiches von Art. 9 Abs. 3 GG stehend, rechtswidrig.

Im Übrigen kann der Erwerber durch die Friedenspflicht eines übernommenen oder bereits bei ihm geltenden Tarifvertrages geschützt sein. Wird der Tarifvertrag mit dem aufnehmenden Rechtsträger geschlossen, so greift im Fall der umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 20 UmwG die Friedenspflicht

³⁷ Vgl. nur ErfK/Dieterich/Linsenmaier, 14. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 75, 116; Fischinger, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, S. 78 ff.; Kühling/Bertelsmann, NZA 2005, 1017, 1023 ff.

³⁸ So zutr. Franzen, FS Reuter, 2010, S. 479, 482.

³⁹ HWK/Hergenröder, Arbeitsrecht Kommentar, 6. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 280; Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 5 Rn. 19 ff.; Kaiser, FS Buchner, 2009, S. 385, 387; Franzen, FS Reuter, 2010, S. 479, 482.

aus einem mit dem übertragenden Rechtsträger abgeschlossenen Firmentarif in der Regel auch zugunsten des übernehmenden Rechtsträgers.⁴⁰ Arbeitskämpfe sind daher erst nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. der Laufzeit des Haustarifvertrages möglich. Beim Asset Deal ist der selbst nicht tarifgebundene Erwerber dagegen nicht durch eine tarifvertragliche Friedenspflicht geschützt, so dass ein von der Belegschaft gewünschter Überleitungstarifvertrag erstreikbar sein kann. § 613a Abs. 1 S. 2 BGB bietet insoweit keinen Schutz (arg. e § 613a Abs. 1 S. 3 BGB). Etwas *anderes* gilt dagegen, wenn beim Asset Deal der Erwerber normativ an einen Verbandstarif gebunden ist, den dieselbe Gewerkschaft abgeschlossen hat, die nunmehr einen zugunsten der Arbeitnehmer weitergehenden Überleitungstarifvertrag fordert: Hier steht die relative Friedenspflicht aus dem Verbandstarif der Erstreikbarkeit entgegen, soweit es sich um identische Regelungsgegenstände handelt, die Gewerkschaft also die im Verbandstarif des Erwerbers geregelten Arbeitsbedingungen auf das bislang beim Veräußerer geltende höhere Niveau „anheben“ will. Allgemein kann bei absehbarem Betriebs(teil)übergang über einen Firmentarifvertrag eine Friedenspflicht begründet werden. Bei Konzernsachverhalten ist für die Ausgestaltung die Rechtsprechung des BAG⁴¹ zu Unterstützungstreiks zu beachten: „Wer A sagt, muss auch B sagen“.⁴² Die ausgliedernde Muttergesellschaft muss also unter Umständen in die Friedenspflicht einbezogen werden.

Soll der Überleitungstarifvertrag mit dem übertragenden Rechtsträger geschlossen werden, so ist zu erwägen, ob die gesetzliche Überleitungs- und Ablösungssystematik des § 613a Abs. 1 S. 2 – 4 BGB eine Sperrfunktion entfaltet. In diese Richtung argumentierte etwa die Deutsche Telekom AG anlässlich des einige Jahre zurückliegenden Streiks gegen die Ausgliederung von T-Systems. Es erscheint indes fraglich, ob eine derart weitgehende Rechtsfolge tatsächlich aus § 613a Abs. 1 BGB ableitbar ist.

4. Der Verzicht auf eine Kontrolle der Höhe der Streikforderungen

Auch wenn das BAG dem Grunde nach anerkennt, dass ein Streik dann rechtswidrig in die Unternehmerfreiheit eingreift, wenn die Tarifforderung der Gewerkschaft gegen das „Ob“ von Betriebsstilllegungen und vergleichbare Maßnahmen gerichtet ist, so wird diese Konzession doch durch einen zweiten Grundsatz stark eingeschränkt.

In der Tarifsozialplan-Entscheidung⁴³ betont das Gericht, dass der Umfang der Streikforderungen einer Gewerkschaft, die auf ein tariflich regelbares Ziel gerichtet sind, unter keinen Umständen einer gerichtlichen Übermaßkontrolle unterliegt.

⁴⁰ Vgl. BAG v. 4.7.2007 – 4 AZR 491/06, NZA 2008, 307 (Verschmelzung durch Aufnahme); BAG v. 24.6.1998 – 4 AZR 208/97, NZA 1998, 1346 (Verschmelzung im Wege der Neugründung); Jacobs, NZA-Beil Nr. 1 2009, S. 45, 46; WHSS/Hohenstatt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Aufl. 2011, E Rn. 101; Wiedemann/Oetker, TVG, 7. Aufl. 2007, § 3 Rn. 192 f.; Semler/Stengel/Simon, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 20 Rn. 40; Kallmeyer/Willemsen, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 324 Rn. 24.

⁴¹ BAG v. 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173 mit Anm. Wank.

⁴² Dazu Hohenstatt/Schramm, NZA 2007, 1034.

⁴³ BAG v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987.

Dieses Entgegenkommen ermöglicht es den Gewerkschaften durch geschickte Formulierung ihres Streikziels eine geplante Restrukturierung zu blockieren.⁴⁴ Solange formal das Ziel der Arbeitskampfmaßnahme in der sozialen Abfederung der Betriebsänderung liegt, können die Gewerkschaften auch völlig überzogene Tarifforderungen stellen, die darauf abzielen eine Umsetzung der unternehmerischen Maßnahme wirtschaftlich unmöglich zu machen.

Das BAG begründet seinen Kontrollverzicht damit, dass die Tarifforderungen für den Kampfgegner nicht verbindlich seien, denn typischerweise gebe es keine Aussicht auf eine uneingeschränkte Umsetzung eines Streikziels.⁴⁵ Mit dieser Begründung lässt sich freilich jegliche Rechtskontrolle von Streikforderungen ablehnen. „Soll der Arbeitgeber die unzulässige Tarifforderung eben ablehnen“, lässt sich die Aussage des BAG auf den Punkt bringen.

Dogmatisch ist diese These jedenfalls angreifbar. Das BAG lässt außer Acht, dass es in einem rechtsstaatlichen System keine Rechtsausübung geben darf, die einer Missbrauchskontrolle komplett entzogen ist. Lehnen die staatlichen Gerichte diese Missbrauchskontrolle ab, verweigern sie zugleich den rechtsstaatlich garantierten Rechtsschutz. Jede Streikforderung muss daher auch der Höhe nach darauf kontrolliert werden, ob sie willkürlich und missbräuchlich ist.

Der Verzicht auf eine gerichtliche Überprüfung der Tarifforderung ist vor allem in jenen Branchen problematisch, in denen einzelne Schlüsselfunktionsträger über eine hohe Kampfkraft verfügen. Dies betrifft in erster Linie das Verkehrswesen, in dem kleine „Funktionseliten“ – wie Vorfeldlotsen oder Lokführer – in der Lage sind, täglich Schäden in Millionenhöhe beim Arbeitgeber und Dritten zu verursachen. Selbst wenn die sie repräsentierende (Sparten-) Gewerkschaft den Arbeitgeber aufgrund ihrer besonderen Durchsetzungsfähigkeit dazu zwingen möchte, wirtschaftlich nicht mehr vertretbaren Lohnforderungen zuzustimmen, kann dies nach dem BAG nicht beanstandet werden.

Für eine Kontrollbefugnis spricht der Umstand, dass generell jedem Streik nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen gezogen sind. Eine Kontrolle anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips kommt aber nicht umhin, die Höhe der Tarifforderung zu würdigen. Erhebt etwa die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) im Fall der Vorfeldlotsen eine relativ moderate Lohnforderung von 5 %, so wird es schwer fallen, ihr den Streik nach einem bestimmten Zeitraum allein deshalb zu verbieten, weil in der Zwischenzeit hohe Schäden entstanden sind. Nach der These des BAG darf die Gewerkschaft aber auch einen Streik, mit dem sie eine irrealer Lohnenerhöhung um 100 % erstrebt, genauso lange mit einem riesigen Schadenspotential führen, wie denjenigen um eine Lohnenerhöhung, die sich im Rahmen des für die Tarifrunde Üblichen bewegt. Das erscheint nicht hinreichend durchdacht. Ökonomisch unsinnig sind solche Streiks in jedem Fall, denn die im hohen zweistelligen Millionenbereich liegenden Schäden werden schon nach wenigen Streiktagen über Jahre hinaus die zusätzliche Lohnsumme übersteigen, welche die Vorfeldmitarbeiter für sich erkämpfen wollen.

⁴⁴ Vgl. die Übersichten über die Kampfforderungen bei *Fischinger*, Arbeitskämpfe bei Standortverlagerung und -schließung, 2006, S. 25 ff.

⁴⁵ BAG v. 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, NZA 2007, 987 Rn. 100.