



**ZAAR**

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht

7. ZAAR-Kongreß

**„Neues Arbeitskampfrecht“**

am

Freitag, 7. Mai 2010

im

Paulaner am Nockherberg, München

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Vorwort</b>	2
<b>I. ZUR ANALYSE DER RECHTSPRECHUNG</b>	
<b>Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeitskampf?</b>	
<u>Professor Dr. Hansjörg Otto</u> Georg-August-Universität Göttingen	3
<b>Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit?</b>	
<u>Professor Dr. Jens Kersten</u> Ludwig-Maximilians-Universität München	11
<b>II. ZU DEN FOLGEFRAGEN</b>	
<b>Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampfrisikos</b>	
<u>Professor Dr. Richard Giesen</u> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	15
<b>Kampfexzeß und Veranstalterverantwortung (Arbeitskampfcompliance)</b>	
<u>Professor Dr. Steffen Klumpp</u> Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg	19
<b>III. RECHTSVERGLEICH</b>	
<b>Entwicklung des Arbeitskampfrechts in Europa</b>	
<u>Professor Dr. Abbo Junker</u> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	23

## **Neues Arbeitskampfrecht?**

Das Bundesarbeitsgericht richtet sein richterliches Arbeitskampfrecht neu aus. Mit Rücksicht auf die Koalitionsfreiheit sieht der Erste Senat nicht mehr die vom Großen Senat betonte Zählung des Kampfes sondern die Freiheit zum Kampf als Leitlinie. Weitgehende Freigabe des Unterstützungskampfes durch und gegen Dritte und nunmehr der Zugriff auf Ladengeschäfte (flash mob) nebst Unterstützung durch „Aktivisten“, die keine Arbeitnehmer sind, bringen eine belebende Unruhe in das Arbeitskampfrecht.

Die Tagung geht zwei Fragen nach: Einmal soll das Konzept des BAG weitergedacht werden: Wo endet die Kampf(mittel)freiheit; welche etablierten Elemente des überkommenen Richterrechts sind von Erosion bedroht? Auf der anderen Seite ist die Tragfähigkeit dieses Richterrechtskonzeptes zu untersuchen, auch mit Blick auf die Folgewirkungen.

**Martin Franzen  
Richard Giesen  
Abbo Junker  
Volker Rieble**

## **Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeitskampf?**

Professor Dr. Hansjörg Otto

Georg-August-Universität Göttingen

### **Gliederung**

- I. Vorbemerkung
- II. Wegmarken der Rechtsprechungsentwicklung
- III. Der neue Prüfungskanon für die Bewertung von Arbeitskampfmitteln der Gewerkschaften
  1. Das Verständnis der koalitionspezifischen Betätigung i.S. von Art. 9 Abs. 3 GG
  2. Die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch die Rechtsordnung
  3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentraler Maßstab für die Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen
  4. Die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit des Kampfmittels
  5. Zusammenfassung
- IV. Kritische Würdigung
  1. Der Allgemeine Teil der neuen Arbeitskampfordnung
    - a) Das allzu weite Verständnis des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG
    - b) Die mangelnde Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch den „Ersatzgesetzgeber“
    - c) Die Überforderung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes
    - d) Die Geringschätzung der Unterschiede zum typischen Erzwingungsstreik
    - e) Konsequenzen für die Beurteilung der Aussperrung und ihrer Varianten?

2. Der Besondere Teil der neuen Arbeitskampfordnung

a) Unterstützungsstreik

- [1] Unterstützung fremder Gewerkschaften
- [2] Verneinung jeder Friedens- oder Schutzpflicht zugunsten des betroffenen Unternehmens
- [3] Angemessenheitskontrolle

b) Flashmob-Aktion

- [1] Die verfehlte Vergabe des Etiketts „friedlich“
  - [a] Verletzung von Pflichten aus Arbeitsvertrag bzw. aus sozialem Kontakt
  - [b] Eigentums- und Besitzstörung
  - [c] Sittenwidrige Schädigung
  - [d] Nähe zu Betriebsblockade und Betriebsbesetzung
- [2] Minimale Anforderungen an die Ankündigung der Kampfmaßnahme und deren Organisation trotz der Beteiligung beliebiger Dritter
- [3] Angebliche Abwehrmöglichkeiten
  - [a] Hausverbot
  - [b] Betriebsschließung

V. Kollektive Arbeitsbeziehungen im sozialen Rechtsstaat Deutschland

VI. Thesen

## **Sachverhalte und Leit- bzw. Orientierungssätze des BAG**

### **1. Das Urteil des BAG zum Unterstützungstreik vom 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 –**

#### **Leitsätze:**

1. Gewerkschaftliche Streiks, die der Unterstützung eines in einem anderen Tarifgebiet geführten Hauptarbeitskampfs dienen, unterfallen der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften. (Rn. 10)

2. Die Zulässigkeit eines Unterstützungstreiks richtet sich - wie bei anderen Arbeitskampfmaßnahmen - nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ist rechtswidrig, wenn er zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfs offensichtlich ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder unangemessen ist. (Rn. 32)

#### **Orientierungssätze (Auszug):**

1. Teil V Art 31 Abs 1 EuSC gestattet Beschränkungen des Streikrechts ua. dann, „wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer ... notwendig sind“. Eine solche Beschränkung ist die gesetzvertretende Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. (Rn. 24)

4. Der Umstand, dass der mit dem Unterstützungstreik überzogene Arbeitgeber die im Hauptarbeitskampf von der Gewerkschaft verfolgte Forderung nicht selbst erfüllen oder in „seinem“ Arbeitgeberverband auf die Erfüllung hinwirken kann, bedeutet nicht, dass der Unterstützungstreik generell ungeeignet wäre, den Druck auf den sozialen Gegenspieler zu verstärken und den Hauptarbeitskampf zu beeinflussen. (Rn.34) Allerdings mag es auch Fallgestaltungen geben, in denen die Beteiligten des Hauptarbeitskampfs und des Unterstützungstreiks branchenmäßig, wirtschaftlich oder räumlich so weit voneinander entfernt sind, dass der Unterstützungstreik offensichtlich den sozialen Gegenspieler des Hauptarbeitskampfs nicht mehr zu beeindrucken geeignet ist. (Rn. 35)

#### **Aus dem Tatbestand:**

Die Klägerin beschäftigt in ihrem Druckereiunternehmen ca. 190 Arbeitnehmer. Sie ist Mitglied im Arbeitgeberverband der Druckindustrie Niedersachsen. Auf die Arbeitsverhältnisse ihrer Mitarbeiter wendet sie die zwischen dem Arbeitgeberverband und der beklagten Gewerkschaft ver.di geschlossenen Tarifverträge an. Die Klägerin gehört zu der Unternehmensgruppe N-Zeitung. Deren Konzernobergesellschaft, die N-Medien GmbH & Co. KG, hält 100 Prozent der Anteile an der Klägerin. Sie beherrscht auch die N-Zeitung Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG (NWZ-Verlagsgesellschaft). Diese verlegt die N-Zeitung. Die Zeitung wird ausschließlich von der Klägerin gedruckt. Damit erwirtschaftete diese Anfang des Jahres 2004 ca. 60 % ihres Umsatzes. ... Bis zum Jahr 1982 bildeten die Klägerin und die NWZ-Verlagsgesellschaft eine rechtliche und betriebliche Einheit. ... Einer ihrer Geschäftsführer ist zugleich Geschäftsführer sowohl der NWZ-Verlagsgesellschaft als auch der geschäftsführenden Gesellschaft der Konzernobergesellschaft.

Die Beklagte führte zu Beginn des Jahres 2004 einen Arbeitskampf um den Abschluss eines neuen Tarifvertrags für Redakteure an Tageszeitungen. In dessen Rahmen streikten in der Zeit vom 12.1. bis zum 25.2.2004 etwa 40 Redakteure der NWZ-Verlagsgesellschaft. Am 6.2.2004 rief die Beklagte die Mitarbeiter der Klägerin zu einem „befristeten Solidaritätsstreik“ auf. Daraufhin legten etwa 20 Arbeitnehmer in der Nachtschicht vom 6. zum 7.2.2004 ihre Arbeit nieder. Hierdurch entstand der Klägerin ein Schaden in Höhe von 2.500,00 Euro. Die Tarifverträge der Druckindustrie waren zu dieser Zeit ungekündigt.

## **2. Das Urteil des BAG zur Flashmob-Aktion vom 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 –**

### **Leitsatz:**

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, ist nicht generell unzulässig. Der damit verbundene Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Arbeitgebers kann aus Gründen des Arbeitskampfrechts gerechtfertigt sein, wenn dem Arbeitgeber wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. (Rn. 31)

### **Orientierungssatz (Auszug):**

2. Bei streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ handelt sich um eine koalitions-spezifische Betätigung der Gewerkschaft. Dem steht nicht entgegen, dass derartige Aktionsformen bislang kein typisches, in der Geschichte des Arbeitskampfs schon seit längerem bekanntes und anerkanntes, sondern ein neues Arbeitskampfmittel sind. Dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterfällt nicht nur ein historisch gewachsener, abschließender numerus clausus von Arbeitskampfmitteln. Vielmehr gehört es zur verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. (Rn. 34)

4. Der Umstand, dass zum Zwecke des Arbeitskampfs durchgeführte „Flashmob-Aktionen“ dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG unterfallen, bedeutet nicht, dass sie deshalb stets zulässig wären. Ihre Zulässigkeit richtet sich vielmehr nach der Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung. Maßgebliches Prinzip ist insoweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn. (Rn. 36) (Rn. 41)

### **Aus dem Tatbestand:**

Die Beklagte propagierte die „Flashmob-Aktionen“ auch in der Presse und auf einer öffentlichen Kundgebung am 7. Dezember 2007. Am 8. Dezember 2007 führte sie ab 10.45 Uhr in der Filiale eines Mitgliedunternehmens des Klägers im Berliner Ostbahnhof eine „Flashmob-Aktion“ durch. An dieser beteiligten sich ca. 40 bis 50 Personen, die per SMS von der Beklagten dorthin bestellt worden waren. Zwei oder drei der Aktionsteilnehmer trugen eine Jacke mit der Aufschrift „ver.di“, zahlreiche andere Sticker der Gewerkschaft. Zunächst betreten etwa drei Personen die Filiale, klebten ein Flugblatt mit einem Streikaufruf an

einen Backofen in der Filiale und deponierten weitere Flugblätter an der Kasse. Außerdem sprachen sie eine der vier in der Filiale tätigen Arbeitnehmerinnen an und forderten sie zur Streikteilnahme auf. In der Folgezeit begaben sich ca. 40 Personen in das Ladengeschäft. Zum einen kauften sie dort sog. Cent-Artikel. Deren Einscannen durch die Kassiererinnen nahm längere Zeit in Anspruch, so dass sich an den Kassen Warteschlangen bildeten. Zum anderen befüllten die Aktionsteilnehmer etwa 40 Einkaufswagen und ließen sie dann ohne Begründung oder mit dem Vorwand, das Geld vergessen zu haben, in den Gängen oder im Kassenbereich stehen. In einem Fall begab sich eine Frau mit einem von ihr gefüllten Einkaufswagen an die Kasse und bejahte dort die Frage der Kassiererin, ob sie bezahlen könne. Die Artikel wurden sodann von der Kassiererin eingescannt und von der Frau wieder in den Einkaufswagen gelegt. Es ergab sich ein Gesamtbetrag von 371,78 Euro. Die Aktionsteilnehmerin erklärte daraufhin, ihr Geld vergessen zu haben und stellte den Einkaufswagen an der Kasse ab. Dabei klatschten die anderen Aktionsteilnehmer Beifall und brachten durch laute Zurufe ihr Gefallen zum Ausdruck. Die Aktion dauerte nach den Angaben des Klägers ca. eine Stunde, nach denen der Beklagten 45 Minuten.

## **Auszüge aus Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts**

### **1. Grundsatzentscheidung vom 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – zur Aussperrung Leitsatz (Auszug)**

2. Zu den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Der Schutz umfaßt unter den gegebenen Verhältnissen jedenfalls Aussperrungen mit suspendierender Wirkung, die in Abwehr von Teil- oder Schwerpunktstreiks der Herstellung der Verhandlungsparität dienen.

3. Die Koalitionsfreiheit kann zum Schutz von Grundrechten Dritter und anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte eingeschränkt werden. Darüber hinaus bedarf sie der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird.

### **2. Bewertungsgesichtspunkte aus der Entscheidung vom 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 und BvF 1, 2, 4, 4/87 und 1 BvR 1421/86 – zu § 116 AFG (jetzt § 146 SGB III) unter C I 1 b**

Beide Tarifvertragsparteien genießen den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG in gleicher Weise, stehen bei seiner Ausübung aber in Gegnerschaft zueinander. Sie sind auch insoweit vor staatlicher Einflußnahme geschützt, als sie zum Austragen ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit einsetzen. Dieser Schutz erfordert koordinierende Regelungen, die gewährleisten, daß die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen können. Die Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln setzt rechtliche Rahmenbedingungen voraus, die sichern, daß Sinn und Zweck dieses Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben.

Bei dieser Ausgestaltung hat der Gesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum. ...Es verlangt auch keine Optimierung der Kampfbedingungen. Grundsätzlich ist es den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. Andererseits ist der Gesetzgeber aber auch nicht gehindert, die Rahmenbedingungen von Arbeitskämpfen zu ändern, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wieder herzustellen.

### **3. Kammerentscheidung vom 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – zum Streik gegen einen Arbeitgeber-Außenseiter**

Die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überläßt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich ihnen selbst. Das Grundrecht schützt als koalitionsmäßige Betätigung auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind. *Sie werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. (unter B II 1)*

Aus der Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsrecht der Koalitionen und der Staatsferne der Koalitionsfreiheit folgt, dass die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung des Zwecks der Regelung von Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag für geeignet halten, den Koalitionen selbst obliegt (vgl. BVerfGE 92, 365, 393). Eine Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen durch die Fachgerichte als rechtswidrig kommt deshalb grundsätzlich nur in Betracht, wenn eine Arbeitskampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist. (unter B II 2 b).

## **Thesen**

1. Das BAG verkennt nach meiner Auffassung den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, indem es die verfassungsrechtlich gewährleistete koalitionspezifische Betätigung mit Hilfe des rechtstatsächlichen Verhaltens der Gewerkschaften definiert.
2. Unabhängig davon beachtet es nicht nur das Gebot praktischer Konkordanz zu wenig, weil es anderen Grundrechten (Art. 12 und 14 GG) nicht genügend Gewicht beimisst, sondern lässt auch das Rechtsstaatsgebot und das Gemeinwohl zu sehr außer acht.
3. Dies beruht ganz wesentlich auf der verfehlten Umwidmung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von seiner Schrankenfunktion zu einer Quelle positiver Rechtfertigung solcher Betätigungen, die nicht offensichtlich ungeeignet oder nicht erforderlich sind.
4. Da das BAG bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts an die Stelle des Gesetzgebers tritt, hätte es sich fragen müssen, ob dieser als neutraler Sachwalter Unterstützungstreiks und Flashmob-Aktionen bei einer besonnenen Abwägung der betroffenen Interessen so weitgehend gestatten würde. Aufgabe des Gesetzgebers ist es gerade, soziale Spannungen in einem „rechtsgeleiteten Ritual“<sup>1</sup> einzufangen.
5. Beim Unterstützungstreik wird nunmehr dessen Zulässigkeit zur Regel. Die vagen Vorbehalte des BAG schaffen keine Rechtsklarheit. Die wirtschaftliche Verflechtung soll nur noch ein besonders wichtiger, aber kein ausschlaggebender Gesichtspunkt mehr sein. Ansonsten soll der räumlichen, branchenmäßigen oder wirtschaftlichen Nähe oder Ferne des Unterstützungstreiks zum Hauptarbeitskampf wesentliche Bedeutung zukommen. Relevant soll dies aus der Sicht des BAG aber vor allem erst bei der Unterstützung einer anderen Gewerkschaft oder bei einer signifikanten Verlagerung des Schwerpunkts des Arbeitskampfs auf den Unterstützungstreik werden.
6. Dem BAG ist offenbar verborgen geblieben, dass die Flashmob-Aktionen nicht nur das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beeinträchtigen, sondern auch Eigentum und Besitz, abgesehen von der möglichen Verletzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Pflichten.
7. Die vom BAG ins Feld geführten Möglichkeiten der Gegenwehr beim Flashmob – Hausverbot und Betriebsschließung – sind entweder praktisch kaum umsetzbar oder laufen auf eine zusätzliche Selbstschädigung hinaus.
8. Die Ausweitung des gewerkschaftlichen Handlungsspielraums gefährdet auf längere Sicht den Rechtsfrieden, indem sie die Hemmschwelle für Rechtsverletzungen, für die Beeinträchtigung der Interessen unbeteiligter Dritter und für gewalttätige Aktionen bis hin zur Betriebsblockade und -besetzung leichtfertig herabsetzt.

---

<sup>1</sup> So mit negativer Akzentuierung *Dieterich* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 130.

## **Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit?**

Professor Dr. Jens Kersten  
Ludwig-Maximilians-Universität München

### **Gliederung**

#### **A. Einleitung**

#### **B. Verfassungsrechtliche Struktur des Arbeitskampfrechts**

- I. Wandel der Arbeitskampfrechtsprechung
  1. Aufgabe der Kernbereichslehre
  2. Konturen des „neuen“ Arbeitskampfrechts
- II. Koalitionsfreiheit: Kombination von Freiheitsrecht und Institutsgarantie
  1. Freiheitsrecht der Koalitionsbildung und der Koalitionen
    - a. Individuelle Koalitionsfreiheit
    - b. Kollektive Koalitionsfreiheit
    - c. Legitimationszusammenhang
  2. Institutsgarantie: Tarifautonomie
    - a. Negative Dimension der Autonomie: Staatsfreiheit
    - b. Positive Dimension der Autonomie: Freie vertragliche Rechtsetzung
  3. Legitimationszusammenhang von Freiheitsrecht und Institutsgarantie: Koalitionsfreiheit als gestufte Gegenseitigkeitsordnung
- III. Kritik des „neuen“ Arbeitskampfrechts
  1. Schutzbereich
    - a. Personeller Schutzbereich: Ignorierung der Legitimation der Einbeziehung Dritter
    - b. Sachlicher Schutzbereich: Ignorierung der Art des Arbeitskampfmittels

### 2. Schranke

- a. Scheitern des institutionellen Prüfungsansatzes: Selbstverschuldete Abstraktionshöhe von Tarifautonomie und Verhandlungsparität
- b. Scheitern des freiheitlichen Prüfungsansatzes: „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ ohne Verhältnismäßigkeit
- c. Folge: Spontanes Ordnungsdenken und richterrechtlicher Okkasionalismus

### IV. Prüfungsvorschlag

## C. Flash-Mobs als Arbeitskämpfungsmittel

### I. Flash-Mobs als Schwarmbildung: *swarming*

1. Phänomenologie: Flash-Mobs, Smart-Mobs, Raids
2. Typologie: Schwarmmuster von Flash-Mobs
  - a. Schnittstelle online/offline
  - b. Überraschende Teilnehmerzahl
  - c. Instabile Organisation und Risikolosigkeit
  - d. Anonym affiziertes Verhalten als Eskalationsbedingung
  - e. Mediale (Selbst-)Dokumentation von Schwarmeffekten
3. Herausforderung des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts

### II. Arbeitskampfrechtliche Bewertung

1. Schutzbereich
  - a. Persönlicher Schutzbereich: Keine verfassungsrechtliche Legitimation der Einbeziehung Dritter in den Arbeitskampf
  - b. Sachlicher Schutzbereich: Kein Recht der Verwendung fremden Eigentums für den Arbeitskampf
2. Schranke
  - a. Verhältnismäßigkeitsprüfung
    - aa. Objektive Rechtsprüfung
    - bb. Bezugspunkt: Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie
  - b. Geeignetheit
  - c. Erforderlichkeit
    - aa. Leiharbeit als Paritätsasymmetrie?
    - bb. Koalitionäre Mobilisierungsdefizite

- d. Angemessenheit
  - aa. Betriebsblockade: Räumliches und funktionales Verständnis
  - bb. Arbeitnehmerseite: Unbeherrschbarkeit bei gleichzeitiger Risikolosigkeit des Flash-Mobs
  - cc. Arbeitgeberseite: Untauglichkeit von Hausrecht und Betriebsstilllegung als Abwehrmittel

#### **D. Ausblick**

- I. „Gegenschwärme“
- II. Re-Individualisierung des Risikos der Schwarmbildung
- III. Sicherheitstechnik und liberale Gesellschaft



## **Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampfrisikos**

Professor Dr. Richard Giesen

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

### **I.     Erweiterte Kampfbefugnisse im „neuen Arbeitskampfrecht“**

#### **1.     Die Zulassung von „flash mobs“ als Förderung der Eskalation**

BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 ff. („flash mob“): Abschied von der bisherigen Rechtsprechung, die als zugelassene Arbeitskampfmaßnahmen jedenfalls prinzipiell nur den Streik und die Aussperrung bezeichnet hat, BAG (GS) 28.1.1955, BAGE 1, 291; BAG (GS) 21.4.1971, BAGE 23, 292 (306 ff.); *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, §§ 60, 61 (S. 847 ff., 852 ff.).

#### **2.     Die neue Struktur der Zulassung von Arbeitskampfmitteln – Erlaubnis unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt**

BAG „flash mob“ a.a.O.; ebenso bereits BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007 („Unterstützungstreik“), 1055.

Der 1. Senat unterscheidet Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit der jeweiligen Kampfmaßnahme soll der arbeitskampfführenden Koalition eine Einschätzungsprärogative zustehen. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (der Proportionalität) soll dagegen eine volle richterliche Kontrolle eingreifen.

Bei Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wägt der Senat dann in der Unterstützungstreik-Entscheidung jedoch wieder nur dasjenige Für und Wider gegeneinander ab, das auch bisher bei der Bewertung von Unterstützungstreiks diskutiert worden ist. Und in der „flash mob“-Entscheidung wird konkret darauf abgestellt, ob und inwieweit sich der Arbeitgeber gegen „flash mobs“ durch Wahrnehmung seines Hausrechts erwehren kann, die „flash mobs“ Betriebsblockaden gleichzusetzen sind und ob sich die Beteiligten strafbar machen.

### 3. Qualität und Quantität des Einsatzes neuer Arbeitskämpfungsmittel

Es ist unklar, welche neuartigen Maßnahmen der Arbeitskämpfungsmittelfreiheit zur Verfügung stehen. Insbesondere die Zulässigkeit von Betriebsblockaden, die er bisher verboten hatte, lässt der 1. Senat in „flash mob“ ausdrücklich offen. Es ist davon auszugehen, dass der 1. Senat ein gewisses Maß an Aggression und Gewalt im Graubereich zwischen einfacher Belästigung, Nötigung und Sachbeschädigung billigt, weil er den Arbeitskampf eben als Kampf sieht.

Neue Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeber: Der 1. Senat gibt darauf keine Antworten; arbeitgeberseitige Maßnahmen standen in den zitierten Urteilen nicht zur Entscheidung. Hier dürfte festzuhalten sein, dass Arbeitgeber auf die „neuen“ Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaft nach dem Gegenmachtprinzip reagieren können müssen. Das betrifft sowohl die Schwere wie auch die Qualität der Reaktion. Insbesondere ist zu beachten, dass ein Streik mit einem erheblichen Opfer der Arbeitnehmer verbunden ist (nämlich einem Entgeltverzicht), während ihnen eine „neue“ Kampfmaßnahme dieses Opfer nicht abverlangt. Das „neue“ Gefährdungspotenzial muss auch die Frage nach der Zulässigkeit arbeitgeberseitiger „Angriffs-“maßnahmen neu aufwerfen.

### 4. Neue Arbeitskämpfziele

Der 1. Senat (BAG „Unterstützungstreik“ a.a.O.) erklärt mit Blick auf den Unterstützungstreik, Ziel des Arbeitskamps müsse nicht ein eigener Tarifvertrag der kampf führenden Gewerkschaft und ihres Kampfgegners, sondern könne auch ein fremder Tarifvertrag sein. Das folge aus der Verabschiedung der „Kernbereichslehre“ durch das BVerfG. Dementsprechend sei auch die Zulässigkeit des „reinen Demonstrationstreiks“ offen. Er spricht hier deutlich von Protest oder Sympathie auch „etwa für oder gegen Entscheidungen des Gesetzgebers“. Damit ist wohl die bisherige Ablehnung des „politischen Streiks“ obsolet.

## II. Verteilung der erweiterten Arbeitskampsrisiken im „neuen Arbeitskampsrecht“

### 1. Bisherige Zuordnung des Arbeitskampsrisikos nach Kampfparität und Partizipation

BAG 22.12.1980, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70; BAG 14.12.1993, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 129; BAG 11.7.1995, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 138 und 139; *Kissel*, Arbeitskampsrecht, S. 390 ff., 397 ff.

Die bisherige BAG-Rechtsprechung verteilt das Arbeitskampsrisiko nach den Gesichtspunkten der Kampfparität und der Partizipation. Deswegen schuldet der Arbeitgeber denjenigen Arbeitnehmern kein Arbeitsentgelt, die – obwohl nicht kampfbeteiligt – voraussichtlich vom angestrebten Arbeitskampsresultat profitieren werden. Soweit dagegen der Arbeitnehmer nicht profitiert, trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko und

schuldet Arbeitsentgelt. Auf der Grundlage des Gedankens von Partizipation und Parität ist auch die Regelung der heutigen §§ 146 Abs. 3, 174 SGB III formuliert worden, welche demjenigen drittbetroffenen Arbeitnehmer Kurzarbeitergeld versagen, der mittelbar vom angestrebten Tarifvertrag (auch als fremdem Pilottarifvertrag) profitieren wird.

## **2. Praktikabilität der Risikozuweisung nach Kampfparität und Partizipation im „neuen Arbeitskampf“**

Der Partizipationsgedanke lässt sich bei „neuen“ Arbeitskampfmitteln kaum heranziehen. Denn die Gewerkschaft ist nun nicht mehr gezwungen, bei der Arbeitskampfplanung Belegschaftswünsche zu vertreten oder zu berücksichtigen. Das macht ihre Kampf-forderungen unabhängig von den Interessen der tatsächlich Kampfbetroffenen. Im Gegenteil sind beispielsweise „flash mobs“ auch dazu geeignet, streikunwillige Belegschaften durch den hierdurch veranlassten Arbeitsausfall und Zusatzmühen (beim Aufräumen) abzustrafen.

Geht es nach dem Paritätsprinzip, sieht die Situation anders aus. Da vor allem der Arbeitgeber durch die „neuen“ Kampfmittel belastet ist, müsste hier das Arbeitskampfrisiko uneingeschränkt zulasten der Arbeitnehmer gehen.

Es zeigt sich, dass das Partizipationsprinzip und das Paritätsprinzip bei den „neuen“ Arbeitskampfmitteln um eine schlüssige Zuweisung des Arbeitskampfrisikos nicht leisten können. Das Partizipationsprinzip spricht deutlich dagegen, dem Arbeitnehmer das Arbeitskampfrisiko aufzuerlegen, und das Paritätsprinzip spricht deutlich dagegen, dem Arbeitgeber das Arbeitskampfrisiko aufzuerlegen.

## **3. Übernahme des Arbeitskampfrisikos nach allgemeinen schuldrechtlichen Gesichtspunkten**

Damit ergibt sich die Notwendigkeit einer Neubewertung. Danach sind für die Risiko-verteilung die allgemeinen schuldrechtlichen Regeln anzuwenden. Für den Arbeitsausfall, welcher durch „flash mob“ oder sonstige neue Kampfmittel beim unmittelbar betroffenen Arbeitgeber oder einem mittelbar betroffenen dritten Arbeitgeber entsteht, gilt somit: Soweit er auf tatsächlicher Unmöglichkeit der (als Fixschuld zu erbringenden) Arbeitsleistung i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB oder auf der entsprechend zu behandelnden wirtschaftlichen Unmöglichkeit oder persönlichen Unzumutbarkeit i.S.d. § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB beruht, schuldet der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung, und der Arbeitgeber schuldet kein Arbeitsentgelt nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

#### **4. Konsequenzen für die Zulässigkeit von „neuen“ Arbeitskampfmitteln**

Somit hat die kampfführende Koalition schon bei der Untersuchung der Verhältnismäßigkeit einer „neuen“ Arbeitskampfmaßnahme zu berücksichtigen, welche Beeinträchtigung sich für Dritte aus der Maßnahme ergeben kann. Das schließt insbesondere den gegebenenfalls drohenden Entgeltausfall für Arbeitnehmer des betroffenen Betriebes und für die Arbeitnehmer drittbetroffener Betriebe ein. Gegebenenfalls ergibt sich daraus der Zwang, sich auf ein herkömmliches Arbeitskampfmittel zu beschränken, also insbesondere den Streik.

## **Kampfezess und Veranstalterverantwortung (Arbeitskampfcompliance)**

Professor Dr. Steffen Klumpp

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

### **Gliederung**

#### **I. „Neues“ Arbeitskampfrecht – Höheres Exzessrisiko**

1. Notwendige und rechtswidrige arbeitskampfbedingte Beeinträchtigungen
2. Erhöhung des Exzessrisikos
  - a. Konfrontative Arbeitskampfmittel
  - b. Einbeziehung Unbeteiligter
  - c. Arbeitskampf ohne Selbstschädigung

#### **II. Regeleinhaltung als Veranstalteraufgabe**

1. Zweifache Dimension des Arbeitskampfrechts
  - a. Haftung der Kampfpartei
  - b. Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes
2. Rechtliche Grundlagen der Veranstalterverantwortung
  - a. Typische Exzesshandlungen
  - b. Haftung der Kampfpartei
    - i. Haftungsgrundlagen
    - ii. Zurechnungsregelungen
    - iii. Anspruchsberechtigte
  - c. Öffentlich-rechtliche Verantwortung
  - d. Straf- und ordnungswidrigkeitsrechtliche Verantwortung
3. (Bisherige) Veranstalterpflichten als Destillat
  - a. Auswahl- und Instruktionspflichten
  - b. Überwachungspflichten

- c. Einwirkungspflichten
  - d. Insgesamt: Kampfleitungspflicht
4. (Grundsätzlich) keine Rückkoppelung auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes

### III. „Neues Arbeitskampfrecht“ und Veranstalterverantwortung

1. Tragfähigkeit des bisherigen Konzeptes
2. Folgefragen
3. Das erhöhte Exzessrisiko
  - a. „Flash-Mob“ und der „schwebende“ Exzess
  - b. Exzessrisiko und Rechtswidrigkeitsverdikt
  - c. Erhöhte Veranstalterpflichten
    - i. Beteiligtenauswahl und -instruktion
    - ii. Erkennbarkeit als Kampfveranstaltung
    - iii. Überwachung
    - iv. Abbruch der Kampffaktion
4. Beteiligung Dritter
  - a. Missverstandene Rechtsprechung?
  - b. Dritte und (kein) Schutz durch Art. 9 III GG
  - c. Folgerungen für die Veranstalterpflichten
    - i. Der „Personalexzess“
    - ii. Verstärkte Auswahl- und Kontrollpflichten
    - iii. Drittbeteiligung und Exzessduldung
5. Tarifliche Maßregelungsabreden

### IV. Fazit

Das neue Arbeitskampfrecht erhöht das Risiko von Kampfexzessen. Durch die Anerkennung nicht mehr nur arbeitsvertragsbezogener, sondern auch unmittelbar konfrontativer („aktiv produktionshindernder“) Arbeitskampfmittel, durch die faktische Teilnahmemöglichkeit beliebiger Dritter und den Verzicht auf die potentielle Selbstschädigung der Kampfbeteiligten ist vermehrt die Gefahr zum rechtswidrigen Handeln im Rahmen des unmittelbar konfrontativen Arbeitskampfes gegeben.

Arbeitskampf hat die Schädigung des Kampfgegners zum Ziel. Dadurch soll Druck aufgebaut werden. Während auf der einen Seite Schädigungsdruck notwendig und rechtmäßig ist (wobei es hier auf die Frage nach der Reichweite der Arbeitskampffreiheit ankommt), sind es Schädigungen, die durch Kampfexzesse ausgelöst werden, nicht – allgemeine zivil- und strafrechtliche Verbote gelten auch im Arbeitskampf. Insbesondere aus der deliktischen Beurteilung ergeben sich für den Kampfveranstalter Organisationspflichten zur Exzessverhinderung. Dogmatische Grundlagen sind die allgemeinen Organisationspflichten als Verkehrspflichten sowie die Haftung für Organe, Erfüllungsgehilfen und aus § 831 BGB. Deshalb trifft die Kampfpartei nicht nur eine originäre kampfrechtliche, sondern auch eine haftungsrechtlich relevante Kampfleitungspflicht: Es bestehen Auswahl-, Instruktions-, Überwachungspflichten. Stellt die Kampfpartei Exzesshandlungen fest, hat sie darauf hinzuwirken, dass diese unterlassen werden. Die Kampfpartei treffen auch die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Pflichten, ebenso bestehen strafrechtliche Grenzen. Dies ist richtige und allgemeine Auffassung. Dieses Grundgerüst der „Arbeitskampfcompliance“ trägt nach wie vor.

Arbeitskampfrechtlich haben (einzelne) Kampfexzesse grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes. Dies ist erst dann der Fall, wenn die Kampfpartei Exzesse plant, das heißt die Druckausübung gerade durch den Exzess (mit)erreichen will.

Auch bei den neuen, konfrontativen Kampfmitteln bleibt es bei dieser Beurteilung. Allein aus einem erhöhten abstrakten Exzessrisiko folgt noch kein Rechtswidrigkeitsverdikt hinsichtlich des Arbeitskampfes. Allerdings ergeben sich hier strengere Organisationspflichten der Kampfpartei.

Unbeteiligte Dritte können sich nicht auf die Koalitionsfreiheit und damit nicht auf die Arbeitskampffreiheit berufen. Auch die Kampfpartei kann sich beim Einsatz von Dritten nicht auf die (kollektive) Koalitionsfreiheit berufen. Das hat für die Frage Bedeutung, ob ein Eingriff dieser Dritten in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gerechtfertigt ist. Er ist es nicht.

Der Aufruf, Dritte mögen sich an Flash-Mob-Aktionen beteiligen, führt deshalb letztlich zu einem „Personalexzess“. Ein zielgerichteter Aufruf an Dritte ist geplanter Exzess – und kann deshalb eine „Flash-Mob-Aktion“ insgesamt rechtswidrig machen. Nehmen Dritte ungeplant teil, schadet dies der Rechtmäßigkeit der Aktion zunächst nicht. Allerdings darf die Kampfpartei das Verhalten Dritter nicht zur Druckausübung nutzen, denn dann nimmt sie den Exzess wieder in ihren Kampfplan auf. Hieraus ergeben sich wiederum Organisationspflichten der Kampfpartei hinsichtlich der Teilnehmersauswahl und der

## **Kampffeld und Veranstalterverantwortung (Arbeitskampfcompliance)**

---

Professor Dr. Steffen Klumpp

Überwachung. Die Kampfpartei darf keine unbeteiligten Dritten zur Kampffaktion aufrufen. Das „Beitreten“ unbeteiligter Dritter ist zu verhindern.

Insgesamt ergeben sich also durch die Höhe des Schädigungspotentials auch erhöhte Organisationspflichten – die die neuen konfrontativen Arbeitskampfmittel nicht unmöglich, aber wesentlich unattraktiver machen.

Eine (verbands-)tarifliche Klausel, nachdem Schadensersatzansprüche der Verbandsmitglieder gegen den gegnerischen Kampfveranstalter ausgeschlossen sind, ist grundsätzlich nicht wirksam.

## **Entwicklung des Arbeitskampfrechts in Europa**

Professor Dr. Abbo Junker

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

### **Gliederung**

- I. Fragestellung
- II. Herleitung des Streikrechts
  - 1. Verfassungsrechtliche Absicherung
  - 2. Streikrecht versus Streikfreiheit
  - 3. Gebot der Verhältnismäßigkeit
- III. Mittel des Arbeitskampfs
  - 1. Zulässigkeit tertiärer Kampfmittel
  - 2. Erlaubte Intensität von Streiks
  - 3. Grenzüberschreitende Boykottmaßnahmen
- IV. Ziele des Arbeitskampfs
  - 1. Tarifbezug des Arbeitskampfs
  - 2. Grenzen von Unterstützungskämpfen
  - 3. Streikziel und Übermaßverbot
- V. Zusammenfassung

### Thesen

#### I. Fragestellung

Eine Vereinheitlichung des Arbeitskampfrechts in Europa liegt in weiter Ferne:

- Der *Unionsvertrag* weist die Zuständigkeit für das Koalitions-, Streik- und Aussperrungsrecht – wie zuvor – ausschließlich den Mitgliedstaaten zu (Art. 153 Abs. 1 AEUV, vormals Art. 137 Abs. 5 EG-Vertrag). Auch der EuGH verweist in seinen Entscheidungen *Viking Line* und *Laval* hinsichtlich des Begriffs und der Grenzen kollektiver Maßnahmen auf das Recht des Mitgliedstaats, in dem die kollektive Maßnahme stattfindet.
- Eine Anfang 2009 in Kraft getretene Verordnung der Europäischen Union, die unter anderem das auf Arbeitskampfdelikte anzuwendende Recht bestimmt (die sog. *Rom II-Verordnung*), verweist ebenfalls auf das Recht des Staates, in dem die Kampfmaßnahme erfolgt.
- Eine gewisse Konvergenz des materiellen Arbeitskampfrechts in Europa dürfte vom *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* ausgehen, der aus dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK ein Streikrecht für Beamte in den Vertragsstaaten der EMRK abgeleitet hat.

Ein Ziel vergleichender Erwägungen im Arbeitskampfrecht kann darin bestehen, deutsche Juristen aus praktischen Gründen mit der ausländischen Rechtslage vertraut zu machen. Grenzüberschreitende Arbeitskämpfe – solche, bei denen sich die Kampfmaßnahmen über mehrere Staaten erstrecken – sind jedoch in der Praxis selten zu finden, weil „internationale Arbeitnehmersolidarität“ in Zeiten des Standortwettbewerbs mehr Wunsch als Wirklichkeit ist.

Verlangen demnach weder bevorstehende Rechtsvereinheitlichungen in Europa noch dringende praktische Bedürfnisse nach vergleichenden Studien im Arbeitskampfrecht, motiviert vor allem das *dritte* Ziel der Rechtsvergleichung die Fragestellung meines Vortrags: Der Blick in das Ausland gibt Anschauung zum besseren Verständnis des deutschen Rechts, insbesondere des Richterrechts. Die Rechtsvergleichung führt uns Fälle und Probleme vor Augen, die in Deutschland noch nicht aufgetreten sind, und sie zeigt bei den bekannten Problemen den international vorhandenen Vorrat an Lösungen.

## II. Herleitung des Streikrechts

Jede Rechtsordnung muss die Frage beantworten, woraus sich die Befugnis ergibt, trotz bestehender vertraglicher Bindungen die Arbeit niederzulegen. In Deutschland begründete die bahnbrechende Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 die kollektive Sicht des Arbeitskampfs, erlaubte das Gegenmittel der lösenden Aussperrung und stellte die Zulässigkeit des Streiks unter das Postulat der Sozialadäquanz.

### 1. Verfassungsrechtliche Absicherung

In Deutschland steht spätestens seit der Entscheidung des BVerfG vom 26.6.1991 fest, dass das Streikrecht der Arbeitnehmer ein Teil der grundrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Koalitionsfreiheit ist. Die weitestgehende Streikgarantie findet sich in Art. 58.1 der *portugiesischen Verfassung* aus dem Jahr 1976, die das Streikrecht mit einer dem Art. 79 Abs. 3 GG vergleichbaren Unantastbarkeitsgarantie („Ewigkeitsgarantie“) versieht. Ähnlich wie die portugiesische enthält auch die *griechische Verfassung* (Art. 23 Abs. 3) keinen Gesetzesvorbehalt.

Die *französische Verfassung* von 1958 bestimmt: „Das Streikrecht wird im Rahmen der Gesetze, die es regeln, ausgeübt.“ Ähnliche Bestimmungen finden sich in der *italienischen Verfassung* von 1946 (Art. 40) und in der *spanischen Verfassung* von 1978 (Art. 28.2). Das *Schweizer Bundesgericht* hat unentschieden gelassen, ob ein subjektives Recht auf Streik (gegenüber dem Staat) aus der verfassungsrechtlich garantierten Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit abzuleiten ist.

Die *Republik Österreich* kennt keine explizite verfassungsrechtliche Absicherung des Streikrechts. Nach in Österreich herrschender Meinung ist weder aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Vereins- und Versammlungsfreiheit noch aus Art. 11 EMRK eine Institutsgarantie des Streiks oder gar ein subjektives Recht auf Streik abzuleiten; es herrsche folglich nur „Arbeitskampffreiheit als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit“.

Nach der Entscheidung des EGMR vom 21.4.2009 lässt sich die Ansicht nicht mehr aufrechterhalten, aus Art. 11 EMRK lasse sich ein subjektives Recht auf Arbeitskampf nicht herleiten. Die Entscheidung betrifft zwar – ebenso wie die Entscheidung des EGMR vom 12.8.2008 – nur das Streikrecht von Beamten. Wenn ein Vertragsstaat der EMRK jedoch schon seinen Beamten (mit Ausnahme einzelner Gruppen von Staatsdienern, die bestimmte hoheitliche Befugnisse ausüben) das Streikrecht gewähren muss, müsste das Gleiche erst recht in Bezug auf die Privatwirtschaft gelten.

### 2. Streikrecht versus Streikfreiheit

Das Stichwort „Streikfreiheit“ führt zu einem konzeptionellen Unterschied zwischen den kontinentaleuropäischen und den angelsächsischen Rechtsordnungen. Das *common law* qualifiziert die streikweise Arbeitsniederlegung ohne vorherige Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch heute noch als Vertragsbruch; auch die statutes, die auf den Streik Bezug nehmen, ändern daran nichts. Die Streikenden und ihre Gewerkschaft werden in Großbritannien vor zivilrechtlichen Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüchen nicht durch ein Streikrecht des einzelnen Arbeitnehmers oder seiner Gewerkschaft geschützt, sondern durch einzelne, vom Parlament gewährte „Privilegien“, bei denen der Gesetzgeber zugleich den Umfang der privilegierten Handlungen detailliert beschreibt. Bestimmte Handlungen werden vom Parlament zum Beispiel als „unter dem Gesichtspunkt eines Delikts nicht klagbar“ (*not actionable in tort*) privilegiert.

In *Deutschland* hat der Große Senat des BAG in seinem grundlegenden Beschluss vom 28.1.1955 „eine Neuorientierung des Arbeitskampfrechts in Eigenregie vorgenommen“. Der deutsche Gesetzgeber gab dem Richterrecht erst später und nur indirekt seinen Segen, nämlich durch die Notstandsgesetzgebung in Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG.

In *Großbritannien* entwickelten die Gerichte fallweise bestimmte, eher streikunfreundliche Rechtssätze, die im Interesse der Streikfreiheit „von Zeit zu Zeit vom Gesetzgeber durch die Gewährung von Privilegien und Immunitäten in kasuistischer Weise durchlöchert und von der Wissenschaft katalogisiert“ wurden. Die Weiterentwicklung des Arbeitskampfrechts in Großbritannien besorgt auf diese Weise der Gesetzgeber, wohingegen in Deutschland der Richter – unter Duldung des Gesetzgebers – der Hauptgestalter ist. Es ergibt sich der paradoxe Befund, dass im *common law*-System Großbritanniens das Parlament das Arbeitskampfrecht prägt, während in der – meist als Kodifikationssystem apostrophierten – deutschen Rechtsordnung der Richter dieses Rechtsgebiet gestaltet.

### 3. Gebot der Verhältnismäßigkeit

In Deutschland steht das aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG hergeleitete Streikrecht im Prinzip unter der Herrschaft des Verhältnismäßigkeitsgebots und seiner schärfsten Ausprägung, des *ultima ratio*-Prinzips: Der gewerkschaftliche Streik ist – so der Große Senat des BAG im Jahr 1971 – das letzte mögliche Mittel (*ultima ratio*), das nur „nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten“ in Betracht komme. Aber was bedeutet das *ultima ratio*-Prinzip in der Praxis? Behindert es die deutschen Gewerkschaften in ihrer koalitionsmäßigen Betätigung?

*Rebhahn* ist vor zehn Jahren in einer rechtsvergleichenden Untersuchung zu dem Schluss gekommen, das *ultima ratio*-Postulat habe in Deutschland nur geringe praktische Bedeutung. Auch *Franzen* stellt fest, dass dem *ultima ratio*-Prinzip in Deutschland keine besondere praktische Bedeutung mehr zukomme, seit das BAG den Gewerkschaften die Einschätzungsprärogative im Hinblick auf die Ausschöpfung der Verhandlungsmöglichkeiten zugebilligt hat. Indessen belegt schon die *schweizerische Praxis*, dass die Gerichte

sehr wohl die Ausschöpfung der Verhandlungsmöglichkeiten wertend feststellen können, ohne in die Tarifautonomie einzugreifen oder gar eine Zensur des angestrebten Tarifvertrags (in der Schweiz: „Gesamtarbeitsvertrags“) vorzunehmen.

### **III. Mittel des Arbeitskampfs**

Vor dem Hintergrund der „Flash Mob“-Entscheidung des BAG ist die Frage nach der freien Wahl der Arbeitskampfmittel von der Peripherie in das Zentrum arbeitskampfrechtlicher Diskussionen gerückt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zählen zu den geschützten Mitteln des Arbeitskampfs jedenfalls diejenigen, die erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Die Frage, ob jenseits der herkömmlichen Kampfmittel Streik und Aussperrung – und des in der Seeschifffahrt unerlässlichen Kampfmittels „Boykott von Schiffen in Häfen“ – eine Freiheit der Kampfmittelwahl existiert, ist eine rechtspolitisch und rechtsdogmatisch eminent wichtige Frage.

#### **1. Zulässigkeit tertiärer Kampfmittel**

Bezeichnen wir, der Rechtswirklichkeit entsprechend, den Streik als das *primäre* und die Aussperrung als das – in manchen Rechtsordnungen mehr geduldet als explizit zugelassene – *sekundäre* Kampfmittel, stellt sich die Frage nach der Zulassung weiterer, *tertiärer* Arbeitskampfmittel. Insoweit sind der Fantasie der Arbeitnehmer, wie die „Flash Mob“-Fälle zeigen, keine Grenzen gesetzt.

#### **2. Erlaubte Intensität von Streiks**

Die Auseinandersetzung um die funktionalen Grenzen des Arbeitskampfs richtet sich in *Großbritannien* weniger auf die Kreation neuer Kampfmittel als vielmehr auf die Intensität des Kampfmittels „Streik“, wobei das *picketing* – mit „Streikpostenstehen“ nur unzureichend übersetzt – in der Dogmatik des angelsächsischen Arbeitskampfrechts eine herausragende Rolle spielt. Das Verhalten der Streikenden gegenüber den Arbeitswilligen ist unter dem Stichwort des *peaceful picketing* Gegenstand ungezählter Gerichtsentscheidungen.

### 3. Grenzüberschreitende Boykottmaßnahmen

Rechtsvergleichend interessant ist schließlich der Boykott, weil er zu den wenigen Arbeitskampfmaßnahmen zählt, bei denen häufiger ein ausländisches Element (oder sogar eine grenzüberschreitende Aktion) vorkommt. Ein Beispiel ist ein Fall, den der EuGH in einem Streit über die internationale Deliktzuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 der sog. Brüssel I-Verordnung zu entscheiden hatte:

Eine dänische Gewerkschaft hatte zu kollektiven Maßnahmen gegen den Verband dänischer Reeder aufgerufen, um ihrer Forderung nach einer Erstreckung des dänischen Tarifvertrags auf die polnische Besatzung eines unter dänischer Flagge für ein Mitglied des dänischen Reederverbands fahrenden Frachtschiffs Nachdruck zu verleihen. Das Schiff war im Linienverkehr zwischen Göteborg (Schweden) und Harwich (Großbritannien) eingesetzt. In Erfüllung des dänischen Aufrufs forderte die schwedische Transportarbeitergewerkschaft ihre Mitglieder auf, jede Arbeit in Bezug auf das Frachtschiff abzulehnen und die Be- und Entladung des Schiffes in schwedischen Häfen zu verhindern.

## IV. Ziele des Arbeitskampfs

### 1. Tarifbezug des Arbeitskampfs

In Deutschland ist die Frage, ob ein wirtschaftliches Ziel – die Verbesserung der Arbeitsbedingungen – angestrebt wird, keine Frage des *Streikbegriffs*, sondern eine Frage der *Rechtmäßigkeit des Streiks*. In anderen Staaten gehören hingegen bestimmte Zielsetzungen schon zum Begriff des Streiks. So ist in *Frankreich* ein Streik, der nicht um wirtschaftliche Ziele (*revendication professionnelle*) geführt wird, bereits begrifflich kein Streik (*grève*) im Sinne der verfassungsrechtlichen Gewährleistung. Manche Fälle, in denen das deutsche Recht die Rechtswidrigkeit eines Streiks daraus ableitet, dass er nicht in einen Tarifvertrag münden soll, werden daher in Frankreich bereits aus dem Begriff des Streiks ausgeklammert.

### 2. Grenzen von Unterstützungskämpfen

Eine Randzone des notwendigen Tarifbezugs sind Unterstützungsarbeitskämpfe, die in Deutschland als Sympathiestreiks praktisch werden. Die europarechtliche Dimension der Problematik ist ebenso bekannt wie die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach auch der Sympathiestreik dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz unterfällt und seine Rechtmäßigkeit von der Angemessenheit im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips abhängt.

Im Ausland ist die Rechtslage in Bezug auf den Sympathiestreik „vielgestaltig und unübersichtlich“. Ganz ohne ausländische Parallele ist die Rechtsprechung des BAG

indessen nicht. Auch das dänische Recht unterstellt „Sympathiemaßnahmen“ einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der es ebenfalls darauf ankommt, ob die Gewerkschaft eigennützige oder fremdnützige Sympathie zeigt und ob eine Nähebeziehung zwischen den betroffenen Arbeitgebern gegeben ist.

In Großbritannien ereignet sich der Unterstützungskampf traditionell in Form des *secondary boycott*, bei dem sich Arbeitnehmer außerhalb des umkämpften Tarifgebiets weigern, für bestreikte Unternehmen Produkte herzustellen, weiterzuverarbeiten oder zu transportieren. Solche *secondary actions* sind in den letzten Jahrzehnten Schritt für Schritt zurückgedrängt worden und heute durch die Beschränkung des *trade dispute* auf bestimmte Streitgegenstände weitgehend verboten.

### **3. Streikziel und Übermaßverbot**

Auch wenn das (erlaubte) Kampfziel mit einem milderen Mittel nicht erreicht werden kann, ist nach verbreiteter Ansicht der Arbeitskampf unzulässig, soweit die mit dem Kampf unvermeidlich verbundene Schädigung des Gegners oder unbeteiligter Dritter zu dem Kampfziel in einem unerträglichen Missverhältnis stehen, der die „Grenze des Zumutbaren“ (BVerfG) überschreitet (Übermaßverbot). Während das Übermaßverbot in Deutschland als „letztes Auffangnetz“ nur für Extremfälle wie einen gezielten Vernichtungskampf befürwortet wird und in der Rechtsprechung des BAG keine praktische Rolle spielt, scheint die Schwelle in anderen Mitgliedstaaten – zwar nicht durchgängig, aber zumindest fallweise – niedriger zu liegen. So haben die Vereinigten Kammern des französischen Kassationshofs einen Streik wegen Unverhältnismäßigkeit von Streikziel und Schaden als rechtsmissbräuchlich angesehen, als die Piloten zweier Fluggesellschaften während der Ferienzeit mit der Forderung in den Ausstand getreten waren, entgegen dem technischen Fortschritt und neuer rechtlicher Regelungen das Cockpit weiterhin mit drei Personen (Pilot, Copilot und Bordingenieur) zu besetzen. Auch in Spanien hat der Verfassungsgerichtshof wiederholt Streiks für rechtsmissbräuchlich erklärt, in denen der Schaden – gemessen an dem erstrebten Ziel – als unverhältnismäßig hoch angesehen wurde.

