



6. ZAAR-Tagung

Entgrenzter Arbeitskampf?

Freitag, 19. September 2014
Hamburg, Bucerius Law School



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
<hr/>	
Programm	3
<hr/>	
Referate	
Wie kann man dem neuen arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsmaßstab Kontur verleihen?	
<u>Professor Dr. Hans Hanau</u> Helmut-Schmidt-Universität Hamburg	5
<hr/>	
Der Flashmob-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Einladung zur Entgrenzung?	
<u>Professor Dr. Rüdiger Krause</u> Georg-August-Universität Göttingen	13
<hr/>	
Drittbetroffenheit und Drittschaden im Arbeitskampf	
<u>Dr. Markus Sprenger</u> Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen	19
<hr/>	
Strafrechtliche Mindeststandards und strafrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im Arbeitskampf	
<u>Professor Dr. Karsten Gaede</u> Bucerius Law School Hamburg	21
<hr/>	
Gesetzgeberische Optionen – von der Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge zur umfassenden Kodifizierung	
<u>Professor Dr. Lena Rudkowski</u> Freie Universität Berlin	27
<hr/>	

Entgrenzter Arbeitskampf?

Im Arbeitskampfrecht lassen sich unterschiedliche Tendenzen beobachten. Nach dem Willen des Bundesarbeitsgerichts gibt es neben der Friedenspflicht kaum noch rechtliche Grenzen für Kämpfe. Darunter leidet die Rechtssicherheit. Die Verhältnismäßigkeit, die nach der neuen Rechtsprechung ohnehin keine große Rolle mehr spielt, wird in den Eilverfahren der Instanzgerichte immer wieder situationsbezogen neu gehandhabt. Ein besonderer Impuls geht vom Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 9. April 2014 aus, in dem die „Flashmob“-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts für verfassungsgemäß erklärt worden ist. Damit hat der Staat sein Gewaltmonopol teilweise preisgegeben, und es fragt sich, inwieweit man neuen Kampfmaßnahmen wie Betriebsbesetzungen noch entgegenhalten kann, es handele sich um Straftaten wie Hausfriedensbruch oder Nötigung. Auffällig ist außerdem, dass in der arbeitsteiligen Wirtschaft immer öfter unbeteiligte Dritte Hauptopfer von Arbeitskämpfen werden. Nicht ohne Grund wird bei alledem der Ruf nach dem Gesetzgeber lauter. Während man hier in der Vergangenheit eher ein allgemeines Kodifizierungsanliegen im Auge hatte, geht es mittlerweile um eine Rückkehr zu den früheren Kampfregeln des Bundesarbeitsgerichts oder um die Bewältigung ganz konkreter Probleme, nicht zuletzt um den Schutz der Daseinsvorsorge. Über all das möchten wir gerne mit Ihnen diskutieren.

Richard Giesen
Matthias Jacobs
Abbo Junker
Volker Rieble

Programm

10.00 Uhr	Begrüßung
10.15 Uhr	Wie kann man dem neuen arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsmaßstab Kontur verleihen? <i>Professor Dr. Hans Hanau</i> Helmut-Schmidt-Universität Hamburg
10.45 Uhr	Der Flashmob-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Einladung zur Entgrenzung? <i>Professor Dr. Rüdiger Krause</i> Georg-August-Universität Göttingen
11.15 Uhr	Diskussion
12.00 Uhr	<u>Kaffeepause</u>
12.20 Uhr	Drittbetroffenheit und Drittschaden im Arbeitskampf <i>Dr. Markus Sprenger</i> Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen
12.50 Uhr	Diskussion
13.10 Uhr	<u>Mittagspause</u>
14.00 Uhr	Strafrechtliche Mindeststandards und strafrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im Arbeitskampf <i>Professor Dr. Karsten Gaede</i> Bucerius Law School Hamburg
14.30 Uhr	Diskussion
14.50 Uhr	<u>Kaffeepause</u>
15.10 Uhr	Gesetzgeberische Optionen – von der Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge zur umfassenden Kodifizierung <i>Professor Dr. Lena Rudkowski</i> Freie Universität Berlin
15.40 Uhr	Diskussion
16.00 Uhr	Verabschiedung

Professor Dr. Hans Hanau
Helmut-Schmidt-Universität Hamburg

**Wie kann man dem neuen arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsmaßstab
Kontur verleihen?**

Gliederung

A. Einleitung

- I. Das Neue am arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsmaßstab des Bundesarbeitsgerichts
 1. Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG: Der Zweck heiligt die Mittel
 2. Alleinige Kontrolle durch Verhältnismäßigkeitsprüfung
 - a) Neuer Maßstab: Arbeitskampfmittel statt Parität
 - b) Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft, nur Exzess-kontrolle
- II. Konturierung muss an allen neuen Elementen ansetzen

B. Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips

- I. Klassisches Verständnis für Privatrecht zu undifferenziert
- II. Bei Angemessenheitskontrolle privater Gestaltungsmacht sind zwei Funktionen zu unterscheiden:
 1. Bestimmung der Grenzen der Selbstbindung
 - a) Fall: Unterwerfung unter fremde Regelungsmacht
 - b) Aufgabe: Konkretisierung der abstrakten Disposition im Einzelfall
 2. Beschränkung von Eingriffskompetenzen – Eingriffsrechtfertigung
 - a) Fall: Freiheitsverkürzung mangels vorgängiger Unterwerfung
 - b) Aufgabe: Bestimmung der Schranken privatheteronomer Gestaltungsmacht
- III. Damit korrespondieren zwei Spielarten der Verhältnismäßigkeit
 1. Verbot der Unverhältnismäßigkeit – Übermaßverbot
 - a) Maßgebliche Interessenrelation: Gestaltungsinteresse darf nicht hinter Bestandsinteresse zurückbleiben

- b) Gestaltungsfreiheit bleibt im Rahmen der gegnerischen Ermächtigung erhalten
 - c) Auf Eignung und Erforderlichkeit kommt es nicht an
 - d) Argumentationslast beim Gestaltungsgegner – *in dubio pro libertate*
 - e) Ausfluss der *iustitia commutativa*
2. Gebot der Verhältnismäßigkeit
- a) Maßgebliche Interessenrelation: Überwiegen des Eingriffsinteresses gegenüber Bestandsinteresse
 - b) Dafür sind Eignung und Erforderlichkeit Voraussetzung
 - c) Argumentationslast beim Gestaltungsmachtinhaber
 - d) Ausfluss der *iustitia protectiva*

C. Arbeitskampf und Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG

- I. Kein eigenes Grundrecht, nur Hilfsmittel der Tarifautonomie
- II. Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie
 - 1. Bündelung von Verhandlungsmacht
 - 2. Kartellbildung zur Verschiebung des Marktpreises
- III. Arbeitskampf nur vertragsakzessorisch – Ableitungszusammenhang
 - 1. Kampfmittelfreiheit besteht nur im Rahmen dieser Bündelung von Verhandlungsmacht
 - a) Kommt nur im Gegenseitigkeitsverhältnis zum Tragen
 - b) Entfaltet kein Eigenleben auf kollektiver Ebene
 - 2. Also: Nur Zurückhalten der eigenen Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber zur Regelung der eigenen Arbeitsbedingungen bei Scheitern der Tarifverhandlungen
- IV. Fazit: Unterstützungstreik und Flashmob schon deshalb unstatthaft

D. Eingriff

- I. Erste Fallgruppe: Überschreiten der Grenzen der Unterwerfung des Arbeitgebers
 - 1. Streikrecht als potentieller Eingriff
 - 2. Arbeitgeber hat sich aber durch Abschluss des Arbeitsvertrags grds. auch den eben skizzierten arbeitskampfrechtlichen Spielregeln unterworfen
 - 3. Verhältnismäßigkeitsprüfung dient hier nur der Eingriffsprophylaxe

4. Fall des Übermaßverbots
 - a) Streikrecht steht insoweit nicht unter Gemeinwohlvorbehalt
 - b) Nur Exzessverbot
- II. Zweite Fallgruppe: Fehlende Unterwerfung Dritter (bzw. gegenüber Dritten)
 1. Perspektiverweiterung: Dritte haben sich Arbeitskampfmaßnahmen nicht unterworfen
 2. Unterstützungsstreik und Flashmob (hilfsweise Prüfung)
 - a) Keine Unterwerfung
 - aa) bei Unterstützungsstreik: Adressat außerhalb des Gegenseitigkeitsverhältnisses
 - bb) bei Flashmob: Kampfmittel außerhalb des Gegenseitigkeitsverhältnis
 - c) Fazit: Rechtfertigungspflichtiger Eingriff
 3. Streik in der Daseinsvorsorge
 - a) Betroffenheit von Dritten eigentlich sozialadäquater Bestandteil von Arbeitskämpfen
 - aa) Leistungsstörungen auf Seiten des Arbeitgebers erhöhen den Druck
 - bb) Üblicherweise aber durch Leistungsstörungenrecht hinreichend kompensiert
 - b) Besondere Betroffenheit der Allgemeinheit in der Daseinsvorsorge
 - aa) Elementare Interessen Dritter betroffen
 - bb) Ihre Beeinträchtigung ist Teil der Arbeitskampfstrategie („Geiselnhaft“)
 - cc) Zudem Leistungsstörungenrecht hier zur Kompensation weitgehend ungeeignet
 - dd) Staat hat Gewährleistungsverantwortung, wenn Leistung
 - (1) notwendig
 - (2) und unersetzbar
 - c) Fazit: Streik in der Daseinsvorsorge bewirkt rechtfertigungspflichtiger Eingriff in solchermaßen qualifizierte Gemeinwohlbelange

E. Rechtfertigung

- I. Gesetzesvorbehalt
 1. Mangels Unterwerfung des Gestaltungsgegners kein Fall eines Interessenausgleichs unter gleichgeordneten Grundrechtsträgern
 2. Nur der Gesetzgeber kann Sonderopfer legitimieren

II. Legitimes Eingriffsinteresse

1. Herstellung von Parität, Beitrag zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems
2. Nicht: Zweckrichtung des Arbeitskampfmittels
 - a) Verkennt dienende Funktion des Arbeitskampfes
 - b) Gefahr der Tarifizensur

III. Eignung

1. Keine Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft
2. Unterstützungsstreik in aller Regel untauglich, da auf ungeeignetes Objekt ausgerichtet

IV. Erforderlichkeit

1. Unterstützungsstreik, Flashmob (hilfsweise Prüfung)
 - a) Keine Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft
 - b) Mildere Mittel immer vorhanden
 - aa) Ausgleich von Organisationsschwäche auf Arbeitnehmerseite nicht vom Arbeitgeber zu tragen
 - bb) Kollektive Koalitionsfreiheit kann nicht stärker sein als Summe der sie konstituierenden individuellen Koalitionsfreiheiten
2. Streik in der Daseinsvorsorge
 - a) Unspezifische Milderungsinstrumente (nur Zeitmoment)
 - aa) Obligatorische Schlichtung
 - bb) Obligatorische Urabstimmung
 - cc) Ankündigungspflicht
 - dd) Kein Warnstreik
 - b) Spezifische Milderungsinstrumente
 - aa) Notdienst
 - (1) Meist nur unzureichende Abhilfe, müsste echte Mindestversorgung sein
 - (2) Streik dann allerdings u.U. nicht mehr hinreichend durchschlagskräftig
 - bb) Streiksynchronisierung bei Tarifpluralität
 - (1) Bei Verteilungskämpfen innerhalb der Belegschaft sind Streikkaskaden bereits de lege lata unzumutbar
 - (2) Arbeitskampfeinheit statt Tarifeinheit

V. Proportionalität

1. Unterstützungsstreik, Flashmob (hilfsweise Prüfung)
 - a) Nicht nur Exzesskontrolle

- b) Eingriff hier unzumutbar
 - aa) Sippenhaft
 - bb) Betriebsblockade
- 2. Streik in der Daseinsvorsorge
 - a) Bei unzureichender Mindestversorgung Streik unzumutbar – Sonderopfer nicht durch Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen
 - b) Alternative: Zwangsschlichtung
 - aa) hat schlechten Leumund
 - bb) Immerhin kann nach der neuesten BAG-Rechtsprechung aber ein Streikverbot zulässig sein, sofern der Gewerkschaft im Übrigen ein erhebliches Maß an Einflussnahme bleibt

Thesen

1. Das Streikrecht ist kein Grundrecht, sondern nur ein Hilfsmittel der Tarifautonomie. Tarifautonomie ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie. Die Gewerkschaft bündelt die Verhandlungsmacht ihrer Mitglieder; die Mitglieder bilden ein Kartell zur Verschiebung des Marktpreises im Arbeitsverhältnis zu ihren Gunsten. Der Arbeitskampf ist vertragsakzessorisch, kommt also nur im Gegenseitigkeitsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien zum Tragen, zwischen der Tarifautonomie und der Arbeitskampfmittelfreiheit besteht ein Ableitungszusammenhang: Die Gewerkschaft kann nur über die Kampfmittel verfügen, die den Mitgliedern zu Gebote stehen und von ihnen gebündelt dem Verband zur Verfügung gestellt werden. Art. 9 Abs. 3 GG schützt also nur das Zurückhalten der eigenen Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber zur Regelung der eigenen Arbeitsbedingungen bei Scheitern der Tarifverhandlungen. Unterstützungstreik und Flashmob sind schon deshalb unstatthaft.
2. Das Streikrecht bewirkt keinen Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers, wenn es im Rahmen der eben skizzierten arbeitskampfrechtlichen Spielregeln ausgeübt wird. Ihnen hat sich der Arbeitgeber durch Abschluss des Arbeitsvertrags prinzipiell unterworfen. Die Reichweite dieser Unterwerfung ist im Einzelfall durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermitteln, sie dient hier der Eingriffsprophylaxe. Das Streikrecht steht insoweit nicht unter einem Gemeinwohlvorbehalt. Es gilt lediglich ein Übermaßverbot, Exzesse sind verboten, auf Eignung und Erforderlichkeit kommt es hier nicht an, die Argumentationslast liegt beim Streikgegner.
3. Vom Streik betroffene Dritte haben sich hingegen den Arbeitskampfmaßnahmen nicht unterworfen.
 - a) Sofern man Unterstützungstreik und Flashmob nicht, wie hier vertreten, schon aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ausnimmt und damit schon grundlegend die Legitimität abspricht, bewirken diese Kampfmittel jedenfalls einen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Arbeitgeber, weil beim Unterstützungstreik der Adressat und beim Flashmob das Kampfmittel außerhalb des arbeitsvertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses stehen. Da hier mangels einer Unterwerfung des Arbeitskampfgegners kein Fall eines Interessenausgleichs unter gleichgeordneten Grundrechtsträgern vorliegt, müsste hier eigentlich ein Gesetzesvorbehalt greifen, nur der Gesetzgeber könnte ein solches Sonderopfer legitimieren. Darüber hinaus müsste der Eingriff einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten. Hier gilt ein Verhältnismäßigkeitsgebot. In der Eingriffssituation muss die streikende Gewerkschaft über ein legitimes Eingriffsinteresse verfügen, die Maßnahme muss zudem, daran gemessen,

- geeignet, erforderlich und proportional sein. Die Argumentationslast liegt bei der streikenden Gewerkschaft.
- aa) Der Eingriff ist am geleisteten Beitrag zur Herstellung von Parität, zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems, und entgegen dem BAG nicht an der Zweckrichtung des Arbeitskampfmittels zu messen.
 - bb) Hinsichtlich der Eignung der Streikmaßnahme hat die Gewerkschaft in der Eingriffskonstellation keine Einschätzungsprärogative. Unterstützungstreiks sind in aller Regel ungeeignet, weil sie an einen untauglichen Adressaten gerichtet sind, der die Tarifforderung gar nicht erfüllen kann.
 - cc) Unterstützungstreik und Flashmob sind zudem nie erforderlich, es sind immer milder wirkende Arbeitskampfmittel vorhanden. Ein Ausgleich für eine Organisationsschwäche auf Arbeitnehmerseite ist nicht vom Arbeitgeber zu tragen. Die kollektive Koalitionsfreiheit kann nicht stärker sein als die Summe der sie konstituierenden individuellen Koalitionsfreiheiten.
 - dd) Schließlich beschränkt sich die Proportionalitätsprüfung hier nicht auf eine Exzesskontrolle. Vielmehr sind Unterstützungstreik und Flashmob generell unzumutbar. Es sind keine Gemeinwohlgründe ersichtlich, die es rechtfertigen, einen Arbeitgeber in Sippenhaft zu nehmen oder seinen Betrieb zu blockieren.
- b) Auch bei einem Streik in der Daseinsvorsorge haben sich die in großer Zahl betroffenen Dritten nicht den Arbeitskampfmaßnahmen unterworfen. Zwar ist die Betroffenheit von Dritten eigentlich sozialadäquater Bestandteil von Arbeitskämpfen, das Leistungsstörungsrecht kann hier in der Regel für hinreichende Abhilfe sorgen. Dieser Mechanismus versagt aber typischerweise bei Leistungen der Daseinsvorsorge. Hier sind zudem elementare Gemeinschaftsgüter betroffen, für die der Staat eine Gewährleistungsverantwortung trägt, wenn die Leistung notwendig und unersetzbar ist. Ein Streik in der Daseinsvorsorge bewirkt in solchen Fällen einen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in Gemeinwohlbelange. Ob und inwieweit das Streikinteresse mit ihnen zu einem Ausgleich gebracht werden kann, ist fraglich.
- aa) Zunächst muss jedenfalls Sorge dafür getragen werden, dass sich der Eingriff auf ein unerlässliches Maß beschränkt. In einem ersten Schritt sind deshalb sämtliche Instrumente zu nutzen, die die Chancen für eine einvernehmliche Lösung erhöhen und den Streikbeginn von einer umfangreichen Selbstvergewisserung der Gewerkschaftsmitglieder abhängig machen. So müssen einem Streik in der Daseinsvorsorge Schlichtung und Urabstimmung vorangehen, Warnstreiks kommen nicht in Betracht und die Streikmaßnahmen müssen so rechtzeitig angekündigt werden, dass die auf die Leistungen Angewiesenen sich auf die Streikmaßnahmen einstellen können. Neben diesen unspezifischen, weil lediglich das Zeit-

moment erfassenden Milderungsinstrumenten sind zudem spezifisch, unmittelbar an den Streikfolgen ansetzende Maßnahmen zu ergreifen. Elementar sind Notdienstvereinbarungen, die nicht nur unzureichende Abhilfe leisten, sondern eine echte Mindestversorgung gewährleisten. Außerdem ist bei Tarifpluralität eine Streiksynchronisierung geboten. Bei Verteilungskämpfen innerhalb der Belegschaft sind Streikkaskaden bereits de lege lata unzumutbar, statt der obsoleten Tarifeinheit gilt also ein Grundsatz der Arbeitskampfeinheit.

- bb) Schlägt die Gewährleistung einer Mindestversorgung fehl, ist ein Streik in der Daseinsvorsorge unzumutbar. Das von der Allgemeinheit zu erbringende Opfer ist nicht durch hinreichende Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen, das Koalitionsinteresse muss insofern zurückstehen. Deshalb muss in der Daseinsvorsorge dringend über eine Alternative zum überkommenen Arbeitskampf nachgedacht werden. Um die Arbeitnehmerinteressen nicht leerlaufen zu lassen, bleibt nur eine Zwangsschlichtung. Sie hat zwar einen schlechten Leumund, lohnt aber näheres Nachdenken. Immerhin kann nach der neuesten BAG-Rechtsprechung ein Streikverbot zulässig sein, sofern der Gewerkschaft im Übrigen ein erhebliches Maß an Einflussnahme bleibt.

Professor Dr. Rüdiger Krause
Georg-August-Universität Göttingen

**Der Flashmob-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Einladung zur
Entgrenzung?**

Gliederung

- I. (K)eine neue Runde im Kampf um das „neue Arbeitskampfrecht“
- II. Die Koalitionsfreiheit des Beschwerdeführers als Prüfungsgegenstand
 1. Anerkannte Ausgangspunkte
 2. Perspektivenwechsel zur Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft
- III. Sachlicher Schutzbereich der Koalitionsfreiheit
 1. Das Schutzbereichsverständnis des BVerfG und seine Vorgeschichte
 2. Autonomiekonzept versus Heteronomiekonzept
 3. Schutzbereichsbegrenzungen
 - a) Ausklammerung der Privatsphäre
 - b) Friedlichkeitsvorbehalt
 - c) Absolute Rechte und Rechtsgüter als Grenze?
- IV. Persönlicher Schutzbereich der Koalitionsfreiheit: Einbeziehung Dritter?
- V. Die gewandelte Rolle und (Neu)Interpretation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes
- VI. Folgerungen
 1. Flashmob-Aktionen
 2. Andere Formen aktiver Produktionsbehinderung
- VII. Schlussbemerkungen

Thesen:

1. Mit dem Kammerbeschluss des BVerfG vom 26.3.2014 steht zunächst (nur) fest, dass die Entscheidung des BAG vom 22.9.2009 (Flashmob-Urteil), nach der „eine streikbegleitende Aktion, mit der eine Gewerkschaft in einem öffentlich zugänglichen Betrieb kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen will, um zur Durchsetzung tariflicher Ziele Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben, (...) nicht generell unzulässig“ ist, ihrerseits nicht die Verfassung verletzt.
2. Die Billigung der Flashmob-Entscheidung des BAG das BVerfG gestattet nicht den Schluss, dass das Ergebnis der Rechtsgewinnung auf der einfachrechtlichen Ebene verfassungsrechtlich nicht nur erlaubt, sondern geboten ist.
3. Das BVerfG bestätigt die Aussage des BAG, dass es für die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG im Grundsatz ausschließlich auf das von der Koalition verfolgte Ziel, nicht aber auf die Art des hierfür eingesetzten Mittels ankommen soll.
4. BAG und BVerfG interpretieren die kollektive Koalitionsfreiheit dahingehend, dass die Koalitionen grundsätzlich autonom über die Kampfmittel befinden, die sie zur Unterstützung rechtmäßiger Arbeitskampfziele einsetzen („Autonomiekonzept“). Die Koalitionen sind danach hierfür nicht auf die von der einfachen Rechtsordnung präformierten Verhaltensweisen („Heteronomiekonzept“) beschränkt.
5. Das Autonomiekonzept lässt sich als eine mindestens plausible Zusammenführung verschiedener Argumentationslinien in der bisherigen Judikatur des BVerfG zur Koalitionsfreiheit begreifen.

6. Das Heteronomiekonzept ist Ausdruck einer zivilrechtlich am Einzelarbeitsverhältnis anknüpfenden Perspektive. Danach beschränkt sich ein rechtmäßiger Arbeitskampf auf die kollektive Vorenthaltung der eigenen arbeitsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen (Kooperationsverweigerung) mit dem Ziel, die (tarifvertraglich regulierten) Austauschbeziehungen zu verändern. Die Befugnis zum Arbeitskampf ist (nur) die Antwort der (einfachen) Rechtsordnung auf das Problem, dass die in einem marktwirtschaftlichen System idealtypische Reaktion, nämlich bei Unzufriedenheit mit den angebotenen Vertragskonditionen auf einen anderen Vertragspartner mit anderen (besseren) Konditionen umzuschwenken, auf dem Arbeitsmarkt aus strukturellen Gründen nicht funktioniert.
7. Das Autonomiekonzept geht vom Verfassungsrecht aus. Danach geht es bei der Koalitionsfreiheit vor dem Hintergrund der sozialgeschichtlichen Entwicklung um die konstitutionelle Gewährleistung einer freien und staatsfernen Austragung von Interessengegensätzen zwischen der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite auf kollektiver Ebene mit dem Ziel einer kollektiven Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Arbeitskampfmaßnahmen sind nach der erfahrungsgesättigten Logik des Systems grundsätzlich auch dann hinzunehmen, wenn sie zu erheblichen Auswirkungen auf den Arbeitskampfgegner oder die Allgemeinheit führen.
8. Die Beschränkung auf allgemein erforderliche (unerlässliche) Arbeitskampfinstrumente ist innerhalb des zivilrechtsgeprägten Heteronomiekonzepts, das die Legitimation von Eingriffen in zivilrechtliche Rechtspositionen als Kernproblem identifiziert, stimmig, innerhalb des verfassungsrechtsgeprägten Autonomiekonzepts, das nach der Legitimation einer staatlichen Beschränkung koalitionspezifischer Betätigungen fragt, dagegen dysfunktional.
9. Auch mit dem Autonomiekonzept sind absolute (d. h. nicht nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativierte) Beschränkungen des gegenständlichen Schutzbereiches der grundsätzlich einsetzbaren Arbeitskampfinstrumente kompatibel. Hierzu zählen die Ausklammerung der Privatsphäre, der Friedlichkeitsvorbehalt (Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen) sowie jeder sonstige gezielte Zugriff auf Leben, Körper, Gesundheit und Bewegungsfreiheit (Einsperren) von Konfliktbeteiligten.

10. Der Zugriff auf Betriebsmittel des Arbeitgebers (Eigentum und Besitz) fällt nach dem Autonomiekonzept von BAG und BVerfG nicht aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit absolut heraus, sondern ist nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert. Erklären lässt sich der prima facie Schutz eines Übergriff auf das Eigentum des Arbeitgebers möglicherweise durch die grundrechtsdogmatische Überlegung, dass die durch das Eigentum vermittelte Freiheitssphäre, die der selbstbestimmten Lebensgestaltung dient, der durch Assoziation von Nichteigentümern vermittelten Freiheitssphäre, die ebenfalls eine selbstbestimmte Lebensgestaltung ermöglichen soll, deshalb nicht abwägungslos vorgeordnet sein soll, weil die beiden Freiheitssphären bei störungsfreier Durchführung des Arbeitsverhältnisses ebenfalls ineinandergreifen (sozialer Bezug des Eigentums). Die (zusätzliche) Problematik eines physischen Zugriffs der Arbeitnehmerseite auf betriebliche Mittel bleibt zumindest einfachrechtlich allerdings ungelöst.

11. Das BAG und das BVerfG halten die Einbeziehung außenstehender Dritter in das Kampfgeschehen für (verfassungs)rechtlich unbedenklich, sofern die Kampfmaßnahme erkennbar durch eine Gewerkschaft getragen wird. Den Hintergrund bilden die These von der eigenständigen Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG („Doppelgrundrecht“) sowie (offenbar) die aus dem Autonomiekonzept folgende Befugnis zur Führung eines „wirksamen“ Arbeitskampfes. Demgegenüber ist einschränkend grundsätzlich darauf zu beharren, dass die Druckwirkung aktiver Kampfmaßnahmen im Wesentlichen auf dem Handeln der Gewerkschaft bzw. der Arbeitnehmerschaft beruht. Nur wenn die Arbeitgeberseite zur Neutralisierung der Streikwirkung Außenstehende ins Feld führt (Leiharbeiter), kann die Gewerkschaft (durch Unterstützer) gleichziehen.

12. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist zentraler und nach dem Autonomiekonzept nahezu einziger Maßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen. In seiner konkreten Handhabung durch das BAG läuft der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (schon seit der Unterstützungsstreikentscheidung des BAG aus dem Jahr 2007) darauf hinaus, dass zwischen der Koalitionsfreiheit der angreifenden Gewerkschaft und den gegenläufigen Arbeitgeberrechten (nur noch) eine praktische Konkordanz stattfindet. Das Eingriffsmodell ist in der Sache damit durch das Abwägungsmodell substituiert worden. Das BVerfG hat diese Neuformulierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verfassungsrechtlich nicht beanstandet.

13. Soweit es um Flashmob-Aktionen geht, hat das BVerfG die bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zentrale Erwägung des BAG, dem Arbeitgeber stunden wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung (Hausrecht, Betriebsstilllegung) als nicht deutlich fehlerhaft bzw. offensichtlich unrichtig aus verfassungsrechtlicher Perspektive akzeptiert.

14. Andere Formen aktiver Produktionsbehinderung sind voraussichtlich nach denselben Grundsätzen zu beurteilen. So liegt es nahe, dass friedlich verlaufende, kurzfristige „symbolische“ Betriebsblockaden und vergleichbare Störungen von der Koalitionsfreiheit prima facie gedeckt und nicht zwingend unverhältnismäßig sind, während die Verhältnismäßigkeit gewichtiger Beeinträchtigungen der betrieblichen Abläufe (erst recht Betriebsbesetzungen) kaum vorstellbar ist



Dr. Markus Sprenger

Kommunaler Arbeitgeberverband Hessen

Drittbetroffenheit und Drittschaden im Arbeitskampf

Gliederung

I. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Einbettung des Streiks

II. Betroffenheit des Gegners und Dritter

1. Etymologie des „Streiks“
2. Formen der Drittbetroffenheit und Drittbeteiligung
 - a) Klassischer Wirtschafts- und moderner Meinungskampf
 - b) Sonderfall „Flash-Mob“
 - c) Konkurrenzkampf
3. Schädigungs- und Schadenspotenzial für Dritte
 - a) Streik und Meinungskampf
 - b) Streikankündigung
 - c) Drittgerichteter Streik
 - d) Verschärfung durch Entsolidarisierung

III. Rechtliche Einordnung der Drittbetroffenheit

1. Gewerkschaftsfreundliche Ausgangslage
2. Geschwächter Primärrechtsschutz und Streikfreundlichkeit als Folgen
3. Handlungsoptionen betroffener Dritter
 - a) Absolutes Recht als Voraussetzung für Rechtsschutz
 - b) Eigentumsrecht des Dritten
 - c) Recht des Dritten am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb
 - d) Übrige Haftungsvoraussetzungen
 - e) Folgerungen

IV. Rechtspolitische Fragen

1. Kein Zivilrechtsschutz für die Allgemeinheit
2. Alternative Schutzregime
 - a) Schutz durch das Ordnungswidrigkeitenrecht?
 - b) Schutz durch ordnungspolitische Maßnahmen

Schlussthesen:

1. Arbeitskämpfe sind heute mehr nur Wirtschafts- und Meinungskampf. Sie sind auch immer mehr ein Konkurrenzkampf unter Gewerkschaften. Da es sich um einen Überbietungswettbewerb zu Lasten der Arbeitgeber und Drittbetroffenen handelt und neben den Arbeitnehmern auch politische Aktivisten rekrutiert werden können, ist das Schädigungspotential von Arbeitskämpfen erheblich gestiegen.
2. Zugleich ist die moderne, stark arbeitsteilige und globalisierte Wirtschaft anfälliger geworden. Besondere Probleme aus einer teils privatautonen, teils gesetzlich vorgeschriebenen Betriebsorganisation (z. B. Just-in-time-Lieferung, Lizenzierungswesen im Luftverkehr) müssen in die arbeitskampfrechtliche Betrachtung mit einbezogen werden. Streiks und Streikankündigungen können sich in erheblichem Maße auch gegen Dritte richten.
3. Zivilrechtliche Sanktionen können regelmäßig erst im Hauptsacheverfahren ausgesprochen werden und greifen nur beim schuldhaft rechtswidrigen Arbeitskampf. Der arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist für einen Verschuldensvorwurf (mittlerweile) zu konturlos. Gleiches müsste für einen Ordnungswidrigkeitentatbestand zum Schutz von Allgemeininteressen gelten.
4. Die Lösung liegt in ordnungspolitischen Maßnahmen. Eine Rückkehr zur alten Tarifeinheit, die Minderheitsgewerkschaften kaum Betätigungsmöglichkeiten für ihre Mitglieder ließe, wäre wohl verfassungsrechtlich problematisch. Gesetzliche Tarifgemeinschaften könnten jedoch kanalisieren, versachlichen und binden in größere Zusammenhänge ein. Nach meiner Einschätzung wären sie zulässig und ein gutes Mittel, um die derzeitigen Entgrenzungen und Entgleisungen zu Lasten von Arbeitgebern und Drittbetroffenen zu korrigieren.

Professor Dr. Karsten Gaede
Bucerius Law School Hamburg

**Strafrechtliche Mindeststandards und strafrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im
Arbeitskampf**

Gliederung

- I. Verhältnis zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht
- II. Sachbeschädigung
 - 1. Schutzrichtung und Normprogramm
 - 2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf
- III. Hausfriedensbruch
 - 1. Schutzrichtung und Normprogramm
 - 2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf
- IV. Nötigung
 - 1. Schutzrichtung und Normprogramm
 - 2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf
 - 3. Besonderheit: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte
- V. Fazit

Thesen

1. Das Strafrecht unterliegt dem Zwang, seinen Einsatz an der von BAG und BVerfG weit verstandenen Koalitionsfreiheit zu messen. Es ist aber in Abhängigkeit von den betroffenen Schutzgütern in der Lage, einer Kampfmittelfreiheit Grenzen zu setzen bzw. Grenzen ihres Schutzbereichs aufzuzeigen.
2. Die Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigentums bleibt auch im Arbeitskampf strafbar.
3. Die missachtete Ausübung des Hausrechts unterfällt im Arbeitskampf grundsätzlich weiter dem Hausfriedensbruch gemäß § 123 StGB.
4. Die Nötigung gemäß § 240 StGB setzt Arbeitskampfmaßnahmen, die von der Kampfmittelfreiheit grundsätzlich umfasst sind, nur wenig fassbare Grenzen.
5. Hängt die strafrechtliche Einordnung einer Arbeitskampfmaßnahme von einer arbeits-(verfassungs-)rechtlichen Vorfrage ab, darf das Strafgericht die Rechtslage auch insofern eigenständig beurteilen.

Anhang: StGB

§ 113 Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte

(1) Wer einem Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet oder ihn dabei tötlich angreift, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, um diese oder dieses bei der Tat zu verwenden, oder
2. der Täter durch eine Gewalttätigkeit den Angegriffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(3) Die Tat ist nicht nach dieser Vorschrift strafbar, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Täter irrig annimmt, die Diensthandlung sei rechtmäßig.

(4) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig an, die Diensthandlung sei nicht rechtmäßig, und konnte er den Irrtum vermeiden, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder bei geringer Schuld von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen. Konnte der Täter den Irrtum nicht vermeiden und war ihm nach den ihm bekannten Umständen auch nicht zuzumuten, sich mit Rechtsbehelfen gegen die vermeintlich rechtswidrige Diensthandlung zu wehren, so ist die Tat nicht nach dieser Vorschrift strafbar; war ihm dies zuzumuten, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen.

§ 123 Hausfriedensbruch

(1) Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst oder Verkehr bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

§ 124 Schwerer Hausfriedensbruch

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und in der Absicht, Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften zu begehen, in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, so wird jeder, welcher an diesen Handlungen teilnimmt, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 240 Nötigung

(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. eine andere Person zu einer sexuellen Handlung nötigt,
2. eine Schwangere zum Schwangerschaftsabbruch nötigt oder
3. seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger mißbraucht.

§ 303 Sachbeschädigung

(1) Wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt das Erscheinungsbild einer fremden Sache nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert.

(3) Der Versuch ist strafbar.

§ 303b Computersabotage

(1) Wer eine Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch erheblich stört, dass er

1. eine Tat nach § 303a Abs. 1 begeht,
2. Daten (§ 202a Abs. 2) in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eingibt oder übermittelt oder
3. eine Datenverarbeitungsanlage oder einen Datenträger zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, beseitigt oder verändert,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt es sich um eine Datenverarbeitung, die für einen fremden Betrieb, ein fremdes Unternehmen oder eine Behörde von wesentlicher Bedeutung ist, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen des Absatzes 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführt,
2. gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Computersabotage verbunden hat,
3. durch die Tat die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern oder Dienstleistungen oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.

(5) Für die Vorbereitung einer Straftat nach Absatz 1 gilt § 202c entsprechend.

§ 303c Strafantrag

In den Fällen der §§ 303, 303a Abs. 1 und 2 sowie § 303b Abs. 1 bis 3 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.



Professor Dr. Lena Rudkowski

Freie Universität Berlin

**Gesetzgeberische Optionen – von der Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge
zur umfassenden Kodifizierung**

Gliederung

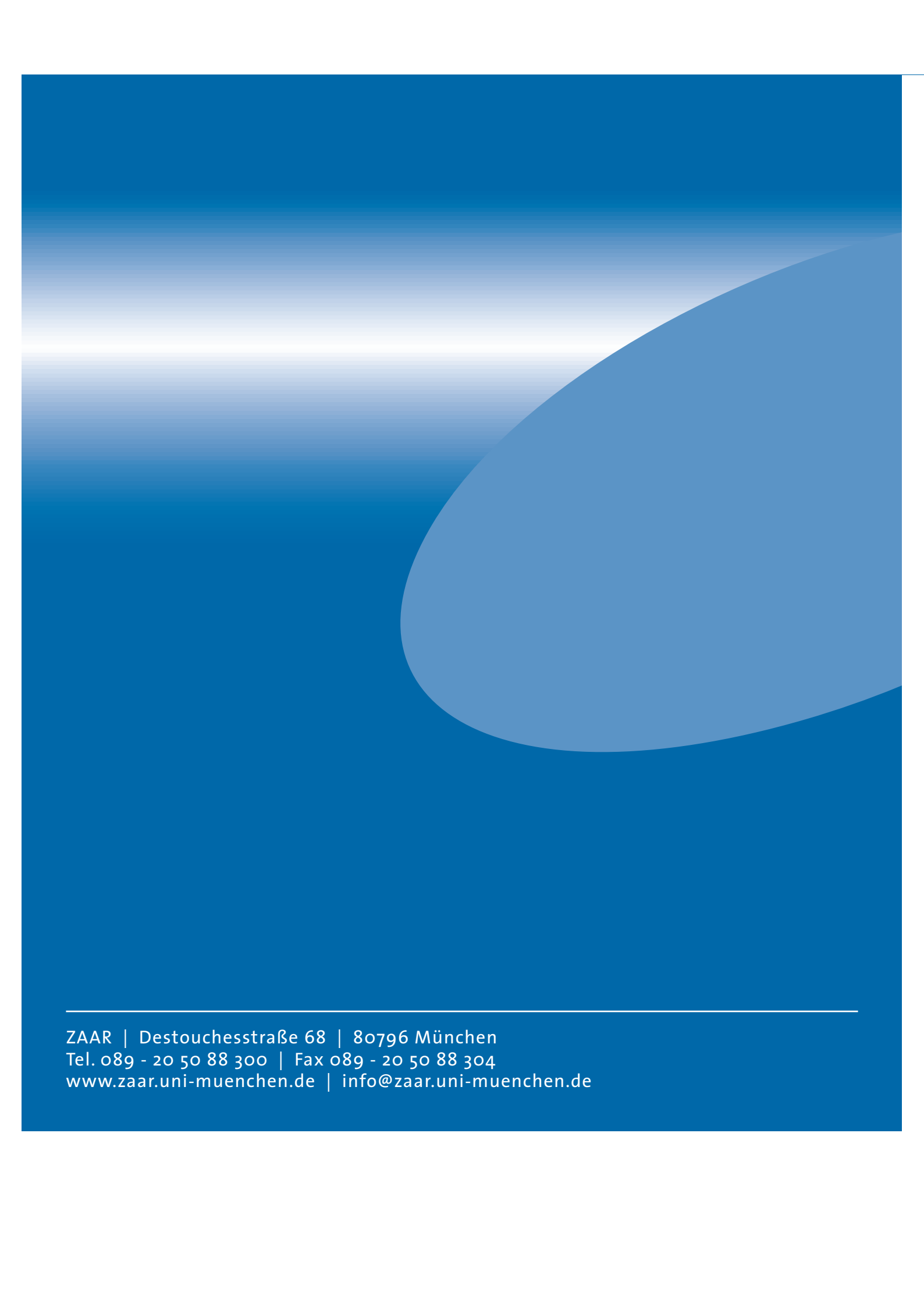
- I. Einleitung

- II. Gesetzgeberische Optionen zur Begrenzung des Arbeitskampfs
 1. Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge
 - a) Anwendungsbereich
 - b) Einzelne Streikrechtseinschränkungen
 2. Umfassende Kodifizierung des Arbeitskampfrechts
 - a) Verbot des Unterstützungstreiks
 - b) Einschränkung der Kampfmittelwahlfreiheit
 - c) Regelung des Beamtenstreikrechts
 3. Insbesondere: Optionen der Landesgesetzgeber
 - a) KRG Nr. 35 als vorrangiges Bundesrecht
 - b) Tarifrecht als vorrangiges Bundesrecht
 - c) Richterrecht als vorrangiges Bundesrecht
 - d) Optionen im Einzelnen

- III. Fazit

Thesen

- I. Das Arbeitskampfrecht muss gesetzlich geregelt werden. Der Gesetzgeber hat hierbei aber einen weiten Handlungsspielraum.
- II. Der Gesetzgeber ist insbesondere befugt zur Regelung des Arbeitskampfs in der Daseinsvorsorge. Er kann bestimmen, welche Branchen der Daseinsvorsorge zuzuordnen sind. In diesen Branchen sind Notdienstpflicht, obligatorischer Schlichtungsversuch und grundsätzlich auch Ankündigungspflicht verhältnismäßige Einschränkungen des Arbeitskampfs zugunsten der Rechte der Bevölkerung. Sonderregelungen für Streiks von Spartengewerkschaften sind nicht erforderlich.
- III. Der Gesetzgeber kann das Arbeitskampfrecht auch umfassend regeln und dabei etwa die Kampfmittelwahlfreiheit durch ein Verbot des „flashmobs“ einschränken. Ferner begegnet ein Verbot von Unterstützungstreiks ebenso wenig verfassungsrechtlichen Bedenken wie ein Ausschluss des Beamtenstreikrechts.
- IV. Die Länder sind im Arbeitskampfrecht solange und soweit zur Gesetzgebung befugt, wie der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Als bundesgesetzliche Regelung des Arbeitskampfrechts ist weder das Tarifrecht noch das einschlägige Richterrecht anzusehen. Allerdings steht KRG Nr. 35 einer landesgesetzlichen Regelung insoweit entgegen, als die Länder weder ein freiwilliges noch ein obligatorisches Schlichtungsverfahren zur Lösung von Tarifkonflikten vorsehen dürfen.



ZAAR | Destouchesstraße 68 | 80796 München
Tel. 089 - 20 50 88 300 | Fax 089 - 20 50 88 304
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de