

**Zulässigkeit und Grenzen eines Arbeitskampfes
in der Flugsicherung**

Rechtsgutachten
erstattet im Auftrag der Gewerkschaft der Flugsicherung e. V.
(GdF) von

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

INHALTSVERZEICHNIS

A. Sachverhalt und Fragestellung.....	4
I. Die Organisation der Flugsicherung.....	4
II. Die Regelung der Arbeitsbedingungen.....	5
III. Die möglichen Auseinandersetzungen zwischen GdF und DFS	5
IV. Fragestellung des Gutachtens.....	8
B Die grundsätzliche Zulässigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen im Bereich der Flugsicherung um tariflich regelbare Ziele.....	11
I. Die Garantie des Streikrechts durch Art. 9 Abs. 3 GG und andere Rechtsgrundlagen.....	11
1. Art. 9 Abs. 3 GG.....	11
2. Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta (= ESC).....	14
3. Andere Rechtsgrundlagen.....	16
II. Ausschluss des Streikrechts bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben?.....	18
1. Die These.....	18
2. Kritik.....	19
III. Rechtswidrigkeit von Streiks wegen unverhältnismäßiger Drittschädigung?.....	22
1. Die These.....	22
2. Kritik.....	24
3. Die Abwälzbarkeit der Streiks chäden.....	26
4. Die Höhe der Drittschäden als Rechtsproblem.....	27
5. Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BGH zur „Aktion“ der Fluglotsen im Jahre 1973?.....	29
III. Sicherung von Notstands- und Erhaltungsarbeiten.....	34
1. Die Ausgangslage.....	34
2. Anwendung auf den konkreten Fall.....	35
3. Notdienstvereinbarung.....	38

C. Von der GdF erkämpfte Firmentarife und die rechtliche Behandlung der sog. Tarifpluralität.....	40
I. Anwendung der Regeln über die Tarifkonkurrenz auf die Tarifpluralität.....	41
1. Die bisherige BAG-Rechtsprechung.....	41
2. Kritik.....	44
3. Die weitere Entwicklung.....	46
II. Rechtsfolgen der Anwendung des Prinzips der Tarifeinheit 48	
III. Status des verdrängten Tarifvertrags.....	49
D) Zusammenfassung	51

A. Sachverhalt und Fragestellung

I. Die Organisation der Flugsicherung

Die Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) ist durch Verordnung vom 11.11.1992 mit den Aufgaben der Flugsicherung nach § 25c LuftVG betraut worden. Sie beschäftigt derzeit ca. 5.300 Arbeitnehmer, von denen ca. 1.800 als Fluglotsen eingesetzt sind. Innerhalb dieser Gruppe gibt es insgesamt 24 Beamte, die vom Luftfahrtbundesamt der DFS überlassen sind. 207 der als Arbeitnehmer beschäftigten Lotsen sind zugleich beurlaubte Soldaten.

Auf Regionalflughäfen gibt es eine Reihe nicht zur DFS gehörender Fluglotsen, die bei den Betreibergesellschaften oder bei Gebietskörperschaften angestellt sind und denen gemäß § 31b Abs. 1 Satz 2 LuftVG Aufgaben der Luftsicherung übertragen wurden.

Die DFS arbeitet nach dem sog. Vollkostendeckungssystem. Dieses hat seine Grundlage in der Verordnungsermächtigung des § 32 Abs. 4 Nr. 6 LuftVG. Danach sind die Luftfahrtgesellschaften verpflichtet, für die Inanspruchnahme von Diensten und Einrichtungen der Flugsicherung Gebühren zu bezahlen und entstandene Auslagen zu erstatten. Beides ist durch Rechtsverordnung festgelegt; die Gebührensätze sind so zu bestimmen, „dass der gesamte Aufwand für die Flugsicherung und für die Flughafenkoordinierung gedeckt wird.“ Dies geschieht in der Praxis bislang so, dass die „Selbstkosten“ auf der Grundlage eines geschätzten Verkehrsaufkommens auf die Fluggesellschaften umgelegt werden. Erweisen sich die Sätze nachträglich als zu hoch oder zu niedrig, erfolgt bei der Gebührenfestsetzung für das übernächste Jahr eine

entsprechende Korrektur. Überraschend hohe Einnahmen schlagen sich in einer Gebührensenkung, überraschend niedrige Einnahmen in einer Gebührenerhöhung nieder. Eine dauerhafte Gewinnerzielung ist ausgeschlossen.

II. Die Regelung der Arbeitsbedingungen

Die Arbeitsbedingungen der Fluglotsen und der weiteren Beschäftigten der DFS sind durch Haustarife geregelt, die mit der Gewerkschaft ver.di abgeschlossen wurden.

Bis Oktober 2002 bestand ein Kooperationsvertrag zwischen der DAG bzw. ver.di e. V. auf der einen Seite und dem Berufsverband der Fluglotsen (VDF e. V.) und dem Berufsverband der Flugsicherungstechniker und -ingenieure (FSTI e. V.) auf der anderen Seite. Dieser Vertrag wurde seitens der beiden Berufsverbände ordentlich, anschließend von der Gewerkschaft ver.di außerordentlich gekündigt. Im November 2002 kam es zu neuen (und im Prinzip bis heute geltenden) Tarifabschlüssen zwischen DFS und ver.di, die erhebliche Einschnitte zu Lasten der Beschäftigten mit sich brachten.

Für die beiden Berufsverbände war die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder nur noch durch Gründung einer eigenen Gewerkschaft möglich. Nach verschiedenen außergerichtlichen und gerichtlichen Auseinandersetzungen wurde die GdF am 15. September 2003 ins Vereinsregister eingetragen. Die Mitglieder der beiden Berufsverbände sind - soweit ersichtlich - praktisch vollzählig Mitglieder der GdF geworden.

III. Die möglichen Auseinandersetzungen zwischen GdF und DFS

Die GdF hat Anfang 2003 Tarifforderungen sowohl gegenüber dem Betreiber des Flughafens Hahn als auch gegenüber der DFS präsentiert. Im Bereich der DFS sollen Ausgangspunkt die im Oktober 2002 bestehenden Tarifverträge sein, da die weitere Entwicklung von den Mitgliedern der GdF faktisch nicht beeinflusst werden konnte. Inhaltlich geht es primär nicht um Lohnerhöhungen; vielmehr stehen Probleme des Gesundheitsschutzes (Kurregelung, Umsetzung des Kastner-Gutachtens) sowie Probleme der Altersteilzeit und der Bewältigung des Lizenzverlustes im Vordergrund. Weiter soll das Prinzip der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Bereich der Gesamtversorgung umgesetzt werden.

Die DFS hat Verhandlungen mit der GdF generell abgelehnt. Sie berief sich dabei insbesondere auf das Argument, die GdF sei keine Gewerkschaft und könne deshalb weder einen Tarifvertrag abschließen noch gar einen Arbeitskampf führen. Weiter wurde in einer sog. DFS-Tickerinformation vom 11.2.2004 ausgeführt:

„Ohnehin steht das Streikrecht für das operative Personal grundsätzlich in Frage. Ein vorliegendes Rechtsgutachten kommt, unter eingehender Würdigung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zu diesem Ergebnis. Danach kann das Streikziel ausschließlich durch die Schädigung Dritter erreicht werden. Würde z. B. eine Gewerkschaft erhebliche Gehaltsforderungen mit einem Streik durchsetzen, so müsste die DFS die Flugsicherungsgebühren im System der Vollkostendeckung entsprechend erhöhen. Das heißt, die Kunden der DFS hätten die Kosten zu tragen, ohne dass sie einen unmittelbaren Einfluss auf den Verlauf der Verhandlungen nehmen können. Daher schützt die Rechtsordnung deren Rechte stärker als die Betätigungsfreiheit einer Gewerkschaft.“

Die Gewerkschaftseigenschaft der GdF war Gegenstand verschiedener gerichtlicher Verfahren. Zuletzt hat das ArbG Offenbach durch Urteil vom 3. März 2004 die

Gewerkschaftseigenschaft der GdF bejaht und deshalb den Erlass einstweiliger Verfügungen abgelehnt, wonach eine Urabstimmung sowie die Aufforderung zum Streik untersagt werden sollten. Gegen das Urteil des ArbG Offenbach ist Berufung eingelegt, über die in Kürze das LAG Hessen entscheiden wird. GdF und DFS haben sich darauf verständigt, dass bis zur Entscheidung des LAG Hessen keine Arbeitskämpfmaßnahmen durchgeführt werden sollen, dass diese Abmachung aber einer Urabstimmung nicht entgegenstehe.

Zur Rechtfertigung ihres Streikrechts stützt sich die GdF nicht nur auf Art. 9 Abs. 3 GG und die auf dieser Verfassungsbestimmung aufbauende Rechtsprechung. Vielmehr wird darauf verwiesen, dass auch die Arbeitgeberseite von der Existenz eines Streikrechts ausgehe. Dies komme in der Rahmenvereinbarung zwischen der Bundesrepublik und der DFS in der Fassung vom 12. Mai 1995 zum Ausdruck, wo es in § 6 heißt:

**„§ 6
Notdienstvereinbarung**

Die DFS wird vor Unterbreitung der Übernahmeangebote nach § 5 Abs. 11 in geeigneter Form mit den Tarifpartnern vereinbaren, dass im Falle arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen die folgenden Flüge nicht behindert werden:

- Not- und Katastropheneinsätze (einschl. humanitärer Flüge),
- Regierungsflüge
- Flugbetrieb der Streitkräfte

Aus Gründen der internationalen Reziprozität strebt die DFS eine vergleichbare Regelung auch für Flüge des internationalen Luftverkehrs an, welche die Bundesrepublik Deutschland ohne Landung überfliegen.“

Von Interesse ist weiter die „Vereinbarung zwischen dem Bundesminister für Verkehr und dem Bundesminister der Verteidigung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der

Flugsicherung" vom 6. November 1991, wo es unter III 1 bezüglich beurlaubter Soldaten heißt, der Bundesminister für Verkehr werde für eine arbeits- und tarifvertragliche Gleichbehandlung des gesamten Personals der DFS sorgen. Weiter ist unter V 1 bestimmt:

„Für den Fall rechtmäßiger Streiks des DFS-Personals werden über eine Notdienstvereinbarung zwischen der DFS und den Tarifpartnern der militärische Flugbetrieb, Regierungsflüge sowie die Möglichkeit von Not- und Katastropheneinsätzen sichergestellt.“

In der Vergangenheit wurde keine formale Notdienstvereinbarung geschlossen. Vielmehr gab es lediglich ein Schreiben des Bundesvorstands der DAG vom 1. März 1993, das an die Geschäftsleitung der DFS gerichtet war und dem von dieser nicht widersprochen wurde. Im Einzelnen heißt es in dem Schreiben:

„unter Bezugnahme auf unser Gespräch am 11. Januar d. J. in Ihrem Hause und auf Äußerungen, die in Zusammenhang mit den Tarifverhandlungen zu diesem Sachverhalt gemacht worden sind, bestätige ich Ihnen ausdrücklich erneut meine, den Politikern im Verkehrsausschuss im Vorfeld der Organisationsprivatisierung gegebene Zusicherung, dass die Deutsche Angestellten-Gewerkschaft im Falle arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen

a. Not- und Katastropheneinsätze

- einschließlich humanitärer Flüge -

b. Regierungsflüge und

c. den Flugbetrieb der Streitkräfte

nicht behindern wird.

Sollte es zu tarifrechtlichen Auseinandersetzungen kommen, sind wir selbstverständlich dazu bereit, mit Ihnen über dann ggf. zu treffende Notdienstvereinbarungen zu verhandeln. Ob es zu entsprechenden Vereinbarungen für

internationale Überflüge kommen wird, bleibt diesen Gesprächen vorbehalten.“

IV. Fragestellung des Gutachtens

Der Bundesvorstand der GdF hat angesichts der gegebenen Umstände die beiden folgenden Fragen gestellt und um rechtsgutachterliche Untersuchung gebeten.

„1. Gibt es organisatorische, rechtliche, wirtschaftliche, strukturelle oder sonstige Besonderheiten im Bereich der Flugsicherung, die einen Arbeitskampf der Beschäftigten oder einer Beschäftigungsgruppe in der Flugsicherung rechtswidrig oder nur eingeschränkt möglich machen und wie wirken sich diese Besonderheiten auf einen etwaigen Arbeitskampf aus?

2. Welche Bedeutung haben die richterrechtlich geprägten Grundsätze der Tarifpluralität bzw. Tarifeinheit für die räumliche, betriebliche und persönliche Anwendbarkeit der von der GdF mit der Arbeitgeberseite zukünftig abzuschließenden Tarifverträge vor dem Hintergrund der geltenden Tarifverträge der Gewerkschaft ver.di mit den Arbeitgebern in der Flugsicherung?“

Dabei soll vorausgesetzt werden, dass die GdF entsprechend der Entscheidung des ArbG Offenbach alle Anforderungen einer Gewerkschaft erfüllt.

In Teil B soll zunächst unter I. der grundsätzlichen Frage nach der rechtlichen Fundierung des Streiks um bessere Tarifbedingungen nachgegangen werden. Unter II. wird uns das Problem beschäftigen, ob der hoheitliche Charakter der Flugsicherung einer Arbeitsniederlegung entgegensteht. Der Abschnitt III ist dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als der wichtigsten Streikschränke gewidmet. Im Zusammenhang damit wird insbesondere die Abwälzbarkeit der Schäden auf Dritte und die Höhe potentieller Schäden eine Rolle spielen. Auch soll die Rechtsprechung zu der Fluglotsenaktion im Jahre 1973

daraufhin analysiert werden, ob sich aus ihr Rückschlüsse auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines offen erklärten Streiks ziehen lassen.

BGH, 16.06.1977, NJW 1977, 1875 = BGHZ 69, 128 ff.; BGH 31.01.1978, NJW 1978, 816 = BGHZ 70, 277 ff.; BVerwG NJW 1980, 1809

Soweit ein Streikrecht zu bejahen ist, stellt sich das unter III erörterte Problem der Notstands- und Erhaltungsarbeiten, für die ggf. zu sorgen ist. Dabei wird nicht nur der Umfang der erfassten Tätigkeiten sondern auch die Frage zu untersuchen sein, wer im Einzelnen die Definitionskompetenz bezüglich der zu erfüllenden Funktionen besitzt und wer über die Auswahl der einzusetzenden Arbeitnehmer entscheiden kann.

Teil C wird sich der Frage widmen, ob es zulässig ist, dass in einem Unternehmen verschiedene Firmentarifverträge mit verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossen werden. Eine dadurch entstehende „Tarifpluralität“ sieht sich dem Einwand ausgesetzt, dass die BAG-Rechtsprechung bislang vom Prinzip der Tarifeinheit ausgeht und deshalb die Grundsätze über die Tarifkonkurrenz entsprechend anwendet. Unter I wird dabei zu untersuchen sein, ob der Rechtsprechung angesichts neuerer Entwicklungen überhaupt noch zu folgen ist oder ob jedenfalls bei Existenz mehrerer Gewerkschaften ein Nebeneinander von Tarifverträgen hinnehmbar ist. Schließt man sich gleichwohl - und sei es im Wege der Hilfserwägung - der BAG-Rechtsprechung an, so stellt sich das Problem, ob unter Anwendung der Regeln über die Tarifkonkurrenz ein von der GdF abgeschlossener Tarifvertrag dem dieselbe Materie regelnden ver.di-Tarifvertrag vorgehen würde (Abschnitt II). Schließlich ist die Frage zu stellen, ob die etwaige Nachrangigkeit eines Tarifvertrags - für die prima facie allerdings kaum etwas spricht - einer Erkämpfung durch Streik entgegensteht;

immerhin bleibt ja selbst in einem solchen Extremfall die Existenz des Tarifvertrags als solche unangetastet. Auch kann er bei Wegfall eines anderen Tarifs zu definitiver Wirksamkeit gelangen.

B Die grundsätzliche Zulässigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen im Bereich der Flugsicherung um tariflich regelbare Ziele

I. Die Garantie des Streikrechts durch Art. 9 Abs. 3 GG und andere Rechtsgrundlagen

1. Art. 9 Abs. 3 GG

Inhalt und Grenzen des Streikrechts wurden vom BAG zunächst nicht aus einzelnen Verfassungs- oder Gesetzesvorschriften, sondern aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet. So heißt es in der ersten grundlegenden Entscheidung vom 28.1.1955 (BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4R):

„Arbeitskämpfe (Streik und Aussperrung) ... sind in bestimmten Grenzen erlaubt, sie sind in der freiheitlichen sozialen Grundordnung der Deutschen Bundesrepublik zugelassen. Unterbrechungen der betrieblichen Arbeitstätigkeit durch einen solchen Arbeitskampf sind sozial adäquat, da die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit solchen kampfweisen Störungen auf Veranlassung und unter Leitung der Sozialpartner von jeher rechnen müssen und die deutsche freiheitliche Rechtsordnung derartige Arbeitskämpfe als ultima ratio anerkennt.“

Ähnlich ist an anderer Stelle von der Gewährleistung des Streiks durch die „freiheitliche und soziale Grundordnung“ die Rede.

BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Der aus dem Jahre 1971 stammende zweite Grundsatzbeschluss wird insoweit nicht präziser.

BAG GS AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Erst die Aussperrungsentscheidungen vom 10.6.1980

BAG DB 1980, 1266

gingen einen Schritt weiter, da es dort heißt:

„Heute besteht Einigkeit darüber, dass das Streikrecht einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung darstellt, die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist.“

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 26. Juni 1991

AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

diese Auffassung bestätigt und im Einzelnen ausgeführt (a. a. O. Bl. 4R):

„Ein wesentlicher Zweck der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionen ist der Abschluss von Tarifverträgen. Darin sollen die Vereinigungen nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein. Die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überlässt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen. Soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks vom Einsatz bestimmter Mittel abhängt, werden daher auch diese vom Schutz des Grundrechts umfasst.“

Zu den geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Dafür spricht auch Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG.“

An späterer Stelle heißt es in derselben Entscheidung (a. a. O., Bl. 6R):

„Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die grundlegende Auffassung des BAG, dass

Arbeitskampfmaßnahmen der Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts bei Tarifaueinandersetzungen (Verhandlungsparität) dienen und an diesem Zweck zu messen seien. Durch dieses Prinzip wird der Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen nur dahin beschränkt, dass durch sie kein Übergewicht bei Tarifverhandlungen entstehen soll. Eine solche Beschränkung ist mit Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar. Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Soweit Arbeitskämpfe zu einem Ungleichgewicht führen, wird die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt.“

Kurze Zeit später hat das Bundesverfassungsgericht diese Aussagen bestätigt und ausdrücklich auch den Streik als Arbeitskampfmittel genannt. So heißt es in der Entscheidung vom 2. März 1993 (BVerfGE 88, 103, 114):

„Die Koalitionen sollen beim Abschluss von Tarifverträgen frei sein und die Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, selbst wählen können. Zu den geschützten Mitteln zählen jedenfalls die Arbeitskampfmaßnahmen, die erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen (BVerfGE 84, 212 [225]). Ein solches Mittel ist auch der Streik.“

Dieselbe Aussage findet sich auch in der Entscheidung vom 4. Juli 1995, die die Vereinbarkeit von § 116 AFG (heute: § 146 SGB III) mit dem Grundgesetz zum Gegenstand hatte.

BVerfGE 92, 365, 393 f.

Die zentrale Aussage, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Streik jedenfalls insoweit gewährleistet, als er für den Abschluss von Tarifverträgen erforderlich ist, wurde in der Literatur allgemein akzeptiert.

Siehe statt aller Dieterich, in: Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (im Folgenden ErfK), 4. Aufl., München 2004, Art. 9 GG Rn. 99; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, München 1997, § 20 III 2d (S. 939); Kissel, Arbeitskampfrecht, München 2002, § 17 Rn.12; ebenso im staatsrechtlichen Schrifttum H. Bauer, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Tübingen 1996, Art. 9 Rn.79; Kemper, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München 1999, Art. 9 Rn. 208; Löwer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl., München 2000, Art. 9 Rn. 80.

Inwieweit ein Streikrecht auch im Hinblick auf andere als tariflich regelbare Ziele besteht, ist vom Bundesverfassungsgericht nicht entschieden worden; im vorliegenden Zusammenhang kann dies dahinstehen, da es ausschließlich um eine Tarifauseinandersetzung geht.

2. Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta (= ESC)

Die von der Bundesrepublik im Jahre 1964 ratifizierte und im Jahre 1965 in Kraft getretene ESC (BGBl. 1964, II, 1251) bestimmt in ihrem Art. 6:

„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien,

(u.a.) die Einrichtung und Benutzung geeigneter Vermittlungs- und freiwilliger Schlichtungsverfahren zur Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten zu fördern,

und anerkennen,

(Nr. 4) das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus Gesamtarbeitsverträgen.“

Ob die Streikgarantie des Art. 6 Nr. 4 ESC die Wirkung eines einfachen innerstaatlichen Gesetzes hat, ist in der Literatur seit jeher umstritten.

Siehe die Nachweise bei Däubler, in: Ders.(Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn. 102-102g; Gamillscheg, a.a.O., § 20 III 5b (S. 956 ff.)

Die Rechtsprechung hat bisher eine klare Stellungnahme vermieden, gleichzeitig jedoch deutlich gemacht, dass die ESC überall dort zu berücksichtigen ist, wo der Richter bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts Spielräume besitzt. Im Zusammenhang mit der Koalitionsgarantie des Art. 5 ESC hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise ausgeführt (BVerfGE 58, 233, 254):

„Ob die Europäische Sozialcharta unmittelbar geltendes Bundesrecht ist oder ob sie lediglich den Gesetzgeber und den rechtsfortbildenden Richter bindet, oder wenigstens Auslegungsmittel für das nationale Recht ist, kann dahinstehen“.

Dies lässt den Schluss zu, dass jedenfalls ein schlichtes „Wegschieben“, ein Ignorieren bei der Rechtsanwendung, ausscheiden muss; zumindest ist die ESC bei der Auslegung des innerstaatlichen Rechts heranzuziehen. In diesem Sinne entschied auch das BAG zu Art. 6 Nr. 4 ESC: Der Richter, der vorhandene Lücken anhand von Wertentscheidungen des Gesetzgebers ausfülle, müsse sich an dem orientieren, was der Gesetzgeber als für die Bundesrepublik verbindlich akzeptiert habe.

BAG AP Nr. 81 zu Art.9 GG Arbeitskampf Bl. 11R

Dies wurde in jüngster Zeit bei den (inhaltlich wenig kontroversen) Feststellungen wiederholt, dass die

Friedenspflicht das Streikrecht beschränken könne und dass nicht für rechtswidrige Ziele gestreikt werden dürfe.

BAG NZA 2003, 734 und 739

In der Literatur wird eine solche „völkerrechtskonforme Interpretation“ generell akzeptiert.

Siehe etwa ErfK-Dieterich, Art. 9 GG Rn. 102; Gamillscheg, a.a.O., § 20 III 5b (S. 958); Otto, in: Münchner Handbuch des Arbeitsrechts (im Folgenden: MünchArbR), 2. Aufl., München 2000, § 284 Rn. 54; Däubler, AuR 1998, 144, 147; weitergehend und für unmittelbare Anwendbarkeit: Kissel, a.a.O. § 20 Rn. 23.

Das in Art. 6 Nr. 4 gewährleistete Streikrecht kann nach Maßgabe des Art. 31 ESC beschränkt werden. Voraussetzung ist eine gesetzliche Regelung; außerdem muss die Begrenzung „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 oder der Sittlichkeit notwendig“ sein. Soweit Gerichte das Arbeitskampfrecht weiter entwickeln, wird man für Beschränkungen allerdings keine formal-gesetzliche Regelung verlangen können; es reicht aus, dass sich das die ESC berücksichtigende Gericht an den inhaltlichen Vorgaben des Art. 31 orientiert.

So auch Gamillscheg, § 20 III 5b (S. 958); ein förmliches Gesetz verlangt (wohl) MünchArbR-Otto § 284 Rn. 55

3. Andere Rechtsgrundlagen

Das Recht zum Streik ist mittelbar auch durch Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention garantiert. Ihrem Wortlaut nach geht diese Bestimmung allerdings nicht über Art.

9 Abs. 3 GG hinaus. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat bislang keine über das deutsche Recht hinausgehenden Konsequenzen aus Art. 11 abgeleitet, so dass eine Vertiefung an dieser Stelle unterbleiben kann.

Einzelheiten bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 15. Aufl., Reinbek 1998 Rn. 495; Kissel, a.a.O., § 20 Rn. 36 ff.
Die ILO-Übereinkommen enthalten keine ausdrückliche Streikgarantie, doch gehen die bei der ILO angesiedelten Überwachungsorgane davon aus, dass das Übereinkommen Nr. 87 auch ein Streikrecht garantiert. So hat etwa der Sachverständigenausschuss Ende der 80-er Jahre ausgeführt (Conférence internationale du Travail, 69^e Session, Rapport III ,Partie IV b, No. 200 - S. 63):

„Nach Auffassung des Ausschusses ist das Streikrecht ein wesentliches Mittel der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen, um ihre wirtschaftlichen und sozialen Interessen zu fördern und zu verteidigen. Diese Rechte beziehen sich nicht nur darauf, bessere Arbeitsbedingungen zu erreichen oder kollektive, berufsbezogene Forderungen zu erheben; sie umfassen vielmehr gleichermaßen Fragen der Wirtschafts- und Sozialpolitik und Probleme auf der Unternehmensebene, die die Arbeitnehmer direkt betreffen.“

Die deutsche Rechtsprechung hat dem bisher nur wenig Rechnung getragen. Nähere Ausführungen zu einer gleichwohl notwendigen Beachtung der Vorgaben des Übereinkommens Nr. 87 kann im vorliegenden Zusammenhang unterbleiben, da - wie auszuführen sein wird - schon das ohne Berücksichtigung völkerrechtlicher Festlegungen interpretierte innerstaatliche Recht zu einer Anerkennung des tarifbezogenen gewerkschaftlichen Streiks führt, um den es im vorliegenden Zusammenhang allein geht.

II. Ausschluss des Streikrechts bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben?

1. Die These

Im Mai 2004 wurde in der Festschrift anlässlich des 50. Jahrestages der Gründung des Bundesarbeitsgerichts ein Beitrag von Meinhard Heinze veröffentlicht, der sich mit dem Streikrecht der deutschen Fluglotsen befasst und der - wie eingangs mitgeteilt - jedenfalls teilweise auf einem Gutachtenauftrag beruht.

Heinze, Streikrecht der deutschen Fluglotsen als Angestellte der privatisierten Flugsicherung, in: Oetker/Preis/Rieble (Hrsg.), 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 493 ff.

Darin wird zunächst die (durchaus zutreffende) Auffassung vertreten, auch nach der Privatisierung stelle die Flugsicherung eine hoheitliche Aufgabe dar. So bestimmt etwa § 29 Abs. 1 LuftVG, es sei Aufgabe der Luftfahrtbehörden und der für die Flugsicherung zuständigen Stelle, Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung durch die Luftfahrt abzuwehren.

Eingehend zu den Aufgaben der Flugsicherung Schwenk, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 2. Aufl., Köln u.a. 1996, S. 200 ff.

In einem zweiten Schritt kommt jedoch Heinze zu dem Schluss, Arbeitnehmer, die mit hoheitlichen Aufgaben betraut seien, würden kein Streikrecht besitzen. Die Vorschriften des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG, aus denen die Rechtsprechung ein Verbot des Beamtenstreiks ableitet, müssten auf diese Gruppe von Arbeitnehmern erstreckt werden; insoweit sei ein funktionaler,

und nicht der traditionelle formale Beamtenbegriff zu Grunde gelegt worden.

Heinze, a.a.O., S. 499

Art. 33 Abs. 4 und 5 GG müssten deshalb analoge Anwendung finden.

Heinze, a.a.O., S. 501

Andere Autoren haben sich bislang zu dieser spezifischen Frage nicht geäußert. Das dem Verfasser vorliegende Gutachten von Rieble, das im Jahre 2001 für die DFS GmbH erstattet wurde, enthält nicht einmal Andeutungen in dieser Richtung.

Rieble, Zur Tariffähigkeit einer künftigen Deutsche Flugsicherung Gewerkschaft. Gutachten, erstattet der Deutsche Flugsicherung GmbH, 2001

2. Kritik

Die Auffassung von Heinze steht in diametralem Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dieses hat in seiner Entscheidung zum Beamteneinsatz bei Streiks ausdrücklich ausgeführt (BVerfGE 88, 103, 114):

„Die Koalitionsfreiheit ist auch den Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst gewährleistet, und zwar unabhängig davon, ob sie hoheitliche oder andere Aufgaben erfüllen (Hervorhebung von mir – W.D.). Art. 33 Abs. 4 GG steht dem nicht entgegen. Er sichert die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates, indem er als Regel vorsieht, dass ihre Ausübung Beamten übertragen wird, verbietet jedoch nicht generell, dafür auch Arbeitnehmer einzusetzen. Da diesen die besonderen Rechte der Beamten nicht zustehen, bleiben sie darauf angewiesen, ihre Arbeitsbedingungen auf der Ebene von Tarifverträgen auszuhandeln. Wegen ihrer Unterlegenheit sind sie dabei auch auf das Druckmittel des Arbeitskampfes angewiesen. Soweit der Staat von der

Möglichkeit Gebrauch macht, Arbeitskräfte auf privatrechtlicher Basis als Arbeitnehmer zu beschäftigen, unterliegt er dem Arbeitsrecht, dessen notwendiger Bestandteil eine kollektive Interessenwahrnehmung ist.“

Dieser sehr eindeutigen Aussage ist im Grunde nichts hinzuzufügen. Wollte man der Auffassung von Heinze folgen, würde man einen Beschäftigtentyp schaffen, der geringere Rechte als ein Beamter, aber auch geringere Rechte als ein sonstiger Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes hätte. Anders als beim Beamten würde ein Anspruch auf amtsangemessene Alimentation und auf umfassende Fürsorge durch den Dienstherrn fehlen, da Art. 33 Abs. 4 und 5 (wohl) nur in Bezug auf das Streikverbot, nicht in sonstiger Hinsicht entsprechend anzuwenden wären. Auf der anderen Seite könnten die Arbeitsbedingungen letztlich auch nicht durch Tarifvertrag festgeschrieben und verbessert werden, da bei fehlendem Streikrecht für die Arbeitgeberseite keinerlei Notwendigkeit besteht, in die tarifliche Fixierung von Arbeitsbedingungen einzuwilligen.

Auch in methodischer Hinsicht bestehen Bedenken. Das Grundgesetz geht in Art. 33 Abs. 4 und 5 ersichtlich von einer Zweiteilung in Beamte und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes aus. Auch Art. 137 GG, der die Wählbarkeit in Parlamente und andere Vertretungskörperschaften regelt, legt dieselbe Differenzierung zu Grunde. Dabei wird zwischen hoheitlicher und nicht hoheitlicher Tätigkeit nur insoweit unterschieden, als nach Art. 33 Abs. 4 GG erstere „in der Regel“ Beamten zu übertragen ist. Für den Bereich der Luftverkehrsverwaltung enthält Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG insoweit eine Sondernorm, als der Bundesgesetzgeber über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform frei entscheiden kann. Die Privatisierung der Flugsicherung stellt deshalb ersichtlich keinen Verstoß gegen Art. 33 Abs. 4

GG dar; trotz Erfüllung hoheitlicher Aufgaben soll der Einsatz von Arbeitnehmern im Gesamtbereich der Flugsicherung möglich sein.

Diese im Grundgesetz angelegte Trennung zwischen Beamten und Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes kann nicht dadurch überspielt werden, dass man beamtenrechtliche Grundsätze auf Arbeitnehmer „analog“ anwendet. Hierfür fehlt es schon an einer durch Analogie zu schließenden Lücke. Die Verfassung hat vielmehr im Gegenteil zwei Typen von Beschäftigungsverhältnissen geschaffen, die jeweils eigenen Rechtsgrundsätzen unterliegen; von nicht erkannten Regelungsbedürfnissen („Lücke“) kann daher nicht die Rede sein.

Die Existenz zweier Beschäftigungsverhältnisse schließt es im Übrigen nicht aus, auf freiwilliger Grundlage einzelne Rechtsgrundsätze vom einen auf den anderen Beschäftigungstyp zu übertragen. So hat etwa der BAT einzelne beamtenrechtliche Grundsätze übernommen; andererseits hat sich das Beamtenrecht bis in die jüngste Vergangenheit weitestgehend an tariflichen Vergütungen und der tariflichen Arbeitszeit für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes orientiert. Dies hat aber nichts mit der hier allein relevanten Frage zu tun, inwieweit ein Gericht von sich aus beamtenrechtliche Grundsätze auf Arbeitsverhältnisse erstrecken darf.

Ergänzend kann darauf verwiesen werden, dass auch das ArbG Offenbach (Urteil von 3.3.2004, Az 5 Ga 1/04) den Standpunkt vertrat, nur Beamte dürften vom Tarifsysteem (und damit vom Streikrecht) ausgeschlossen werden. Überdies machte es sich die Überlegung von Rieble zu eigen, es sei ein widersprüchliches Verhalten, auf der einen Seite Tarifverträge mit ver.di abzuschließen und sich so der normalen arbeitsrechtlichen Spielregeln zu bedienen, auf der anderen Seite jedoch Tarifverhandlungen mit der GdF abzulehnen.

Angesichts dieser Umstände erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der weiteren Frage, ob sich die von Heinze angenommene Streikgrenze mit Art. 6 Nr. 4 ESC vereinbaren ließe.

III. Rechtswidrigkeit von Streiks wegen unverhältnismäßiger Drittschädigung?

1. Die These

Wie oben unter A. III. mitgeteilt, bestreitet die DFS das Streikrecht der Mitglieder der GdF insbesondere mit dem Argument, eine Arbeitsniederlegung würde ausschließlich Dritte schädigen, die keinerlei Einfluss auf die Verhandlungen hätten. Dies sei nicht hinnehmbar; ihre Rechte würden mehr Schutz verdienen als die Betätigungsfreiheit einer Gewerkschaft. Auch Heinze vertritt die Auffassung, Dritten dürfe nur dann durch Streik ein Schaden zugefügt werden, wenn sie durch ihr eigenes Verhalten diesen selbst abwenden könnten. Fehle es daran, sei eine entsprechende Aktion unzulässig, wenn es sich nicht nur um eine Nebenfolge eines Streiks, sondern um den „strategischen Einsatz“ der Drittschädigung als Druckmittel handle.

Um seine Auffassung zu stützen, beruft sich Heinze auf drei Autoren (a.a.O., S. 508 Fn. 54). Als „Unterstützerin“ nennt er einmal Inge Scherer (Grenzen des Streikrechts in den Arbeitsbereichen der Daseinsvorsorge. Schutz der Bürger vor gezielter Schädigung durch Streiks, Berlin 2000, S. 118). Dort wird ein Dritte schädigender Streik allerdings nur dann für rechtswidrig erklärt, wenn die durch Streik ausfallende Arbeitsleistung „notwendiger Bestandteil und Voraussetzung der alltäglichen Existenzbewältigung“ ist. Dies lässt sich für den Flugverkehr ersichtlich nur in Ausnahmesituationen annehmen (die ggfs. im Wege eines Notdienstes zu bewältigen sind), nicht jedoch als Regeltatbestand. Ohne den Unterschied deutlich zu machen, bezieht Heinze überdies den Fall ein, dass die Arbeitsleistung „für das Betreiben eines Gewerbes“

unverzichtbar ist, was bei Scherer nirgends angesprochen ist und auch nicht als stillschweigend mitgemeint gelten kann.

Zum Zweiten beruft sich Heinze auf Rüthers (ZfA 1987, 1, 49). Dort geht es um die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen im Luftverkehr, speziell um den Streik von Piloten. Die angegebene Stelle behandelt ausschließlich die Frage, ob ein Streik unzulässig werden könne, wenn er wesentliche Teile der Daseinsvorsorge vorübergehend lahm lege. Dabei wird ausdrücklich betont, der Stellenwert des Luftverkehrs dürfe nicht überbewertet werden. In vielen Fällen sei die Beförderung von Personen und Gütern bei arbeitskampfbedingten Störungen durch den Schienen- oder Straßenverkehr substituierbar. Dies treffe insbesondere für Kurzstrecken im nationalen Bereich oder ins benachbarte Ausland zu. Im Langstrecken- und Interkontinentalbereich könne zeitweise auf andere Luftverkehrsgesellschaften ausgewichen werden - eine Alternative, die bei vorübergehendem Ausfall der Flugsicherung allerdings nur in der Weise in Betracht kommt, dass ein im benachbarten Ausland startender Flug benutzt wird. Von einer generellen Unzulässigkeit von Streiks wegen gezielter „Drittschädigung“ ist an der angegebenen Stelle bei Rüthers auch nicht entfernt die Rede.

Schließlich beruft sich Heinze auf das vom Gutachter herausgegebene Handbuch zum Arbeitskampfrecht und zitiert die Ausführungen auf S. 365 der 1984 erschienenen Ausgabe. Dabei handelt es sich ersichtlich um ein Versehen, da sich an der angegebenen Stelle Ausführungen von Prof. Ninon Colneric (heute Richterin am EuGH) zu der Frage finden, inwieweit nach dem (inzwischen aufgehobenen) § 116 Abs. 4 AFG im Falle des Arbeitskampfes Kurzarbeitergeld ausnahmsweise auch dann bezahlt werden kann, wenn dies nach der damals geltenden Neutralitätsanordnung an sich nicht geboten war. Gemeint ist

vermutlich die 2. Auflage 1987 (Däubler, Hrsg., Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987), wo auf S. 365 Prof. Karl-Jürgen Bieback Ausführungen zu Streiks in lebenswichtigen Betrieben macht. Dort ist jedoch lediglich die Rede davon, es müsse sich um Leistungen handeln, auf die der Bürger angewiesen sei und deren Wegfall das allgemein anerkannte Existenzminimum der Bevölkerung gefährde. Damit ist ein sehr viel engerer Bereich als der von Heinze angesprochene (der auch den Flugverkehr umfaßte) umschrieben.

2. Kritik

Die Tatsache, dass durch eine Arbeitsniederlegung auch Dritte in Mitleidenschaft gezogen werden können, ist eine Erfahrung, die niemand bestreitet. Im vorliegenden Zusammenhang kann es deshalb allein darauf ankommen, inwieweit es rechtliche Vorgaben gibt, die ein bestimmtes Ausmaß an Drittschädigung als unerträglich qualifizieren und die deshalb einem Streik entgegenstehen könnten.

Nach der Rechtsprechung des BAG steht die Durchführung von Arbeitskämpfen generell unter dem Vorbehalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Grundlegend BAG GS AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Relation zwischen der Streikforderung und den Schäden des Arbeitgebers oder Dritter hergestellt würde; Entsprechendes käme einer Tarifzensur gleich.

Siehe statt aller ErfK-Dieterich, Art. 9 GG Rn. 124; Kissel, a.a.O., § 29 Rn. 34

Dies wird auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des BAG betont.

BVerfGE 84, 212, 231; BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG
Arbeitskampf unter B I 2 b

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist vielmehr nur in Extremfällen verletzt. Solche liegen etwa dann vor, wenn der Kampfgegner vernichtet werden soll oder wenn das Ultima-Ratio-Prinzip in seiner heutigen Ausprägung durch die Rechtsprechung verletzt ist.

Zu Letzterem siehe ErfK-Dieterich, Art. 9 GG Rn. 126

Als weitere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips lässt sich die Arbeitskampfparität begreifen, wonach ein Streik nur insoweit gerechtfertigt ist, als er eine notwendige Voraussetzung für das Funktionieren des Tarifsystems darstellt.

Dazu ErfK-Dieterich, Art. 9 GG Rn. 128

Schließlich wäre ein Streik auch dann unverhältnismäßig, wenn er höherrangige Grundrechte Dritter wie Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG gefährden würde.

So auch Heinze, a.a.O., S. 503 ff.

Soweit es um gleichwertige Rechtsgüter wie die berufliche Entfaltungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG, das Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 GG und die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG geht, sind Beeinträchtigungen als normale Begleiterscheinungen praktisch jedes Streiks hinzunehmen. Auch in diesem Zusammenhang kann keine Tarifizensur in dem Sinne stattfinden, dass wirtschaftliche Nachteile Dritter zu den Streikfolgen in ein Verhältnis gesetzt würden. Vielmehr können

genau wie im Verhältnis zum bestreikten Arbeitgeber lediglich Extremfälle kontrolliert und korrigiert werden; würde etwa die Arbeitsniederlegung das Ziel verfolgen, einen Kunden des Arbeitgebers wirtschaftlich zu „erledigen“ (indem beispielsweise gerade die von ihm kommenden Aufträge nicht mehr bearbeitet werden), so könnte ein derartiger Fall vorliegen. Weitergehende Einschränkungen ließen sich auch nicht mit Art. 31 ESC rechtfertigen.

3. Die Abwälzbarkeit der Streikschäden

Auf Grund des Vollkostendeckungssystems (dazu oben A I) ist die DFS in der Lage, die während der Streikzeit weiter anfallenden Gemeinkosten zu einem späteren Zeitpunkt bei der Bemessung der Gebühren zu berücksichtigen und sie so auf die Fluggesellschaften abzuwälzen. Von der rechtlichen Konstruktion her stellt dies eine singuläre Situation dar, so dass sich die DFS bei rein rechtlicher Betrachtung in einer völlig anderen Situation als sonstige Arbeitgeber befindet. Bei wirtschaftlicher Betrachtung verflüchtigt sich allerdings der Unterschied entscheidend: Ein Privatunternehmen, das marktbeherrschend ist oder gar ein faktisches Monopol auf einem bestimmten Markt besitzt, kann in gleicher Weise Streikschäden und steigende Aufwendungen an seine Kunden weitergeben. Dies mag in der Gegenwart angesichts globalisierten Wettbewerbs in vielen Branchen anders liegen, doch sind auch heute derartige Gestaltungen nicht von vornherein ausgeschlossen. Eine vergleichbare Situation ergibt sich, wenn es zu Lohnerhöhungen im öffentlichen Dienst kommt: Da sich dieser praktisch nur über Steuern und Abgaben finanziert, gehen steigende Aufwendungen gleichfalls zu Lasten Dritter. Weder im Fall des marktbeherrschenden Unternehmens noch im Fall der öffentlichen Hand ist bislang jedoch die

Zulässigkeit eines Streiks mit dem Argument bestritten worden, im wirtschaftlichen Ergebnis hätten die Kosten unbeteiligte Dritte zu tragen. Das Bundesverfassungsgericht hat im Gegenteil das Streikrecht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes ausdrücklich bejaht.

BVerfGE 88, 103, 114

Im vorliegenden Zusammenhang kann nichts anderes gelten. Genau wie bei der öffentlichen Hand im Allgemeinen ist auch hier nicht zu besorgen, dass die DFS als Arbeitgeberin ein besonderes Maß an „Großzügigkeit“ praktizieren würde, weil sich ja doch alles auf Dritte abwälzen lasse: Die bisherige Praxis, speziell auch die mit ver.di vereinbarte Absenkung der vorher geltenden Tarifbedingungen spricht nachhaltig für das Gegenteil. Welche Gründe hierfür im Einzelnen maßgebend sind, ist für den Gutachter auf Grund der vorliegenden Informationen nicht sicher erkennbar; vermutlich dürfte es eine erhebliche Rolle spielen, dass bei einem längeren Ausfall der Flugsicherung und damit des Flugverkehrs auf deutschen Flughäfen Ausweichstrategien hin zu ausländischen Start- und Landeplätzen zu befürchten wären. Auch muss jeder (öffentliche) Arbeitgeber darauf achten, sich nicht dem Vorwurf eines überhöhten Arbeitsentgelts auszusetzen. Angesichts dieser Umstände hat sich die Arbeitgeberseite deshalb mit Recht auch nicht darauf berufen, das Streikrecht der Beschäftigten der Flugsicherung würde zu einer paritätswidrigen Übermacht der Arbeitnehmerseite führen.

4. Die Höhe der Drittschäden als Rechtsproblem

Dem Luftverkehr wird eine hohe „Eingriffsempfindlichkeit“ zugesprochen. Fallen Flüge aus, entsteht bei den

Fluggesellschaften wie bei den Passagieren und weiteren Personen ein u.U. erheblicher Vermögensschaden.

Rüthers ZfA 1987, 2 ff.

Insoweit ist jedoch vor einer Dramatisierung zu warnen; in der Literatur wurde mit Recht darauf hingewiesen, auch bei anderen termingebundenen Dienstleistungen könne Vergleichbares eintreten.

Löwisch ZfA 1988, 137, 155

Zu denken ist etwa an Zulieferungen in der Automobilindustrie, die „just in time“ erfolgen und deren Ausfall die gesamte Produktion zum Erliegen bringt. Als Konsequenz eines Arbeitskampfes ist dies hinzunehmen; ein Vergleich zwischen der Höhe und Bedeutung der Streikforderungen auf der einen und den bei anderen eintretenden Vermögensnachteilen auf der anderen Seite würde zu einer gerichtlichen „Tarifzensur“ führen, müsste doch die Angemessenheit der erhobenen Forderungen im Einzelnen geprüft werden. Dies ist - wie auch die Rechtsprechung immer wieder betonte - mit dem Grundgedanken der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifautonomie nicht zu vereinbaren.

Siehe bereits oben 2.

Auch die Tatsache, dass ein Streik von einer relativ kleinen Gruppe von Beschäftigten geführt wird, die Inhaber von sog. Schlüsselpositionen sind, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

BAG AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Löwisch ZfA 1988, 137, 141

Was die betroffenen Fluggesellschaften betrifft, so steht ihnen der Weg zur „normalen“ Kurzarbeit nach den §§ 169 ff. SGB III offen. Der Ausnahmetatbestand des § 146 Abs. 2 und Abs.3 SGB III greift nicht Platz, da eine Auseinandersetzung in der Flugsicherung zu einem Tarifvertrag mit einem anderen fachlichen Geltungsbereich führt und deshalb eine Übertragung auf die Luftfahrtunternehmen ausscheidet. Die übrigen Schäden sind von ihnen zu tragen - nicht anders als wenn ein Automobilwerk keine Sitze oder keine Autoschlösser mehr erhält und passgenauer Ersatz nirgendwo auf dem Markt zu bekommen ist.

Eine andere Frage ist, inwieweit sich das Streikrecht Einschränkungen auf Grund höherrangiger, von der Verfassung geschützter Werte gefallen lassen muss. Ihr ist im nächsten Abschnitt unter dem Stichwort der „Notdienstarbeit“ nachzugehen.

5. Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BGH zur „Aktion“ der Fluglotsen im Jahre 1973?

In seiner Abhandlung über das Streikrecht der deutschen Fluglotsen hat Heinze den Standpunkt vertreten, ein etwaiger künftiger Streik sei nach den vom BGH auf die Aktion von 1973 angewandten Grundsätzen gleichfalls für illegal zu erklären.

Heinze, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 494 f., 513

Maßgebender Gesichtspunkt für den Bundesgerichtshof sei nicht die beamtenrechtliche Treuepflicht gewesen; vielmehr sei es entscheidend darauf angekommen, dass Dritte gezielt geschädigt wurden, die auf die Leistungen der Flugsicherung angewiesen waren und die sich in die Verhandlungen nicht einschalten konnten.

Heinze, a.a.O., S. 507

Eine nähere Betrachtung der beiden BGH-Entscheidungen zeigt, dass es sehr wohl auf die Verletzung beamtenrechtlicher Pflichten ankam.

Die Nichtvergleichbarkeit der Aktionen von 1973 mit einem Piloten- oder Fluglotsenstreik betont zu Recht auch Rühers ZfA 1987, 1, 35, 51. Die Entscheidung BVerwG NJW 1980, 1809 betraf explizit nur die beamtenrechtliche Treuepflicht, weshalb sich Heinze zu Recht auf sie auch nicht beruft.

In der Entscheidung vom 16. Juni 1977

BGHZ 69, 128 ff. = NJW 1977, 1875

ging es um die Frage, ob durch abgesprochene Krankmeldungen („sick-out“) und durch Leistungszurückhaltung („go slow“) dem klagenden Reiseunternehmen gegenüber Amtspflichten verletzt wurden. Der BGH erörterte dabei zunächst, ob auch die Einstellung oder Verzögerung der geschuldeten Tätigkeit eine Amtspflichtverletzung darstelle und ob insoweit ein betriebsbezogener Eingriff in den geschützten Bereich des Gewerbebetriebs vorliege. Beides wurde bejaht. Anschließend führte das Gericht aus (BGHZ 69, 128, 140):

„Dieser Eingriff war auch rechtswidrig, weil das schädigende Vorgehen nach seinem Zweck und seiner Ausführung zu missbilligen war (vgl. BGHZ 45, 296, 307).

Das streikähnliche Verhalten der Flugleiter verstieß gegen ihre besondere beamtenrechtliche Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn und war daher amtswidrig (BVerfGE 8, 1, 17; weitere Nachweise bei Isensee, Beamtenstreik, S. 53 Fn. 1; ders. JZ 1971, 73 Fn.2; gegen ein generelles Streikverbot u.a. Ramm, Koalitionsrecht und Streikrecht der Beamten, m.w.Nachw. S. 32, Fn.36,37). Diese Verletzung beamtenrechtlicher (Innen-)Pflichten kennzeichnet indessen

das Verhalten der Flugleiter noch nicht als unzulässige Einwirkung auf einen fremden Gewerbebetrieb. Denn ein ersatzbewehrter Eingriff in den Gewerbebetrieb liegt nur bei Verletzung einer Norm vor, die den (einzelnen) Betrieb schützen soll...“

Diese weitere Frage nach der Verletzung einer Schutznorm hätte sich nicht gestellt, wäre das Verhalten im Verhältnis zum Dienstherrn rechtmäßig gewesen. Im Folgenden wird vom BGH insbesondere darauf abgestellt, „Störungen der Flugsicherung“ würden „erhebliche Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum“ mit sich bringen.

BGHZ 69, 128, 141

Auch diese Aussage hat mit dem Fall eines potenziellen Streiks nichts zu tun, da ein solcher anders als die Aktionen von 1973 ausschließlich zu ausfallenden Flügen, nicht aber dazu führt, dass Flugzeuge längere Zeit Warteschleifen drehen müssen oder in anderer Weise mit ungewohnten Situationen konfrontiert werden. Auch insoweit lassen sich daher keine Rückschlüsse auf die hier zu behandelnden Fragen ziehen.

In der Entscheidung von 21. Januar 1978

BGHZ 70, 277 ff. = NJW 1978, 816

ging es um einen Schadensersatzanspruch der Bundesrepublik gegen die Vereinigung der Flugleiter. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs hatte diese durch die Organisation des sick out und des go slow die Regeln eines fairen Arbeitskampfes verletzt und war deshalb wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB zum Ersatz verpflichtet. Dabei stützte sich das Gericht darauf, dass die ergriffenen Maßnahmen anders als ein Streik in verdeckter Form erfolgt seien, so dass dem Dienstherrn die Möglichkeit zu einem

Gegenangriff, ja sogar ein Verhandlungspartner gefehlt habe.
Im Einzelnen führte das Gericht aus (BGHZ 70, 277, 280 f.):

„ ‚Go slow‘ und ‚sick out‘ ließen dem Dienstherrn der Fluglotsen kaum Möglichkeiten zu Gegenmaßnahmen, weil sie sich nicht wie ein Streik zu Kampfmaßnahmen eines Kollektivs ‚offen‘ bekannten (vgl. Zöllner a.a.O. S. 437).

Zwar war die ‚Aktion‘ als solche nicht zu verkennen; das lag ganz im Sinne der Akteure, die keinen Zweifel daran aufkommen lassen wollten, dass sie mit ihrem Vorgehen Forderungen durchsetzen wollten. Gleichwohl wurde Druck nicht aus der koalitionsmäßigen Ebene heraus, sondern unter dem Deckmantel der Individualbeziehungen ausgeübt. Dass keine Streikleitung auftrat, auch der Beklagte diese Aufgabe nicht übernommen hatte, wovon nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu seinen Gunsten auszugehen ist, war - anders als etwa bei einem ohne Beteiligung der Gewerkschaft zwar ‚wilden‘, aber als solchem ‚offenen‘ Streik einer Belegschaft - Teil der Kampfstrategie. *Solche Taktik der ‚Umkehrung‘ der im Arbeitskampf wirkenden Ebenen (statt der Auseinandersetzung der Sozialpartner mit mittelbarem Einfluss auf die Individualbeziehungen der Angriff aus den einzelnen Dienstverhältnissen heraus), um sich dem Risiko eines Gegenangriffs des Dienstherrn zu entziehen, könnte auch sonst im Arbeitsleben und in der Wirtschaft das Recht auf koalitionsmäßige Betätigung nicht beanspruchen (Hervorhebung von mir - W.D.).* Es verstößt gegen das Prinzip der Waffengleichheit, statt klarer Fronten eine anonyme Mauer passiven Widerstands zu setzen und dem Sozialpartner das Gewicht der Aktion ganz zu überbürden. Für ihn wiegt sie im Vergleich zum Streik nicht leichter, sondern schwerer: Nicht nur fehlt ihm der direkte Verhandlungspartner, nicht nur kann er ihr nicht wirksam begegnen, sondern er hat keine ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Kräfteverhältnisse, die ihm eine Anpassung an die Situation ermöglichen und ihm klarmachen könnte, ob und inwieweit er den Forderungen nachgeben muss (vgl. dazu Isensee JZ 1971, 73, 78). Dass diese Kampfstrategie der Flugleiter durch den beamtenrechtlichen Sonderstatus, der ihnen den Streik verbot, mit veranlasst worden sein mag, ändert an dem Ungleichgewicht schon in der Ausgangslage der ‚Aktion‘ nichts.“

Die Ausführungen machen deutlich, dass hier in der Tat nicht ausschließlich beamtenrechtlich, sondern auch arbeitsrechtlich argumentiert wurde, zumal es an der oben hervorgehobenen

Stelle ausdrücklich heißt, entsprechende Handlungsweisen würden „auch sonst im Arbeitsleben“ nicht den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG genießen. Daraus folgt aber wiederum nichts für das hier zu behandelnde Problem einer „normalen“ Arbeitsniederlegung; Grundlage für das Sittenwidrigkeitsurteil war für den BGH gerade die Abweichung von der typischen Erscheinungsform eines Streiks. Dies gilt auch für das weitere Argument der bei Dritten verursachten Streikschäden. So heißt es ausdrücklich (BGHZ 70, 277, 282):

„Ganz entscheidend fällt im Streitfall zudem das ungewöhnliche, weit über das mit Streiks sonst verbundene Maß von Nachteilen und Belastungen für ‚Unbeteiligte‘ ins Gewicht, die keinerlei Einfluss auf diese Vorgänge nehmen konnten. Die planmäßige und ausgedehnte Störung der Flugsicherung war bewusst in die Hauptreisezeit gelegt und besonders deshalb ein besonders großer Personenkreis monatelang schweren Beeinträchtigungen und Gefährdungen ausgesetzt; Millionenschäden für die Volkswirtschaft wurden angerichtet: Nicht als bloße Nebenwirkung eines Arbeitskampfes, was je nach Lage des Falls hingenommen werden müsste, sondern zur Verstärkung des auf die Klägerin ausgeübten Drucks als strategisches Mittel der Maßnahmen selbst...“

Auch hier wird deutlich, dass der vom BGH festgestellte Unrechtsgehalt gerade in der Abweichung von einem normalen Streikgeschehen lag. Deshalb sind insoweit gleichfalls keine Rückschlüsse auf die etwaige Rechtswidrigkeit eines Streiks angestellter Fluglotsen möglich. Eher würde es nahe liegen, aus den Ausführungen des BGH eine vorsichtige Billigung eines „Normalstreiks“ herauszulesen, da alle rechtlichen Bedenken gerade mit der Abweichung von seinem „Phänotypus“ gerechtfertigt wurden. Letztlich kann dies aber dahinstehen, da sich die Rechtmäßigkeit des Streiks unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ergibt.

III. Sicherung von Notstands- und Erhaltungsarbeiten

1. Die Ausgangslage

In Rechtsprechung und Literatur ist es prinzipiell unbestritten, dass Arbeitskämpfe keine beliebigen Schäden herbeiführen dürfen. Vielmehr haben sie in zweierlei Richtung äußerste Grenzen zu beachten.

Zum einen darf durch den Arbeitskampf die sachliche Grundlage des Arbeitsprozesses nicht zerstört oder erheblich beeinträchtigt werden: Streik (und gegebenenfalls Aussperrung) sind Mittel der Konfliktsaustragung, die vorübergehenden Charakter haben und die deshalb die Fortsetzung der Arbeit nach Ende der Auseinandersetzung nicht verhindern oder unzumutbar erschweren dürfen. An Maschinen dürfen deshalb beispielsweise keine irreparablen Schäden entstehen. Insoweit spricht man von Erhaltungsarbeiten.

Zum Zweiten ist dafür zu sorgen, dass die Bevölkerung weiterhin mit lebensnotwendigen Gütern und Dienstleistungen versorgt wird. Dies betrifft etwa Wasser und Nahrungsmittel des täglichen Bedarfs. In Krankenhäusern darf die Behandlung der Patienten nicht eingestellt werden. Insoweit ist von „Notstandsarbeiten“ die Rede.

Näher zu diesen beiden Bereichen statt aller ErfK Dieterich Art. 9 GG Rn. 174; Gamillscheg § 24 V 3a (S. 1166); Kissel § 43 Rn.120 ff.; Oetker, Die Durchführung von Not- und Erhaltungsarbeiten bei Arbeitskämpfen, Heidelberg 1984, S. 3 ff. (Erhaltungsarbeiten), S. 38 ff. (Notstandsarbeiten); Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Rn. 528 ff.

Die Erhaltungs- und Notstandsarbeiten werden üblicherweise durch einen sog. Notdienst erbracht. Ob sie im Einzelfall erforderlich sind und welchen Umfang sie annehmen müssen, hängt von der Art des Arbeitsprozesses bzw. den betroffenen Drittinteressen ab.

Die Leistung der notwendigen Erhaltungs- und Notstandsarbeiten ist Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen Streik. Insoweit kann man von einer „Obliegenheit“ der die Arbeitsniederlegung organisierenden Gewerkschaft sprechen.

BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 528 und AuR 1981, 262; ErfK-Dieterich Art. 9 GG Rn. 180; Kissel § 43 Rn. 148. Dazu auch Oetker, aaO, S. 41 ff.

Würden sich einzelne Beschäftigte weigern, derartige Arbeiten zu erbringen, wäre dies gegebenenfalls ein Grund für den Ausschluss aus der Gewerkschaft.

Gamillscheg, a.a.O., S. 451

Grundrechtsdogmatisch handelt es sich um eine konkrete Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Im Verhältnis zu Dritten geht es insbesondere darum, die gegenüber Art. 9 Abs. 3 GG höherrangigen Rechtsgüter von Leben, Gesundheit und Menschenwürde zu wahren. Bloße Vermögensinteressen sind grundsätzlich nicht erfasst.

Dazu bereits oben II. 2.

2. Anwendung auf den konkreten Fall

Bei einem potenziellen Streik der Flugsicherung spielen die Erhaltungsarbeiten im eben skizzierten Sinne praktisch keine

Rolle. Auch in Bezug auf Notstandsarbeiten wird in der Literatur der Standpunkt vertreten, die streikende Gewerkschaft habe insoweit nichts zu veranlassen.

Kissel, § 43 Rn. 141

Ein anderer Autor spricht davon, die Flugsicherung könne ein „anschauliches Beispiel“ für die Sicherung von Notstandsarbeiten abgeben, wobei es nicht darauf ankomme, ob sie in privatisierter oder in öffentlich-rechtlicher Form betrieben werde.

MünchArbR-Otto § 295 Rn. 205

Schließlich wird der Standpunkt vertreten, mit Rücksicht auf die Gefährdung von Leben und Gesundheit sei eine Arbeitsniederlegung im Bereich der Flugsicherung generell ausgeschlossen, sofern es nicht um nachgeordnete Tätigkeiten gehe, von denen die Funktionsfähigkeit der Flugsicherung nicht abhängt.

Heinze, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 503 ff.

Dabei wird allerdings nicht erörtert, ob den (angeblichen) Gefährdungen nicht schon mit Hilfe eines Notdienstes begegnet werden könnte.

Zwischen der DFS und den Gewerkschaften einschließlich der GdF besteht Einigkeit darüber, dass bestimmte Flüge auch im Falle einer Arbeitsniederlegung nicht behindert werden sollen. Dabei handelt es sich einmal um Not- und Katastropheneinsätze einschließlich humanitärer Flüge; sie tragen den (nicht auf deutsche Staatsbürger beschränkten) Grundrechten auf Leben und Gesundheit sowie dem Prinzip der Menschenwürde Rechnung. Ausgenommen sind zum Zweiten „Regierungsflüge“ sowie der

„Flugbetrieb der Streitkräfte“, so dass die Funktionsfähigkeit wesentlicher staatlicher Institutionen sichergestellt bleibt. Auch hierbei geht es um „Notstandsarbeiten“, die sich nicht mit Grundrechten Dritter, wohl aber mit vorrangigen elementaren staatlichen Interessen rechtfertigen lassen. Dabei kann dahinstehen, ob es von Rechts wegen geboten ist, sämtliche Regierungsflüge und den gesamten Flugbetrieb der Streitkräfte unberührt zu lassen. Die Regelungen entsprechen jedenfalls dem § 6 der Rahmenvereinbarung zwischen der Bundesrepublik und der DFS in der Fassung von 12. Mai 1995.

Der Text ist oben A. III. wiedergegeben.

Dieselbe Regelung findet sich in der Abmachung zwischen dem Bundesminister für Verkehr und dem Bundesminister der Verteidigung vom 6. November 1991.

Gleichfalls mitgeteilt oben unter A. III.

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, inwieweit die Arbeitseinstellung auch in der Luft befindliche Flugzeuge betreffen kann. Insoweit wird in der Literatur ein Streikrecht abgelehnt,

Kissel, § 28 Rn. 26

was sich unschwer durch Rückgriff auf Art. 2 Abs. 2 GG rechtfertigen lässt. In der Tat würde der plötzliche Ausfall der Flugsicherung in solchen Fällen schwer beherrschbare Risiken mit sich bringen, die noch über diejenigen hinausgingen, die im Zusammenhang mit den Aktionen von 1973 angenommen wurden. Soweit ersichtlich, wird auch nicht daran gedacht, einen Streik in dieser Weise durchzuführen. Vielmehr reicht es völlig aus, wenn Starts von deutschen Flughäfen aus verhindert werden.

3. Notdienstvereinbarung

Der genaue Umfang der auch während des Arbeitskampfes weiter zu erbringenden Arbeiten kann von Gewerkschaft und Arbeitgeber gemeinsam festgelegt werden.

BAG DB 1995, 101; LAG Frankfurt/Main AP Nr. 40 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Niedersachsen DB 1980, 2041

Die Abrede, die in der Vergangenheit zwischen DAG und DFS getroffen wurde, ist für die GdF allerdings nicht bindend. Niemand kann es ihr jedoch verbieten, ihr Verhalten daran zu orientieren und so alle rechtlichen Risiken zu vermeiden.

Außer dem Umfang der Notdienstarbeiten können in der Einigung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft auch die mit ihrer Ausführung betroffenen Personen bestimmt werden.

Löwisch/Mikosch ZfA 1978, 166

Möglich ist weiter, die Auswahl die einzusetzenden Personen durch beide Seiten gemeinsam vornehmen zu lassen. Dies kann allerdings genau wie das Fehlen einer Notdienstvereinbarung dann zu Problemen führen, wenn Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die konkret einzusetzenden Personen bestehen. Da in der Regel keine Zeit für ein Schlichtungs- oder eine Art Einigungsstellenverfahren besteht, muss letztlich einer Seite die Befugnis zustehen, die maßgebenden Personen zu bestimmen. Ob dies die Arbeitgeberseite oder die Gewerkschaft sein soll, ist umstritten. Die eine Auffassung will mit Rücksicht auf seine Kenntnis der betrieblichen Situation und das Direktionsrecht dem Arbeitgeber eine solche „Notkompetenz“ einräumen, ihn aber an den Grundsatz der Gleichbehandlung und

an die Wahrung billigen Ermessens binden, wonach in erster Linie arbeitswillige Mitarbeiter zu berücksichtigen sind.

ErfK-Dieterich, Art. 9 GG Rn. 182; Kissel § 43 Rn. 101

Andere gehen demgegenüber davon aus, dass die Gewerkschaft als streikführende Organisation die Auswahl trifft, zumal sie ja das Risiko eingeht, dass bei einem zu knapp bemessenen Notdienst der Streik wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für illegal erklärt wird.

Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 530; Hirschberg RdA 1986, 359; Löwisch/Rieble, in: Löwisch (Hrsg.), Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, Heidelberg 1997, Abschn. 170.2 Rn. 226; Oetker, aaO, S. 68 ff.

Andere wollen die Auswahl auf das Arbeitsgericht verlagern, das insoweit im Verfahren der einstweiligen Verfügung entscheiden müsste.

Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1982, Rn. 293

Angesichts dieser Kontroversen ist dringend zu empfehlen, sich im Rahmen des Möglichen schon vor Beginn des Streiks nicht nur über den Umfang der zu erledigenden Arbeiten, sondern auch über die „Notkompetenz“ einer Seite, notfalls sogar über die einzusetzenden Personen zu verständigen.

C. Von der GdF erkämpfte Firmentarife und die rechtliche Behandlung der sog. Tarifpluralität

Im vorliegenden Zusammenhang geht es darum, dass die GdF notfalls im Wege des Arbeitskampfes bestimmte tarifliche Regelungen erreichen will. Würden Firmentarife mit der DFS an übergeordneten rechtlichen Gesichtspunkten scheitern, würde gegebenenfalls auch ein Arbeitskampf rechtswidrig sein. Anlass zu dieser Fragestellung besteht deshalb, weil die bisherige Rechtsprechung des BAG die Grundsätze der Tarifkonkurrenz auch auf den Fall der Tarifpluralität erstreckt und so den weniger speziellen bzw. den von einer Gewerkschaft mit geringerer Mitgliederzahl getragenen Tarifvertrag zurücktreten lässt.

Grundlegend BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

Wie diese Rechtsprechung im Einzelnen beschaffen ist, soll unter I. erörtert werden. Legt man ihre Fortexistenz zu Grunde, stellt sich das Problem der Auswirkung im konkreten Zusammenhang (dazu unten II.). Schließlich ist hilfsweise die Frage zu stellen, ob nicht sogar ein nach den Grundsätzen über die Tarifkonkurrenz nachrangiger Tarifvertrag tauglicher Gegenstand eines Arbeitskampfes sein könnte (unten III.).

I. Anwendung der Regeln über die Tarifkonkurrenz auf die Tarifpluralität

1. Die bisherige BAG-Rechtsprechung

Sind zwei dasselbe Sachproblem regelnde Tarifnormen auf ein Arbeitsverhältnis anwendbar, spricht man von „Tarifkonkurrenz“. Sie kann beispielsweise dann eintreten, wenn die Vergütung sowohl in einem Verbands- als auch in einem Firmentarif geregelt ist. In solchen Fällen gilt grundsätzlich der „speziellere“, den konkreten Arbeitsbedingungen „nähere“ Tarifvertrag. Der Firmen- geht daher dem Verbandstarif, der berufsspezifische dem für alle geltenden Tarifvertrag vor.

Allgemeine Meinung. Siehe statt aller Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), TVG. Kommentar, 6. Aufl., München 1999, § 4 Rn. 289 m.w.N.

Sind zwei Tarifverträge auf derselben Ebene angesiedelt, soll derjenige den Vorrang haben, der eine stärkere mitgliedschaftliche Legitimation besitzt. Bei zwei Firmentarifen bedeutet dies, dass danach zu fragen ist, welche der tarifschließenden Gewerkschaften die größere Mitgliederzahl im Geltungsbereich des Tarifs hat.

Zwanziger, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, Baden-Baden 2003, § 4 Rn. 935 m.w.N.

Der nach diesen Regeln zurücktretende Tarifvertrag wird lediglich „überlagert“ bzw. „zurückgedrängt“. Wird der vorrangige etwa aufgehoben, werden seine Bestimmungen wieder voll wirksam.

Siehe zuletzt Buchner, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 637 ff.

Auch ist das „Zurücktreten“ auf den Bereich beschränkt, in dem der andere Tarifvertrag eine inhaltliche Regelung trifft. Für dort nicht angesprochene Fragen bleibt es bei der ursprünglichen tariflichen Regelung.

Bei Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen sind Fälle der Tarifkonkurrenz relativ selten, da sie nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG nur für Mitglieder der jeweiligen Tarifparteien gelten. Häufiger ist die Tarifkonkurrenz demgegenüber bei betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen, da zu ihrer Geltung bereits die Tarifbindung des einzelnen Arbeitgebers genügt.

Im Rahmen der beabsichtigten Tarifverhandlungen zwischen GdF und DFS stehen praktisch ausschließlich tarifliche Inhaltsnormen zur Debatte. Insoweit sind Fälle der Tarifkonkurrenz nicht zu erwarten.

Das **BAG** wendet jedoch in seiner bisherigen Rechtsprechung die **Grundsätze** über die Tarifkonkurrenz **auch auf den Fall der Tarifpluralität** an. Diese liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber an zwei verschiedene Tarifverträge gebunden ist, die sich jeweils auf unterschiedliche Gruppen in der Belegschaft beziehen. Praktische Beispiele sind ein für allgemeinverbindlich erklärter Verbandstarif, der mit einem lediglich Inhaltsnormen enthaltenden Firmentarif konkurriert, sowie der Fall, dass Tarifverträge mit zwei verschiedenen Gewerkschaften abgeschlossen werden.

Grundlegend BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

Dabei legt das BAG ein zwingendes Rechtsprinzip des Inhalts zu Grunde, dass zu bestimmten Sachproblemen im Betrieb immer nur

ein Tarifvertrag gelten könne (sog. Tarifeinheit). Dies rechtfertige sich mit dem Gedanken der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und vermeide Unzuträglichkeiten; so könne es im Einzelfall schwierig sein, Betriebsnormen (bei denen die Regeln über die Tarifkonkurrenz sowieso gelten) von Inhaltsnormen abzugrenzen.

BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz Bl. 3R

Auch wenn man dies nicht akzeptiere, enthalte das TVG jedenfalls eine Regelungslücke, die durch Rückgriff auf einen Tarifvertrag zu schließen sei.

Für Arbeitnehmer, die lediglich dem zurücktretenden Tarifvertrag unterliegen, würde der tarifliche Schutz entfallen. Ein solcher „tariffreier Raum“ sei hinzunehmen. Den fraglichen Beschäftigten stünde der Beitritt zur anderen Organisation offen. Auch sei die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG nicht verletzt, da sie nur die „unerlässlichen“ Handlungsformen der Gewerkschaft garantiere; diese seien aber nicht tangiert, da ja die Möglichkeit offen bleibe, gleichfalls einen speziellen Tarifvertrag abzuschließen.

BAG a.a.O. Bl. 4 ff.

Diese Rechtsprechung wurde verschiedentlich, im Jahre 2002 jedoch etwas einschränkend mit der Bemerkung bestätigt, der Grundsatz der Tarifeinheit müsse „jedenfalls bei den Sozialkassen des Baugewerbes“ Anwendung finden.

BAG AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz Bl. 2R

2. Kritik

Die Rechtsprechung des BAG hat in der Literatur ein ungewöhnlich hohes Maß an Kritik erfahren.

Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1502 ff.; Hanau/Kania, Anm. zu BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; Jacobs, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, Berlin 1999, S. 334 ff.; Kempen-Zachert, TVG. Kommentar für die Praxis, 3. Aufl., Köln 1997, § 4 Rn. 137; Kraft RdA 1992, 161 ff.; Löwisch/Rieble, Kommentar zum TVG, München 1992, § 4 Rn. 290 ff.; Wank, in: Wiedemann (Hrsg.), a.a.O., § 4 Rn. 277; Wendeling-Schröder AuR 2000, 339 ff.; Zwanziger, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, § 4 Rn. 944 ff.; zustimmend allein Säcker/Oetker ZfA 1993, 1 ff.

Sie stützt sich insbesondere auf folgende Argumente:

Der vom BAG angenommene Grundsatz der „Tarifeinheit“ besitzt keine Rechtsnormqualität.

Siehe statt aller Hanau/Kania, Anm. zu BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz Bl. 7R; Jacobs, a.a.O. S. 354, 411; Kraft RdA 1992, 161, 166.

Sie entspricht eher einer rechtspolitischen Wunschvorstellung. Auch wenn man von einem „Rechtsgrundsatz“ ausgehen würde, hätte dieser keine bindende Wirkung.

Die (hilfsweise) behauptete Gesetzeslücke besteht nicht. Im Rahmen der Vorarbeiten zum TVG war lediglich die Frage einer ausdrücklichen Regelung der Tarifkonkurrenz umstritten; die Tarifpluralität wurde nicht als Problem angesehen und deshalb auch nicht ausgeklammert und der weiteren Rechtsentwicklung überlassen.

Zwanziger, a.a.O., § 4 Rn. 946

Das TVG enthält im Gegenteil für Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsnormen in den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 eine klare Regelung, die eine Tarifbindung der jeweiligen Organisationsmitglieder vorschreibt.

So ausdrücklich Kraft RdA 1992, 161, 166; ähnlich Hanau/Kania Anm. zu BAG AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz Bl. 7R

§ 613 a Abs. 1 Satz 3 und 4 BGB enthält ganz im Gegensatz zur Annahme eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes durch das BAG eine Entscheidung, die die Herstellung der Tarifeinheit bei übernommenen Betrieben und Betriebsteilen davon abhängig macht, dass eine entsprechende Abmachung mit den übernommenen Arbeitnehmern getroffen wird.

So zuletzt Hergenröder, 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 717

Mit Recht wurde dem BAG weiter entgegengehalten der Wegfall des tariflichen Schutzes für diejenigen Arbeitnehmer, die bisher den zurücktretenden Tarifvertrag unterfielen, stelle einen Eingriff in deren Koalitionsfreiheit dar, für dessen Rechtfertigung weder die Grundrechte Dritter noch andere verfassungsgeschützte Rechtsgüter erkennbar seien.

So eingehend Jacobs, S. 461 ff.; ebenso im Ergebnis Kraft RdA 1992, 161, 168; Hanau/Kania, a.a.O., Bl. 9; Wendeling-Schröder AuR 2000, 342; Zwanziger, a.a.O., Rn. 947

Im Ergebnis hätten in vielen Fällen kleinere Gewerkschaften keine Möglichkeit, noch eine eigenständige Tarifpolitik zu betreiben.

Schließlich wird darauf verwiesen, dass die Rechtsprechung des BAG Sinn und Zweck der Allgemein-Verbindlich-Erklärung verfehle und deshalb gegen § 5 Abs. 4 TVG verstoße.

Siehe statt aller Hanau/Kania, a.a.O., Bl. 9 R; Jacobs, S. 469

3. Die weitere Entwicklung

Das BAG hat den von ihm angenommenen Grundsatz der Tarifeinheit nie konsequent verwirklicht, sondern zahlreiche Ausnahmen zugelassen. Wirkt etwa ein zunächst für allgemein verbindlich erklärter Verbandstarifvertrag nur noch nach und wird nunmehr ein Firmentarif mit einer anderen Gewerkschaft geschlossen, so bindet dieser lediglich deren Mitglieder, lässt aber den nachwirkenden Tarif ansonsten, d. h. für alle übrigen Arbeitnehmer unberührt.

BAG AP Nr. 22 zu § 4 TVG Nachwirkung

Keine Tarifpluralität wird weiter dann angenommen, wenn ein zweiter Tarifvertrag nur kraft Bezugnahme im Betrieb angewandt wird, auch der Arbeitgeber an diesen jedoch nicht mit normativer Wirkung gebunden ist.

BAG AP Nr. 21 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz

Dass sich dabei dieselben Unsicherheiten und Zweifelsfragen ergeben könnten wie bei zwei normativ wirkenden Verträgen, ist nicht als Problem wahrgenommen und diskutiert worden.

Ein gravierendes Indiz sogar für eine Preisgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit hat das BAG im Jahre 2001 gesetzt.

BAG 4 AZR 237/00, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = DB 2001, 1999

Im konkreten Fall ging es darum, dass der für alle Beschäftigten von Ersatzkassen geltende Verbandstarif durch einen mit der DAG geschlossenen Firmentarif unterschritten wurde. Da dieser nach den Regeln der Tarifkonkurrenz automatisch vorgehen würde, hätte im fraglichen Betrieb der Verbandstarif seine praktische Bedeutung verloren. Diesen Weg ging das Gericht jedoch nicht, sondern betonte nachhaltig, dass die höhere Vergütung einklagende Kläger sei als Mitglied der DAG an den Absenkungstarifvertrag gebunden. In der Literatur wird diese Entscheidung mit Recht als Anhaltspunkt dafür gesehen, dass jedenfalls bei gewillkürter, d.h. vom Arbeitgeber bewusst herbeigeführter Tarifpluralität der angenommene Grundsatz der Tarifeinheit nicht mehr gilt: Andernfalls wäre es möglich, durch Abschluss von Firmentarifen mit Kleingewerkschaften auf einfachste Weise Tarifflucht zu begehen.

Zwanziger, a.a.O., § 4 Rn. 948 unter Berufung auf die Entscheidung BAG 28.8.2002 - 4 AZR 22/01 -, die mit der oben genannten (4 AZR 237/00) wortidentisch ist.

Von daher kann gerade im vorliegenden Fall nicht damit gerechnet werden, dass der Abschluss eines Firmentarifs mit der DFS am Grundsatz der Tarifeinheit scheitern würde.

II. Rechtsfolgen der Anwendung des Prinzips der Tarifeinheit

Stellt man sich hilfsweise die Frage, wie im vorliegenden Fall die Konkurrenz zwischen ver.di-Tarifverträgen und GdF-Tarifverträgen zu lösen ist, so ist zunächst festzustellen, dass es sich in beiden Fällen um Firmentarife handelt, so dass unter dem Aspekt des räumlichen Geltungsbereichs keiner von beiden als der speziellere angesehen werden kann. Das BAG stellt in solchen Fällen darauf ab, „welcher Tarifvertrag den Erfordernissen und Eigenarten des Betriebs und der darin tätigen Arbeitnehmer am besten gerecht wird.“

BAG AP Nr. 28 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz Bl. 4

Lässt sich auch hierzu keine eindeutige Aussage treffen, kommt es bei zwei „konkurrierenden“ Firmentarifen darauf an, welcher die stärkere mitgliedschaftliche Legitimation besitzt.

Jacobs, a.a.O., S. 314; Zwanziger, a.a.O., § 4 Rn. 935

Beide Gesichtspunkte sprechen für die Tarifverträge der GdF. Insbesondere ist diese im Bereich der DFS inzwischen die bei weitem mitgliederstärkere Gewerkschaft.

III. Status des verdrängten Tarifvertrags

Schließlich kann man sich - ganz hilfsweise - die Frage stellen, ob nicht sogar ein nach den Grundsätzen über die Tarifkonkurrenz zurücktretender Tarifvertrag Gegenstand eines Arbeitskampfes sein könnte. In der Literatur wird dies von einer neueren Stimme abgelehnt, da ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vorliege,

Buchner, a.a.O., S. 642

während das LAG Frankfurt/Main auf dem Standpunkt steht, eine potenzielle Tarifpluralität führe nicht dazu, den Arbeitskampf als unverhältnismäßig zu qualifizieren.

LAG Frankfurt/Main, 2.5.2003 - 9 SaGa 637/03 - , DB 2003, 1229 ff.= NZA 2003, 679 ff.

Für die Position des LAG Frankfurt spricht insbesondere, dass der Tarifvertrag trotz seines Zurücktretens ja nicht unwirksam, sondern im Grunde nur vorübergehend suspendiert ist. Außerdem wird häufig erst am Ende des Arbeitskampfes feststehen, ob spezifischere, den besonderen Verhältnissen des Unternehmens stärker Rechnung tragende Tarifnormen zustande gekommen sind oder nicht. Dies im Vorhinein überprüfen zu wollen, würde die Gerichte zwingen, über den Ausgang des Tarifkonflikts zu spekulieren, was ihrer Aufgabe schwerlich gerecht wird. Das BAG hat es deshalb auch zutreffend abgelehnt, die Rechtmäßigkeit der in Tarifverhandlungen erhobenen Forderungen zu überprüfen, zumal es sich dabei um einen sehr weitgehenden Eingriff in die Tarifverhandlungen handeln würde.

BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG Verhandlungspflicht, bestätigt in BAG PersR 1990, 240

Für Forderungen nach einem „zurücktretenden“ Tarifvertrag (der aber als solcher nicht zu beanstanden ist) kann ersichtlich nichts anderes gelten.

Eine weitere Vertiefung kann allerdings unterbleiben, da die von der GdF erstrebten Tarifverträge bereits nach den BAG-Grundsätzen über Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität Vorrang haben.

D. Zusammenfassung

Die GdF ist berechtigt, nach allgemeinen arbeitskampfrechtlichen Grundsätzen ihre Mitglieder zum Streik aufzurufen. Durch Einrichtung eines Notdienstes ist sicherzustellen, dass die in § 6 der Rahmenvereinbarung zwischen der Bundesrepublik und der DFS vorgesehenen Flüge stattfinden können. Die dort sowie in der Abmachung zwischen dem Bundesministerium für Verkehr und dem Bundesministerium für Verteidigung vertretene Rechtsauffassung, dass es im Bereich der Flugsicherung zu rechtmäßigen Arbeitsniederlegungen kommen kann, hat sich als zutreffend erwiesen.

Den erhobenen tariflichen Forderungen steht der Grundsatz der sogenannten Tarifeinheit nicht entgegen.