

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis



Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Dr. Achim Schunder,
Beethovenstr. 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

NZA 1/2005

14. Januar · 22. Jahrgang 2005 · 1 – 72

Aufsätze und Berichte

Kollektivwiderspruch nach § 613 a VI BGB*

Von Professor Dr. Volker Rieble, München

Gelegentlich üben Arbeitnehmer ihr Widerspruchsrecht nach § 613 a VI BGB in der Gruppe aus: Gleichförmige Widerspruchsschreiben nahezu aller vom Betriebsübergang Betroffenen gehen beim Arbeitgeber ein – oft zur Druckausübung: So soll der Betriebsübergang insgesamt verhindert werden, oder es wird die „Rücknahme“ der Widersprüche in Aussicht gestellt, wenn die Arbeitgeberseite den Arbeitnehmern bestimmte Modalitäten des Übergangs ihrer Arbeitsverhältnisse versprechen würde (Interessenausgleich, Sozialplan, Garantie der Tarifbindung und anderes mehr). Über diesen Kollektivwiderspruch herrscht auch nach der ersten Entscheidung des BAG vom 30. 9. 2004 keine Klarheit. Der Beitrag sorgt sich um diese.

I. Der grandiose Tipp

„Würden alle Arbeitnehmer oder auch nur eine große Zahl dergestalt die Ausübung des Widerspruchsrechts auf den Betriebsrat oder die Gewerkschaft übertragen, wäre der Arbeitgeber mit der Gefahr des Scheiterns der Betriebsveräußerung bzw. Betriebsaufspaltung oder Unternehmensteilung konfrontiert. Denn er könnte die widersprechenden Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse bei ihm verblieben, nicht verpflichten, unter dem neuen Betriebsinhaber weiterzuarbeiten. Da eine eingespielte Belegschaft nicht kurzfristig ausgewechselt werden kann, wäre der Betriebsübergang ohne vorherige Einigung mit der Interessenvertretung der Arbeitnehmer kaum zu verwirklichen; der Arbeitgeber wäre gezwungen, sich mit dem Betriebsrat über die Modalitäten des Betriebsinhaberwechsels zu verständigen“¹. Und so geschah es: Auf diesen Ratschlag hin instrumentierten Betriebsräte und auch Gewerkschaften bei nicht wenigen Betriebsübergängen das individuelle Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers zum kollektiven Druckinstrument. In einigen Fällen mit Erfolg, weil die an der Umstrukturierung beteiligten Arbeitgeber entweder darauf angewiesen waren, dass die betroffene Belegschaft ihre Arbeit beim Erwerber (im Fall der Umwandlung: beim aufnehmenden Rechtsträger) verrichtet, oder die hohen Zusatzkosten eines Sozialplans beim Veräußerer (übertragender Rechtsträger)

scheuten, denn dort waren die kollektiv Widersprechenden ohne Beschäftigung, mussten also betriebsbedingt gekündigt werden.

So grandios der Tipp, so grandios konnte er aber auch scheitern. Dann nämlich, wenn die Betriebsratsstrategen das Ausmaß des Angewiesenseins auf diese Arbeitnehmer überschätzt hatten.

Praxisbeispiel: Ein Möbelhersteller mit eigenem Fuhrpark und Möbelaufbaumannschaft gliedert diesen aus (weil zu teuer). Auf Betreiben des Betriebsrats (schwer nachzuweisen) widersprechen 34 von 38 betroffenen Arbeitnehmern in wortgleichen Schreiben nach § 613 a VI BGB. Konsequenz: Der Arbeitgeber nimmt von der Ausgliederung Abstand und vergibt die Logistik insgesamt fremd. Alle Arbeitnehmer (auch die vier, die nicht widersprochen haben) verlieren den Arbeitsplatz. Glückwunsch!

Zu Gericht kommen solche Fälle selten – so oder so. Haben sich die beteiligten Arbeitgeber dem Druck des Kollektivwiderspruchs gebeugt, brächte ein juristisches Nachkarten wenig, weil das Gelingen der Restrukturierung auch von der künftigen Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat abhängt. Ihn will man nicht verärgern – im Übrigen ein Grund, weswegen generell auch grobe Rechtsverstöße und selbst Straftaten von Betriebsräten nicht geahndet werden². Auch wenn die Arbeitgeberseite sich durchsetzt, ist es wenig sinnvoll, einen abgeschlossenen Trennungsprozess aufzuarbeiten. Der taktische Sieg über Betriebsrat oder Gewerkschaft ist Erfolg genug. Die Leidtragenden, die gekündigten Widersprecher, deren Arbeitsplätze im Kollektivinteresse (oft auch: im Funktionsinteresse eigensüchtiger Betriebsräte) verheizt worden sind, wissen sich nicht zu helfen:

* Erweiterte und aktualisierte Fassung des Vortrags auf der 4. NZA-Jahrestagung.

1) Blank/Blanke/Klebe/Kümpel/Wendeling-Schröder/Wölter, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensteilung, 2. Aufl. (1987), S. 255.

2) Ausnahme etwa BAG (10. 2. 1999), NZA 1999, 708 = EzA § 15 n. F. KSchG Nr. 47 = AP Nr. 42 zu § 15 KSchG 1969: Diebstahl von Arbeitgebervermögen durch den Betriebsratsvorsitzenden (!), der als Schlosser Metallteile an einen Schrotthändler verkauft und damit die „Sozialkasse“ des Betriebsrats fütterte.

Haftung des Betriebsrats – ein bislang aussichtsloses Unterfangen?

Nur ein Fall kam zum BAG: Ein Verlagsunternehmen übertrug die Abteilung Anzeigenverkauf auf ein fremdes Unternehmen. 19 von 20 betroffenen Arbeitnehmern widersprachen dem Übergang des Arbeitsverhältnisses nach einer Beratung durch ver.di. Die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist, mit der der tarifliche Ausschluss betriebsbedingter Kündigungen überwunden werden sollte, hatte vor dem BAG keinen Bestand³. Wir dürfen aber ziemlich sicher sein, dass das Arbeitsverhältnis inzwischen beendet ist, weil jener Tarifvertrag am 30. 4. 2003 ausgelaufen ist. Eine langfristige Strategie war das also nicht.

II. Rechtliche Qualifikation

1. Ausgangspunkt: Freies Widerspruchsrecht

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil im Zuge eines Rechtsgeschäfts als organisatorische Einheit über, lässt § 613 a I 1 BGB die zugeordneten Arbeitsverhältnisse „mitgehen“ – vom Veräußerer als Alt-Arbeitgeber auf den Erwerber als Neu-Arbeitgeber. § 613 a I 1 BGB ordnet den Gleichlauf von Arbeitsplatz und Arbeitsvertrag an: „Vertragsübergang kraft Objektübergang“. Weil dem Arbeitnehmer, der hieran nicht mitgewirkt hat, ein neuer Arbeitsvertragspartner aufgezwungen wird, fordert die negative Vertragspartnerwahlfreiheit ein Abwehrrecht. Arbeitnehmer können nicht mitsamt ihrem Betrieb „verkauft“ werden. Das zur alten Fassung des § 613 a BGB entwickelte Widerspruchsrecht ist seit dem 1. 1. 2002 in § 613 a VI BGB aufgegangen⁴. Der Arbeitnehmer kann dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprechen und hat damit die Wahl, ob er den Veräußerer als Arbeitgeber behält oder ob er den Betriebserwerber als Arbeitgeber wählt. § 613 a VI BGB zielt auf die individuelle Entscheidung über den gewollten Vertragspartner. Der „Kollektivwiderspruch“, genauer: die „kollektive Ausübung des Widerspruchsrechts“, ist nicht geregelt.

Als Individualrecht eines jeden Arbeitnehmers ist das Widerspruchsrecht an keinen Sachgrund gebunden. Der einzelne Arbeitnehmer ist frei darin, das Arbeitsverhältnis zum Erwerber abzulehnen. Insofern gilt für das Widerspruchsrecht zunächst nichts anderes als für das verwandte Recht des Arbeitnehmers zur Eigenkündigung. Für das negative Vertragspartnerwahlrecht der Eigenkündigung ist allerdings nicht einmal Willkür als Grenze gezogen, sondern ausschließlich die Schikane des § 226 BGB, weil der Arbeitnehmer sein eigenes Arbeitsverhältnis willkürlich beenden darf. Gegenüber dem Alt-Arbeitgeber, dem sich der Arbeitnehmer mit seiner Rückkehr aufzwingt (und womöglich gegenüber der dortigen Belegschaft), muss der Arbeitnehmer auf Grund der nachwirkenden Vertragsbindung auf seinen ehemaligen Arbeitgeber Rücksicht nehmen (§ 241 II BGB) und darf nicht einseitig-willkürlich seine Interessen auf dessen Kosten verwirklichen. Dagegen kann der Erwerber kein Recht „am Arbeitnehmer“ ableiten, weswegen ein Rechtsmissbrauch nicht darin liegen kann, dass ein unverzichtbarer Know-How-Träger widerspricht⁵.

2. Freie Kollektivierung

a) Grundsatz. Arbeitnehmer können im Ausgangspunkt jedes Individualrecht – hier dasjenige zum Widerspruch nach § 613 a VI BGB – ohne weiteres auch kollektiv und zu kollektiven Zwecken ausüben. Was der Einzelne alleine tun darf, darf er mit Blick auf Art. 9 III GG auch in der Gruppe – nicht mehr, aber auch nicht weniger⁶. Das hat das BVerfG aus spiegelbildlicher Sicht für die allgemeine Vereinigungsfreiheit mit den Worten ausgedrückt: „Anderen-

falls wäre Vereinen erlaubt, was natürlichen Personen nur innerhalb der Grenzen von Art. 2 I GG gestattet ist“⁷. Daraus folgt: Allein der kollektive Gebrauch eines Individualrechts als solcher ist rechtlich noch nicht zu beanstanden. Erst recht darf der Arbeitnehmer in einen Kommunikationsprozess mit anderen Betroffenen eintreten – und mit seiner beratenden Gewerkschaft. Ein Individualrecht vermittelt kein Einsamkeitsgebot. Eigenkündigung des Arbeitnehmers wie der Gebrauch des Widerspruchsrechts dienen der individuellen Vertragspartnerwahlfreiheit des Art. 12 I GG. Die Entscheidung darüber, ob es sinnvoll ist, bei einem bestimmten Arbeitgeber zu arbeiten oder ob dort Nachteile drohen, muss der Arbeitnehmer mit anderen besprechen dürfen, weil es um seinen Arbeitsplatz geht. Ein bloßer Kollektivbezug der individuellen Kündigungs- oder Widerspruchsentscheidung ist also unschädlich⁸.

Grenzen der Kollektivierung sind der *Ausübung des Widerspruchs* gezogen. Die zweite Empfehlung unserer Tippgeber erheitert: „... wenn die Arbeitnehmer den Betriebsrat oder ihre Gewerkschaften ermächtigen, die Widerspruchserklärungen gegenüber dem Arbeitgeber abzugeben. Jeder Arbeitnehmer kann nach allgemeinem Schuldrecht einen Dritten als rechtsgeschäftlichen Vertreter ... beauftragen, den Widerspruch mit Wirkung für und gegen ihn zu erklären. Eine solche Vorgehensweise hat den Vorteil, dass sie die Verhandlungsposition des Betriebsrats oder der Gewerkschaft erheblich stärken kann. Zu diesem Zweck müsste der Arbeitnehmer dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft eine schriftliche Vollmacht ausstellen, in seinem Namen dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen neuen Betriebsinhaber zu widersprechen“⁹. Richtig ist zwar, dass der allgemeine Teil des BGB die Stellvertretung vorsieht – aber nur durch rechtsgeschäftsfähige Personen. Der Betriebsrat als Gremium ist im allgemeinen Rechtsverkehr nicht geschäftsfähig, er kann keinen Bleistift kaufen und nicht als Vertragshelfer des Arbeitnehmers agieren, er ist nur partiell geschäftsfähig – im betriebsverfassungsrechtlichen Rechtskreis gegenüber dem Arbeitgeber¹⁰. Der vom Betriebsrat als Stellvertreter geäußerte Widerspruch ist schlechthin unheilbar wirkungslos.

b) *Kein Funktionsmissbrauch*. Die Literatur verlangt vielfach bei einem funktionswidrig im kollektiven Interesse ausgeübten Widerspruch eine spezifische kollektive Rechtfertigung – einen *kollektiven Sachgrund* – unter Missbrauchsgesichtspunkten: Das Widerspruchsrecht entfalte seine Wirkung nur, wenn gerade für die kollektive Ausübung ein Sachgrund vorliege – eben ein solcher mit Kollektivbezug¹¹. Das Widerspruchsrecht sei nur ein individualrechtliches Abwehrrecht. Es dürfe nicht als Kollektivinstrument

3) BAG (30. 9. 2004), NZA 2005, 42; Vorinstanz LAG Brandenburg, Urt. v. 13. 6. 2003 – 8 Sa 9/03, juris Nr. KARE600 008 915.

4) Dazu Rieble, NZA 2004, 1.

5) In diese Richtung ernstlich D. Gaul, ZfA 1990, 87 (90 f.).

6) Hierzu Löwisch/Rieble, in: MünchArbR, 2. Aufl. (2000) § 244 Rdnr. 47.

7) BVerfG (24. 2. 1971), BVerfGE 30, 227 (343) = NJW 1971, 1123 = AP Nr. 22 zu Art. 9 GG; BVerfG (1. 3. 1979), BVerfGE 50, 290 (354) = NJW 1979, 699 = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG (unter C III 2); BVerfG (15. 12. 1999), NJW 2000, 1251.

8) Vor allem Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 144 f.

9) Blank/Blanke/Klebe/Kümpel/Wendeling-Schröder/Wolter (o. Fußn. 1), S. 254 f.

10) Ganz h. M.: BAG (24. 10. 2001), NZA 2003, 53 = EzA § 22 BetrVG 1972 Nr. 2 = AP Nr. 71 zu § 40 BetrVG 1972 = DB 2002, 849 = NZA 2003, 53; Kraft, GK-BetrVG, 7. Aufl. (2002), § 1 Rdnr. 77; eingehend zur Vertretung von Arbeitnehmern durch den Betriebsrat Rieble, Anm. zu BAG (5. 4. 1995) EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 111.

11) Statt aller Steffan in: GroßkommKündR, APS (2004), § 613 a Rdnr. 232; Erman/Hanau, 10. Aufl. (2000) § 613 a Rdnr. 55; Pietzko, Der Tabestand des § 613 a BGB, 1988, S. 316 ff.; D. Gaul, ZfA 1990, 90 f.; noch ErFK/Preis, 4. Aufl. (2004), § 613 a BGB Rdnr. 106.

genutzt werden, um Mitbestimmungsrechte durchzusetzen oder die fehlende Mitbestimmung zu erzwingen. Dieser Wechsel von der defensiven Abwehr des aufgezwungenen Arbeitgeberwechsels zur aggressiven Forderungsdurchsetzung sei der eigentliche Missbrauch. Auch das BAG (Fußn. 3) stellt den Rechtsmissbrauch nach § 242 BGB in das Zentrum seiner Überlegungen (unter II 1 b dd [3]). Der Ausgangspunkt stimmt nicht. Der allgemeine Einwand des Rechtsmissbrauchs aus § 242 BGB kann nicht jede „Funktionswidrigkeit“ – also letztlich das Motiv – der Ausübung privater Rechte beanstanden. So ist die verwandte Eigenkündigung des Arbeitnehmers wirksam, auch wenn sie vom Arbeitnehmer zu anderen Zwecken als der eigenen Berufs- und Lebensgestaltung ausgesprochen wird. Und sie kann kollektiviert werden, wenn mehrere Arbeitnehmer sich darüber verständigen, dass eine Arbeit bei diesem Arbeitgeber nicht mehr in Betracht kommt.

Zudem erlaubt Art. 9 III GG dem Kollektiv grundsätzlich dasjenige, was das Individuum darf. Das freie Widerspruchsrecht wird also nicht deswegen „von innen“ funktionsgebunden, weil es kollektiv ausgeübt wird. Eine solche Verhaltenszensur ist dem (Arbeits-)Recht fremd. Misstrauisch gegenüber kollektiven Verhaltensweisen ist nur das Kartellrecht, das schon die bloße Verhaltensabstimmung verbietet. Auf dem Arbeitsmarkt gilt es nicht; hier sind mit Blick auf die Koalitionsfreiheit kollektive Verhaltensweisen und Verhaltensabstimmungen besonders geschützt. Wenn sich mehrere Arbeitnehmer für die Bewältigung einer Restrukturierung organisieren, kann das – kollektive Willensbildung vorausgesetzt – als ad-hoc-Koalition bereits unter den Schutz des Art. 9 III GG fallen¹². Erst recht greift die Koalitionsfreiheit, wenn sich der Arbeitnehmer von seiner Gewerkschaft beraten lässt.

Umgekehrt gilt: Der Gebrauch des freien Gestaltungsrechts ist für sich genommen wertneutral. Allenfalls der mit ihm verbundene „überschießende“ äußere Druck (und nicht der innere Zweck) macht das kollektive Vorgehen – und nicht Einzelkündigung oder Einzelwiderspruch – rechtswidrig. Nach der Wertung des § 226 BGB schlägt der Zweck der Rechtsausübung dann und nur dann auf das subjektive (Gestaltungs-)Recht „durch“, wenn die Rechtswahrnehmung objektiv ausschließlich schikanös, also in schädigender Absicht erfolgt („nur den Zweck haben kann“). Auf subjektive Motive kommt es nicht an¹³. Es bleibt bei der Grundregel der Privatautonomie, dass private Handlungsbefugnisse frei ausgeübt werden dürfen und nicht unter Motivzensur stehen¹⁴. So hat auch das BAG das Widerspruchsrecht von Anfang an verstanden, als von einem Sachgrund unabhängiges, freies Gestaltungsrecht¹⁵. Eine solche Zweckkontrolle ließe sich nur denken bei zweckgebundenen Rechten, vor allem bei der kollektiven Geltendmachung individueller Zurückbehaltungsrechte (aus §§ 320, 273 BGB). Sie bleibt zulässig, weil die Arbeitnehmer ihren Entschluss, das individuelle Druck- und Sicherungsinstrument des Zurückbehaltungsrechts auszuüben, mit Blick auf Art. 9 III GG abstimmen dürfen¹⁶. Dass der missbräuchliche Zweck Widerspruch oder Kündigung nicht unwirksam macht, entspricht dem Anliegen der Rechtsordnung, die Ausübung von Gestaltungsrechten klar und eindeutig beurteilen zu können. Nicht nur die gewillkürte Bedingung ist unzulässig, auch Rechtsbedingungen sind unerwünscht. Man stelle sich nur vor, Ansprüche auf Teilzeitarbeit (nach § 8 TzBfG) oder auf Elternzeit („Erziehungsurlaub“) würden „sachwidrig“ genutzt und die Entscheidung des Arbeitnehmers unterliefe einer Rechtsmissbrauchskontrolle.

Die letztlich auf Hanau und Pietzko¹⁷ zurückzuführende Überlegung hat ein berechtigtes Anliegen: Abgestimmtes

Individualverhalten wird akzeptiert und zugleich das Bedürfnis nach Grenzziehung gesehen. Doch ist der Rechtsmissbrauch der falsche Weg, weil er die Privatautonomie und ihre Freiheit der rechtsgeschäftlichen Motivation in Frage stellt. Der Rechtsmissbrauch, der nur für extreme Fälle gedacht ist, würde als Generalkontrollklausel gegenüber Rechtsgeschäften installiert. Das deformiert die Privatautonomie¹⁸.

3. Maßgebliche Grenze: Kollektiver Druck

a) *Überschießende Handlungstendenz.* Die maßgebliche Grenze zur Rechtswidrigkeit des kollektiven Widerspruchs ist die *Druckausübung auf den Arbeitgeber*. Sobald das individuelle Widerspruchsverhalten zentral gesteuert wird, mit dem erklärten oder erkennbaren Zweck, den Arbeitgeber (sei es der Erwerber, sei es der Veräußerer) zu einem bestimmten konkreten Verhalten zu bewegen, wird aus dem zulässigen abgestimmten Individualverhalten ein Arbeitskampf oder Boykott, für den strengere rechtliche Maßstäbe gelten¹⁹. Anknüpfungspunkt ist dabei gerade nicht der individuelle Zweck, den der einzelne Arbeitnehmer subjektiv – und als Motiv verborgen – mit dem Widerspruch verfolgt, sondern die *kollektive Steuerung des Verhaltens* mit dem nach außen gerichteten Ziel der Willensbeugung des Arbeitgebers. Das BAG hatte eben diese Begrenzung im Sinn, spricht sogar das Arbeitskampfrecht an, meint aber, beim Widerspruch gehe es nicht um einen Regelungsstreit, sondern um einen Rechtsstreit²⁰. Das trifft für den vom BAG entschiedenen Fall in der Tat zu, weil dort keine Arbeitsbedingungen erstritten werden sollten. In der Praxis ist es aber häufig so, dass gerade der Arbeitgeberwille gebeugt werden soll, so dass er sich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet oder aber faktisch gezwungen werden soll, vom Betriebsübergang Abstand zu nehmen. Schon diese Verhaltensabstimmung ist aber Regelung, weswegen die Druckmittel einen Regelungsstreit betreffen. Im übrigen kann ein Arbeitskampf durchaus auch zur gewaltsamen Rechtsdurchsetzung eingesetzt werden – ist dann aber regelmäßig rechtswidrig. Es verhält sich nicht anders als bei der (überkommenen) kollektiven Kampfkündigung der Arbeitnehmer: Die Eigenkündigung als solche ist wirksam, weil die Kündigung durch den Arbeitnehmer frei ist. Das Arbeitsverhältnis ist mithin aufgelöst, auch wenn das Motiv des Arbeitnehmers unlauter ist. Beanstandenswert ist nicht die Kündigung als Entscheidung des einzelnen, sondern der überschießende kollektive Unrechtsgehalt zur Durchsetzung von Regelungszielen. Das hat das BAG für die von der Gewerkschaft organisierte Massenänderungskündigung ausgesprochen²¹. Diese kritisierte Rechtsprechung hat frei-

12) Löwisch/Rieble, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 243 Rdnr. 49.

13) Staudinger/Reppen, BGB, 2004, § 226 Rdnr. 15.

14) Ähnlich B. Gaul, Das Arbeitsrecht der betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 11 Rdnr. 59.

15) Nur BAG (22. 4. 1993), NZA 1994, 357 = EzA § 613 a BGB Nr. 112 = AP Nr. 102 zu § 613 a BGB (unter V 2 c bb).

16) Grdl. BAG (20. 12. 1963), AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 1964, 304; Rieble, Anm. zu BAG (18. 12. 1996), EzA § 1 TVG Fristlose Kündigung Nr. 2 (unter V 3 b); Walker, NZA 1993, 769 (771 ff.); Otto, in: MünchArbR (o. Fußn. 6) § 286 Rdnrn. 129 ff.; Löwisch/Rieble, Arbeitskampf und SchlichtungsR, AR-Blattei SD 170.2 Rdnrn. 298 ff.

17) S. o. Fußn. 11.

18) Medicus, AcP 192 (1992), 35 ff.

19) Ähnlich v. Steinau-Steinrück, Haftungsrechtlicher Arbeitnehmerschutz bei der Betriebsaufspaltung, 1996, S. 63 f.

20) BAG vom 30. 9. 2004 (Fußn. 3) unter II 1 b dd [2].

21) BAG (3. 9. 1968), AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Nr. 5 [LS], und BAG (28. 4. 1966), AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit krit. Anm. Mayer-Maly = EzA § 124 a GewO Nr. 5 = SAE 1967, 44 mit Anm. Rütters. Dazu Löwisch/Rieble (o. Fußn. 16), AR-Blattei SD 170.2 Rdnrn. 293 ff.; Pietzko (o. Fußn. 11), S. 320 f.; Otto, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 286 Rdnrn. 125 ff.

lich eine ausschließlich kollektive Rechtsnatur der Massen(änderungs-)kündigung kraft „natürlicher Anschauung“ gesehen. Das ist nurmehr historisch verständlich: Das Arbeitskämpfrecht schließt es gerade nicht aus, dass individuelle Befugnisse auf individualrechtlicher Basis genutzt werden, um wirtschaftlichen Druck auf den Arbeitgeber auszuüben und so seinen Regelungswillen zu beugen. Der Arbeitskampf ist also kein notwendig „nur-kollektives“ Phänomen²².

Dementsprechend müssen solche „kollektivierten“ Individualrechte nicht den arbeitskampfrechtlichen Zulässigkeitsanforderungen genügen – weil es nicht um die Durchbrechung der arbeitsvertraglichen Bindung geht, sondern um die gemeinsame Nutzung bereits vorhandener individualrechtlicher Bindungslücken²³. Insbesondere sind solche Individualbefugnisse nicht den tariffähigen Parteien und nicht dem Regelungsstreit um den (normativen) Tarifvertrag vorbehalten. Vielmehr dürfen auch „kleine Kollektive“, die auch unterhalb der Schwelle der Tariffähigkeit unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit stehen, ihre „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ i. S. von Art. 9 III GG mit solchen Mitteln fördern – also gerade durch kollektiven Widerspruch. Das heißt aber gleichwohl nicht, dass die individualrechtliche Grundlegung eines Rechtes ohne weitere Grenzen den Kampfeinsatz rechtfertigt. Vielmehr sind drei spezifische Grenzen kollektiven Handelns anzuerkennen: *Friedenspflicht*, *Boykottverbot* und *Schutz der Handlungsfreiheit* nach § 240 StGB und § 123 BGB.

b) *Friedenspflicht*. Jede Friedenspflicht verbietet jeden kollektiven Druck. An erster Stelle steht die Friedenspflicht aus dem Tarifvertrag. Die tarifschießende Gewerkschaft darf nicht auf eine Verbesserung der geltenden Tarifbedingungen durch kollektive Eigenkündigungen, Zurückbehaltungsrechte, Teilzeitbegehren oder eben Widersprüche nach § 613a VI BGB hinwirken. Die Friedenspflicht verbietet nicht nur den Streik als bestimmte Kampfform, sondern jedes Hintertreiben des kollektiven Regulationsergebnisses. Die Friedenspflicht schützt den Tarifvertrag. Sie ist Ausdruck der Vertragstreue²⁴. Dagegen lässt sich nicht einwenden, die Verbesserung der tariflichen Arbeitsbedingungen sei dem Arbeitsvertrag mit dem Günstigkeitsprinzip des § 4 III TVG gerade garantiert – weswegen der einzelne Arbeitnehmer als Individuum die Abwanderungsdrohung dazu nutzen darf und weshalb diese Individualaktion auch kollektiviert werden dürfe. Durch die tarifliche Bindung hat sich die Gewerkschaft als Kollektiv dieser Möglichkeit gegeben. Kollektiv und Individuum sind nicht mehr vergleichbar, weil der Tarifvertrag nur die Gewerkschaft nicht aber ihr Mitglied auf den Arbeits- und Tariffrieden verpflichtet²⁵.

Den Betriebsrat trifft mit dem Arbeitskämpfverbot nach § 74 II 1 BetrVG eine absolute – nicht auf bestimmte Regelungsgegenstände begrenzte – *Friedenspflicht*. Sie verbietet dem Betriebsrat jede Form der Ausübung wirtschaftlichen Drucks auf den Arbeitgeber (und umgekehrt). Die Betriebsverfassung kennt nur ein Konfliktlösungsmittel: die Zwangsschlichtung durch die Einigungsstelle. Damit wird nicht nur der Arbeitgeber vor dem Betriebsrat geschützt. Geschützt wird auch die Gewerkschaft vor der Kampfkonkurrenz durch den Betriebsrat: § 74 II 1 BetrVG ist im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Tarifvorbehalt des § 77 III BetrVG zu sehen²⁶ – was man gerade an Standortkämpfen bei DaimlerChrysler und Opel sehen kann.

Das heißt: Der Betriebsrat darf weder eine kollektive Kündigung zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen organisieren, noch darf der Betriebsrat durch einen von ihm angeleiteten, initiierten oder gar organisierten kollektiven Widerspruch einen (Teil-)Betriebsübergang aufzuhalten versuchen oder eine Verbesserung des Sozialplanvolumens

anstreben. Die Vorschrift verbietet jegliche Maßnahmen des Arbeitskampfes zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Das Verbot erfasst nicht nur den Betriebsrat als Kollektivorgan, sondern gerade die einzelnen Betriebsratsmitglieder als Amtsträger. Das heißt: Kein Mitglied des Betriebsrats darf in dieser Funktion zum Streik oder dem druckvollen kollektiven Gebrauch von Individualrechten auffordern²⁷. Dem Betriebsrat und seinen Mitgliedern ist nach § 74 II 1 BetrVG insbesondere verboten, Kampfmittel einzusetzen, um nicht bestehende Mitbestimmungsrechte zu erzwingen oder bestehende Beteiligungsrechte durchzusetzen. Er ist für Regelungsstreitigkeiten auf das vom Betriebsverfassungsgesetz exklusiv bereitgestellte Konfliktlösungsmittel des Einigungsstellenverfahrens beschränkt und für Rechtsstreitigkeiten auf das arbeitsgerichtliche Beschlussverfahren verwiesen²⁸. Die betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht erfasst nicht nur Streik und Aussperrung, sondern auch den konzertierten Einsatz von Individualrechten – also *jede kollektiv organisierte Störung der Arbeitsbeziehungen*²⁹. Verboten „sind alle Handlungen und Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, *Druck* auf den anderen Betriebspartner auszuüben und ihn dadurch zu einem bestimmten Verhalten bei der Regelung betrieblicher Angelegenheiten zu bewegen“³⁰. Das gilt gerade für die kollektive Ausübung des Widerspruchsrechts³¹. In den Worten von *Gamillscheg*: „Insoweit der Betriebsrat mit der Organisation eines kollektiven Widerspruchs auf den Arbeitgeber Druck ausübt, begibt er sich in eine gefährliche Nähe zum Arbeitskampf, der ihm versagt ist“³². Durch den kollektiven Einsatz des Widerspruchsrechts, um Druck zur Erzielung eines bestimmten Zieles auszuüben, kommt es zur kollektiven Störung der Arbeitsbeziehungen. Deswegen verstoßen solche Aktionen zusätzlich gegen § 74 II 2 BetrVG³³.

Weigern sich die Arbeitnehmer durch den Widerspruch, dem Betriebserwerber ihre Arbeitsleistung anzubieten, um den Betriebsübergang rechtlich oder tatsächlich zu verhindern, kommt das einem Boykott gleich (sogleich c). Hat der Betriebsübergang und damit der Übergang der Arbeitsverhältnisse bereits stattgefunden und wird durch die Wi-

22) Heute h. M.: *Otto*, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 286 Rdnrn. 121 ff.; *Kissel*, Arbeitskampfr, 2002, § 61 Rdnrn. 22 ff., 44 ff.; wegweisend *Löwisch/Hartje*, RdA 1970, 321.

23) *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), AR-Blattei SD 170.2 Rdnr. 294.

24) *Löwisch/Rieble* (o. Fußn. 16), AR-Blattei SD 170.2 Rdnr. 296; *Otto*, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 286 Rdnr. 126; *Kissel* (o. Fußn. 22), § 61 Rdnr. 50 für die „verbandstragene Massenänderungskündigung“ in Abgrenzung zu Rdnr. 47 a. E. für die sonstige; *Gamillscheg* Kollektives ArbeitsR I, 1997, S. 991 f. und S. 1054 für den Boykott.

25) *Kissel* (o. Fußn. 24), § 61 Rdnr. 50; *Gamillscheg* (o. Fußn. 24) S. 991 f.

26) Dazu *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rdnr. 1485; *Flatow/Kahn-Freund*, BetrVG, 13. Aufl. (1931), § 66 Nr. 3 Anm. 4.

27) *BVerfGE* (28. 4. 1976), *BVerfGE* 42, 133 (140) = NJW 1976, 1627 = EzA § 74 BetrVG 1972 Nr. 1 = AP Nr. 2 zu § 74 BetrVG 1972 für § 74 II BetrVG; *BAG* (5. 12. 1975), EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Betriebsbuße; *BAG* (21. 2. 1978), EzA § 74 BetrVG 1972 Nr. 4 = AP Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 = DB 1978, 1547; *BAG* (12. 6. 1986), EzA § 74 BetrVG 1972 Nr. 7 = AP Nr. 5 zu § 74 BetrVG 1972; *GK-BetrVG/Kreutz* (o. Fußn. 10) § 74 Rdnrn. 34, 38; *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfr, 2. Aufl. (1982), Rdnr. 406; *ErfK/Kania*, 5. Aufl. (2005), § 74 BetrVG Rdnr. 12.

28) Unstreitig, nur *GK-BetrVG/Kreutz* (o. Fußn. 10), § 74 Rdnr. 53 m. w. Nachw.

29) *Ganz* h. M.: *Otto*, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 286 Rdnr. 127; *Kreutz*, *GK-BetrVG* (o. Fußn. 10), § 74 Rdnr. 47; *Richardi*, BetrVG, 9. Aufl. (2004), § 74 Rdnr. 18; *Brox/Rüthers* (o. Fußn. 27), Rdnr. 410; *Gamillscheg* (o. Fußn. 24) S. 992: „Der Betriebsrat darf sich in dieser seiner Eigenschaft an der Organisation einer Massenänderungskündigung nicht beteiligen ...“; *Löwisch/Rumler*, AR-Blattei SD 170.4 Rdnr. 4.

30) *Matthes*, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 331 Rdnr. 2.

31) *Pietzko* (o. Fußn. 11), S. 316 ff.; *Seiter*, Betriebsinhaberwechsel, 1980, S. 74 f.

32) *Lehrb. ArbeitsR I*, 8. Aufl. (2000), S. 526.

33) *Otto*, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 286 Rdnr. 127.

dersprüche die Weiterarbeit gegenüber dem Erwerber gestoppt, letztlich aber von der Erfüllung unzulässiger Forderungen abhängig gemacht (Rücknahmevorbehalt), wirkt sich das für den Erwerber wie ein Streik aus.

Das Arbeitskampfverbot des Betriebsverfassungsgesetzes ist zu präzisieren: Verboten ist dem Betriebsrat und seinen Mitgliedern nicht nur der Arbeitskampf zu betriebsverfassungsrechtlichen Zwecken. Es kommt nicht darauf an, ob der Betriebsrat mit dem kollektiven Widerspruch oder der kollektiven Kündigung betriebsverfassungsrechtliche Positionen (vor allem: Interessenausgleich oder Sozialplan) durchsetzen will. Der Schutz der Gewerkschaften vor der „beitragsfreien Ersatzgewerkschaft“ verbietet es, jedwede Regelung von Arbeitsbedingungen mit dem Instrument des Kampfes anstreben: Der betriebliche Arbeitskampf ist gerade dann unzulässig, wenn er den Arbeitnehmern arbeitsvertragliche Verbesserungen verschaffen soll. Dem Betriebsrat ist jeder Arbeitskampf und jede Beteiligung am fremden Arbeitskampf verboten. Insofern ist die betriebliche Friedenspflicht in besonderer Weise absolut³⁴. Es kommt also nur auf den Betriebsrat als *Urheber, Initiator* und *Unterstützer* einer Maßnahme wirtschaftlichen Druckes an.

Eine spezifische *gegenstandsbezogene Missbilligung* braucht es nicht. Die Beteiligung des Betriebsrats am kollektiven Widerspruch ist stets rechtswidriger Arbeitskampf – unabhängig von seinem Ziel. Dagegen müsste die Rechtsmissbrauchslehre (oben 3) fragen, ob dahinter ein lauterer Ziel steht. Dafür reicht die Empfehlung der Gewerkschaftsliteratur, mit gezieltem Einsatz des Widerspruchsrechts die Modalitäten des Betriebsinhaberwechsels zu steuern³⁵, gerade nicht aus. Umgekehrt gilt: Der Betriebsübergang selbst ist nicht mitbestimmungspflichtig, insbesondere keine Betriebsänderung, sondern der uneingeschränkten und freien Unternehmerentscheidung überlassen³⁶. Und selbst dort, wo mit dem Betriebsteilübergang eine Betriebsspaltung einhergeht, ist der kollektive Widerspruch kein erlaubtes Mittel zur Konfliktlösung betriebsverfassungsrechtlicher Streitigkeiten. Der Betriebsrat ist auf die Konfliktlösungsmittel der §§ 111 ff BetrVG beschränkt. So oder so: Die Beteiligung des Betriebsrats an einem kollektiven Widerspruch ist rechtlich stets unzulässig, weil sie die Schranken der Mitbestimmung durch Kampf durchbrechen will³⁷.

Auf der anderen Seite – zweite Präzisierung – hindert das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot sowenig wie die tarifliche Friedenspflicht die Kampfbeteiligung der Mitglieder des Betriebsrats als Individuen: Auch Betriebsratsmitglieder haben womöglich ein Widerspruchsrecht, dessen Gebrauch sie mit anderen abstimmen dürfen – so wie sie als Gewerkschaftsmitglieder in einer Tarifauseinandersetzung mitstreiken dürfen. Dass nach § 74 I 2 Halbs. 2 BetrVG „Arbeitskämpfe tarifaffiger Parteien“ vom Arbeitskampfverbot nicht erfasst werden, gilt konsequenterweise auch für individualvertragliche Auseinandersetzungen. Die Friedenspflicht ist nur an das Kollektiv gerichtet: sei es die tarifschließende Gewerkschaft, sei es der Betriebsrat als Repräsentant der Belegschaft. Sie verpflichtet nie das Individuum. Das beschwört natürlich die Gefahr herauf, dass ein Betriebsratsmitglied im Nachhinein eine „individuelle Aktion“ erfindet, weil sein Amtsmissbrauch eklatant gegen die betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht verstieß. Dem lässt sich mit entsprechender Substantiierungslast Rechnung tragen. Wenn der Betriebsrat insbesondere während seiner Arbeitszeit agiert hat und für die „Verhaltensabstimmung“ Freistellung von der Arbeit unter Entgeltweiterzahlung (§§ 37, 38 BetrVG) genossen hat, spricht prima facie alles für ein (verbotenes) Handeln als Betriebsrat. Individuelle Interessen muss der Betriebsrat wie jeder andere in seiner Freizeit pflegen.

c) *Boycott?* Der kollektive Widerspruch kann schließlich als arbeitsrechtlicher Boykott einzustufen sein: Wie beim typischen Boykott auch geht es um die Steuerung des Vertragsverhaltens der Adressaten durch den Verrufer oder Initiator. Insofern macht es keinen Unterschied, ob wie beim Käuferboykott dazu aufgefordert wird, von vornherein keinen Vertrag mit dem Opfer abzuschließen („Zuzugssperre“), oder ob Lösungsrechte wie die Kündigung oder hier das Widerspruchsrecht zu Lasten des Boykottierten genutzt werden sollen. Der wesentliche Unterschied zum Arbeitskampf besteht darin, dass Streik und Aussperrung kollektiv gesteuerte Aktionen sind, die gegenüber dem Vorwurf des Vertragsbruchs deswegen privilegiert sind, weil das Kollektiv (die Gewerkschaft) die Aktion beherrscht und nach Abschluss der Verhandlungen zum Arbeitsfrieden zurückführen kann. Dagegen zeichnet sich der Boykott dadurch aus, dass der Verrufer die Aktion nur einleitet, aber nicht mehr beherrscht, insbesondere nicht sicherstellen kann, dass die Beeinträchtigung mit Zielerreichung endet. Dementsprechend ist der echte von einer Tarifpartei gesteuerte Arbeitskampf gerade kein Boykott, sondern *Kollektivsperre*: Der Verband ist im Verhältnis zu seinen Mitgliedern kein Dritter³⁸.

Inwiefern der Boykott als Kampfmittel zugelassen ist, ist streitig. Einig ist man sich darüber, dass schwarze Listen zu Lasten von Arbeitnehmern nicht nur mit Blick auf § 75 f HGB unzulässig sind. Diskutiert wird auf Arbeitgeberseite vor allem der den Streik unterstützende Käuferboykott. Insofern sind die Meinungen geteilt: Eine Auffassung entnimmt dem Boykottverbot des GWB und des UWG eine Beschränkung: Weil jenes nur Unternehmen – genauer: nur den Boykottaufruf durch Unternehmen an Unternehmen – erfasst, seien Boykottaufrufe an Verbraucher nicht per se verboten. Ein zivilrechtliches Rechtswidrigkeitsurteil könne nur nach einer Interessenabwägung ausgesprochen werden, wenn sich der Boykott als Rechtsmissbrauch erweise³⁹. Die richtige Gegenmeinung hält den Boykott als Mittel wirtschaftlicher Auseinandersetzung, also zur zwangsweisen Durchsetzung eigener Marktinteressen, für grundsätzlich verboten. Das Boykott-Verbot in GWB und UWG lässt keinen Umkehrschluss zu. Das Unwerturteil gründet sich auf zwei Umstände: Erstens will der Verrufer seine eigenen wirtschaftlichen Ziele nicht aus eigener Kraft, sondern mit fremder Hilfe erreichen. Ihm geht es entscheidend um die Behinderung des Opfers, also um die Nachteilszufügung. Der Angegriffene hat keine Möglichkeit zur Gegenwehr – ein „Kampfgleichgewicht“ kann sich von vornherein nicht einstellen. Der Boykott ist als Kampfmittel besonders rücksichtslos; er macht den Angegriffenen zum Objekt. Sittenwidrig ist er überdies, weil der Boykott als solcher nicht beherrschbar ist, insbesondere weil der Verrufer nach Erreichung seiner Ziele nicht sicherstellen kann, dass die Beeinträchtigung des Gegners durch die Adressaten endet⁴⁰. Dem-

34) Missverständlich *Richardi* (o. Fußn. 29), § 74 Rdnrn. 16 f.

35) *Blank/Blanke/Klebe/Kümpel/Wendeling-Schröder/Wolter* (o. Fußn. 1), S. 255.

36) H. M.: BAG (GS) (4. 12. 1979), EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 9 = AP Nr. 6 zu § 111 BetrVG 1972; BAG (10. 12. 1996), BAGE 85, 1 = NZA 1997, 898 = EzA § 111 BetrVG 1972 Nr. 35 = AP Nr. 110 zu § 112 BetrVG 1972; *Moll*, RdA 2003, 129 (130 f.); *ErkK/Preis*, 5. Aufl. (2005), § 613 a Rdnr. 127; *Matthes*, in: MünchArbR (o. Fußn. 6), § 360 Rdnr. 58; *Richardi/Annunzi* (o. Fußn. 29) § 111 Rdnr. 124, 132; BT-Dr 6/1786, S. 59.

37) *Pietzko* (o. Fußn. 11) S. 322; v. *Steinau-Steinrück* (o. Fußn. 19) S. 61 ff.

38) *Rieble* (o. Fußn. 26), Rdnrn. 601 ff. m. w. Nachw.

39) Vor allem *Otto*, in: MünchArbR (o. Fußn. 6) § 286 Rdnrn. 114 ff.; *Camillscheg* (o. Fußn. 24) S. 1054; ähnlich *Staudinger/J. Hager*, BGB, 1999, § 823 Rdnr. D 38, D 40, insb. D 43.

40) Überzeugend *Konzen*, in: Festschr. f. Molitor, 1988, S. 181, 192 ff.; *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte – Entwurf und Begr., 1988, S. 35 f. *Rieble* (o. Fußn. 26), Rdnr. 1402.

gegenüber kann die großzügige *BVerfG*-Rechtsprechung zum Boykott als wegen Art. 5 I GG privilegiertes Instrument des Meinungskampfes⁴¹ hier nichts bewirken: Die Auseinandersetzung um Arbeitsbedingungen im Zuge eines Betriebsübergangs ist kein Meinungsstreit, in dem die Öffentlichkeit gewonnen werden soll, sondern handfeste Auseinandersetzung um Vertragsbedingungen.

Für den kollektiven Widerspruch nach § 613 a VI BGB kommt es deswegen richtigerweise darauf an, ob ein echter Boykottaufruf durch einen Dritten vorliegt, etwa den Betriebsratsvorsitzenden. Er ist nach der hier vertretenen Auffassung stets rechtswidrig. Aus der Sicht des Boykotts zulässig bleibt die Kollektivsperr durch eine autonome Vereinigung der Arbeitnehmer. Das kann die Gewerkschaft sein, aber auch eine spontane Vereinigung der vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer. Eine solche Kollektivsperr schlägt aber um in einen Boykott, sobald Nichtmitglieder einbezogen werden.

d) *Willensfreiheit auf Arbeitgeberseite.* Die dem Kollektiv bislang gezogenen Grenzen achten auf das Druckinstrument in der Hand des Täters. Nun ist das Opfer dran: Der Kollektivwiderspruch als Druckmittel soll die am Betriebsübergang beteiligten Arbeitgeber dazu bewegen, sich in einem bestimmten arbeitnehmernützigen Sinn zu verhalten. Es geht bei Veräußerer und Erwerber also um deren Willensentschließungsfreiheit. § 123 BGB und § 240 StGB schützen diese vor einem unangemessenen und deshalb freiheitsbedrohenden Druck⁴². Ergänzend tritt der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als Schutz der unternehmerischen Betätigungsfreiheit hinzu. Im Rahmen der dort für das Rechtswidrigkeitsurteil erforderlichen Abwägung sind letztlich dieselben Wertungen vorzunehmen. Denn der Schutz der unternehmerischen Betätigung vor – unzulässigen – Kampfmaßnahmen zielt weniger auf den Substanz- und Vermögensschutz des Unternehmens, als vielmehr auf die Betätigungsfreiheit des Unternehmens „am Markt“ und damit auf die Entscheidungsfreiheit. Das wird gerade beim Schutz vor Boykottaufrufen sichtbar⁴³. Freilich kann dieser Schutz der unternehmerischen Betätigungsfreiheit als wertungsoffenes Rahmenrecht nicht selbst das Unzulässigkeitsurteil gegen solchen Druck erzeugen. Die Wertung muss von außen kommen.

Nur eine derartige Begrenzung kann im Rahmen des „freien Kampfs mit individualvertraglichen Rechten“ den Kampf „um alles“ verhindern. Während das Arbeitskammerrecht eine inhaltliche Begrenzung dadurch erreicht, dass nur Tarifparteien und nur um tariflich regelbare Ziele kämpfen dürfen (Tarifvertragsakzessorietät⁴⁴), ist dieser Weg für den individualrechtlichen Druck nicht brauchbar. Schuldvertraglich ist fast alles regelbar – so mag dem Arbeitgeber gar ein bestimmtes Investitionsverhalten abgerungen werden. Überdies zielen kollektive Drucksituationen nicht stets auf eine Vereinbarung des Angegriffenen mit dem Angreifer. Ziel der Druckausübung kann faktisches Verhalten oder eine Maßnahme sein, etwa die Kündigung eines missliebigen Vorgesetzten, das Unterbleiben einer externen Einstellung (um einem internen Bewerber weiterzuhelfen) bis hin zu wirtschaftlichen Entscheidungen, von der Produktionsverlagerung bis zum Investitionsprogramm. Wer keine Grenzen zieht, erlaubt praktisch die umfassende Druckausübung – begrenzt nur durch die tatsächlichen Schranken der Mobilisierungsfähigkeit der Arbeitnehmer. Nur die Beurteilung der Zweck-Mittel-Relation schützt die Unternehmen in ihren verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Freiheiten. Sie ist also kraft Schutzpflicht geboten.

In der deutschen Arbeitskammerrechtliteratur fristet die *Schutzpflicht* vor dem unverhältnismäßigen Arbeitskammerkampf

noch ein kümmerliches Dasein; die Diskussion konzentriert sich bislang auf den Tarifvertrag und seine mittelbare Grundrechtsbindung. Wenn aber der maßgebliche Grund für die Kontrolle des Tarifvertrags nicht mehr dessen Rechtsnormqualität ist, sondern die Ausübung privater Macht, dann gebietet die Schutzpflicht aus Art. 12 GG auch den Schutz vor dem Machteinsatz durch Arbeitskammerkampf – und zwar über das tradierte Arbeitskammerkammerrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip hinaus⁴⁵. Der *EuGH* ist weiter: Für die Grundfreiheiten des EGV verlangt er staatlichen Schutz auch vor Arbeitskammerkampf und Boykott sowie Blockaden. Im entschiedenen Fall behinderten französische Bauern den innergemeinschaftlichen Warenverkehr mit Obst und Gemüse⁴⁶.

Sieht man näher auf die Zweck-Mittel-Relation beim kollektiven Gebrauch von Individualrechten, so bleiben von den drei klassischen Beanstandungskategorien – verbotenes Mittel (Drohungsübel), verbotener Zweck (Druckziel) und Missverhältnis zwischen Drohung und Zweck⁴⁷ praktisch nur die letzte übrig. Denn der spezifische Charme des kollektiven Drucks liegt darin, dass die Arbeitnehmer ein erlaubtes individualrechtliches Instrument einsetzen. Zweck ist die angestrebte Regelung oder Verhaltensweise. Dem Arbeitgeber soll aber in aller Regel kein verbotenes Tun abgezwungen werden, sondern ein erlaubtes: Entweder soll er auf die Umstrukturierung verzichten oder besondere Ausgleichsmaßnahmen vornehmen. Selbst die Forderung nach Tarifbindung des Erwerbers zielt auf erlaubtes Verhalten.

Die Frage, inwiefern der Arbeitgeber von einem *Freiwilligkeitsvorbehalt* geschützt wird, kann man dabei unterschiedlich zuordnen: Entweder hält man bereits die vertragliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung einer bestimmten Betriebsstruktur als solche für unzulässig, weil der Arbeitgeber sich hierzu rechtlich nicht verbindlich verpflichten könne – weder im Arbeitsvertrag noch in einer Betriebsvereinbarung. Jede durchsetzbare Pflicht wäre dann unzulässiger Regelungsinhalt⁴⁸. Oder aber man hält eine solche Vereinbarung zwar für (beschränkt) zulässig. Dann konzentriert sich die Bewertung jedoch darauf, ob der Arbeitgeber zu dieser Regelung unter unangemessenem Druck bewegt worden ist. Insofern geht es um die eigentliche Zweck-Mittel-Relation. Eine Scheidung beider Varianten ist – ungeachtet der allenfalls marginalen Rechtsfolgenunterschiede – nur möglich, wenn die inkriminierte Vereinbarung entweder zu Stande gekommen oder aber doch inhaltlich bestimmt gefordert worden ist.

Diese kritische Durchleuchtung des Zweck-Mittel-Verhältnisses bei der Druckausübung ist der zutreffende Kern der Rechtsmissbrauchstheorie: So lässt sich die Angemessenheit des Druckmittels – der Einsatz wirtschaftlicher Macht durch kollektive Vertragsaufsage – in Ansehung des Druckzieles untersuchen und der unangemessene Druck unterbinden. Für diese Bewertung des Verhältnisses von

41) Dazu *Staudinger/J. Hager* (o. Fußn. 39), § 823 Rdnrn. D 38, 43.

42) *Schönke/Schröder/Eser*, StGB, 26. Aufl. (2001), § 240 Rdnrn. 17 ff.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 64. Aufl. (2005), § 123 Rdnrn. 19 ff.; *Kramer*, in: *MünchKomm*, 4. Aufl. (2001), § 123 Rdnrn. 47 ff.; *Bamberger/Roth/Wendland*, BGB, 2003, § 123 Rdnrn. 28 ff.

43) Eingehend *Staudinger/J. Hager* (o. Fußn. 41), § 823 Rdnrn. D 1 ff., insb. Rdnrn. D 35 ff. zum Boykott und D 47 ff. zum Schutz der Entscheidungsfreiheit vor dem Arbeitskammerkampf, jew. m. Nachw.

44) Nur *ErFK/Dieterich* (o. Fußn. 27), Art. 9 GG, Rdnr. 111 ff.

45) Dazu schon *Rieble* (o. Fußn. 26), Rdnrn. 1366 ff.

46) *EuGH* (9. 12. 1997), Slg. 1997 I-6959 = NJW 1998, 1931.

47) Dazu wiederum *Palandt/Heinrichs* (o. Fußn. 41), § 123 Rdnrn. 19 ff.; *Kramer*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 41), § 123 Rdnrn. 47 ff.; *Bamberger/Roth/Wendland* (o. Fußn. 42), § 123 Rdnrn. 28 ff.

48) Für die Diskussion um den „durchsetzbaren Interessenausgleich“ *Richardi/Annuf* (o. Fußn. 29) § 112 Rdnrn. 23, 43 ff., m. Nachw.

Mittel und Zweck ist entscheidend, dass der Arbeitgeber in der Frage der Betriebsverlagerung, und -reorganisation nach der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich frei sein soll. Die Modifikation des § 613 a BGB im Zuge der BetrVG-Reform 1972 beruht gerade auf der Entscheidung, dass der Betriebsübergang als solcher nicht mitbestimmungspflichtig ist⁴⁹. Hier gilt Organisationsfreiheit. Sie rechnet zur unternehmerischen Freiheit aus Art. 12 I GG. Und selbst beim Betriebsteilübergang, der mit Blick auf die mit ihm einhergehende Betriebsspaltung der Mitbestimmung nach §§ 111 f BetrVG ausgesetzt ist, kann der Betriebsrat die belastende Maßnahme nicht verhindern, sondern nur einen Ausgleich durch Sozialplan erzwingen. Auch gegenüber seinen Arbeitnehmern ist der Arbeitgeber frei in seiner Entscheidung zum Teilbetriebsübergang.

Das Widerspruchsrecht verschafft dem Arbeitnehmer kein anerkanntes Mittel zur Verhinderung der Arbeitgebermaßnahme. Es dient nur defensiv der Sicherung der negativen Vertragspartnerwahlfreiheit des einzelnen Arbeitnehmers, der sich gegen den Arbeitgeberwechsel als gesetzliche Folge des Betriebsübergangs wehren kann. Er hat kein Recht auf Widerspruch gegen den Betriebsübergang als Organisationsmaßnahme. Irgendein aggressives „Mitgestaltungsrecht“ an der Betriebsstruktur ist mit dem Widerspruchsrecht so wenig verbunden wie mit dem Recht zur Eigenkündigung. Der Arbeitnehmer kann „geh'n, wenn es ihm nicht passt“, darf aber keine wunschgemäße Betriebsgestaltung durchsetzen wollen. Auch eine aggressive Durchsetzung von individuellen Kompensationsleistungen (nach Art des Sozialplans) oder zur Unterstützung der Sozialplanforderungen ist unzulässig. Schon von Verfassungs wegen rechtswidrig ist jeder Druck, den Erwerber in den Arbeitgeberverband zu pressen, Art. 9 III 2 GG.

Die maßgebliche Abgrenzung folgt eben hieraus: Will der Organisator des kollektiven Widerspruchs lediglich den Arbeitnehmern „Formulierungshilfe“ leisten, damit sie ihre individuelle Ablehnung des Arbeitgeberwechsels – auch abgestimmt – defensiv zur Geltung bringen, so ist dieses Verhalten rechtmäßig. Der Betriebsrat allerdings überschreitet damit seinen Aufgabenkreis (noch III 3).

Will der Organisator dagegen ein Verhalten des Veräußerers oder Erwerbers erreichen,

- vom (teilweisen) Verzicht auf die Umstrukturierung
- über eine Absicherung von Arbeitsbedingungen (etwa: Kündungsverzicht, Zusage künftiger Entgeltentwicklung)
- oder Ausgleichszahlungen für verschlechterte Arbeitsbedingungen (Quasi-Sozialplan beim Betriebsübergang)
- bis hin zur Sicherung der Tarifbindung bei Erwerber oder
- der Durchsetzung von Interessenausgleichs- oder Sozialplanzielen beim Teilbetriebsübergang,

dann wird der hierzu ausgeübte Druck rechtswidrig: Zu diesem Zweck darf das Mittel des Widerspruchs nicht eingesetzt werden.

4. Zentralproblem: Nachweis der „überschießenden Druckausübung“

Der Nachweis der „überschießenden Druckausübung“ mag schwer zu führen sein. Die Darlegungs- und Beweislast ist aber notwendige Konsequenz der Wertung des Art. 9 III GG, die eine abgestimmte defensive Verhaltensweise erlaubt:

- Wollen die Arbeitnehmer den Betriebsübergang gestalten, ist wesentlich für eine derartige Druckausübung, dass die Arbeitnehmer die Bereitschaft zeigen, bei „Folgsamkeit“ des Arbeitgebers (des alten oder des neuen) von ihrem Widerspruch Abstand zu nehmen. In aller Regel kann das Zwangsmittel Widerspruch verhaltenssteuernd nur wirken, wenn der Drohende seinen Einfluss demonstriert. Insofern also zeigt dich die Druckkom-

ponente entweder daran, dass der Widerspruch nur angedroht, aber nicht ausgesprochen wird. Oder aber es wird Bereitschaft zur „Rücknahme“ des Widerspruchs angedeutet. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der einmal ausgesprochene Widerspruch als solcher einseitig weder widerruflich noch sonst frei rücknehmbar ist. Denn es geht es um faktische Persistenz und nicht um rechtliche Konsequenz. Zudem kann die Widerspruchsfolge durch Einvernehmen der drei Beteiligten überwunden werden.

- Wollen die Arbeitnehmer dagegen den Betriebsübergang verhindern, indem sie gegen den Arbeitgeberwillen beim Veräußerer bleiben, ist dies deutlich schwerer nachzuweisen. Insofern schafft der Massen-Widerspruch selbst endgültige Fakten. Weil aber das den Arbeitgeber bedrängende Ergebnis auch Folge zulässigen Individualverhaltens – Verhinderung des Arbeitsverhältnisübergangs – sein kann, bleibt der Arbeitgeber in der Defensive. Die Willensbeugungsabsicht kann hier nur nachgewiesen werden, wenn die Organisatoren sie preisgeben. Auf der anderen Seite wirkt das Risiko der Arbeitnehmer, ihren Arbeitsplatz infolge des Widerspruchs zu verlieren, risikobegrenzend: Für die Arbeitnehmer ist das ein Spiel mit hohem Risiko. Wenn nur wenige „mitziehen“ oder der Arbeitgeber auf solche Renitenz mit der Fremdvergabe der Arbeiten reagiert, verlieren sie ihren Arbeitsplatz.

III. Rechtsfolgen des unzulässigen Kollektivwiderspruchs

Aus Raumgründen kann ich die problematischen Rechtsfolgefragen nur cursorisch darstellen:

1. Widerspruch bleibt wirksam

Rechtsfolge der kollektivrechtlichen Beanstandung des kollektiven Drucks als missbräuchlich und rechtswidrig ist nicht notwendig die Unwirksamkeit der Individualmaßnahme, also der Eigenkündigung des Arbeitnehmers oder seines Widerspruchs nach § 613 a VI BGB. Denn das Rechtswidrigkeitsverdict zielt nicht auf die „nackte“ Kündigung oder den isolierten Widerspruch, sondern auf deren Einbindung in eine kollektive Druckaktion. Das zeigt sich an der kollektiven Verweigerung des Vertragsschlusses, wenn etwa ein bestimmter Arbeitgeber in Verruf gerät und keine Arbeitnehmer mehr findet. Das individuelle Vertragsverhalten ist für sich genommen ohne weiteres rechtmäßig und notwendigerweise „wirksam“. Anstößig ist die kollektive Druckausübung. Und rechtswidrig wird das Verhalten des einzelnen Arbeitnehmers nur wegen der Beteiligung an dem kollektiven Versuch der Willensbeugung. Nichts anderes gilt, wenn es sich um einen betrieblichen Arbeitskampf handelt. Selbst wenn man den Widerspruch und den kollektiven Druck zu einer Einheit zusammenfasst, scheidet doch ein Verstoß des Individualwiderspruchs als Rechtsgeschäft gegen § 74 II 1 BetrVG als Verbotsgebot – mit der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB – aus⁵⁰. Der widersprechende Arbeitnehmer ist nicht Verbotsadressat des § 74 II 1 BetrVG, sondern der Betriebsrat – so wie sich die tarifliche Friedenspflicht an die Gewerkschaft und nicht an deren Mitglieder wendet. Umgekehrt bedeutete die Unwirksamkeit des Widerspruchs, dass ein Gestaltungserfolg vernichtet würde, den der Arbeitnehmer durch Eigenkündigung jederzeit wieder herbeiführen kann. Dem Arbeitgeber wäre durch die Vernichtung des Widerspruchs nicht geholfen – allenfalls würde er als Opfer des unzulässigen Kollektivdrucks mit der zusätzlichen Unsicherheit belastet, ob die Kündigung bzw. der Widerspruch unwirksam ist. Und umgekehrt: Für die Kollektivwidersprecher ist der Arbeitsplatzverlust ein angemessenes und notwendiges Risiko, das

49) RegE, Begr. BT-Dr 6/1786, S. 59.

50) Dies erwägt Seiter (o. Fußn. 31), S. 75; Müller-Ehlen, Der Übergang von Arbeitsverhältnissen im UmwandlungsR, 1999, S. 91.

ihre Strategie begrenzt. Entgegen *Kissel* besteht kein Widerspruch zwischen individualrechtlicher Wirksamkeit und arbeitskampfrechtlicher Rechtswidrigkeit⁵¹.

2. Ersatzansprüche der Arbeitgeber

Die Arbeitgeber werden geschädigt wie im Arbeitskampf. Das gilt zunächst für den *Erwerber*, dem die Arbeitskraft durch den Widerspruch so entzogen wird wie durch eine Massenkündigung oder einen rechtswidrigen Streik. Schaden ist aber nicht schon der Entzug der Arbeitskraft, sondern erst der durch den Arbeitsausfall verursachte Gewinnentgang⁵². Die Schadensersatzansprüche gründen auf dem rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 I BGB), im Falle des Boykotts auf § 826 BGB und gegenüber Betriebsratsmitgliedern auf der Verletzung von § 74 BetrVG als Schutzgesetz (§ 823 II BGB), ein Verstoß gegen eine tarifliche Friedenspflicht (etwa aus einem Rationalisierungsschutzabkommen) im Fall des Widerspruchs nach Betriebsübergang zudem auf der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten gegenüber dem Erwerber (§ 280 BGB), weil der Arbeitnehmer nicht mit dem Widerspruch, wohl aber mit der Teilnahme an der Kollektivaktion seine Rücksichtnahmepflicht verletzt. Die in Anspruch genommenen einzelnen Arbeitnehmer können sich nicht auf den zulässigen Individualwiderspruch als rechtmäßiges Alternativverhalten berufen – sowenig der rechtswidrig Streikende sich auf die Möglichkeit der Eigenkündigung berufen kann. Denn der druckfreie Individualwiderspruch ist kein anderes Verhalten. Das Betriebsratsmitglied kann sich nicht auf ein Haftungsprivileg⁵³ berufen, weil er mit jeder Kampfmaßnahme ersichtlich außerhalb seines betriebsverfassungsrechtlichen Aufgabenkreises agiert; überdies wird jedenfalls Eventualvorsatz vorliegen.

Für den Veräußerer stellt sich die Frage spiegelbildlich: Ihm werden Arbeitskräfte aufgezwungen – was notwendig aber nur an dem Missbrauch des Widerspruchsrechts liegt. Das ändert nichts am Ersatzanspruch aus den genannten Grundlagen. Insbesondere greift nicht der Einwand, § 613 a BGB habe nicht die Funktion, dem Veräußerer zu helfen, seine Arbeitnehmer „loszuwerden“. Die Prämisse stimmt zwar, doch beruht der Ersatzanspruch nicht auf einer Verletzung des § 613 a VI BGB, sondern auf dem Verbot kollektiver Druckmaßnahmen, weswegen es nur auf dessen Schutzzweck ankommt. Als Schaden treten die Belastungen mit Annahmeverzugsentgelt⁵⁴, der Aufwand für Kündigungschutzprozesse und schließlich die Sozialplankosten ein.

3. Ersatzansprüche der Arbeitnehmer

Der widersprechende Arbeitnehmer kann selbst Opfer der Aktion sein: Die Aktion gefährdet seinen Arbeitsplatz. Oft werden die zum Widerspruch geführten Arbeitnehmer sich nicht über dieses Risiko im Klaren sein. Kommt es – wie im Praxisbeispiel der Möbelauslieferer (o. I) – zur betriebsbedingten Kündigung, so haben Betriebsrat oder Gewerkschaft ihren Kampfehrgeiz befriedigt, aber auf Kosten des Arbeitnehmers, der den Arbeitsplatz verloren hat. Bei Gewerkschaftsmitgliedern wird man zu prüfen haben, ob der Streikfonds (Unterstützungskasse) nicht auch Kampfschäden dieser Art ersetzen muss. Enge Satzungsvorschriften sind einer Angemessenheitskontrolle zu unterziehen⁵⁵.

Vor allem aber ist Ansatzpunkt für eine Haftung eine Aufklärungspflichtverletzung. Wer Arbeitnehmern den kollektiven Widerspruch ansinnt und dabei als Betriebsratsmitglied, als Gewerkschaftsfunktionär oder als Anwalt des Betriebsrats besonderes Vertrauen in Anspruch nimmt, muss den Arbeitnehmer über die Gefahr des Arbeitsplatzverlustes nach Widerspruch aufklären. Wenn die beteiligten Arbeit-

geber nach § 613 a VI BGB eine Informationspflicht trifft, dann erst recht denjenigen, der die Entscheidung des Arbeitnehmers zu Kampfzwecken beeinflusst und so dessen wirtschaftliche Existenz im Kollektivinteresse gefährdet. Unproblematisch ist das im Falle der rechtsberatenden Gewerkschaft, weil diese aus dem Mitgliedschaftsverhältnis zur ordnungsgemäßen Beratung verpflichtet ist – in derselben Intensität wie ein Rechtsanwalt⁵⁶. Problematischer ist dies beim Betriebsrat, der in Ermangelung von Vermögen als Gremium nicht haften kann. Indes: Der Betriebsrat ist zur Rechtsberatung des Arbeitnehmers nicht befugt, weil er damit den Gewerkschaften als beitragsfreie Ersatzgewerkschaft kostenfreie Beratungskonkurrenz machte, weil der Arbeitgeber so die Rechtsverfolgung gegen sich selbst finanzieren müsste und vor allem gerade weil der Betriebsrat für Fehlberatung nicht haften kann. Insbesondere liegt kein Fall der demnächst zulässigen unentgeltlichen Rechtsberatung nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz vor. Dass der Betriebsrat den Arbeitnehmer im Rahmen des betrieblichen Beschwerdeverfahrens unterstützen kann (§§ 84, 85 BetrVG), besagt nichts anderes. Denn dieses dient ausschließlich der Bereinigung von Regelungsstreitigkeiten, niemals aber dem individuellen Rechtsschutz⁵⁷.

Maßt sich nun der Betriebsrat durch die gezielte Beeinflussung der Arbeitnehmerentscheidung über den Widerspruch eine Rechtsberatungskompetenz an, so löst dies wie beim nichtigen Rechtsberatungsvertrag gleichwohl Schutz- und Aufklärungspflichten aus⁵⁸, es kommt zu einem Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht. Die persönliche Haftung der Betriebsratsmitglieder (oder des vom Betriebsrat beauftragten Rechtsanwalts) lässt sich auf zwei Wegen begründen. Einmal nimmt das Betriebsratsmitglied als Sachwalter persönliches Vertrauen in Anspruch (§ 311 III BGB). Zum anderen ist an § 179 BGB analog zu denken, weil das Betriebsratsmitglied wegen der Aufgabenüberschreitung nicht für das Gremium agieren kann (angemaßte Rechtsberatungsbefugnis); wie bei dem Vertreterhandeln für eine nicht existente Person⁵⁹. Der Einwand, eine quasivertragliche Vertrauenshaftung sei systemwidrig⁶⁰, sticht hier nicht, weil sich der Betriebsrat evident außerhalb seines Aufgabenkreises bewegt. Man stelle sich nur vor, der Betriebsratsvorsitzende würde eine Altersversorgungsberatung der Arbeitnehmer veranstalten und den Arbeitnehmern nachteilige Verträge ansinnen. Das alles ist rechtliches Neuland und dementsprechend mit einem entsprechenden Rechtsrisiko behaftet. Deswegen ist auch an eine Haftung aus § 826 BGB zu denken: Der uninformierte Arbeitnehmer wird zum Objekt einer kollektiven Aktion gemacht, sein Arbeitsplatz wird im kollektiven Durchsetzungsinteresse geopfert, er wird mit seiner beruflichen Existenz „verheizt“. Das ist eine evident sittenwidrige Schädigung.

51) *Kissel* (o. Fußn. 22), § 61 Rdnrn. 22 f, 26

52) Zur Haftung für rechtswidrigen Streik nur *BAG* (10. 12. 2002), *BAGE* 104, 155 = *NZA* 2003, 734 = *EzA* Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134 = *AP* Nr. 162 zu Art. 9 GG; *BAG* (5. 3. 1985), *NZA* 1985, 504 = *AP* Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = *EzA* Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 57.

53) *Belling*, Die Haftung des Betriebsrats und seiner Mitglieder für Pflichtverletzungen, 1990, S. 244 ff.

54) Aber *BAG* (19. 3. 1998), *BAGE* 88, 196 = *NZA* 1998, 750 = *EzA* § 613 a BGB Nr. 163 = *AP* Nr. 177 zu § 613 a BGB.

55) *Schmiegel*, Die Inhaltskontrolle von Koalitionssatzungen, 1995, S. 119 ff.

56) *BGH* (26. 2. 1981), *NJW* 1981, 1553 = *AP* Nr. 2 zu § 11 ArbGG 1979 Prozessvertreter; *OLG Düsseldorf* (1. 6. 1989), *NJW-RR* 1989, 1196.

57) Arg. § 85 II 3 BetrVG, näher *Wiese*, GK-BetrVG (o. Fußn. 10), § 85 Rdnrn. 10 ff.

58) *BGH* (30. 9. 1999), *NJW* 2000, 69.

59) Statt aller *Staudinger/Schilken* (o. Fußn. 13), § 179 Rdnr. 22.

60) *Richardi/Thüsing* (o. Fußn. 29), § 39 Rdnr. 29.