

15 Jahre Arbeitskampsrechtsprechung am Hessischen Landesarbeitsgericht – Entwicklungen, Kritik, Ausblick

Vorsitzender Richter am LAG Rainer Bram, Frankfurt am Main

Einleitung

Ich möchte aus Anlass meines Ausscheidens nach fast 15 Jahren, in denen ich der für unerlaubte Handlungen in Zusammenhang mit Maßnahmen des Arbeitskampfes (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG) zuständigen 9. Kammer des Hessischen Landesarbeitsgerichts vorsah, eine kleine Bilanz der Rechtsprechung in dieser Zeit ziehen¹. Diese Zeit war geprägt von arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzungen der Unternehmen mit den seit Anfang des Jahrtausends zunehmend streikaktiveren Berufs- und Spartengewerkschaften mit entsprechender medialer Begleitung, unsäglichen Äußerungen auf der politischen Bühne und mündete in das Tarifeinheitsgesetz und führte möglicherweise zu noch weiteren gesetzlichen Einschränkungen des Streikrechts im Bereich der Daseinsvorsorge. Ich möchte die Entwicklungslinien anhand der wichtigsten Entscheidungen – auch kritisch – darstellen und mit einem Ausblick enden.

Seit dem Beginn des Jahrtausends spielten die Sparten- und Berufsgewerkschaften eine zunehmend größere Rolle und befeuerten die Streitkultur in Deutschland. So hat das Hess. LAG der Gewerkschaft Unabhängige Flugbegleiter Organisation (UFO) eV 2003 bestätigt, dass diese eine tariffähige Gewerkschaft ist, woran aktuell niemand mehr zweifelt. Die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht hatte keinen Erfolg². Die Gewerkschaftseigenschaft der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) stand 2003, als eine Reihe von Bahngesellschaften beantragten, dieser das angekündigte Streiken gerichtlich verbieten zu lassen, nicht mehr in Frage³. Sie hatte damals 6000 – 7000 Mitglieder und hatte sich zum 30. Juni 2002 aus der Tarifgemeinschaft mit der GDBA gelöst. Das Hess. LAG entschied am 22.07.2004⁴ im einstweiligen Verfügungsverfahren, dass die Gewerkschaft der Flugsicherung e.V. (GdF) eine tariffähige Gewerkschaft ist, weil sie genügend Durchsetzungskraft gegenüber dem sozialen Gegenspieler besitze, um sicherzustellen, dass der soziale Gegenspieler Verhandlungsangebote nicht übergehen könne. Die GdF stellte dies in den Folgejahren nachhaltig unter Beweis. Nicht zuerkannt werden konnte die Gewerkschaftseigenschaft 2015 der Neuen Assekuranz Gewerkschaft, die noch keine Tarifverträge abgeschlossen hatte. Das spricht in einem Verfahren um ihre umstrittene Tariffähigkeit nach § 97 Abs. 1 ArbGG gegen ihre Tariffähigkeit. Auch die Durchführung einer Urabstimmung und ein Aufruf zu einem Warnstreik, der dann wetterbedingt nicht

¹ Der ehemalige Präsident des Bundesarbeitsgerichts Prof. Dr. Dietrich hat den Richtern am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Dr. Treber gerade ein Interview gegeben (AuR 2015, G21) über 60 Jahre Arbeitskampsrechtsprechung in Deutschland.

² Hess. LAG 08.08.2003, 12 TaBV 138/01, Juris; BAG 14.12.2004, 1 ABR 51/03, EzA § 2 TVG Nr. 27.

³ Hess. LAG, 02.05.2003, 9 SaGa 637/03, FA 2003, 211.

⁴ Hess. LAG 22.07.2004, 9 SaGa 593/04, NZA-RR 2005, 262.

stattfindet, wurden nicht als ausreichender Beleg dafür angesehen, dass sie hinreichend durchsetzungsfähig wäre, Tarifverhandlungen und Tarifabschlüsse zu erzwingen⁵.

I. Alpha und Omega – der Grundsatz der Tarifeinheit im Streikrecht

Der Grundsatz warf in streikrechtlicher Hinsicht vom Anfang bis zum Ende Probleme auf.

Alpha: 2003 beantragte eine Reihe von Bahngesellschaften, der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) das angekündigte Streiken gerichtlich verbieten zu lassen. Sie hatte sich aus der Tarifgemeinschaft mit der GDBA gelöst und forderte den Abschluss eines „Spartentarifvertrages für das Fahrpersonal im Schienenverkehr“. Die Arbeitgeberin war Auffassung, ein Streik um den geforderten Tarifvertrag sei unverhältnismäßig. Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit müsse dieser Tarifvertrag zurücktreten. Wegen des Grundsatzes der Tarifeinheit urteilte das Hess. LAG⁶ (Leitsatz):

„Der zur Auflösung einer Tarifkonkurrenz oder -pluralität vertretene Grundsatz der Tarifeinheit ist nicht geeignet, einen Streik um einen Tarifvertrag, der mit einem bereits von einer anderen Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag in Tarifpluralität treten könnte, als unverhältnismäßig zu qualifizieren.“

Obwohl der von der Rechtsprechung vertretene Grundsatz der Tarifeinheit 2010 vom Vierten Senat⁷ aufgegeben worden ist, hat die Entscheidung insoweit absoluten Aktualitätsbezug, als der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum Tarifeinheitengesetz⁸ der Erwartung Ausdruck verliehen hat, dass über die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfen, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden solle, im Einzelfall im Sinne der Tarifeinheit zu entscheiden sei.

Das Hess. LAG hat damals ausgeführt⁹:

„Dieses Gebot der Verhältnismäßigkeit ist eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsgedankens. Selbst wenn nicht angenommen wird, der Grundsatz der Tarifeinheit sei mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar, setzt dessen Anwendung die Existenz zweier Tarifverträge voraus, deren Geltung oder Verdrängung nach dem sog. Spezialitätsgrundsatz sich nach ihrem Inhalt richtet, der sich erst nach dem notfalls erstreikten Abschluss bestimmen lässt. Schon gar nicht ist die Vorverlagerung des Grundsatzes der Tarifeinheit in die Zeit vor Abschluss eines notfalls erstreikten Tarifvertrages im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG geeignet, die Existenzgrundlage einer Gewerkschaft über Verhältnismäßigkeitserwägungen in Frage zu stellen.“

Dies bekräftigte das Hess. LAG in seinem Urteil vom 22.07.2004¹⁰. Auch in diesem auf ein Streikverbot gerichteten einstweiligen Verfügungsverfahren sah das Hessische

⁵ Hess. LAG 09.04. 2015, 9 TaBV 225/14, Juris; Nichtzulassungsbeschwerde vom BAG durch Beschluss vom 17.11.2015, 1 ABN 39/15, zurückgewiesen.

⁶ Hess. LAG, 02.05.2003, 9 SaGa 637/03, FA 2003, 211.

⁷ BAG 07.07.2010, 4 AZR 537/08, FA 2010, 319.

⁸ BT-Drucks. 18/4082,12.

⁹ Fn. 6 Rz. 37.

Landesarbeitsgericht einen Streik nicht als unverhältnismäßig an, da eine Auflösung der Tarifpluralität über den sog. Grundsatz der Tarifeinheit nicht geeignet sei, den Grundrechtsschutz einer Koalition im Kernbereich zu beschneiden. Welche Tarifverträge sich nach dem sog. Spezialitätsgrundsatz sich letztendlich durchsetzen, lasse sich erst nach deren Abschluss feststellen. Eine gerichtliche Tarifzensur schon vor dem Abschluss von Tarifverträgen sei mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Dieses durch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 07.07.2010¹¹ zwischenzeitlich erledigte Problem hat durch das Tarifeinheitsgesetz wieder Aktualität gewonnen.

Omega: Streikverbote unter Geltung des Tarifeinheitsgesetzes

In der Gesetzesbegründung zum Tarifeinheitsgesetz¹² hat der Gesetzgeber die Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass über Streiks, mit denen ein kollidierender Tarifvertrag erwirkt werden solle, sei im Einzelfall im Sinne der Tarifeinheit zu entscheiden sei und diese als unzulässig untersagt würden. Diese Erwartung dürften die Arbeitsgerichte kaum erfüllen können. Die Arbeitgeberverbände haben deshalb schon vor Erlass des Gesetzes die Unzulässigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen zur Durchsetzung eines nicht anwendbaren Tarifvertrags als wesentlichen Regelungsgegenstand des Tarifeinheitsgesetzes und nicht versteckt in der Begründung gefordert.

Mit Beschluss vom 06.10.2015¹³ hat das BVerfG die Anträge des Marburger Bundes, des Deutschen Journalistenverbandes und der Vereinigung Cockpit auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen das Tarifeinheitsgesetz zurückgewiesen. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes hat das BVerfG als offen angesehen. Kann das Arbeitsgericht in dieser Situation das Tarifeinheitsgesetz vor einer Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit anwenden? Im Eilverfahren sind an die Nichtanwendung eines Gesetzes im formellen Sinne durch das Fachgericht wegen Annahme seiner Grundgesetzwidrigkeit mit Blick auf das Verwerfungsmonopol des BVerfG hohe Anforderungen zu stellen¹⁴. Die Kammer des Arbeitsgerichts müsste mehrheitlich von der Verfassungswidrigkeit überzeugt sein. Das BVerfG gibt in seiner Entscheidung vom 06.10.2015¹⁵ allerdings selbst Hinweise, dass eine auf dieses Gesetz gestützte einstweilige Verfügung vor seiner Entscheidung in der Hauptsache nicht ergehen darf:

„Der allgemeine Hinweis in der Begründung des Gesetzesentwurfs, wonach eine Arbeitsk Kampfmaßnahme im Einzelfall unverhältnismäßig sein könne, wenn sie auf den Abschluss eines wegen der Kollisionsregel nicht zur Anwendung kommenden Tarifvertrags gerichtet ist (vgl. BT-Drucks 18/4062, S. 12), trägt schon deshalb nicht, weil der Ausgang des Hauptsacheverfahrens noch offen ist und daher nicht

¹⁰ Hess. LAG 22.07.2004, 9 SaGa 593/04, NZA-RR 2005, 262.

¹¹ BAG 07.07.2010, 4 AZR 537/08, FA 2010, 319.

¹² BT-Drucks. 18/4082,12; vgl. Richardi NZA 2014,1233: Das Prinzip Hoffnung ersetzt die Entscheidung des Gesetzgebers.

¹³ BVerfG 06.10.2015, 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1582/15, 1 BvR 1588/15, NZA 2015,1271, NZA 2015,1271.

¹⁴ BayVG 13.01.2015, 22 CS 14.233, Juris.

¹⁵ BVerfG 06.10.2015, a.a.O. Rn 13.

ausgeschlossen werden kann, dass das angegriffene Gesetz mit Wirkung ex tunc für verfassungswidrig erklärt wird.“

Löwisch¹⁶ interpretiert die Begründung des BVerfG zudem so, dass der Antrag einer Tarifvertragspartei nach §§ 2 a Abs. 1 Nr. 6, 99 Abs. 1 ArbGG, 4 a Abs. 2 TVG auf Entscheidung über den nach § 4 a Abs. 2 Satz 2 TVG im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag ein **Gestaltungsantrag** sei. Dies habe zur Konsequenz, dass die Gestaltung erst greife, wenn über den Antrag rechtskräftig entschieden sei. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung müssten sich die Tarifvertragsparteien an den Tarifvertrag halten. Dann könne aber die Befugnis der Minderheitsgewerkschaft, Forderungen auf den Abschluss eigener Tarifverträge zu stellen und dafür notwendigenfalls auch einen Arbeitskampf zu führen, von vornherein nicht in Frage gestellt werden¹⁷. Die von ihr abgeschlossenen Tarifverträge seien voll und ganz wirksam und würden nur dann und erst dann durch einen kollidierenden Mehrheitstarifvertrag für die Zukunft verdrängt, wenn ein entsprechender rechtskräftiger Beschluss ergehe.

Die Konsequenz daraus ist, dass eine einstweilige Verfügung, durch die ein auf die Kollisionsregel gestütztes Streikverbot beantragt wird, **vor rechtskräftigem Abschluss des Beschlussverfahrens** nicht ergehen kann¹⁸.

Dem Erlass einer einstweiligen Verfügung stünden zudem erhebliche **Probleme der Glaubhaftmachung** entgegen. Nach § 4 a Abs. 2 Satz 2 TVG ist der Zeitpunkt der Mehrheitsermittlung der Zeitpunkt des zuletzt zustande gekommenen kollidierenden Tarifvertrages. Kann das Arbeitsgericht einen Streik einer vermeintlichen Minderheitsgewerkschaft als unverhältnismäßig verbieten, wenn noch gar nicht geklärt ist, welches bei Abschluss (dem Kollisionszeitpunkt) die Mehrheitsgewerkschaft ist? Vetter¹⁹ meint zu Recht, der Gesetzgeber sollte „nicht durch die Hintertür Erwartungen an die Arbeitsgerichte äußern, die schon aufgrund der eigenen Gesetzeskonzeption unerfüllbar sein müssen“. Können die Mehrheitsverhältnisse zum Zeitpunkt des Abschlusses des letzten (kollidierenden) Tarifvertrages ex ante im einstweiligen Verfügungsverfahren überhaupt festgestellt werden? Die Mehrheitsverhältnisse vor Streikbeginn sind ohne Aussagekraft²⁰. Der Verfügungskläger müsste glaubhaft machen, dass eine Gewerkschaft zum Zeitpunkt des (erzwungenen) Abschlusses eines Tarifvertrages mit der Spartengewerkschaft in den einzelnen Betrieben, auf die es nach § 4 a Abs. 2 Satz 2 TVG ankommt, die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. Es ist fraglich wie das – auch durch eine notarielle Urkunde (§ 58 Abs. 3 ArbGG) – glaubhaft gemacht werden soll²¹, durch Einsicht in die Mitgliederkartei der Großgewerkschaft, die diese dem Unternehmen zur Verfügung stellt?

¹⁶ NZA 2015,1369.

¹⁷ Fn. 16, S. 1371.

¹⁸ Lehmann BB 2015,2301; wohl auch Konzen/Schliemann RdA 2015,1,13.

¹⁹ DRiZ 2015, 59; ebenso Mückl/Koddenbrock GWR 2015,6,8; Preis FA 2014,354,356: kein präventives. Arbeitskampfverbot; Schliemann NZA 2014,1250,1252; Linsenmaier RdA 2015, 369, 385.

²⁰ Ebenso Greiner NZA 2015,777; Linsenmaier RdA 2015, 369, 385.

²¹ Ebenso Linsenmaier RdA 2015, 369, 385.

II. Bestimmung und Inhalt der Streikforderung

a. Das Arbeitskampfgeschehen entzieht sich nach Auffassung des BAG²² seiner Natur nach der Formalisierung, aber bei der Formulierung der Tarifforderung und des Streikbeschlusses kann den Gewerkschaften nur größte Sorgfalt empfohlen werden, denn diese sind bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren Grundlage der Beurteilung. Die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes richtet sich nach dem Inhalt des Streikbeschlusses. Es muss dem bestreikten Unternehmen gegenüber klargestellt werden, welche Tarifforderung mit dem Streik durchgesetzt werden soll. Tarifforderung und Streikbeschluss müssen so hinreichend bestimmt sein, dass der bestreikte Arbeitgeber den Streik durch Nachgeben vermeiden kann²³. Maßgeblich ist die gegenüber dem Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverband erhobene Tarifforderung. Der Inhalt sonstiger Publikationen wie Flugblätter, Zeitungen, Streikaufrufe oder Presseerklärungen sind demgegenüber unbeachtlich²⁴. Das Hess. LAG hat hierzu ausgeführt:²⁵

„Maßgeblich für den Inhalt der mit dem Streik verfolgten Ziele sind die dem Gegner in Form des getroffenen Streikbeschlusses übermittelten Tarifforderungen. Sonstige Verlautbarungen sind zur Bestimmung des Streikziels aus Gründen der Rechtssicherheit unmaßgeblich (BAG Urteil vom 24. April 2007 – 1 AZR 252/06 - EzA Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 139). Es existiert zwar eine Präsentation vom 15. März 2011, in der es heißt: „Abschaffung Bonus im Führungsbereich“ sowie ein Artikel in der Mitgliederzeitschrift 2011/03 „Fluch des Bonus ?“. Die Streikforderungen in Gestalt des vollständigen ETE-V wurden der Verfügungsklägerin jedoch erst am 14. Mai 2011 zugeleitet und enthalten diese Forderung nicht. Frühere Präsentationen und Artikel in Mitgliederzeitschriften sind nicht geeignet, zusätzliche Tarifforderungen zu denen, die dem Tarifgegner offiziell zugeleitet worden sind, aufzustellen. Dies geht schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht. Dass dies keine Tarifforderung ist, hat das Vorstandsmitglied Tarif und Recht A zu Protokoll des Arbeitsgerichts nochmals klargestellt. Er hat eidesstattlich versichert, es sei zwar die langfristige Intention des Verfügungsbeklagten, das Bonussystem abzuschaffen, dies sei aber nicht Forderung in der Tarifrunde gewesen.“

Oder im Urteil vom 17.09.2008²⁶:

Niemals wurde in der Tarifforderung, wie sie der Verfügungsklägerin mit Schreiben vom 15.08.2008 übermittelt worden ist, den Warnstreikaufrufen, dem Stimmzettel für die Urabstimmung oder im Streikbeschluss des IG Metall-Vorstandes als Tarifforderung der Wechsel der Verfügungsklägerin in die Vollmitgliedschaft im Verband verlaubar. Die auf allen Ebenen verlaubarte Tarifforderung vermag die Äußerung des 1. Bevollmächtigten der Verfügungsbeklagten zu 3) nicht in Frage zu stellen. Derartige Verlautbarungen hinsichtlich der Festlegung des Streikziels, zu dem satzungsmäßig nur der IG Metall-Vorstand bestimmt ist, durch insoweit nicht vertretungsberechtigter Mitglieder der Gewerkschaft sind zur Bestimmung des

²² BAG 31.01.1995, 1 AZR 217/95, Juris Rz. 30.

²³ Hess. LAG 20.10.2014, 9 Ta 573714, Juris (Kurz wiedergabe).

²⁴ LAG Schleswig-Holstein 27.03.2003, 5 Sa 137/03, Juris.

²⁵ Hess. LAG 09.08.2011, 9 SaGa 1147/11, Juris Rz. 32.

²⁶ Hess. LAG 17.09.2008, 9 SaGa 1442/08, Juris Rz. 40.

Streikziels schon aus Gründen der Rechtssicherheit unmaßgeblich. Diese Einzeläußerung erlaubt auch nicht die Schlussfolgerung, der IG Metall-Vorstand habe seinen Streikbeschluss auf eine Scheinforderung gestützt.

Und im Urteil vom 02. 02.2006²⁷:

„Zu beurteilen ist nicht eine eventuelle Strategie der Gewerkschaft, sondern die konkrete Tarifforderung. Grundlage der Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes ist die Tarifforderung, soweit sie Inhalt des Streikbeschlusses ist (vgl. Kissel, Arbeitskampfrecht, § 42 Rz. 17). Der Streikbeschluss legt gewerkschaftsintern Ziel und Umfang des Streiks fest und hat Außenwirkung gegenüber der Arbeitgeberseite. Für deren Gegenreaktion ist der Streikbeschluss maßgebend. An ihm ist die Zulässigkeit des Streiks zu messen. Tarifforderung und Streikbeschluss haben einen sog. „Tarifsozialplan“ mit längeren Kündigungsfristen, Abfindungen und vergüteten Qualifizierungsmaßnahmen zum Inhalt. Überschießende verbale Begleiterscheinungen, überhitzte Ansprachen im Streikgeschehen, das anreißerische Motivieren von Mitgliedern und Nichtmitgliedern zum Streik sind, insbesondere bei gleichzeitiger Betonung, dass dieses Ziel tarifvertraglich oder durch Arbeitskampf nicht erreicht werden kann, grundsätzlich nicht Gegenstand der Rechtmäßigkeitsüberprüfung.“

Auch dürfen **Tarifforderungen auf der Verhandlungsebene und auf der Arbeitskampfebene** nicht vermengt werden. Die Kampfebene ist, so U. Fischer zu Recht, mit der Verhandlungsebene weder strukturell noch inhaltlich vergleichbar, auch wenn sich beide Ebenen gegenseitig ablösen können²⁸. Dies habe – so Fischer²⁹ – das Hess. LAG in seiner Entscheidung vom 09.09.2015³⁰ verkannt:

„Parallel dazu schlüpfte das LAG in die Rolle der zuständigen Gewerkschaftsgremien und erklärte in seiner gerichtlichen Entscheidung die von den zuständigen Gremien gerade nicht formulierten und beschlossenen Arbeitskamppforderungen für das Wings-Konzept allein maßgeblich zur Beurteilung des wegen anderer, zulässiger Forderungen durchgeführten Arbeitskampfes.“

Der Streikbeschluss vom 08.09.2015 lautete³¹: „Mit dem Streik soll folgendes Tarifziel durchgesetzt werden: Neuabschluss eines Tarifvertrages Übergangsversorgung für das Cockpitpersonal bei der DLH.“ Zuvor waren Schlichtungsversuche gescheitert, weil die Arbeitgeberin nicht bereit war, die Ausflagung von Flugzeugen und die damit verbundene Verlagerung von Arbeitsplätzen während der Verhandlungen zu unterlassen. Eine Presseerklärung der Gewerkschaft vom 07.09.2015 lautete auszugsweise: „Voraussetzung für die Verhandlung dieses Paktes war, zumindest für den Verhandlungszeitraum, das Aussetzen der Ausflagung von Flugzeugen und den damit einhergehenden Verlagerungen von

²⁷ Hess. LAG 02.02.2006, 9 Sa 915/05, Juris Rz. 88.

²⁸ NZA 2015, 1303(1304).

²⁹ a.a.O. Fn. 26 (1306); ders. FA 2016, 8 (11).

³⁰ Hess. LAG 09.09.2015, 9 SaGa 1082/15, Juris.

³¹ Hess. LAG a.a.O. Fn. 30, Rz. 18.

deutschen Pilotenarbeitsplätzen im Inland und ins Ausland“. Daraus leitete das Hess. LAG³² ab, die Gewerkschaft verfolge bei dem Streik als nicht nur unwesentliche Nebenforderung das Ziel, in Bezug auf das strittige Wings-Konzept Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben.

b. Reduzierung von Streikforderungen im laufenden Verfahren

Im Jahr 2011 führten die Fluglotsen Arbeitskämpfe gegen die Deutsche Flugsicherung GmbH, deren Untersagung die Deutsche Flugsicherung GmbH im Wege des Eilverfahrens beantragte. Ein besonderes Problem bei der Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 11.08.2011³³ war die Reduzierung von Streikforderungen im laufenden Verfahren. Die Gewerkschaft hatte dem Unternehmen schriftlich mitgeteilt, dass sie eine ihrer Streikforderungen nicht aufrechterhalte. Sie hat darin erklärt, diese Forderungen seien nicht mehr Gegenstand des Tarifkonflikts und des angekündigten Arbeitskampfes. Diese Mitteilung erfolgte durch den Bundesvorstand der Gewerkschaft. Das Hess. LAG war der Auffassung, eine erneute Urabstimmung sei nicht erforderlich gewesen. Zum einen sei die Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen ohne das Vorliegen einer satzungsmäßigen Urabstimmung als verbandsintern anzusehen und ohne Außenwirkung³⁴. Zum anderen sei bei der Tarifforderung eines komplexen Regelwerks wie einem Eingruppierungstarifvertrag nicht bei jedem Fallenlassen einer einzelnen Klausel vor einem Streik erneut das Scheitern der Verhandlungen festzustellen. Das Unternehmen sei jederzeit in der Lage gewesen, die eingeschränkte Forderung anzunehmen. Die Rücknahme einer einzelnen Tarifklausel aus einem komplexen Tarifvertrag, dessen Abschluss die Streikforderung sei, zu Protokoll des Gerichts bedingte nicht neue Verhandlungen und ein neues Scheitern der Verhandlungen vor Fortsetzung des Arbeitskampfes. Bei komplexen Regelwerken können einzelne Tarifnormen unwirksam sein, die aber im Rahmen des Gesamtwerkes keine bedeutende Rolle spielen. *Rieble*³⁵ und *U.Fischer*³⁶ haben sich darum Gedanken gemacht, wobei *Rieble* schlicht unterstellt hat, die Arbeitsrichter hätten bei der Gewerkschaft auf die Modifizierung der Streikforderung hingewirkt. Entscheidend ist m.E., ob das nach der Satzung zuständige und vertretungsberechtigte Gewerkschaftsorgan (Vorstand, Hauptvorstand) entschieden und die Erklärung abgegeben hat und der modifizierte Streikbeschluss dem gesetzlichen Vertreter des Unternehmens zugegangen ist, bevor der Streik begonnen hat.

III. Ankündigungsfrist

Gegenstand einstweiliger Verfügungsverfahren war immer wieder die Frage, ob die Gewerkschaft zur Wahrung einer Ankündigungsfrist vor Einleitung von konkreten Arbeitskampfmaßnahmen verpflichtet ist. Dies ist grundsätzlich zu verneinen. Außer in Schlichtungsabreden oder Selbstverpflichtungen gibt es für Streiks keine Ankündigungsfrist. Sie dienen vor allem nicht dazu, organisatorische Maßnahmen zur Vermeidung oder

³² Hess. LAG a.a.O. Fn. 31 Rz. 76.

³³ Hess. LAG 09.08.2011,9 SaGa 1147/11, Juris.

³⁴ Vgl. Kissel, Arbeitskampfrecht, § 40 Rz. 19.

³⁵ BB 2014, 949.

³⁶ NZA 2014, 1177; ders. FA 2016, 8 (10); Löbiger Einstweilige Verfügungen und Arbeitskampfwirklichkeit, 109 ff.

Abmilderung der Streikfolgen zu treffen (Notfalldienst- oder –fahrpläne) oder Zeit für eine arbeitsgerichtliche Überprüfung zu schaffen, sondern Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit zu treffen³⁷. In seinem Urteil vom 22.11.1996³⁸ ist das Bundesarbeitsgericht von der Zulässigkeit überraschender Warnstreiks ausgegangen. Eine richterliche Befugnis, aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine gewerkschaftliche Ankündigungsfrist zu entwickeln, dürfte nicht bestehen³⁹. Angesichts der notwendigen organisatorischen Vorbereitungen (Streikaufruf der Gewerkschaftsmitglieder) dürfte dem Arbeitgeber kaum verborgen bleiben, dass ein Streik geplant ist.

IV. Streik und Unternehmensautonomie

Mit seinem Urteil vom 09.09.2015⁴⁰, an dem ich nicht beteiligt war, hat das Hess. LAG einen Streik der Piloten untersagt, weil die Streikforderung eine strategische unternehmerische Entscheidung zum Gegenstand hätte. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es einer präzisen Bestimmung der Tarifforderung bedarf. Das Hess. LAG hat gemeint, hinsichtlich des sog. Wings-Konzepts habe „Druck auf den Arbeitgeber“ ausgeübt werden sollen⁴¹. Das unterfiele m. E. nicht ohne weiteres dem Verdikt der Rechtswidrigkeit. Es fragt sich nämlich, inwieweit eine Tarifforderung in den unternehmerischen Autonomiebereich eingreifen darf. Das Grundgesetz gewährleistet den Kernbereich der Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 und die Unternehmensautonomie als Teil der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG. Deshalb darf weder die Unternehmensautonomie noch die Tarifautonomie so ausgeübt werden, dass die andere leerläuft⁴². Als kollektives Arbeitnehmerschutzrecht gegenüber der Unternehmensautonomie kann eine tarifliche Regelung dort eingreifen, **wo eine unternehmerische Entscheidung diejenigen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Belange der Arbeitnehmer berührt, die sich gerade aus deren Eigenschaft als abhängig Beschäftigte ergeben**. Unternehmensautonom soll entschieden werden über Investitionen, Produktion und Vertrieb⁴³. Diese tarifvertragsfreie Unternehmensautonomie geht aber nicht so weit, dass die Gewerkschaften darauf beschränkt sind, nur soziale Folgewirkungen unternehmerischer Entscheidungen zu regeln⁴⁴. Der Regelungsauftrag des Art. 9 Abs. 3 GG greift immer dann, wenn sich die wirtschaftliche soziale Seite einer unternehmerischen Maßnahme nicht trennen lassen, zwangsläufig mit auf die Steuerung der unternehmerischen Sachentscheidung⁴⁵. Hierunter fällt nach zutreffender Auffassung des BAG⁴⁶ die Verlagerung eines Betriebes, wodurch vor Ort viele Arbeitsplätze verloren gingen. Danach kommt die unternehmerische Autonomie nur dort zur Geltung, wo sich keine negativen Auswirkungen auf die Arbeitnehmer ergeben, also bei Entscheidungen, die sich ausschließlich auf die Märkte für

³⁷ LAG Berlin-Brandenburg 14.08.2012, 22 SaGa 1131/12, Juris; LAG Köln 29.10.1998, 10 Sa 14/98, Juris.

³⁸ BAG 22.11.1996, 1 AZR 217/95, Juris.

³⁹ Hess. LAG 20.10.2014, 9 Ta 573714, Juris (Kurz wiedergabe).

⁴⁰ Hess. LAG 09.09.2015, 9 SaGa 1082/15, Juris.

⁴¹ Hess. LAG 09.09.2015, 9 SaGa 1082/15, Juris Rz. 76.

⁴² BAG 10.12.2002, 1 AZR 96/02, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134; BAG 03.04.1990 – 1 AZR 123/89 – Juris.

⁴³ BAG Fn. 31.

⁴⁴ BAG Fn. 31.

⁴⁵ BAG Fn. 31.

⁴⁶ BAG 10.12.2002, 1 AZR 96/02, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134.

Waren, Dienstleistungen oder Kapital beziehen⁴⁷. Dagegen ist bei einer Verlagerung des Betriebs und dem Verlust von Arbeitsplätzen die tarifliche Regelbarkeit zu bejahen. Tariffähig sind auf jeden Fall die Folgen einer Verlagerungsentscheidung. Ob eine Forderung nach dem Verzicht auf die geplante Betriebsänderung zulässiger Inhalt eines Streikbeschlusses sein kann, hat das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung zum Tarifvertragssozialplan offengelassen⁴⁸. Es hat aber ausgeführt:

„Die Rechtswidrigkeit des Streiks folgt nicht daraus, dass die Forderungen der Beklagten jedenfalls in ihrer Summe geeignet gewesen wären, die ...geplante Verlagerung von Teilen ihrer Produktion an andere Standorte faktisch zu verhindern oder wirtschaftlich unsinnig zu machen.“

Däubler⁴⁹ ist zutreffend der Ansicht, das BAG habe kein negatives Präjudiz in dem Sinne gesetzt, dass mit der mittelbaren Beeinflussung der Standortentscheidung die äußerste Grenze des Zulässigen erreicht wäre. Er entnimmt insbesondere der Entscheidungen des BAG von 1990⁵⁰, dass eine Standortentscheidung zum Gegenstand von Tarifforderungen und damit auch eines Arbeitskampfes gemacht werden könnten.

Vor diesem Hintergrund muss jedenfalls hinsichtlich eines beantragten Streikverbotes geklärt werden, was genau der Inhalt der Tarifforderung sein soll bzw. gegen was genau im zitierten Eingangsbeispiel das diffuse Druckausüben sich gerichtet habe, die Verhinderung des Ausflagens von Flugzeugen?, der Verlagerung von Arbeitsplätzen? Dies müsste auch geklärt werden, um im Sinne der EuGH-Rechtsprechung beantworten zu können, ob die Niederlassungsfreiheit Vorrang vor dem Streikrecht hat und erst recht für die Prüfung von Art. 11 Abs. 2 MRK. Um zu beantworten, ob es eine gesetzliche vorgesehene und notwendige Einschränkung des Streikrechts im Sinne dieser Norm gibt, müsste geprüft werden, ob es insoweit eine feststehende Rechtsprechung des BVerfG oder BAG gibt. In der Entscheidung des EGMR vom 02.10.2014⁵¹ wird verlangt, dass die Einschränkungen des Streikrechts gemäß Art. 11 Abs. 2 EMRK klar und vorhersehbar sein müssen. Dies muss hinsichtlich des schillernden Inhalts einer strategischen Unternehmerentscheidung klar verneint werden.

Keine arbeitsgerichtliche Tarifzensur

Um das Problem der arbeitsgerichtlichen Tarifzensur ging es im Jahr 2006. Das Hessische Landesarbeitsgericht hat durch Urteil vom 02.02.2006⁵² (Tarifvertragssozialplan) entschieden (Leitsätze 4 und 5), dass auch eine weit überzogene Tarifforderung grundsätzlich nicht zur Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes führt, da es nicht Aufgabe der Arbeitsgerichte ist, korrigierend in die Höhe einer Tarifforderung einzugreifen, solange diese auf ein tariflich regelbares Ziel gerichtet ist. Die Höhe einer Tarifforderung unterliegt keiner gerichtlichen

⁴⁷ Däubler, Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? - Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung, HSI-Schriftenreihe 2015, 37; ders. Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? HSI-Schriftenreihe 2012, 56, 58.

⁴⁸ BAG 24.04.2007 – 1 AZR 252/06 – Juris Rz. 111.

⁴⁹ A.a.O. Fn. 47, 2015, 37.

⁵⁰ A.a.O. Fn. 42.

⁵¹ EGMR 02.10.2014, 48408/12, NZA 2015,1268.

⁵² Hess. LAG 02.02.2006, 9 Sa 915/05, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75.

Kontrolle. Maßgeblich für die Beurteilung ist die Streikforderung auf der Grundlage des Streikbeschlusses der Gewerkschaft. Das Bundesarbeitsgericht hat in der Revisionsentscheidung⁵³ ausgeführt, eine gerichtliche Kontrolle des Übermaßes von Streikforderungen beschränke die Koalitionsbetätigungsfreiheit von Gewerkschaften unverhältnismäßig. Der Umfang einer Streikforderung sei keine rechtlich bedeutsame Größe. Die Aussicht auf eine uneingeschränkte Umsetzung eines Streikziels bestehe typischerweise nicht. Eine Streikforderung gehe regelmäßig über dasjenige Maß hinaus, bei dessen Erreichen die Gewerkschaft zum Tarifabschluss bereit sei. Mit der Rechtskontrolle des Umfangs der Streikforderung würde eine potentielle Norm in Unkenntnis ihrer späteren Konkretisierung auf eine mögliche Grundrechtswidrigkeit überprüft.

V. Streiken im unionsrechtliche Kontext

In der Streikentscheidung vom 09.09.2015 hat das Hessische Landesarbeitsgericht⁵⁴ der Pilotengewerkschaft Vereinigung Cockpit das Streiken untersagt. In den Medien wurden die Richter als „mutig“ gelobt⁵⁵. Ich würde die Entscheidung insbesondere im Lichte des EU-Rechts eher als (EU-)rechtlich gewagt einschätzen. Cockpit hat nach der auf ihrer Homepage eingestellten Pressemitteilung vom 10. Nov. 2015 am 26. Oktober 2015 beim Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde und beim Hessischen Staatsgerichtshof eine Grundrechtsklage dagegen eingereicht. Zur Begründung wird angegeben, das LAG sei in rechtlich unzulässiger Weise von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts abgewichen und habe mit dem Argument, der VC ging es bei der Streikmaßnahme um etwas Anderes als den Tarifvertrag Übergangsversorgung, von einem falschen Sachverhalt ausgegangen⁵⁶. Ich möchte hier den Blick auf die europäische Rechtslage richten, mit der sich die Entscheidung nicht befasst⁵⁷. Die Berücksichtigung der europäischen Rechtslage hätte im Hinblick auf die Streikforderung möglicherweise zu einem anderen Ergebnis geführt.

Das Hess. LAG folgt in dieser Entscheidung dem Dogma der tariffähigen Streikforderung und wendet die sog. **Rühreitheorie** an. Danach wird ein Streik für insgesamt rechtswidrig gehalten, wenn eine von mehreren Forderungen rechtswidrig sei. Ob dem auch für den Fall der Rechtswidrigkeit einer nur untergeordneten Streikforderung noch gefolgt werden könne, hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 10.12.2002⁵⁸ offengelassen. Jedenfalls eine rechtswidrige Hauptforderung führe zur Rechtswidrigkeit des gesamten Streiks. In europäischen Kontext spricht viel dafür, dass diese Theorie nicht mehr angewendet werden darf. In der Entscheidung des EGMR vom 27.11.2014⁵⁹ hat die Anwendung dieser

⁵³ BAG 24.04.2007, 1 AZR 252/06, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 139.

⁵⁴ Hess. LAG 09.09.2015, 9 SaGa 1082/15, Juris.

⁵⁵ FAZ 10.09.2015.

⁵⁶ Dazu oben II a. am Ende.

⁵⁷ Die Aussage von Löbig, Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampf, S. 160, den Vorgaben des Arbeitsvölkerrechts werde für die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts so gut wie keine Aufmerksamkeit gewidmet, es sei in Anbetracht der Vielzahl von Eilverfahren bedenklich, dass lediglich zwei Entscheidungen sich in den letzten beiden Jahrzehnten damit befasst hätte, trifft nach meiner Erfahrung zu.

⁵⁸ BAG 10.12.2002, 1 AZR 96/02, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134.

⁵⁹ EGMR 27.11.2014, 36701/09, AuR 2015,146.

Theorie zur Verurteilung des kroatischen Staates zu einer Entschädigungszahlung wegen eines gerichtlichen Streikverbotes gegen eine Ärztegewerkschaft geführt. Die Gewerkschaft hatte zwei Hauptforderungen aufgestellt und eine hilfsweise Streikforderung. Das nationale Gericht hat sich mit der Hilfsforderung nicht befasst, sondern den Streik verboten, weil es sich bei den beiden Hauptforderungen um keine zulässigen Streikziele handele. Von einer Rühreitheorie ist in der EGMR-Entscheidung nichts zu lesen. Die Anwendung der sog. Rühreitheorie durch die Arbeitsgerichte könnten also dem deutschen Staat Entschädigungsverpflichtungen bescheren⁶⁰. Die EMRK ist ihrem Rang als innerstaatliches Gesetz entsprechend durch deutsche Gerichte wie anderes Gesetzesrecht im Rahmen der Auslegung zu beachten und anzuwenden. Deutsche Gerichte haben die Entscheidungen des EGMR zu berücksichtigen⁶¹. Die Prüfung der Normen der EMRK zählt zum arbeitsgerichtlichen Pflichtenprogramm.

Des Weiteren ist die vom Hess. LAG vorausgesetzte **Tariffähigkeit der Tarifforderung** EU-rechtlich fragwürdig. Das Bundesarbeitsgericht⁶² meinte 2002, die generalisierende Aussage, Streiks seien stets nur zur Durchsetzung tarifvertraglich regelbarer Ziele zulässig, möge im Hinblick auf Teil II Art. 6 Nr. 4 ESC einer erneuten Beurteilung bedürfen. Inzwischen ist diese unumgänglich geworden. Bei der Auslegung der Einschränkungen des Streikrechts nach Art. 11 Abs. 2 EMRK, 6 Nr. 4 ESC ist der Umstand zu berücksichtigen, dass diese Normen die Voraussetzung der Tariffähigkeit nicht verlangen. Es handelt sich um deutsches und türkisches Spezifikum. Es gab, was bei der Auslegung berücksichtigt werden müsste, bereits 1998 eine entsprechende Empfehlung des Ministerkomitees an die Bundesregierung, in der diese wegen des Erfordernisses der Tarifbezogenheit des Streiks gerügt worden ist. Dies ist auch gängige Spruchpraxis des Europäischen Komitees für Soziale Rechte (EKSR)⁶³. Der ILO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit hält eine Beschränkung auf den Tarifstreik für unzulässig. Art. 6 Nr. 4 ESC gebietet diese Beschränkung ebenfalls nicht⁶⁴. In den EGMR-Entscheidungen Kaya und Sehan⁶⁵ und Enerji Yap-Yol Sen/Türkei⁶⁶ standen jedenfalls keine nach deutschem Recht tariffähigen Forderungen zur Beurteilung an.

VI. Schadensersatzansprüche Drittbetroffener

Das Jahr 2013 war arbeitskampfrechtlich geprägt von drei Entscheidungen zu Schadensersatzansprüchen Drittbetroffener. Mehrere Fluggesellschaften haben die Gewerkschaft der Flugsicherung wegen der angekündigten Streiks im Herbst 2011 und durchgeführter Streiks im Frühjahr 2012 mit Schadensersatzforderungen in Millionenhöhe überzogen. Das Hess. LAG hat die klageabweisenden Vorinstanzen mit Urteilen vom 25.04.2013⁶⁷, 27.06.2013⁶⁸ und 05.12.2013⁶⁹ bestätigt. Es hat angenommen, es gehöre zum

⁶⁰ Ebenso Lörcher AuR 2015,126,129.

⁶¹ BVerfG 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004,3407; Schlachter AuR 2015,217(218).

⁶² BAG 10.12.2002, 1 AZR 96/02, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 134.

⁶³ Buchholtz, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge, Diss. 2014, S. 122, 139.

⁶⁴ Buchholtz a.a.O. Fn. 44, S. 142.

⁶⁵ EGMR 15.12.2009, 30946/04, AuR 2011,304=Juris.

⁶⁶ EGMR 21.04.2009, 68959/01, NZA 2010, 1423.

⁶⁷ Hess. LAG 25.04.2013, 9 Sa 561/12, LAGE Art 9 GG Arbeitskampf Nr. 92a.

⁶⁸ Hess. LAG 27.06.2013, 9 Sa 1387/12, Juris.

Wesen des Streiks, dass hiervon auch Dritte, nämlich diejenigen, die Leistungen des bestreikten Unternehmens abnehmen, mittelbar betroffen sein können. In verflochtenen und wechselseitig abhängigen Wirtschaftssystem berührten Arbeitskämpfe nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Streiks führten zwangsläufig zu Störungen auch bei solchen Unternehmen, die nicht unmittelbar vom Arbeitskampf betroffen seien. Das Bundesarbeitsgericht hat die zugelassenen Revisionen gegen die Urteile vom 25.04. und 27.06.2013 durch Urteile vom 25.08.2015 zurückgewiesen⁷⁰. Das Bundesarbeitsgericht in erfreulicher Klarheit ausgeführt, dass die Stoßrichtung des Streiks nicht schon deshalb gegen den Gewerbebetrieb der Klägerinnen gerichtet war, weil deren unternehmerische Tätigkeit zwingend von der Inanspruchnahme der durch die Flugsicherung erbrachten Leistungen abhängig war. Diese funktionale Verflechtung modifiziere nicht den deliktsrechtlichen Grundsatz, wonach kein Einsatz für mittelbare Vermögensschäden geschuldet wird, die Dritte bei Verletzung ihrer Rechtsgüter durch eine Reflexwirkung erleiden.

Im dritten Verfahren⁷¹ war auch über eine Klage des Flughafenbetreibers als Arbeitgeber zu entscheiden. Das Hess. LAG hielt den Streik zwar wegen Verletzung der Friedenspflicht für rechtswidrig, sah aber gleichwohl keine Verpflichtung zum Schadensersatz wegen des Einwandes des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Es hat angenommen, dieser Einwand greife, weil der Arbeitskampf mit Sicherheit auch ohne die beanstandeten Tarifforderungen zur gleichen Zeit, am gleichen Ort mit den gleichen Folgen geführt worden wäre. Hierüber wird das Bundesarbeitsgericht am 26.07.2016⁷² entscheiden.

VII Ausblick

a. Streiken im Bereich der Daseinsvorsorge

Dem Ansinnen an die Rechtsprechung, das Streikrecht in Betrieben der Daseinsvorsorge unter Bezugnahme auf das Gemeinwohl als „Streikgrenze“ de lege lata einzuschränken, ist das Hessische Landesarbeitsgericht durch Urteil vom 07.11. 2014⁷³ nicht nachgekommen, weil ein Streik in einem Unternehmen der Daseinsvorsorge weder unzulässig noch von vornherein Beschränkungen unterliegt. Auf der Wunschliste von Politik und Wirtschaft stehen Einschränkungen des Streikrechts für die Daseinsvorsorge aber ganz oben. Die Reichweite erstreckt sich vom Luft- und Bahnverkehr über die Versorgung mit Energie und Wasser, Feuerwehr, Erziehungswesen / Kinderbetreuung, Kommunikationsinfrastruktur, Versorgung mit Bargeld und Zahlungsverkehr bis zur Medizinischen Versorgung und Pflege⁷⁴. Der

⁶⁹ Hess. LAG, 05.12.2013, 9 Sa 592/13, Juris.

⁷⁰ BAG 25.08.2015, 1 AZR 754/13, NZA 2016, 47; BAG 25.08.2015, 1 AZR 875/13.

⁷¹ Hess. LAG 05.12.2013, 9 Sa 592/13, Juris.

⁷² 1 AZR 160/14.

⁷³ Hess. LAG 07.11. 2014, 9 SaGa 1496/14, Juris.

⁷⁴ Pressemitteilung der Bayerischen Staatskanzlei Nr. 169 vom 16.06.2015 Nr. 4: „Der Ministerrat hat heute auf Vorschlag von Bayerns Arbeitsministerin Emilia Müller beschlossen, sich im Bundesrat für gesetzliche Regelungen zum Streikrecht in der Daseinsvorsorge einzusetzen...Ein Arbeitskampf darf hier nur das letzte Mittel sein. Er muss primär eine Auseinandersetzung zwischen den Tarifvertragsparteien bleiben und darf nicht die Allgemeinheit in Mithaftung nehmen, so Müller. ...Deshalb muss im Dialog mit den Sozialpartnern geregelt werden, dass in Bereichen der Daseinsvorsorge besondere ‚Spielregeln‘ für einen Streik gelten. Dazu zählt vor

Geltungsbereich in § 2 eines Gesetzesentwurfs von Franzen/Thüsing/Waldhoff⁷⁵ geht noch weiter und ist als uferlos abzulehnen. Er erfasst den gesamten Dienstleistungsbereich und Versorgungsbereich und beträfe damit auch die Zuständigkeitsbereiche zahlreicher DGB-Gewerkschaften. Nach § 2 Ziff. 1 wäre mit dem Bereich „Medizinische und pflegerische Versorgung“ der gesamte Gesundheitsbereich betroffen, nach Ziff. 2 die „Versorgung mit Energie und Wasser“, nach Ziff. 3 „Feuerwehr, Bestattung, Entsorgung“, nach Ziff. 4 „Landesverteidigung und innere Sicherheit“, mit Ziff. 5 „Verkehr“ ausnahmslos jede Verkehrsbewegung auf Straßen, Schienen, auf dem Wasser und in der Luft, nach Ziff. 6 mit dem Bereich „Erziehungswesen und Kinderbetreuung“ nicht nur Kindergärten und Kitas, sondern auch Schulen, mit Ziff. 7 „Kommunikationsinfrastruktur“ der gesamten Medien- und IT-Bereich und mit Ziff. 8 „Versorgung mit Bargeld und Zahlungsverkehr“ der gesamte Banken- und Finanzbereich. Für diese Bereiche sollen neben der Aufrechterhaltung der Grundversorgung (sog. Notdienstarbeiten), die ohnehin regelmäßig Gegenstand freiwilliger Absprachen sind, Ankündigungsfristen von vier Tagen vorgesehen werden, ein obligatorisches Schlichtungsverfahren nach dem Scheitern der Tarifverhandlungen sowie ein Quorum für die Urabstimmung von 50 % der Mitglieder vor der Einleitung von Arbeitskämpfmaßnahmen. Mag man schon in Frage stellen, ob es zum schillernden Begriff der Daseinsvorsorge gehört, sich zu jeder Zeit mit jedem Verkehrsmittel von jedem an jeden Ort bewegen zu können, so ist jedenfalls eine flächendeckende Ausweitung abzulehnen⁷⁶. Der Begriff der Daseinsvorsorge muss zurückgeführt werden auf die staatliche Erbringung oder die staatliche Gewährleistung der **Erbringung bestimmter, als für die Bevölkerung als lebenswichtig anzusehender Leistungen**⁷⁷. Der EGMR⁷⁸ hat den Rahmen für Streikverbote zudem sehr eng gezogen. Er verweist auf die IAO-Grundsätze über das Streikrecht und die Entscheidungen des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit und des Sachverständigenausschusses, die der Ausschuss übernommen hat, wonach Streikverbote nur für Dienstleistungen in Frage kommen, deren Unterbrechung Leben, die persönliche Sicherheit oder die Gesundheit der Bevölkerung gefährden würden. Das müsste m.E. auch für temporäre Streikverbote berücksichtigt werden.

b. Im Hinblick auf den **Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes** macht sich die Arbeitgeberseite⁷⁹ große Sorgen, Leiharbeiter nicht mehr als Streikbrecher einsetzen zu dürfen. Nach der aktuellen Gesetzeslage hat ein Leiharbeiter das Recht, Streikarbeit zu verweigern, § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG. § 11 Abs. 5 des Entwurfes lautet: „Der Entleiher darf Leiharbeiter nicht

allein, dass vorher die Möglichkeiten einer gütlichen Einigung in einem Schlichtungsverfahren ausgelotet werden müssen. Um der Bevölkerung Gelegenheit zu geben, sich auf einen Streik vorzubereiten, ist der Streik vier Tage vor seinem Beginn anzukündigen. Und schließlich müssen die Tarifpartner eine Mindestversorgungsvereinbarung schließen, in der Art und Umfang der Notdienstarbeiten während des Streiks festgelegt werden“.

⁷⁵ Franzen/Thüsing/Waldhof Arbeitskämpf in der Daseinsvorsorge, 2012; dazu Konzen/Schliemann RdA 2015,1,14.

⁷⁶ Ebenso etwa Dietrich Aura 2015, G21(G24).

⁷⁷ Rudkowski ZfA 2012, 467 (470); vgl. auch BVerfGE 66,248,258: zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich.

⁷⁸ EGMR 02.10.2014, 48408/12, NZA 2015,1268.

⁷⁹ Vgl. Ueber / Löw BB 2015, 3125, Thüsing NZA 2015, 1478.

tätig werden lassen, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.“ Es fallen Begriffe wie „Zwangssolidarisierung“ der Leiharbeitnehmer, es wird ein Eingriff in die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG gesehen⁸⁰, eine Verfälschung der Arbeitskampfpärität befürchtet und eine Verletzung der unternehmerischen Freiheit des Entleihers. Richtig ist, dass das Aussitzen eines Streiks und der Einsatz von arbeitswilligen Arbeitnehmern als zulässiges Kampfmittel des Arbeitgebers angesehen werden⁸¹. Es dürfte aber innerhalb des Regelungsspielraums des Gesetzgebers zur Umsetzung der EG-Richtlinie⁸² über Leiharbeit liegen, die Reichweite des Missbrauchs der Leiharbeit zu bestimmen. Eine entsprechende Regelung ist jedenfalls im Koalitionsvertrag vorgesehen und ist Gegenstand einer Entschließung des Bundesrates⁸³.

c. Schließlich ist die Befürchtung nicht ganz unbegründet, das Streikrecht nach nationalem Recht könnte als **Handelshemmnis im Rahmen der Freihandelsabkommen TTIP, CETA** usw. angesehen werden. Die Verhandlungspartner sollen sich zwar z. B. nach dem CETA-Abkommen an die Normen der Internationalen Arbeitsorganisation halten (ILO). Grundlage ist die ILO-Erklärung über fundamentale Prinzipien und Arbeitsrechte von 1998, u.a. das Recht auf Vereinigungsfreiheit, in der Erklärung von 1998 fehlen jedoch eine Reihe von Ausführungsbestimmungen, z.B. über das Verbot dieses Rechts durch innerstaatliche Gesetzgebung. Die Verhandlungspartner des TTIP, die EU hat die ILO-Normen formell gar nicht ratifiziert und die USA nur eingeschränkt.

Es wurde ausgeführt, dass das Streikrecht, eines der wichtigsten Freiheitsrechte aus Art. 9 Abs. 3 GG, Art. 11 Abs. 2 EMRK und Art. 6 Nr. 4 ESC, durch nationale Normen und EU-Recht geschützt ist, aber immer wieder auch Begehrlichkeiten nach Einschränkungen ausgesetzt ist. Die Richterinnen und Richter dürfen sich demgegenüber von politischen Tagesinteressen, Globalisierung, Freihandel und Medienhype nicht beeinflussen oder vereinnahmen lassen, sondern müssen mit ihrer Rechtsprechung Garanten dieses Freiheitsrechts sein.

⁸⁰ Ubbert / Löw Fn. 64.

⁸¹ BAG 22.09.2009 – 1 AZR 972/08 – Juris Rz. 61; Hess. LAG 05.12.2013, 9 Sa 592/13, Juris; Revision eingelegt unter dem Az. 1 AZR 160/14; Däubler/Wolter, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Kap. 21 Rz. 157; Otto Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht § 1 Rz. 25, 45; ErfK-Dieterich/Linsenmeier Art. 9 GG Rz. 213, 215; Kissel Arbeitskampfrecht § 42 Rz. 117.

⁸² 2008/104/EG.

⁸³ BR-Drs. 89/16(B).