

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Rechtliche Anforderungen
3. Praktische Auswirkungen
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Abmahnung - 1
  - 4.2 Abmahnung - 2
  - 4.3 Kündigung vor Streikbeginn - 1
  - 4.4 Kündigung vor Streikbeginn - 2
  - 4.5 Lösende Aussperrung

### Information

#### 1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber** wird oft **unfreiwillig in einen Arbeitskampf hineingezogen**. Die Mitarbeiter **streiken** - teils rechtmäßig, teils widerrechtlich. Das Arbeitskampfrecht sieht einen ganzen Katalog von Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen vor. Während auf Arbeitnehmerseite kollektive Arbeitsniederlegungen - Streiks - das bewährte Arbeitskampfmittel sind, bietet sich für Arbeitgeber eine **Aussperrung** an. Die Aussperrung suspendiert die gegenseitigen **Hauptpflichten** aus dem Arbeitsverhältnis - führt aber nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

#### **Praxistipp:**

Arbeitskämpfe sind nicht immer rechtmäßig. Beteiligt sich ein Arbeitnehmer an einem rechtswidrigen Arbeitskampf, verletzt er damit seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Er verweigert die Leistung Arbeit, ohne dafür einen rechtfertigenden Grund zu haben. Das heißt nun aber nicht, dass der Arbeitgeber deswegen gleich - und dann auch noch außerordentlich - kündigen kann. Im Regelfall ist eine Abmahnung für ihn das richtige und angemessene Reaktionsmittel.

Grundsätzlich kann ein Arbeitgeber während eines Arbeitskampfes aus jedem Grund kündigen, den das KSchG zulässt. Das Arbeitskampfrecht legt ihm da keine Steine in den Weg. Stellt der **Arbeitskampf** jedoch **selbst den Kündigungsgrund** dar (z.B. bei der so genannten "lösenden Aussperrung"), sagt § 25 KSchG: *"Die Vorschriften dieses Gesetzes finden keine Anwendung auf Kündigungen und Entlassungen, die lediglich als Maßnahmen in wirtschaftlichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vorgenommen werden."* Diese **Kampfkündigungen** müssen daher iSd. § 1 Abs. 2 KSchG nicht sozial gerechtfertigt sein.

#### 2. Rechtliche Anforderungen

Die KSchG-Bestimmungen finden keine Anwendung auf

- **Entlassungen** und
- **Kündigungen**,

die lediglich als **Maßnahme in Arbeitskämpfen** vorgenommen werden ( § 25 KSchG ).

Kündigt oder entlässt der Arbeitgeber im Zuge eines Arbeitskampfes Mitarbeiter, werden diese Kündigungen nicht danach gemessen, ob sie sozial gerechtfertigt, also

- betriebs- ,
- personen- oder
- verhaltensbedingt

sind. Entscheidend ist aber: die Entlassungen/Kündigungen müssen **als Arbeitskampfmaßnahme vorgenommen** werden.

Nach dem Verhältnismäßigkeitsgebot kann uU. eine Aussperrung mit lösender Wirkung zulässig sein. Entlassene Arbeitnehmer haben dann aber nach dem Ende der **Aussperrung** und Beendigung des Arbeitskampfes einen **Anspruch auf Wiedereinstellung** ( BAG, 21.04.1971 - GS 1/68 ).

### 3. Praktische Auswirkungen

§ 25 KSchG wurde **1951** in das Kündigungsschutzgesetz gestellt. Zu dieser Zeit herrschte die "**individuelle Arbeitskampftheorie**": Aussperrungen und Streiks wurde durch **gebündelte Individualkündigungen** umgesetzt. **Heute** liegt die "**kollektivrechtliche Arbeitskampftheorie**" vorne (s. dazu schon BAG, 28.01.1955 - GS 1/54 ), sodass "Kampfkündigungen" kaum mehr vorkommen dürften.

Die praktische Bedeutung des § 25 KSchG ist eher gering. Steht ein Arbeitgeber im Arbeitskampf, ist er gehalten, **mit den Mitteln des Arbeitskampfrechts** zu reagieren. Das ist für ihn in der Regel die Aussperrung ( BAG, 26.04.1988 - 1 AZR 399/86 - mit Herleitung aus der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie und ausführlicher Begründung).

#### **Beispiel:**

Die Gewerkschaft will einen Arbeitskampf führen, weil die Tarifverhandlungen ins Stocken geraten sind. Der Arbeitgeberverband sieht keine Notwendigkeit, den überzogenen Forderungen der Gewerkschaft nachzugeben. Er ruft seine Mitglieder zu Aussperrungen auf. Arbeitgeber A folgt dem Aufruf und lässt sein Werkstor zu. Um das Arbeitskampfziel der Arbeitgeberverbandes zu unterstützen, braucht A seine Mitarbeiter jetzt nicht zu kündigen. Ihre Aussperrung genügt.

Ist der Arbeitskampf der Gewerkschaft rechtmäßig, kann die **Teilnahme von Arbeitnehmern** an einem **rechtmäßigen** - und von der Gewerkschaft organisierten - **Streik kein Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung** sein.

#### **Beispiel:**

Arbeitgeberverband und Gewerkschaft brechen die Tarifverhandlungen ab, weil sie keine Möglichkeit zur Einigung sehen. Um den Arbeitgeberverband wieder an den Verhandlungstisch zu bekommen, ruft die Gewerkschaft ihre Mitglieder zum Streik auf. Arbeitnehmer N folgt dem Streikaufruf seiner Gewerkschaft und legt für zwei Tage die Arbeit nieder. N verstößt mit seinem Verhalten eigentlich gegen seine arbeitsvertragliche Hauptpflicht, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Trotzdem ist sein Verhalten hier gerechtfertigt.

Ist der **Arbeitskampf rechtswidrig**, kann das für Arbeitnehmer, die sich an diesem widerrechtlichen Arbeitskampf beteiligen, ernste **Folgen** haben.

#### **Beispiel:**

Während in der Branche der Arbeitskampf auf vollen Touren läuft, meint eine kleinere Gewerkschaft aus einem anderen Wirtschaftszweig, die "großen Kollegen" durch einen Sympathie-Streik unterstützen zu müssen. Sie ruft ihre Mitglieder ebenfalls zu Streiks auf. Dieser "Arbeitskampf" ist rechtswidrig. Beteiligenden sich Arbeitnehmer daran, müssen sie mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen rechnen.

Der Arbeitgeber hat u.a. mit

1. **Abmahnung**
2. Kündigung (außerordentlich/ordentlich)
3. Versetzung

mehrere **Möglichkeiten**, auf die Teilnahme seiner Mitarbeiter an einem rechtswidrigen Streik zu reagieren. Entscheidet er sich für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ist seine Kündigung als verhaltensbedingte Kündigung iSd. § 1 Abs. 2 KSchG zu bewerten. Sie muss sowieso Ultima Ratio sein und bedarf als außerordentliche Kündigung einen wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB .

#### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N hat an einem rechtswidrigen Streik teilgenommen. Für die Zeit der Streikteilnahme bekommt er von Arbeitgeber A keine Vergütung. Damit entfällt die Gegenleistung Entgelt für die nicht erbrachte Leistung Arbeit. Soweit wäre das gestörte Austauschverhältnis Arbeit gegen Geld dann eigentlich wieder ausgeglichen. N hat mit seiner Streikteilnahme jedoch seine arbeitsvertragliche Hauptpflicht, die versprochene Arbeit zu leisten, verletzt. Treten keine weiteren Umstände hinzu, wäre die richtige Reaktion von Arbeitgeber A nun eine Abmahnung. Hat A den N vor dessen Verhalten mehrfach mit Kündigungsandrohung davor gewarnt, an dem rechtswidrigen Streik teilzunehmen, wird man auch an eine Kündigung denken können. Und die kann, wenn im Betrieb des A durch den Arbeitsausfall vielleicht auch noch ein großer Schaden entstanden sind, möglicherweise sogar fristlos sein.

Während eines rechtmäßigen Arbeitskampfes sind die beiderseitigen **Hauptpflichten** aus dem Arbeitsverhältnis - der Austausch der Leistung Arbeit gegen die Leistung Geld - **suspendiert** ( BAG, 03.08.1999 - 1 AZR 735/98 ).

**Kündigungen**, die zwar während eines Arbeitskampfes ausgesprochen werden, **mit dem Arbeitskampf** aber gar **nichts zu tun** haben, sind ohnehin mit den KSchG-Gründen sozial zu rechtfertigen. Sie müssen - wie sonst auch - betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt sein.

#### **4. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Kündigungsschutz während eines Arbeitskampfes **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

##### **4.1 Abmahnung - 1**

Die **Rechtmäßigkeit** einer Abmahnung beurteilt sich danach, *"ob der erhobene Vorwurf objektiv gerechtfertigt ist"*. Ob dem Arbeitnehmer das beanstandete Verhalten auch subjektiv vorzuwerfen ist, ist unerheblich. So entscheidet bei der **Teilnahme an einem Solidaritätsstreik** die Frage, ob der Arbeitnehmer während seiner Arbeitszeit ohne Zustimmung seines Arbeitgebers an diesem Streik teilnehmen durfte oder ob er mit der - dann unerlaubten - Entfernung vom Arbeitsplatz **gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen** hat. In diesem Fall ist es unerheblich, ob der Mitarbeiter davon ausging, dass sein Verhalten berechtigt war ( BAG, 12.01.1988 - 1 AZR 219/86 ).

##### **4.2 Abmahnung - 2**

Verletzt ein Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten, kann der Arbeitgeber ihn deswegen abmahnen . Dabei muss der **Vertragsverstoß nicht mal subjektiv vorwerfbar** sein - es genügt, wenn ein **objektiver Verstoß** gegen arbeitsvertragliche Pflichten vorliegt. Da (Warn)Streiks nicht immer zulässig und rechtmäßig sind, gilt: *"Der Ausspruch einer Abmahnung wegen der Teilnahme eines Arbeitnehmers an einem rechtswidrigen Streik ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Streik von der zuständigen Gewerkschaft geführt wurde und der Arbeitnehmer rechtsirrigerweise davon ausgegangen ist, der Streik sei rechtmäßig"* ( LAG Hamm, 24.10.2001 - 18 Sa 1981/00 - Leitsatz).

##### **4.3 Kündigung vor Streikbeginn - 1**

Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Mitarbeiters vor Beginn der Arbeitskampfmaßnahme außerordentlich gekündigt, kann es passieren, dass er wegen Annahmeverzugs Entgelt schuldet, wenn seine Kündigung nicht rechtmäßig war. **Verzugslohn** schuldet er aber nur, wenn die Kündigung der einzige **Auslöser für den Arbeitsausfall** ist. Beginnt der Arbeitskampf, hat der gekündigte Mitarbeiter die Wahl, ob er **mitstreiken** oder sich vom Streikgeschehen fernhalten will. Entscheidet er sich dafür, am Streik teilzunehmen, schließt das für die Dauer der Streikteilnahme die Zahlung von Verzugslohn aus ( LAG Hamm, 19.05.2011 - 8 Sa 155/11 ).

#### 4.4 Kündigung vor Streikbeginn - 2

Der Arbeitgeber kommt nicht in Annahmeverzug , wenn sein Arbeitnehmer **außerstande** ist, die **geschuldete Arbeit zu leisten**, § 297 BGB . Das Gesetz betrifft einmal die **rechtliche und tatsächliche Leistungsfähigkeit**, umfasst aber auch die nicht ausdrücklich angesprochene **Leistungsunwilligkeit**.

*"Beteiligt sich ein außerordentlich gekündigter Arbeitnehmer an einem Streik, steht ihm für diese Zeit auch dann kein Annahmeverzugslohn zu, wenn in einem nachfolgenden Kündigungsschutzprozess die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wird. Wer streikt, ist nicht leistungswillig iSd. § 297 BGB "* ( BAG, 17.07.2012 - 1 AZR 563/11 ).

#### 4.5 Lösende Aussperrung

Der Arbeitgeber kann für seine Teilnahme am Arbeitskampf das Mittel Aussperrung einsetzen. In der Regel werden die **Arbeitsverhältnisse** der ausgesperrten Arbeitnehmer nicht beendet, sondern nur **vorübergehend suspendiert**. Es gibt aber auch die so genannte *"lösende Aussperrung"*, bei der die Arbeitsverhältnisse mit Beginn der Aussperrung enden. Die Folgen der lösenden Aussperrung - Verlust des Arbeitsplatzes und bis dahin entstandener Rechte - sind für die betroffenen Arbeitnehmer jedoch gravierend. Daher haben ausgesperrte Arbeitnehmer mit dem Ende des Arbeitskampfes nach billigem Ermessen einen **Anspruch auf Wiedereinstellung** ( BAG, 21.04.1971 - GS 1/68 ).