

I. Faktischer Arbeitskampf um Standorterhalt

Die Vorgänge bei DaimlerChrysler und Opel im Jahr 2004 sind markante Fälle eines neuen Streiktypus. Die Entlassungen in erheblichem Umfang haben die Belegschaften zur Arbeitsniederlegung bewegt. Am Beispiel DaimlerChrysler: Der Leiter der Mercedes Car Group Hubbert hat angekündigt, die Produktion des neuen Modells der C-Klasse nach Bremen und Südafrika zu verlagern, sollte der Gesamtbetriebsrat nicht einer Personalkosteneinsparung von 500 Millionen € im Jahr zustimmen. In Sindelfingen würde diese Verlagerung zum Wegfall von ca. 10 000 der 42 000 Arbeitsplätze führen. IG Metall, Gesamtbetriebsrat und einige Einzelbetriebsräte von DaimlerChrysler protestierten. Im Rahmen bundesweiter Proteste legten in der Folgezeit zehntausende Beschäftigte immer wieder die Arbeit nieder, beginnend mit einer einstündigen Arbeitsniederlegung am 9. 7. 2004, die verharmlosend als „Informationsveranstaltung“ bezeichnet wurde. Die Aktionen, insbesondere der Ausfall ganzer Schichten währte bis zum 21. 7. 2004. Die Arbeitnehmer erzwangen so eine Übereinkunft zwischen Konzernspitze und Gesamtbetriebsrat am 23. 7. 2004, die neben der geforderten Arbeitskostensenkung eine Beschäftigungsgarantie für den Standort Sindelfingen bis 2012 vorsah sowie eine Zusage des Vorstands, auf 10% der Vorstandsbezüge zu verzichten. Treibende Kraft der Aktionen war nicht die IG Metall als zuständige Gewerkschaft, sondern die Betriebsräte des Unternehmens – allen voran der Vorsitzende des Gesamtbetriebsrats und stellvertretende Vorsitzende des Aufsichtsrats, Klemm¹.

Als Streik gemäß dem herkömmlichen Arbeitskampfrecht waren jene Aktionen schon deswegen rechtswidrig, weil der Streik nur um Tarifverträge und nur unter Führung von Gewerkschaften zulässig ist. Die IG Metall als zuständige Gewerkschaft hat aber weder den Streik geführt, noch überhaupt eine Tarifforderung erhoben. Da sowohl bei DaimlerChrysler wie bei Opel – dort fanden ausdauernde „Informationsveranstaltungen“ statt – die Arbeitsniederlegungen von Betriebsräten organisiert worden sind, haben diese zugleich gegen das ausdrückliche betriebsverfassungsrechtliche Arbeitskampfverbot des § 74 Abs. 1 Satz 2 BetrVG verstoßen.

Vordergründiges Ziel dieser Maßnahmen war es, die Unternehmens- respektive Konzernspitze von ihren Standortplänen abzubringen. Bei Opel ging es um einen infolge der Fertigungsüberkapazität fest beschlossenen Personalabbau in Europa, den die amerikanische Mutter General Motors beschlossen hatte – und für den eine Entscheidung vor allem zwischen Opel-Standorten in Deutschland (Rüsselsheim, Bochum, Eisenach) und schwedischen Saab-Standorten (Trollhättan) zu treffen gewesen ist. Dementsprechend unklar war das Streikziel: Verzicht auf die gebotene Kapazitätsanpassung, also ein Zwang zu unwirtschaftlicher Überbeschäftigung, oder St.-Floriants-Taktik zu Lasten der Schweden?

Nur am Rande zu vermerken ist, dass die Belegschaften zugleich zu rechtswidrigen Einzelmaßnahmen gegriffen haben. Zu nennen ist vor allem der Zugriff auf Arbeitgebervermögen an Betriebsmitteln bei DaimlerChrysler; dort hatten die Gabelstaplerfahrer eine „Demonstrationsfahrt“ veranstaltet, die den gewollten Effekt hatte, dass die Fertigungsanlagen nicht mehr mit Nachschub beliefert werden konnten – so wurde dem Arbeitgeber die Möglichkeit genommen, die Gabelstapler mit Arbeitswilligen zu besetzen. Sowohl in Stuttgart als auch bei Opel kam es zu Werkstorblokkaden, die jedem Arbeitswilligen,

Professor Dr. Volker Rieble, München

Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung*

- I. Faktischer Arbeitskampf um Standorterhalt
- II. Unzureichendes Kampffarsenal bei Existenzbedrohung?
- III. Zwischenruf: Streikgewährleistung nach der Europäischen Sozialcharta
 1. Streikrecht nach Teil II Art. 6 ESC
 2. Rechtswirkung der ESC und der Ministerratsempfehlung
- IV. Arbeitskampf als Konfliktlösungsinstrument im Vertragsrechtssystem
 1. Kollektivvertragsbezug und gewerkschaftliches Streikmonopol
 2. Ausgestaltungsbedürftigkeit der Kollektivvertrags- und Arbeitskampfgarantien
 3. Kollektivvertragliche Regelung außerhalb des Tariffsystems
 4. Kollektive Änderungskündigung als Druckinstrument
 5. Kein Streikprivileg für den gewerkschaftsfreien Kampf
 6. Kündigungsfristenproblem
- V. Grenzen
 1. Betriebsverfassungsrechtliches Kampfverbot
 2. Freiwilligkeitsvorbehalt
- VI. Ergebnisse

* Erweiterte Fassung meiner Münchner Antrittsvorlesung vom 21. 1. 2005. Ich danke besonders dem Vors. Richter am BAG Beppler, der mir sein Manuskript für die Festschrift Wißmann vorab zur Verfügung stellte und mit dem ein fruchtbarer Gedankenaustausch stets möglich ist.

1) Süddeutsche Zeitung v. 15. 7. 2004 und 18. 7. 2004; FAZ v. 16. 7. 04 und 23. 7. 2004.

der am Streik nicht hätte teilnehmen wollen, die Arbeitsaufnahme unmöglich machte – auch das ist evident rechtswidrig.

Nun könnte man es sich einfach machen und die evidente Rechtswidrigkeit jener Arbeitsniederlegungen hinnehmen. Zu fragen wäre dann nur nach den Sanktionen: Das Spezifikum der Arbeitskampsrechtslehre liegt darin, dass der rechtmäßige Streik das Arbeitsverhältnis und damit die beiderseitigen Hauptleistungspflichten suspendiert – und damit den Streik vom Verdikt des Vertragsbruches befreit. Dem rechtswidrigen Streik fehlt diese Rechtswirkung. Nach ganz herrschender Meinung bleibt also die Arbeitspflicht erhalten, weswegen jeder Streikende einen Vertragsbruch begeht. Deliktisch liegt im rechtswidrigen Streik zugleich ein rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – letztlich also in die unternehmerische Betätigungsfreiheit vor, die durch die zielgerichtete Arbeitsniederlegung final unmöglich gemacht wird.

Dementsprechend hätten die Arbeitgeber reagieren können:

- mit Unterlassungsverfügungen gegen die Organisatoren und Teilnehmer der Arbeitsniederlegungen – gezielt auf die Unterlassung der Arbeitsniederlegung insgesamt oder aber der rechtswidrigen Einzelmaßnahmen – gestützt auf § 1004 BGB i. V. m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, gegen die Betriebsräte zusätzlich auf das betriebsverfassungsrechtliche Arbeitskampsverbot als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB²;
- mit der außerordentlichen Kündigung der Teilnehmer des rechtswidrigen Streiks, oder doch wenigstens der Organisatoren und Rädelsführer und derjenigen, die sich an den verbotenen Werksblockaden und am Zugriff auf Arbeitgeber-Betriebsmittel beteiligt haben³;
- mit Schadensersatzforderungen für den Produktionsausfall, gestützt auf die Arbeitsvertragsverletzung und den rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb⁴;
- mit Platzverweisen für die Teilnehmer an Aktionen auf dem Werksgelände nebst deren Durchsetzung notfalls mit Gewalt, aber auch mit vorläufigem Rechtsschutz und einer Strafanzeige wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB)⁵;
- mit Strafanzeigen wegen Nötigung, Erpressung im Falle massenhafter Werksblockaden durch unübersichtliche Menschenmengen womöglich und sogar wegen Landfriedensbruchs⁶.

All dies geschah nicht. Lediglich bei Opel soll es zu zwei fristlosen Kündigungen gekommen sein⁷. Das zeigt, wie groß die Macht der Arbeitnehmer inzwischen ist: Sie können den Arbeitgebern die Duldung eindeutig rechtswidrigen Verhaltens abnötigen, weil jedes Unternehmen weiß, dass Wehrhaftigkeit gegen den Rechtsbruch des Betriebsrats „abgestraft“ wird – mit fehlender Kooperation bei mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten. Nur Strafrechtler kommen auf die Idee, dass darin eine Dauernötigung liegen kann.

Der eklatante Rechtsbruch wirft zwei Fragen auf: Positiv gestimmt lässt sich fragen, ob die Arbeitskampsrechtsordnung richtig liegt, wenn sie solche Streiks der betroffenen Belegschaft um den Arbeitsplatzverlust strikt verbietet. Immerhin geht es für die Betroffenen um ihre berufliche Existenz. Müssen sie – wenn ihre Arbeitsplätze durch als kalt und rücksichtslos empfundene Unternehmerentscheidungen gefährdet sind – nicht ihr Interesse am Arbeitsplatzverlust mit wirtschaftlichem Druck geltend machen können?

Negativ missgestimmt lässt sich fragen, ob denn die – als richtig unterstellte – derzeitige Arbeitskampsrechtsordnung überhaupt zu halten ist, wenn sich der Rechtsbruch etabliert und sanktionslos bleibt. Anders gewendet: Kommt es nicht zur faktischen Derogation der Arbeitskampsrechtsordnung mit der Folge, dass jeder „macht was er will“? Wird so nicht die grund-

sätzliche Friedensfunktion der Rechtsordnung ausgeschaltet? Diese zweite Frage kann man nur im Sinne von Iherings Schrift „Der Kampf ums Recht“ aus dem Jahre 1872 beantworten: Zwar ist die Wahrung der Arbeitgeberrechte in erster Linie Aufgabe der Arbeitgeber selbst. Freilich muss die Rechtsordnung die Abwehrmöglichkeiten hinreichend effektiv gestalten und darf es nicht zulassen, dass Mitbestimmungsrechte durch den Betriebsrat zur „Geiselnahme“ verfremdet werden. Gerade mit Blick auf die durch Arbeitskämpfe nachteilig betroffenen Dritten ist so oder so ein Einschreiten des Staates geboten. Die Rechtsordnung darf keine rechtsfreien Räume etablieren – auch nicht für den Arbeitskamps. Interessenkonflikte müssen nach rechtlich geordneten Regeln ausgetragen werden, sonst droht das Faustrecht des wirtschaftlich Stärkeren. Wenn der Staat sich heraushält, führt dies zur rechtlichen Verwahrlosung. Erste Anzeichen sind schon zu bemerken: Unternehmen beginnen, die Standortverlagerungsdrohung als universelle Allzweckwaffe zu sehen und hemmungslos einzusetzen⁸. Das Spiel der Rechtslosigkeit werden am Ende die Arbeitnehmer verlieren.

Wer unbefangen denkt, aktiviert hier die staatliche Schutzpflicht im Dienst der Grundrechte. Für den Tarifvertrag als soziale Machtausübung ist diese inzwischen akzeptiert⁹; für den Arbeitskamps als intensivere Machtausübung muss sie erst recht greifen¹⁰. Die höchstrichterliche Arbeitskamps-Rechtsprechung hat diesen Aspekt bislang ignoriert. Der Große Senat des BAG hat zwar erkannt, dass Arbeitskämpfe schädliche Wirkungen nicht nur für die Betroffenen, sondern auch für unbeteiligte Dritte und die Allgemeinheit haben – und deswegen „im allgemeinen unerwünscht“ sind¹¹; er hat daraus aber nur die generelle Beschränkung des Arbeitskamps nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitet. Für die Rechtmäßigkeit des Streiks in „Ob“ und „Umfang“ hat diese Beschränkung praktisch keine Bedeutung. Es herrscht fast unbegrenzte Streikfreiheit. Insoweit wird man nach Modifikationen fragen müssen¹².

Der EuGH ist einen Schritt weiter: Für die Grundfreiheiten des EGV verlangt er staatlichen Schutz auch vor Arbeitskamps und Boykott sowie Blockaden. Im entschiedenen Fall behinderten französische Bauern den innergemeinschaftlichen Warenverkehr mit Obst und Gemüse¹³. Europarechtlich greift eine derartige Schutzpflicht jedenfalls gegenüber dem Arbeitskamps gegen eine Standortverlagerung innerhalb der EU. Nach Art. 43 EGV ist mit der Unternehmer-Freizügigkeit konsequenterweise auch das Recht zur Niederlassungsverlage-

2) BAG v. 8. 11. 1988 – 1 AZR 417/86, AP Nr. 111 zu Art. 9 GG Arbeitskamps; v. 26. 4. 1988 – 1 AZR 399/86, AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskamps; Löwisch, zur rechtlichen Beurteilung besonderer Arbeitskampsmaßnahmen im Medienbereich, RdA 1987, 219, 223.

3) BAG v. 17. 12. 1976 – 1 AZR 772/75, AP Nr. 52 zu Art. 9 GG Arbeitskamps; v. 14. 2. 1978 – 1 AZR 76/76, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskamps.

4) BAG v. 21. 12. 1982 – 1 AZR 411/80, AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskamps.

5) Dazu Löwisch/Krauß, in: Löwisch, Arbeitskamps- und Schlichtungsrecht, 1997, S. 436, Rdnr. 33 f.

6) Dazu Löwisch/Krauß (Fn. 5), S. 437 ff., Rn. 2 ff.

7) FAZ v. 15. 7. 2004.

8) Zu einem bezeichnenden Beispiel hellsichtig Däubler, NJW 2005, 30 ff.; Der Arbeitgeber droht nach verlorenem Beschlussverfahren mit Schließung, ArbG Leipzig v. 5. 9. 2002 – 7 BVGa 54/02, NZA-RR 2003, 142.

9) Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 2. Auflage 2004, § 1 Rn. 218 ff.

10) Dazu schon Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1366 ff.

11) BAG v. 28. 1. 1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskamps = BB 1955, 605 = SAE 1955, 510, unter Gründen I. 3.

12) Dazu Löwisch, in: Rieble, 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch, Zukunft des Arbeitskamps 2005, S. 36 ff.

13) EuGH v. 9. 12. 1997 – Rs C-265/95, EuGHE 1997 I, 6959 = NJW 1998, 1931.

rung garantiert: Die Zuzugsfreiheit hülfe wenig, wenn mit ihr nicht die grundsätzliche Freiheit des Wegzugs verbunden ist¹⁴.

Die staatliche Schutzpflicht muss sich in jedem Falle gegenüber dem rechtswidrigen Arbeitskampf durchsetzen. Der Staat darf es nicht hinnehmen, dass Arbeitgeber ohne effektive Abwehrrechte rechtswidrig bestreikt und damit in ihrer unternehmerischen Betätigungsfreiheit behindert werden. Notfalls ist das Strafrecht gefordert und sind die Staatsanwälte aufgerufen, das Legalitätsprinzip ernst zu nehmen. Dass Rechtsbrüche und Straftaten im Rahmen gesellschaftlicher Konflikte begangen werden, ist kein Grund, von Strafverfolgung wegen Nötigung und ggf. Erpressung abzusehen. In diesem Sinne ist es ein hoffnungsvolles Zeichen, dass bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart eine ganze Reihe von Strafanzeigen eingegangen ist, die auch zu einem Ermittlungsverfahren gegen einen der Streikführer geführt haben¹⁵. Ergänzend ist anzumerken: Das Betriebsverfassungsgesetz stellt die Behinderung der Betriebsratsarbeit eigens unter Strafe. Sollte nicht das allgemeine Strafrecht die Behinderung der Unternehmerarbeit abwehren?

Aus gewerkschaftsnahen Kreisen wird schon die Erwägung einer Strafanzeige gegen Betriebsräte als Tabubruch gesehen¹⁶ – obzwar Betriebsräte oder Gewerkschaften Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber durchaus als taktisches Instrument sehen¹⁷ – und obschon die (richtige) Entscheidung des BVerfG, eine Strafanzeige durch einen Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber sei ein staatsbürgerliches Recht und mithin kein Kündigungsgrund¹⁸, in den gewerkschaftsnahen Arbeitsrechtszeitschriften gefeiert worden ist¹⁹. Dass an das Handeln von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite derart unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden, lässt sich nur durch ideologische Prägung erklären.

Wir wollen uns im Folgenden deshalb auf die erste Frage nach dem richtigen Arbeitskampfrecht konzentrieren und die zweite nach seiner Durchsetzung der Praxis überlassen:

II. Unzureichendes Kampffarsenal bei Existenzbedrohung?

Nun mag man gerade mit Blick auf DaimlerChrysler und Opel fragen, weswegen die IG Metall sich so passiv verhalten hat. Denkbar wäre gerade gewesen, dass die Gewerkschaft – wie anderswo²⁰ – Standorticherungstarifverträge fordert und diese mit einem Hausarbeitskampf durchsetzt. Voraussetzung dafür ist nach dem richterlichen Arbeitskampfrecht allein, dass

- eine zulässige Tarifforderung von einer tariffähigen und tarifzuständigen Gewerkschaft erhoben ist,
- die Verhandlungen gescheitert sind (*ultima-ratio-Prinzip*)
- und kein aktuell geltender Tarifvertrag die Regelungsfrage erfasst, weswegen die Friedenspflicht der Gewerkschaft den Kampf verbietet.

Eine Friedenspflicht kann insbesondere aus tariflichen Rationalisierungsschutzabkommen folgen: Regeln die Tarifparteien mit ihnen allgemein die Folgen nicht nur von Arbeitsverdichtung, sondern auch von Personalabbau- und Standortentscheidungen, dann darf die tarifschießende Gewerkschaft die Einzelentscheidung eines Unternehmens im Geltungsbereich des Rationalisierungsschutzabkommens durch einen freiwilligen Tarifvertrag abfedern wollen – durch Streik darf dieser nicht erzwungen werden. In der Metallindustrie gilt derzeit jedoch kein Rationalisierungsschutzabkommen. Immerhin bleibt die vom BAG ausdrücklich angesprochene Möglichkeit, dass tarifliche Kündigungsschutzregeln (wie sie gerade für ältere Arbeitnehmer in den Metalltarifen zu finden sind) jeden Arbeitskampf um Sonderkündigungsschutz bei konkreten Betriebsstillegungen sperren²¹.

Hier bleiben Mutmaßungen. Vielleicht hat die IG Metall nach dem verlorenen Arbeitskampf in Sachsen den Misserfolg gefürchtet. Vielleicht aber war ihr auch klar, dass man mit dem Mittel des Streiks unrentable Arbeitsplätze nicht halten kann,

sondern durch die Kampfkosten den Arbeitsplatzabbau noch forciert. Nachträglich scheint es, dass die Arbeitsniederlegungen gar nicht so sehr einem konkreten Verhandlungserfolg dienen sollten, sondern vielmehr der wütenden Belegschaft die Möglichkeit verschafft hat „Dampf abzulassen“, also einen neuen Streikzweck der psychosozialen Reinigung vollzogen haben. Sei dem wie es sei: Die Entscheidung der IG Metall, keinen gewerkschaftlich getragenen Arbeitskampf auszutragen, ist – wie ihr Gegenstück, der gewerkschaftliche Kampfbeschluss – vom Betätigungsrecht der kollektiven Koalitionsfreiheit gedeckt und darf nicht im Wege der Zensur kontrolliert werden.

Auch hat das einzelne Mitglied keine verbandsrechtliche Möglichkeit, seine Gewerkschaft zum Streik zu zwingen: Nach den Gewerkschaftssatzungen entscheidet über die Tarifbewegung grundsätzlich der Vorstand und ggf. eine Tarifkommission – die überwiegend in den Satzungen vorgesehene Urabstimmung ist nur positive Voraussetzung für den Streik, kann aber den erforderlichen Vorstandsbeschluss nicht ersetzen.

Für die in ihrer beruflichen Existenz bedrohten Arbeitnehmer ist das eine zunächst ausweglose Situation. Einerseits schließt die Gewerkschaft Tarifverträge ab, die für die Standortbelastung mitverantwortlich sind; andererseits lässt sie die betroffenen Arbeitnehmer im Standortkonflikt allein.

Auf der anderen Seite ist zu fragen, ob das Arbeitskampfrecht – wie das der h. M. entspricht – ein absolutes Streikmonopol der Gewerkschaften vorgibt, mit der Folge, dass die betroffenen Arbeitnehmer die Entscheidung der IG Metall, keinen Arbeitskampf zum Arbeitsplatz- und Standorterhalt auszurufen, hinzunehmen hätten. Die Gegenfrage lautet: Gibt es womöglich ein gewerkschaftsunabhängiges Streikrecht oder sonstiges Kampfrecht, mit dem die Arbeitnehmer auch ohne Legitimation durch die IG Metall – oder gar gegen deren Willen – um ihren Arbeitsplatz kämpfen dürfen? Das spielt eine Rolle nicht nur für die Mitglieder der Gewerkschaft, die sich womöglich von dieser im Stich gelassen fühlen; vielmehr könnte die große Mehrheit der gewerkschaftsfreien Arbeitnehmer (durchschnittlich 80%²²), die sich nach h. M. zwar am gewerkschaftsgetragenen Arbeitskampf beteiligen darf, aber von der Mitwirkung über den Streikbeschluss ausgeschlossen ist, überhaupt nur so einen eigenen Kampfwillen entfalten.

III. Zwischenruf: Streikgewährleistung nach der Europäischen Sozialcharta

1. Streikrecht nach Teil II Art. 6 ESC

Wem das deutsche Richterrecht zum Arbeitskampf zu restriktiv erscheint, der greift es an. Dabei wird immer wieder auf die Europäische Sozialcharta vom 18. 10. 1961 zurückgegriffen

14) Statt aller: Müller-Huschke, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 48 EGV, Rn. 14 ff. zur Sitzverlegung; Müller-Graff, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 48 EGV, Rn. 14 ff. zur Sitzverlegung und Rn. 17 ff. zum Wegzug.

15) Aktenzeichen 140 Js 113 356/04 W.

16) Siehe Mitbestimmung Heft 12/2004, S. 8.

17) Vor allem Strafanzeigen wegen Behinderung der Betriebsratswahl nach § 119 Nr. 1 BetrVG, hierzu etwa die Einstellungsverfügung der StA Freiburg im Breisgau v. 27. 7. 1995 – 90 Js 136/95, EzA Nr. 1 zu § 119 BetrVG; auch Rieble, ZfA 2003, 283 ff.

18) BVerfG v. 2. 7. 2001 – 1 BVR 2049/00, AP Nr. 170 zu § 626 BGB = EzA Nr. 188 zu 626 BGB.

19) Stevens-Bartol, AiB 2003, 284; Deiseroth, ArbR 2002, 161.

20) Fall OTIS, LAG Niedersachsen v. 2. 6. 2004 – 7 Sa 819/04, AP Nr. 164 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Fall Heildelbruck, LAG Schleswig-Holstein v. 27. 3. 2003 – 5 Sa 137/03, AP Nr. 165 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA-RR 2003, 592; dazu Bauer/Krieger, NZA 2004, 1019; Hohenstatt/Schramm, DB 2004, 2214. Buchner, DB 2001, Beilage 9, S. 9 ff.

21) BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734 = EzA Nr. 134 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. Franzen) = AP Nr. 162 zu Art. 9 GG unter B. I. 2. b).

22) Durchschnittlicher Bruttoorganisationsgrad 2001: 24,1%; Nettoorganisationsgrad der aktiven Beschäftigten etwa 20%, Niedenhoff, Dossier: Gewerkschaften in Deutschland, 2003, S. 14.

– so auch hier. Insbesondere *Däubler* fordert ein Recht zu spontanen Arbeitsniederlegungen durch ebenso spontane *ad-hoc-Koalitionen*, wenn der Arbeitgeber mit Schließung des Betriebs und Verlagerung der Arbeitsplätze ins Ausland droht²³.

Die ESC legt die wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte für die Mitgliedsstaaten des Europarates fest – als Komplementär zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).

Die ESC legt in ihrem Teil I folgenden Programmsatz fest:

Die Vertragsparteien sind gewillt, mit allen zweckdienlichen Mitteln staatlicher und zwischenstaatlicher Art eine Politik zu verfolgen, die darauf abzielt, geeignete Voraussetzungen zu schaffen, damit die tatsächliche Ausübung der folgenden Rechte und Grundsätze gewährleistet ist: ...

5. Alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht auf Freiheit zur Vereinigung in nationalen und internationalen Organisationen zum Schutz ihrer wirtschaftlichen und sozialen Interessen.
6. Alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht auf Kollektivverhandlungen.

In Teil II wird dieser konkretisiert, zunächst in Art. 5 für die Vereinigungsfreiheit der Arbeitnehmer und Arbeitgeber „zum Schutz ihrer wirtschaftlichen und sozialen Interessen“ und – im Regelungszusammenhang hiermit – in Art. 6 für „das Recht auf Kollektivverhandlungen“:

Um die wirksame Ausübung des Rechtes auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

1. gemeinsame Beratungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu fördern;
2. Verfahren für freiwillige Verhandlungen zwischen Arbeitgebern oder Arbeitgeberorganisationen einerseits und Arbeitnehmerorganisationen andererseits zu fördern, soweit dies notwendig und zweckmäßig ist, mit dem Ziele, die Beschäftigungsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge zu regeln;
3. die Einrichtung und die Benutzung geeigneter Vermittlungs- und freiwilliger Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu fördern; und anerkennen;
4. das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen.

Von Bedeutung ist schließlich die Schrankensystematik. Teil V Artikel 31 lässt Einschränkungen dieses Rechts auf Kollektivverhandlungen und kollektive Maßnahmen nur eng zu:

1. Die in Teil I niedergelegten Rechte und Grundsätze dürfen nach ihrer Verwirklichung ebenso wie ihre in Teil II vorgesehene wirksame Ausübung anderen als den in diesen Teilen vorgesehenen Einschränkungen oder Begrenzungen nur unterliegen, wenn diese *gesetzlich vorgeschrieben* und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.
2. Von den nach dieser Charta zulässigen Einschränkungen der darin niedergelegten Rechte und Verpflichtungen darf für keinen anderen als den vorgesehenen Zweck Gebrauch gemacht werden.

Die ESC schafft für die Vertragsstaaten ein Wahlrecht, sie müssen nur fünf von sieben Grundfreiheiten umsetzen (Art. 20 Abs. 1 lit. b); die Bundesrepublik hat dem Generalsekretär des Europarates am 27. 1. 1965 erklärt, durch Art. 6 gebunden zu sein²⁴. Die Sozialcharta wurde 1996 revidiert, wobei das Recht auf Kollektivverhandlungen keiner Änderung unterzogen worden ist. Deswegen ist es insoweit ohne Belang, dass die Bundesrepublik die revidierte Sozialcharta nicht ratifiziert hat²⁵.

Für unsere Frage hingegen von Bedeutung ist, dass das Ministerkomitee als Organ des Europarates am 3. 2. 1998 (mit Zwei-Drittel-Mehrheit, Art. 29 ESC) eine Empfehlung an die Bundesrepublik ausgesprochen hat, wonach das Gewerkschaftsmonopol auf Streikaktionen mit Art. 6 Nr. 4 ESC unvereinbar sei, soweit es um kollektive Interessenkonflikte ginge wie Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz oder Kündigungen

von Arbeitnehmern²⁶. Die Bundesregierung hat die dieser Empfehlung zugrundeliegende Rechtsauffassung freilich zurückgewiesen²⁷.

Falls die Europäische Verfassung in Kraft tritt, stellt sich dieselbe inhaltliche Frage für Art. 28 der EU-Grundrechtscharta als neue Europäische Garantie von Tarifautonomie und Arbeitskampf:

„Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen

Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen haben nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.“

2. Rechtswirkung der ESC und der Ministerratsempfehlung

Für die deutsche Arbeitskampfrechtsentwicklung wird seit langem schon darüber gestritten, ob die ESC nur eine (transformationsbedürftige) völkerrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland ist oder ob sich Privatrechtssubjekte, also Arbeitnehmer, Arbeitgeber sowie deren Vereinigungen unmittelbar hierauf berufen können. Die herrschende Meinung nimmt ganz zu Recht Ersteres an²⁸ – wegen der systematischen Unterschiede zur EMRK als Parallelwerk²⁹, die ihrerseits die Koalitionsfreiheit in Art. 11 garantiert, und wegen der beschränkten Durchsetzungsmechanismen der ESC selbst.

Auch das BAG hält das deutsche Richterarbeitskampfrecht völkerrechtlich auf die ESC verpflichtet – hat aber bislang nicht zu der hier interessierenden Frage Stellung genommen, ob aus der ESC ein gewerkschaftsfreies Streikrecht abzuleiten ist³⁰.

23) *Däubler*, *ArbuR* 1998, 148.

24) BGBl. II; siehe auch den Nachweis auf den Internetseiten des Europarates: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=035&CM=8&DF=1/10/05&CL=GER&VL=1>, abgerufen am 10. 1. 2005.

25) Inhalt und Ratifikationsstand unter <http://conventions.coe.int/treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=163&CM=8&CL=ENG>, abgerufen am 10. 1. 2005.

26) Englischsprachiger Text der Empfehlung: „Recommendation on the application of the European Social Charter by Germany during the period 1993, 1994 – 13th supervision cycle – part IV“; deutsche nicht-amtliche Übersetzung in: *ArbuR* 1998, 154, 156.

27) BT-Drucks. 13/11 415 v. 3. 9. 1998, S. 17 f.

28) Statt aller: *Kissel*, *Arbeitskampfrecht*, 2002, § 20 Rn. 19 ff.; *MünchArbR/Birk*, 2. Auflage 2000, § 17 Rn. 98; *MünchArbR/Otto*, 2. Auflage 2000, § 284 Rn. 54; *Beppler*, in: *Festschrift Wißmann* (2005), S. 97 ff., 106; *MünchArbR/Löwisch/Rieble*, 2. Auflage 2000, § 242 Rn. 75; wegweisend *Wengler*, Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, 1969, S. 10 ff.; die Gegenmeinung findet sich nunmehr in älterem Schrifttum, etwa *Däubler*, *Arbeitskampfrecht*, 2. Auflage 1987, Rn. 102; aber offenbar aufgegeben in *Däubler*, *ArbuR* 1998, 147. Anders für die Niederlande der Hooge Raad v. 30. 5. 1986 NS (Niederlande Spoorwegen), NJ 1986, 688; dazu *Rebhahn*, DRdA 2004, 399, 403 (Teil 1), 503 ff. sowie *Däubler*, *ArbuR* 1998, 148. Weiter *Novitz*, International and European Protection of the Right to Strike, 2003 mit einer aus deutscher Sicht wenig plausiblen Demokratiebezogenheit der Streiks, S. 57 f., 294, 334. Das BVerfG hat gewerkschaftliche Sonderrechte bei der politischen Willensbildung stets und zu recht abgelehnt, etwa BVerfG v. 28. 4. 1976 – 1 BvR 71/73, BVerfGE 42, 133, 140 = EzA Nr. 1 zu § 74 BetrVG 1972 = AP Nr. 2 zu § 74 BetrVG 1972.

29) Hierauf weist richtig hin *Däubler*, *ArbuR* 1998, 147: Art. 46 EMRK schreibt explizit eine Folgepflicht gegenüber „endgültigen Urteilen“ des EGMR vor – nicht aber gegenüber dessen Gutachten und erst recht nicht gegenüber dem Ministerkomitee. In der ESC fehlt jedes justizförmige Verfahren und jede Folgepflicht gegenüber Entscheidungen des Ministerkomitees.

30) In der Entscheidung BAG v. 10. 12. 2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734 = EzA Nr. 134 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. *Franzen*) = AP Nr. 162 zu Art. 9 GG unter B. I. 2. a) hat das BAG bestätigt, dass die Friedenspflicht mit der ESC vereinbar ist; zuvor hatte die Entscheidung BAG v. 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83, NZA 1984, 393 = EzA Nr. 54 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf die Frage des ESC-Konformität des *ultima-ratio-Prinzips* bei Warnstreiks offen gelassen.

Und zweitens lässt sich darüber streiten, ob das Ministerkomitee mit seinen Empfehlungen überhaupt Verbindliches sagen kann – oder ob es sich nur um eine Meinungsäußerung mit gewisser Autorität handelt. Das erste wäre der Fall, wenn dem Ministerkomitee ein Recht zur authentischen Interpretation der ESC und damit der völkerrechtlichen Verpflichtung der Bundesrepublik zukäme³¹.

Indes lehnt die h. M. eine solche Befugnis des Ministerrats – und erst recht des vorgelagerten Sachverständigenausschusses ab³². Die ESC kennt keine normierte Folgepflicht. Die Bundesrepublik hat weder das Zusatzprotokoll vom 21. 10. 1991 ratifiziert, das erstmals einen milden Überwachungs- und Durchsetzungsmechanismus einführen sollte und bislang insgesamt an der unzureichenden Ratifikation gescheitert ist³³, noch das Zusatzprotokoll vom 9. 11. 1995, mit dem ein Beschwerderecht, insbesondere von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden geschaffen wurde³⁴.

Gleichwohl kommt es darauf nicht an. Aus zwei Gründen:

- Einmal lässt sich zeigen, dass Art. 9 Abs. 3 GG – auf dem das gesamte richterrechtliche Arbeitskämpfrecht fußt – keine geringere Gewährleistungsintensität vorsieht als die ESC, weswegen ein strenges gewerkschaftliches Streikmonopol sich auch mit der Koalitionsfreiheit nicht verträgt.
- Vor allem aber – und diesen Aspekt betont das BAG zu Recht³⁵ – führt die Rolle des Bundesarbeitsgerichts als Ersatzgesetzgeber des Arbeitskämpfrechts dazu, dass das Gericht die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik bei seiner Richterrechtssetzung zu beachten hat, soweit nicht vorrangige Rechtsnormen des Grundgesetzes oder einfachen Rechts im Wege stehen. Das ist – vom betriebsverfassungsrechtlichen Kampfverbot des § 74 BetrVG einmal abgesehen – weithin nicht der Fall. Deswegen spielt es keine Rolle, dass die ESC Deutschland nur als Völkerrechtssubjekt bindet. Meinungsäußerungen des Ministerkomitees und erst recht des Sachverständigenausschusses braucht das Gericht dabei nicht zu berücksichtigen³⁶. Dass dadurch die Gefahr national unterschiedlicher Interpretationen der ESC heraufbeschworen wird, ist hinzunehmen – diese Divergenz lässt die ESC durch einen Verzicht auf ein justizförmiges Überwachungsverfahren selbst zu³⁷.

Im Folgenden ist deshalb zu zeigen, ob und unter welchen Voraussetzungen das deutsche Recht Kampfmaßnahmen außerhalb des Tarifsystems zulässt.

IV. Arbeitskampf als Konfliktlösungsinstrument im Vertragsrechtssystem

1. Kollektivvertragsbezug und gewerkschaftliches Streikmonopol

Für die Koalitionsfreiheit ist anerkannt, dass das Arbeitskämpfrecht im Dienst des Tarifvertrags als Kollektivvertrag steht: Die Arbeitnehmer dürfen also weder aus politischen Gründen streiken, noch zur Rechtsdurchsetzung, sondern einzig zur Beilegung des tariflichen Regelungsstreits über Arbeitsbedingungen. Der Streik ist von Art. 9 Abs. 3 GG garantiert nur, um den Tarifvertragswillen der Arbeitgeberseite zu beugen. Er ist also dienendes Element der Tarifautonomie. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Zu den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskämpfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen“³⁸. Das gewerkschaftliche Streikmonopol fußt nicht auf dieser Vertragsrechtsakzessorietät, sondern daraus, dass der Arbeitskampf nach deutschem Recht bislang ausschließlich um Tarifverträge geführt werden darf und diese auf Arbeitnehmerseite den allein tariffähigen Gewerkschaften vorbehalten sind.

Denn aus der Koalitionsfreiheit folgt nicht, dass der Tarifvertrag und mit ihm der Streik allen Arbeitnehmervereinigungen offenstehen müsste. Im Gegenteil dient die Beschränkung der Tariffähigkeit dem Tarifvertragssystem als vertragsfunktionale Voraussetzung der „Tarifgeschäftsfähigkeit“³⁹. In den Worten des BVerfG – „Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Tarifverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen“⁴⁰. Der Tarifvertrag verwirklicht also das der Koalitionsfreiheit zugrundeliegende ökonomische Gegenmachtprinzip: Die Arbeitnehmerkoalitionen sollen durch Bündelung der schwachen Individualkräfte eine autonome kollektive Marktmacht bilden, um zu „gerechten“ Verträgen zu gelangen⁴¹. Das kollektivvertragliche Instrument hierzu ist der Tarifvertrag nach dem TVG: „Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluss von Tarifverträgen“⁴². Die Verhandlungsfähigkeit der Koalitionen ist einerseits Gegenstand der Grundrechtsgewährleistung, so dass das Tarif- und Arbeitskämpfrecht diese nicht grundlos beschränken darf; sie ist andererseits Rechtsbeschränkungsgrund, weil das Tarifvertragssystem solche Koalitionen, die ihrerseits „strukturell“ nicht zu gleichgewichtigen Tarifabschlüssen imstande sind, durch Aberkennung der Tariffähigkeit ausschließen darf.

Diese *Vertragsfunktionalität des kollektiven Drucks* bedeutet: Jedes Kampfinstrument darf stets nur zum vertraglich-wechselseitigen Ausgleich der gegenläufigen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen eingesetzt werden: Die Koalitionsfreiheit zielt auf die Kompensation der Regelungsschwäche des Arbeitsvertrags – aber nicht auf Beseitigung des die Privatautonomie beherrschenden Vertragsprinzips. Insbesondere will Art. 9 Abs. 3 GG keine Zwangsherrschaft institutionalisieren, bei der die eine Seite sich durch Druckmittel zum Herrscher über die andere aufschwingt. Arbeitskämpfmaßnahmen dürfen den Gegner nicht zum Objekt einseitiger Interessendurchsetzung werden lassen. Ziel ist vielmehr eine aus beider Parteien Sicht gleichberechtigte vertragliche Regelungsbeziehung.

31) So noch Löwisch/Rieble, in: Löwisch (Fn. 5), S. 42, Rn. 109.

32) Nur Bepler, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 107; Däubler, ArbuR 1998, 147 f.

33) CETS Nr. 142, <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/142.htm>; zu den Gründen der Nichtratifikation BT-Drucks. 13/11415, S. 2, 5, 9 f., 15 f., 17 f., 21, 22, 24 f; BR-Drucks. 588/00.

34) CETS Nr. 158; <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/158.htm>; dazu BT-Ds. 13/11415 (Fn. 33).

35) BAG v. 12. 9. 1984 – 1 AZR 342/83, NZA 1984, 393 = EzA Nr. 54 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Ähnlich BVerfG v. 20. 10. 1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 254 = DB 1982, 231.

36) Vgl. BAG v. 13. 10. 1988 – 6 AZR 144/85, NZA 1989, 716 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Abmahnung für ILO-Untersuchungsausschüsse.

37) Deswegen kann ich Däubler, ArbuR 1998, 147 f. nicht folgen, der eine besondere Legitimation in Form eines triftigen Grundes für ein nationales Ausscheren verlangt.

38) BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 = EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Leitsatz 2.

39) Mit Nachweisen Rieble, Relativität der Tariffähigkeit, in: Festschrift Wiedemann (2002), S. 523 ff.

40) BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 = EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter C. I. 3. b) aa); grundlegend zur funktionalen Einordnung der Tariffähigkeit: Löwisch, ZfA 1970, 295 ff.

41) Dazu Rieble, in: Gedächtnisschrift Eucken (2000), S. 199 ff.; Söllner, in: Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht, Bd. 35 1998, S. 21 ff.; Zacher, in: Festschrift Böhm (1975), S. 707 ff. Allgemein zum Gegenmachtprinzip Bartholomeyczik, AcP 166 (1966), S. 30; Galbraith, American Capitalism, The Theory of Countervailing Power, 2. Auflage 1956.

42) BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 = EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter C. I. 1. a).

Schon die Koalitionsfreiheit selbst ist umfassend auf den sozialen Gegenspieler angelegt⁴³; insofern lässt sich von einem *bipolaren Grundrecht* sprechen. Das folgt semantisch insbesondere aus dem Begriffspaar der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“, das nur die zwei Seiten derselben Medaille beschreibt, nämlich die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer, die für die Arbeitgeberseite Wirtschaftsbedingungen sind⁴⁴.

Für das Streikrecht um Tarifverträge heißt dies zunächst wenig: Mag der Arbeitskampf positiv für die Entfaltung von Gegenmacht im Tarifsysteem erforderlich sein⁴⁵, sind die nicht-tariffähigen Koalitionen damit doch nur vom Arbeitskampf um den Tarifvertrag ausgeschlossen. Ob nicht-tariffähige Koalitionen zu anderen Zwecken kämpfen dürfen, bedarf einer Analyse.

Aus der *Vertragsbezogenheit des Arbeitskampfrechts* folgt positiv, dass die nicht-tariffähigen Koalitionen auf ein kollektives Druckinstrument nur dann i. S. v. Art. 9 Abs. 3 GG angewiesen sind, wenn damit der Vertragswille des Gegenspielers gebeugt werden soll. Also ist einmal zu fragen, welche vertragsrechtlichen Regelungsinstrumente den nicht-tariffähigen Koalitionen zur Verfügung stehen.

Der Vertragsbezug schränkt aber auch jedes Kampfrecht ein:

- Erstens muss der Gegner die Möglichkeit haben, durch vertragsbezogenes Nachgeben den Arbeitskampf zu vermeiden oder zu beenden. Dazu muss die druckausübende Koalition eine Forderung erhoben haben. Bei der Änderungskündigung genügt es, dass die Forderung im Änderungsangebot des Arbeitnehmers enthalten ist.
- Zweitens schlägt der Kampf der Arbeitnehmer in unzulässige Nötigung um, wenn der Arbeitgeber keinen Verhandlungspartner hat, sondern durch den wirtschaftlichen Druck einseitig gezwungen werden soll, sich in einem bestimmten Sinne zu verhalten, etwa von Kündigungen Abstand zu nehmen oder eine Lohnerhöhung zu gewähren.
- Nur dann ist auch die privatautonom-vertragsrechtliche Legitimation gegeben, auf deren Grundlage die kollektiv verhandelten Vertragsbedingungen gelten können.

Daraus folgen eine Reihe weiterer Restriktionen, die – in größerer Strenge – schon im Tariffrecht gelten:

- Kollektivverträge setzen einen wenigstens schuldrechtlich regelbaren Interessenkonflikt voraus. Insofern wird der Präzisierung dessen, was regelbar ist, große Aufmerksamkeit zu widmen sein. Das betrifft vor allem den Kern der Unternehmerentscheidungen, also die Standort-, Produkt-, Investitions- und Finanzplanung. Wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass solches Unternehmerverhalten Gegenstand schuldrechtlicher Verpflichtungen sein kann, ist zweitens darüber nachzudenken, ob nicht die Unternehmerfreiheit einen Freiwilligkeitsvorbehalt gebietet, der Kampfmaßnahmen verbietet.
- Kampfmaßnahmen dürfen stets nur zwischen den konkreten Vertragsparteien stattfinden: Der Angreifer muss also den Vertragswillen des Gegners unmittelbar beugen wollen. Kampfmaßnahmen durch Dritte und gegen Dritte sind unzulässig (verbotener Sympathiekampf)
- Die Waffengleichheit in der Kollektivvertragsauseinandersetzung gebietet eigenständige Abwehrrechte des angegriffenen Arbeitgebers, damit dieser nicht bloßes Objekt ist.
- Weil der kollektive Druck dem Vertrag dient, hat dieser Vorrang vor dem Kampfdruck. Ist es zu einer Einigung auf kollektiver Ebene gekommen, gilt für diese *pacta sunt servanda*. Das schließt Nachkarten in der Laufzeit aus: Friedenspflicht. Gegen die umfassende tariffrechtliche Friedenspflicht hat sich der ESC-Sachverständigenausschuss einmal gewandt⁴⁶; dem hält *Bepler* mit Recht entgegen, dass die Auslegung von Kollektivverträgen für die Reichweite der Friedenspflicht nicht in die Kompetenz der ESC-Organen fällt, sondern Sache des nationalen Richters ist⁴⁷.

2. Ausgestaltungsbedürftigkeit der Kollektivvertrags- und Arbeitskampfgarantien

Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG garantiert nach herrschender Meinung auch die Tarifautonomie und ein Tarif- und Arbeitskampfsystem. Dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit – ähnlich wie die Kampfgarantie nach Art. 6 Nr. 4 ESC – in Art. 9 Abs. 3 GG keinen spezifischen Schranken unterfällt, kann nicht heißen, dass die Koalitionsbetätigung umfassend und ohne rechtliche Grenzen garantiert ist. Das BVerfG hat für sie – wie für die Garantie von Vertrag und Eigentum – die nur am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messende Kategorie der Ausgestaltung fruchtbar gemacht: Die kollektive Verhandlung von Arbeitsbedingungen ist zwar „im Prinzip“ garantiert, kann aber nur im Rahmen eines durch Gesetz oder Richterrecht ausgestalteten einfachrechtlichen Systems wahrgenommen werden. Diese Ausgestaltung ist kein Eingriff und muss nicht von Grundrechtsschranken gedeckt sein⁴⁸.

Ebensowenig kann aus der ESC ein absolutes Recht zu Kampfmaßnahmen folgen. Das in Art. 6 Nr. 4 ESC niedergelegte Recht zu kollektiven Maßnahmen steht ausweislich des Programmsatzes in Teil I Nr. 6 wie des Einleitungssatzes in Art. 6 im Dienst des Rechts auf Kollektivverhandlungen. Eben deswegen ist der Arbeitskampf auch hier nur für Regelungsstreitigkeiten garantiert – und weder für Rechtsstreitigkeiten noch für politische Meinungskundgabe, wie dies auch die Empfehlung des Ministerkomitees vom 3. 2. 1998 zum Ausdruck bringt (oben bei Fn. 26). Die kollektive Maßnahme ist vertragsakzessorisches Mittel zur Beugung des Vertragswillens, damit Verhandlungen über Gesamtarbeitsverträge nicht auf „kollektives Betteln“ beschränkt sind. Und deswegen steht die Garantie unter Ausgestaltungsvorbehalt.

Die Gegenauffassung von *Fabricius*⁴⁹ fußt (nicht nur) auf einem Denkfehler: Sie setzt das von der ESC geschützte Recht das Recht auf Kollektivverhandlungen ins falsche Verhältnis zum deutschen Tarifsysteem und meint, dass Kollektivverhandlungen nur durch tariffähige Gewerkschaften in Betracht kä-

43) BVerfG v. 18. 12. 1974 – 1 BvR 430/65 und 259/66, BVerfGE 38, 281, 307; eingehend MünchArbR/Löwisch/Rieble, 2. Auflage 2000, § 243 Rn. 7; anerkennend Däubler, in: Däubler, TVG, 1. Auflage 2003, Einl. Rn. 86.

44) Dazu grundlegend Söllner, Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 GG Abs. 3, Arbeitsrecht der Gegenwart, 1979, S. 19.

45) Zur arbeitskampfrechtlich-ökonomischen Verknüpfung Heenen, Kampfparität und bilaterales Monopol 1988, insbesondere S. 58 ff.

46) Dazu Kohle/Doll, ZESAR 2003, 393, 398 f.

47) Bepler, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 112.

48) Für den Arbeitskampf BVerfG v. 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 = EzA Nr. 97 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ähnlich BVerfG v. 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86, – 1 BvF 1/87, – 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, – 1 BvF 4/87 und 1 BvR 1421/86, BVerfGE 92, 365 = AP Nr. 4 zu § 116 AFG = NZA 1995, 754 für Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Arbeitskampf; weiter BVerfG v. 24. 4. 1996, BVerfGE 94, 268, 284 f. = AP Nr. 2 zu § 57a HRG = NZA 1996, 1157 und v. 27. 4. 1999 – 1 BvR 2203/93 und 1 BvR 897/95, BVerfGE 100, 271 = EzA Nr. 66 zu Art. 9 GG = NJW 1999, 3033 = NZA 1999, 992 für Lohnabstandsklauseln für Lohnsubventionen; BVerfG v. 3. 4. 2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293 = AP Nr. 2 zu § 10 BUrlG Kur = EzA Nr. 75 zu Art. 9 GG = DB 2001, 1367 ff.; Anrechnung von Kuren auf Tarifurlaub; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. 1, 1997, S. 230; Henssler, ZfA 1998, 1 ff., 11 f.; Dieterich, ArbUR 2001, 390 ff.; Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 9 Rn. 336 ff.; MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 28), § 27 ff., 37 ff.

49) Fabricius, in: Festschrift Gleitze (1978), S. 463, 473 ff. mit Nachweisen zur Entstehungsgeschichte; dessen Thesen freilich basieren auf einer weder methodisch noch inhaltlich nachvollziehbaren naturrechtlichen Betrachtungsweise, die der Verfasser durch „einen Rückgriff auf rechtspolitische Wertungsmaximen“ und zwar des verletzten „naturrechtlich anerkannten Menschenrechts ‚Arbeit führt zu Eigentum des Arbeitnehmers am Produkt seiner Arbeit‘ und damit auf einer Verletzung der Menschenwürde“ gewinnt; zustimmend Kohle/Doll, ZESAR 2003, 393, 398 f.; für „nachvollziehbar“ hält dies Bepler, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 108 bei Fn. 49.

men. Dass in Art. 6 Nr. 4 „die Arbeitnehmer“ genannt sind, und nicht deren Organisationen⁵⁰, lässt keinen Schluss auf ein individuelles Streikrecht ohne jeden Kollektivbezug zu; vielmehr steht das Streikrecht der Arbeitnehmer im Dienst der Kollektivverhandlungen, wie der Eingangssatz überdeutlich belegt. Kollektivverhandlungen setzen ein Kollektiv voraus, das verhandelt. Ein individuelles Streikrecht für Individualverhandlungen oder für andere Zwecke lässt sich so nicht gewinnen. Dass die ESC selbst aus politischen Gründen kein Junktim zwischen den getrennt annahmefähigen Artikeln über Vereinigungsfreiheit und Kollektivverhandlungen geschaffen hat, lässt keinen systematischen Schluss zu: Wer soll denn kollektiv verhandeln – wenn nicht die frei gebildete Arbeitnehmerorganisation? Das könnte allenfalls eine staatlich installierte Arbeitnehmervertretung sein, wie der Betriebsrat, die dann den unter Verfassungsschutz stehenden Organisationen unzulässige Konkurrenz machte (dazu noch V), eine abseitige Vorstellung.

Insofern wird der methodisch fehlsame Versuch gemacht, aus Art. 6 ESC stärkere Koalitionsrechte abzuleiten, als aus der Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK – und das obschon die EMRK als einfaches Bundesrecht stärkere Geltungskraft und mit dem Gerichtshof stärkere Durchsetzungskraft aufweist. Die schwächere Garantie soll also intensivere Wirkung zeitigen. Für Art. 11 EMRK hat der EGMR in der Entscheidung „Gustafsson“ klar gesagt, dass auch die kollektive Koalitionsbetätigung, genauer das Recht der Gewerkschaft, die beruflichen Interessen ihrer Mitglieder durch „Aktionen“ zu schützen, garantiert ist, dass aber der Staat zur Ausgestaltung dieser Rechte befugt ist⁵¹.

Auch für Art. 28 der EU-Grundrechtscharta wird zu fragen sein, ob daraus ein Recht aller Arbeitnehmerorganisationen auf Kollektivverhandlungen – welcher Art? – abzuleiten ist, wofür die Überschrift streitet, oder ob sich eine Beschränkung auf ein für Gewerkschaften reserviertes Tarifvertragssystem rechtfertigen lässt („Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen“).

Die ESC ihrerseits sagt weder, was genau ein Gesamtarbeitsvertrag ist – noch definiert sie, was unter kollektiven Maßnahmen unter Einschluss des Streikrechts zu verstehen ist. Insbesondere darf weder der Tarifvertrag dem Gesamtarbeitsvertrag gleichgestellt, noch der Streik nach der ESC mit dem deutschen Streikmodell der rechtsgeschäftlich suspendierten Arbeitspflicht gleichgesetzt werden. Vielmehr zielt die Europäische Sozialcharta auf ein deutlich geringeres Schutzniveau. Das gilt vor allem mit Blick darauf, dass in anderen Staaten des Europarates, wie zum Beispiel in Großbritannien sowohl der Tarifvertrag als deutlich schwächeres Regelungsinstrument ausgestaltet ist, als auch der Streik nicht die privilegierte Stellung wie nach deutschem Recht genießt⁵². Welche rechtlichen Regeln für ein Kollektivvertragssystem und das Recht der kollektiven Maßnahmen gelten, folgt nicht unmittelbar aus der ESC, sondern aus der Arbeitsrechtsordnung des jeweiligen Europaratsstaates.

3. Kollektivvertragliche Regelung außerhalb des Tarifsystems

Die Koalitionsfreiheit definiert die Anforderungen an den Koalitionsstatus nur sehr beschränkt. Dem Text lässt sich nur entnehmen, dass Koalitionen als Vereinigungen i. S. v. Art. 9 Abs. 1 GG frei gebildet sein müssen und dass ihr Zweck auf die Wahrung und Förderung von Arbeitsbedingungen gerichtet ist.

Auf Arbeitnehmerseite können sich selbst ganz wenige schwache Arbeitnehmer zur ihrerseits schwachen Koalition zusammenschließen. Eine Mindestmitgliederzahl für die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG gibt es nicht⁵³. Auch der Koalitionszweck muss nicht umfassend sein. Der Grundrechtsschutz erfasst gerade auch Vereinigungen, die sich auch nur vorübergehend auf ein einziges, als Missstand empfundenes Problem der Mitglieder konzentrieren⁵⁴ – sei es auf dem Gebiet der Arbeitssicherheit oder wie bei DaimlerChrysler und

Opel um den Erhalt des Arbeitsplatzes, der die fundamentale Arbeitsbedingung für die betroffenen Arbeitnehmer bedeutet.

Eine spezifische Organisationsform – etwa den BGB-Verein – darf man für die Koalitionsfreiheit nicht verlangen. Auch *ad-hoc-Koalitionen* genießen Verfassungsschutz, wenn sie einen gemeinsamen Zweck verfolgen, der sich nicht in der bloßen kollektiven Meinungskundgabe erschöpft⁵⁵ – dann nämlich ist nicht Art. 9 Abs. 3 GG einschlägig, sondern die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG. Organisatorisch darf keine bestimmte Verfassung (etwa der Verein des BGB) verlangt werden, sondern nur, dass die Vereinigung zu einer kollektiven Willensbildung in der Lage ist⁵⁶. Das wiederum setzt zweierlei voraus: Die Mitglieder müssen intern zu Abstimmungen in der Lage sein – und sie müssen einen „Sprecher“ oder ein „Gremium“ bilden, der den Gesamtwillen repräsentiert und als Kommunikationsschnittstelle (ggf. als Verhandlungsführer) für den sozialen Gegenspieler ansprechbar ist.

Dagegen wird man – anders als für die Tariffähigkeit – nicht verlangen können, dass die Koalition zur dauerhaften Durchführung von Kollektivvereinbarungen in der Lage ist. Spontane Koalitionen können ihr punktuell Anliegen womöglich schnell erledigen und enden dann wegen Zweckerreichung. Im Übrigen regelt das Liquidationsrecht des Vereins oder der BGB-Gesellschaft, wie Vereinbarungen bei Auflösung der Koalition abzuwickeln sind.

Zweifel sind gerade gegenüber „wild“ und spontan streikenden Arbeitnehmergruppen vor den Werkstoren angebracht: Wenn die Gruppe nicht dieses absolute Mindestmaß als organisierter Willensbildung leisten kann, sich vielmehr nur der „Arbeiterzorn“ ungeordnet äußert, dann handelt es sich nicht um eine Koalition – mit einer Menschenmasse kann man nicht verhandeln. Verfassungsschutz kommt der Gruppe nur als Versammlung zu. Doch kann das Versammlungsrecht des Art. 8 GG in keinem Fall zur Arbeitsniederlegung berechtigen⁵⁷. Jede Form von Arbeitsniederlegung ist schon wegen des fehlenden Mindestmaßes an Organisation rechtswidrig. Ein Ausweichen auf den Betriebsrat ist unzulässig, weil ihm der Arbeitskampf verboten ist.

Hinzukommen die Koalitionsanforderungen aus der spezifischen Zwecksetzung des Art. 9 Abs. 3 GG (Gegnerfreiheit, Gegnerunabhängigkeit, Unabhängigkeit von Staat, Kirche und Parteien)⁵⁸.

Solche nicht-tariffähigen Koalitionen können keine Tarifverträge abschließen, weil ein solcher Kollektivvertrag kaum mehr Richtigkeitsvertrauen verdient als der Arbeitsvertrag des Einzelnen. Dann aber ist es vertragsrechtlich nicht angebracht, einem solchen Koalitionsvertrag die Machtfülle und Durchsetzungsstärke des Tarifvertrages mit seiner unmittelbaren und zwingenden Wirkung zu verschaffen⁵⁹ und auf eine Vertrags-

50) Worauf *Bepler* abstellt.

51) EGMR v. 25. 4. 1996, GH [Amtliche Sammlung des EGMR/Reports of judgements and decisions] Vol. 9 (1996/II), S. 637 ff. = *ArbuR* 1997, 408 ff. (Anm. *Lörcher*).

52) *Gamillscheg* (Fn. 48), S. 25 für den Tarifvertrag und S. 1089 f. für den Arbeitskampf; für den Vergleich der Tarifsyste *Bispinck-Lörcher*, Tarifpolitik und Tarifsysteem in Europa, 1993; *Harth/Taggart*, in: *Henssler/Braun*, Arbeitsrecht in Europa, 2003; auch *Mecke*, Zur rechtlichen Verbindlichkeit kollektiver Vereinbarungen in England, 1997, 105 ff.

53) Dazu *Bauer*, in: *Dreier*, GG, 2. Auflage 2004, Art. 9 Rn. 39 f.

54) Dazu *Bauer*, in: *Dreier* (Fn. 53), Art. 9 Rn. 74.

55) *MünchArbR/Löwisch/Rieble* (Fn. 28), § 243 Rn. 49; *Bauer*, in: *Dreier* (Fn. 53), Art. 9 Rn. 74.

56) *MünchArbR/Löwisch/Rieble* (Fn. 28), § 243 Rn. 50; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 9 Rn. 206 f.

57) *Gamillscheg* (Fn. 48), S. 945; *Kissel* (Fn. 28), § 61 Rn. 132 ff.

58) *BVerfG* v. 18. 11. 1954 – 1 BvR 629/52, *BVerfGE* 4, 96 – AP Nr. 1 zu Art. 9 GG unter C. 2.b) bb); *MünchArbR/Löwisch/Rieble* (Fn. 28), § 243 Rn. 53 ff.; *Scholz* (Fn. 56), Art. 9 Rn. 208 ff.

59) Dazu, dass man den Vorrang des Tarifvertrages vor dem Arbeitsvertrag – vergleichbar § 305 b BGB (früher § 4 AGBG) – mit der höheren Richtigkeitsgewähr begründen kann *Rieble*, *ZfA* 2000, 5, 17.

kontrolle der Arbeitsbedingungen weithin zu verzichten, wie das § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB jetzt ausdrücklich sagt.

Gleichwohl schösse es über das Ziel eines *funktionierenden Tarifsystems* hinaus, kleine oder nicht auf Dauer angelegte Arbeitnehmervereinigungen von jeder vertraglichen Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auszuschließen und sie auf die „harmlosen“ Koalitionsbetätigungsrechte der Arbeitsrechtsberatung und der Betätigung im Rahmen der Betriebsverfassung zu verweisen. Die kollektive Selbsthilfe durch vertragliche Einigung über die Arbeitsbedingungen, um die es der Koalitionsfreiheit geht, darf nicht auf einige wenige Großverbände beschränkt werden. Der Koalitionsfreiheit gibt kein Argument dafür, dass überhaupt nur tariffähige Gewerkschaften ein Recht zur Regelung von Arbeitsbedingungen durch ein kollektives Regelungsinstrument hätten. Das schlosse nicht-tariffähige Koalitionen ohne Sachgrund von der vertraglichen Gestaltung von Arbeitsbedingungen als zentralem Instrument zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder zur Gänze aus. Vor dem Hintergrund der Koalitionsfreiheit wäre dies nur zu halten, wenn man den Grundrechtsschutz insgesamt – also den Koalitionsstatus – auf tariffähige Gewerkschaften beschränken wollte⁶⁰. Aus dem Streikmonopol würde so ein Koalitionsmonopol der Großverbände. Das ist abseitig.

Wie nun können solche Koalitionen Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder regeln?

Ihnen steht dafür – wie jedermann – das Vertragsrecht des BGB zur Verfügung. Die Besonderheit liegt darin, dass ein solcher Kollektivvertrag keinen Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien regelt, sondern die Bedingungen zu denen der Leistungsaustausch zwischen den Arbeitsvertragsparteien vollzogen werden soll. Von der Typik her handelt es sich um einen „Normenvertrag“⁶¹, der heute vor allem im Sozialversicherungsrecht eine Rolle spielt⁶², aber auch für die allgemeine Vergütungsregeln zwischen Urhebervereinigungen und Nutzervereinigungen über Urhebervergütungen nach dem neuen Urhebervertragsrecht⁶³. Seine rechtliche Struktur hat Hueck 1923 ergründet⁶⁴ – gerade mit Blick auf die zivilrechtliche Struktur von Tarifverträgen:

- Die Kollektivvertragsparteien können mit dem unverbindlichen Richtlinienvertrag Arbeitsbedingungen zur Übernahme in den Arbeitsvertrag empfehlen.
- Der verpflichtende Normenvertrag macht die Übernahme der Arbeitsbedingungen zur schuldrechtlichen Pflicht der Arbeitgeberseite. Ihm fehlt der tariftypische Durchgriff auf das Einzelarbeitsverhältnis, die unmittelbare Wirkung. Erst recht gelten die Arbeitsbedingungen anders als der Tarifvertrag nicht zwingend. Effektiv ist der verpflichtende Normenvertrag, wenn er von einer Arbeitnehmervereinigung mit dem einzelnen Arbeitgeber abgeschlossen wird, weil der Arbeitgeber dann auf Erfüllung der Übernahmespflicht in Anspruch genommen werden kann. Ein Gesamtvertrag mit einer Arbeitgebervereinigung führt dagegen nur zur Einwirkungspflicht des Verbandes auf seine Mitglieder. Sie ist schwach, weil die Einwirkung nur mit den Mitteln der Verbandsgewalt erfolgen und der Arbeitgeber sich dem durch Austritt entziehen kann.
- Auf der durch den Normenvertrag begünstigten Arbeitnehmerseite lässt sich die Trennung von Kollektiv und Individuum überwinden, indem der Gesamtvertrag als Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB ausgestaltet ist, der dem Arbeitnehmer ein unmittelbares Recht auf die kollektiven Arbeitsbedingungen einräumt. Effektiv ist auch das nur beim Gesamtvertrag mit einem einzelnen Arbeitgeber, weil dieser so unmittelbar gegenüber dem Arbeitnehmer verpflichtet wird. Ein Einwirkungsanspruch gegen den Arbeitgeberverband hilft dem Arbeitnehmer wenig. Das Zivilrecht erlaubt keinen Vertrag zu Lasten Dritter.

- Ein vertragsrechtlicher Durchgriff ist möglich, indem die Verbände selbst oder über Treuhänder als Stellvertreter ihrer Mitglieder agieren und so für den Eingang der Arbeitsbedingungen in die Arbeitsverträge sorgen⁶⁵. Widerruflichkeit der Vollmacht und Weisungsrecht des Geschäftsherrn machen das wenig praktisch – auch deswegen ist die Vertretertheorie zur Erklärung des Tarifvertrags gescheitert.
- Heute nicht mehr praktisch ist die Umsetzung der kollektiven Arbeitsbedingungen durch einen Gesamtverein – mit Hueck: „Gesamtnormenkorporation“⁶⁶, in dem die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam Mitglied sind und kraft Satzung verpflichtet sind, einander die vereinbarten Arbeitsbedingungen zu gewähren.

Man sieht: Es gibt eine Reihe von schuldrechtlichen Regelungsmöglichkeiten, mit deren Hilfe nicht-tariffähige Koalitionen Arbeitsbedingungen regeln können. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass der einzelne Arbeitnehmer (oder Arbeitgeber) durch teilweise Verlagerung der eigenen Vertragskompetenzen auf seine Koalition diese zur kollektiven Regelung ermächtigt⁶⁷.

4. Kollektive Änderungskündigung als Druckinstrument

Nach den kollektiven Regelungsinstrumenten stellt sich die arbeitskampfrechtliche Frage nach den kollektiven Druckinstrumenten. Wie auf der Vertragsebene ist auch hier der Blick auf die Individualrechte angebracht: Das maßgebliche Druckinstrument des einzelnen Arbeitnehmers, um eine ihm günstige Veränderung seiner Arbeitsbedingungen durchzusetzen ist die Kündigung – verbunden mit einem Änderungsangebot: Mit dieser Änderungskündigung kann der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die eigene Arbeitsleistung entziehen, um Nachverhandlungen durchzusetzen – entsprechend dem Marktmechanismus des Abgleichs von Angebot und Nachfrage. Wenn der Arbeitgeber auf den Arbeitnehmer angewiesen ist und dessen Änderungsforderung dem Wert der geleisteten Arbeit entspricht, wird er sich auf die veränderten Vertragsbedingungen einlassen.

Für die nicht-tariffähige Koalition, insbesondere die spontane Koalition zum Arbeitsplatzzerhalt bietet sich die Kollektivierung dieses Individualrechtes durch abgestimmte Änderungskündigungen der Koalitionsmitglieder an. In Rechtsprechung und Literatur ist durchweg anerkannt, dass die Koalitionsfreiheit die kollektive Ausübung von Individualrechten gestattet – insbesondere die kollektive Zurückhaltung der Arbeitsleistung, wenn jedem einzelnen Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 BGB oder § 273 BGB zusteht⁶⁸, und ebenso die kollektive Ausübung des Widerspruchsrechtes bei Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB⁶⁹.

Aus der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG folgt – nicht anders als aus dem Recht auf kollektive Maßnahmen nach

60) So noch Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Auflage 1993, Rn. 48 ff.; anders jetzt Däubler, in: Däubler (Fn. 43), Einl. Rn. 97.

61) Zu ihm MünchArbR/Löwisch/Rieble (Fn. 28), § 280 Rn. 16; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 769 ff., 780 ff.

62) Flüchter, Kollektivverträge und Konfliktlösung im SGB V, 2000, S. 54 ff.

63) Dazu Thüsing, GRUR 2002, 203.

64) Hueck, Normenverträge, Jherings Jahrbücher Band 73, 1923, S. 33 ff.

65) So etwa das Sammelreverssystem zur Durchsetzung der Preisbindung im Buchhandel, dazu Rieble (Fn. 10), Rn. 673 ff. Das System hat auch nach der Einführung der gesetzlichen Preisbindung noch Bedeutung. Dazu die „Vertragsstrafenvereinbarung und Fachzeitschriften-Sammelrevers (Sammelrevers 2002)“, zu finden unter www.boersenverein.de.

66) Hueck (Fn. 64), S. 117 f.

67) Das gilt auch für den Tarifvertrag: Rieble, ZfA 2000, 5 ff.

68) Dazu Löwisch/Rieble, in: Löwisch (Fn. 5), S. 136, Rn. 298 ff.

69) Dazu jetzt BAG v. 30. 9. 2004 – 8 AZR 462/03, NZA 2005, 43 f.; Rieble, NZA 2005, 1 ff.

Art. 6 Nr. 4 ESC, dass der einzelne Arbeitnehmer dasjenige, was er allein tun darf, auch in der Koalitions Gemeinschaft mit anderen tun darf. *Allein der kollektive Gebrauch eines Individualrechts als solcher ist rechtlich nicht zu beanstanden* – insbesondere nicht als sittenwidriger Boykott i. S. v. § 826 BGB⁷⁰. Der Arbeitnehmer darf für die Wahrnehmung von Individualrechten nicht nur in einen Kommunikationsprozess mit anderen Arbeitnehmern und seiner Koalition eintreten; er darf auch sein Verhalten kollektiv abstimmen. Ein Individualrecht vermittelt kein Einsamkeitsgebot.

Eben so – als kollektive Kündigung – hat sich auch das Streikrecht entwickelt⁷¹, wovon heute noch § 25 KSchG zeugt, der Kündigungen, die als Maßnahmen in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vorgenommen werden, vom Kündigungsschutz ausnimmt: Der Arbeitnehmer musste, wollte er durch die Arbeitsniederlegung nicht seine Arbeitspflicht verletzen und die Sanktionen des Vertragsbruchs auf sich ziehen, das Arbeitsverhältnis zuvor kündigen. Ebenso musste der aussperrungswillige Arbeitgeber die Arbeitnehmer entlassen – ohne vom Kündigungsschutz daran gehindert zu werden. Diese individuelle Arbeitskampschweorie⁷² hat der Große Senat für gewerkschaftliche Streiks um Tarifverträge 1955⁷³ überwunden: Er hat den Streik als einheitlich kollektives Phänomen gesehen und das Kündigungserfordernis beseitigt. Der kollektive Kampfbeschluss der Gewerkschaft und die individuelle Teilnahmeerklärung des Arbeitnehmers suspendieren die Arbeitspflicht – und zwar ohne Einhaltung einer Kündigungs- oder Ankündigungsfrist – und bewahren den Streikenden so vom Verdikt des Vertragsbruchs. Diese Rechtsprechung ist vielfach bestätigt worden, so dass von einem gefestigten Richterrecht gesprochen werden kann⁷⁴.

Dass aber Gewerkschaften für die Erzwingung von Tarifverträgen das Instrument des privilegierten Streiks zusteht, besagt für unsere Frage, ob nicht tariffähige Koalitionen das Instrument der kollektiven Änderungskündigung nutzen können, nichts. Dazu müsste das Streikprivileg der Gewerkschaften eine Sperrwirkung auslösen, die sämtlichen anderen Koalitionen jedes kollektive Druckmittel aus der Hand nimmt.

Eine solche Sperrwirkung – wie sie etwa *Nipperdey* vertreten hat⁷⁵ – ist nicht haltbar: Sowenig das Tarifs System den Gebrauch allgemeiner Vertragsmittel auf kollektiver Ebene sperren kann, sowenig kann das Streikprivileg den kollektiven Gebrauch des individualvertraglichen Kündigungsrechtes hindern. Diese Sperrwirkung müsste begründen, weswegen die Kündigung als individuell zweifelsfrei zulässiges Verhalten allein durch den Umstand, dass sie von einer Personenmehrheit ausgeübt wird, rechtswidrig wird.

Das Kartellrecht mit seinem Verbot abgestimmten Marktverhaltens greift nicht. Die zivilrechtliche Sittenwidrigkeitswertung des Boykotts hilft nicht weiter: Der kollektive Kampf – einer Gewerkschaft durch Streik oder einer Koalition durch kollektiv abgestimmte Individualkündigungen wird nicht von einem Dritten, dem Verrufer, ausgelöst, sondern ist eine kollektiv eigenverantwortliche Aktion. Die Arbeitnehmervereinigung ist im Verhältnis zu seinen Mitgliedern gerade kein Dritter⁷⁶. Anders ist es freilich dann, wenn sich keine zur Gesamtwillensbildung befähigte Arbeitnehmergruppe gebildet hat, sondern nur einzelne „Rädelsführer“ die übrige Belegschaft „anheizen“. Das ist die klassische Boykottsituation, die – was streitig ist⁷⁷ – aus meiner Sicht eindeutig sittenwidrig ist, weil sich der Verrufer als eigentlicher Angreifer hinter den Boykottadressaten als seinen Werkzeugen versteckt. Als Kampfmittel ist er besonders rücksichtslos; er macht den Angegriffenen zum Objekt, das sich nicht wehren kann. Zudem ist der Boykott als solcher nicht beherrschbar, weil der Verrufer einmal eingeleitete Beeinträchtigung des Gegners durch die Adressaten nicht begrenzen oder beenden kann.

Die Grenzen des privilegierten Streiks – wie insbesondere die tarifliche Friedenspflicht – können auf die kollektive Änderungskündigung nicht ausgedehnt werden, weil sie nur Voraussetzungen für das Streikprivileg zur Überwindung des Vertragsbruchs sind, nicht aber die Entfaltung wirtschaftlichen Druckes schlechthin begrenzen. Dann müsste schon die individuelle Änderungskündigung eines einzelnen unentbehrlichen Arbeitnehmers in einer Schlüsselfunktion kampfrechtlichen Grenzen ausgesetzt sein. Methodisch kann der Umgehungsgeanke auch nicht zum Verbot der kollektiven Änderungskündigung führen – und zum völligen Ausschluss der nichttariflichen Koalitionen –, sondern allenfalls zur Entwicklung spezifischer Kampfregeln für die kollektive Ausübung von Individualrechten. Das ist mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG die weniger belastende Ausgestaltung der Kampfordnung. Jede anderweitige Entscheidung liefe auf ein Organisationsmonopol der Gewerkschaften hinaus, das mit der Koalitionsfreiheit nicht vereinbar ist⁷⁸.

Ebenso hat auch das BAG entschieden: Lehrreich ist besonders eine Entscheidung aus dem Jahr 1966⁷⁹. Während laufend der Tarifverhandlungen der IG Bau-Steine-Erden (inzwischen aufgegangen in der IG Bauen-Agrar-Umwelt) über Akkordlöhne haben in einem Betrieb die Estrichleger mehrheitlich beschlossen, nur noch zum akkordfreien Stundensatz zu arbeiten, wenn nicht der Akkordlohn erhöht wurde. 17 von 31 Estrichlegern kündigten in gleichlautenden Schreiben: Arbeitsverhältnis und boten an, künftig zum Stundenlohn von damals 3,90 DM zu arbeiten oder zu verbesserten Akkordkündigungen. Das war effektiv, weil die tarifliche Kündigungsfrist nur drei Tage betragen hat. Weil der Arbeitgeber sich darauf nicht einließ, schieden acht Estrichleger aus; die übrigen setzten ihre Arbeit zu den bisherigen Bedingungen fort. Das BAG betonte, dass das Vorgehen der Estrichleger unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit steht, ließ nur offen, ob die Gruppe der Estrichleger die für eine Koalition hinreichende Organisationsform („feste Rechtsform“)⁸⁰ aufwies. Das konnte das BAG offen lassen, weil Gegenstand des Rechtsstreites die fristlose Arbeitgeberkündigung des Rädelsführers gewesen ist, der Betriebsratsmitglied und Vorsitzender der Gewerkschaft zu der Estrichleger zur Kündigung verleitet hatte – selbst aber feige keine Kündigung ausgesprochen hatte. Das BAG hat ihn

70) So vor allem *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 144 f.

71) RAG v. 20. 8. 1928 – RAG 44/28, ARS 4, 66; v. 24. 10. 1928 – RAG 27/28, ARS 4, 323; dazu *Herschel/Löwisch*, KSchG, 6. Auflage 1984, Rn. 1.

72) Umfassende Nachweise in der Entscheidung des Großen Senats v. 28. 1. 1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 1955, 605 = SAE 1955, 510 unter I. 1. a); vor allem *Nikisch* hat diese Trennungslehre entschieden aufrechterhalten, Arbeitsrecht, 2. Auflage 1959, S. 156 ff.; weiter *Kraft*, RdA 1968, 434 ff.

73) V. 28. 1. 1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BB 1955, 605 = SAE 1955, 510.

74) Vor allem die zweite Entscheidung des Großen Senats v. 21. 4. 1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Nr. 6 = NJW 1971, 1668 und die nachfolgende Arbeitskampsprechung; KR/Weigand, 6. Auflage 2002, § 25 KSchG, Rn. 1 ff.; von *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 13. Auflage 2002, § 25 Rn. 1 ff.

75) *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/2, 7. Auflage 1967, S. 1016 f., 1021: Umgehung der arbeitskampfrechtlichen Streikgrenzen.

76) *Rieble* (Fn. 10), Rn. 601 ff. m. v. N.

77) Vgl. für den Boykottaufruf an Lieferanten und Kunden *Konzen*, in: Festschrift Molitor (1988), S. 181, 192 ff.; *Gamillscheg* (Fn. 48), S. 1053 ff.; *MünchArbR/Otto* (Fn. 28), § 286 Rn. 114 ff.

78) Zum Wettbewerb der Koalitionen *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1778 ff.; *Franzen*, RdA 2001, 1 ff.

79) BAG v. 28. 4. 1966 – 2 AZR 176/65, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. *Mayer-Maly*) = EzA Nr. 5 zu § 124 a GewO = SAE 1967, 44 (Anm. *Rüthers*); dazu auch *Bepler*, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 103 ff., 113.

80) Oben IV. 3.; *Gamillscheg* (Fn. 48), S. 990 meint, „für die Anerkennung der gemeinsam kündigenden Arbeitnehmer als Koalition ... besteht kein Bedürfnis“. Das ist wohl nicht rechtlich gemeint.

einer schweren Treupflichtverletzung geziehen, weil er trotz laufender Verhandlungen sowohl der Gewerkschaft wie des Betriebsrats über die Akkordsätze Druck gemacht hat. Die fristlose Kündigung war deswegen gerechtfertigt. Das ist im Ergebnis deswegen richtig, weil der Betriebsrat mit der Organisation eines solchen Individualkampfes gegen das betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot (damals § 49 Abs. 2 Satz 2 BetrVG 1952) verstoßen hat.

Das BAG selbst hat nie eine Sperrwirkung des Streikmonopols entschieden. Das BAG hat stets nur betont, dass gewerkschaftsfreie Arbeitsniederlegungen ohne eine die Arbeitspflicht beseitigende Kündigung als wilder Streik rechtswidrig sind⁸¹, weil die rechtlichen Privilegien des Streiks den Gewerkschaften vorbehalten sind. Ein allgemeines Kampfverbot hat es gerade nicht ausgesprochen. Man darf nur nicht den terminologischen Fehler begehen, den einfachrechtlich privilegierten Streik nach deutschem Richterrecht gleichzusetzen mit dem grundsätzlichen Recht auf kollektive Maßnahmen unter Einschluss des „Streikrechts“ nach internationalrechtlichen Garantien wie der ESC oder der Koalitionsfreiheit des Grundgesetzes. Die grundsätzliche Garantie, durch kollektive Maßnahmen fühlbaren Druck auf den Gegner auszuüben, damit dieser einen Kollektivvertrag abschließt, kann auch durch ein zweigeteilt ausgestaltetes System erfüllt werden, das hier Streik und Aussperrung für die tarifliche Konfliktlösung und dort kollektiven Schuldvertrag und kollektive Änderungskündigung bereithält.

Das Arbeitskämpfrecht schließt es nicht aus, dass individuelle Befugnisse auf individualrechtlicher Basis kollektiv genutzt werden, um wirtschaftlichen Druck auf den Arbeitgeber auszuüben und so seinen Regelungswillen zu beugen. Der Arbeitskampf ist also kein notwendig nur-gewerkschaftliches Phänomen; die kollektive Änderungskündigung – in der Literatur gerne als „Massenänderungskündigung“ bezeichnet – ist mit der überwiegenden Literatur zulässig⁸².

5. Kein Streikprivileg für den gewerkschaftsfreien Kampf

Nun mag man das Recht zur Kollektivkündigung für unzureichend halten – weil die Arbeitnehmer mit der Änderungskündigung zugleich den eigenen Arbeitsplatz aufs Spiel setzen müssen. Nimmt der Arbeitgeber das Änderungsangebot nicht an, ist das Arbeitsverhältnis beendet. Gerade wenn der Arbeitgeber Arbeitsplätze abbauen will, wäre eine solche Kollektivaktion womöglich ein Geschenk an den Arbeitgeber, das Änderungsangebot abzulehnen und so den Personalabbau schneller zu vollziehen und auch noch Sozialplanabfindungen zu sparen.

Auch mit Blick auf die Einigungsstelle hat der Professorenentwurf eines Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte⁸³ ein zwar kollektives, aber doch verbandsfreies privilegiertes Streikrecht gefordert – und zwar durchaus mit Blick auf die ESC:

„§ 34 Verbandsfreies Streikrecht

(1) Zur Durchsetzung Allgemeiner Arbeitsbedingungen auf einzelvertraglicher Grundlage haben die Arbeitnehmer eines Betriebes oder Betriebsteils auch ohne gewerkschaftliche Zustimmung das Streikrecht, wenn

1. für die Vertretung der Interessen der betreffenden Arbeitnehmer eine tariffähige Gewerkschaft fehlt;
2. in dem Betrieb keine Gewerkschaften vertreten sind;
3. die zuständige Gewerkschaft die Aufnahme von Tarifverhandlungen um einen Firmentarifvertrag abgelehnt hat; oder
4. eine an sich zuständige Gewerkschaft wegen Interessenkollision ausscheidet.

(2) Das Streikrecht kann nur ausgeübt werden, wenn die Mehrheit der von der Regelung betroffenen Arbeitnehmer sich in einer geheimen Abstimmung für die Erhängung der umstrittenen Regelung ausgesprochen und eine Streikleitung eingesetzt hat. Der Arbeitgeber hat die Urabstimmung im Betrieb zu dulden.

(3) Die Arbeitsniederlegung muss von der Streikleitung eine Woche vorher angekündigt werden.“

Für das gewerkschaftliche Streikprivileg (nicht: Kampfmonopol) gibt es aber gute Gründe. So wie die Macht des Tarifvertrages den Gewerkschaften vorbehalten ist, weil sie durch ihre auf Dauer angelegte Interessenvertretung für einen vernünftigen Umgang mit diesem Instrument Gewähr bieten, so darf auch der risikolose Streik, bei dem der Arbeitnehmer nur seinen Entgeltanspruch einbüßt, aber jederzeit auf seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann, nicht spontanen Koalitionen oder Kleinverbänden anvertraut werden; darin stimme ich umfassend mit *Bepler* überein⁸⁴. Die Behauptung von *Däubler*, schon die Lohnneinbuße sei hinreichend abschreckend⁸⁵, trifft auf die heutige Arbeitswirklichkeit nicht zu: Gewerkschaftliche Streiks zeigen, dass mit einer Minimaxstrategie der Arbeitsniederlegung von wenigen Arbeitnehmern an Schlüsselpositionen oder der massenhaften Arbeitsniederlegung für nur kurze Zeit (Nadelstich-, Wellen- und Schwerpunktsstreiks) massive wirtschaftliche Schäden verursacht werden können. Dahinter steckt enormes Druckpotential, mit dem verantwortungsvoll umgegangen werden muss. Und gerade die romanischen Länder mit ihrem weiten, auch politischen Streikrecht zeigen, dass der Lohnverlust selbst für Tage keine effektive Abschreckungswirkung hat.

Kleine oder Spontanverbände bieten keine Gewähr für einen auf lange Sicht verantwortungsvollen Umgang mit einem solchen Streikrecht und den Folgen: Sie können sich der Verantwortung einfach entziehen, indem sie sich auflösen; *ad-hoc-Koalitionen* könnten sich immer wieder neu bilden – ohne dass die eine Vereinigung mit der anderen identisch ist – und so immer wieder neue Forderungen nach Belegschaftslaune durchsetzen und sich dann verflüchtigen. Jedwede Friedenspflicht würde ausgeschaltet, weil sie als schuldrechtliche Pflicht immer nur die Vereinigung als Kollektivvertragspartei trifft, nie aber auf das Mitglied durchschlägt. Für längerfristige Vertrags- und Kampfvernunft bietet ein solches System keine Gewähr; der Arbeitsfrieden geriete in Gefahr, wenn heute die Kündigung eines Kollegen angegriffen wird, morgen ein Überstundenzuschlag gefordert wird und übermorgen eine Standortgarantie in Rede steht. Dagegen bietet eine tariffähige Gewerkschaft Gewähr dafür, dass sie sich intern auf Verhandlungsziele einigt und so die Interessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gebündelt entgegen bringt.

Zudem wären erhebliche Störungen gewerkschaftlicher Tarifaussinandersetzungen zu befürchten. Nicht nur, dass die Koalitionsfreiheit auch den Gewerkschaftsmitgliedern zukommt, die sich ohne weiteres in einer kleinen Koalition zusätzlich organisieren können. Das betrifft vor allem Funktionseliten, die für sich Sondervorteile erkämpfen wollen. Gerade die neuere Entwicklung zeigt, dass solche Schlüsselkräfte sich in erlaubtem Grup-

81) Etwa BAG v. 20. 12. 1963 – 1 AZR 428/62, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 7 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG v. 14. 2. 1978 – 1 AZR 76/76, EzA Nr. 22 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = AP Nr. 58 zu Art. 9 GG Arbeitskampf sowie die Parallelentscheidungen vom gleichen Tag – 1 AZR 103/76, AP Nr. 59 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 24 zu Art. 9 GG Arbeitskampf und – 1 AZR 54/76, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 19 zu § 15 KSchG n. F., die unterschiedliche Folgen desselben betrieblichen Arbeitskampfes in einem Zementwerk beleuchten. *Bepler*, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 113 versteht freilich die Entscheidung v. 28. 4. 1966 – 2 AZR 176/65, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf anders – und sieht sie deswegen kritisch.

82) Heute h. M.: MünchArbR/Otto (Fn. 28), § 286 Rn. 121 ff.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 61 Rn. 22 ff., 44 ff.; wegweisend *Löwisch/Hartje*, RdA 1970, 321. Weiter *Rieble* (Fn. 10), Rn. 1318 ff. Jetzt auch *Bepler* (Fn. 28), in: Festschrift Wißmann (2005), S. 103.

83) *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, 1988; abrufbar unter www.zaar.uni-muenchen.de unter Dokumentation/Arbeitskampfrecht.

84) *Bepler*, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 108 ff.

85) *Däubler*, ArbU 1998, 147.

penegoismus von ihrer Gewerkschaft lösen und eigene Gewerkschaften bilden – so etwa die Flugpiloten, die sich mit ihrer tariffähigen Vereinigung Cockpit aus der Gewerkschaft ver.di ausgeklinkt haben. Wenn solchen Schlüsselkräften nun erlaubt wird, schon mit Kleinverbänden unternehmensbezogene Streiks um nichttarifliche Arbeitsbedingungen zu betreiben, geraten die Gewerkschaften unter erhebliche Fliehkräfte, die ihrerseits Rückwirkungen auf die Tarifpolitik zeitigen können. Der gewerkschaftsinterne Interessenausgleich wird mit einer scharfen Exit-Option belastet.

Vor allem die große Mehrheit der Außenseiter kann eine gewerkschaftliche Tarifforderung als unzureichend ansehen und das Streikkonzept mit einem eigenen Kampf torpedieren – vor allem zur falschen Zeit, etwa wenn noch aussichtsreiche Tarifverhandlungen laufen oder am falschen Ort, etwa in Durchkreuzung eines gewerkschaftlichen Kampfkongzeptes. Eben deswegen hat der Professorenentwurf das Streikrecht auch begrenzt auf den Fall, dass die „Tarifautonomie im konkreten Fall versagt“⁸⁶. Diese Grenzziehung schützt schon nicht davor, dass in einem organisationsfreien Zulieferbetrieb eine risikolose Arbeitsniederlegung erheblichen Produktionsausfall in einem großen Automobilwerk auslöst – den die Gewerkschaft aus ihrer überbetrieblichen Sicht verhindern wollte. Der Versagensfall des Professorenentwurfes⁸⁷ ist in seiner general-klauselartigen Weite zudem fragwürdig; so kann eine Gewerkschaft gute tarifpolitische Gründe dafür haben, von einer Haustarifforderung für die Belegschaft eines Unternehmens abzusehen. Schließlich wird das verbandsfreie Streikrecht auf den innerbetrieblichen Bereich beschränkt, obschon die Koalitionsfreiheit auch solche Vereinigungen schützt, die sich über Betriebs- und Unternehmensgrenzen hinweg bilden. Vor allem aber ist dieser Mittelweg – gewerkschaftsfreies privilegiertes Streikrecht aber nur in besonderen Fällen – mit seiner Rücksichtnahme auf die Gewerkschaften gegenüber den Arbeitnehmern, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sind, nicht plausibel. Warum soll deren Recht, in eigenständigen Koalitionen für die eigenen Arbeitsbedingungen zu streiten, von der Existenz einer Gewerkschaft abhängen, der sie nicht angehören? Hier fehlt die Legitimation dieser Fremdwirkung. Lässt sich ein solches gewerkschaftsfreies Streikrecht nicht segmentieren, muss es auch zum Schutz der Gewerkschaften so ausgestaltet sein, dass die Kampf befugnis nicht rücksichtslos ausgeübt wird.

Auf der anderen Seite würde die zentrale Beschränkung des Arbeitskampfrechts – gewerkschaftlicher Streik nur für Tarifziele – fragwürdig. Wenn nämlich schon nicht-tariffähige Koalitionen für schuldrechtlich regelbare Ziele streiken dürften, mit welchem Recht will man den Gewerkschaften dieses Recht vorenthalten? Alles was schuldrechtlich regelbar wäre, wäre dann auch erkämpfbar, auch durch tariffähige Gewerkschaften.

Zu denken ist auch an die *Kampffolgen in Drittbetrieben*: Das streikbezogene Arbeitskampfrecht legt das Risiko kampfbedingten Entgeltausfalls den Arbeitnehmern auf – jedenfalls dann, wenn der Arbeitsausfall im Drittbetrieb sich auf das Kräftegleichgewicht der Tarifparteien auswirken kann⁸⁸. Diese Risikoverteilung ist zugeschnitten auf die Arbeitskämpfe großer überbetrieblich organisierter Gewerkschaften. Schon für die kollektive Änderungskündigung ist diese Arbeitskampfrikskohlehre zu überdenken: Soll wirklich der Arbeitgeber jedes betroffenen Drittbetriebes zur vollen Entgeltweiterzahlung verpflichtet sein, weil die kämpfende Spontan- oder Klein-koalition bei ihm nicht vertreten ist? Und müssen seine Arbeitnehmer nicht so oder so die wirtschaftlichen Folgen des Produktionsausfalls durch Arbeitsplatzgefährdung tragen? Das wird vollends unkalkulierbar, wenn solche nicht-tariffähigen Koalitionen risikolos streiken können.

Man sieht: Die Folgen eines privilegierten Streikrechts für alle Arbeitnehmerkoalitionen sprengen das herkömmliche Ar-

beitskampfrecht; jenes ist deshalb abzulehnen. Für die kleinen Koalitionen muss es deswegen bei der kollektiven Änderungskündigung sein Bewenden haben. Nur sie gewährleistet einen vorsichtigen Umgang mit dem Kampfmittel, weil der Arbeitnehmer mit seiner Änderungskündigung den eigenen Arbeitsplatz riskieren muss. Damit ist einmal sichergestellt, dass der einzelne Arbeitnehmer zu diesem Instrument nur greift, wenn sich der Einsatz des Arbeitsplatzes lohnt. Zudem hat der Arbeitgeber so jedenfalls ein effektives Abwehrrecht: Er kann zum Änderungsangebot „Nein“ sagen, womit der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verliert.

Für manche mag das wie „Steine statt Brot“ wirken. Richtig ist auch, dass eine kollektive Änderungskündigung gar nichts bewirkt, wenn der Arbeitgeber den Standort insgesamt aufgeben will. Diese Schwäche teilt der Streik. Sie ist darin begründet, dass die kollektive Angebotsverknappung verpufft, wenn keine Nachfrage nach Arbeit besteht. Immerhin können die Arbeitnehmer auf diese Weise dem Arbeitgeber, der eine Teilstillegung beabsichtigt, ein Ultimatum stellen: Alles oder Nichts!

Zu fragen ist nur, ob die Konfliktlösungsfunktion gebietet, dem Arbeitgeber zusätzlich das individuelle Kampfkündigungsrecht des § 25 KSchG gegen jene Koalitionsmitglieder einzuräumen, die nur ihre Kampfgenossen in die Kündigung treiben, sich selbst aber vornehm oder feige zurückhalten. Das spielt gerade für Rädelführer eine Rolle und insbesondere für Betriebsräte, wie im beschriebenen Fall des BAG (bei Fn. 79). Denn die Kampfkündigung ohne Kündigungsschutz nimmt dem Betriebsrat auch seinen Sonderkündigungsschutz nach § 15 KSchG; er kann dann ordentlich gekündigt werden. Das scheint mir angemessen, weil sich das Betriebsratsmitglied sonst missbräuchlich hinter seinem Amt verschanzen könnte. Missbräuchlich deswegen, weil das BetrVG dem Betriebsrat den Einsatz seines Amtes im Arbeitskampf strikt verbietet. Dazu sogleich unter V.

6. Kündigungsfristenproblem

Immerhin ist ein Hemmnis zu bedenken: Lange Kündigungsfristen – und vor allem unterschiedliche Kündigungsfristen der einzelnen Arbeitnehmer – können die kollektive Änderungskündigung so stark erschweren, dass sie als Instrument für einen fühlbaren Druck ungeeignet wird. Auch insofern weist ein Blick in die Vergangenheit den Weg: Durch Kündigung konnten effektiv nur die Arbeiter streiken, weil ihre gesetzliche Kündigungsfrist mit 14 Tagen seinerzeit kurz bemessen war; die Angestellten hingegen hatten mit ihrer Sechswochenfrist keine praktische Möglichkeit, solidarisch mitzukämpfen. Insofern wird die Rechtsprechung darüber nachzudenken haben, inwiefern den Arbeitnehmern eine Erleichterung bei der Kündigungsfrist zuzubilligen ist. Eine allgemeine Entfristung der Kampfkündigung oder ein Aussetzen der tariflich oder vertraglich verlängerten Kündigungsfristen kommt freilich nicht in Betracht: In der Kündigungsfrist drückt sich die vertragliche Bindung aus – sie ist funktionales Äquivalent für die Friedenspflicht. Das leuchtet unmittelbar ein, wenn man sich vorstellt, eine Arbeitnehmerkoalition habe bereits einen Entgeltzuschlag erzwungen. Ein allgemeines Kündigungsfristenprivileg versetzte dieselbe Arbeitnehmerkoalition in die Lage, jederzeit einen Nachschlag zu fordern. Deswegen muss die tarifliche, vertragliche oder gesetzliche Frist für einen Kündigungskampf um diejenigen Arbeitsbedingungen bleiben, die – gleich auf welcher Grundlage – bereits

86) Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter (Fn. 83), S. 97.

87) § 34 Abs. 1 Nr. 1 bis 4, oben IV. 5.

88) BAG v. 22. 12. 1980 – 1 ABR 2/79, AP Nr. 79 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Nr. 7 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; zur Kritik an der paritätsbezogenen Einschränkung MünchArbR/Otto (Fn. 28), § 290, Rn. 1 ff.

geregelt ist. Der richtige Ansatz, gerade mit Blick auf Standortniederlegungen, ist die Kündigung aus wichtigem Grund: Der Arbeitsplatz als solcher ist nicht nur die ökonomische, sondern auch die Geschäftsgrundlage für den Arbeitsvertrag⁸⁹. Besteht für den einzelnen Arbeitnehmer eine konkrete und erhebliche Arbeitsplatzgefahr, so kann das ein individuelles Recht zur außerordentlichen (Änderungs-) Kündigung nach §§ 313 f, 626 BGB begründen, das seinerseits kollektiv ausgeübt werden kann. Freilich schließt eine Einigung über einen gewissen Arbeitsplatzschutz das außerordentliche Kündigungsrecht aus. Nachkarten ist dann nur durch ordentliche Änderungskündigung möglich.

V. Grenzen

1. Betriebsverfassungsrechtliches Kampfverbot

Betriebsräten ist die Teilnahme an Arbeitskämpfen durch das Kampfverbot des § 74 Abs. 2 BetrVG schlechthin verwehrt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Druck durch einen im übrigen rechtmäßigen oder rechtswidrigen Streik erzeugt wird – Betriebsräten ist jedweder Druck gegen den Arbeitgeber verboten⁹⁰ – auch der durch eine kollektive Änderungskündigung. Betriebsräte dürfen also nicht nur die betriebsverfassungsrechtlichen Interessenkonflikte – hier über etwaige Standortschließungen (Interessenausgleich nach §§ 111 f. BetrVG) nicht durch Druckmittel zu lösen suchen – weil die Betriebsverfassung als Konfliktlösungsmittel für solche Regelungskonflikte ausschließlich die friedliche Zwangsschlichtung vor der Einigungsstelle vorsieht, und das auch nur in einer enumerativ bestimmten Anzahl von Fällen.

Betriebsräte dürfen sich kraft Amtes auch nicht an Arbeitskämpfen beteiligen, sie müssen in den Auseinandersetzungen einer Arbeitnehmerkoalition mit dem Arbeitgeber neutral bleiben. Insofern spielt es keine Rolle, ob eine Gewerkschaft einen Tarifkonflikt mit dem Instrument des Streiks lösen will oder ob eine nicht-tariffähige Koalition zur kollektiven Änderungskündigung greift. Das ist auch ohne weiteres mit der ESC vereinbar, weil dem Betriebsrat als Zwangsrepräsentationsorgan die Rechte aus Art. 6 ESC von vornherein nicht zukommen.

Dieses Kampfverbot schützt vordergründig den Arbeitgeber als Opfer des betriebsrätlichen Kampfes. Der Norm geht es aber vor allem – in Parallele zum Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG – darum, dass der Betriebsrat keine beitragsfreie Ersatzgewerkschaft wird, die kollektive Arbeitsbedingungen durch Kampf erstreitet und so die Betätigung autonomer Gewerkschaften untergräbt.

Zudem stellen betriebliche Arbeitskämpfe die Mitbestimmung als System in Frage: Sie fußt auf enumerativen Mitbestimmungsrechten und der Einigungsstelle als Zwangsschlichtungsorgan. Würden Betriebsräte immer dann, wenn das Gesetz ihnen kein Mitbestimmungsrecht gibt oder die Einigungsstelle für sie unbefriedigend entscheidet, zum Streik greifen, ist das ein Frontalangriff auf die Mitbestimmung als Friedensordnung, der letztlich zur Erosion führt.

Nur anzudeuten ist hier, dass dem Betriebsrat als staatlich installiertem Zwangsrepräsentationsorgan die Legitimation zum Arbeitskampf fehlt – auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Belegschaft.

Unberührt bleibt freilich die Koalitionsfreiheit des einzelnen Betriebsrats als Person. § 74 Abs. 2 Satz 1 HS. 2 BetrVG sagt zwar nur: „Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien werden hierdurch nicht berührt“. Dahinter steht aber die verfassungsrechtlich gebotene Rücksichtnahme auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, weswegen die Beschränkung des Arbeitskampfverbotes verfassungskonform vom Tarifkampf auf den Koalitionskampf zu erstrecken ist. Ein Betriebsratsmitglied hat deshalb nicht nur das Recht, einer Gewerkschaft anzugehören und für diese mitzustreiken; er hat ebenso das Recht, einer

nicht-tariffähigen Koalition anzugehören und für diese aktiv zu werden. Betriebsräte dürfen als Person auch eine Koalitionsgründung betreiben.

Das zwingt dann zu einer schwierigen Abgrenzung der Tätigkeit des einzelnen Betriebsratsmitgliedes als Amtsinhaber – dann Kampfverbot – und als Person – dann Streikteilnahmerecht und Recht zur Teilnahme an der kollektiven Änderungskündigung. Eben weil diese Abgrenzung so schwierig ist, muss aus Gründen der Waffengleichheit dem Arbeitgeber das Recht zur ordentlichen Kampfkündigung der Betriebsräte nach § 25 KSchG zukommen. Die im Fall des BAG vom 28. 4. 1966⁹¹ zutage getretene Konstellation belegt die fehlende Schutzbedürftigkeit: Wer als Betriebsratsmitglied einen Koalitionskampf organisiert, selbst aber auf die Änderungskündigung verzichtet und nur andere Arbeitnehmer „verheizt“, darf sich nicht hinter dem Sonderkündigungsschutz für Betriebsräte als kampfrechtlicher Immunität verstecken. Wer kämpfen will, muss sich stellen.

2. Freiwilligkeitsvorbehalt

Beppler meint zu Recht, dass das hohe Risiko, das von der Änderungskündigung ausgeht, eine Reglementierung des Kampfverhaltens erübrigt⁹². Damit können aber nur spezifische Kampfverhaltensregeln gemeint sein. Keineswegs aber darf die kollektive Änderungskündigung (sowenig wie die Standortverlagerungsdrohung des Arbeitgebers) als Druckmittel für jedes wünschbare Ziel eingesetzt werden. Von vornherein versteht sich, dass dasjenige, was nicht vertraglich regelbar ist, nicht erzwungen werden darf: Das Druckinstrument dient der kollektiven Regelung. Daran scheitert etwa ein Kampf, mit dem der Arbeitgeber gezwungen werden soll, einem Arbeitgeberverband anzugehören. Schon die Vereinbarung über die Koalitionszugehörigkeit ist nichtig, Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG. Daneben aber gilt besonderes Augenmerk denjenigen Fragen, die zwar nicht tariflich, wohl aber schuldvertraglich regelbar sind – wie der Standorterhalt, Investitionszusagen, Produktpolitik etc.

Wollte man hier eine allgemeine Erköpfbarekeit bejahen, wäre die Unternehmerfreiheit in ihren Kernentscheidungen bedroht. Es gilt also aus allgemeinen Prinzipien – dem Verbot der Nötigung in § 240 StGB und dem Verbot der Erzwungung von Rechtsgeschäften durch widerrechtliche Drohung nach § 123 BGB – abzuleiten, in welchen Entscheidungen der Arbeitgeber nicht unter Druck gesetzt werden darf. Dabei sind auch die Wertungen des Kartellrechts sowie der Gläubigerschutz zu beachten. Das Ergebnis wird ein Freiwilligkeitsvorbehalt für bestimmte Unternehmerentscheidungen sein, die der Arbeitgeber zwar freiwillig zusagen darf, die ihm aber nicht durch wirtschaftlichen Druck abgerungen werden dürfen⁹³. Insbesondere Investitionen, Produkt- und Preisentscheidungen rechnen zum Kern der Unternehmerfreiheit. Meines Erachtens lassen sich aber auch abstrakte Standorterhaltungsentscheidungen nicht erzwingen. Und selbst für die Unkündbarkeit wird man eine zeitliche Obergrenze finden müssen, damit der Arbeitgeber nicht faktisch zum dauerhaften Standorterhalt gezwungen werden darf. Wenn man diese Grenzen konturiert,

89) In Frankreich können Redakteure und Journalisten bei Eigentümerwechsel des Verlagshauses außerordentlich kündigen, FAZ v. 18. 12. 2004, S. 43.

90) MünchArbR/Otto (Fn. 28), § 286 Rn. 127; GK-BetrVG/Kreutz, § 74 Rn. 47; Richardi, BetrVG, 9. Auflage 2004, § 74 Rn. 18; Gamillscheg (Fn. 48), S. 992: „Der Betriebsrat darf sich in dieser seiner Eigenschaft an der Organisation einer Massenänderungskündigung nicht beteiligen ...“.

91) – 2 AZR 176/65, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Anm. Mayer-Maly) = EzA Nr. 5 zu § 124a GewO = SAE 1967, 44 (Anm. Rüthers).

92) Beppler, in: Festschrift Wißmann (2005), S. 111 ff.

93) Für den Streik um Tarifverträge Franzen, in: Rieble, 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch, Zukunft des Arbeitskampfes, 2005, S. 150 ff.

muss man sich über die Folgen klar sein: Die kollektive Aktion wird dann wegen ihres Zieles rechtswidrig, was zur Schadensersatzpflicht führt und zur fristlosen Kündigung – aber auch zur Anfechtbarkeit eines auf diese Weise erzwungenen Abchlusses.

VI. Ergebnisse

1. Die Koalitionsfreiheit wie internationale Garantien der Koalitionsbetätigung umfassen das Recht jeder autonomen Arbeitnehmervereinigung „irgendwie“ kollektiv Arbeitsbedingungen verhandeln zu können und dafür ein Druckmittel einsetzen zu können. Dieses Recht ist nicht auf tariffähige Gewerkschaften beschränkt.

2. Diese grundsätzliche Entscheidung bedarf der einfachrechtlichen Ausgestaltung. Dabei führt das deutsche Richterrecht mit guten Gründen zu einem Tarif- und Streikmonopol der Gewerkschaften. Dieses hat aber keine Sperrwirkung für nicht-tariffähige Koalitionen.

3. Nicht-tariffähige Arbeitnehmergruppen – insbesondere kleine und Spontanzusammenschlüsse können, wenn sie die für eine Koalition erforderliche kollektive Willensbildungsfähigkeit erreichen, die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder schuldrechtlich regeln. Dafür können sie das Druckmittel der kollektiven Änderungskündigung einsetzen. Ein suspendierendes Streikrecht ist nicht angezeigt, weil nicht-tariffähige Koalitionen keine Gewähr für einen verantwortungsbewussten Umgang mit diesem bieten. Die Folgen eines solchen gewerkschaftsfreien Streikrechts würden zudem gerade die Gewerkschaften erheblich belasten.

4. Dass von Standortschließungen bedrohte Arbeitnehmer damit kein effektives Kampfmittel haben – weil ihre Kündigung dem Arbeitgeber in die Arme spielen kann – ist hinzunehmen. Diese Vertragsschwäche resultiert nicht aus der typischen Unterlegenheit des Arbeitnehmers, sondern daraus, dass die Arbeitgeber-Nachfrage nach Arbeit schwindet. Vor dem Nachfragerückgang ist auch der Kaufmann nicht geschützt.

5. Hinreichende Effektivität muss dem Recht zur kollektiven Änderungskündigung nur auf der Ebene der Kündigungsfristen verschafft werden: durch punktuelle Zulassung der außerordentlichen Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

6. In keinem Fall kommt dem Betriebsrat in seinem Amt eine irgendgeartete Kampfbefugnis zu. Hiergegen streitet das absolute betriebsverfassungsrechtliche Kampfverbot.

7. Die Auseinandersetzungen bei Daimler Chrysler und Opel waren deswegen rechtswidrig: Die Betriebsräte verstießen gegen das Kampfverbot. Ein Streik scheitert an der fehlenden Tariffähigkeit der handelnden Arbeitnehmergruppe. Das Recht zur kollektiven Änderungskündigung hätte den Belegschaften nur bei hinreichender Organisationstiefe zugestanden, woran erhebliche Zweifel bestehen. Jedenfalls aber haben sie die Arbeit niedergelegt, ohne zuvor die Arbeitspflicht durch eine Änderungskündigung zu beseitigen.

8. Deswegen ist die Frage nach den Sanktionen aufgeworfen. Hier ist der Staat als Garant der Rechtsordnung gefordert. Er darf nicht darauf vertrauen, dass der angegriffene Arbeitgeber, sich gegen derartige „Aufstände“ wehrt. Denn der Arbeitgeber ist einer permanenten Drucksituation durch Betriebsrat und Belegschaft ausgesetzt. Insofern ist nach einer staatlichen Schutzpflicht für Arbeitgeber zu fragen. Zudem kann der Arbeitgeber allenfalls im Eigeninteresse auf die Rechtswahrung zu seinen Gunsten verzichten. Dritte und die Allgemeinheit werden durch Arbeitsniederlegungen nicht minder geschädigt. Schließlich geht es auch um das objektive Interesse des Staates an der Einhaltung seiner Arbeitskampfrechtsordnung. Durchsetzungshilfe bietet das Strafrecht.