



Neues Arbeitskampfrecht?

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen

Band 18

Volker Rieble, Abbo Junker und Richard Giesen
(Herausgeber)

Neues Arbeitskampfrecht?

7. ZAAR-Kongress
München, 7. Mai 2010



ZAAR Verlag München 2010

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2010 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-12-1

Vorwort

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.

München, Mai 2010

Professor Dr. Martin Franzen

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Hansjörg Otto</i>	
Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeits- kampf?	15
Diskussion	53
 <i>Jens Kersten</i>	
Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – Zugleich ein Beitrag zur „Governance der Schwärme“	61
Diskussion	85
 <i>Richard Giesen</i>	
Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampftrisikos....	95
Diskussion	117
 <i>Steffen Klumpp</i>	
Kampfxzess und Veranstalterverantwortung (Arbeitskampfcompliance)	129
Diskussion	149

Abbo Junker

Entwicklung des Arbeitskampfrechts in Europa	155
Diskussion	179
Diskussionsteilnehmer	183
Sachregister	185

Autoren

Giesen, Richard, Dr. iur., ordentlicher Professor für Sozialrecht, Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Junker, Abbo, Dr. iur., ordentlicher Professor für (Internationales) Arbeitsrecht, Arbeitsrechtsvergleichung und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München und Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Kersten, Jens, Dr. iur., ordentlicher Professor für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Klumpp, Steffen, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht am Institut für Wirtschafts- und Arbeitsrecht der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Otto, Hansjörg, Dr. iur., emeritierter ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht am Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	BAGE.....	Entscheidungen des Bundes- arbeitsgerichts
a.D.	außer Dienst	BAG GS.....	Großer Senat des Bundesarbeits- gerichts
a.E.	am Ende	BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AEUV.....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	Bd.	Band, Bände
AFG	Arbeits- förderungsgesetz	BeckRS	Beck- Rechtsprechung
Alt.....	Alternative	Bekl.	Beklagte(r)
Anm.....	Anmerkung	BG.....	Schweizerisches Bundesgericht
AP.....	Arbeitsrechtliche Praxis	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
ArbRAktuell ...	Arbeitsrecht Aktuelle (Zeit- schrift)	BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
ArbG	Arbeitsgericht	BGH.....	Bundesgerichts- hof
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	BGH	Bundesgerichts- hof
AR-Blattei.....	Arbeitsrechts- Blattei (Loseblatt- sammlung)	BGHZ.....	Entscheidungen des Bundes- gerichtshofs in Zivilsachen
ArbRB.....	Der Arbeits- Rechts-Berater (Zeitschrift)	BSG.....	Bundessozial- gericht
Art.	Artikel	BVerfG.....	Bundesverfas- sungsgericht
AuA.....	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)	BVerfGE	Entscheidungen des Bundes- verfassungs- gerichts
AUB	Arbeitsgemein- schaft Un- abhängiger Be- triebsräte	BZ	Berliner Zeitung
AÜG.....	Arbeitnehmer- über- lassungsgesetz	ca.	circa
Aufl.....	Auflage	DB.....	Der Betrieb (Zeit- schrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)	ders.....	derselbe
BAG	Bundesarbeits- gericht	EG.....	Europäische Ge- meinschaft

EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	jurisPR-ArbR .	Juris-PraxisReport Arbeitsrecht
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
etc.	et cetera	JZ	Juristenzeitung
EU	Europäische Union	Kl.....	Kläger, Klägerin
EuGH	Europäischer Gerichtshof	LAG	Landesarbeitsgericht
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht	LAGE.....	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
EWiR.....	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)	LG	Landgericht
EzA.....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	LKV	Landes- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
f., ff.....	folgende	LKW	Lastkraftwagen
FA.....	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)	NJ.....	Neue Justiz (Zeitschrift)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
GG	Grundgesetz	Nr.	Nummer, Nummern
HDE	Hauptverband des Deutschen Einzelhandels	NStZ-RR.....	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport
Hrsg.	Herausgeber	NZA.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
IG	Industriegewerkschaft	NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport
ILO.....	International Labour Organization	NZG.....	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
JA.....	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)	OT	ohne Tarifbindung
JbArbR.....	Jahrbuch des Arbeitsrechts		
JURA.....	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)		

RabelsZ.....	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht	ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)	vgl.	vergleiche
RG	Reichsgericht	VO	Verordnung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen	WASG	Wahlalternative Arbeit und soziale Gerechtigkeit
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)	ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Rn.....	Randnummer, Randnummern	ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
S.	siehe; Seite, Seiten	ZTR.....	Zeitschrift für Tarifrecht
SAE.....	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)		
SGB.....	Sozialgesetzbuch		
Slg.....	Amtliche Sammlung		
SMS	Short Message Service		
StGB	Strafgesetzbuch		
SZ	Süddeutsche Zeitung		
taz.....	Tageszeitung		
TVG	Tarifvertragsgesetz		
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder		
US.....	United States		
USA	United States of America		
v.....	versus		

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

Hansjörg Otto

Seite

I. Vorbemerkung	17
II. Wegmarken der Rechtsprechungsentwicklung	18
III. Der neue Prüfungskanon für die Bewertung von Arbeitskampf- mitteln der Gewerkschaften	22
1. Das Verständnis der koalitionspezifischen Betätigung im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG	22
2. Die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch die Rechtsordnung	23
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentraler Maßstab für die Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen	23
4. Die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften hin- sichtlich Eignung und Erforderlichkeit des Kampfmittels	24
5. Zusammenfassung	24
IV. Kritische Würdigung	25
1. Der Allgemeine Teil der neuen Arbeitskampfordnung	25
a) Das allzu weite Verständnis des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG	25
b) Die mangelnde Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch den „Ersatzgesetzgeber“	27
c) Die Überforderung des Verhältnismäßigkeitsgrund- satzes	30
d) Die Geringschätzung der Unterschiede zum typischen Erzwingungsstreik	33
e) Konsequenzen für die Beurteilung der Aussperrung und ihrer Varianten?	34
2. Der Besondere Teil der neuen Arbeitskampfordnung	35
a) Unterstützungsstreik	35
[1] Unterstützung fremder Gewerkschaften	35
[2] Verneinung jeder Friedens- oder Schutzpflicht zu- gunsten des betroffenen Unternehmens	36
[3] Angemessenheitskontrolle	38

b) Flash mob-Aktion	39
[1] Die verfehlte Vergabe des Etiketts „friedlich“	39
[a] Verletzung von Pflichten aus Arbeitsvertrag beziehungsweise aus sozialem Kontakt	40
[b] Eigentums- und Besitzstörung	42
[c] Sittenwidrige Schädigung	44
[d] Nähe zu Betriebsblockade und Betriebs- besetzung	45
[2] Minimale Anforderungen an die Ankündigung der Kampfmaßnahme und deren Organisation trotz der Beteiligung beliebiger Dritter	46
[3] Angebliche Abwehrmöglichkeiten	46
[a] Hausverbot	46
[b] Betriebsschließung	47
V. Kollektive Arbeitsbeziehungen im sozialen Rechtsstaat Deutsch- land	48
VI. Thesen	51
Diskussion	53

I. Vorbemerkung

Den Vortrag für den 7. ZAAR-Kongress habe ich Mitte November 2009 besonders gern und spontan übernommen. So konnte ich sicher sein, dass meine Bedenken gegen die neue Tendenz im Arbeitskampfrecht Gehör finden, während man nie weiß, ob ein Buch oder Beitrag gelesen wird.

Die Pressemitteilung Nr. 95/09 des BAG vom 22.9. 2009 über den Ausgang des *flash mob*-Verfahrens hatte mich nachhaltig irritiert, so sicher war ich vorher, dass der Erste Senat des BAG das Urteil des LAG Berlin-Brandenburg¹ und vor allem dessen Begründung nicht unbeanstandet lassen würde. Beruhigende Hinweise von Fachkollegen auf die noch ausstehenden Entscheidungsgründe wurden mit deren Lektüre tief enttäuscht². Nun zeigte sich in der Tat, dass das BAG mit seinem Urteil zum Unterstützungstreik im Jahr 2007³ eine wesentliche Akzentverschiebung bei der richterlichen Kontrolle von Arbeitskampfmaßnahmen vor-

-
- 1 LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08, NZA-RR 2009, 149 ff.; zustimmend *Decruppe*, jurisPR-ArbR 1/2009 Anmerkung 1. Vorinstanz ArbG Berlin 1.4. 2008 – 34 Ca 2402/08, juris; dazu ablehnend *Rieble*, Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796 ff.
 - 2 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit ablehnender Anmerkung von *Willemsen/Mehrens* = NZA 2009, 1347 ff. = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 143 mit kritischer und das Ergebnis ablehnender Anmerkung von *Greiner* (Licht und Schatten) = JZ 2010, 254 ff. mit ablehnender Anmerkung von *Rüthers/Höpfner* = SAE 2010, 42 ff. = NJW 2010, 631 ff. mit ablehnender Anmerkung *Brötzmann* = BB 2010, 379 ff. mit ablehnender Anmerkung *Simon/Greßlin*; zustimmend *Reichold*, in: juris PraxisKommentar zum BGB (jurisPK-BGB), Bd. 2, 4. Aufl., Stand 18.1. 2010, § 826 Rn. 16.1; ablehnend *Fuhlrott/Fabritius*, EWiR Art. 9 GG 1/2010, 51; *Krieger/Günther*, Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt!?, NZA 2010, 20 ff.; *Maaß*, Flashmob im Arbeitskampf – eine Neuordnung des Kräftegleichgewichts?, ArbRAktuell 2009, 151; *Rieht*, „Flashmob“, ein Arbeitskampfmittel?, SAE 2010, 37 ff.; *Rüthers*, Arbeitskampf in einer veränderten Wirtschafts- und Arbeitswelt, NZA 2010, 6, 12 f.; *Säcker*, Von der offenen Arbeitseinstellung zur verdeckten Betriebsblockade – Der Arbeitskampf im Wandel zum Partisanenkampf, NJW 2010, 1115 ff.; *Säcker/Mohr*, Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, JZ 2010, 440 ff.; *Schmitt-Rolfes*, Arbeitsrichter auf Abwegen, AuA 2009, 631; *Schwarze*, Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ im Einzelhandel – Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JA 2010, 468, 470.
 - 3 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit kritischer Anmerkung *Wank* = NZA 2007, 1055 ff. = JZ 2008, 97 ff. mit ablehnender Anmerkung *Junker* = SAE 2008, 9 ff., und dazu *Konzen*, Die erweiterte Zulassung des Unterstützungstreiks, SAE 2008, 1 ff.

genommen hatte. Ursprünglich hatte mich das Ergebnis als solches angesichts des konkreten Sachverhalts noch nicht beunruhigt⁴. Die vom Streik betroffene Klägerin druckt unter anderem die Zeitung für ein zum selben Konzern gehörendes Verlagsunternehmen. Erst infolge der zum Teil heftigen Reaktionen im Schrifttum⁵ wurde mir die mögliche Tragweite der nicht nur in meinen Augen unnötigen *obiter dicta* voll bewusst.

II. Wegmarken der Rechtsprechungsentwicklung

Angesichts des Vortragstitels „Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeitskampf?“ ist zunächst die Vorgeschichte zu beleuchten. Denn naturgemäß verdienen zwei Entscheidungen bei isolierter Betrachtung noch nicht die Bezeichnung „Weg“. Erst im Rückblick und in der Zusammenschau wird deutlich, dass das BAG – verbindet man die Punkte – seit 1971 eine neue Richtung eingeschlagen hat.

1971 bezeichnete der Große Senat des BAG den Arbeitskampf generell als „ultima ratio“⁶ und leitete hieraus vor allem ab, dass der Aussperrung –

4 Otto, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2008, Rn. 769.

5 Erläuternd *Kreft*, Zur Zulässigkeit von Unterstützungstreiks, BB-Special 4/2008 zu Heft 14, 11 ff.; zustimmend *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 10. Aufl., Art. 9 GG Rn. 121 und 130a; *Hayen/Ebert*, Zulässigkeit von Unterstützungstreiks: Aktuelle Rechtsprechung im Spiegel völkerrechtlicher und rechtsvergleichender Betrachtungen, AuR 2008, 19 ff.; *Sunnus*, Arbeitskampfrecht in Bewegung?: Alte Begriffe und neue Rechtsprechung,, AuR 2008, 1, 4 ff. – Ablehnend *Bieder*, Paradigmenwechsel im Arbeitskampf: Neue Bezugspunkte für die Verhältnismäßigkeitskontrolle von Sympthiestreiks, NZA 2008, 799 ff.; *Buchner*, „Arbeitskampfrecht im Wandel“. Zunehmender Verzicht auf Strukturierung des Richterrechts, Festschrift Hromadka, 2008, S. 39, 41 ff.; *Hohenstatt/Schramm*, Erneute Erweiterung des Kampffarsenals: Zulässigkeit von Unterstützungstreiks, NZA 2007, 1034 ff.; *Kerwer*, Von Lokführern, solidarischen Druckern und Nürnberger Haushaltsgeräten: Neue Tendenzen im Arbeitskampfrecht, EuZA 1 (2008), 335, 342 ff.; *Konzen*, SAE 2008, 1, 4 ff.; *Reinartz/Olbertz*, Der Arbeitskampf im Ungleichgewicht: Rechtmäßigkeit des Unterstützungstreiks?, DB 2008, 814 ff.; *Rieble*, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506 ff., 1513 ff.; *Schwarze*, Rechtmäßigkeit eines Unterstützungstreiks, JA, 2008, 651, 652; jetzt auch *Rüthers*, NZA 2010, 6, 12; *Benecke*, Die Arbeitskampffreiheit in der Rechtsprechung des BAG, Festschrift Buchner, 2009, S. 96, 102 f.; *Schlochauer*, Der Sympathie-, Solidaritäts-, Unterstützungstreik, Festschrift Buchner, 2009, S. 810, 814 ff.; *Wisskirchen*, Über Veränderungen im Tarifrecht und in der tariflichen Praxis, Festschrift Buchner, 2009, S. 984, 987 f.; *Schliemann*, Streikkaskaden in der Daseinsvorsorge, Festschrift Bauer, 2010, S. 923, 937.

6 BAG GS 21.4.1971 – GS 1/68, unter Teil III A 2 a, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = SAE 1972, 1 ff. mit Anmerkung *Richardt*.

wie dem Streik – grundsätzlich nur eine suspendierende Wirkung zukomme. Auf der denkwürdigen Veranstaltung der IG Metall 1973 zum Thema „Streik und Aussperrung“ ebenfalls hier in München kritisierte *Däubler* „Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts“ vor allem mit Blick auf die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit mit großer Schärfe⁷. Stand die Kompassnadel des BAG damals für *Däubler* auf „sozialkonservativ“ unter vorrangiger Wahrung der Interessen der Arbeitgeber⁸, würde man gerne wissen, wie der junge *Däubler* ihren heutigen Stand beschrieben hätte: vielleicht als „sozialprogressiv“? Nicht bewahrheitet hat sich jedenfalls die These, dass – so wörtlich – „jede ‚Umpolung‘ der Rechtsprechung“ unabdingbar die Veränderung des Kräfteverhältnisses von Kapital und Arbeit voraussetzt⁹.

1980 erweiterte das BAG den Handlungsspielraum der Gewerkschaften durch die Begrenzung der Abwehraussperrung nach Maßgabe der Dauer und der Zahl der Betroffenen¹⁰, ergänzt um das kaum nachvollziehbare Verbot der selektiven Aussperrung¹¹. Damit ich nicht missverstanden werde: Gegen einen rechtsmissbräuchlichen Einsatz der Aussperrung habe ich mich auch ausgesprochen, frage mich allerdings nach wie vor, ob dieser Vorwurf schon an dem Aufruf zur Aussperrung gemessen werden kann¹². Immerhin konnte diese Grenzziehung zulasten der Arbeitgeberseite noch als ein neuer Aspekt der „*ultima ratio*“ verstanden werden.

Auf die durchaus verständliche Zulassung eines Warnstreiks in einem besonders gelagerten Einzelfall¹³ und die von mir gebilligte generelle Anerkennung des Warnstreiks als vom Großen Senat des BAG noch nicht berücksichtigtes *eigenständiges Kampfmittel* im Jahr 1984¹⁴ folgte dann

7 *Däubler*, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, in: Kittner (Hrsg.), Streik und Aussperrung, Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13. bis 15. September 1973 in München, o.J., S. 411, 431 ff.; dazu *Otto*, Diskussionsbeitrag, in: Kittner, ebenda, S. 531 ff.

8 *Däubler*, in: Kittner (Fn. 7), S. 510, 512 f.

9 *Däubler*, in: Kittner (Fn. 7), S. 513. Siehe auch *Kempfen*, Zeitgenössisches zu den Auswirkungen der „68er-Bewegung“ auf das Arbeitsrecht, Liber amicorum Wendeling-Schröder, 2009, S. 215, 220 f., 222 ff.

10 BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 168/79, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; dazu *Otto*, Die Aussperrung im Licht der Urteile des BAG aus dem Jahre 1980, RdA 1981, 285 ff.

11 BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 331/79, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

12 BAG 12.3. 1985 – 1 AZR 636/82, Leitsatz 2, AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1985, 537 ff.

13 BAG 17.12. 1976 – 1 AZR 605/75, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anmerkung *Rüthers* = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 19 mit Anmerkung *Otto*.

14 BAG 12.9. 1984 – 1 AZR 342/83, AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1984, 393 ff. = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 54 mit Anmerkung *Seiter*.

1988 die Absage an spezifische Schranken durch die grundsätzliche Gleichsetzung von Warn- und Erzwingungsstreik¹⁵. Allerdings mit einer erstaunlichen Deutung: Es handele sich gar nicht um eine privilegierte Kampfform, deshalb gelte das „*ultima ratio*-Prinzip“ ebenfalls. Zugleich wurde das Prinzip abgewertet. Es unterliegt seitdem der Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften, ob die Verhandlungen gescheitert sind, und diese gelten als gescheitert, wenn zum Streik aufgerufen wird, selbst wenn der nächste Verhandlungstermin schon vereinbart ist¹⁶ – wie zuletzt bei der Tarifauseinandersetzung im Öffentlichen Dienst Anfang des Jahres praktiziert.

1992 nahm das BAG sodann eine in meinen Augen allzu enge Begrenzung der Warnaussperrung trotz vorangehender Streikaktionen vor¹⁷, obwohl es zwischenzeitlich Bedenken gegen die 1980 postulierte Zahlenarithmetik geäußert hatte¹⁸.

Mit der „Entdeckung“ der suspendierenden Betriebsstilllegung im Jahr 1994 wurde angeblich die Arbeitgeberseite entlastet, weil diese die Arbeitswilligen trotz bestehender Arbeitsmöglichkeit ohne Abwehraussperrung von der Arbeitspflicht freistellt und zugleich die Vergütungspflicht ruhen lässt¹⁹. In der Realität wird damit wohl überwiegend der Druck auf die Arbeitgeberseite erhöht, Notdienstvereinbarungen abzuschließen und von dem Einsatz Arbeitswilliger Abstand zu nehmen. Wenige Monate zuvor hatte der Senat noch anders entschieden²⁰.

2003 wurde der Streik gegen den Arbeitgeber-Außenseiter trotz dynamischer Verweisung auf einschlägige Verbandstarifverträge für zu-

-
- 15 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86, AP Nr. 109 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1988, 846 ff. = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75 mit nur insoweit zustimmender Anmerkung von *Konzen*. Dazu *Otto*, in: Lieb/von Stebut/Zöllner (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Symposium Hugo Seiter zum Gedächtnis, 1990, S. 46 ff.
- 16 Den Leerlauf billigend *Dieterich*, in: ErfK (Fn. 4), Art. 9 GG Rn. 132 und 133. Wohltuend demgegenüber ArbG Kiel 18.5. 2009 – 4 Ga 23b/09, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 83a.
- 17 BAG 11.8. 1992 – 1 AZR 103/92, AP Nr. 124 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 105 mit hinsichtlich der konkreten Fallgestaltung kritischer Anmerkung *Otto*.
- 18 BAG 7.6. 1988 – 1 AZR 597/86, unter II 1, AP Nr. 107 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
- 19 BAG 22.3. 1994 – 1 AZR 622/93, AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1994, 1097 ff.
- 20 BAG 14.12. 1993 – 1 AZR 550/93, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

lässig erklärt²¹, diesen halte ich allerdings nur für rechtmäßig, wenn die Gewerkschaft zuvor auf Verhandlungen mit einer hinreichend klaren Tarifforderung bestanden hatte²².

Die letzten Wegmarken bilden nun die beiden ausführlich zu erörternden Entscheidungen. Auf die generelle Anerkennung des *Unterstützungsstreiks* im Jahr 2007 folgte 2009 als zugelassenes neues Kampfmittel die vom BAG als „friedlich“ bezeichnete, streikbegleitende *flash mob*-Aktion.

Dabei ist nicht zu übersehen, dass sich der Erste Senat des BAG immer wieder auf *Thomas Dieterich* als Kronzeugen unmittelbar²³ oder mittelbar durch den Hinweis auf die von ihm beeinflussten oder gar geprägten richterlichen Erkenntnisse beruft²⁴. Dies verwundert nicht, ist *Dieterich* doch eine herausragende Richterpersönlichkeit mit großer Überzeugungskraft und Ausstrahlung. Er war nicht nur als Richter an den Urteilen des BAG zur Abwehraussperrung (1980) und Betriebsstilllegung (1994) maßgeblich beteiligt, sondern auch an der verfassungsrechtlichen Anerkennung der Abwehraussperrung durch das BVerfG²⁵ im Jahr 1991. Darüber hinaus ist er als Autor stets präsent, insbesondere mit seiner Kommentierung des Arbeitskampfrechts im Erfurter Kommentar²⁶. Dort heißt es geradezu *programmatisch*:

„Einerseits muss die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes wegen des erheblichen Aufwands und der weitreichenden Folgen vorhersehbar sein. Wäre die Rechtmäßigkeit nur nachträglich im Prozesswege zu klären, würden Arbeitskämpfe praktisch undurchführbar. Andererseits lässt sich die soziale Sprengkraft nicht in ein rechtliches Korsett zwingen. Das wäre auch kontraproduktiv. Würde der Arbeitskampf zu einem *rechtsgeleiteten Ritual* (Hervorhebung vom Verfasser), ginge das Druckpotenzial hypothetischer Arbeitskämpfe verloren. Arbeitskämpfe würden nicht vermieden, sondern bei brisanten Themen und sozialen Spannungen zur Pflichtübung der Verbände.“

-
- 21 BAG 18.2. 2003 – 1 AZR 142/02, AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit kritischer Anmerkung *Thüsing* = NZA 2003, 866 ff. = EzA Art. 9 GG Nr. 135 mit scharf ablehnender Anmerkung *Rieble*.
- 22 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 7 Rn. 21.
- 23 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 21, 23, 25, 34, 46, und zwar auf *Dieterich*, in: ErfK, 7. Aufl. 2007, Art. 9 GG Rn. 128, 123 ff. und 116 (siehe 10. Aufl. [Fn. 5], Rn. 144, 129 ff., 120 f.); BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 46, 60, nämlich auf *Dieterich*, in: ErfK, 9. Aufl. 2009, Art. 9 GG Rn. 131, 220 (10. Aufl. [Fn. 5] unverändert).
- 24 Vgl. auch *Kempfen*, Liber amicorum Wendeling-Schröder, 2009, S. 224 f.
- 25 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 ff. = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1991, 809 ff. Vorgehend BAG 12.3. 1985 – 1 AZR 636/82 (Fn. 12).
- 26 Zuletzt *Dieterich*, in: ErfK (Fn. 5), Art. 9 GG Rn. 94 ff.

Freilich: Die neuen Kampfmittel wurden ganz real eingesetzt und ihre Anerkennung verändert nicht nur hypothetisch, sondern ganz real das potenzielle Arsenal der Gewerkschaften.

III. Der neue Prüfungskanon für die Bewertung von Arbeitskämpfungsmitteln der Gewerkschaften

Bisher war lediglich der gewerkschaftliche Streik zur Durchsetzung rechtmäßiger Tarifforderungen zugunsten der potenziell am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmer als *allgemein erforderliches Kampfmittel* der Arbeitnehmerseite anerkannt²⁷. Nunmehr hat das BAG den Unterstützungstreik und damit den Arbeitskampf für *fremdnützige Tarifforderungen* im Grundsatz für rechtmäßig erklärt. Bestand die Kampfmaßnahme beim Streik bislang in der kollektiven Niederlegung der Arbeit²⁸, so gestattet das BAG jetzt jedenfalls als Annex die *Betriebsstörung* in Form des *flash mobs*. Gemeint ist damit das – mit den Tarifforderungen motivierte – organisierte Betreten von Betrieben durch Arbeitnehmer oder Dritte, die Entnahme von Waren aus den Regalen und das Befüllen von Einkaufswagen ohne Kaufabsicht, die Blockade von Kassen durch eine Vielzahl von Minieinkäufen oder deren Bezahlung durch Cent-Beträge.

Beide Urteile weisen bei einer Synopse viele *gemeinsame Bausteine* auf, die aus Sicht des BAG die Neuerungen rechtfertigen:

1. Das Verständnis der koalitionspezifischen Betätigung im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG

Nach Auffassung des BAG erstreckt sich die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigungsfreiheit auf alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen²⁹. Dabei setzt es jedes Verhalten, das in der realen Lebenswelt nach dem äußeren Erscheinungsbild einen Bezug zur Tarifautonomie und deren Funktion hat, mit der entsprechenden verfassungsrechtlichen Einordnung gleich. Die Orientierung an dem realen Geschehen kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Beurteilung eines Verhaltens als koalitionspezifisch „sich grundsätzlich nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel“³⁰ richten soll. Es wird weder gefragt, ob die Versagung des Kampfmittels überhaupt den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit wirklich berührt, noch ob diese bei

27 Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 4 Rn. 31, § 5 Rn. 2; Rütters, NZA 2010, 6, 7.

28 Rieble, NZA 2008, 796, 797.

29 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Orientierungssatz 1 Satz 1; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Orientierungssatz 5 Satz 1.

30 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Orientierungssatz 7.

einer Verneinung der Gewährleistung in verfassungswidriger Weise beeinträchtigt wäre. Stattdessen stellt das BAG nur fest, dass auch der Unterstützungstreik vom Grundrechtsschutz umfasst ist³¹. Hieran schließt das *flash mob*-Urteil nahtlos an³²:

„Dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterfällt nicht nur ein historisch gewachsener, abschließender *numerus clausus* von Arbeitskampfmaßnahmen. 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.“

2. Die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch die Rechtsordnung

Nach der uneingeschränkten Bejahung des Grundrechtsschutzes betont das BAG zwar die Notwendigkeit der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch die Gerichte, solange gesetzliche Regelungen fehlten³³. Es ist aber nicht erkennbar, dass das BAG den Gestaltungsspielraum wirklich nutzt, um die kollidierenden Interessen der Beteiligten und die Belange des Gemeinwohls zu einem Ausgleich zu bringen.

3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentraler Maßstab für die Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen

Stattdessen bezeichnet das BAG den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als maßgeblich³⁴. Dieser erweist sich faktisch als zusätzliche Rechtfertigung der grundsätzlichen Anerkennung von Unterstützungstreik und *flash mob*-Aktion, weil das BAG sogleich nach der Rechtswidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen fragt. Rechtswidrig sei eine Arbeitskampfmaßnahme nur, wenn sie bezogen auf das Kampfziel offensichtlich ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder unangemessen sei³⁵. Mit anderen Worten: Ein verhältnismäßiges Kampfmittel ist zugleich ein zulässiges Kampfmittel.

31 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Orientierungssatz 1 Satz 2 und Orientierungssatz 5.

32 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Orientierungssatz 6.

33 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Orientierungssatz 3; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Orientierungssatz 9.

34 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 22; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 41.

35 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Orientierungssatz 5 Satz 1; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Orientierungssatz 10.

4. Die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaften hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit des Kampfmittels

Damit nicht genug: Das BAG billigt den Gewerkschaften zudem eine Einschätzungsprärogative bei der Prüfung zu, ob eine Kampfmaßnahme geeignet und erforderlich ist³⁶. Dies bedeutet im Klartext, dass eine Gewerkschaft eine Arbeitsk Kampfmaßnahme rechtmäßig einsetzt, solange sie nicht selbst zu der Erkenntnis kommen muss, dass das Verhalten offensichtlich ungeeignet beziehungsweise nicht erforderlich ist. Schon bei den ersten beiden Elementen der Verhältnismäßigkeit geht es jedoch stets auch um eine rechtliche Abwägung, die schwerlich einer interessengeleiteten Seite allein gestattet sein kann. Etwas mehr Zurückhaltung legt das BAG nur hinsichtlich der Prüfung der Angemessenheit der Kampfmaßnahme an den Tag, also der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne³⁷. Hier lehnt das BAG zwar selbst eine Einschätzungsprärogative ab, weil es „nicht um die tatsächliche Einschätzung, sondern um eine rechtliche Abwägung“ gehe. Aber selbst diese größere Zurückhaltung wird durch das Argument entwertet, dass es gerade Wesen einer Arbeitsk Kampfmaßnahme sei, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung eines legitimen Ziels auszuüben³⁸. Unverhältnismäßig sei ein Arbeitsk Kampfmittel daher erst, wenn es sich unter Berücksichtigung dieses Zusammenhangs als unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstelle³⁹.

5. Zusammenfassung

Versucht man die Konzeption des BAG in Normen zu fassen, müsste man Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG eigentlich wie folgt lesen: Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet; gewährleistet sind darüber hinaus alle koalitionspezifischen Betätigungen, insbesondere die Tarifautonomie und der Arbeitsk Kampf einschließlich der Wahl der Kampfmittel.

Ergänzend würde die (einfachrechtliche) Arbeitsk Kampfnorm des Ersatzgesetzgebers BAG bestimmen: Für den Arbeitsk Kampf und den Einsatz der Kampfmittel gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Nicht rechtmäßig

36 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Orientierungssatz 5 Satz 2; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 42 und 43; dazu kritisch *Konzen*, SAE 2008, 1, 5 f.; *Rieble*, BB 2008, 1506, 1508; *Rüthers/Höpfner*, Über die Zulässigkeit von Flashmobs als Arbeitsk Kampfmaßnahme, JZ 2010, 261, 263.

37 *Otto*, Arbeitsk Kampfrecht (Fn. 22), § 8 Rn. 3 ff, 40 ff.

38 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 44.

39 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 44 a.E. unter Berufung auf BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 28.

sind nur solche Maßnahmen, die offensichtlich ungeeignet, offensichtlich nicht erforderlich oder deshalb unverhältnismäßig sind, weil sie eine unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstellen. Hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit des Arbeitskampfs und der Kampfmittel zur Durchsetzung tariflicher Ziele steht den Gewerkschaften eine Einschätzungsprärogative zu.

IV. Kritische Würdigung

1. Der Allgemeine Teil der neuen Arbeitskampfordnung

a) Das allzu weite Verständnis des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG

Die verfassungsrechtlichen Erwägungen sind bewusst kurz gehalten, weil Herr Kollege *Kersten* im Anschluss über das Thema „Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit?“ sprechen wird.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG nur von der Koalitionsbildung spricht. Allerdings macht eine Koalition ohne die für ihre Entwicklung und ihre Funktionsfähigkeit notwendigen Mittel keinen Sinn. Deshalb wird die Tarifautonomie mit Recht im Grundsatz als gewährleistet angesehen. Ganz überwiegend wird der Arbeitskampf aber lediglich als Annex der Tarifautonomie behandelt⁴⁰. Schon dies spricht dagegen, die Gewährleistung des Arbeitskampfs und erst recht die Wahl einzelner Kampfmittel auf die gleiche Stufe wie die Werbung um Mitglieder oder die Tarifautonomie zu stellen. Hinzu kommt, dass die Schöpfer des Grundgesetzes bewusst sogar die Aufnahme des „klassischen“ Streikrechts in das Grundgesetz abgelehnt haben, weil sie sich über einen Gesetzesvorbehalt und weitere Details nicht verständigen konnten⁴¹. Vor diesem Hintergrund überrascht es, wenn sich das BAG im Ausgangspunkt für die freie Wahl der Arbeitskampfmittel auf Art. 9 Abs. 3 GG beruft⁴² und dabei die Beteiligung nicht nur betriebsfremder Arbeit-

40 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25); BVerfG 2.3. 1993 – 1 BvR 1213/85, unter II 1, BVerfGE 88, 103, 114 = AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 4 Rn. 1 ff. Siehe auch *Wank*, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter III 1 c im Hinblick auf die Schranken der Arbeitskampffreiheit.

41 *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 2 Rn. 15.

42 Siehe auch *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 443 ff.; *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter II 1 b; *Franzen*, Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, JbArbR 47 (2010), S. 119, 128 f. Anderer Ansicht *Greiner*, EZA Art. 9 GG Arbeitskampf

nehmer, sondern sogar von Nichtarbeitnehmern zulässt. Man fragt sich, ob dann nicht auch die „friedliche“ Betriebsblockade und Betriebsbesetzung demnächst die Weihe als koalitionspezifische Betätigung erhalten müssten.

In Wahrheit bemüht sich der Erste Senat des BAG gar nicht um eine eigenständige Interpretation des Grundgesetzes unter dem Aspekt der freien Wahl der Kampfmittel, sondern setzt Textbausteine aus früheren Entscheidungen des BVerfG und des BAG zusammen. Wenn nun die Kammerentscheidung des BVerfG vom 10.9. 2004 im Zusammenhang mit der Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BAG zum Streik gegen einen Außenseiter-Arbeitgeber⁴³ einleitend feststellt, dass der Beschwerde keine grundsätzliche Bedeutung zukomme, weil insbesondere der Schutzbereich und die Grenzen der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit bei Arbeitskampfmaßnahmen geklärt seien⁴⁴, kann dies tatsächlich nur für bereits anerkannte Kampfmittel gelten. Vorbild für das BAG hätte vielmehr der Beschluss des BVerfG zur Zulassung der suspendierenden Abwehraussperrung vom 26.6. 1991 sein müssen⁴⁵. Dort sieht das BVerfG nur solche Kampfmittel dem Grunde nach als verfassungsrechtlich gewährleistet an, die für die Austragung des Interessenkonflikts und zur Wahrung der Parität *allgemein erforderlich* sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen⁴⁶. Hierzu zählt es den Streik um eigene Tarifziele und die Abwehraussperrung, lässt aber im Rahmen der Ausgestaltung auf einfachrechtlicher Ebene selbst dort Einschränkungen zu. Auch die bereits erwähnte Kammerentscheidung vom 10.9. 2004 will daran offensichtlich festhalten⁴⁷:

„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.*“

Nr. 143 unter II, der allerdings den *flash mob*-Aufruf an einen unbestimmten Adressatenkreis ausnimmt (unter III).

43 BAG 18.2. 2003 – 1 AZR 142/02 (Fn. 21).

44 BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03, unter B II 1, AP Nr. 167 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 2004, 1338, 1338 f. mit zahlreichen Nachweisen.

45 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25).

46 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25), Leitsatz 2. Dazu *Schwarze*, Die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes – BVerfGE 84, 212, JuS 1994, 653 ff.

47 BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 44), unter B II 1 mit undifferenziertem Hinweis auf den Arbeitskampf betreffende Vorentscheidungen.

Keinesfalls ist also schon das zum Schutz der Koalitionsfreiheit erforderlich, was nach Einschätzung durch die betroffene Gewerkschaft selbst als Mittel eingesetzt werden soll. Das BAG⁴⁸ beruft sich in seiner Unterstützungstreik-Entscheidung zudem selektiv auf folgende Aussage des BVerfG von 1995 in der Entscheidung zum früheren § 116 AFG:

„Es ist grundsätzlich den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen.“⁴⁹

Im Zusammenhang liest sich die Aussage wesentlich zurückhaltender. Vorangestellt sind nämlich die Sätze:

„Bei dieser Ausgestaltung hat der Gesetzgeber einen weiten Handlungsspielraum. Das Grundgesetz schreibt ihm nicht vor, wie die gegensätzlichen Grundrechtspositionen im einzelnen abzugrenzen sind. Es verlangt auch keine Optimierung der Kampfbedingungen.“

Nach meiner Überzeugung ist daher immer noch die bereits erwähnte Grundsatzentscheidung des BVerfG von 1991 zur Aussperrung maßgeblich⁵⁰, weil nur in dieser Entscheidung die Wahl der Kampfmittel den Kern ausmacht. Zu den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kampfmitteln zählen eben nur solche auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtete Kampfmaßnahmen, die „allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen“⁵¹. Insofern bedürften sowohl der Unterstützungstreik als auch die *flash mob*-Aktion einer eigenen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, wenn man sie – wie offenbar das BAG – für unmittelbar verfassungsrechtlich legitimiert ansehen wollte.

b) Die mangelnde Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch den „Ersatzgesetzgeber“

Der in Art. 9 Abs. 3 GG fehlende Gesetzesvorbehalt kann ebenfalls nicht für alle möglichen Betätigungen von Koalitionen⁵² und schon gar nicht zur Rechtfertigung von Rechtsverletzungen grundrechtsverstärkend ohne zu-

48 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 19.

49 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 und 1 BvF 1, 2, 4, 4/87 und 1 BvR 1421/86, unter C I 1 b, BVerfGE 92, 365, 394; dazu *Otto*, Zur Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen, Jura 1997, 18 ff., 23 ff.

50 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25).

51 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25), Leitsatz 2. Ebenso *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034 f.; *Konzen*, SAE 2008, 1, 6 ff.; *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 815; *Rieht*, SAE 2010, 37, 38.

52 Vgl. aber BVerfG 6.2. 2007 – 1 BvR 978/05, unter I 2 a, NZA 2007, 394, 395 (Unterschriftslisten in Polizeidienststellen), freilich mit dem Ergebnis einer Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde.

sätzliche Begründung in Stellung gebracht werden⁵³. Zu erinnern ist daran, dass verfassungsimmanente Schranken den Gesetzesvorbehalt wegen der gebotenen „praktischen Konkordanz“ ersetzen können. Bereits 1991 hat das BVerfG im Zusammenhang mit dem Arbeitskampf betont: „Die Koalitionsfreiheit kann zum Schutz von Grundrechten Dritter und anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechte eingeschränkt werden“⁵⁴. Richtiger müsste es wohl heißen: *eingeschränkt sein kann*. Und weiter: „Darüber hinaus bedarf sie der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird“⁵⁵. Seitdem hält das BVerfG in der Sache an dieser Linie trotz leichter sprachlicher Korrekturen fest, wie die Zusammenfassung in der Kammerentscheidung vom 6.2. 2007 zeigt⁵⁶.

Das BAG fragt als Ersatzgesetzgeber jedoch weder nach etwaigen verfassungsrechtlichen Grenzen dessen, was unter koalitionspezifischer Betätigung im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG verstanden werden darf, noch nennt es ausdrücklich die kollidierenden Verfassungsrechte, obwohl beim Unterstützungstreik zumindest der Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) tangiert ist⁵⁷, bei den *flash mob*-Aktionen darüber hinaus Art. 14 GG⁵⁸. Dabei beruft das BAG sich für seinen Meinungswandel zu Unrecht auf die Aufgabe der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung durch das BVerfG⁵⁹. Denn dieses hat die Zulässigkeit eines Kampfmittels nie davon abhängig gemacht, dass sein Einsatz unerlässlich sein müsse⁶⁰. Vielmehr ging es immer um eine an der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie orientierte Interessenabwägung unter Beachtung kollidierender Grundrechte und verfassungsrechtlich legitimer Gemeinwohlbelange. Allerdings hatte das BAG im zweiten Warnstreikurteil in der Tat

-
- 53 Vgl. *Wank*, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter III 1 b zum Schutzbereich; *Rieht*, SAE 2010, 37, 40 f.
- 54 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25), Leitsatz 3 Satz 1.
- 55 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25), Leitsatz 3 Satz 2. Dies wird von *Greiner*, EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 143 zu Unrecht verneint (unter II).
- 56 BVerfG 6.2. 2007 – 1 BvR 978/05 (Fn. 52), Rn. 23 unter I 2 a.
- 57 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 58: „verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen“; Recht auf die ungestörte Ausübung ihres Gewerbebetriebs. Dazu *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 816 f.
- 58 In BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2) spielt das Eigentum nur als Gegensatz zum weniger geschützten Gewerbebetrieb (Rn. 8) und bei der Zulässigkeit des Hausverbots (Rn. 57) eine Rolle.
- 59 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 11 und 13. Dazu mit Recht kritisch *Junker*, Anmerkung zu BAG, Urteil vom 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06: Rechtmäßigkeit eines Unterstützungstreiks, JZ 2008, 102, 103 f.; *Schwarze*, JA 2008, 651, 652.
- 60 Vgl. *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 4 Rn. 5; ferner BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92, Rn. 25 (unter B I 3 c), BVerfGE 93, 252 ff. = NZA 1996, 381 ff.

formuliert⁶¹: „Verfassungsrechtlich geschützt sind nur die Betätigungen der Koalitionen, die für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz unerlässlich sind.“ Wirklich umgesetzt hat es diese Maxime aber jedenfalls im Zusammenhang mit dem gewerkschaftlichen Streik ohnehin nicht.

Das BAG hätte also jedenfalls in seiner Funktion als Ersatzgesetzgeber fragen müssen, ob die grundsätzliche Zulassung jedes Unterstützungstreiks und von *flash mob*-Aktionen allgemein erforderlich ist. Hierzu hätte vorrangig die Erwägung gehört, ob sich die tariflichen Forderungen typischerweise wirklich nur durchsetzen lassen, indem man Drittunternehmen in „Geiselhaft“ nimmt oder tatbestandsmäßige Beeinträchtigungen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb legitimiert. Dazu gehörte sicher auch eine umfassende Tatsachenanalyse. Dasselbe gilt ebenso für die Billigung des Einsatzes eines solchen Kampfmittels im konkreten Fall. In dem *flash mob*-Urteil vermisst man daher schon eine Aussage dazu, ob *ver.di* wirklich auf solche Aktionen angewiesen war, um einen Tarifabschluss zu erzielen. Dies hätte sicher eine Beweiserhebung erfordert.

Vor allem ist hinsichtlich des Ausgestaltungsspielraums der Arbeitskampfordnung auf die *Neutralität des Staates* gegenüber der staatsfernen Selbstorganisation der Arbeitsbeziehungen zu verweisen. Der Staat ist keineswegs von Verfassungswegen verpflichtet, solange weitere Eskalationsstufen zu legitimieren, bis eine reale Chance besteht, eine Tarifforderung durchzusetzen. Dies umso mehr, als das BAG jede Kontrolle nach Art und Höhe der Forderung unter Hinweis auf das Verbot der Tarifizensur verweigert⁶². Zwar gebietet der „objektive Gehalt“ des Art. 9 Abs. 3 GG, dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch die Ausgestaltung der Arbeitskampfordnung nicht gefährdet wird⁶³. Ebenso nachdrücklich hat das BVerfG aber unterstrichen, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet sei, Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen⁶⁴. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren lägen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers.

61 BAG 12.9. 1984 – 1 AZR 342/83 (Fn. 14), unter A I 2 b.

62 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, Leitsatz 2 und Rn. 98 ff., AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = NZA 2007, 987 ff.: „Der Umfang einer Streikforderung ist keine rechtlich bedeutsame Größe“ (Rn. 100).

63 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 und 1 BvF 1, 2, 4, 4/87 und 1 BvR 1421/86 (Fn. 49), unter C I 1 c.

64 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 und 1 BvF 1, 2, 4, 4/87 und 1 BvR 1421/86 (Fn. 49), unter C I 1 c.

Scheitern Streiks um einen Mindeststandard hingegen an der Personalstruktur der Unternehmen, etwa dem Einsatz von geringfügig Beschäftigten oder von Leiharbeitnehmern⁶⁵, muss unter Umständen der Staat eingreifen. Nicht verfassungsrechtlich vorgegeben ist jedenfalls eine Erweiterung des Kreises zulässiger Arbeitskämpfungsmittel⁶⁶, schon gar nicht, um Unterstützungstreiks oder *flash mob*-Aktionen ähnlich wie die Warnstreiks als gewerkschaftliche „Werbeveranstaltungen“ zu legitimieren. Vielmehr muss ein Mindestschutz der Arbeitnehmer auf andere Weise gewährleistet werden, zum Beispiel durch branchenbezogene Mindestlöhne⁶⁷, wie jetzt sogar Lidl und der Hauptverband des Einzelhandels fordern⁶⁸. Dass auf diese Weise nicht das von den Gewerkschaften gewünschte und vielleicht auch objektiv wünschenswerte Niveau der Arbeitsbedingungen erreicht wird, ist in einer auf das freie Aushandeln der Tarifverträge angelegten Arbeits- und Wirtschaftsordnung hinzunehmen.

c) Die Überforderung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Weitere gravierende Bedenken richten sich gegen die allein ausschlaggebende Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und dessen Handhabung⁶⁹.

Das BAG hält – wie schon betont – den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn für den zentralen und angemessenen Maßstab zur

65 Ein Argument des LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 1), Rn. 67 (unter I 2.2.4.3), NZA-RR 2009, 149, 151 f.; für den Unterstützungstreik *Hayen/Ebert*, AuR 2008, 19, 21.

66 Vgl. auch *Rieble*, BB 2008, 1506, 1509 f.

67 Vgl. zur neuen Mindestlohngesetzgebung *Löwisch*, Die neue Mindestlohngesetzgebung, RdA 2009, 215 ff.; die NZA Beilage 3/2009 mit auch rechtsvergleichenden Beiträgen von *Rhein*, Mindestlohn, Mindestsicherung und Mindesteinkommen in wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive, S. 91 ff.; *van Peijpe*, Minimum Income Protection in the Netherlands, S. 97 ff.; *Dreesen*, Mindestlohn in Dänemark, S. 103 ff. und *Waltermann*, Mindestlohn, Mindesteinkommen Mindestsicherung – Eine Bewertung aus der Sicht des deutschen Arbeits- und Sozialrechts, S. 110 ff.; *Bieback/Dieterich/Hanau/Kocher/Schäfer*, Tarifgestützte Mindestlöhne, 2007. Skeptisch *Wank*, „Mindestlöhne – Begründungen und Instrumente“, Festschrift Buchner, 2009, S. 898 ff. mit weiteren Nachweisen. Das Thema ist Gegenstand des 68. Deutschen Juristentags 2010.

68 FAZ vom 18.2. 2010, Nr. 41, S. 11.

69 *Bieder*, NZA 2008, 799, 800 f.; *Rieble*, BB 2008, 1506, 1510; *Wank*, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter IV; *Franzen*, JbArbR 47 (2010), S. 119, 127 ff. Anderer Ansicht *Greiner*, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 143 im Ausgangspunkt unter II a.E. und IV 2, aber kritisch hinsichtlich der Handhabung wegen des Verzichts auf einen paritätsbezogenen Prüfungsmaßstab (unter IV 3).

Beurteilung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitskampfs⁷⁰. Noch 1993 hatte es den Grundsatz in der Entscheidung zur Feiertagsvergütung bei kurzfristig unterbrochenem Arbeitskampf lediglich als Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsgedankens bezeichnet⁷¹. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezöge sich danach gerade nicht auf die freie Wahl neuer Kampfmittel, sondern auf Art und Umfang des Einsatzes allgemein erforderlicher Kampfmittel. Dieser Ansatz war folgerichtig, weil ein Rechtsmissbrauch eine an sich bestehende Berechtigung zu einem Tun oder Unterlassen voraussetzt. Eine die Rechtssphäre anderer und das Gemeinwohl beeinträchtigende Berechtigung bedarf indessen der Begründung. Demgegenüber stellt das BAG nunmehr die gedankliche Abfolge praktisch auf den Kopf, indem es im Ergebnis mit einem Umkehrschluss operiert. Kampfmittel, die es nicht als unverhältnismäßig bewertet, sind angeblich schon deshalb legitim.

Bedenkt man, dass der Arbeitskampf nach dem Beschluss des Großen Senats des BAG aus dem Jahr 1971 „*ultima ratio*“ sein soll⁷², verblüfft es, wie das BAG schon 2003 diesen Grundsatz in der Entscheidung zum Streik gegen einen Außenseiter-Arbeitgeber bis zur Unkenntlichkeit aufgeweicht hat, obwohl es den Großen Senat zitiert. Dieser hatte das Gebot der Verhältnismäßigkeit gerade deswegen besonders betont, weil in unserer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft Streik wie Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig berühren⁷³. 2003 heißt es dagegen in den Gründen lapidar⁷⁴: „Nach dem *ultima ratio*-Prinzip fällt eine Arbeitskampfmaßnahme, die zur Durchsetzung der kollektiven Forderungen *völlig ungeeignet* ist (sic!), nicht unter den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG.“ Das ist faktisch das Gegenteil vom Arbeitskampf als „*ultima ratio*“. Im gleichen Absatz ist erstmals – wenn ich recht sehe – von einer *Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft* bei der Beurteilung der Eignung einer

-
- 70 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 23; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 41.
71 BAG 11.5. 1993 – 1 AZR 649/92, NZA 1993, 809; dazu *Otto*, Anmerkung zu EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 105 Nachwort.
72 BAG GS 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 6), unter Teil III A 2 a.
73 BAG GS 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 6), unter Teil III A 1.
74 BAG 18.2. 2003 – 1 AZR 142/02 (Fn. 21), Rn. 27 (unter B I).

Kampfmaßnahme die Rede⁷⁵. Natürlich machen von dieser Grenzverschiebung inzwischen die Instanzgerichte Gebrauch⁷⁶.

Auf den ersten Blick scheint es in der Tat so, als könne sich das BAG nun seinerseits auf die negative Kammerentscheidung des BVerfG vom 10.9.2004⁷⁷ berufen, die auf die gegen das Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde ergangen ist. Folgende Sätze stellt das BAG heraus:

„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 Arbeitsk Kampfmaßnahmen durch die Fachgerichte als rechtswidrig kommt deshalb grundsätzlich nur in Betracht, wenn eine Arbeitsk Kampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist.“

In Wahrheit ging es aber gerade nicht um die generelle Anerkennung eines neuen Kampfmittels, sondern nur darum, ob ein Streik schon gegen einen Arbeitgeber geführt werden darf, der kraft einer dynamischen Verweisung die umkämpften tariflichen Regelungen anwenden würde⁷⁸. Das BVerfG hat diese Detailfrage offenbar als Ausgestaltung des Streikrechts verstanden. In einem solchen Fall kann seine Aufgabe in der Tat nur darin bestehen zu prüfen, ob der dem Gesetzgeber zugestandene Gestaltungsspielraum, den ersatzweise die Rechtsprechung ausfüllt, dadurch überschritten ist, dass er beziehungsweise die Gerichte den „allgemein erforderlichen Streik“ auch dort zulassen, wo er offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig wäre. Auf die Erfindung neuer Kampfmittel war die Entscheidung ersichtlich nicht gemünzt⁷⁹. Vielmehr ist es nicht Aufgabe des BVerfG, derartige Feinsteuerungen bei anerkannten Kampfmitteln vorzunehmen⁸⁰.

75 BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02 (Fn. 21), Rn. 27 (unter B I). Diese Akzentuierungen machen für mich nachträglich die heftige Kritik von *Rieble* in seiner Anmerkung EzA Art. 9 GG Nr. 135 unter I 2, die unter II 1 auch mich getroffen hat, verständlicher als das Entscheidungsergebnis.

76 Im Zusammenhang mit einem Unterstützungstreik zugunsten von Fluglotsen LAG Baden-Württemberg 31.3.2009 – 2 SaGa 1/09, Rn. 62 (unter B II 2.2.2.1), NZA 2009, 631 ff.; LAG Berlin-Brandenburg 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 1), Rn. 67 (unter I 2.2.4.3) als Vorinstanz im „flash mob-Verfahren“; ablehnend insoweit ArbG Berlin 29.4.2008 – 58 Ga 6014/08, Rn. 41 (unter I 3), BB 2008, 1057, im Zusammenhang mit Streikmaßnahmen ohne Vorlauffrist von 24 Stunden im öffentlichen Nahverkehr.

77 BVerfG 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 44), Rn. 25 (unter B II 2 b).

78 Vgl. auch *Benecke*, Festschrift Buchner, 2009, S. 96, 105 mit Fn. 49; *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 817 f.

79 Ebenso bereits *Rieble*, BB 2008, 1506, 1508 f.

80 Vgl. *Schwarze*, JuS 1994, 653, 657.

Demgegenüber hat das BVerfG 1995 dem *Gesetzgeber* und damit letztlich auch den *Gerichten* eine Einschätzungsprärogative bei der Ausratierung der Arbeitskampfordnung zugebilligt⁸¹. Hiervon sieht das BAG ab, sondern stellt das Entscheidungsergebnis gleichsam als zwangsläufige Folge eines Subsumtionsprozesses dar. Jüngstes Beispiel ist die geringe Kontrollintensität bei dem Streit um den Kommunikationsweg für gewerkschaftliche Werbung, nämlich per E-Mail an betriebliche Adressen⁸².

d) Die Geringschätzung der Unterschiede zum typischen Erzwingungsstreik

Das BAG arbeitet an sich die Unterschiede zum Erzwingungsstreik deutlich heraus. So betont es beim *Unterstützungsstreik* vor allem, dass der betroffene Arbeitgeber nicht in der Lage ist, die Tarifforderungen zu erfüllen⁸³. Hinsichtlich der „*flash mob-Aktionen*“ spricht das BAG sogar selbst von einem im Vergleich zum Streik ganz unterschiedlichen Mittel⁸⁴, das sich durch folgende Stichworte kennzeichnen lässt:

- „aktive“ Störung betrieblicher Abläufe statt „passiver“ kollektiver Arbeitsverweigerung,
- Beteiligung auch Betriebsfremder,
- Kampfmittel ohne erheblichen wirtschaftlichen eigenen Nachteil,
- Gefahr mangelnder Beherrschbarkeit der Aktion wegen der Beteiligung Dritter.

Diese Gesichtspunkte hätten nicht nur nach meiner Auffassung mehr als ausgereicht, dem neuen Kampfmittel die Anerkennung angesichts des bestehenden Gestaltungsspielraums zu versagen.

81 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 und 1 BvF 1, 2, 4, 4/87 und 1 BvR 1421/86, (Fn. 49), Leitsatz 2.

82 BAG 20.1. 2009 – 1 AZR 515/08, Rn. 49 [unter A II 3 b, dd (3)], NZA 2009, 615 ff. = SAE 2009, 285 ff.; kritisch dazu *Meyer*, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur E-Mail-Werbung von Gewerkschaften, SAE 2009, 280 ff.

83 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 38.

84 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 396/06 (Fn. 2), Rn. 52.

e) Konsequenzen für die Beurteilung der Aussperrung und ihrer Varianten?

Erstaunlicherweise denkt das BAG angesichts der weitherzigen Öffnung der Kampfmittel nicht an die möglichen Konsequenzen auf Arbeitgeberseite⁸⁵.

Das BAG hat der *Abwehraussperrung* bisher enge Grenzen gesetzt⁸⁶, die die Zustimmung des BVerfG gefunden haben⁸⁷. Man wird aber bezweifeln dürfen, dass die Maßnahmen nach Maßgabe einer Einschätzungsprärogative der Arbeitgeberseite⁸⁸ ebenso als offensichtlich ungeeignet oder offensichtlich nicht erforderlich beziehungsweise objektiv unangemessen hätten bezeichnet werden können. Immerhin ging es um die Abwehr einer wirtschaftlich besonders bedeutsamen Tarifforderung nach einem Rationalisierungsschutzabkommen in der Druckindustrie. Noch stärker fällt mir die Akzentverschiebung in der Wortwahl auf, wenn ich an die im Vergleich geradezu kleinliche Behandlung der *Warnaussperrung* durch das BAG denke⁸⁹. Der Arbeitgeber hatte auf einen halbstündigen Warnstreik mit einer Aussperrung von nicht mehr als 13,75 Stunden reagiert. Auch für das von mir kritisierte Verbot der *selektiven Aussperrung* durch das BAG⁹⁰, das eine Erfolg versprechende Gegenwehr wegen der verlangten Selbstschädigung erschwert, sehe ich jetzt erst recht keine Grundlage mehr⁹¹.

Niemand wird bezweifeln, dass es sich bei einer *Angriffsaussperrung* zur Durchsetzung eines Tarifvertrags um eine koalitionspezifische Betätigung handelt. Ich habe deren Zulässigkeit mit der herrschenden Meinung grundsätzlich verneint und nur für ganz seltene Ausnahmefälle den Einsatz dieses Kampfmittels für vertretbar gehalten, eben als echte „*ultima ratio*“⁹². Müsste man jetzt nicht fragen, ob die Angriffsaussperrung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht nur dann widerspricht, wenn sie nach der Einschätzungsprärogative des Arbeitgeberverbands – oder

85 Wank, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter VI, denkt an die Sympathieaussperrung. Siehe auch Greiner, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 143 unter VI 3.

86 BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 822/79 (Fn. 10) und BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 168/79 (Fn. 10), jeweils unter A V 1 und B II 2 d; Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 8 Rn. 48 ff.

87 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 25), unter C I 3.

88 Paukner, Die Zulässigkeit des Unterstützungsstreiks – Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Juni 2007, ZTR 2008, 130, 137 f., spricht diesen Aspekt mit Blick auf eine Sympathieaussperrung immerhin an.

89 BAG 11.8. 1992 – 1 AZR 103/92 (Fn. 17).

90 BAG 10.6. 1980 – 1 AZR 331/79 (Fn. 11).

91 Dazu ablehnend Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 10 Rn. 81 ff.

92 Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 10 Rn. 60 ff.

Arbeitgebers beim Firmentarifvertrag – offensichtlich ungeeignet oder offensichtlich nicht erforderlich beziehungsweise objektiv unangemessen zur Durchsetzung des tariflichen Ziels ist? Im Schrifttum ist mir zu Unrecht schon der Vorwurf gemacht worden, ich stellte mit meiner Begrenzung der Koalitionsfreiheit die Dinge auf den Kopf⁹³. Ich reiche diesen Vorwurf nun gern an das BAG weiter.

Schließlich taucht auch die *lösende Aussperrung*, die der Große Senat des BAG in Sonderfällen unter Hinweis auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit selbst beim rechtmäßigen Streik für denkbar erklärte⁹⁴, wieder aus der Versenkung auf⁹⁵.

2. Der Besondere Teil der neuen Arbeitskampfordnung

Im Folgenden ist nach der Kritik an dem „Allgemeinen Teil“ der neuen Kampfordnung des BAG auf wesentliche, zusätzliche Aspekte der neuen Kampfmittel einzugehen.

a) Unterstützungsstreik

Beim Unterstützungsstreik verdienen neben der Ausweitung des Kampfgebiets⁹⁶ drei Gesichtspunkte besondere Aufmerksamkeit, nämlich die Unterstützung fremder Gewerkschaften, die Verneinung jeder Art von Friedenspflicht und die Angemessenheitskontrolle.

[1] Unterstützung fremder Gewerkschaften

Ohne Not hat das BAG Unterstützungsstreiks grundsätzlich unabhängig davon für zulässig erklärt, ob die Unterstützung eigenen Mitgliedern zugutekommt oder den Mitgliedern einer fremden Gewerkschaft⁹⁷. Dies könnte zu einer erheblichen Paritätsstörung führen, weil der Kampf im zweiten Fall in eine andere Branche getragen wird. Man denke ferner an die angekündigte – an sich begrüßenswerte⁹⁸ – Aufgabe des un-

93 Lessner, Zulässigkeit der Angriffsaussperrung, FA 2003, 233, 235.

94 BAG GS 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 6), Leitsatz 3 und Teil III D 1.

95 Siehe Rieble, BB 2008, 1506, 1509; dazu ablehnend Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 8 Rn. 16.

96 Vgl. die Beispiele von Rieble, BB 2008, 1506, 1507; Schwarze, JA 2008, 651, 652.

97 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 48.

98 Otto, Arbeitsrecht (Fn. 4), Rn. 701. Anderer Ansicht dezidiert Buchner, Festschrift Hromadka, 2008, S. 39, 49 ff. DGB und Arbeitgeberverbände haben einen gemeinsamen Vorstoß zu einer gesetzlichen Regelung unternommen (FAZ vom 5.6. 2010, Nr. 127, S. 14).

geschriebenen Prinzips der Tarifeinheit durch das BAG⁹⁹, die bei Sparten-
gewerkschaften nicht nur zur Konkurrenz, sondern – etwa bei der Luft-
hansa – ebenso zur Unterstützung bis zur Durchsetzung der höchsten
Tarifforderung führen könnte. Keinesfalls darf dies darüber hinaus mit
der Folge verbunden sein, dass mittelbar von einem Unterstützungstreik
betroffene Arbeitnehmer auf jeden Fall Leistungen der Bundesagentur für
Arbeit erhalten, weil sie ganz offensichtlich von dem Ergebnis niemals
profitieren können (§ 146 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 3 SGB III)¹⁰⁰. Die
Versagungsgründe des Gesetzes müssen notfalls entsprechend ergänzend
zu Ende gedacht werden. Allerdings sehe ich in der drohenden Belastung
der Bundesagentur für Arbeit eher ein zusätzliches Argument dafür, dass
die neue Sicht des BAG nicht in den durch die gesetzlichen Eckpunkte be-
stimmten Rahmen passt¹⁰¹. Es bedürfte im Übrigen näherer Unter-
suchung, ob sich derartige Streikaufrufe noch im Rahmen der Satzung
halten. Freilich haben Satzungsverstöße keine Außenwirkung¹⁰².

[2] Verneinung jeder Friedens- oder Schutzpflicht zugunsten des betroffenen Unternehmens

Das BAG lehnt eine Friedenspflicht mit der für die *gesetzliche Friedens-
pflicht* im Ansatz durchaus zutreffenden Begründung ab, dass der Haupt-
streik gar keine Tarifforderungen zum Gegenstand haben kann, die zu-
gleich Gegenstand eines Tarifvertrags der unterstützenden Gewerkschaft
mit dem vom Sympathiearbeitskampf betroffenen Arbeitgeber sind¹⁰³.
Damit allein ist die Rechtsfrage nach einem erforderlichen Schutz des
Arbeitgebers aber noch nicht beantwortet¹⁰⁴. Man denke an einen von

99 BAG 27.1. 2010 – 4 AZR 549/08 (A): Anfrage an den Zehnten Senat des BAG,
NZA 2010, 645 ff., der sich anschließt (BAG 23.6. 2010 – 10 AS 2/10, NZA
2010, 778).

100 Allgemein dazu *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 18 Rn. 34 ff. und 38 ff. An
eine derart grenzenlose Zulassung eines Unterstützungstreiks als Ursache
arbeitskampfbedingter Arbeitsausfälle hatte niemand gedacht.

101 Ebenso *Konzen*, SAE 2008, 1, 8.

102 *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 7 Rn. 33 und 34.

103 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 30, 52; ebenso *Thüsing*, in:
Wiedemann (Hrsg.), TVG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 886. Zum Ergebnis kritisch
Benecke, Festschrift Buchner, 2009, S. 102 f.

104 In anderem Zusammenhang habe ich bereits begründet, warum zwischen
Tarifvertragsparteien nicht nur der Streik um tariflich ausdrücklich geregelte
Fragen ausgeschlossen ist, sondern darüber hinaus auch der Streik für solche
inhaltlichen Ziele, die im Widerspruch zur Geschäftsgrundlage eines geltenden
Tarifvertrags stehen (*Otto*, Relative Friedenspflicht, tariflicher Regelungs-
gegenstand und Geschäftsgrundlage, Festschrift Wiedemann, 2002, S. 401 ff.).
Vgl. auch *Schliemann*, Festschrift Bauer, 2010, S. 923, 941 f., für den Fall von
„Streikkaskaden“ im Bereich der Daseinsvorsorge.

ver.di ausgerufenen Streik in den Kommunen zur Durchsetzung von Forderungen im TV-L¹⁰⁵. Der Arbeitgeber kann sogar mehrfach in Unterstützungstreiks verwickelt sein, etwa wenn ein Transportunternehmen Leistungen für verschiedene Branchen erbringt. Maßgeblicher Gesichtspunkt muss insoweit sein, dass der betroffene Arbeitgeber die Forderungen gerade nicht erfüllen kann.

Bisher musste man über eine *ergänzende Friedenspflicht* von Tarifvertragsparteien zum Schutz vor Kampfmaßnahmen zugunsten Dritter nicht nachdenken, weil Unterstützungstreiks in den anerkannten Grenzen eine gut begründete Ausnahme bildeten. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass rechtliche Umstrukturierungen auf Seite der Unternehmen häufiger dazu führen können, dass die enge wirtschaftliche Verzahnung für die Zulassung des Unterstützungstreiks spricht. Fehlt es aber an den bisher maßgeblichen Kriterien, könnte eine Gewerkschaft nach meiner Auffassung gegen eine Schutzpflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB verstoßen, wenn sie trotz eines bestehenden Tarifvertrags zum Arbeitskampf zugunsten Dritter aufruft¹⁰⁶. Würde man nun eine Schutzpflicht beim Unterstützungstreik schon deshalb verneinen, weil mit dem Drittarbeitgeber gar nicht verhandelt wird, würde man die eigene Argumentation – potenzielle Beeinflussung des Arbeitskampfs – *ad absurdum* führen.

Die Möglichkeit einer Neuinterpretation tarifvertraglicher Pflichten wird eindrucksvoll durch eine überaus aktuelle Entscheidungskette des Vierten Senats des BAG bestätigt. Um den Gewerkschaften neue Verhandlungen und die erneute Mobilisierung ihrer Mitglieder zu ersparen, kontrolliert der Senat einen von der Satzung gedeckten „Blitzaustritt“ oder einen Statuswechsel in eine OT-Mitgliedschaft vor Abschluss eines Tarifvertrags, also bevor die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 TVG vorliegen¹⁰⁷. Die

105 *Lehmann*, Arbeitskampfrecht – Macht der Koalitionen – Ohnmacht der Betroffenen und Drittbetroffenen – Ein Blick zurück nach vorn, Festschrift Buchner, 2009, S. 529, 531.

106 Vgl. auch *Rieble*, BB 2008, 1506, 1512 f., der zutreffend an die Geltung der Friedenspflicht im Tarifgebiet auch für Nicht- und Andersorganisierte erinnert. Für die Friedenspflicht *Wank*, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter IV 3 b.

107 Siehe BAG 20.2. 2008 – 4 AZR 64/07, AP Nr. 134 zu Art. 9 GG = NZA 2008, 946 ff. = EzA Art. 9 GG Nr. 94; ferner BAG 26.8. 2009 – 4 AZR 285/08, NZA 2010, 230 ff. (satzungsgemäßer Statuswechsel in eine OT-Mitgliedschaft). Im Ergebnis trotz konstruktiver Bedenken zustimmend *Krause*, Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 605 ff.; kritisch *Besgen/Weber*, Der „Blitzwechsel“ in die OT-Mitgliedschaft, SAE 2010, 1 ff.; *Konzen*, Blitzaustritt und Blitzwechsel – vereins- und koalitionsrechtliche Aspekte der Flucht des Arbeitgebers aus dem Verbandstarif, Festschrift Bauer,

mangelnde Transparenz im Zuge der Tarifverhandlungen könne zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung der koalitionsmäßigen Betätigung des gegnerischen Verbands im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG führen¹⁰⁸. Das BAG wendet dann rechtsfortbildend trotz der vereinsrechtlich wirksamen Erklärung § 3 Abs. 1 TVG an. Nun gibt es sicher Fallgestaltungen, die sich als eine rechtsmissbräuchliche Verhandlungsführung charakterisieren lassen. In unserem Zusammenhang interessieren nur die divergierenden Verhaltensanforderungen in der Verhandlungsphase, das heißt einerseits das Transparenzgebot zugunsten der Gewerkschaften, andererseits die Zulassung von weithin unbegrenzten Unterstützungstreiks – aber auch von Warnstreiks und *flash mob*-Aktionen – zulasten der Arbeitgeberseite.

[3] Angemessenheitskontrolle

Bei dem dritten Element der Verhältnismäßigkeit soll es zwar weder auf eine offensichtliche Unangemessenheit des Unterstützungstreiks noch auf eine Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft ankommen¹⁰⁹. Es bleibt aber wie bei der Eignung und Erforderlichkeit des Unterstützungstreiks dabei, dass nicht wie bisher die Gewerkschaft die ausnahmsweise vorliegende Angemessenheit darlegen und beweisen soll, sondern die Arbeitgeberseite die Unangemessenheit. Damit ist die Arbeitgeberseite zumindest in den praktisch bedeutsamen Verfahren der einstweiligen Verfügung nahezu chancenlos, denn dort wird für einen Erfolg schon aus verfahrensrechtlichen Erwägungen in der Regel ein offensichtlicher Rechtsverstoß vorausgesetzt¹¹⁰. Nicht zufriedenstellend sind deshalb die einschränkenden Vorbehalte des BAG, die lediglich unter dem Prüfungspunkt der „Angemessenheit“ auftauchen. Dass die Rechtswidrigkeit des Hauptstreiks auf den Unterstützungstreik ausstrahlen muss, ist nicht nur „regelmäßig“ evident¹¹¹. Die wirtschaftliche Verflechtung soll nur noch ein besonders wichtiger, aber kein ausschlaggebender Gesichtspunkt mehr sein¹¹². Ansonsten wird der räumlichen, branchenmäßigen oder

2010, S. 559 ff.; *Rieble*, „Blitzaustritt“ und tarifliche Verbindung, RdA 2009, 280 ff.

108 BAG 26.8. 2009 – 4 AZR 285/08 (Fn. 107), Rn. 25 und 27.

109 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 28.

110 *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 19 Rn. 25 ff.; *Krause*, Die Konkretisierung der Grenzen von Streiks durch einstweilige Verfügung, JbArbR 45 (2008), S. 23, 33 ff., 41 f.; *Wank*, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, RdA 2009, 1, 10 ff.; *Reichold*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Arbeitskampfverfügung, Festschrift Buchner, 2009, S. 721, 727, insbesondere zum Streik von Spartengewerkschaften, S. 727 f.

111 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 44.

112 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 46.

wirtschaftlichen Nähe oder Ferne des Unterstützungstreiks zum Hauptarbeitskampf wesentliche Bedeutung beigemessen¹¹³. Relevant wird dies aus der Sicht des BAG jedoch vor allem bei der Unterstützung einer anderen Gewerkschaft oder bei einer signifikanten Verlagerung des Schwerpunkts des Arbeitskampfes auf den Unterstützungstreik¹¹⁴. Hierunter versteht das BAG eine Konstellation, in der sich das eigentliche Kampfgeschehen vornehmlich gegen Dritte richtet. Mit diesen vagen Grenzen wird das BAG, das einen Gestaltungsspielraum für sich in Anspruch nimmt, weder einem fairen Interessenausgleich gerecht noch schafft es Rechtsklarheit.

b) Flash mob-Aktion

Hinsichtlich dieses neu entdeckten Kampfmittels sind die verfassungsrechtlichen Gegenargumente schon genannt¹¹⁵: die zweifelhafte Subsumtion unter die koalitionspezifische Betätigung und die angeblich durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte freie Wahl beliebiger neuer „friedlicher“ Kampfmittel. Nunmehr geht es um die unzureichende Berücksichtigung der im Zuge von *flash mob*-Aktionen vorliegenden Pflichtverletzungen und Rechtsverstöße, die zugleich die Berufsfreiheit wie den Eigentumschutz tangieren. Sodann ist auf die nach Ansicht des BAG angeblich wirksamen Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers einzugehen¹¹⁶.

[1] Die verfehlte Vergabe des Etiketts „friedlich“

Aus dem Tatbestand des Urteils ergibt sich folgender Sachverhalt, der im Hinblick auf die nachfolgende rechtliche Einordnung an dieser Stelle im Detail zu schildern ist:

An der Aktion beteiligten sich ca. 40 bis 50 Personen, die per SMS ... 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 sogenannte Cent-Artikel. Deren Einscannen durch die Kassiererinnen nahm längere Zeit in Anspruch, so dass sich an den Kassen

113 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 45.

114 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 48 und 49.

115 Vgl. oben unter IV 1.

116 Kritisch *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21 und 23; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 263 f.; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 448 f.; *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter II 2 b,bb (2); *Franzen*, JbArbR 47 (2010), S. 119, 134 f.

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 Kassbereich 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.

Das BAG sieht in einer solchen Aktion lediglich einen Eingriff in den durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb¹¹⁷ und lehnt es am Ende der Gründe in einem besonderen Abschnitt apodiktisch ab, solche Aktionen typischerweise als vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen im Sinne von § 826 BGB beziehungsweise als Straftaten (Hausfriedensbruch [§ 123 Abs. 1 StGB], Nötigung [§ 240 Abs. 1 StGB], Sachbeschädigung [§ 303 StGB]) anzusehen¹¹⁸. Dabei dürfte der auf den Auffangtatbestand „Gewerbebetrieb“ fokussierte Blick des Ersten Senats die Anerkennung des neuen Kampfmittels zumindest sehr erleichtert haben. Schließlich handele es sich – so das BAG – um einen „offenen Tatbestand“, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall kollidierenden Interessensphäre ergäben¹¹⁹.

In Wahrheit gelangt das BAG nur deshalb zu dem Adjektiv „friedlich“, weil es folgende Rechtsverstöße nicht einmal ansatzweise würdigt¹²⁰:

[a] Verletzung von Pflichten aus Arbeitsvertrag beziehungsweise aus sozialem Kontakt

Das BAG erwähnt zwar (arbeits-) vertragliche Rechtspositionen, geht darauf aber mit keinem Wort ein. Dies wäre verständlich, wenn kein einziger Arbeitnehmer des Arbeitgebers sich an der Aktion beteiligt hätte.

¹¹⁷ BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 20 ff.

¹¹⁸ BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 63 ff.

¹¹⁹ BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 22 und 23.

¹²⁰ Vgl. den unmissverständlichen Hinweis von *Rieble*, NZA 2008, 796, 797, wenn auch ohne nähere Details. Siehe auch *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 441 ff. sowie 449, und *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter II 1 b, bb und cc sowie 2 b, bb (1), die zugleich die fehlende Legitimation für die Beteiligung beliebiger Dritter mit Recht massiv kritisieren. *Säcker*, NJW 2010, 1115 ff., spricht gar von einem Wandel zum „Partisanenkampf“. Siehe auch *Greiner*, EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 143 unter VI 2.

Dies mag für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer tatsächlich so sein. Was gilt aber für Arbeitnehmer anderer Betriebe des Arbeitgebers? Bei diesen bestünde kein Zweifel daran, dass sie mit der Beteiligung an einer derartigen Betriebsablaufstörung, die die Arbeitsniederlegung eindeutig überschreitet, ihre Schutz- und Treuepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verletzt. Durch die Beteiligung an einem Streik werden nur die Hauptpflichten suspendiert¹²¹. Beteiligen sie sich gar nicht an dem Streik, bestehen ihre Vertragspflichten ohnehin unverändert fort. Sollte es also zukünftig wirklich erlaubt sein, die Arbeitsniederlegung durch die Verursachung von Unordnung in den Lagerbeständen oder durch die Blockade von Kassen zu ergänzen? Weshalb sollte diese „Begleitmusik“ Arbeitnehmern in einem Materiallager eines Industrieunternehmens verwehrt sein, wenn die Arbeitsniederlegung nicht fruchtet? Worin liegt dann der Unterschied zur „unfriedlichen“ Blockade oder Betriebsbesetzung?

Aber auch an der Aktion beteiligte Nichtarbeitnehmer können eine Rücksichtnahmepflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB verletzen. Sieht man die Beteiligten als potenzielle Kunden an, ist ohne Weiteres § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB einschlägig¹²². Berücksichtigt man den fehlenden Kaufwillen, handelt es sich zumindest um einen „ähnlichen geschäftlichen Kontakt“ im Sinne des § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB, ein Begriff, der zum Schutz der von einer drohenden Schädigung Betroffenen weit auszulegen ist¹²³. Zumeist denkt man an den Schutz der Kunden eines Ladengeschäfts, der ohne konkrete Kaufabsicht in den Gefahrenbereich des Geschäftsinhabers gerät. Die Rechtsfigur darf aber nicht nur einseitig verwendet werden. Stört ein derartiger Besucher den Betriebsablauf, müssen ihn ebenfalls vertragsähnliche Pflichten treffen. Man denke daran, dass jemand Waren oder Preisschilder verstellt. Selbst wenn man den Begriff „geschäftlich“ stärker betont, kann es nicht auf ein Einverständnis über die Kontaktaufnahme ankommen¹²⁴.

Anders könnte die Sachlage nur zu beurteilen sein, wenn von vornherein offensichtlich ist, dass weder eine Kaufabsicht noch ein Interesse am Warenvergleich besteht. Dann würde sich aber sogar die Frage eines Hausfriedensbruchs im Sinne des § 123 StGB in Form des Eindringens stellen; denn eine generelle Erlaubnis zum Eintritt unter Einschluss beabsichtigter Störungshandlungen ist offensichtlich nicht gewollt. Ist die Störungsabsicht bereits bei Betreten des Ladens offenkundig, wie es das

121 Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 14 Rn. 2; Rütters/Höpfner, JZ 2010, 261, 263. Greiner, EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 143, denkt nur an den arbeitsvertraglichen Erfüllungsanspruch (unter IV 1).

122 So zutreffend Rieht, SAE 2010, 37, 39.

123 Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, § 31 Rn. 8.

124 Vgl. Löwisch, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, 2005, § 311 Rn. 102 und 103.

BAG mit der Ankündigung des Kampfmittels eigentlich verlangt¹²⁵, handelt es sich nicht mehr um den scheinbar redlichen, „normalen“ Käufer¹²⁶, der nach ganz herrschender Meinung in der Tat keinen Hausfriedensbruch begehen soll¹²⁷. Sicher ist jedenfalls, dass die Personen nicht zu ihren Gunsten wahlweise als potenzielle Kunden oder Nichtkunden behandelt werden dürfen.

[b] Eigentums- und Besitzstörung

Als geschütztes Recht ist nicht nur an das Eigentum (§ 903 BGB), sondern angesichts der bei Waren typischerweise unsicheren Eigentumslage ebenso an den Besitz als sonstiges Recht (§ 823 Abs. 1 BGB), ferner an den Schutz jeden Besitzes gegen verbotene Eigenmacht (§§ 823 Abs. 2, 858 BGB) zu denken. Dabei darf daran erinnert werden, dass das Bundesverfassungsgericht dem Besitz den Schutz des Art. 14 GG angedeihen lässt¹²⁸. Für die Rechtsverletzung kommt es nicht auf eine Sachbeschädigung oder einen unmittelbar durch das Verhalten entstehenden konkreten wirtschaftlichen Schaden an, wie sich zum Beispiel beim verbotenen Parken auf dem Parkplatz eines bereits geschlossenen Einkaufsmarktes zeigt¹²⁹. Deshalb ist es auch unerheblich, ob gerade Frischware zu verderben droht¹³⁰. Für den Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 BGB beziehungsweise §§ 862, 858 BGB genügt die Störung der tatsächlichen Sachherrschaft ohne Gestattung des Eigentümers beziehungsweise Besitzers. Nach *Staudinger/Gursky* ist eine Eigentumsbeeinträchtigung natürlich auch gegeben, wenn der Störer die räumliche Lage einer Sache gegen den Willen des Eigentümers verändere¹³¹. Selbst wenn man das

125 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 54.

126 *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilbd. 1, 10. Aufl. 2009, § 30 Rn. 14.

127 *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 126); *Lilie*, in: Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 123 Rn. 50, 52 f.; *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum StGB (MünchKommStGB), Bd. 2/2, 2005, § 123 Rn. 33; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrecht, 27. Aufl. 2006, § 123 Rn. 24 ff.; weitergehend BGH 11.7. 1996 – 1 StR 285/96, NStZ-RR 1997, 97, 98, wo auf den vom generellen Willen des Gastwirts nicht gedeckten Zweck des Lokalbesuchs (Schutzgelderpressung) abgestellt worden ist.

128 BVerfG 26.5. 1993 – 1 BvR 208/93, Leitsatz 1, BVerfGE 89, 1 ff.

129 BGH 5.6. 2009 – V ZR 144/08, NJW 2009, 2530 ff.: Schadensersatz wegen der durch die Ausübung des Selbsthilferechts (§ 859 BGB) entstandenen Abschleppkosten.

130 So aber LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 1), unter 2.2.4.4, und offenbar das BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 63, das auch nur an § 303 StGB denkt.

131 *Gursky*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3: Sachenrecht, 2006, § 1004 Rn. 18, 22.

Herausnehmen von Sachen aus einem Regal noch als eine unerhebliche Störung bezeichnen würde, gilt dies nicht mehr für das Verbringen von Ware an einen anderen Platz zu anderen Zwecken als dem Kauf. Besonders deutlich ist die Störung, wenn man das Legen der Ware in den Einkaufswagen schon als Begründung von (ungleichartigem) Mitbesitz (§ 866 BGB) bewertet, weil damit dem Ladeninhaber der Alleinbesitz entzogen würde¹³². Zur Veranschaulichung der Eigentums- und Besitzstörung fernab eines Streiks stelle man sich nur vor, dass jemand zum Beispiel eine Buchhandlung betritt, um dort ohne jede Kaufabsicht sogleich auf Tischen Bücherstapel anzulegen oder Regale um- oder auszuräumen. Ich denke auch an die private Bibliothek eines Hochschullehrers oder Richters, der sich ein Besucher in solcher Weise annähme. Durch ein solches Verhalten würden zweifelsfrei Eigentum und Besitz gestört, ohne dass eine Rechtfertigung nur im Entferntesten erkennbar wäre. Denn die tatsächliche Nutzung der Sache nach dem Willen des Eigentümers und Besitzers wird dadurch beeinträchtigt¹³³, und dies offensichtlich viel intensiver als bei dem vom BGH für rechtswidrig erklärten unerwünschten Einwurf von Werbematerial in Briefkästen¹³⁴. Während für die Strafbarkeit des Hausfriedensbruchs nach ganz herrschender Meinung von einem widerrechtlichen Eindringen nur die Rede sein kann, wenn die Zutrittsverweigerung deutlich nach außen gegenüber dem Täter erkennbar ist¹³⁵, ist es für den zivilrechtlichen Störer klar, dass jede generelle stillschweigende Einwilligung oder Duldung des Zugriffs auf die Waren nur für den Fall des normalen Einkaufsverhaltens gelten soll¹³⁶. Sogar ein Ver-

132 Zu dieser Rechtsfigur *Stadler*, in: *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 16, 13. Aufl. 2002, § 866 Rn. 2 und 4; *Bund*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3: Sachenrecht, 2007, § 866 Rn. 21.

133 *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 9 Rn. 22; *Stadler*, in: *Soergel* (Fn. 132), § 858 Rn. 8; *Münch*, in: *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 15/1, 13. Aufl. 2007, § 1004 Rn. 33; *Bund*, in: *Staudinger* (Fn. 132), § 858 Rn. 14.

134 BGH 20.12. 1988 – VI ZR 182/88, BGHZ 106, 229 ff. = NJW 1989, 902 ff.; dazu zustimmend *K. Schmidt*, Rechtsprechungsübersicht: Unterlassungsanspruch gegen den Einwurf von Werbematerial in den Briefkasten, JuS 1989, 495; *Bassenge*, in: *Palandt*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1004 Rn. 10.

135 Vgl. oben Fn. 125 und 126.

136 Auch nach Ansicht des BGH 3.11. 1993 – VIII ZR 106/93, BGHZ 124, 39 ff. = NJW 1994, 188 ff., der sich bei dem Hausverbot wegen nicht zulässiger Taschenkontrolle recht großzügig gezeigt hat, gestattet der Ladeninhaber generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall nur allen Kunden den Zutritt, die sich im Rahmen „üblichen Käuferverhaltens“ bewegen. Kritisch zur Einschränkung des Hausrechts allein wegen unzulässiger Taschenkontrollen *Baur/Stürner* (Fn. 133), § 9 Rn. 14; *Löwisch/Rieble*, Besitzwehr zur Durchsetzung eines Hausverbots, NJW 1994, 2596.

halten, das eine konkrete Beeinträchtigung der Nutzung vorbereitet, kann unter Umständen schon als Besitzstörung zu qualifizieren sein¹³⁷.

Eine Eigentums- beziehungsweise Besitzstörung wird ferner angenommen, wenn unerwünschte Sachen auf ein Grundstück gebracht werden¹³⁸, zum Beispiel Flyer zur Verteilung an Kunden¹³⁹. Für die Beteiligten an einer *flash mob*-Aktion gelten für das Ankleben eines Plakats und die Verteilung von Flugblättern im Laden keine anderen Maßstäbe. Evident rechtswidrig ist auch das Versperren von Kassen mit vollgepackten Einkaufswagen ohne Kaufabsicht. Der Hinweis auf den beabsichtigten Masseneinkauf von „Pfennig-Artikeln“ wäre, wenn nicht Schikane (§ 226 BGB), so doch rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB).

Das BAG spricht diese denkbaren Rechtsverletzungen jedoch nur unter dem Gesichtspunkt der Sachbeschädigung an; eventuelle „Exzesse“ in Gestalt des Verderbs von Frischwaren führten allein nicht zur Rechtswidrigkeit des Kampfmittels. Erneut fragt man sich, warum das BAG im Rahmen des ihm zugestandenen Spielraums bei der Gestaltung der Arbeitskämpf-ordnung solche naheliegenden Gefahren nicht angemessen berücksichtigt.

[c] Sittenwidrige Schädigung

Sieht man von der gewerkschaftlichen Zielsetzung zunächst ab, habe ich darüber hinaus keine Zweifel, dass ein solches vorsätzliches Verhalten, jedenfalls objektiv das Prädikat „sittenwidrig“ verdient. Man stelle sich eine *flash mob*-Aktion in einem Laden vor, um den Verkauf von genveränderten Lebensmitteln zu verhindern oder höhere Preise für Milchprodukte durchzusetzen. Allenfalls über das subjektive Merkmal des Bewusstseins der Sittenwidrigkeit könnte man streiten. Das BAG verlangt hierzu eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens der Gewerkschaft. Von einer die Regeln eines fairen Arbeitskamps nach Form und Ausmaß verletzenden Rücksichtslosigkeit könne bei Aktionen in dem bislang erfolgten Umfang nicht gesprochen werden¹⁴⁰. Unabhängig davon, ob alle Voraussetzungen des § 826 BGB vorliegen, kann solch exzessives Verhalten der Gewerkschaft und der beteiligten Personen – anders als die bloße Arbeitsniederlegung – weder als „fair“ bezeichnet noch unter

137 *Bund*, in: *Staudinger* (Fn. 132), § 858 Rn. 14.

138 *Münch*, in: *Soergel* (Fn. 133), § 1004 Rn. 41 und 47; *Gursky*, in: *Staudinger* (Fn. 131), § 1004 Rn. 23.

139 Unerlaubte Verteilung von Werbezetteln auf einem Parkplatz (OLG Stuttgart 19.1. 1996 – 2 U 164/95, NJW-RR 1996, 1516, 1517) oder in einem Flughafen-gebäude aus Protest gegen eine beabsichtigte Abschiebung (BGH 20.1. 2006 – V ZR 134/05, NJW 2006, 1054 ff.).

140 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 64.

schlichter Berufung auf eine angeblich koalitionspezifische Betätigung gerechtfertigt werden¹⁴¹.

[d] Nähe zu Betriebsblockade und Betriebsbesetzung

Das BAG vermeidet ausdrücklich eine rechtliche Beurteilung von Betriebsblockaden¹⁴², sondern verweist lediglich auf ein Urteil von 1988¹⁴³, das diese für rechtswidrig erklärt hatte – freilich schon damals mit einem Vorbehalt für neue technische Entwicklungen. Dies verheißt nichts Gutes für die Beurteilung zukünftiger Betriebsstörungen¹⁴⁴. Macht man sich nämlich die Unfriedlichkeit der *flash mob*-Aktion bewusst, die jedenfalls partiell einer Betriebsbesetzung nahekommen kann, und nimmt man ein solches Verhalten wie das BAG in Kauf, liegt in der Konsequenz die von *Dieterich* angedeutete Frage nicht mehr fern, ob nicht eine kurzzeitige Betriebsblockade sogar das mildere Mittel sein könnte¹⁴⁵: Ein Hausfriedensbruch scheidet dann von vornherein aus, Schäden an den Waren können nicht eintreten und der Arbeitgeber wird nicht mit den Kosten für die Aufräumarbeiten belastet; vor allem aber drohen keine körperlichen Auseinandersetzungen mit dem Personal oder empörten Kunden. Wo zieht man dann aber die zeitliche Grenze, an der das BAG schon beim Warnstreik gescheitert ist? Die Vergleichbarkeit mit der nach meiner Auffassung stets unzulässigen Betriebsblockade¹⁴⁶ sollte daher erst recht gegen die Zulässigkeit der *flash mob*-Aktion sprechen.

141 Vgl. *Rieble*, NZA 2008, 796, 798 f.; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 444, 446 ff.; *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter II 1 b, dd. Anderer Ansicht *Reichold*, in: *jurisPK-BGB* (Fn. 2), § 826 BGB Rn. 16.1, der auch neuartige Kampfmittel nach demselben Maßstab messen will wie den Streik (Aktualisierung vom 18.3. 2009). Ein Streik sei aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Verankerung nur sittenwidrig, wenn er evident unverhältnismäßig sei oder Zwecke verfolgt würden, die offenkundig nicht dem Kompetenzbereich der Tarifvertragsparteien unterfallen (Rn. 16).

142 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 62.

143 BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86, unter C III, NZA 1989, 475 ff.

144 Zur Bandbreite denkbarer unzulässiger Aktionen siehe zutreffend ArbG Berlin 23.6. 2008 – 2 Ga 9993/08, *juris*. Vgl. auch *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 22 f.

145 In diese Richtung tendiert in der Tat *Dieterich*, in: *ErfK* (Fn. 4), Art. 9 GG Rn. 277. Siehe auch *Platow*, Zeitarbeit und Arbeitskampf, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), *Zukunft der Zeitarbeit*, 2009, S. 15, 23 ff. (unter A, Rn. 17 und 24).

146 *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 11 Rn. 5. Auch Art. 28 Grundrechte-Charta rechtfertigt Blockaden nicht (*Konzen*, Arbeitskampf, Lohndumping und europäische Grundfreiheiten, *Festschrift Buchner*, 2009, S. 461, 470 und 475).

[2] Minimale Anforderungen an die Ankündigung der Kampfmaßnahme und deren Organisation trotz der Beteiligung beliebiger Dritter

Auffällig ist gerade angesichts der beim *flash mob* drohenden Rechtsverletzungen, wie sehr das BAG die an sich geforderte Ankündigung der Kampfmaßnahme minimalisiert¹⁴⁷. Das BAG überträgt auch hier die Überlegungen zum normalen Streik unter Berufung auf ein Urteil aus dem Jahr 1995¹⁴⁸ ohne Umstände auf *flash mob*-Aktionen. Dabei müsste man einen besonderen organisatorischen Aufwand vonseiten der Gewerkschaft erwarten, weil eine solche Aktion durch die gewollte oder ungewollte Beteiligung Dritter leicht aus dem Ruder laufen kann¹⁴⁹. Allerdings würde eine konkrete Vorankündigung vor dem Betreten des Ladens die Durchführung der Aktion häufig illusorisch machen, weil dann das Hausrecht sicher ausgeübt würde. Deshalb bleibt unklar, was es eigentlich bedeutet, dass für die Arbeitgeberseite jedenfalls erkennbar sein müsse, ob überhaupt und gegebenenfalls um welche Art von Arbeitsk Kampfmaßnahme es sich handelt und wer dafür die Verantwortung trägt.

[3] Angebliche Abwehrmöglichkeiten

Das BAG empfiehlt dem Arbeitgeber als wirksame Reaktion das Hausverbot beziehungsweise die Betriebsschließung. Beides muss vom Arbeitgeber als absurd empfunden werden¹⁵⁰.

[a] Hausverbot

Das BAG begründet das selbstverständliche Hausrecht des Arbeitgebers, das auf Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004) beruht¹⁵¹, im Vergleich mit den Eigentums- und Besitzstörungen erstaunlich ausführlich¹⁵². Das Hausrecht ermöglicht seinem Inhaber, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt zu der Örtlichkeit gestattet und wem er ihn verwehrt. Das schließt das Recht ein, den Zutritt nur zu bestimmten Zwecken zu erlauben und die Einhaltung dieser

-
- 147 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 54. Beim Unterstützungsstreik wird das Problem gar nicht angesprochen – dazu *Rieble*, BB 2008, 1506, 1513.
- 148 Vgl. BAG 31.10. 1995 – 1 AZR 217/95, unter I 2 c, AP Nr. 140 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NZA 1996, 389 ff.; zur Problematik auch *Otto*, Anmerkung BAG 23.10. 1996 – 1 AZR 269/96, EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 126 unter I.
- 149 Zur Haftung der Organisatoren *Rieble*, NZA 2008, 796, 798 f.
- 150 Kritisch *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21 und 23; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 263 f. Ebenso *Greiner*, EZA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 143 unter IV 3 e, bb (2) und unter IV 3 e, cc zur Exzessgefahr und Drittbetroffenheit.
- 151 BGH 20.1. 2006 – V ZR 134/05 (Fn. 139).
- 152 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 56 bis 58.

Zwecke mittels eines Hausverbots durchzusetzen¹⁵³. Bei beruflicher Betätigung genießt das Hausrecht auch den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG.

Hinsichtlich der vom BAG behaupteten praktischen Durchsetzbarkeit eines Hausverbots bestehen allerdings bei der heutigen typischen Organisation von Ladengeschäften mehr als nur begründete Zweifel. An den Eingängen befindet sich zumeist kein Personal. Die Teilnehmer einer solchen Aktion werden im Interesse des Erfolgs in der Regel ihre Absichten auch kaum deutlich vor dem Eintritt zu erkennen geben, da anderenfalls ein Hausfriedensbruch in Form des widerrechtlichen Eindringens vorliegen könnte¹⁵⁴. Da es sich zumeist um völlig fremde Personen handeln wird, hat das Personal kaum Chancen, gerade die „unechten“ Kunden zu identifizieren. Etwas Weiteres kommt hinzu: Der „einfache“ Mitarbeiter wird sich weder dazu in der Lage sehen noch dazu berufen fühlen, ein Hausverbot mit der Folge auszusprechen, dass scheinbare Käufer nunmehr im Sinne des § 123 StGB unbefugt in den Geschäftsräumen verweilen¹⁵⁵. Er befindet sich zudem in einem offensichtlichen Interessenkonflikt. Da eine solche Aktion nicht im Detail vorher angekündigt werden muss, wird es daher in der Regel zu spät sein, bevor ein zuständiger Mitarbeiter das Hausverbot aussprechen kann. *Schwarze* schlägt vor, das Hausverbot durch Aushänge oder entsprechende Erklärungen gegenüber der Streikleitung zu aktivieren¹⁵⁶. Dies könnte immerhin ein Ausweg sei. Ob solche Maßnahmen freilich beachtet würden, steht dahin.

Ungerührt lässt das BAG ferner, dass Sachbeschädigungen und körperliche Auseinandersetzungen einschließlich von Nötigungen passieren können, die zwar nicht zum gewerkschaftlichen Plan gehören, aber dennoch wegen des selbst für die Organisatoren nicht überschaubaren Teilnehmerkreises nicht fernliegen. Die grundsätzliche richterliche Zulassung derartiger Aktionen dürfte die Hemmschwelle vor dem Eingriff in fremde Rechte und Rechtsgüter senken.

[b] Betriebsschließung

Als zweites Abwehrmittel schlägt das BAG die vorübergehende Betriebschließung vor¹⁵⁷. Hierunter versteht es nicht den faktischen Vorgang des Verriegelns der Eingänge, was im Übrigen auf eine Art mittelbarer Be-

153 BGH 8.11. 2005 – KZR 37/03, Rn. 25, BGHZ 165, 62 ff. = NJW 2006, 377 ff.

154 Vgl. oben zu Fn. 125, 126.

155 *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 126), § 30 Rn. 18 ff.

156 *Schwarze*, JA 2010, 468, 470 unter D II. Siehe auch *Löwisch*, Besitzschutz gegen Flashmob, NZA 2010, 209 ff., mit Zweifeln hinsichtlich der praktischen Handhabbarkeit (211).

157 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 59-61.

triebsblockade hinausliefe, sondern das Institut der suspendierenden Betriebsstilllegung. Das ermögliche es, nicht streikende, arbeitswillige Außenseiter in die Risikogemeinschaft der Arbeitnehmer einzubeziehen, und eröffne dem Arbeitgeber schnelle und betriebsspezifische Reaktionen, die das Instrument der Abwehraussperrung nicht oder jedenfalls nicht in derselben Effizienz biete¹⁵⁸.

Nun ist die Erfindung dieses Instituts schon als – angebliche – Antwort auf einen im Betrieb ausgerufenen Streik zu kritisieren¹⁵⁹. Im vorliegenden Zusammenhang macht das Institut aber nicht den geringsten Sinn. Eine Abwehraussperrung wäre zwar schnell unverhältnismäßig, wenn der *flash mob* ohnehin nicht zu einer längeren Störung von Betriebsabläufen führt. Der Verantwortliche kann aber nicht einmal das anwesende Personal aus dem Laden schicken, bevor alle Kunden oder Störer den Laden verlassen haben. Schließlich bestünde sonst erst recht die Gefahr, dass Schäden eintreten. Zudem ist es widersprüchlich, dem Arbeitgeber nahezu legen, das Personal von seinen Vertragspflichten zu suspendieren, und gleichzeitig zu behaupten, dass dieses „die Folgen der Betriebsstörung durch das Zurückräumen der Ware aus den befüllten Wagen unschwer beseitigen kann“. Man kann sich nicht des Eindrucks erwehren, dass das Ergebnis mit jedem nur erdenklichen Argument verteidigt werden sollte. Eine Selbstschädigung in Form der Ladenschließung zur wirksamen Verteidigungsmöglichkeit zu erklären, obwohl das BAG einräumt, dass die Betriebsstilllegung dann genau zu dem Ergebnis führt, das die Gewerkschaft mit dem ursprünglichen, jedoch nicht ausreichend befolgten Streikaufruf zu erreichen versuchte, dürfte für den betroffenen Arbeitgeber zynisch klingen und überfordert sicher nicht nur mein Gerechtigkeitsempfinden.

V. Kollektive Arbeitsbeziehungen im sozialen Rechtsstaat Deutschland

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das BAG den zivilrechtlichen Grundregeln und den schutzwürdigen Interessen Dritter eine zu geringe Bedeutung zumisst¹⁶⁰. Während ursprünglich die individualrechtliche und die kollektivrechtliche Ebene unverbunden nebeneinanderstanden, erkannte der Große Senat des BAG 1955 an, dass der rechtmäßige Streik die dadurch bedingte Arbeitsniederlegung individualrechtlich rechtfertigt und damit die außerordentliche Kündigung wegen Vertragsbruchs aus-

158 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), Rn. 60.

159 Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 11 Rn. 12 ff.

160 Vgl. Richardi, Tarifeinheit im Tarifpluralen Betrieb, Festschrift Buchner, 2009, S. 731, 741; Rieble, BB 2008, 1506, 1510 ff.

schließt¹⁶¹. Nun soll offenbar unter Berufung auf die kollektive Kampfmittelfreiheit nicht nur die Arbeitsniederlegung, sondern die Verletzung von tarifvertraglichen und individualrechtlichen Schutzpflichten sowie die Störung von Eigentum und Besitz grundsätzlich legitimiert werden. Damit erhalte die kollektivrechtliche Ebene die absolute Dominanz. Mir ist von *Dieterich* in anderem Zusammenhang vorgehalten worden, dass die Besonderheit des Arbeitskampfrechts der Besonderheit des Arbeitsmarkts geschuldet sei und insoweit als Funktionsbedingung der Tarifautonomie grundrechtlichen Schutz genieße¹⁶². Richtig ist aber zumindest ebenso, dass die konkreten Regeln für das kollektive Geschehen des Arbeitskampfs in das bestehende Rechtssystem mit hinreichendem dogmatischem Bewusstsein und unter Wahrung der Einheit der Rechtsordnung eingepasst werden müssen¹⁶³.

Anlässlich der Absolventenfeier am Ende dieses Wintersemesters hat die Generalbundesanwältin *Harms* eindrucksvoll das Thema: „Recht sichert Freiheit – Gelten diese Maßstäbe auch heute noch?“ behandelt¹⁶⁴. Zutreffend hat sie betont, dass das Recht fragil sei und klarer Grundsatzentscheidungen bedürfe. Das *flash mob*-Urteil leistet einen spezifischen Beitrag zur Auflösung des Rechtsempfindens¹⁶⁵. Man fühlt sich – wenn auch sicher weit entfernt – an die unselige Unterscheidung zwischen der von Einigen gerechtfertigten Gewalt gegen Sachen und der unzulässigen Gewalt gegen Personen von vor 40 Jahren erinnert, die völlig ausgeblendet hatte, dass zumindest den Polizisten die Aufgabe zukam, das Eigentum an den Sachen zu schützen. Immerhin musste das LAG Niedersachsen Gewerkschaftsmitgliedern schon das gewaltsame Eindringen in Bungalows einer Hotelanlage zu Werbezwecken untersagen¹⁶⁶. *Helmut Platow*, Bereichsleiter Recht beim ver.di-Bundesvorstand und ehrenamtlicher Richter am BAG, hat mit Blick auf die Zeitarbeit offen bekannt, dass in einer realen Auseinandersetzung von der Gewerkschaft versucht würde,

161 BAG GS 28.1. 1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 22), § 2 Rn. 17 ff.

162 *Dieterich*, Kontrollpflicht und Zensurverbot im Arbeitskampf, Festschrift *Otto*, 2008, S. 45, 52.

163 Vgl. auch *Konzen*, SAE 2008, 1, 9. *Picker*, Zur Zukunft des Kollektivarbeitsrechts, Festschrift *Bauer*, 2010, S. 811, 825 f., spricht von einem Systembruch.

164 Göttinger Tageblatt vom 9.2. 2010, S. 18.

165 Vgl. *Rieht*, SAE 2010, 37, 42. Dies umso mehr, als das ArbG Berlin, 12.12. 2007 – 34 Ga 20169/07, BeckRS 2009, 68140, im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes derartige Aktionen zunächst untersagt hatte. Die beteiligten Verbände verständigten sich daraufhin, zur Klärung der Rechtslage das Hauptsacheverfahren zu betreiben (vgl. *Brötzmann*, Zur Frage der Zulässigkeit von streikbegleitenden Flashmob-Aktionen im Einzelhandel als Arbeitskampfmittel, NJW 2010, 638).

166 LAG Niedersachsen 17.11. 2008 – 11 SaGa 1433/08, NZA-RR 2009, 209 ff.

„einen rechtlichen Rahmen dafür herzustellen oder hinterher zu konstruieren“¹⁶⁷. *Thomas Klebe*, Leiter des Justizariats der IG Metall und als ehrenamtlicher Richter am *flash mob*-Urteil beteiligt, spricht verharmlosend von „im Grunde symbolischen Aktionen“¹⁶⁸. *Ulrich Fischer* beklagt ein „Zetern und Einschlagen auf das BAG mit geschärften Worten“ ob des *flash mob*-Urteils und spricht davon, „dass die Arbeitsgerichte anhand von mehr oder weniger zufällig entschiedenen Einzelfallkonstellationen ein konsistentes Arbeitskampsrechtsnetz stricken“¹⁶⁹. Da aber gerade von einer solchen Konsistenz nicht entfernt die Rede sein kann, ist die empörte Reaktion auf das *flash mob*-Urteil und die Anrufung des BVerfG¹⁷⁰ nur zu verständlich¹⁷¹. Gerade Richter sollten genügend innere Unabhängigkeit besitzen, die inhaltlichen Einwände selbstkritisch zu würdigen und nicht diesen oder jenen etwas heftigeren Ton zum Vorwand nehmen, eine Entscheidung – und noch dazu die Vielzahl von *obiter dicta*¹⁷² – vorbehaltlos zu verteidigen oder gar der Debatte auszuweichen.

Angesichts der eingangs geschilderten Wegmarken, des Bekenntnisses des BAG zur freien Wahl der Kampfmittel und zur großzügigen Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist die bewusst provokante Frage im Thema des Vortrags: „Das BAG auf dem Weg zu einem – nahezu schrankenlosen – Arbeitskampf?“ berechtigt. Es ist zu hoffen, dass die gegen das *flash mob*-Urteil mit Recht eingelegte Verfassungsbeschwerde¹⁷³ das BAG auf den richtigen Weg zurückführt, zumal der Erste Senat des BAG es schon mit Rücksicht auf die grundsätzliche Bedeutung (§ 45 Abs. 4 ArbGG) zu Unrecht versäumt hat, den Großen Senat anzurufen¹⁷⁴.

167 *Platow*, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 145), unter A, Rn. 24 a.E.

168 *Bauer/Klebe/Schunder*, Das Arbeitsrecht in der neuen Legislaturperiode, NZA 2009, 1190, 1192.

169 *Fischer*, Editorial, NJW 2010, Heft 3.

170 FAZ vom 29.12. 2009, Nr. 301, S. 9.

171 Zur Funktion der Rechtsprechungskritik *Rüthers*, NZA 2010, 6, 13.

172 Für den Unterstützungsstreik BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 45 ff., ebenso das Senatsmitglied *Kreft*, BB Special 4/2008 zu Heft 14, 11 f.; *Wank*, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter II und VI; für den Demonstrationsstreik. BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 3), Rn. 13; *Sunnus*, AuR 2008, 1, 4 f.; kritisch dazu *Junker*, JZ 2008, 102, 104.; *Olbertz/Reinartz*, Die erweiterten Kampfrechte der Gewerkschaften – Was Arbeitgeber künftig beachten müssen, ArbRB 2008, 310, 313; *Rieble*, BB 2008, 1506, 1507.

173 Die Verfassungsbeschwerde hat allerdings nur der Einzelhandelsverband HDE eingelegt (NZA 2/2010 NZA aktuell S. 11). Skeptisch deshalb *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 264.

174 Zur Vorlagepflicht gemäß § 45 Abs. 2 ArbGG *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 264; *Säcker*, NJW 2010, 1115, 1116, der darüber hinaus eine Anrufung des Gemeinsamen Senats der Obersten Bundesgerichte für geboten hält.

VI. Thesen

1. Das BAG verkennt nach meiner Auffassung den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, indem es die verfassungsrechtlich gewährleistete koalitionspezifische Betätigung mithilfe 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 so weitgehend Unterstützungsstreiks und *flash mob*-Aktionen bei einer besonnenen Abwägung der betroffenen Interessen gestatten würde. Aufgabe des Gesetzgebers ist es gerade, soziale Spannungen mit einem „rechtsgeleiteten Ritual“¹⁷⁵ einzuhegen.
5. Beim Unterstützungsstreik 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 Unterstützungsstreiks 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 Unterstützungsstreik werden.
6. Dem BAG ist offenbar verborgen geblieben, dass die *flash mob*-Aktionen nicht nur das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beeinträchtigen, sondern auch Eigentum und Besitz, ganz abgesehen von der möglichen Verletzung vertraglicher oder vertragsähnlicher Pflichten.
7. Die vom BAG ins Feld geführten Möglichkeiten der Gegenwehr beim *flash mob* – Hausverbot und Betriebsschließung – sind entweder praktisch kaum umzusetzen oder laufen auf eine zusätzliche Selbstschädigung hinaus.

175 Dieterich, in: ErfK (Fn. 5), Art. 9 GG Rn. 130.

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.

Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, lieber Herr *Otto*, für das beeindruckende Referat. Herr *Konzen* hat angeregt, die Diskussion über die Referate der Kollegen *Otto* und *Kersten* zusammenzulegen. Die Vorabdiskussion dieses Vorschlags hat dazu geführt, dass wir uns doch lieber in einem ersten Diskussionsblock konzentrieren wollen, um zunächst die spezifisch arbeitskampfrechtlichen Fragen zu diskutieren und nach dem Referat von Herrn *Kersten* dem Verfassungsrecht eigenständiges Gewicht in der Diskussion zu geben. Die Diskussion kann man, glaube ich, ganz gut trennen. Ich möchte Sie jetzt bitten, Ihre Fragen zum Referat von Herrn *Otto* zu stellen und die verfassungsrechtlichen Aspekte auf die Diskussion des Vortrags von Herrn *Kersten* zu verschieben. Ich erwarte Ihre Wortmeldungen.

Professor Dr. Horst Konzen, Johannes Gutenberg Universität Mainz:

Als Erstes, Herr *Otto* (als nahezu Gleichaltrigem kommt es mir eigentlich nicht zu, aber einer sollte es wenigstens zu Beginn sagen): Das war ein brillantes Referat! Außerdem, Herr *Rieble*, ist auch der Ort, an dem wir hier antreten, richtig gewählt: Was wir hier tun werden, ist Derblecken, nicht wahr, wie es der Bruder *Barnabas* tut. Es hört uns auch hier, wie sich versteht, keiner zu. Die Adressaten dessen, was wir zu sagen haben, sind ja als Diskussionspartner seit langer Zeit verschwunden. Das BAG nimmt – das muss einen nicht böse stimmen – im Arbeitskampfrecht von dem, was die Wissenschaft sagt, eigentlich keine Kenntnis mehr. Man macht sich sicher nicht der Ehrverletzung schuldig, wenn man sagt, das BAG würdige die Argumente, die existieren, jedenfalls nicht erkennbar. Vielleicht sollte man umgekehrt sagen: Es würdigt die Argumente erkennbar nicht. Aber lassen wir dies vorweg. Dass Sie mich jetzt aufgerufen haben, hat für mich eine gewisse Peinlichkeit, weil ich das Zentrum dessen, was zu sagen wäre – daher auch meine Diskussionsanregung –, in dem Zusammenhang von Schutzbereich einseitiger Koalitionsmittelfreiheit der Gewerkschaften – von Arbeitgebern ist nirgends die Rede – und Einschätzungsprärogative erblicke. Es fällt mir schwer mich auf Vorfragen zu konzentrieren, weil es mir schon vorher schwergefallen wäre, Ihre Trennung mitzuspielen. Versuchen wir also, das, was Herr *Kersten* dann anschließend sagt, getrennt zu diskutieren. Ich will vorweg nur ganz wenige Aspekte, die Herr *Otto* angedeutet hat, herausgreifen, auch schon deswegen, damit die Diskussion dann wenigstens eingeleitet worden ist.

Herr *Otto*, Sie haben beiläufig etwas gesagt zur Geringschätzung der Unterschiede zum typischen Erzwingungsstreik: Es ist ja so, dieser ganze Wechsel auf den Schutzbereich beruhte ja auf einer etwas stupiden, durch die Rechtswissenschaft freilich unterstützten Vorstellung, unerlässlich sei nur das Mindestmaß. Das war nie so. *Hugo Seiter* hat geschrieben, die Koalitionsbetätigung müsse wirksam sein. Sie haben die Verfahrensgarantie der Arbeitskämpfungsmittel, natürlich auch des Streiks reklamiert. Ich habe das Wort typische Erforderlichkeit verwendet, aber gut, nun haben wir den Schutzbereich. Die Frage ist nur, und das wird Herr *Kersten* sicher ausführen, ob das irgendetwas ändert.

Ein Zweites noch, auch als Wunsch an Herrn *Kersten*: Herr *Otto*, die Frage, die ich mir stelle – und die Sie nicht erwähnt haben, obwohl Sie sich ja auch verfassungsrechtlich geäußert haben –, ist die, ob denn eigentlich das Koalitionsrecht der Gewerkschaft die Einstellung von bezahlten Söldnerheeren ermöglicht. Ich nehme nicht an, dass diejenigen, die sich mit beteiligt haben, dass diese die Pfennigartikel selbst bezahlt haben und ihre Zeit, ihre Anfahrt selbst erbracht haben; das fällt mir schwer zu glauben. Da müsste man sicher über die Drittbeteiligung und das Koalitionsrecht reden.

Zum Unterstützungsstreik brauche ich nach der SAE 2008 nichts zu sagen, da stimmen wir deckungsgleich überein. Was die Frage der Eigentums- und Besitzstörung bei der *flash mob*-Aktion angeht, müssen wir aufpassen, dass wir uns nicht – hoffentlich verteidigt Herr *Rieble* das jetzt nicht – auf die Freiburger Argumentation, man könne ja das Hausrecht mit dem Besitzstörungsrecht sichern, zu eigen machen. Ich denke, das ist nicht so. Wenn feststeht, dass eine rechtmäßige Aktion vorliegt, glaube ich nicht, dass man mit dem Unterschied zwischen possessorischen und petitorischen Ansprüchen irgendetwas anfangen kann. Dies dazu.

Die Berufung auf das Hausrecht verstehe ich, ehrlich gesagt, auch argumentativ nicht. Also nicht nur, was die Durchsetzung angeht. Eine rechtmäßige Handlung mit dem Hausrecht zu bekämpfen, bleibt mir verschlossen. Sollte man etwa auch sagen können, ihr dürft zwar gewerkschaftlich werben im Rahmen des Zulässigen – Art. 9 GG – aber ich mache von meinem Hausrecht Gebrauch? Das glaube ich, geht nicht auf. Das ist töricht, was das BAG da gemacht hat.

Zur Betriebsstilllegung: Das Argument ist eigentlich nur das, was es immer war, nämlich schlechterdings lachhaft. Vielleicht hatte Herr *Dieterich* sich vorgestellt, man könne irgendwann die Aussperrung mit der sogenannten Aussperrung *light*, die ja einmal im Schwange war, abwürgen. Ich weiß es nicht. Dass damit Notdienste unterstützt werden sollten – Sie haben es erwähnt – war handgreiflich. Wie dadurch eine Druckausübung auf die Gewerkschaft ausgeübt werden soll, die der Art. 9

Abs. 3 GG voraussetzt, ist unverständlich, und es kommt mir ein bisschen zynisch vor, dass die Zeremonienmeister im Ersten Senat sich ausgerechnet auf dieses lächerliche Institut berufen, um zu versuchen, die *flash mob*-Aktionen abzusichern. Dass die Parität nicht darin erschöpft sein darf, einfach zu sagen, wir haben ja zwei Gegenmöglichkeiten, die alle nichts taugen, versteht sich von selbst. Ich halte es für von vornherein klar, wir müssen erst fragen, bevor wir ein Kampfmittel zulassen, ob die Parität überhaupt besteht und ob es überhaupt paritätsgeeignet ist, und die Antwort muss beim *flash mob* klar lauten: Nein.

Professor Dr. Hansjörg Otto, Georg-August-Universität Göttingen:

Nur folgende Gesichtspunkte: erstens zu der Beteiligung Dritter an diesen Aktionen. Da könnte man sicherlich sehr viel mehr sagen. Es ist natürlich auch dadurch beunruhigend, dass man sich fragt, wer bekommt das mit. Wenn man an die Aktion in Berlin denkt. Wer bekommt mit, dass ein Aufruf erfolgt? Wer schließt sich dann an? Wie ist das von der Gewerkschaft noch in den Griff zu bekommen? Bei der Frage der mitgliedschaftlichen Legitimation, auch des Streits um die Betriebsstilllegung, kann ich natürlich nur zustimmen. Da widerlegt sich das BAG im Grunde mit dem Text ja selbst. Man sieht auch an dieser Stelle: Es wird nur etwas aus einer früheren Entscheidung abgeschrieben, und dann wird der Satz in die Begründung hineingesetzt. Das ist im Grunde das eigentlich Beängstigende, ob sie einen Zusammenhang der Entscheidungsgründe herstellen können. Um dann festzustellen, der Satz, jener Satz, das wird zusammengesetzt, und es wird nicht neu gefragt: Passt das auch?

Rechtsanwalt Ulrich Fischer, Frankfurt am Main:

Sie haben mit Freude auf das BAG eingeschlagen. Das macht immer Spaß, mache ich auch manchmal ganz gerne. Die Frage ist, ob das der richtige Weg ist oder ob nicht eine Überlegung anzustellen wäre, ob Gerechtigkeit, so wie Sie sie einfordern, nicht auch über Verfahren herzustellen ist, um es einmal ganz platt zu sagen. Und ob nicht die Malaise des Arbeitskampfrechts im Wesentlichen an der Malaise des arbeitskampfrechtlichen Verfahrens liegt. Da kann man oben an der Pyramide anfangen, fragend, mit der Überlegung: Wesentlichkeitslehre oder nicht? Man kann weiter fragen, ob nicht bei solchen neuen Kampfformen der Große Senat zuständig sein müsste. Und man kann sich fragen, ob es wirklich richtig ist, dass die eigentliche Rechtsentwicklung im Arbeitskampfrecht nur im Wege der einstweiligen Verfügung und nur durch die Tatsachengerichte durchgeführt wird. Ich glaube, es wäre viel gewonnen, wenn man auf

dieser verfahrensrechtlichen Ebene Strukturen fände, die das BAG näher an die Praxis bringen würde und umgekehrt die Rechtsunterworfenen eher an die endgültig Entscheidenden heranführen würde.

Hansjörg Otto:

Herr *Fischer*, ich habe hier in dem Vortrag, aber auch in einer anderen Form – in der RdA wird Ähnliches veröffentlicht – eine Schärfe an den Tag gelegt, die für mich völlig ungewohnt ist. Das ist aber auch nur in der Sache begründet. Wenn das BAG Literatur auswertet und zitiert, dann können Sie einmal sehen, wen es zitiert und wen es nicht zitiert. Und Sie können auch feststellen, dass Sie, wenn Sie zitiert werden, falsch zitiert werden. Ich habe also zum Beispiel ganz deutlich gesagt, dass die Kampfmittelfreiheit in diesem Umfang nicht besteht, sondern dass ein Kampfmittel jeweils neu begründet werden muss. Diese Passage in meinem Buch liest das BAG nicht, dafür aber andere Autoren, wo es meint, dass es damit durchkommt.

Zweiter Punkt: Sicherlich liegt im Verfahrensrecht ein Übel. Im Übrigen hätte das BAG ja nur dann rechtmäßig in seinem Verfahren gehandelt, wenn es den Großen Senat wegen der Abweichung angerufen hätte. Diese Möglichkeit hätte es ja gehabt. Warum ruft der Erste Senat bei seinen Arbeitskämpfentscheidungen, wenn er selbst erkennt, es ist etwas Neues, warum ruft er nicht den Großen Senat an? Dafür brauche ich auch kein neues Gesetz. Ansonsten ist es natürlich völlig richtig, dass man die Arbeitskämpfentscheidungen konzentrieren müsste, vielleicht beim BAG. Aber das ist zu den wertungsmäßigen Fragen heute wirklich nur ein Nebenkriegsschauplatz. Damit sollte man hier jetzt nicht ablenken.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich habe nur eine ganz konkrete Frage, die sich darauf bezieht, dass in bestimmten Bereichen unseres Arbeitslebens Streikmaßnahmen leerlaufen oder zumindest die Druckwirkung nicht das Maß erreicht, das wir in anderen Bereichen haben. Im Einzelhandel scheint es mir so zu sein, dass durch den Einsatz – Sie hatten es ja auch erwähnt – von kurz angelernten Leiharbeitnehmern die Druckwirkung verpuffen kann. Meine Frage ist: Gibt es eine Alternative zu der Eskalation, die vom BAG zugelassen wird? Könnte man auch über Deeskalationsmaßnahmen nachdenken? Was würden Sie von der Überlegung halten, dass man es dem Arbeitgeber möglicherweise untersagt, in bestimmten Situationen mit Hilfe von Leiharbeitnehmern kurzfristig Arbeitskräfte zu ersetzen? Wäre das eine Alter-

native zu einer immer stärkeren Ausweitung des Arbeitskampfgeschehens?

Hansjörg Otto:

Letzteres würde nur funktionieren, wenn in einem Betrieb oder Unternehmen Arbeitnehmer streiken, die den Betrieb lahmlegen können und der Arbeitgeber andere Kräfte anheuert, um den Betrieb fortzusetzen. Dann könnte man darüber nachdenken, ob der Einsatz von Ersatzarbeitnehmern schrankenlos zulässig sein kann und das mag ich jetzt nicht entscheiden. Ich habe auf andere Gesichtspunkte hingewiesen. Wenn die Leiharbeit einen unzutraglichen Zustand erreicht hat, ist es Sache des Bundesgesetzgebers, die Leiharbeit richtig zu regeln. Wie das geregelt werden müsste, sage ich jetzt nicht, ich sage nur, wenn das der Übelstand ist, muss man da ansetzen. Und wenn der Übelstand so ist, dass in bestimmten Bereichen, wo man überhaupt gar keinen Streik auch nur ansatzweise organisieren kann, Vergütungen herauskommen, die nicht mehr erträglich sind, und wenn man sich nicht damit zufriedengibt, im Einzelfall den Prozess zuzulassen, um dort mit dem Zwei-Drittel-Modell einen sittengemäßen Lohn zu erkämpfen, dann muss man über Mindestlöhne nachdenken, welcher Art auch immer. Aber man kann nicht einfach sagen, wir lassen solange Arbeitskampfmittel zu, bis erreicht ist, was erwünscht ist. Wobei ja auch noch das Problem darin besteht, dass die Höhe dann nicht festliegt. Wenn das BAG wenigstens sagen würde, wir erlauben einen Arbeitskampf in Form des *flash mob*, bis ein sittengemäßer Lohn erreicht ist (natürlich nur unterster Standard).

Peter Mayer, Präsident des LAG München a.D.:

Ich pflege durch kritische Anmerkungen Pfeile auf mich zu ziehen. Das kann ich dieses Mal nicht. Es war tatsächlich ein perfekter Vortrag, dem man nur zustimmen kann. Herr *Krause* hat schon das Stichwort gegeben, ich will es trotzdem noch einmal wiederholen. Das vom BVerfG in ganz anderem Zusammenhang, nämlich im Individualarbeitsrecht, herausgestellte kompensatorische Prinzip des Gesetzgebers oder, wenn der nicht tätig wird, der Arbeitsgerichte kann unmöglich dahin verstanden werden, dass die Gerichte dazu da sind, signifikanten Mitgliederschwund und signifikanten Schwund von Finanzmitteln bei den Gewerkschaften auszugleichen. Soweit geht die Stellung der Gewerkschaften – ich darf ja „Verfassung“ nicht in den Mund nehmen – nun wirklich nicht. Und Sie haben zu Recht gesagt, dass – und das haben wir schon gelernt in unserer Studentenzeit, soweit einer überhaupt Arbeitsrecht besucht hat – es zwar Alternativen gibt, das ist der Arbeitskampf in der herkömmlichen Ent-

wicklung, tariflich regelbares Ziel und so weiter, *Ultima Ratio*-Prinzip, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder die Alternative ist dann natürlich ein staatliches Tätigwerden. Das wird natürlich möglicherweise zu einem größeren Umfang von Mindestlöhnen führen. Mich würde wirklich einmal interessieren, wenn die Frage knallhart auf dem Tisch liegt, was den Arbeitgebern eigentlich lieber ist: klar rechtswidrige Arbeitsk Kampfmaßnahmen bis hin zu Söldnerheeren oder eben doch gewisse Mindestlöhne, die ja wirklich nur Mindestlöhne sind. Insgesamt ist die juristische Begründung des BAG für jemanden, der sein ganzes Leben lang Referendare ausgebildet und auch im Staatsexamen geprüft hat, geradezu hanebüchen und haarsträubend. Ich würde dem BAG im Zweiten Staatsexamen als Prüfer irgendwo zwischen null und drei Punkten geben.

Volker Rieble:

Tröstlich ist, dass wir hier nicht im Staatsexamen sind und dem BAG keine Noten geben müssen. Herr *Otto*, Sie haben das abschließende Wort.

Hansjörg Otto:

Vielen Dank, Herr *Mayer*. Wenn mir das Urteil als Seminarreferat untergekommen wäre, hätte ich im Wohlwollen gesagt, es mag ja gerade noch reichen. Ich möchte mit einer durchaus persönlich gehaltenen Bemerkung enden: Ich bin ein Schüler zweier großartiger Lehrer, nämlich von *Bötticher* und von *Zeuner*. Herr *Zeuner* war immer jemand, der für die Arbeitnehmerrechte eingetreten ist. In Hamburg ging damals der Satz, er sei der „rote Zeuner“. Das war übertrieben, aber jedenfalls hat er sich für Gewerkschaftspositionen eingesetzt. Herr *Zeuner* hat mich im Januar angerufen und hat gesagt – das hat er in einem solchen, einem fachlichen Zusammenhang eigentlich das erste Mal in seinem Leben getan –, ob eigentlich jemand etwas gegen diese Rechtsprechung des BAG sage. Sie sei ein unhaltbarer Zustand. Bisher sei der Arbeitskampf gekennzeichnet – in Deutschland jedenfalls – durch friedliches Zusammenarbeiten und dann auch Auseinandersetzungen mit friedlichen Mitteln. Ob das denn nun plötzlich anders sei und ob man nicht dagegen etwas unternehme? Ich hatte schon in München beim ZAAR zugesagt, wesentliche Stichworte standen. Aber ich kann nur sagen, ich habe das als eine ganz besondere Unterstützung dafür gefunden, dass ich auf dem richtigen Weg bin. Vielen Dank für Ihre Geduld.

Volker Rieble:

Vielen herzlichen Dank. Wie schon angekündigt, werden wir jetzt versuchen, den anderen Rechtsscheinwerfer auf das Problem zu werfen. Es ist, glaube ich, sehr wichtig und richtig, dass ein herausragender Staatsrechtler einmal die Frage mit einer öffentlich-rechtlichen Brille beäugt und verfassungsrechtlich durchleuchtet. Das unternimmt mein Fakultätskollege *Kersten*, der keineswegs mit öffentlich-rechtlichen Scheuklappen ausgerüstet ist und durchaus einen Blick für das Arbeitsleben hat. Herr *Kersten* hat einen wesentlichen Teil einer Kommentierung des Bundespersonalvertretungsgesetzes übernommen und ist damit jedenfalls mit unserem Mitbestimmungsdenken vertraut. Jetzt spare ich Zeit, es geht los und weiter.

Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – Zugleich ein Beitrag zur „Governance der Schwärme“

Jens Kersten

Seite

I. Einleitung	62
II. Verfassungsrechtliche Strukturen des Arbeitskampfrechts	63
1. Wandel der Arbeitskampfrechtsprechung	63
2. Koalitionsfreiheit: Freiheitsrecht und Institutsgarantie	65
3. Kritik des „neuen“ Arbeitskampfrechts	67
a) Schutzbereich	68
b) Schranken	69
4. Verfassungsrechtliche Bewertung von Arbeitskampfmitteln	72
III. Flash Mobs als Arbeitskampfmittel	73
1. Flash mobs als Schwarmbildung: <i>swarming</i>	73
a) Phänomenologie: flash mobs, smart mobs, raids	73
b) Typologie: Schwarmmuster	74
2. Arbeitskampfrechtliche Bewertung	77
a) Schutzbereich	77
[1] Personeller Schutzbereich	77
[2] Sachlicher Schutzbereich	78
b) Schranken	78
[1] Geeignetheit	78
[2] Erforderlichkeit	79
[3] Angemessenheit	80
IV. Ausblick	84
Diskussion	85

I. Einleitung

Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – diese Frage hat mit der *flash mob*-Entscheidung des BAG vom 22.9. 2009¹ eine vollkommen neue Dimension gewonnen, sicher aber noch nicht ihr rechtspolitisches Ende gefunden.

Dieser Entscheidung des Ersten Senats lag der folgende Sachverhalt zugrunde²: Die Tarifauseinandersetzungen im Einzelhandel waren 2007 festgefahren. Der Streik der Arbeitnehmer verfring nicht. Die Arbeitgeber konnten über Leiharbeit Streikfolgen vermeiden. Die Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter schlossen sich dem Streikaufruf der Gewerkschaft ver.di nicht an. Deshalb rief ver.di on- wie offline, ihre Mitglieder und „alle, die uns unterstützen wollen“³, zu sogenannten *flash mobs* auf: Wer sich beteiligen wollte, den Kassenbereich einer Einzelhandelsfiliale durch den massenweisen Kauf von Cent-Artikeln und das Abstellen von gefüllten Einkaufswagen zu blockieren, sollte seine Handy-Nummer bei der Gewerkschaft hinterlegen. Er würde sodann durch SMS über die bestreikte Filiale und den Zeitpunkt informiert, in der und zu dem der *flash mob* stattfinden würde. Am 8.12. 2007 wurde der *flash mob* sodann in einer Einzelhandelsfiliale am Berliner Ostbahnhof durchgeführt: Zwischen 40 und 50 Personen, von denen zwei „ver.di“-Jacken trugen und die nur zum Teil durch „ver.di“-Sticker erkennbar waren, blockierten den Kassenbereich durch den Kauf von Cent-Artikeln und durch 40 abgestellte, gefüllte Einkaufswagen. Eine Frau bekundete auf Nachfrage der Kassiererin ihre Kaufwillig- und Kauffähigkeit, so dass die von ihr ausgesuchten Waren im Wert von 371,78 € von der Kassiererin eingescannt wurden. Sodann behauptete die Frau jedoch, ihr Geld vergessen zu haben und ließ den gefüllten Einkaufswagen – unter dem lautstarken Beifall der übrigen „Flash-Mobber“ – stehen. Die Aktion dauerte zwischen 45 und 60 Minuten. Ob die „Flash-Mobber“ alle Gewerkschaftsmitglieder waren oder nicht, war umstritten, konnte jedoch aufgrund der Anonymität der Aktionsteilnehmer nicht mehr festgestellt werden.

Das ArbG Berlin untersagte mit Beschluss vom 12.12. 2007 im einstweiligen Rechtsschutz weitere *flash mob*-Aktionen der Gewerkschaft⁴: Als

1 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 ff.

2 ArbG Berlin 1.4. 2008 – 34 Ca 2402/08, Rn. 1 ff., juris; LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08, NZA-RR 2009, 149; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1348.

3 Zitiert nach BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1348.

4 ArbG Berlin 12.12. 2007 – 34 Ga 20169/07, juris, Gründe 1; vgl. hierzu Rieble, Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796; Säcker/Mohr, Das neue

Boykottmaßnahmen überspannten sie – so die Begründung – die im Arbeitskampf erlaubten Grenzen des Art. 9 Abs. 3 GG und verstießen gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie. Mit dieser zutreffenden Entscheidung und ihrer pointierten Begründung hätte das Ganze sein Bewenden haben können. Doch in der Hauptsache ordneten das ArbG Berlin⁵, das LG Berlin-Brandenburg⁶ und schließlich auch das BAG den *flash mob* als eine grundsätzlich verfassungskonforme Arbeitskampfmaßnahme ein⁷. Man habe dies – so begründete das ArbG Berlin sein Umschwenken – zunächst anders gesehen, da „Flashmob-Aktionen geschmacklos [...] und von der kampf führenden Gewerkschaft in den einzelnen Auswüchsen nur schwer kontrollierbar sind“⁸.

In gewisser Weise hat das ArbG Berlin sogar recht: Die Zulässigkeit von *flash mob*-Aktionen ist für die Arbeitsgerichtsbarkeit zu einer rechtspolitischen Geschmacksfrage geworden. Denn nach der höchstgerichtlichen Dekonstruktion der Koalitionsfreiheit steht der Arbeitsgerichtsbarkeit keine verfassungsrechtlich belastbare Dogmatik der Koalitionsfreiheit (II) für eine nachvollziehbar normative Prüfung von Arbeitskampfmaßnahmen – und insbesondere *flash mob*-Aktionen (III) – mehr zur Verfügung.

II. Verfassungsrechtliche Strukturen des Arbeitskampfrechts

Das BAG und das BVerfG haben die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Koalitionsfreiheit dogmatisch dekonstruiert und dadurch die verfassungsrechtlichen Koordinaten des Arbeitskampfrechts verschoben.

1. Wandel der Arbeitskampfrechtsprechung

Mit seiner Entscheidung vom 14.11. 1995 zur Gewerkschaftswerbung während der Arbeitszeit hat das BVerfG seine Kernbereichslehre aufgegeben⁹, nach der der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit allein soweit

Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, JZ 2010, 440, 441.

5 ArbG Berlin 1.4. 2008 – 34 Ca 2402/08 (Fn. 2), Rn. 24 ff.

6 LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2).

7 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1348 ff.

8 ArbG Berlin, 1.4. 2008 – 34 Ca 2402/08 (Fn. 2), Rn. 37 (Klammerzusatz durch den Verfasser); vgl. hierzu *Schubert/Schaumburg*, Arbeitsrecht im Jahre 2009 – Teil 2: Kollektives Arbeitsrecht, Neue Justiz (NJ) 2009, 397, 400; zu Recht kritisch *Rieble*, NZA 2008, 796.

9 BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 358 ff.; BVerfG 24.2. 1999 – 1 BvR 123/93, BVerfGE 100, 214, 221 ff.; BVerfG 6.2. 2007 – 1 BvR 978/05, NZA 2007, 394, 395; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 5 ff.

gewährleistet sein sollte, als dies für die Erhaltung und Sicherung einer Koalition unerlässlich sei¹⁰. Für die Koalitionsfreiheit gelte – so die Karlsruher Klarstellung – insofern nichts anderes als für alle anderen Freiheitsgrundrechte auch¹¹: Der Schutzbereich sei weit zu bestimmen und umfasse alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen. Die Frage nach der Unerlässlichkeit einer Maßnahme sei ein Problem der Grundrechtsschranken und infolgedessen der Abwägung mit anderen Rechtsgütern.

Von diesem Grundverständnis aus haben das BVerfG und das BAG während der nächsten – also der letzten – 15 Jahre in einem Zitat-Ping-Pong das Arbeitskampfrecht vollkommen transformiert¹². Nach den Urteilen des BAG zum Tarifsozialplanstreik vom 24.4. 2007¹³ und zum Unterstützungstreik vom 19.6. 2007¹⁴ sowie der *flash mob*-Entscheidung von 22.9. 2009¹⁵ ist der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG im Arbeitskampf für jede koalitionsspezifische Verhaltensweise eröffnet, wobei es allein auf die tarifpolitische Zielsetzung des Arbeitskampfmittels durch die Koalition ankommt, die es anwenden will. Bei der Bestimmung der Grenzen einer Arbeitskampfmaßnahme setzt das BAG ganz auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz¹⁶. Dabei eröffnet das BAG der Koalition, die das Arbeitskampfmittel einsetzt, bei der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung eine Einschätzungsprärogative, die das Gericht nur hinsichtlich eines möglichen Rechtsmissbrauchs überprüfen will¹⁷. Die Ange-

-
- 10 BVerfG 14.4. 1964 – 2 BvR 69/62, BVerfGE 17, 319, 333 f.; BVerfG 30.11. 1965 – 2 BvR 54/62, BVerfGE 19, 303, 321 ff.; BVerfG 26.5. 1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 304; BVerfG 19.2. 1975 – 1 BvR 418/71, BVerfGE 38, 386, 393; BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/77, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 368; BVerfG 17.2. 1981 – 2 BvR 384/78, BVerfGE 57, 220, 245 f.
- 11 BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92 (Fn. 9), 358.
- 12 Rieble, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506, 1509, 1514; Otto, Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeitskampf?, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Neues Arbeitskampfrecht?, 2010, S. 15 ff. (in diesem Band) mit weiteren Nachweisen.
- 13 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, BAGE 122, 134, 150 ff.
- 14 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, 135 ff.
- 15 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349 ff.
- 16 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 13), 159; BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 14), 142 ff.; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1352 f.; vgl. hierzu kritisch Rieble, NZA 2008, 796, 797; allgemein Otto, Arbeitskampfrecht (Fn. 9), § 8 Rn. 1 ff. mit weiteren Nachweisen; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 29 Rn. 6 ff. mit weiteren Nachweisen.
- 17 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 13), 159; BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 14), 143 f.; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1353; LAG Baden-Württemberg 31.3. 2009 – 2 SaGa 1/09, NZA 2009, 631, 634. Im Gegensatz zum BAG wird vom BVerfG eine Einschätzungsprärogative „nur“ für die Geeignetheit, nicht aber für die Erforderlichkeit anerkannt – vgl. BVerfG

messenheit des Kampfmittels wird vom BAG bejaht, wenn der Gegenseite bei typisierender Betrachtungsweise Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung stehen¹⁸.

2. Koalitionsfreiheit: Freiheitsrecht und Institutsgarantie

Die Kritik dieser korrespondierenden Entwicklung des Arbeitskampfrechts durch das BAG und das BVerfG muss – leider – harsch ausfallen¹⁹.

Allein dem Ausgangspunkt dieser Rechtsentwicklung – der Aufgabe der Kernbereichslehre – ist zuzustimmen²⁰: Bei rechtsdogmatischer Betrachtung stellt die Kernbereichslehre nichts anderes als eine auf der Schutzbereichsebene der Koalitionsfreiheit vorweggenommene Abwägung dar. Sie zieht Freiheit und Grenze der Koalitionen auf der Schutzbereichsebene zusammen, anstatt auf die argumentative Rationalität der normativen Unterscheidung zwischen der Schutzbereichs- und Schrankenenebene zu setzen. Fast noch schwerer als dieser rechtsdogmatische Einwand wiegt jedoch, dass das BAG in seiner Rechtsprechungspraxis den „Kernbereichsbegriff ebenso gedankenlos verwendet wie früher das BVerfG, ohne daraus konzeptionelle Folgerungen für den Grundrechtsschutz arbeitskampfführender Koalitionen zu ziehen“²¹.

Doch was an die Stelle der Kernbereichslehre getreten ist, verdient im Hinblick auf das Arbeitskampfrecht keine Zustimmung. Das BAG wie das BVerfG verkennen, dass es sich bei der Koalitionsfreiheit nicht um ein „ganz normales Freiheitsrecht“ wie die Religions-, die Meinungs- oder die Versammlungsfreiheit handelt. Vielmehr kombiniert die Koalitionsfreiheit hinsichtlich ihres zentralen Gewährleistungsgegenstands – der Tarifauto-

10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03, NZA 2004, 1338, 1340; hierzu *Reinartz/Olbertz*, Der Arbeitskampf im Ungleichgewicht: Rechtmäßigkeit des Unterstützungstreiks, DB 2008, 814 ff.; *Franzen*, Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, JbArbR 47 (2009), 119, 129.

18 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1353 f.; LAG Baden-Württemberg 31.3. 2009 – 2 SaGa 1/09 (Fn. 17), 634.

19 *Rüthers*, Arbeitskampf in einer veränderten Wirtschafts- und Arbeitswelt, NZA 2010, 6, 12 f.: „Panorama bedenklicher Orientierungsschwäche“.

20 *Scholz*, Anmerkung zu BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92, SAE 1996, 320, 321 ff.; *Benecke*, Die Arbeitskampffreiheit in der Rechtsprechung des BAG, Festschrift Buchner, 2008, S. 96, 104 f.; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 71 ff.

21 *Junker*, Anmerkung zu BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, JZ 2008, 102, 103; vgl. auch BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92 (Fn. 9), 360; *Rieble*, BB 2008, 1506, 1508.

nomie²² – ein Freiheitsrecht zur Koalitionsbildung mit einer Instituts-
garantie zur gemeinsamen vertraglichen Rechtsetzung durch die frei ge-
bildeten Koalitionen²³. Für das normative Konzept des Art. 9 Abs. 3 GG
sind also zwei Bausteine konstitutiv, die aufeinander bezogen sind:

Die Koalitionsfreiheit ist – erstens und vor allem – individuelle Freiheit
der Arbeitnehmer und Arbeitgeber, Koalitionen zu bilden, da Art. 9 Abs. 3
Satz 1 GG seinem Wortlaut nach ein individuelles Freiheitsrecht
garantiert. In dieser individuellen Freiheit wurzelt normativ die kollektive
Freiheit der Koalitionen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern²⁴. Damit ist
eine von der individuellen Koalitionsfreiheit losgelöste kollektive
Koalitionsfreiheit grundrechtlich nicht geschützt, selbst wenn Art. 9
Abs. 3 Satz 1 GG als ein „Doppelgrundrecht“²⁵ verstanden wird.
Individuelle Koalitionsfreiheit legitimiert kollektive Koalitionsfreiheit.

Die Koalitionsfreiheit ist – zweitens – eine Instituts-
garantie umfasst sie das Recht der Koalitionen zur autonomen vertrag-
lichen Rechtsetzung im Hinblick auf Arbeits- und Wirtschafts-
bedingungen²⁶. Dabei entfaltet der Begriff der „Autonomie“ eine negative

-
- 22 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 224; BVerfG 3.4. 2001 –
1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 304; BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00,
BVerfGE 116, 202, 219; BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 17), 1339;
Badura, Neutralität des Staates und koalitionsrechtliches Gleichgewicht, Fest-
schrift Zeidler, 1987, S. 1591, 1596 ff.; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz.
Kommentar, 56. Lfg. 2009, Art. 9 Rn. 299; *Höfling*, in: *Sachs* (Fn. 20), Art. 9
GG Rn. 83 f.
- 23 *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 164; *Badura*, Staatsrecht,
4. Aufl. 2010, C 98, der jedoch im Unterschied zu der hier vertretenen Auf-
fassung nach drei Gewährleistungsrichtungen des Art. 9 Abs. 3 GG unter-
scheidet: individuelle und kollektive Freiheitsgewährleistung sowie Ein-
richtungsgarantie.
- 24 BVerfG 24.2. 1999 – 1 BvR 123/93 (Fn. 9), 221, zum „Fortsetzungszusammen-
hang“ von individueller und kollektiver Koalitionsfreiheit; anderer Ansicht
offenbar *Schmidt*, Die Ausgestaltung der kollektiven Koalitionsfreiheit durch
die Gerichte, Festschrift Richardi, 2007, S. 765, 766: „*Der Schutz dieser
kollektiven Koalitionsfreiheit ist weder der individuellen Koalitionsfreiheit
nachgeordnet* noch von vornherein auf einen Kernbereich koalitionsmäßiger
Betätigung beschränkt“ (Hervorhebung durch den Verfasser).
- 25 BVerfG 2.3. 1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 114 f.; BAG 24.4. 2007 –
1 AZR 252/06 (Fn. 13), 150; *Bumke/Voßkuhle*, Casebook Verfassungsrecht
5. Aufl. 2008, S. 181; *Cornils*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Grundgesetz.
Kommentar, 2009, Art. 9 Rn. 3, 44; kritisch *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Ver-
fassungsproblem, 1971, S. 135 ff., zum Verständnis der Koalitionsfreiheit als
„Doppelgrundrecht“.
- 26 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97 (Fn. 22), 306; BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00
(Fn. 22), 219; BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 13), 161: „Normsetzungs-

und eine positive Bedeutung: Die negative Bedeutung des Autonomiebegriffs meint, dass dieser rechtliche Aushandlungsprozess staatsfrei durch die Koalitionen erfolgen soll²⁷. Die positive Bedeutung des Autonomiebegriffs verweist auf die personelle Legitimation dieses freien Rechtsetzungsprozesses; denn frei ist, wer eine Regelung befolgt, die er sich selbst gegeben hat²⁸. In der tarifvertraglichen Rechtsetzung bestätigen die Koalitionen also ihre Freiheit, die wiederum auf der individuellen Koalitionsfreiheit ihrer Mitglieder gründet und allein durch diese legitimiert wird.

Nimmt man beide Dimensionen des Art. 9 Abs. 3 GG zusammen, so handelt es sich bei der Koalitionsfreiheit rechtsdogmatisch um eine doppelt gestufte Gegenseitigkeitsordnung²⁹: Die Gegenseitigkeit individueller Koalitionsfreiheit legitimiert die kollektive Koalitionsfreiheit der Koalitionen. Die Gegenseitigkeit der Koalitionen konstituiert sodann die Tarifautonomie als freie Vertragsrechtssetzung hinsichtlich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.

3. Kritik des „neuen“ Arbeitskampfrechts

Das dogmatische Verständnis der Koalitionsfreiheit als gestufte Gegenseitigkeitsordnung bestimmt auch die verfassungsrechtliche Bewertung von Arbeitskampfmitteln, da diese ein zentrales, aber dennoch ein dienendes Instrument der Tarifautonomie sind³⁰.

prärogative“; *Badura*, Festschrift Zeidler, 1987, S. 1591, 1596 f.; *ders.* (Fn. 23), C 101; *Rüthers*, Zum Arbeitskampf von Funktionseleiten, *myops* 2 (2008), 57, 58; *ders.*, *NZA* 2010, 6, 7; *Scholz*, Bahnstreik und Verfassung, Festschrift Buchner, 2008, S. 827, 828; *Höfling*, in: *Sachs* (Fn. 20), Art. 9 GG Rn. 91 mit umfassenden Nachweisen zu den unterschiedlichen dogmatischen Begründungen der Rechtssetzungsmacht.

27 BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97 (Fn. 22), 304; BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00 (Fn. 22), 219; BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 17), 1339; BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 13), 161; *Badura*, Festschrift Zeidler, 1987, S. 1591, 1596 ff.

28 *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (1762), 2004, S. 23, zu diesem normativ-reflexiven Freiheitsbegriff.

29 *Haverkate*, Verfassungslehre, 1992, passim, zum Verständnis der Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, S. 214, 240 speziell zur Koalitionsfreiheit.

30 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 22), 225; BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 17), 1339; BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 13), 156; *Wank*, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts – Unterstützungsstreik, Streik um Tarifsozialplan, Schadensersatz und einstweilige Verfügung, *RdA* 2009, 1, 3; *Badura*, Festschrift Zeidler, 1987, S. 1591, 1598 f.; *ders.* (Fn. 23), C 101; *Scholz*, Festschrift Buchner, 2008, S. 827, 828 f.; *Rüthers/Höpfner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, *JZ* 2010, 261, 262.

a) **Schutzbereich**

Das BAG setzt in seiner Rechtsprechung primär auf die Freiheitsdimension der Koalition, die ein Arbeitskämpfungsmittel einsetzt. Es ignoriert damit bereits auf der Schutzbereichsebene das verfassungsrechtliche Verständnis der Koalitionsfreiheit als einer doppelt gestuften Gegenseitigkeitsordnung.

Der Erste Senat des BAG vernachlässigt zunächst die exakte Bestimmung des personellen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit. Er begreift die Einbeziehung Dritter in den Arbeitskampf nicht als ein Schutzbereichsproblem, das sich aus der legitimierenden Rückbindung kollektiver Koalitionsfreiheit an die individuelle Koalitionsfreiheit ergibt³¹.

Aber auch die exakte Definition des sachlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit unterbleibt, wenn das BAG für die verfassungsrechtliche Würdigung allein auf den Zweck, nicht aber auch auf die Art des Arbeitskämpfungsmittels abstellt³². Denn nicht nur der Zweck, sondern auch die Art der Arbeitskämpfmaßnahme zeigt, ob sich diese noch im Rahmen des Gegenseitigkeitsverhältnisses zur vertraglichen Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen hält³³. Deshalb erfasst der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG von vornherein keine Verletzung des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums³⁴ – ganz einerlei, ob die betroffenen Personen innerhalb oder außerhalb des koalitionären Gegenseitigkeitsverhältnisses stehen. Dies ergibt sich nicht aus allgemeinen grundrechtsdogmatischen Erwägungen, die etwa die Entscheidung des BVerfG zur Kunstfreiheit des Sprayers von Zürich geprägt haben³⁵: In diesem Fall war Karlsruhe davon ausgegangen, dass der Zugriff auf fremdes Eigentum schon nicht unter den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt. Für die Koalitionsfreiheit folgt dieses Schutzbereichsverständnis bereits unmittelbar aus dem arbeits- und tarifrechtlichen Bezug der koalitionären Gegenseitigkeitsordnung, deren Gewährleistung von vornherein keine Lebens-, Gesundheits- und Eigentumsverletzungen umfasst. Deshalb vermittelt

31 *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1384 ff., zum Einbezug Dritter als Legitimationsproblem der Koalitionsfreiheit.

32 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1351: „Die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitionsspezifisch ist, richtet sich grundsätzlich nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem damit von ihr verfolgten Ziel.“

33 *Willemsen/Mehrens*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 3.

34 *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 3 f.; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 443, 445.

35 BVerfG 19.3. 1984 – 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293, 1294; vgl. hierzu *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 25. Aufl. 2009, Rn. 683.

Art. 9 Abs. 3 GG einer Koalition auch keinen Anspruch und kein Recht, das Eigentum der Gegenseite als Arbeitskämpfungsmittel einzusetzen³⁶.

b) Schranken

Bei der Bestimmung der Grenzen eines Arbeitskämpfungsmittels lässt das BAG ebenfalls die gegenseitige Verschränkung der Freiheits- und Instituts-garantie in Art. 9 Abs. 3 GG außer Betracht. Vielmehr prüft es die institutionelle und die freiheitliche Dimension jeweils isoliert, um auf diese Weise auf beiden Ebenen dogmatisch auch isoliert zu scheitern.

In seiner institutionellen Argumentation verweist das BAG für die Bestimmung der Grenzen eines Arbeitskämpfungsmittels zwar auf die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie und die Verhandlungsparität; es betont jedoch zugleich die Abstraktionshöhe dieser Grundsätze, ohne einen Versuch zu unternehmen, Tarifautonomie und Verhandlungsparität grundrechtsdogmatisch weiter zu konkretisieren³⁷. Diese vom Ersten Senat selbst verschuldete Abstraktionshöhe führt dazu, dass der institutionelle Argumentationsansatz letztlich folgenlos bleibt und Tarifautonomie sowie Verhandlungsparität noch nicht einmal als verfassungsrechtliche Bezugsgröße für die Verhältnismäßigkeitsprüfung dienen können.

In seiner freiheitsrechtlichen Argumentation setzt das BAG sodann ganz auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz³⁸. Als Anknüpfungspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung wählt der Erste Senat die Zweckrichtung des Arbeitskämpfungsmittels³⁹. Dadurch setzt sich aber das Gericht selbst einem Dilemma aus: Aufgrund der Staatsferne des Tarifsystems und des Verbots der Tarifizensur überantwortet es die Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Arbeitskämpfungsmittels den Koalitionen, das heißt konkret: der Koalition, die es einsetzt⁴⁰. Mit der rechtsdogmatisch schlicht nicht haltbaren Begründung, es ginge bei der Geeignetheit und Erforderlichkeit um tatsächliche Einschätzungen und nicht um eine rechtliche Prüfung⁴¹,

36 Willemsen/Mehrens, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, 4; Franzen, JbArbR 47 (2009), 119, 127.

37 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1352.

38 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1352 ff.

39 Kritisch Bieder, Paradigmenwechsel im Arbeitskämpfungrecht: Neue Bezugspunkte für die Verhältnismäßigkeitskontrolle, NZA 2008, 799, 800, 802; Schlochauer, Der Sympathie-, Solidaritäts-, Unterstützungstreik, Festschrift Buchner, 2008, S. 810, 815; Rütters/Höpfner, JZ 2010, 261, 262.

40 LAG Baden-Württemberg 31.3. 2009 – 2 SaGa 1/09 (Fn. 17), 634 mit weiteren Nachweisen; allgemein zum Grundsatz der Staatsfreiheit und zum Verbot der Tarifizensur BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 22), 230 f.; BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 13), 162 f.

41 Dieses dogmatisch nicht nachvollziehbare Verständnis der Geeignetheit und Erforderlichkeit ergibt sich im Rückschluss aus der zur Angemessenheit ver-

zieht sich der Erste Senat auf eine Rechtsmissbrauchskontrolle zurück. Da das BAG in seiner Entscheidung zum Unterstützungsstreik – in Beispielen *obiter dicta* – für diese Rechtsmissbrauchskontrolle auf die fehlenden Interessen einer kampfführenden Gewerkschaft abstellt⁴², ist nicht ganz klar, wann die Missbrauchskontrolle überhaupt eingreifen soll⁴³. Damit reduziert sich die rechtliche Würdigung auf die Angemessenheit, also die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, wobei der Erste Senat hier schlicht prüft, ob bei typisierender Betrachtung der Gegenseite eine Reaktionsmöglichkeit im Arbeitskampf verbleibt⁴⁴.

Es fällt schwer, diese Argumentation des BAG dogmatisch einzuordnen. Nach *Thomas Dieterich* soll es sich um eine sachgerecht modifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung handeln⁴⁵. Schon distanzierter ist bei *Volker Rieble* von einem „neuen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“⁴⁶, bei *Heinz Josef Willemsen* und *Christian Mehrens* von einem „abgespeckten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“⁴⁷ oder bei *Martin Franzen* von einer „ungewöhnlichen Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“⁴⁸ die Rede⁴⁹. Man kann aber noch einen Schritt weitergehen und fragen: Handelt es sich überhaupt noch um eine Verhältnismäßigkeitsprüfung⁵⁰? Wenn es um die Abwägung von zwei Grundrechtspositionen Privater im Rahmen der

tretenen Rechtsauffassung des Ersten Senats des BAG: Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn „steht einer Arbeitskämpfpartei keine Einschätzungsprärogative zu, geht es doch hierbei nicht um eine tatsächliche Einschätzung, sondern um eine rechtliche Abwägung.“ – BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1352; vgl. auch BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 14), 143.

42 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 14), 146; ferner LAG Baden-Württemberg 31.3. 2009 – 2 SaGa 1/09 (Fn. 17), 634 f.

43 *Rieble*, BB 2008, 1506, 1510: „Das ist eine Münchhausiade: Der Streik rechtfertigt sich selbst und zieht sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf der Verhältnismäßigkeit.“ *Konzen*, Die erweiterte Zulassung des Unterstützungsstreiks, SAE 2008, 1, 5; *Benecke*, Festschrift Buchner, 2008, S. 96, 101, 106; *Olbertz/Reinartz*, Die erweiterten Kampfrechte der Gewerkschaften – Was Arbeitgeber künftig beachten müssen, ArbRB 2009, 310, 312 f.

44 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1353 f.

45 *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 9. Aufl. 2009, Art. 9 Rn. 130a.

46 *Rieble*, BB 2008, 1506, 1514.

47 *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 13.

48 *Franzen*, JbArbR 47 (2009), 119, 122.

49 *Konzen*, SAE 2008, 1, 4 ff., mit einer umfassenden Kritik.

50 *Schlink*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Band, 2001, 445 ff., für eine dogmatische Kritik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; *ders./Pauly*, Streik und Aussperrung als Verfassungsproblem, 1988, S. 124 ff., spezifisch für das Arbeitskämpfrecht.

mittelbaren Drittwirkung ginge, hätte das BAG recht: In diesem Fall wird allein die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn geprüft, da Private sich für die Geeignetheit und Erforderlichkeit der von ihnen in Anspruch genommenen Freiheit gegenseitig keine Rechenschaft schuldig sind⁵¹. Die Besonderheit des Arbeitskampfs besteht jedoch darin, dass er in der unmittelbaren Gegenseitigkeitsordnung der kollektiven Koalitionsfreiheit im Hinblick auf die Tarifautonomie stattfindet. Aufgrund dieses unmittelbaren Gegenseitigkeitsbezugs der kollektiven Koalitionsfreiheit ist die Inanspruchnahme von Freiheit durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch im Hinblick auf ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit rechtfertigungsbedürftig⁵² und der Staat als neutrale Instanz dementsprechend zu einer objektiven rechtlichen Würdigung verpflichtet. Die Gerichte können im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht mit dem institutionellen Argument der Staatsferne eine oder mehrere Prüfungsstufen dem subjektiven Belieben der einen oder anderen Interessenpartei überlassen, ohne dass aus Staatsferne Parteienähe würde.

Doch nicht nur aus diesen Gründen handelt es sich bei dem Prüfungsprogramm des BAG nicht um einen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Dies wird deutlich, wenn man das begriffliche Beiwerk von „Geeignetheit“, „Erforderlichkeit“ und „Angemessenheit“ beiseitelässt und fragt, was der Erste Senat materiell prüft. Die Antwort lautet: Eine Arbeitskampfmaßnahme ist rechtswidrig, wenn sie rechtsmissbräuchlich ist oder sich die Gegenseite nicht verteidigen kann, wobei im Fall des Rechtsmissbrauchs eine restriktive und im Fall der Abwehrmöglichkeit eine typisierende Betrachtung zugrunde gelegt wird. Diese frugale Würdigung hat mit der Angemessenheit einer freiheitsorientierten Verhältnismäßigkeitsprüfung nichts mehr zu tun, die einen konkordanten Ausgleich zwischen zwei Rechtspositionen in ihrer Wechselwirkung suchen und finden soll⁵³. Darüber hinaus fehlt es der Verhältnismäßigkeitsprüfung des BAG an vorhersehbaren Prüfungskriterien und einer prognostizierbaren Prüfungsdichte⁵⁴. Deshalb ordnet *Martin Franzen* den Prüfungsrahmen von Arbeitskampfmaßnahmen durch den Ersten Senat des BAG vollkommen

51 *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, 2007, S. 180 ff. mit weiteren Nachweisen.

52 *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 317, zur dogmatischen Beziehung von koalitionärer Gegenseitigkeit und arbeitskampfrechtlicher Verhältnismäßigkeit.

53 BVerfG 6.2. 2007 – 1 BvR 978/05 (Fn. 9), 395: „Die kollidierenden Verfassungsrechte sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden.“

54 *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 262; *Buchner*, „Arbeitskampfrecht im Wandel“. Zunehmender Verzicht auf Strukturierung des Richterrechts, Festschrift Hromadka, 2008, S. 39, 44.

zu Recht als „bewegliches System ein, bei dem vorher nie klar ist, was am Ende für rechtmäßig erachtet wird“⁵⁵. Rechtstheoretisch handelt es sich um eine Form „spontanen Ordnungsdenkens“: Die isoliert freiheitsrechtliche Grenzziehung für Arbeitsk Kampfmaßnahmen führt das BAG unter dem krypto-institutionellen Stichwort der „Staatsferne“ direkt in den richterrechtlichen Okkasionalismus.

4. Verfassungsrechtliche Bewertung von Arbeitsk Kampfmitteln

Wie müsste aber dann – um diese Kritik an der Rechtsprechung des BAG positiv zusammenzufassen – die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen aussehen, die auf eine Verbindung von freiheitlicher und institutioneller Perspektive setzt? Zunächst muss eine sorgfältige Schutzbereichsprüfung in personeller und sachlicher Hinsicht unter der Berücksichtigung des Legitimationszusammenhangs zwischen individueller und kollektiver Koalitionsfreiheit einerseits sowie der Tariffreiheit als autonom Recht setzender Gegenseitigkeitsordnung andererseits erfolgen. In personeller Hinsicht fallen damit Dritte aus dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG heraus, wenn für deren Einbeziehung kein koalitionsspezifisches Zurechnungskriterium vorliegt. In sachlicher Hinsicht werden nur Arbeitsk Kampfmittel vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst, die in ihrem Zweck und ihrer Art koalitionsspezifisch sind: Verletzungen von Leben, Gesundheit und Eigentum durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen werden von vornherein nicht verfassungsrechtlich geschützt. Nur wenn auf diese Weise der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG bestimmt wird, ist ein freiheitlich und institutionell konsistenter Rahmen für die Reduzierung der Kontrolldichte bei der Bestimmung der verfassungsrechtlichen Grenzen eines Arbeitsk Kampfmittels auf eine typisierende Betrachtung gewährleistet, die dem Grundsatz der Staatsfreiheit genügt sowie das Verbot der Tarifizensur wahrt. Diese typisierende Prüfung erfolgt anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dessen Maßstab die Funktionsfähigkeit des Tarifsystems ist. Es handelt sich um eine objektive Rechtsprüfung von Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, ohne dass dabei den Tarifparteien eine Einschätzungsprärogative eröffnet wäre.

55 *Franzen*, JbArbR 47 (2009), 119, 122; vgl. zum Mangel an Rechtssicherheit *Bieder*, Paradigmenwechsel im Arbeitsk Kampfrecht: Neue Bezugspunkte für die Verhältnismäßigkeitskontrolle von Sympathiestreiks, NZA 2008, 799, 803; *Schlochauer*, Festschrift Buchner, 2008, S. 810, 815.

III. Flash mobs als Arbeitskampfmittel

Nach Franz Jürgen Säcker wandelt sich der Arbeitskampf mit der Anerkennung des *flash mobs* zum Partisanenkampf⁵⁶. Im Gegensatz dazu kann man den *flash mob* als Arbeitskampfmittel aber auch in einen weniger kriegerischen, aber deshalb keineswegs banaleren Kontext stellen: *Flash-* und *smart mobs* sind Ausdruck eines Strukturwandels der Öffentlichkeit, der in der Sozial- und Politikwissenschaft gegenwärtig als *swarming*, also menschliche Schwarmbildung diskutiert wird⁵⁷.

1. Flash mobs als Schwarmbildung: *swarming*

Ein menschlicher Schwarm wird von Individuen gebildet, die sich ohne zentrale Lenkung mittels ubiquitär verfügbarer, elektronischer Kommunikation selbst koordinieren, um auf diese Weise die Flexibilität und Effizienz ihres kollektiven Parallelverhaltens zu steigern⁵⁸.

a) Phänomenologie: *flash mobs*, *smart mobs*, *raids*

Phänomenologisch sind *event mobs* wie Massenkissenschlachten von 5.000 Teilnehmern auf der Kölner Domplatte⁵⁹, Massenbestellungen von 4.000 Hamburgern in München und 10.000 Hamburgern in Berlin⁶⁰ oder Megaparties von *ad hoc* bis zu 13.000 Menschen an Sylter Stränden⁶¹ Ausdruck von *swarming*. Ökologische Straßenblockadeaktionen von

56 Säcker, Von der offenen Arbeitseinstellung zur verdeckten Betriebsblockade. Der Arbeitskampf im Wandel zum Partisanenkampf, NJW 2010, 1115; Säcker/Mohr, JZ 2010, 440, 448 f.

57 Arquilla/Rontfeldt, *Swarming and the Future of Conflict*, 2000; Kennedy/Eberhart, *Swarm Intelligence*, 2001; Neef, *Leben im Schwarm. Ein neues Leitbild transformiert Gesellschaft und Märkte*, changeX Partnerforum (23.1. 2003), <http://www.changex.de/Resource/3279> (abgerufen 23.4. 2010); Wippermann, „Wer nicht erreichbar ist, hat schon verloren.“ (Interview), *Die Gegenwart. Online Magazin* 44 (2005); Miller, *Schwarm-Intelligenz: Weisheit der Winzlinge*, National Geographic Deutschland 8/2007; Brandstetter/Brandl-Risi/von Eikels (Hrsg.), *Schwarm(E)Motion*, 2007; Horn/Gisi (Hrsg.), *Schwärme – Kollektive ohne Zentrum*, 2009; Fischer, *Schwarmintelligenz*, 2010, im Einzelnen.

58 Neef (Fn. 57); Thacker, *Netzwerke – Schwärme – Multitudes*, in: Horn/Gisi (Fn. 57), S. 27, 47 ff.

59 Anonymus, *Kissenschlacht auf der Domplatte*, Kölner Stadt-Anzeiger 5.4. 2009, <http://www.kasta.de> (abgerufen 16.2. 2010).

60 Strauss, *Die neue Bürger-Bewegung*, BZ 31.3. 2008.

61 Anonymus, *Tausende Jugendliche feiern Internetparty auf Sylt*, SZ 14.6. 2009; Anonymus, *Vom Partystrand in den Gerichtssaal*, SZ 16.7. 2009.

*critical mass*⁶² sind ebenso schwarmartig organisiert wie klimaökonomische *carrot mobs*⁶³. Politisch prägt die Schwarmbildung in Form von *smart mobs* den demonstrativen Protest gegen Regierungen⁶⁴ sowie gegen Globalisierung⁶⁵, Irak-Krieg⁶⁶, Atomkraft⁶⁷ und Bahnprivatisierung⁶⁸ 69. Mit krimineller Energie werden Menschen durch anonyme Schwärme im Internet verfolgt: Die schwarmartige Bestellung von hunderten oder tausenden Konsumgegenständen auf den Namen einer ahnungslosen Person bildet noch die harmlosere Variante dieser *raids*, die bis zur Lebensbedrohung reichen können⁷⁰.

b) Typologie: Schwarmmuster

Bei typologischer Betrachtung zeigen diese menschlichen Schwärme alle ein ähnliches Schwarmmuster⁷¹:

- Erstens entfalten sich Schwärme an der *online/offline*-Schnittstelle von elektronischer Kommunikation, die den Schwarm informationell präformiert, und der realen Welt, in der er sich scheinbar aus dem Nichts durch parallele Handlungsmuster von Individuen konstituiert.
- Zweitens ist aufgrund der Weiterleitung und Vervielfältigung elektronischer Kommunikation nicht klar, wie viele Individuen den Schwarm letztlich bilden werden.

-
- 62 *Wikipedia*, Critical Mass, [http://de.wikipedia.org/wiki/Critical_Mass_\(Protestform\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Critical_Mass_(Protestform)) (abgerufen 16.2. 2010).
- 63 *Anonymus*, Neue Protestform carrotmob – Politik mit vollem Einkaufswagen, taz 20.10. 2008; *Gloeckler*, „Boykotte sind mir zu linksradikal“ (Interview), FAZ 23.7. 2009.
- 64 *Neef* (Fn. 57); *Rafael*, The Cell Phone and the Crowd: Messianic Politics in the Contemporary Philippines, *Public Culture* 15 (2003), 399 ff.; *Wikipedia*, Smart Mob, http://de.wikipedia.org/wiki/Smart_Mob (abgerufen 16.2. 2010).
- 65 *Horn*, Schwärme, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 6, 8; *Thacker*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 29.
- 66 *Wippermann*, Die Gegenwart. Online Magazin 44 (2005).
- 67 *Wikipedia*, Flashmob, <http://de.wikipedia.org/wiki/Flasmob>, (abgerufen 16.2. 2010).
- 68 <http://www.bahn-fuer-alle.de/pages/aktionen-planen/ideen/flash-mob.php>, (abgerufen 10.5. 2010).
- 69 *Rheingold*, Smart Mobs: The Next Social Revolution, 2003, mit umfassenden Nachweisen; kritisch *Thacker*, in *Horn/Gisi* (Fn. 58), S. 27: „forciert optimistischer Grundton“.
- 70 *von Kittlitz*, Die Namenlosen, FAZ 17.4. 2010.
- 71 *Thacker*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 52 ff., zu einer allgemeineren Beschreibung von Schwarmmustern, die sich von der folgenden Gattungs- wie Idealtypik sozialer Schwarmmuster unterscheidet.

- Drittens sind Schwärme organisatorisch instabil; gerade darauf beruht jedoch ihre Stärke⁷²: Die Individuen wechseln augenblicklich vom Individualverhalten in kollektives Parallelverhalten und wieder zurück ins Individualverhalten. Dies ist der Grund für die hohe Anpassungsfähigkeit dieser niedrigen Organisationsform⁷³. Zugleich können die Individuen auf diese Weise rechtliche Regelungen umgehen, die zwar durchaus auf zeitgleiches massenweises Verhalten, aber eben nicht auf massenweises individuelles Parallelverhalten ausgerichtet sind. Negative Folgen für die Masse der beteiligten Individuen sind damit praktisch ausgeschlossen⁷⁴. Dadurch senkt sich in der Schwarmbildung das Sanktionsrisiko des kalkulierten Regelbruchs. Dies eröffnet dem Schwarm die Möglichkeit, eine „temporäre autonome Zone“⁷⁵ zu bilden.
- Viertens sind Individuen in Schwärmen anonym⁷⁶. Dies trägt schon für sich genommen zur Dynamik⁷⁷ sowie zum Eskalationspotenzial bei, das noch einmal durch den Gruppendruck anonym affizierenden Verhaltens gesteigert wird⁷⁸. Aus diesem Grund ist das Verhalten von Schwärmen auch nur sehr schwer antizipierbar: Sie „operieren ,an der

72 *Thacker*, in: Horn/Gisi (Fn. 57), S. 68.

73 *Horn*, in: Horn/Gisi (Fn. 57), S. 11; *Neef* (Fn. 57).

74 *Horn*, in: Horn/Gisi (Fn. 57), S. 11, 13.

75 *Wikipedia*, Smart Mob (Fn. 64), in Anknüpfung an *Hakim Bey*.

76 *Rieble*, NZA 2008, 796, 798; *Krieger/Günther*, Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt?, NZA 2010, 20, 21.

77 *Thacker*, in: Horn/Gisi (Fn. 57), S. 53, zu Schwärmdynamiken.

78 *Thacker*, in: Horn/Gisi (Fn. 57), S. 65: Schwärme beruhen nicht auf dem kontinuierlichen Austausch von Daten durch Kanäle, sondern „auf der kontinuierlichen Modifikation von Handlungen und Bewegungen durch die affektiven Signale lokaler Zustände (eigener Zustand, Zustand des nächsten Nachbarn, Zustand der Umwelt). [...] Ein Schwarm hängt von einer spezifischen konstitutiven Macht der Individuen ab. Individuen werden in Schwärmen zu Individuen eigener Art, die lokalisierte Entscheidungsprozesse und Bewegung, Konsensbildung auf lokaler Ebene und eine affektive Kapazität (Zirkulation der Affekte) vereinen und so das Individuum mit dem gesamten Schwarm verknüpft.“ (Klammerzusatz durch den Verfasser); *Horn*, in: Horn/Gisi (Fn. 57), S. 6: „unvorhersehbare Schwarmlogiken“, 10 („gegenseitige ‚Affizierung‘ der Schwarm-Individuen“); aus arbeitsrechtlicher Sicht *Rieble*, NZA 2008, 796, 798 f. *Eva Horn*, ebenda, S. 9 f., grenzt diese „Schwarmlogik“ zu Recht von der begrifflichen Beschreibung der Emergenz von Schwarmverhalten mit dem schillernden Begriff der „Schwarmintelligenz“ ab – vgl. zur Schwarmintelligenz *Wippermann*, Die Gegenwart. Online Magazin 44 (2005); *Neef* (Fn. 57), *Miller*, National Geographic Deutschland 8/2007; *Kennedy/Eberhart* (Fn. 57); *Fischer* (Fn. 57).

Grenze zum Chaos“⁷⁹. Dies schließt ihre zielgerichtete oder auch nur kontextuale Steuerung praktisch aus: Menschliche Schwärme geraten tendenziell außer Kontrolle⁸⁰.

- Fünftens werden Schwarmeffekte von Massenmedien und damit von der Öffentlichkeit beachtet sowie von den Schwärmen selbst *online* dokumentiert⁸¹. *Flash* und *smart mobs* leben dabei von dem changierenden Verhältnis von *event* und *raid* – und nicht selten von dem deutschesten Beitrag zur Welt des Humors: höhnischer Schadenfreude⁸². Ein sehr anschauliches Beispiel hierfür bietet im Sachverhalt der *flash mob*-Entscheidung des BAG die Reaktion der „Flash-Mobber“, nachdem die Kassiererin umsonst die Waren eingescannt hatte⁸³. Und nicht von ungefähr hat *Wilhelm Busch* in *Max und Moritz* neben Tierstrangulationen, Infrastruktursabotage und einem Bombenanschlag auch einen Schwarmangriff dokumentiert, der alle vorstehenden Strukturmerkmale des *swarming* in sich vereint und – 1865 – „Mit der Käferkrabbelei“⁸⁴ vorwegnimmt.

Es sind diese Strukturmerkmale von Schwärmen, die eine Herausforderung nicht nur für das Arbeits-, sondern auch für das Straßen- und Wege-, das Versammlungs-, das Polizei- und Sicherheits- und schließlich auch für das Strafrecht darstellen⁸⁵. Gegenwärtig sind wir noch weit davon entfernt, menschliche Schwarmformation und Schwarmfolgen vollständig zu verstehen. Doch die Analyse dieses äußerst ambivalenten Organisationsphänomens sollte nicht neomarxistischen *Spinoza*-Lesern

79 *Horn*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 13; *Giessmann*, Netzwerkprotokolle und Schwarm-Intelligenz. Zur Konstruktion von Komplexität und Selbstorganisation, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 163, 170.

80 *Horn*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 13; vgl. aus arbeitsrechtlicher Sicht *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21.

81 Ganz in diesem Sinn hat auch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung den Öffentlichkeitseffekt von *flash mob*-Aktionen im Arbeitskampf in der rechtlichen Abwägung ausdrücklich gewürdigt; vgl. BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1350; LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2), 151.

82 *von Kittlitz*, FAZ 17.4. 2010, zur Schadenfreude als Schwarmeffekt.

83 Das ArbG Berlin, 1.4.2008 – 34 Ga 2402/08 (Fn. 2, Rn. 35 sowie das LAG Berlin Brandenburg, 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2), 152 sehen keine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Kassiererin, da sich der Spott erkennbar nicht gegen sie, sondern den Arbeitgeber richtet; zu Recht kritisch *Lingemann*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, ArbRAktuell 2009, 93; *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 22.

84 *Busch*, *Max und Moritz*, in: *ders.*, Sämtliche Werke, hrsg. von Hochhuth, 1. Band, 5. Aufl. 1991, S. 18, 53.

85 *Janz*, Perspektiven für ein brandenburgisches Versammlungsrecht de constitutione lata und de lege ferenda, LKV 2009, 481, 484, mit einem knappen Hinweis für das Versammlungsrecht.

und *Deleuze*-Rezipienten überlassen werden, die mit Konzepten wie der *multitudo* das Phänomen der menschlichen Schwarmbildung eher ver-, denn erklären⁸⁶. Dafür sind Schwärme sozial, politisch, kommunikativ, organisatorisch, wirtschaftlich, juristisch und deshalb auch wissenschaftlich als Handlungsparadoxon viel zu interessant: Sie stellen eine Form kollektiv-zielgerichteten Handelns unter strategischer Vermeidung eines kollektiven Zurechnungssubjekts dar⁸⁷.

2. Arbeitskämpfungrechtliche Bewertung

Aus allen diesen Gründen hat auch die Entscheidung des BAG zu *flash mobs* als Arbeitskämpfungsmittel eine Ausstrahlungswirkung auf das Straf- und Verwaltungsrecht. Umso bedauerlicher ist es jedoch, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit aufgrund des von ihr selbst dekonstruierten Verständnisses der Koalitionsfreiheit nicht in der Lage war, sich verfassungsrechtlich angemessen auf das äußerst komplexe Phänomen der Schwarmbildung einzulassen.

a) Schutzbereich

Entsprechend dem soeben entfalteten Verständnis der Koalitionsfreiheit als einer gestuften Gegenseitigkeitsordnung fallen *flash mobs* als Arbeitskämpfungsmittel zum Teil schon nicht unter den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG.

[1] Personeller Schutzbereich

In personeller Hinsicht wird ein *flash mob* nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, soweit er zielgerichtet Dritte in den Arbeitskämpfung einbezieht⁸⁸.

86 *Negri*, *Time for Revolution*, 2003, S. 225 ff.; *Hardt/Negri*, *Empire*, 2002, S. 217 ff., 400 ff.; *Thacker*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 57 ff.; zu Recht kritisch *Sloterdijk*, *Sphären III. Schäume*, 2004, S. 825 ff.

87 *Eugene Thacker*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 55, beschreibt dieses Handlungsparadoxon pointiert als eine besondere Form der „Selbstorganisation“ im Sinne der „Emergenz eines globalen Musters aus lokalen Interaktionen. Diese paradoxe Definition ist es, die Schwärme interessant macht – politisch, technologisch und biologisch –, weil sie eine Intentionalität ohne Intention unterstellt, einen Akt ohne Akteur und ein heterogenes Ganzes. In Schwärmen existiert kein zentrales Kommando, keine Einheit und kein Agent, der fähig ist, den gesamten Schwarm zu sichten, zu überwachen und zu steuern. Dennoch sind die Handlungen des Schwarms zielgerichtet, die Bewegung motiviert und das Muster dient einem Zweck. Das ist das Paradox der Schwärme.“ Vgl. auch *ders.*, ebenda, S. 67; *Horn*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 6.

88 *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, 6; *Ubber*, Flashmob als legaler Arbeitskämpfung, *Personalmagazin* 2009, 66, 68; *Lingemann*, *ArbRAktuell* 2009, 93; *Rüthers/Höpfner*, *JZ* 2010, 261, 262 f.;

Das BAG vertritt insofern jedoch die gegenteilige Rechtsauffassung: Es käme – so die Argumentation – nicht auf die individuelle Motivation der Teilnehmer, sondern auf die Zielsetzung der Gewerkschaft an⁸⁹. Dem muss man jedoch entgegenhalten, dass es Art. 9 Abs. 3 GG in personeller Hinsicht weder auf die Motivation noch auf die Zielsetzung, sondern auf die Legitimation der Teilnehmer am Arbeitskampf ankommt⁹⁰. Dieser koalitionsfreie Legitimationszusammenhang wird vom BAG verkannt: Der Erste Senat bezieht ohne jedes arbeitsrechtliche Zurechnungskriterium über seine Fokussierung auf die Zwecksetzung des Arbeitskampfmittels *flash mob* Dritte in das gestufte Gegenseitigkeitsverhältnis der Koalitionsfreiheit ein⁹¹.

[2] Sachlicher Schutzbereich

Auch in sachlicher Hinsicht fällt ein *flash mob* dann nicht unter den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit, wenn er von vornherein auf die Inanspruchnahme fremden Eigentums setzt. Dies ist der Fall, wenn die Gewerkschaft dazu aufruft, den Kassenbereich mit fremdem Eigentum – konkret mit Eigentum des Arbeitgebers in Form von Einkaufswagen und ausgeräumter Ware – zu blockieren. Dies ist kein koalitionspezifisches Mittel, da Art. 9 Abs. 3 GG keinen Anspruch gewährt, das Eigentum anderer für den Arbeitskampf einzusetzen.

b) Schranken

Auch im Hinblick auf die Grenzen von Arbeitskampfmitteln erweist sich – entgegen der Rechtsauffassung des BAG – der *flash mob* als unzulässig, da diese Form des Arbeitskampfs im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie unverhältnismäßig ist.

[1] Geeignetheit

Zwar ist ein *flash mob* bei typologischer Betrachtung als Arbeitskampfmittel durchaus geeignet, auf den Abschluss eines Tarifvertrags hinzuwirken und so die Tarifautonomie zu fördern. Doch als Arbeitskampfmittel ist er weder erforderlich noch angemessen.

Säcker/Mohr, JZ 2010, 440, 449; kritisch auch *Baeck/Winzer*, Arbeitskampfstrategien: Flash-Mob-Aktionen, NZG 2008, 939.

89 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1351.

90 *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 9.

91 *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 9; *Franzen*, JbArbR 47 (2009), 119, 135; wohl auch *Olbertz/Reinartz*, ArbRB 2009, 310, 314; allgemein *Rieble* (Fn. 31), Rn. 1385; *Junker*, JZ 2008, 102, 104.

[2] Erforderlichkeit

An der Erforderlichkeit fehlt es, da der *flash mob* Motivationsdefizite der Gewerkschaften im Hinblick auf die Arbeitnehmerschaft kompensieren soll⁹². Allerdings hat das LAG Berlin-Brandenburg auch dies anders gesehen. Seiner Auffassung nach „war das Gleichgewicht der vorhandenen Kräfte der Parteien erkennbar zu Lasten der Bekl. gestört, da die Mitgliedsunternehmen des Kl. offenbar in der Lage waren, der Wirkung des Streiks durch den verstärkten Einsatz von Leiharbeitnehmern zumindest im Abverkauf zum großen Teil auszuweichen und der Streik in der Öffentlichkeit deshalb kaum noch wahrgenommen wurde, wie den eingereichten Presseveröffentlichungen zu entnehmen ist. Auch wenn die Leiharbeitnehmer nicht gezwungen waren, Streikarbeit zu übernehmen (vgl. § 11 V AÜG), ist es nachvollziehbar, dass es der Bekl. kaum möglich gewesen sein dürfte, deren Solidarität zu erreichen, zumal sie regelmäßig schlechter bezahlt wurden als die Stammarbeitnehmer und vom Ergebnis des Arbeitskampfes selbst nicht partizipierten. Wenn die Bekl. in dieser Situation insbesondere auch mit dem Ziel, eine größere öffentliche Aufmerksamkeit für ihren Arbeitskampf zu erreichen, zu der Flashmob-Aktion aufrief, wurde deshalb die Grenze des Kampfgleichgewichts der Parteien jedenfalls erkennbar nicht überschritten“⁹³. Das BAG hat diese Argumentation zwar nicht ausdrücklich aufgegriffen. Doch es bedarf nur eines geringen spekulativen Moments, um in dieser Erwägung auch die zentrale rechtspolitische Motivation für die Entscheidung des Ersten Senats zu sehen⁹⁴.

Die Ernsthaftigkeit des Problems ist nicht von der Hand zu weisen. Es betrifft die ganz zentrale Frage differenzierter Solidarität in einer sich – vor allem auch im Einzelhandel – immer prekärer gestaltenden Arbeitswelt

92 Rieble, BB 2008, 1506, 1509; ders. zitiert nach Rein/Wilcke, Folgefragen der „neuen Beweglichkeit“ im Arbeitskampf, NZA 2009, 1127, 1128; Ubbel, Personalmagazin 2009, 66, 67 f.; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2010, Rn. 612: Flash Mob-Aktionen „sind als Arbeitskampfmaßnahmen per se rechtswidrig, weil der Gewerkschaft auch im Einzelhandel das Arbeitskampfmittel Streik zur Verfügung steht.“ Rütters/Höpfner, JZ 2010, 261, 263; Säcker/Mohr, JZ 2010, 440, 449.

93 LAG Berlin-Brandenburg 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2), 149, 151; vgl. auch Decruppe, Aufrufe zu „Flashmob-Aktionen“ als ergänzende Arbeitskampfmittel zu einem laufenden Streik, jurisPR-ArbR 1/2009/Anm. 1 (unter D); Däubler, zitiert nach Rein/Wilcke, NZA 2009, 1127, 1127, 1129; allgemein Sunnus, Arbeitskampfrecht in Bewegung? Alte Begriffe und neue Rechtsprechung, AuR 2008, 1, 12; Hayen/Ebert, Zulässigkeit von Unterstützungstreiks. Aktuelle Rechtsprechung im Spiegel völkerrechtlicher und rechtsvergleichender Betrachtungen, AuR 2008, 19, 21.

94 Krieger/Günther, NZA 2010, 20, 22.

auf der Schwelle zur sozialen Exklusion⁹⁵. *Ralf Dahrendorf* hat sehr anschaulich gezeigt, dass man dieser neuen sozialen Frage jedenfalls nicht mit der alten Solidarität der Arbeiterklasse abhelfen, sondern nur durch eine Neuformulierung des Gesellschaftsvertrags begegnen kann, der nichts anderes als die Quadratur des Kreises von wirtschaftlichem Wohlstand, sozialem Zusammenhalt und politischer Freiheit leisten muss⁹⁶. Doch im koalitionären Gegenseitigkeitsverhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer fällt bei der zugrunde zu legenden typologischen Betrachtung die Organisation von Arbeitskampsolidarität auf Arbeitnehmerseite in die Sphäre der Gewerkschaften. Der Staat ist nach der Rechtsauffassung des BVerfG „nicht verpflichtet, Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition beruhen. Der Organisationsgrad einer Koalition, ihre Fähigkeit zur Anwerbung und Mobilisierung von Mitgliedern und ähnliche Faktoren liegen außerhalb der Verantwortung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehalten, schwachen Verbänden Durchsetzungsfähigkeit bei Tarifverhandlungen zu verschaffen“⁹⁷.

Der *flash mob* ist als Arbeitskämpfungsmittel also nicht erforderlich, weil er den Legitimationszusammenhang zwischen individueller und kollektiver Koalitionsfreiheit überspielt. Ließe man den *flash mob* als Arbeitskämpfungsmittel zu, so wäre damit nicht nur ein Arbeitskampf ohne Arbeitnehmer möglich. Vielmehr wäre auch der Druck von den Gewerkschaften genommen, statt einer kurzen Schwärmerei einen nachhaltigen Beitrag zur Lösung der neuen sozialen Frage zu leisten, also ganz im Sinn der IG Metall-Initiative „Leiharbeit fair gestalten“⁹⁸ zu wirken.

[3] Angemessenheit

Schließlich ist ein *flash mob* auch kein angemessenes Arbeitskämpfungsmittel. Er ist im engeren Sinn unverhältnismäßig, weil es sich um eine für die Gewerkschaft nicht beherrschbare und dennoch risikolose Betriebs-

95 *Wehler*, Aufstiegsmobilität und soziale Ungleichheit in der Bundesrepublik Deutschland, *Transmission 1* (2009), 24 ff.; *Bude*, Die Ausgeschlossenen, 2008, S. 9 ff.; *ders.*, Die Spaltung der Gesellschaft, *Transmission 1* (2009), 50 ff.; *Bude/Willisch* (Hrsg.), *Exklusion*, 2008.

96 *Dahrendorf*, Die Quadratur des Kreises: Wirtschaftlicher Wohlstand, sozialer Zusammenhalt und politische Freiheit (1995), in: *ders.*, *Der Wiederbeginn der Geschichte*, 2004, 103 ff.; vgl. ferner *Rüthers*, *NZA* 2010, 6, 7 f., zum Wandel des Arbeitsrechts angesichts von Europäisierung und Globalisierung.

97 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, BVerfGE 92, 365, 394 ff.; vgl. auch BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 (Fn. 13), 154; *Rieble*, *BB* 2008, 1506, 1508; *Badura*, *Festschrift Zeidler*, 1987, S. 1591, 1599.

98 <http://www.gleicharbeit-gleichesgeld.de/> (abgerufen 6.5. 2010).

blockade handelt, die dem Arbeitgeber darüber hinaus keine angemessene Verteidigungsmöglichkeit einräumt.

Die gezielte Blockade des Kassensbereichs durch den Kauf von Cent-Artikeln sowie durch gefüllte Einkaufswagen stellt – so die vollkommen richtige Bewertung des ArbG Berlin im einstweiligen Rechtsschutz⁹⁹ – eine rechtswidrige Betriebsblockade dar¹⁰⁰. Zwar hat die Arbeitsgerichtsbarkeit dies sodann mit dem Argument verneint, niemand werde durch den *flash mob* am Betreten des Ladenlokals gehindert¹⁰¹. Doch selbst wenn man sich auf diese rein räumliche Betrachtung einlasse, so hätte auch die räumliche Blockade des Kassensbereichs durch 40 vollbepackte, abgestellte Einkaufswagen die Voraussetzungen dieses spatialen Blockadebegriffs erfüllt¹⁰². Legt man der Bestimmung des Begriffs der „Betriebsblockade“ darüber hinausgehend eine funktionale Betrachtung zugrunde, so führt der *flash mob* zweifellos zu einer vollkommenen Blockierung des betroffenen Geschäftsbetriebs¹⁰³, und dies nicht „nur“ für eine Zeitdauer zwischen 45 und 60 Minuten, sondern für mehrere Stunden, die das Einräumen der Ware nach der Feststellung des ArbG Berlin durch alle Arbeitnehmer des Einzelhandelsbetriebs in Anspruch nimmt¹⁰⁴.

Diese Blockade ist für die Gewerkschaft vollkommen risikolos, gerade weil sie strukturell in einem Schwarm angelegte Eskalationspotenzial des

99 ArbG Berlin 12.12. 2007 – 34 Ga 20169/07 (Fn. 3), Gründe 1.

100 *Ubber*, Personalmagazin 2009, 66, 68; *Baeck/Winzer*, NZG 2008, 939; *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21; *Säcker*, NJW 2010, 1115, 1117; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 443 f.; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 261, 264; *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 5; wohl auch *Olbertz/Reinarzt*, ArbRB 2009, 310, 314; allgemein zur Verfassungswidrigkeit der Betriebsblockade *Junker* (Fn. 92), Rn. 619; *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 9), § 11 Rn. 5; *Kissel* (Fn. 16), § 61 Rn. 101 ff.; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 22), Art. 9 GG Rn. 373.

101 LAG Berlin-Brandenburg 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2), 150; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1354.

102 *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261; anderer Ansicht LAG Berlin-Brandenburg 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2), 150.

103 *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 5.

104 ArbG Berlin 1.4.2008 – 34 Ca 2402/08 (Fn. 2), Rn. 35. Allerdings bleibt diese Feststellung für die rechtliche Bewertung des *flash mobs* durch das ArbG Berlin folgenlos: „Dass die Kassiererinnen nach Ende der Flashmob-Aktion Stunden ihrer Arbeitszeit damit verbracht haben dürften, die stehengelassene Ware wieder zurückzusortieren, mag gleichfalls lästig gewesen sein; hieraus folgt jedoch nicht die Rechtswidrigkeit der Maßnahme.“ (ArbG Berlin, ebenda); kritisch *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 449.

flash mobs nicht beherrschen kann¹⁰⁵. Allerdings hat auch hier das LAG Berlin-Brandenburg die gegenteilige Auffassung vertreten: Die Gewerkschaft „hat es zudem in der Hand, die Anzahl der Teilnehmer entsprechend der Größe der für eine konkrete derartige Situation ausgewählten Filiale zur Vermeidung einer vollständigen Blockade beziehungsweise einer besetzungsähnlichen Situation zu begrenzen, indem sie nur den Teil der Interessenten, die ihr Handy-Nummern zur Verfügung gestellt haben, per SMS über Zeitpunkt und Ort der Aktion informiert, die ihr für die Durchführung im konkreten Fall jeweils angemessen erscheint. Sie kann das Geschehen deshalb von vornherein in einer Weise steuern, dass die Aktion kein unangemessenes Ausmaß erreichen kann“¹⁰⁶. Doch dieses Argument lässt zwei ganz entscheidende Umstände außer Betracht: Erstens hat ver.di den *flash mob*-Aufruf im Arbeitskampf nicht auf Gewerkschaftsmitglieder beschränkt, sondern auch an „alle, die uns unterstützen wollen“, adressiert. Zweitens ignoriert das LAG Berlin-Brandenburg vollkommen die elektronischen Kommunikationsgewohnheiten, die gerade auf einer schnellen Weiterleitung von SMS-Inhalten und E-Mail sowie der unabsehbaren Multiplikationsfunktion von *Online*-Foren beruht¹⁰⁷, wobei gerade die Drittadressierung des gewerkschaftlichen *flash mob*-Aufrufs die elektronische Weiterleitungswahrscheinlichkeit noch verstärkt. Deshalb ist *Steffen Krieger* und *Jens Günther* zuzustimmen, wenn sie in ihrer Kritik der *flash mob*-Entscheidung des BAG feststellen, dass es allein vom Zufall abhängt, ob nun 50 oder 500 Menschen eine Filiale stürmen¹⁰⁸.

Doch trotz dieses Eskalationspotenzials kann sich aufgrund der Kippstruktur des Schwarms zwischen individuellem und kollektivem Verhalten nicht nur jeder individuelle Teilnehmer, sondern auch die Gewerkschaft von der Verantwortung für Schwarmschäden distanzieren, die – so würde die Gewerkschaft argumentieren – von anonymen Personen verursacht wurden, die mit der Gewerkschaft nichts zu tun haben¹⁰⁹. Selbst wenn

105 *Rieble*, NZA 2008, 796, 799; *Baeck/Winzer*, NZG 2008, 939; *Ubber*, Personalmagazin 2009, 66, 68; *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21, 23; *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 8. Das ArbG Berlin, 1.4.2008 – 34 Ca 2402/08 (Fn. 2), Rn. 37 sowie das BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1353 erkennen zwar das Eskalationspotenzial, das mit einem *flash mob* verbunden ist, ohne daraus jedoch Folgerungen für die Frage hinsichtlich dessen Rechtmäßigkeit als Arbeitskampfmittel zu ziehen.

106 LAG Berlin-Brandenburg 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2), 150; vgl. *Thacker*, in: *Horn/Gisi* (Fn. 57), S. 68, zum vergeblichen Wunsch, Schwärme zu kontrollieren und zu instrumentalisieren.

107 *Ubber*, Personalmagazin 2009, 66, 68; *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21.

108 *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21.

109 *Rieble*, NZA 2008, 796, 798; *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 22.

man hier mit Kategorien von Gefahreröffnung¹¹⁰ oder Zweckveranlassung¹¹¹ arbeitete, müsste sich eine Zurechnung von konkreten Schäden im konkreten Einzelfall durch konkrete Personen beweisen lassen. Doch gerade dies dürfte aufgrund der Anonymität des Schwarms schwierig, wenn nicht sogar unmöglich sein.

Der Risikolosigkeit des *flash mobs* seitens der Gewerkschaft stehen fehlende Abwehrmöglichkeiten seitens des Arbeitgebers gegenüber. Das BAG bietet dem Arbeitgeber das Hausrecht und die Betriebsstilllegung als Abwehrmöglichkeit an¹¹².

Doch das Hausrecht ist kein angemessenes Abwehrmittel, da der Schaden bereits eingetreten ist, bevor es greifen kann¹¹³. Das Hausrecht wird – ganz entsprechend der Schwarmstrukturanalyse – durch die niedrige Organisationsstruktur des Schwarms schlicht unterlaufen. Zudem ist die Ausübung des Hausrechts mit der Gefahr weiterer Selbstschädigung des Arbeitgebers verbunden: Da das BAG nur verlangt, dass der Schwarm insgesamt als Arbeitskämpfungsmittel erkennbar sein muss, nicht aber jeder einzelne Teilnehmer¹¹⁴, sind aufgrund der anonymen Schwarmstruktur „Flash-Mobber“ und „normale“ Kunden nicht unterscheidbar¹¹⁵. Darüber hinaus besteht bei einer Durchsetzung des Hausrechts eine noch weitergehende Eskalationsgefahr mit unabsehbaren Folgen für die Einrichtung des Betriebs¹¹⁶.

Auch die Betriebsstilllegung ist kein angemessenes Abwehrmittel des Arbeitgebers: Vielmehr würde der Arbeitgeber damit letztlich dem Zweck des *flash mobs* genügen. Auch das BAG sieht durchaus, dass das von ihm

110 Rieble, NZA 2008, 796, 798.

111 Willemsen/Mehrens, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, 6.

112 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1353 f.; anderer Ansicht Säcker, NJW 2010, 1115, 1117: „Scheinabwehr“.

113 Lingemann, ArbRAktuell 2009, 93; Krieger/Günther, NZA 2010, 20, 21, 23; Franzen, JbArbR 47 (2009), 119, 134; Rùthers/Höpfner, JZ 2010, 261, 263 f.; Säcker/Mohr, JZ 2010, 440, 448 f.; Willemsen/Mehrens, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, 12. Heinz Josef Willemsen und Christian Mehrens (ebenda, 4) weisen darüber hinaus zu Recht auf den inneren Widerspruch der Argumentation des BAG hinsichtlich des Hausrechts hin: Der Erste Senat geht einerseits davon aus, dass das Eigentum des Arbeitgebers durch den *flash mob* nicht tangiert wird, erlaubt aber zugleich eine Ausübung des Hausrechts.

114 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1353; kritisch Rùthers/Höpfner, JZ 2010, 261, 263; Säcker/Mohr, JZ 2010, 440, 449.

115 Krieger/Günther, NZA 2010, 20, 21; Rùthers/Höpfner, JZ 2010, 261, 263; Säcker/Mohr, JZ 2010, 440, 448 f.; anderer Ansicht LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 2), 152.

116 Krieger/Günther, NZA 2010, 20, 21; Willemsen/Mehrens, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, 12; Franzen, JbArbR 47 (2009), 119, 134.

selbst dem Arbeitgeber vorgeschlagene Verteidigungsmittel der Betriebsstilllegung genau den Interessen der kampfführenden Gewerkschaft entspricht¹¹⁷. „Dies ändert jedoch“ – so der Erste Senat – „nichts daran, dass der betroffene Arbeitgeber durch die Betriebsschließung die ‚Flashmob-Aktion‘ als solche wirksam beenden und die Folgen der Betriebsstörung durch das Zurückräumen der Ware aus den befüllten Einkaufswagen unschwer beseitigen kann.“¹¹⁸ Diese bestenfalls naive Argumentation lässt ihren Leser umso irritierter zurück, als sie davon auszugehen scheint, dass sich nach einer Betriebsstilllegung die Waren in den Einkaufswagen offenbar selbst in die Regale zurückräumen, da Arbeitnehmer dafür nach einer Betriebsschließung nicht mehr zur Verfügung stehen¹¹⁹.

IV. Ausblick

Sollte es aufgrund der anstehenden Entscheidung des BVerfG bei der Rechtmäßigkeit von *flash mobs* als Arbeitskämpfungsmittel bleiben, gibt es für die Abwehr eines *flash mobs* ein relativ einfaches Gegenmittel – den „Gegenschwarm“: Arbeitgeber können sich selbst zu dem von der Gewerkschaft gegen sie gerichteten *flash mob* per Handy-Nummern anmelden. Geschieht dies entsprechend massenhaft, also anonym schwarmhaft, so ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass die Arbeitgeber über die Daten des anstehenden *flash mobs* von der Gewerkschaft selbst informiert werden und entsprechend reagieren können. Ansonsten hilft den Arbeitgebern letztlich nur der Schritt in die private Sicherheit: Die Videoüberwachung und die Präsenz privater Sicherheitsdienste im semi-öffentlichen Raum dienen dann der Re-Individualisierung des Risikos der Schwarmbildung¹²⁰. Dies sind aber keine guten Aussichten für eine liberale Gesellschaft.

117 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1354; vgl. zu Recht kritisch auch *Lingemann*, ArbRAktuell 2009, 93; *Rüthers*, NZA 2010, 6, 12; *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20, 21; *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 13; *Franzen*, JbArbR 47 (2009), 119, 134; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 264; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 448.

118 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), 1349, 1354.

119 *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, 13; grundsätzlich *Otto*, Arbeitskampfrecht (Fn. 9), § 11 Rn. 19 ff.

120 *Rieble*, NZA 2008, 796, 798.

Diskussion

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Der Vortrag belegt, dass das Konzept aufgegangen ist, das Thema des Kongresses mit zwei Scheinwerfern aus beiden Richtungen zu beleuchten. Ein beeindruckender Vortrag. Herrn *Otto* traue ich mich nicht zu loben, weil er so viel älter ist als ich. Deswegen ist es keine Herabsetzung, wenn ich feststelle, dass mich der Vortrag von Herrn *Kersten* wirklich nachhaltig beeindruckt hat. Ich habe auch für meine verfassungsrechtliche Sicht von Koalitionsbetätigungen und Arbeitskampf wieder Einiges lernen dürfen. Dafür danke. Jetzt bekommt nicht Herr *Konzen* das erste Wort, auch wenn er möchte. Andere Wortmeldungen?

Dr. Benjamin Heider, Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen, München:

Herrn Professor *Kersten*, vielen Dank. Auch das war wieder ein dogmatisch sehr präziser und hervorragender Vortrag und wir haben, was ich denke, was sehr, sehr selten heute ist, zwei Vorträge gehört, wo zumindest schon einmal aus der Einleitung von Herrn *Rieble* deutlich geworden ist, dass es hier eine sehr einhellige Zustimmung gibt.

Wir hatten vor einiger Zeit einen Vortrag von Herrn *Koch* [Richter am BAG] bei uns in der Versicherungswirtschaft. Der wurde eingeleitet von einem Vorstand einer großen deutschen Versicherung mit den Worten: „Herr Koch, ich habe meinen Frieden mit der Arbeitsgerichtsbarkeit gemacht. Ich weiß, wenn ich als Arbeitgeber zum Arbeitsgericht gehe, werde ich verlieren.“ Das war vielleicht psychologisch ungünstig, aber es war jedenfalls beim Kündigungsrecht ein Stück weit Realität. Für mich war das im Arbeitskampfrecht immer anders. Das Arbeitskampfrecht war für mich berechenbarer und die Dogmatik des BAG war so, dass man ungefähr wusste, wo man steht.

Jetzt haben wir folgende Situation, dass mit den Entscheidungen zum Unterstützungsstreik und auch zum *flash mob* diese Dogmatik völlig ohne Not aufgebrochen worden ist. Wir haben in Deutschland ein System des sozialen Friedens, und wir sagen als Arbeitgeber, wir zahlen dafür. Man fragt uns im Ausland, meine Güte, das soziale System der Mitbestimmung ist teuer aber wir waren uns sicher, es gibt diesen sozialen Frieden. Wir haben etwa im Arbeitskampfrecht ein sehr geordnetes System. Herr *Junker* wird sicherlich heute Nachmittag noch etwas dazu sagen im Vergleich zu anderen Systemen. Ich habe immer etwas schmunzelnd auf das

anglo-amerikanische System geguckt, was Unterstützungsstreik und politischen Streik betrifft.

Jetzt scheint das BAG dieses aufbrechen zu wollen. Bei allem Respekt auch gegenüber dem, was Herr Kollege *Fischer* gesagt hat, man solle nicht immer auf das BAG einschlagen, und es sei doch ein verfahrensmäßiges Problem. Das BAG macht nun einmal dieses Verfahrensrecht. Und wenn solche Dinge geschehen und solche Entscheidungen so falsch sind, dann müssen wir das auch sagen. Und dann müssen wir das auch immer wieder und wiederholt sagen.

Herr *Konzen*: Sie haben heute Morgen etwas bedauernd gesagt, man würde beim BAG ja gar nicht mehr gehört werden aus der Wissenschaft. Ich glaube, das ist anders. Ich möchte Sie nur ermutigen, und ich habe hier auch Frau *Mack* vom LAG gesehen, ich bin mir sicher, die lesen Ihre Aufsätze und wir müssen das auch weiter kommunizieren. Man muss auch ein zweites und ein drittes Mal sagen, dass durch solche Entscheidungen die Parität im Arbeitskampfrecht gefährdet ist. Und wir schreiben es dann auch ein zweites und ein drittes Mal und ich bin sicher, das wird gehört werden. Vielen Dank.

Professor Dr. Jens Kersten, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat sich schon immer einem sozialpolitischen Gestaltungsauftrag verpflichtet gefühlt. Dies wird durch eine neuere Entwicklung im richterlichen Selbstverständnis noch verstärkt: Richter des BVerfG, des BGH und eben auch des BAG wollen rechtspolitisch wirken: Sie reisen und halten Vorträge, sie kommentieren ihre eigenen Entscheidungen, und sie kritisieren vor allem die europäischen Gerichte, wenn diese eine andere Entscheidungspraxis verfolgen als sie selbst. Insofern hat sich der sozialpolitische Gestaltungsanspruch der Bundesarbeitsrichter noch verstärkt. Sicherlich sollte man die Kritik an diesem Wandel richterlichen Selbstverständnisses nicht übertreiben. Man muss es nicht halten wie *Lord Denning*, der – ich übertreibe – nicht am Straßenverkehr teilnehmen wollte, weil er darin eine richterliche Einmischung in die Gesellschaft gesehen hat. Doch man muss sich andererseits auch fragen, ob der Gestaltungsanspruch des BAG nicht längst jede Form richterlicher Zurückhaltung aufgegeben hat.

Heribert Jöris, Handelsverband Deutschland – Der Einzelhandel, Berlin:

Erst einmal möchte ich mich dafür entschuldigen, dass Sie heute natürlich diesen Tag opfern müssen für dieses Thema, weil das Thema *flash mob* ja im Einzelhandel gelaufen ist, und wir haben uns nach intensiven Diskussionen auch dazu entschlossen, die Verfassungsbeschwerde zu erheben. Ich möchte vielleicht noch einmal einige Sachen auch zum Sachverhalt beitragen, die so das Licht noch auf einige Aspekte dieser Entscheidung lenken. Das erste ist: Ich glaube, dass das BAG mit seiner Einschätzungsprärogative so weit gegangen ist, dass es Sachverhalte unterstellt hat, die so gar nicht zutreffen. Der Grund, warum man gesagt hat, *flash mobs* im Einzelhandel müssten ja möglich sein, liegt darin, dass behauptet wurde, im Einzelhandel würden durch das Thema Leiharbeit Arbeitsk Kampfmaßnahmen faktisch unmöglich. Nun haben wir einen Bericht des Bundesarbeitsministeriums, der sich genau mit dem Thema Leiharbeit und Verbreitung befasst, und man muss dazu wissen, dass im Einzelhandel laut diesem Bericht gerade einmal 2 % aller Einzelhandelsunternehmen Leiharbeit in Anspruch nehmen. 2 % bei einer Branche von 250.000 Unternehmen. Man kann dann ermessen, das ist wahrlich nicht viel. Und um jetzt noch einmal den Fall ganz konkret zu machen: In dem Fall, um den es hier geht, in diesem Betrieb, wurde überhaupt keine Leiharbeit eingesetzt. Es ging nicht um Leiharbeit. Das war überhaupt nicht der Grund, sondern der Grund war ein ganz anderer, nämlich der, dass ver.di sich in den USA umfangreich hat schulen lassen und beschlossen hat, bei den Arbeitskämpfen etwas einzusetzen, was als „*campaigning*“ bezeichnet wird: man will Putz machen, man will unbedingt auch mehr Öffentlichkeit erzielen. Das ist auch ganz klar in Broschüren, die von ver.di herausgegeben werden, festzustellen. Entlarvend ist vielleicht an der Stelle auch so ein bisschen die Überschrift der Pressemeldung des BAG. Die haben nämlich gesagt, es handelt sich um eine streikbegleitende *flash mob*-Aktion. Fakt ist, an diesem Tag hat es in dieser Filiale überhaupt keinen Streik gegeben und es wurde offensichtlich der Versuch unternommen, diese *flash mob*-Aktion mit Streiks in Zusammenhang zu setzen, aber es gab überhaupt keine zeitlichen Zusammenhänge. Der Punkt ist, dass ver.di ja gar nicht das Streiken verlernt hat, nämlich die Tarifrunde ist letztendlich über eine ganz klassische Situation beendet worden. Das muss man auch einmal ganz konkret sagen. Der Gesamtbetriebsrat dieses betroffenen Unternehmens hat gesagt, wir sind es jetzt leid, dass unsere Mitarbeiter durch *flash mob*-Aktionen gemobbt werden – um das einmal schlicht und einfach so zu sagen – und er hat sich dann mit seinem Vorstand an den Tisch gesetzt. Die haben sich dann eine Einigung gezimert und haben dann – das ist ein sehr großes Unternehmen – ihrer ver.di gesagt, entweder ihr akzeptiert auch diese Einigung

als Flächentarifabschluss oder wir steigen aus der ganzen Geschichte aus. Stichwort noch einmal: *flash mob*. Das Wort „*Mob*“ hat für mich auch zwei Bedeutungen. Sie haben das auch mit dem Hohngelächter dargestellt, mit dem ja dann das Einscannen der Artikel auch kommentiert worden ist, also *flash mob* hat durchaus auch zwei Seiten. Aber wie gesagt, das hat nichts mit mangelnden Arbeitskämpfungsmöglichkeiten der Gewerkschaft zu tun.

Dritter Punkt noch: Sie sprachen das Thema „Schwarm“ an und ich glaube, hier muss man auch noch einmal ein Stück weiterdenken. Bei den ersten Aktionen war das noch so, dass ver.di in einem zweiten Berliner Fall zu dieser Aktion auf einer Internetseite aufgerufen hat und wir dank des Impressums auf dieser Internetseite natürlich auch den Verursacher habhaft machen konnten. Er musste die Internetseite zumachen. Heute geht das ganz anders. Wir haben heute Aktionen, die vollkommen anonym ablaufen. Das ist eine Internetseite. Es gibt Internetseiten, die entstehen ohne Impressi. Da wird zu solchen Aktionen aufgerufen. Fragen Sie mich nicht, wie die Leute auf diese Internetseiten kommen. Sehr wahrscheinlich gibt man Suchbegriffe ein nach dem Motto „*flash mob Einzelhandel*“ etc. Und diese Internetseiten verschwinden auch wieder. Sie können da keinen mehr habhaft machen. Die Leute treten auch ohne Button oder Ähnlichem auf und sie sind tatsächlich weg. Sie können sie allenfalls nur noch mit unmittelbarem Zwang festhalten, wenn Sie versuchen wollen, dort jemandem habhaft zu werden und Ansprüche geltend zu machen.

Letzter Punkt, der für uns dann auch letztendlich so ausschlaggebend war, dass wir gesagt haben, so eine Sache kann man nicht so auf sich sitzen lassen: das Verteidigungsmittel. Stichwort: Macht doch einmal von Eurem Hausrecht Gebrauch. Man muss sich einmal die Situation vorstellen: Sie haben eine Lebensmittelfiliale, da sitzen vier oder fünf Arbeitnehmer drin, 70 % Frauenanteil im deutschen Einzelhandel, und denen steht dann ein „*Mob*“ von 70, 80, 100 Leuten gegenüber. Wie sollen denn diese vier oder fünf Leute dann tatsächlich das Hausrecht ausüben? Wir hatten als Einzelhandel im Grunde keine Neigung verspürt, jetzt unser Verkaufspersonal noch als Einzelkämpfer oder Bereitschaftspolizisten auszubilden. Und wenn die Rechtsprechung des BAG ja wirklich praxisnah statt realitätsfern wäre, dann hätte man wahrscheinlich zum 1. Mai in Berlin nicht Einsatzhundertschaften der Polizei herbeirufen müssen. Dann hätte ja die bloße Aufforderung auch gereicht, „Bitte verlassen Sie diesen Platz.“ Das zeigt – und da haben Sie vollkommen Recht –, hier fließt im Grunde genommen alles ineinander über. Man kann dem Verursacher nicht mehr habhaft werden. Wenn irgendetwas passiert war hinterher keiner Schuld. Es gibt keine Sanktionsmöglichkeiten und es ist sehr schwer, an die Verursacher heranzukommen. Und deswegen ist hier nicht nur das Arbeitsrecht gefordert, sondern tatsächlich auch wirklich Strafrecht und Zivil-

recht. Herr Professor *Säcker* hat ja zu Recht gesagt, das wäre eine Sache gewesen nicht nur für den Großen Senat, sondern auch für den Gemeinsamen Senat und da hatte er nach meiner Auffassung vollkommen Recht.

Jens Kersten:

Ihre Einschätzung spiegelt sich in den Urteilen wieder. Insbesondere das LAG Berlin-Brandenburg bezieht die Frage der öffentlichen Wirkung des Streiks ausdrücklich in seine verfassungsrechtliche Würdigung der *flash mob*-Aktion ein. Als zweiten Punkt sprechen Sie die Bildung menschlicher Schwärme an. Schwärme kann man nur dadurch bekämpfen, dass man sie auflöst. Das Polizeirecht vermittelt dem Einzelhändler keinen Anspruch auf polizeiliches Einschreiten. Eine insofern notwendige Reduzierung des Entschließungsermessens auf Null kommt nach einer inzwischen klassischen Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin zur Frage der Hausbesetzung nicht automatisch in Betracht. Damit konzentrieren sich die Überlegungen auf das Strafrecht. Strafrechtliche Sanktionen stehen aber vor dem Problem der Anonymität der „*flash mobber*“, was wiederum zur – aus meiner Sicht – unerwünschten „Aufrüstung“ von privater Sicherheitstechnik und privatem Sicherheitspersonal im semiöffentlichen Raum führt. Vom BAG kann sicherlich nicht verlangt werden, die polizeirechtlichen Implikationen seiner Entscheidung zu reflektieren. Aber eine Auseinandersetzung mit der Frage nach dem sozialen Eskalationspotenzial menschlichen Schwarmverhaltens wäre als eine richterliche Folgenbetrachtung schon angezeigt gewesen.

Professor Dr. Hansjörg Otto, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich habe noch zwei Bemerkungen vorweg, und dann habe ich auch noch eine Frage. Ich finde es ja ganz wunderbar, welche Synergieeffekte hier zwischen unseren beiden Beiträgen entstanden sind und ich finde, Sie haben das auch unglaublich klargelegt, was bei Art. 9 Abs. 3 GG eigentlich geprüft werden müsste. Sie müssen Ihren Beitrag unbedingt an alle Ihre Kollegen schicken, die diesen Artikel kommentieren.

Zweite Bemerkung: Ich bin daher ganz erfreut darüber, dass mein Hinweis auf die Generalbundesanwältin – Recht sichert Freiheit – auch in Ihren Bemerkungen Gehör gefunden hat. Denn die Sorge gilt nicht nur dem Arbeitsrecht, sondern sie gilt eben auch der gesellschaftlichen Entwicklung. Ich bin schon der Meinung, dass ein Richter verantwortlich ist, auch darüber nachzudenken, was im Polizeirecht, im Strafrecht und in der

Gesellschaft passiert. Und es wird ja auch in anderen Zusammenhängen gemacht.

Aber ich habe auch noch eine Frage, gerade was diese Verfassungsbeschwerde anlangt: Warum hat man eigentlich das Unternehmen nicht dazu gewinnen können, Verfassungsbeschwerde einzulegen? Denn das scheint ja vielleicht ein Problem zu sein. Ich glaube nicht, dass es ein durchschlagendes ist, aber es könnte ein Problem sein. Dass das BVerfG hier entscheiden muss, angesichts des völlig neuen Kampfmittels, scheint mir sicher. Nur hat es jetzt unter Umständen eine Möglichkeit, sich aus diesem Entscheidungszwang herauszulösen, indem es sagt, der Verband selbst ist nicht hinreichend betroffen. Das wäre ja fürchterlich. Wie gesagt, die Frage nach hinten an Herrn *Jörjes*: Warum nicht das Unternehmen? Und die Frage an Sie, Herr *Kersten*: Schadet das der Verfassungsbeschwerde?

Volker Rieble:

Dann vielleicht zuerst die eine Frage. Soweit ich es weiß, war das Unternehmen gar nicht Partei des Arbeitsgerichtsprozesses, so dass sie gar nicht beschwerdebefugt sind. Herr *Jörjes* nickt, das war die Ursache. Das heißt der Arbeitgeber hätte von Anfang an mitklagen müssen, um die Verfassungsbeschwerdebefugnis auf sich beziehen zu können. Aber es ist ja typischerweise so im Arbeitskampfgeschehen, dass die Verbände klagen und dass die Verbände die Unzulässigkeit des Kampfmittels auch im Interesse des Mitglieds geltend machen. Aber dann eben mit dem Einbruch, dass die Verbände jedenfalls die individuellen Verfassungsrechtspositionen nicht in Form einer Standschaft geltend machen können.

Jens Kersten:

Dem stimme ich zu. Wenn ich recht sehe, wird sich das BVerfG der Frage der Verfassungsmäßigkeit von *flash mobs* widmen.

Volker Rieble:

Keine Kammerentscheidung?

Jens Kersten:

Nein. Nur eine Senatsentscheidung wird der Bedeutung der Sache gerecht.

Professor Dr. Horst Konzen, Johannes Gutenberg Universität Mainz:

Ich will, Herr *Rieble*, Ihre Generosität damit belohnen, dass ich nur einen einzigen Punkt anspreche. Ich will von den Schwärmen zurück zu den Grundpositionen für die angebliche Koalitionsmittelfreiheit. Das BAG versteht es ja wohl so: Der Schutzbereich hat uns eröffnet, jetzt die Koalitionsmittelfreiheit zu betonen, anders als dies vorher vom BAG verstanden worden ist, und dazu ergänzend weiter die Einschätzungsprärogative. Ich habe ein paar Bemerkungen dazu. Die erste ist: Auch aus Ihrer Schilderung des Beschlusses des BAG über die gewerkschaftliche Werbung während der Dienstzeit kann man doch wohl entnehmen, dass dies, was dort verändert ist, ein konstruktiver Unterschied ist, kein inhaltlicher. Ein konstruktiver Unterschied: Erst einmal den Schutzbereich bestimmen und dann sogar noch den schlimmen Begriff „Unerlässlichkeit“ auf die Gegenposition zu verschieben. Wenn man dies macht, scheint mir doch keine Brücke zu bestehen für das, was anschließend geschehen ist, nämlich, dass man sagt, für das Arbeitskampfrecht gilt das aber nicht. Da haben wir die Kampfmittelfreiheit und dann gibt es – abgesehen vom Rechtsmissbrauch, was immer das ist – keine Gegenposition. Das scheint mir aus dem Beschluss eine gänzlich unhaltbare Folgerung zu sein, zumal das BVerfG bei der Entscheidung über die Streikbeteiligung der Außen-seiter-Arbeitgeber dem BAG ausdrücklich ins Stammbuch geschrieben hat, die Zulässigkeit des Arbeitskamps gelte nur bei Erforderlichkeit von Kampfmitteln, und die beiden Entscheidungen – Unterstützungsstreik und auch *flash mob* – mit Lippenbekenntnissen diese Formulierung übernommen haben, um sie hinterher zu beseitigen. Das Weitere, was ich sagen will, ist: Selbst wenn das BVerfG in der § 116 AFG-Entscheidung, die Sie ja angesprochen haben, etwas darüber sagt, dass eine Einschätzungsprärogative herrsche, ich glaube übrigens nur im Leitsatz, dann heißt es doch wohl noch nicht, dass eine Beliebigkeit für die Judikatur besteht, dieses Mittel zum Einsatz zu bringen und zu sagen, nach unserer aktuellen Beurteilung ist das so, dass wir jetzt einmal eine Einschätzungsprärogative zulassen. Das ist dem Gesetzgeber lediglich für Paritätsstörungen und Gemeinwohlgrundsätze erlaubt worden. Ist dann der Richter weniger gebunden als der Gesetzgeber, sich an solche Maßstäbe zu halten? Und noch ein Punkt, ein letzter: Es ist ja nicht nur so, dass wir die Einschätzungsprärogative haben, bei dem, der das Arbeitskämpfungsmittel einsetzt, so wie Sie es gesagt haben, sondern seit der Blitzwechsel-Entscheidung – also Blitzwechsel in die OT-Mitgliedschaft – haben wir doch auch die Pikanterie, dass die Koalitionsfreiheit begrenzt wird durch die Tarifautonomie – also Austritt oder Wechselrecht –, und dass das BAG uns dann hier im Vierten Senat verkündet, ob da eine Verletzung der Tarifautonomie vorliegt, kann man nicht in allen Fällen sagen, aber es unterliegt der Einschätzung der Gewerkschaft. Dann entscheidet diese in Zukunft

alles. Sie schätzt ein, was sie selbst haben möchte, und sie schätzt ein, was der Gegner tun darf und alles ist verbindlich. Das scheint mir unhaltbar zu sein. Zusatzbemerkung zur Leiharbeit, weil Sie dies angesprochen haben: Man muss aus dem, was Sie sagen, generell folgern, dass nach Ihrer Meinung die Erforderlichkeit eines Kampfmittels nach wie vor ein Maßstab ist für die Zulässigkeit des Kampfmittels, dies entgegen den Vorstellungen, die offenbar der Erste Senat hat, zur Leiharbeit ist in diesem Zusammenhang nur hinzuzufügen: Man darf angesichts der Blendwirkung der Leiharbeit nicht den Vorspann vergessen, den Sie erwähnt haben. Die Mobilisierung und der hinreichende Organisationsgrad sind erst einmal nach der Judikatur die Vorgaben dafür, ob wir überhaupt irgendwelche Strukturänderungen haben, und ich frage mich, wer ist denn für die Leiharbeit im Handel zuständig? Ist das nicht auch ver.di?

Jens Kersten:

Für Ihre Fragen möchte ich mich – lieber Herr *Konzen* – ganz herzlich bedanken. In den meisten Punkten sehe ich uns in Übereinstimmung. Die dogmatische Struktur des neuen Arbeitskammerrechts wird in dem von Ihnen zu Recht kritisierten dogmatischen Ping-Pong-Spiel des BVerfG und des BAG entwickelt. Im Ergebnis bestimmt das BAG nun den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit in Anknüpfung an die Zwecksetzung der kampfführenden Gewerkschaft weit. Auf der Schrankenstufe akzeptiert das BAG sodann die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft hinsichtlich der Geeignetheit und – über die Rechtsprechung des BVerfG hinausgehend – auch der Erforderlichkeit der Zweckverfolgung des von ihr gewählten Kampfmittels. Letztlich bedeutet dies, dass das BAG nicht den Schutzbereich bestimmt und diesen sodann über die Schranken begrenzt, sondern die Schutzbereichsprüfung in die Schrankenprüfung hinein „verlängert“. Dabei bleibt dann am Schluss noch nicht einmal das, was man Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nennt. Warum nicht? Weil das BAG nicht zwei Verfassungswerte gegeneinander abwägt, sondern nur die Abwehrmittel der Arbeitgeberseite prüft. Das BAG wählt – wie Sie, lieber Herr *Otto*, gesagt haben – für die Abwägung ganz strategisch nicht die Eigentumsfreiheit, sondern den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Gegenrecht des Arbeitgebers – strategisch deshalb, weil der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb kein absolutes Recht ist und keinen Schutz aus Art. 14 Abs. 1 GG, sondern – maximal – aus Art. 12 Abs. 1 GG genießt. Darüber hinaus kann vom BAG die Normprägung dieses Instituts zur verfassungsrechtlichen Weichspülung der Rechte des Arbeitgebers unterstrichen werden. Demgegenüber werden die „harten Fragen“ – nämlich der Verstoß des *flash mobs* gegen Strafrecht und Eigentumsordnung – wie Sie, lieber Herr *Otto*, wiederum zu Recht kritisiert haben – am Schluss des Urteils kurz „abgekanzelt“. Dies ist der

nicht überzeugende Stand der Dogmatik der Koalitionsfreiheit, bei dem man nur hoffen kann, dass das BVerfG einmal den Zitatkreislauf mit dem BAG durchbricht.

Hansjörg Otto:

Das Ganze, wenn man sich das einmal durch den Kopf gehen lässt, wird ja grotesk, wenn man erst einmal ein bisschen weiter zurücksieht. Der Gesetzgeber hat das Streikrecht nicht in die Verfassung hineingeschrieben, weil man sich über die Grenzen und die Zulässigkeit nicht verständigen konnte. Man hätte einen irre langen Artikel zustande gebracht. Das hat man damals nicht geschafft und würde man auch heute vernünftigerweise wohl nicht machen. Deswegen ist es aber absurd, jetzt den Arbeitskampf und das Arbeitskampfmittel auf dieselbe Ebene zu stellen wie die Koalitionsbildung und die Tarifautonomie.

Zum Zweiten: Welche Mühe hat man sich gemacht, die Aussperrung, die Abwehraussperrung, überhaupt verfassungsrechtlich zu legitimieren? Welche Verrenkungen? Was hat das gebraucht? Wie lange hat das BAG das Kampfmittel nicht verfassungsrechtlich anerkannt, weil es sich gesagt hat, was lassen wir dann alles mit zu? Gehört vielleicht auch die Angriffsaussperrung mit dazu? Wenn man das einmal vergleicht, dieses Bemühen um die Abwehraussperrung und die Großzügigkeit bei *flash mobs*, dann verstehen Sie gar nichts mehr.

Volker Rieble:

Darf ich noch eine klitzekleine Frage stellen, die mir heute Morgen gekommen ist? Was macht das eigentlich aus unseren Gewerkschaften? Wenn wir überlegen, wir diskutieren viel über Spartengewerkschaften und Arbeitskampf und so weiter und so fort. Wenn Gewerkschaften Kräfte beziehen können aus der Organisation ungeordneter Bevölkerungsmassen dann könnte Frau *Wankel* sich einmal überlegen, ob womöglich diejenigen Teile der IG Metall, die der WASG nahe stehen, vielleicht ein Interesse haben könnten, eine linke, also eine politisch ausgerichtete Gewerkschaft zu bauen, sich so zu verbünden. Gibt es dann womöglich Fliehkräfte in den großen Verbänden? Gibt es vielleicht auch andere, bedeutungsarme Gruppen, bei denen wir bislang sagen, die gibt es halt, der Verband der katholischen Hausgehilfinnen oder was da alles möglich ist, oder lebt die AUB wieder auf oder andere? Weil jene anfangen, Kräfte aus Fremdaktivitäten zu beziehen, sie haben keine Mitglieder und sie haben kein Geld, aber sie organisieren ein Happening. Und dann läuft die etablierte Ordnung vollkommen aus dem Ruder. Und ich glaube nicht, ehrlich gesagt, dass ver.di der Hauptnutznießer sein wird, in einer solchen

diffusen Koalitionslandschaft, bei der sich ein kleiner Organisationskörper mit einem großen unstrukturierten Schwarmkörper spontan verbindet, um dann vielleicht auch gar nicht einmal mehr nur Tarifziele durchzusetzen, sondern auch gegen eine als ungerecht empfundene Kündigung anzugehen oder andere Dinge. Das hat einen schönen Vorteil: Wir brauchen keine Arbeitsgerichte mehr, weil die Straße die Rechtsstreitigkeit entscheidet. Jetzt einfach die Frage, die mir heute Morgen gekommen ist, was macht das aus unseren Gewerkschaften?

Jens Kersten:

Ich denke, der springende Punkt liegt eben in der Fokussierung des BAG, aber auch des BVerfG auf die kollektive Koalitionsfreiheit. Auf diese Weise verliert sich der Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Dogmatik des Art. 9 Abs. 3 GG, der in der individuellen Koalitionsfreiheit liegt. Die kollektive Koalitionsfreiheit wird auf diese Weise im spontanen Ordnungsdenken des BAG von ihrer individualrechtlichen Basis und Legitimation abstrahiert. Insofern lässt sich in gewisser Weise eine Parallelentwicklung zum Parteienrecht bei der Koalitionsfreiheit feststellen. Aus meiner Sicht ist es deshalb dogmatisch angezeigt, die kollektive Koalitionsfreiheit an die individuelle Koalitionsfreiheit als ihre Legitimationsquelle zurück zu binden.

Volker Rieble:

Das ist im Arbeitsrecht nicht anders. Das war ein schönes Schlusswort. Wir können in der Mittagspause weiter diskutieren. Der Plan hat sich etwas verschoben. Wir machen um 13.00 Uhr weiter. Vielen herzlichen Dank an die Referenten und Diskutanten des Vormittags.

Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampfrisikos

Richard Giesen

Seite

I. Das neue Arbeitskampfrecht des BAG	97
1. Zulassung von „flash mobs“ als Eskalationsförderung	97
2. Neue Struktur der Zulassung von Arbeitskampfmitteln – Erlaubnis unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt	98
II. Qualität, Quantität und Zwecke des Einsatzes neuer Arbeitskampfmittel	100
1. Neue Arbeitskampfmittel der Gewerkschaft	100
a) Neue Beliebbarkeit des Arbeitskampfmittels	100
b) Keine Beschränkung des Arbeitskampfmittels auf das Arbeitsverhältnis	101
c) Zulassung der Beeinträchtigung absoluter Rechtspositionen	102
2. Neue Arbeitskampfziele – Unterstützungsarbeitskampf und politischer Arbeitskampf	104
3. Neue Arbeitskampfmittel der Arbeitgeber	104
III. Verteilung der erweiterten Arbeitskampfrisiken im neuen Arbeitskampfrecht	106
1. Praktikabilität der Risikozuweisung nach Kampfparität und Partizipation im neuen Arbeitskampf	107
a) Bisherige Zuordnung des Arbeitskampfrisikos nach Kampfparität und Partizipation	107
b) Partizipation	107
c) Parität	108
2. Übernahme des Arbeitskampfrisikos nach allgemeinen schuldrechtlichen Gesichtspunkten	109
3. Zulässigkeit neuer Arbeitskampfmittel: Berücksichtigung von Drittbeeinträchtigungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung	110

IV. Sozialleistungen bei Arbeitsausfall wegen neuer Kampfmittel - §§ 146, 174 SGB III	111
1. §§ 146, 174 SGB III: Staatsneutralität, Kampfparität und Partizipation	111
2. Leistungsberechtigung unmittelbar Betroffener (§ 146 Abs. 2 SGB III)	112
3. Leistungsberechtigung mittelbar Betroffener (§ 146 Abs. 3 SGB III)	113
V. Zusammenfassung	114
Diskussion	117

I. Das neue Arbeitskampsrecht des BAG

1. Zulassung von „flash mobs“ als Eskalationsförderung

Der Erste Senat hat mit seiner *flash mob*-Entscheidung¹ kräftig an der Eskalationsspirale gekurbelt, und zwar in zweifacher Hinsicht.

Erstens hat er den *flash mob* erlaubt, weil er glaubt, die Gewerkschaft habe ein eigenes Recht zur Erfindung neuer Kampfmittel und könne hierfür auch Nicht-Belegschaftsmitglieder in die Auseinandersetzung schicken. Damit erklärt er die bisherige Rechtsprechung für obsolet, die nur den Streik und die Aussperrung als Arbeitskampsmaßnahmen zugelassen hat². Das führt zur physischen Eskalation kollektiver Konflikte, weil nunmehr Außenstehende dazu eingeladen sind, auf eigene, kreative Art den Arbeitskamps mit zu „gestalten“. Während der Arbeitskamps bisher der Belegschaft dazu diente, mit eigenem Opfer – Lohnverzicht während Streik und Aussperrung – den Arbeitgeber zum erwünschten angemessenen Tarifvertragsschluss zu bringen, verändert er mit dem *flash mob* sein Gesicht. Die Gewerkschaft geht hier kein Risiko ein, denn es werden fremde „Kampfgenossen“ aktiviert, denen der Betrieb und sein Fortbestand gleichgültig sein können. Der Arbeitgeber muss, wenn er den *flash mob* eindämmen will, sein Hausrecht ausüben, wobei er letztendlich auf Schnelligkeit und Einsatzwillen der Polizei angewiesen ist. Somit wird der Betrieb zum Kampfplatz im physischen Sinn. Die Kombattanten riskieren so viel wie in der Berliner Mainacht, können aber ebenso viel „Spaß“ haben.

Zweitens schafft der Erste Senat mit seiner Entscheidung Rechtsunsicherheit. Die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung bringt naturgemäß Unklarheiten mit sich. Mit einem „*stare decisis*“, dem Gebot, an bisher entwickeltem Richterrecht möglichst festzuhalten³, hat sie nichts zu tun. Rechtsstaatlich ist das nicht. Zudem ist aber auch die Entscheidung in sich nicht klar. Die neu erfundenen Tatbestandsmerkmale werden undeutlich subsumiert. Semantisch lässt sich das leicht feststellen, denn das Urteil bevorzugt die doppelte Verneinung. Ein paar Beispiele, die nur aus der

1 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 ff. (*flash mob*).

2 BAG (GS) 28.1. 1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291; BAG (GS) 21.4. 1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 306 ff.; eingehend Kissel, Arbeitskampsrecht, 2002, §§ 60, 61 (S. 847 ff., 852 ff.); Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 612; Otto, Arbeitskamps- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 25 f. (S. 68 f.). Vgl. zur – abzulehnenden – lösenden Aussperrung Kissel, ebenda, § 52 Rn. 52 ff. (S. 786 ff.).

3 Siehe vor allem Kissel, Stetigkeit der Rechtsprechung, Festschrift Hromadka, 2008, S. 189 ff.

Rn. 8 des Urteils, der einleitenden Zusammenfassung der Entscheidung, stammen:

„Eine gewerkschaftliche Aktion, bei der die Teilnehmer durch den Kauf geringwertiger Waren oder das Befüllen und Stehenlassen von Einkaufswagen in einem Einzelhandelsgeschäft kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen, ist im Arbeitskampf *nicht* generell *unzulässig*.“
 ... „Regelmäßig *unangemessen* sind Verletzungen der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Rechte wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum. Dies gilt *nicht* in gleicher Weise für den arbeitskampfbedingten Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.“ ... „Danach sind „Flash mob-Aktionen“ der streitbefangenen Art *nicht* generell *unangemessen*.“

Die doppelte Verneinung soll zum einen wohl bewirken, dass im Streit um die Rechtswidrigkeit der Aktion die Beweislast für die Unangemessenheit dem belasteten Arbeitgeber aufgebürdet wird. Zum anderen vermeidet sie auch klare Aussagen: Wir wissen nicht, ab welchem Maß der Unerträglichkeit des Eingriffs mit der Unzulässigkeit der Aktion zu rechnen ist. Die Vermutung der Zulässigkeit von Randalen greift zugunsten der Randalierer, und die diesbezügliche Letztentscheidung steht im Belieben des Richters. Auch das ist vom Rechtsstaat weit entfernt.

2. Neue Struktur der Zulassung von Arbeitskampfmitteln – Erlaubnis unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt

Dennoch soll eine nähere Analyse der Rechtsprechung versucht werden. Das gilt vor allem für den neuen universellen Einsatz des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Der Erste Senat geht in seiner neueren Rechtsprechung – sowohl im Urteil zum Unterstützungstreik als auch in der *flash mob*-Entscheidung – in der Weise vor, dass prinzipiell alle Arbeitskampfziele und alle -mittel für potenziell zulässig erklärt werden, dass aber alles damit Erreichte wieder dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit unterworfen wird⁴. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird schulmäßig strukturiert: Der Senat unterscheidet Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne⁵. Hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit der jeweiligen Kampfmaßnahme soll der arbeitskampfführenden Koalition

4 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 Rn. 9, 22 ff., 32 ff., 53 ff. (Unterstützungstreik); siehe dazu *Rieble*, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506 ff.; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 8, 37 ff., 53 ff. (flash mob).

5 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 22 ff., 26 ff. (Unterstützungstreik); BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 1), Rn. 37 ff. (flash mob).

eine Einschätzungsprärogative zustehen⁶. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (der Proportionalität) soll dagegen eine volle richterliche Kontrolle eingreifen⁷.

Warum eine Koalition bezüglich Geeignetheit und Erforderlichkeit darüber entscheiden soll, was ihr selbst verboten ist und was nicht, wird dabei nicht erläutert. Auch die sonstige Subsumtion des selbst statuierten Verhältnismäßigkeitsprinzips wird nicht erklärt. Lediglich für die beiden entschiedenen Fälle legt der Senat dar, dass der betreffende Unterstützungstreik beziehungsweise der *flash mob* verhältnismäßig waren. Bei Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wägt der Senat in der Unterstützungstreik-Entscheidung aber wieder nur dasjenige Für und Wider gegeneinander ab, das auch bisher bei der Bewertung von Unterstützungstreiks diskutiert worden ist⁸. Und in der *flash mob*-Entscheidung wird konkret darauf abgestellt, inwieweit sich der Arbeitgeber gegen *flash mobs* durch Wahrnehmung seines Hausrechts wehren kann, die *flash mobs* Betriebsblockaden gleichzusetzen sind und sich die Beteiligten strafbar machen⁹. Mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung hat das nicht viel zu tun, sondern eher mit einem beliebigen Abwägen von Für und Wider.

6 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 26 f. (Unterstützungstreik); BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 42 f. (*flash mob*).

7 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 28, 37 ff. (Unterstützungstreik); BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 44 ff. (*flash mob*).

8 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 56-58 (Unterstützungstreik). Hier nennt das BAG die Sonderrolle des betroffenen Dritten als Nichtgegner des Hauptarbeitskampfs, die Schwere des Eingriffs in seine Rechte, den wirtschaftlichen Einfluss und die Verbindung mit dem den Hauptarbeitskampf Führenden (im konkreten Fall die enge Zusammenarbeit der konzernzugehörigen Unternehmen bei der gemeinsamen Produktion). Die zuvor in Rn. 34 angestellten Überlegungen, nach welchen der Unterstützungstreik schon dann in Betracht komme, wenn er wirtschaftlichen und psychischen Druck auch durch mittelbare Nutzung „informeller ... Einflussnahme“ ausübe und zudem die „Kampfbereitschaft der den Hauptarbeitskampf führenden Gewerkschaftsmitglieder stärken“ könnte, kommen hier merkwürdigerweise nicht mehr zum Tragen (siehe aber im Interesse des Drittschutzes wiederum relativierend Rn. 38). Inhaltlich entsprechen die betreffenden Überlegungen demjenigen, was auch die bisherige BAG-Rechtsprechung über die Zulässigkeit von Unterstützungstreiks entschieden hat, siehe BAG 20.12.1963 – 1 AZR 157/63, BAGE 15, 211, 216; BAG 5.3. 1985 – 1 AZR 468/83, NZA 1985, 504, 507 f.

9 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 55 ff. (*flash mob*).

II. Qualität, Quantität und Zwecke des Einsatzes neuer Arbeitskampfmittel

1. Neue Arbeitskampfmittel der Gewerkschaft

a) Neue Beliebigkeit des Arbeitskampfmittels

Angesichts der Konturenlosigkeit der Rechtsprechung ist nicht klar, welche Maßnahmen der Gewerkschaft neben dem *flash mob* als sonstige neue Kampfmittel zur Verfügung stehen. Man weiß eben nicht, was sich der Erste Senat unter „alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen“ vorstellt¹⁰. Bisher waren insbesondere Betriebsblockaden für unzulässig erklärt worden. Der Senat lässt diese Frage aber inzwischen offen. Im *flash mob*-Verfahren hatte sich der Arbeitgeber auf das Verbot der Betriebsblockade berufen. Dazu heißt es in der Entscheidung: „Flash mob-Aktionen‘ der streitbefangenen Art sind typischerweise gerade nicht auf eine nachhaltige Absperrung des gesamten Betriebs, sondern auf eine relativ kurzfristige, vorübergehende Störung betrieblicher Abläufe gerichtet. Der vorliegende Fall verlangt daher nicht nach einer rechtlichen Beurteilung von ‚Betriebsblockaden‘“.¹¹ Damit rückt auch die Betriebsblockade in den Bereich des Möglichen. Der Erste Senat spricht zwar in der *flash mob*-Entscheidung von „friedlichen“ Mitteln der Koalitionsbetätigung, aber er hält ja auch den *flash mob* für friedlich, weshalb nicht klar ist, was er damit meint¹². Denkbar sind künftig vielleicht auch Datenblockaden für die Arbeitgeberhomepage, Autobahnsperrungen, Manager-Freiheitsberaubungen nach französischem Muster, Obst- und Gemüseschlachten oder auch kleinere „verhältnismäßige“ Spießrutenlauf-Drängeleien für Streikbrecher, bei denen das Verletzungsrisiko auf das Niveau von Bundesliga-Handballspielen angehoben werden darf.

Strukturell überschreitet der Senat, ohne dies offenzulegen, zwei Grenzen für Arbeitskampfmittel, die bisher allgemein für selbstverständlich gehalten und daher nicht weiter problematisiert worden sind. Dies sind zum einen die Beschränkung des Arbeitskampfmittels auf das Arbeitsverhältnis und zum anderen die Unzulässigkeit der Beeinträchtigung absoluter Rechtspositionen.

10 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 10 f., 19 (Unterstützungsstreik); BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 33 (flash mob).

11 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 62 (flash mob), unter „vgl.“-Hinweis auf das Urteil des Ersten Senats, in dem Betriebsblockaden verboten worden waren, BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86, BAGE 60, 101 ff. unter C II mit weiteren Nachweisen.

12 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 34 (flash mob).

b) Keine Beschränkung des Arbeitskampsmittels auf das Arbeitsverhältnis

Die bisherigen Arbeitskampsmittel Streik und Aussperrung haben sich auf die Vertragsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beschränkt. Das gilt für die Niederlegung der Arbeit im Streik und für den Ausschluss des Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz bei Nichtzahlung von Arbeitsentgelt in der Aussperrung. Streik und Aussperrung würden zwar Rechtsverstöße darstellen, wenn es nicht die arbeitskampfrechtliche Rechtfertigung gäbe. Es handelt sich aber lediglich um Vertragsverletzungen in der schuldrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die damit verbundene Störung kann zwar mittelbar nach außen wirken, wenn etwa der Arbeitgeber im Arbeitskamps Lieferpflichten Dritten gegenüber nicht einhält. Wegen der Rechtmäßigkeit der Arbeitskampsmaßnahme haftet der Arbeitgeber dem Dritten gegenüber nicht¹³. Jedoch handelt es sich bei dieser Außenwirkung lediglich um ein Reflex der Rechtmäßigkeit einer Arbeitskampsmaßnahme, ohne dass sich diese gegen den Dritten richten würde oder vom Dritten ausginge.

Diese Beschränkung des Arbeitskampsmittels auf das Arbeitsverhältnis beruhte bisher auf dem *numerus clausus* der Arbeitskampsmittel¹⁴. Sie war aber nicht zuletzt auch Konsequenz daraus, dass der Arbeitskamps die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft. Deshalb stellte die ältere Rechtsprechung für die Zulassung von Solidaritätsarbeitskamps zutreffend darauf ab, ob sich der von der Kampsmaßnahme betroffene dritte Arbeitgeber im Kamps besonders auf die Seite des arbeitskampfführenden Arbeitgebers gestellt hatte¹⁵.

Man kann die Beschränkung des Arbeitskampsmittels auf das Arbeitsverhältnis als bare Selbstverständlichkeit auffassen, die daraus folgt, dass sich der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG auf die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen bezieht, also auf die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Schließlich hat die Koalitionsfreiheit nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die Funktion, die strukturell unterlegenen Arbeitnehmer in der Beziehung zum Arbeitgeber zu schützen, was dazu führen muss, dass ihnen die gemeinsame Durchsetzung ihrer Interessen zu ermöglichen ist¹⁶. Diese kann aber nur die Be-

13 Otto (Fn. 2), § 16 Rn. 92 ff. (S. 353 ff.); Ricken, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 206 Rn. 11 ff.

14 Siehe oben Fn. 2.

15 BAG 20.12.1963 – 1 AZR 157/63 (Fn. 8), 216; BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83 (Fn. 8), 507 f.

16 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 ff. = NZA 1991, 809, 811; BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1/87, 2/87, 3/87, 4/87, 1 BvR 1421/86, BVerfGE 92, 365 ff. = NZA 1995, 754, 756.

ziehung zum Arbeitgeber betreffen und nicht diejenige zu Dritten. Zudem kann man die Beschränkung des Arbeitskampfmittels auf das Arbeitsverhältnis auch als Konsequenz aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ansehen¹⁷. Denn schließlich ist der Konflikt um Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ein solcher, der zunächst einmal diejenigen Personen betrifft, in deren Händen die Ausgestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen liegt. Jedoch zieht das BAG daraus nicht die Konsequenz, dass Arbeitskämpfe den jeweiligen sozialen Gegenspieler (Arbeitgeber oder Arbeitnehmer des jeweils Kampfführenden) treffen müssen, um eine unverhältnismäßige Eskalation zu vermeiden. Stattdessen hält es sowohl die Drittaktivität (fremde *flash mobber*) als auch die Drittbetroffenheit (Streik gegen fremde Arbeitgeber) zunächst für zulässig, um dann diffus zu fragen, ob und inwieweit die Aktivität oder Beeinträchtigung der Dritten im Einzelfall verhältnismäßig ist¹⁸.

c) Zulassung der Beeinträchtigung absoluter Rechtspositionen

Die zweite Grenzüberschreitung des BAG betrifft die Missachtung absoluter Rechtspositionen. Bisher ergab sich aus der Rechtsprechung, dass bei jedweder Arbeitskampfmaßnahme absolut geschützte Rechtspositionen unangetastet blieben. Das betraf sowohl den Arbeitgeber als auch andere Personen. Es folgte zunächst aus der Beschränkung der Arbeitskampfmaßnahmen auf Streik und Aussperrung¹⁹. Jedoch ergab es sich auch aus Überlegungen des BAG über die Zulässigkeitsgrenzen für Streikaktivitäten. Das betraf insbesondere das Verbot der Betriebsbesetzung²⁰ und das Blockadeverbot für Streikposten²¹.

Im *flash mob*-Urteil wird diese bisherige Achtung absoluter Rechtspositionen aufgegeben. Die Entscheidung bezieht dies ausschließlich auf das Rechtsgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs. Dieses Rechtsgut ist richterrechtlich unter § 823 Abs. 1 BGB subsumiert worden, wobei die Besonderheit gilt, dass die Rechtswidrigkeit des Eingriffs nicht indiziert ist, sondern vom Verletzten gesondert nachgewiesen werden

17 Auf die Verhältnismäßigkeit stellt das BAG in seiner neueren Rechtsprechung ab, siehe BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 9, 22 ff., 32 ff., 53 ff. (Unterstützungsstreik); BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 8, 37 ff., 53 ff. (*flash mob*).

18 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 31 ff. (*flash mob*).

19 Siehe oben Fn. 2.

20 Siehe oben Fn. 11.

21 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86, BAGE 59, 48, 53 f.; BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 11), 110.

muss²². Von daher scheint der Erste Senat „leichtes Spiel“ gehabt zu haben, als er erklärte, es liege zwar ein Eingriff vor, dieser sei aber arbeitskampfrechtlich gerechtfertigt²³. Das ändert aber nichts daran, dass das BAG erstmals die Verletzung eines absoluten Rechts billigte, zumal es faktisch die Verletzung noch weiterer absoluter Rechte zuließ, ohne das ausdrücklich anzusprechen. Der *flash mob* stellt eine Störung von Eigentum und Besitz dar, die nach § 1004 Abs. 1 Satz 1, § 862 Abs. 1 Satz 1 BGB verboten ist²⁴.

Auch die Behauptung des Ersten Senats, es fehle am Hausfriedensbruch im Sinne des § 123 StGB, ist unzutreffend. Ein *flash mobber*, der mit der offen erkennbaren Absicht der Betriebsstörung den Supermarkt betritt, macht sich nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB (widerrechtliches Eindringen) strafbar²⁵. Soweit sich das Vorhaben der Betriebsstörung erst nach dem Betreten bemerkbar macht, kommt die Strafbarkeit nach § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB (unbefugtes Verweilen) in Betracht. Diese setzt voraus, dass sich der *flash mobber* trotz Aufforderung, zu gehen, nicht entfernt. Allerdings muss diese Aufforderung nicht durch ausdrücklichen Hausverweis erfolgen, sondern kann sich bereits aus schlüssigem Verhalten ergeben²⁶. Deshalb wird man schon allein im offenen Entsetzen der zuständigen Mitarbeiterinnen des Supermarkts eine konkludente Bitte sehen müssen, den Supermarkt zu verlassen. So oder so kommt es zur Strafbarkeit und so oder so ist damit der Aufruf zum *flash mob* Anstiftung zum Hausfriedensbruch.

Es gibt keine Hinweise dafür, dass Verletzungen absoluter Rechte oder Hausfriedensbrüche durch Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein können. Der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ist nicht erfasst. Denn das durch die Vorschrift mittelbar zugelassene Ausüben von Druck zur Durchsetzung von Regelungsanliegen auf dem Gebiet der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen bezieht sich nur auf die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis.

22 *Sprau*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl. 2010, § 823 BGB Rn. 25, 126 ff.

23 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 19 (*flash mob*).

24 In diese Richtung auch *Rieble*, *Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?*, NZA 2008, 796 ff.; zum Besitzschutz gegen *flash mobs* *Löwisch*, Besitzschutz gegen Flashmob, NZA 2010, 209 ff.

25 Hier fehlt es zwar am individuellen Verbot, den Geschäftsraum zu betreten, jedoch ergibt sich das „Eindringen“ im Sinne der Vorschrift daraus, dass der Täter bereits nach dem äußeren Erscheinungsbild offen gegen den Willen des Berechtigten handelt, siehe *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 123 StGB Rn. 26.

26 *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 25), § 123 StGB Rn. 28.

2. Neue Arbeitskampfziele – Unterstützungsarbeitskampf und politischer Arbeitskampf

Der Erste Senat erklärt mit Blick auf den Unterstützungsstreik, 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 BVerfG²⁷. Deshalb sei auch die Zulässigkeit des „reinen Demonstrationsstreiks“ offen. Er spricht hier deutlich von Protest oder Sympathie „etwa für oder gegen Entscheidungen des Gesetzgebers“²⁸.

Mangels Entscheidungsrelevanz hat der Senat dies in der *flash mob*-Entscheidung nicht wiederholt²⁹. Jedoch hat er dort darauf verzichtet, einen konkreten Zusammenhang zwischen der Maßnahme *flash mob* und einem Arbeitskampf zu prüfen. Im Tatbestand der *flash mob*-Entscheidung wurde nämlich keineswegs festgehalten, ob und in welcher Weise die Gewerkschaft ver.di den *flash mob* veranlasst hat, um in einer Tarifaufeinandersetzung ein bestimmtes Regelungsziel zu erreichen³⁰.

Damit ist das bisherige Verbot des „politischen Streiks“³¹ obsolet. Aber auch hier bleibt angesichts der laut Senat zu wahrenen Verhältnismäßigkeit manches offen. Es ist zu fragen, ob die betreffenden staatlichen Entscheidungen, gegen die der Streik erlaubt wird, etwas mit den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zu tun haben müssen, und ob es eine diesbezügliche Motivkontrolle geben wird. Diese Fragen lassen sich kaum beantworten.

3. Neue Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeber

Weiter fragt sich, welche Arbeitskämpfmaßnahmen dem Arbeitgeber im neuen Arbeitskämpfrecht erlaubt sind, insbesondere zur Bekämpfung der neuen gewerkschaftlichen Arbeitskämpfungsmittel. Hier dürfte als Erstes fest-

27 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 13 (Unterstützungsstreik) mit weiteren Nachweisen.

28 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 13 (Unterstützungsstreik) mit weiteren Nachweisen.

29 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 34 (*flash mob*) spricht von der erlaubten „Durchsetzung eines koalitionspezifischen Ziels, wie insbesondere der Erzwingung eines Tarifvertrags ...“.

30 Vgl. BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 19 (*flash mob*). Siehe zur Notwendigkeit des Streikaufrufs und zum notwendigen Zusammenhang einer Arbeitskämpfmaßnahme mit einem Tarifstreit BAG 31.5. 1988 – 1 AZR 589/86, NZA 1988, 886; BAG 1.3. 1995 – 1 AZR 786/94, NZA 1995, 996 f.; *Ricken*, in: MünchArbR (Fn. 13), § 203 Rn. 2.

31 Ausnahme ist das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG, siehe näher *Kissel* (Fn. 2), § 24 Rn. 51 ff. (S. 233 ff.); *Junker* (Fn. 2), Rn. 605.

zuhalten sein, dass der Arbeitgeber auf die neuen Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaft nach dem Gegenmachtprinzip reagieren können muss³². Das betrifft insbesondere die Schwere seiner Reaktion. Ein *flash mob*, der ebenso verheerend wirkt wie ein Streik, muss dem Arbeitgeber ein hinsichtlich der Eingriffsintensität mindestens ebenso starkes Kämpfungsmittel in die Hand geben, wie er es hätte, wenn ein entsprechender Streik abzuwehren wäre. Das bedeutet zunächst, dass der Arbeitgeber zur Abwehr eine herkömmliche Abwehraussperrung vornehmen kann. Das Ausmaß der Aussperrung muss sich an demjenigen Maß orientieren, welches dem Arbeitgeber gegen einen wirkungsgleichen Streik zur Verfügung steht. Es muss aber noch in dem Umfang überschritten werden können, in dem das neue gewerkschaftliche Arbeitskämpfungsmittel keine arbeitnehmerseitige Selbstschädigung mit sich bringt. Mit anderen Worten: Weil ein Streik mit einem Opfer der Arbeitnehmer verbunden ist (nämlich einem Entgeltverzicht), muss der Arbeitgeber auf eine Kampfmaßnahme, welche dieses Opfer nicht enthält, mit einer entsprechend weitergreifenden Gegenmaßnahme reagieren können. Der *flash mob* schadet dem Arbeitgeber eben nicht nur deshalb, weil der Betrieb wie beim Streik für einige Zeit still liegt, sondern auch dadurch, dass Kunden verloren gehen und Aufräumarbeiten durchgeführt werden müssen. Das muss der Arbeitgeber ausgleichen können.

Soweit zur Quantität der arbeitgeberseitigen Reaktion. Im Hinblick auf die Qualität gilt, dass das vom Ersten Senat entdeckte Arbeitskämpfungsmittelerfindungsrecht neben der Gewerkschaft auch der Arbeitgeberseite zustehen muss. Die betreffenden neuen Arbeitskämpfungsmittel können solche sein, mit denen der Arbeitgeber reagiert, und auch solche, mit denen er initiativ agiert. Zusätzlich fragt sich, ob neben der Aussperrung die „verhältnismäßige“ Vergeltung von Gewalt mit Gewalt erlaubt ist. Zu denken wäre an die Blockade von Gewerkschaftsgebäuden oder an Spontankundengebungen bei Gewerkschaftstagen durch Arbeitgebersympathisanten (zum Beispiel Arbeitgeber-Die-In). In Betracht kommt weiter das Anbringen von Parkkrallen an den Fahrzeugen der Initiatoren und Teilnehmer von *flash-mobs*, ihr Ausschluss von Kundenkreditgeschäften, ein sie betreffendes weitgreifendes Hausverbot oder die Veröffentlichung ihrer Namen und Fotos im Internet als modernem Pranger³³.

Ob das alles sinnvoll ist, ist allerdings mehr als fraglich. Der Erste Senat gibt hierauf zudem keine Antwort. Er betont die rechtliche Vollprüfung

32 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 16), BVerfGE 84, 212, 229; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 667.

33 Bei der Entwicklung neuer Kampfmethoden und -vorgehensweisen sind der Phantasie kaum Grenzen gesetzt, siehe Kissel (Fn. 2), § 61 Rn. 140 ff. (S. 887 ff.).

der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne so sehr³⁴, dass man auch auf der Grundlage des neuen Urteils die hier gestellten Fragen wohl mit guten Gründen verneinen kann – und sollte, wenn man noch ein Restinteresse an sozialem Frieden hat. Aber es ist nicht klar, ob das auch die Rechtsansicht des Ersten Senats ist. Wir müssen davon ausgehen, dass er ein gewisses Maß an Aggression und Gewalt im Graubereich zwischen einfacher Belästigung, Nötigung und Sachbeschädigung billigt, weil er den Arbeitskampf eben als Kampf sieht.

III. Verteilung der erweiterten Arbeitskampfisiken im neuen Arbeitskampfrecht

Damit stellt sich die Frage, wie in einem solchen Arbeitskampf das individualarbeitsrechtliche Arbeitskampfisiko verteilt ist.

Der *flash mob* ist kein Streik und kann daher nicht Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis suspendieren. Jedoch kann er mittelbar dazu führen, dass Arbeit ausfällt. Das ist bei den neuen Arbeitskampfmaßnahmen nicht immer der Fall. Sie sind darauf gerichtet, den Arbeitgeber möglichst wirtschaftlich zu schädigen, um ihn im Arbeitskampfgeschehen unter Druck zu setzen. Ein solches Schädigen kann dazu führen, dass es beim unmittelbar oder mittelbar betroffenen Arbeitgeber zu einem Ausfall von Arbeitszeit kommt, etwa wenn Verkäuferinnen in verwüsteten Supermärkten nicht mehr arbeiten können oder wenn Großhändler die betreffenden Supermärkte nicht mehr beliefern können. Wahrscheinlicher ist aber, dass es zusätzliche Arbeit gibt, etwa wenn Verkäuferinnen Hinterlassenschaften der *flash mob*-Randalen wegzuräumen haben, wenn also Waren wieder einsortiert und Leichen beseitigt werden müssen.

Dennoch kann es bei neuen Arbeitskampfmaßnahmen zum Arbeitsausfall kommen, etwa zur vorübergehenden Betriebsstilllegung. Zudem können der *flash mob* oder eine ähnliche, neu zugelassene Arbeitskampfmaßnahme (Betriebsbesetzung, tatsächliche oder elektronische Betriebsblockade etc.) zum Ausfall von Beschäftigung bei drittbetroffenen Arbeitgebern führen. Es ist zu prüfen, ob diese Arbeitgeber, wenn sie wegen des neuen Arbeitskampfmittels ihre Arbeitnehmer nicht beschäftigen können, weiterhin Arbeitsentgelt schulden.

34 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 28, 37 ff. (Unterstützungstreik); BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 44 ff. (*flash mob*).

1. Praktikabilität der Risikozuweisung nach Kampfparität und Partizipation im neuen Arbeitskampf

a) Bisherige Zuordnung des Arbeitskampsrisikos nach Kampfparität und Partizipation

Die bisherige BAG-Rechtsprechung verteilt das Arbeitskampsrisiko nach den Gesichtspunkten der Kampfparität und der Partizipation. Das Gericht geht dabei vom Gesichtspunkt der Kampfparität aus und vertritt auf seiner Grundlage den Partizipationsgrundsatz, indem es bei Untersuchung des jeweiligen „tarifpolitischen Zusammenhangs“ danach fragt, welche potenziell nachteiligen oder vorteilhaften Auswirkungen der Arbeitskampf für den betroffenen Arbeitnehmer hat. Deswegen schuldet der Arbeitgeber laut BAG im Ergebnis denjenigen Arbeitnehmern kein Arbeitsentgelt, die – obwohl nicht kampfbeteiligt – voraussichtlich vom angestrebten Arbeitskampsresultat profitieren werden. Soweit sie dagegen nicht profitieren, trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko und schuldet Arbeitsentgelt³⁵. Auf der Grundlage des Gedankens von Parität und Partizipation ist übrigens auch die Regelung der heutigen §§ 146 Abs. 3, 174 SGB III formuliert worden, welche demjenigen drittbetroffenen Arbeitnehmer Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld versagt, der mittelbar vom angestrebten Tarifvertrag profitieren wird³⁶.

Allerdings ist fraglich, ob diese Form der Risikozuweisung im neuen Arbeitskampf praktikabel ist. Es gibt mehrere Effekte, die dagegen sprechen.

b) Partizipation

Der erste betrifft den Partizipationsgedanken. Im neuen Arbeitskampf ist es schwierig zu beurteilen, ob der Arbeitnehmer, welcher von einem arbeitskampfbedingten Arbeitsausfall betroffen ist, vom Ergebnis dieses Arbeitskamps profitieren wird. Denn die Gewerkschaft ist nun nicht mehr gezwungen, bei der Arbeitskampsplanung Belegschaftsinteressen zu beachten. Wenn beispielsweise ein Arbeitskampf zugunsten von Schichtarbeitszulagen geführt werden soll, war es bisher faktisch geboten, diesen dort zu führen, wo im Schichtbetrieb gearbeitet wird. Wo das nicht der Fall ist, lassen sich Belegschaften kaum dazu motivieren. Das führt dazu,

35 BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 14.12.1993 – 1 AZR 161/95, AP Nr. 129 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Kissel* (Fn. 2), S. 390 ff., 397 ff.; *Dieterich*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 138 ff. Das RG hatte die Risiken nach der sogenannten „Sphärentheorie“ zugeordnet, siehe RG 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272 ff.

36 Siehe dazu näher unten IV.

dass die Gewerkschaft tendenziell Arbeitskampfziele formuliert, die im Interesse der Belegschaften liegen. Soweit das nicht der Fall ist, bricht der Arbeitskampf zusammen, wie dies 2003 beim Streik der Metallindustrie um die 35-Stunden-Woche in den neuen Ländern der Fall war. Die Gewerkschaft hat damals kurze Zeit versucht, mittels belegschaftsfremder Aktivisten aus dem Westen zum Ziel zu kommen, was scheiterte.

Diese Situation ist heute anders. Schon mit der Unterstützungsstreik-, vor allem aber mit der *flash mob*-Entscheidung, ist die Durchführung von Arbeitskämpfen den Belegschaften entzogen und in die ausschließliche Zuständigkeit der kampfführenden Gewerkschaft überantwortet. Die Gewerkschaft kann durch jede Art von Sympathisanten und ohne Rückversicherung bei den betroffenen Arbeitnehmern bei jedem beliebigen Arbeitgeber jede Form von Tarifziel verfolgen. Damit ist der rechtfertigende Effekt für die Belastung der Belegschaften mit dem Arbeitskampsrisiko entfallen. Es ist heute nicht mehr sicher, dass die Gewerkschaft im Belegschaftsinteresse handelt, denn die mit dem *flash mob* bewirkte ökonomische Schädigung tritt ohne Belegschaftsbeteiligung ein. Die Belastung der Belegschaften mit dem Arbeitsausfall lässt sich daher mit dem Partizipationsprinzip nicht mehr rechtfertigen. Das gilt umso mehr für die nur mittelbar betroffenen Belegschaften fremder Betriebe. Ihnen ist noch weniger zu vermitteln, dass der fremde Arbeitskampf in ihrem Interesse geführt wird und sie deshalb den dadurch veranlassten Arbeitsausfall als Entgeltausfall mitzutragen hätten. Nochmals ferner liegt das beim politischen Streik. Von diesem kann ein Begünstigungseffekt im Sinne der Partizipationslehre kaum ausgehen. Wenn etwa im Zulieferbetrieb eines Autoproduzenten für höhere Hartz IV-Sätze gekämpft wird, kann man den davon mittelbar betroffenen Autowerkern kaum entgegenhalten, sie würden am Kampfergebnis partizipieren.

c) Parität

Anders sieht es beim Paritätsprinzip aus. Der Arbeitgeber wird durch die neuen Arbeitskämpfungsmittel zusätzlichen arbeitskampfbedingten Sonderlasten ausgesetzt, die bisher nicht existierten. Der *flash mob* und die übrigen, diffus drohenden Maßnahmen bringen ein weiteres wirtschaftliches Schädigungspotenzial. Die Wahrscheinlichkeit der Aktivierung dieses Potenzials ist zudem größer als bisher, weil es auf Arbeitnehmerseite nicht mehr auf den Opferwillen der Belegschaften ankommt. Die Gewerkschaft kann ja nun gerade unabhängig davon schädigend agieren. Zudem wird man davon ausgehen müssen, dass selbst bei voller Zulassung arbeitgeberseitiger Abwehrmaßnahmen (siehe oben II 3) diese in der Regel weniger stark ergriffen werden. Das zeigt nicht zuletzt das Ver-

schwinden der Aussperrung in den letzten Jahrzehnten, welches nicht nur auf die diesbezügliche BAG-Rechtsprechung zurückzuführen³⁷ sein dürfte.

Wenn demnach der Arbeitgeber durch das neue Arbeitskampfrecht besonders belastet ist, folgt aus dem Paritätsgedanken, dass er im Hinblick auf die Arbeitskosten zusätzlich entlastet werden muss. Dafür spricht im Fall der gewerkschaftsseitigen Nutzung neuer Arbeitskampfmittel übrigens noch ein weiterer Gedanke, nämlich derjenige der fehlenden gewerkschaftsseitigen Angewiesenheit. Der Gewerkschaft steht nämlich neben den neuen Arbeitskampfmitteln immer noch das „alte“ Arbeitskampfmittel Streik zur Verfügung. Solange dies der Fall ist, kann sie nach Paritätsgesichtspunkten nicht darauf angewiesen sein, dass im Fall der mittelbaren Betroffenheit eines Betriebs die volle Last etwa des *flash mob* auch hinsichtlich des Arbeitsentgelts den Arbeitgeber und nicht den Arbeitnehmer trifft.

Es zeigt sich also, dass das Partizipationsprinzip und das Paritätsprinzip bei den neuen Arbeitskampfmitteln nicht in der herkömmlichen Weise zusammenwirken können, um eine schlüssige Zuweisung des Arbeitskampfrisikos zu leisten. Das Partizipationsprinzip spricht deutlich dagegen, dem Arbeitnehmer das Arbeitskampfrisiko aufzuerlegen, und das Paritätsprinzip spricht deutlich dagegen, dem Arbeitgeber das Arbeitskampfrisiko aufzuerlegen.

2. Übernahme des Arbeitskampfrisikos nach allgemeinen schuldrechtlichen Gesichtspunkten

Damit ergibt sich die Notwendigkeit einer Neubewertung. Nach dieser kann die mittelbare Betroffenheit eines Arbeitnehmers von einer neuen gewerkschaftlichen Kampfmaßnahme nicht dazu führen, dass er besondere Lasten trägt. Zu unterschiedlich sind die auf Arbeitnehmerseite vertretenen Interessen, und zu groß ist die Gefahr, dass der Arbeitnehmer für eine Maßnahme belastet wird, die ihm in Wirklichkeit eher schadet als nützt. Man könnte daran denken, nur die Mitglieder der kampfführenden Gewerkschaft mit dem betreffenden Risiko zu belasten, aber das würde zu künstlichen Ein- und Austritten führen. Zudem ließe sich darin eine Verletzung der Koalitionsfreiheit sehen. Es bleibt also dabei, dass man dem Arbeitnehmer das Arbeitskampfrisiko nicht einfach mit der Begründung auferlegen kann, dass er künftig vom Kampfergebnis profitieren werde.

37 BAG (GS) 28.1.1955 – GS 1/54 (Fn. 2); BAG 6.12.1963 – 1 AZR 223/63, BAGE 15, 145; BAG (GS) 21.4.1971 – GS 1/68 (Fn. 2); BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, BAGE 33, 185; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 331/79, BAGE 33, 195; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 690/79, DB 1980, 1694; BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, NZA 1985, 537; BAG 26.4.1988 – 1 AZR 399/86, NZA 1988, 775; BAG 27.6.1995 – 1 AZR 1016/94, NZA 1996, 212.

Umgekehrt kann aber auch nicht der Arbeitgeber in die Verantwortung genommen werden. Insbesondere die Betriebsrisikolehre³⁸ bietet hier keine Rechtfertigung. Der *flash mob* oder sonstige neue Kampfmittel sind keine betriebstechnischen Störungen, die sich ausschließlich der organisatorischen Verantwortungssphäre des Arbeitgebers zuordnen lassen. Der Arbeitgeber, der etwa mittelbar von einer solchen Kampfmaßnahme betroffen ist, kann nicht mit der Begründung zur Entgeltleistung trotz Arbeitsausfalls gezwungen werden, dass sich hier ein spezifisches Risiko seines Betriebs realisiere. Eine solche Risikozuweisung kann nicht gelingen, weil sich der kollektive Konflikt nicht mit der Vorhaltung von Produktionsstätten oder dem Betrieb von Maschinen vergleichen lässt.

Die neuen Arbeitskämpfungsmittel sind vielmehr Störungsquellen, die keiner der beiden Sphären zugerechnet werden können. Sie haben am ehesten eine neutrale leistungsstörungsrechtliche Wirkung. Die Leistungsstörung ist weder auf eine arbeitnehmerseitige noch auf eine arbeitgeberseitige Pflichtverletzung zurückzuführen und kann auch nicht sonst von einem der beiden verantwortet werden. Für den Arbeitsausfall, welcher durch *flash mob* oder sonstige neue Kampfmittel beim unmittelbar betroffenen Arbeitgeber oder einem mittelbar betroffenen dritten Arbeitgeber entsteht, gilt somit Folgendes: Soweit der Ausfall auf Unmöglichkeit der (als Fixschuld zu erbringenden) Arbeitsleistung im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB oder auf der entsprechend zu behandelnden wirtschaftlichen Unmöglichkeit oder persönlichen Unzumutbarkeit für den Arbeitnehmer im Sinne des § 275 Abs. 2, 3 BGB beruht, schuldet der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung, und der Arbeitgeber schuldet kein Arbeitsentgelt nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB.

3. Zulässigkeit neuer Arbeitskämpfungsmittel: Berücksichtigung von Drittbeeinträchtigungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Aus dem Gesagten ergeben sich notwendigerweise auch zwingende Konsequenzen für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit neuer Arbeitskämpfungsmittel. Die mittelbaren Auswirkungen auf Drittbetroffene werden in aller Regel gegen die Zulässigkeit der jeweiligen Arbeitskämpfmaßnahme sprechen. Jede Koalition, die ein neues Arbeitskämpfungsmittel einsetzen möchte, muss deshalb bei ihrer Planung und ihrem Einsatz die mittelbaren Auswirkungen auf Drittbetroffene beachten. Hier gilt der Gedanke der fehlenden gewerkschaftsseitigen Angewiesenheit. Der Gewerkschaft

38 Siehe dazu *Boewer*, in: MünchArbR, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 69 Rn. 56; *Joussen*, in: Beck'scher Onlinekommentar Arbeitsrecht (BeckOK Arbeitsrecht), 2008, § 615 Rn. 87 ff.; *Preis*, in: ErfK (Fn. 35), § 615 BGB Rn. 123 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

steht neben den neuen Arbeitskämpfungsmitteln das „alte“ Arbeitskämpfungsmittel Streik zur Verfügung. Dasselbe gilt übrigens auch für die Arbeitgeberseite, die vor eventuellem (siehe oben II 3) Ergreifen eines neuen Arbeitskämpfungsmittels prüfen muss, ob die Aussperrung geringere mittelbare Beeinträchtigungen nach sich zieht. Solange dies der Fall ist, kann die jeweilige Arbeitskämpfungspartei nicht auf neue Kämpfungsmittel angewiesen sein. Im Falle der möglichen Verschonung Drittbetroffener, insbesondere durch Ergreifung herkömmlicher Arbeitskämpfungsmittel, muss das drittschädliche neue Arbeitskämpfungsmittel unzulässig sein. Zur Begründung lässt sich nicht zuletzt die neue Rechtsprechung des Ersten Senats heranziehen, der in seiner Unterstützungsstreik-Entscheidung drittgerichtete Kampfmaßnahmen untersucht hat. Zu ihrer Rechtfertigung erklärt er im Rahmen der Frage nach der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, es müsse die Sonderrolle des betroffenen Dritten als Nichtgegner des Hauptarbeitskampfs und die Schwere des Eingriffs in seine Rechte berücksichtigt werden³⁹. Daraus ist zu folgern, dass wegen möglicher Alternativen die Verschonung des unbeteiligten Dritten Vorrang haben muss.

Somit ist bereits bei Prüfung des jeweiligen Arbeitskämpfungsmittels nach den damit verbundenen nachteiligen Wirkungen für Dritte zu fragen. Sobald es zum Arbeitsausfall bei Dritten kommt, ist das gewählte Kämpfungsmittel wegen Unverhältnismäßigkeit unzulässig.

IV. Sozialleistungen bei Arbeitsausfall wegen neuer Kämpfungsmittel – §§ 146, 174 SGB III

1. §§ 146, 174 SGB III: Staatsneutralität, Kampfparität und Partizipation

§ 146 Abs. 1 Satz 1 SGB III normiert für die Arbeitsförderung den Grundsatz der arbeitskampfrechtlichen Neutralität: „Durch die Leistung von Arbeitslosengeld darf nicht in Arbeitskämpfe eingegriffen werden.“ Dieser Grundsatz wird in den weiteren Einzelvorschriften des § 146 SGB III konkretisiert, und nach § 174 SGB III sind diese Vorschriften auch auf das Kurzarbeitergeld anzuwenden. Das Anliegen der Normen liegt auf der Hand: Der Staat soll sich im Arbeitskampf nicht mithilfe sozialer Leistungen zur Partei machen⁴⁰. Deshalb haben nach § 146 Abs. 2 SGB III Arbeitnehmer, die wegen Streiks oder Aussperrung beschäftigungslos sind oder einen vorübergehenden Arbeitsausfall erleiden, keinen Leistungsanspruch. Für mittelbar vom Arbeitskampf betroffene Arbeitnehmer wird

39 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 4), Rn. 56-58 (Unterstützungsstreik).

40 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86, 1/87, 2/87, 3/87, 4/87, 1 BvR 1421/86 (Fn. 16); Rolfs, in: ErfK (Fn. 35), § 146 SGB III Rn. 1 ff.; Söhngen, in: Eicher/Schlegel (Hrsg.), SGB III, § 146 SGB III, Rn. 1 ff., Stand 2004.

der Neutralitätsgrundsatz in § 146 Abs. 3 SGB III ausgestaltet. Soweit sie am Arbeitskampfergebnis voraussichtlich partizipieren, haben sie keinen Leistungsanspruch⁴¹. Wer dagegen zwar mittelbar betroffen ist, aber voraussichtlich nicht partizipieren wird (wegen Zugehörigkeit zu einer fremden Branche, oder weil der Arbeitskampf in einem fremden Tarifgebiet stattfindet und keine Pilotfunktion hat), erhält Leistungen⁴².

Nach der höchstrichterlichen Zulassung neuer Arbeitskampfmittel ist offen, ob dieses Schema auch für den Verlust oder die Beeinträchtigung von Beschäftigung wegen neuer Arbeitskampfmaßnahmen gilt. Sicherlich greift der Grundsatz des § 146 Abs. 1 Satz 1 SGB III, nach welchem die Sozialleistung nicht als Instrument des Eingriffs in den Arbeitskampf dienen darf. Unklar ist aber, welche Konsequenzen im Einzelnen daraus folgen, insbesondere, ob auch die übrigen Vorschriften des § 146 SGB III gelten.

Gegen die Anwendung der weiteren Vorschriften spricht, dass der Gesetzgeber beim Erlass von §§ 146, 174 SGB III naturgemäß nur die seinerzeit bekannten und zugelassenen Arbeitskampfmaßnahmen im Blick hatte. Zudem gehen die Einzelregelungen des § 146 Abs. 1 Satz 2 bis Abs. 6 SGB III davon aus, dass Arbeitskampfmaßnahmen unmittelbar oder mittelbar auf den Ausfall von Arbeit gerichtet sind. Das ist bei den neuen Arbeitskampfmaßnahmen aber nicht der Fall, auch wenn bei ihnen der Arbeitsausfall ein eventuell gewollter Nebeneffekt ist. Fraglich ist aber, ob und in welchen Fällen der Staat den Eintritt dieses Effekts durch Sozialleistungen abmildern sollte.

2. Leistungsberechtigung unmittelbar Betroffener (§ 146 Abs. 2 SGB III)

Zur Leistungsberechtigung unmittelbar Betroffener (vgl. § 146 Abs. 2 SGB III) gilt zunächst das soeben unter III 1 b Festgestellte. Wegen der fehlenden Berücksichtigung von Belegschaftsinteressen kann man bei den neuen Arbeitskampfmitteln nicht ohne Weiteres annehmen, dass die Belegschaftsmitglieder voraussichtlich von ihnen profitieren werden. Deshalb lässt sich auch nicht wie in § 146 Abs. 2 SGB III anordnen, dass die von den Kampfmitteln unmittelbar Betroffenen keine Leistungsansprüche haben. Das zeigt nicht zuletzt der *flash mob*-Fall des BAG. Ein

41 Die Belastung unbeteiligter Arbeitnehmer mit einem von ihnen nicht gewollten und auch nicht veranlassten Arbeitskampf wird verfassungsrechtlich damit gerechtfertigt, dass sie eben voraussichtlich am Kampfergebnis partizipieren werden, BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86, 1/87, 2/87, 3/87, 4/87, 1 BvR 1421/86 (Fn. 16), BVerfGE 92, 365, 397; siehe Kissel (Fn. 2), S. 476 ff.

42 Otto (Fn. 2), S. 116; Rolfs, in: ErfK (Fn. 35), § 146 SGB III Rn. 11; Söhngen, in: Eicher/Schlegel (Fn. 40), § 146 SGB III Rn. 43 ff.

Zusammenhang mit einem Arbeitskampf war dort kaum auszumachen, und ob dieser Arbeitskampf zugunsten der Verkäuferinnen geführt wurde, die bei einem Betriebsstillstand nicht beschäftigt werden können, war ebenfalls nicht gesagt. Die Tatsache, dass sich keine der Verkäuferinnen an einem Streik oder gar am *flash mob* beteiligte, spricht eher dagegen. Man wird also selbst bei unmittelbar betroffenen Beschäftigten – abweichend von § 146 Abs. 2 SGB III – jeweils gesondert untersuchen müssen, ob sie tatsächlich voraussichtlich am Kampfergebnis partizipieren. Nur dann ist die Verweigerung von Sozialleistungen auf der Grundlage des Neutralitätsgrundsatzes nach § 146 Abs. 1 Satz 1 SGB III gerechtfertigt.

3. Leistungsberechtigung mittelbar Betroffener (§ 146 Abs. 3 SGB III)

Zur Leistungsberechtigung mittelbar Betroffener (vgl. § 146 Abs. 3 SGB III) gilt das soeben unter III 3 Festgestellte. Aufgrund der fehlenden Angewiesenheit der Gewerkschaft – und auch des Arbeitgebers – auf die neuen Arbeitskämpfungsmittel sind diese als unverhältnismäßig und somit rechtswidrig anzusehen, wenn sie dazu führen, dass bei Drittbetroffenen Arbeitsausfälle eintreten. Die Arbeitskämpfungsparteien können anstelle der neuen Arbeitskämpfungsmittel stets die herkömmlichen Arbeitskämpfungsmittel ergreifen, auf Gewerkschaftsseite also den Streik. Aus diesem Grund wird es nicht zur Situation kommen, dass aufgrund eines rechtmäßig eingesetzten neuen Arbeitskämpfungsmittels mittelbar betroffene Arbeitnehmer nach §§ 146 Abs. 3, 174 SGB III leistungsberechtigt sind.

Somit kann die Leistung von Arbeitslosengeld und Kurzarbeitergeld für mittelbar betroffene Personen, die ihre Beschäftigungsmöglichkeit endgültig oder zeitweilig verloren haben, schlussendlich nur bei rechtswidrigen neuen Arbeitskämpfmaßnahmen denkbar sein. Zwar ist es theoretisch möglich, dass Arbeitnehmer, die von rechtswidrigen neuen Arbeitskämpfmaßnahmen betroffen sind, mittelbar von ihnen profitieren werden. Hier greift dann die Rechtsprechung des BSG, nach welcher § 146 SGB III unabhängig davon gilt, ob eine Arbeitskämpfmaßnahme rechtmäßig ist oder nicht⁴³. Das wird aber faktisch die Ausnahme sein, da bei den neuen Arbeitskämpfungsmitteln gerade nicht davon auszugehen ist, dass unmittelbar oder mittelbar von ihnen betroffene Arbeitnehmer auch von

43 BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, NZA 1995, 320 ff., B 3.3. b, aa; vgl. auch BSG 5.6.1991 – 7 Rar 26/89, NZA 1991, 982 ff., B 5; siehe zur Frage, ob tatsächlich rechtmäßiger und rechtswidriger Arbeitskampf gleichermaßen von § 146 SGB III erfasst sein soll, *Gagel*, in: *Gagel* (Hrsg.), SGB III, § 146 SGB III Rn. 92 ff., Stand 2008; *Masuch*, in: *Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsförderungsgesetz (GK-SGB III)*, § 146 SGB III Rn. 47, Stand 2007; *Söhngen*, in: *Eicher/Schlegel* (Fn. 40), § 146 SGB III Rn. 39 ff.

ihnen profitieren werden⁴⁴. In der Regel wird es deshalb dabei bleiben, dass bei neuen Arbeitsk Kampfmaßnahmen für die Anwendung der §§ 146, 174 SGB III kein Raum ist, Sozialleistungen an die mittelbar Betroffenen also zu zahlen sind.

Das alles läuft auf eine absehbar erhöhte Belastung der Beitragszahler hinaus, die die Folgekosten neuer Arbeitsk Kampfmittel mit zu tragen haben. Eine solche Situation sollte durch §§ 146, 174 SGB III gerade unterbunden werden. Andererseits würde die gegenteilige Handhabung der §§ 146, 174 SGB III dazu führen, dass im Fall des Einsatzes neuer Kampfmittel völlig unbeteiligte Arbeitnehmer sozial schutzlos gestellt werden. Das wäre mit dem Sinn und Zweck der Leistung von Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld kaum in Übereinstimmung zu bringen. Letztendlich wird man die besondere Belastung der Beitragszahler wiederum im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung mit zu beachten haben, wenn es darum geht, die Rechtmäßigkeit einer Kampfmaßnahme zu untersuchen. Ob damit die – vom BAG ja durchaus gewollte – weitere wirtschaftliche Eskalation eingedämmt werden kann, die mit den neuen Arbeitsk Kampfmaßnahmen verbunden ist, bleibt aber dahingestellt.

V. Zusammenfassung

1. Die Zulassung des *flash mob* durch den Ersten Senat des BAG steht für ein besonderes Maß an Eskalation, und zwar in sozialer und rechtlicher Hinsicht. In sozialer Hinsicht wird der Arbeitsk Kampf mit der universellen Zulassung sämtlicher Personen und der universellen Zulassung sämtlicher Kampfmittel zur Erkämpfung sämtlicher Kampfziele dem Arbeitsverhältnis entzogen. Dadurch verliert der kollektive Konflikt seine bisherige Befriedungstendenz, die darauf beruht, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber langfristig auf ein kooperatives Zusammenleben angewiesen sind. Das bewirkt eine Eskalation im menschlichen Umgang mit Tendenz zur Gewalt. In rechtlicher Hinsicht ist die weitgehende Aufgabe bisherigen Richterrechts zu beobachten, was wegen der fehlenden Normierung des Arbeitsk Kampfs zu Rechtsunklarheit führt. Damit verbunden ist eine Universalisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die letztendlich jede Entscheidung über die Zulassung von Arbeitsk Kampfmitteln ins Belieben des Richters stellt.

2. Mit seiner neuen Rechtsprechung überschreitet der Erste Senat, ohne dies offenzulegen, zwei materielle Zulässigkeitsgrenzen für Arbeitsk Kampfmittel. Dies sind zum einen die Beschränkung des Arbeitsk Kampfmittels auf das Arbeitsverhältnis und zum anderen die Unzulässigkeit der Beeinträchtigung absoluter Rechtspositionen. Beides ist nicht mehr durch den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt;

44 Siehe oben III 1 b.

die hiermit verbundenen Grundrechtsbeeinträchtigungen lassen sich nicht rechtfertigen. Besonders bitter ist dabei, dass der Erste Senat die Beeinträchtigung fremder Rechte nur hinsichtlich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anspricht. Die Verletzung von § 1004 Abs. 1 Satz 1, § 862 Abs. 1 Satz 1 BGB wird ignoriert. Zusätzlich ist die Behauptung des Ersten Senats, es fehle am Hausfriedensbruch im Sinne des § 123 StGB, unzutreffend.

Neben den neuen Arbeitskampsmitteln werden auch neue Arbeitskampsziele zugelassen, insbesondere der Unterstützungsarbeitskampf und der politische Arbeitskampf. Ob die betreffenden staatlichen Entscheidungen, gegen die der Streik erlaubt wird, etwas mit den „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zu tun haben müssen und ob es eine diesbezügliche Motivkontrolle geben wird, lässt sich nicht prognostizieren.

Über damit ebenfalls neu zuzulassende neue Arbeitskampsmittel der Arbeitgeber sagt das BAG nichts. Hier gilt, dass die Arbeitgeber die neuen Mittel nach dem Gegenmachtprinzip genügend ausgleichen können müssen. Der Umfang der zulässigen Aussperrung orientiert sich an demjenigen Maß, welches dem Arbeitgeber gegen einen wirkungsgleichen Streik zur Verfügung steht. Und es muss noch in dem Umfang überschritten werden können, in dem das neue gewerkschaftliche Arbeitskampsmittel keine arbeitnehmerseitige Selbstschädigung mit sich bringt. Im Hinblick auf die Qualität gilt, dass das vom Ersten Senat entdeckte Arbeitskampsmittelerfindungsrecht neben der Gewerkschaft auch der Arbeitgeberseite zustehen muss. Ob das zu sinnvollen Handlungsmöglichkeiten führt, ist allerdings fraglich.

3. Das so geschaffene neue Arbeitskampsrisiko kann man nicht nach Paritäts- oder Partizipationsregeln dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer zuordnen. Am ehesten lässt sich der neue Arbeitskampf als außenstehendes Ereignis erfassen. Eine mit ihm verbundene Leistungsstörung ist weder auf arbeitnehmerseitige noch auf arbeitgeberseitige Pflichtverletzungen zurückzuführen und kann auch nicht sonst von einer der beiden Seiten verantwortet werden. Für den Arbeitsausfall, der durch *flash mob* oder sonstige neue Kampfmittel beim unmittelbar betroffenen Arbeitgeber oder einem mittelbar betroffenen dritten Arbeitgeber entsteht, gilt somit Folgendes: Soweit der Ausfall auf Unmöglichkeit der (als Fixschuld zu erbringenden) Arbeitsleistung im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB oder auf der entsprechend zu behandelnden wirtschaftlichen Unmöglichkeit oder persönlichen Unzumutbarkeit für den Arbeitnehmer im Sinne des § 275 Abs. 2, 3 BGB beruht, schuldet der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung und der Arbeitgeber schuldet kein Arbeitsentgelt nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB.

Daraus ergeben sich notwendigerweise auch zwingende Konsequenzen für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit neuer Arbeitskampfmittel. Hier gilt der Gedanke der fehlenden gewerkschaftsseitigen Angewiesenheit. Der Gewerkschaft steht neben den neuen Arbeitskampfmitteln das „alte“ Arbeitskampfmittel Streik zur Verfügung. Wegen der möglichen Verschonung Drittbetroffener, insbesondere durch Ergreifung herkömmlicher Arbeitskampfmittel, muss das drittschädliche neue Arbeitskampfmittel unzulässig sein.

4. Für neue Arbeitskampfmittel gilt hinsichtlich Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld die staatliche Neutralitätspflicht. Allerdings passen die näheren Vorschriften der §§ 146, 174 SGB III nicht, da sie davon ausgehen, dass Arbeitskampfmaßnahmen auf Beschäftigungsausfall gerichtet sind. Zudem sind nach dem Gesagten neue Arbeitskampfmaßnahmen, die mittelbar zu Beschäftigungsausfällen führen, ohnehin rechtswidrig. Im Fall rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen wiederum dürfte es in der Regel nicht zum Versagen von Leistungsansprüchen mit der Begründung kommen, dass der mittelbar betroffene Arbeitnehmer am erkämpften Tarifvertrag partizipieren wird.

Diskussion

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Lieber *Richard*, vielen Dank für diesen instruktiven und inspirierenden Vortrag. Wenn ich das richtig verstanden habe, was Du uns vorgetragen hast, kehren wir damit ein wenig wieder zurück zur Rechtsprechung des Reichsgerichts in den 1920er Jahren, nicht in der Begründung aber vielleicht in der Sache, zum Kieler Straßenbahnfall. Vielleicht ist das ja eine ganz günstige Entwicklung. Jetzt möchte ich Raum geben für Fragen, für Diskussionsbeiträge Ihrerseits.

Rechtsanwalt Ulrich Fischer, Frankfurt am Main:

Sie haben die Eskalation angesprochen. Ich sage jetzt einmal ganz vorsichtig: Meistens geschehen Eskalationen nicht ohne Ursache und wir haben heute Morgen schon gehört, dass das Thema Leiharbeit eine Rolle gespielt habe und ich glaube es wäre wichtig für alle hier im Raum, wenn man sich die tatsächlichen Voraussetzungen der *flash mob*-Entscheidung noch einmal anguckt. Es geht darum, dass ein Arbeitgeber im Einzelhandel berechtigterweise einen Großteil der betrieblichen Aufgaben auf Arbeitnehmer anderer Betriebe – nicht von Leiharbeitnehmern – übertragen hat, nämlich Einräumbetriebe. Diese gehören nicht dem Einzelhandels-Arbeitgeberverband an, sondern den Logistikverbänden. Das ist die erste Stufe der Eskalation und die erste Stufe der Auflösung der Betriebsgemeinschaft und jetzt die Frage: Wie reagiert eine Gewerkschaft darauf und was heißt das für das Risiko? Ich bitte einfach, in der Folge das Thema Leiharbeit vielleicht außen vor zu lassen. Das mag in manchen Fällen eine Rolle spielen. Aber es geht primär um die Frage, ob überhaupt der Betriebsbegriff, wie er vom Reichsgericht entwickelt worden ist, in der Konstellation, die wir heute haben, nämlich Aufspaltung in einzelne Aufgabensegmente, die ihrerseits unterschiedlichen Tariffeldern zugeordnet sind – also Spedition, Fernverkehr, Einräumarbeiten, Logistik und das können Sie weiterführen ohne Ende – ob das noch tragfähig ist, was uns die bisherige Dogmatik gesagt hat oder ob wir nicht einen ganz anderen Begriff von einer Betriebseinheit finden müssen. Das führt dann natürlich zum Thema „Tarifpluralität im Betrieb“ und „Gewerkschaftspluralität“ und natürlich tief in das Thema Arbeitskampsrecht, was daraus dann folgt, hinein. Aber ohne diese Besinnung auf die grundlegende Problematik, nämlich Aufspaltung der Betriebsfunktionen aus den tarifvertraglichen Einheiten heraus, gelingt das, glaube ich, nicht.

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Die erste Stufe der Eskalation muss natürlich eine verbotene oder eine erlaubte sein. Solange es einem Einzelhandelsbetrieb erlaubt ist, ein anderes Unternehmen zu beauftragen, und solange die Rechtsordnung das akzeptiert, kann sie es natürlich nicht hinnehmen, dass ich mich mit Gewalt dagegen wende. Das heißt, wir müssen uns überlegen, ob wir diese Art von Geschehnissen akzeptieren oder nicht. Ich sehe darin allerdings keine Frage der Neudefinition des Betriebsbegriffs, sondern ich sehe hier ein Kernproblem darin, dass die Gewerkschaften zu schwach sind, sämtliche Personen, die im Einzelhandel tätig sind, wirksam zu vertreten. Und in diesem Fall kann es nicht darum gehen, Eskalation zuzulassen, sondern wir müssen uns überlegen, ob ein System von Mindestlöhnen, so wie das Herr *Otto* mit seiner Antwort praktisch auf dieselbe Frage – da ging es nur um die Arbeitnehmerüberlassung – ebenfalls gesagt hat. Wir müssen uns also überlegen, wenn Gewerkschaften zu schwach sind, angemessene Entgelte durchzusetzen, ob wir dann staatliche Mindestlöhne benötigen. Wir können aber nicht als Reaktion auf ein legales Verhalten Gewalt akzeptieren. Das wünschen wir nicht. Die Frage ist, ob wir das legale Verhalten, das wir für unerwünscht halten, rechtlich beeinflussen. Das kann man durch Mindestlöhne machen oder durch eine andere Definition des Betriebsbegriffs. Solange wir das nicht gemacht haben, werden wir sich dagegen wendende Gewalt nicht akzeptieren können. Das ist so eine Art Kulturstufe, auf der wir stehen und die versuchen wir, hier gerade zu halten.

Dr. Günter Schmitt-Rolfes, Kanzlei Schmitt-Rolfes, Faltermeier, Staudacher, München:

Ich darf vielleicht anschließen an das, was Herr *Konzen* heute Vormittag sagte und auch was Herr *Fischer* sagte. Das sind zwar verschiedene Aussagen, aber zunächst vielleicht einmal eine Binsenwahrheit: Wir müssen uns schon darüber im Klaren sein, dass das ganze Gefüge des Arbeitskampfrechts vom Gericht gemacht wurde, vom BAG. Die jetzigen Entscheidungen, die wir zu Recht kritisieren, die hätten eigentlich genauso gut vor 40 Jahren ergehen können. Denn die normative Rechtslage war vor 40 Jahren nicht anders als heute. Jetzt ist die Frage, was ist durch Kritik, durch berechtigte Kritik zu erreichen, wenn wir davon ausgehen, dass im Grunde genommen die Rechtsprechung selbst uns die rechtlichen Grundlagen für die bisherige Behandlung und das ganze Gefüge des Arbeitskampfrechts zur Verfügung gestellt hat bis hin zu den Entscheidungen über den Unterstützungstreik und den *flash mob*-Streik. Ich habe das Gefühl, dass der Erste Senat neuerdings stellvertretend für das

ganze Gericht so eine Art Urheberrecht für das Arbeitskampsrecht für sich in Anspruch nimmt mit der Folge, dass genauso wie der Urheber eines künstlerischen Werks beliebig mit seinem Werk verfahren kann. Das heißt also alles, was wir heute an früheren Rechtsgrundsätzen und den ganzen Widersprüchen zur späteren Rechtsprechung dem BAG um die Ohren hauen, ist eigentlich eine Schöpfung des BAG. Darüber müssen wir uns im Klaren sein. Deshalb meine ich, dass Herr *Konzen* Recht hat. Das Ganze wird bei den Richtern des Ersten Senats in ein Ohr hineingehen und aus dem anderen Ohr wieder hinaus. Wir werden damit keinen Erfolg haben. Deshalb stellt sich die Frage, ob es andere Möglichkeiten gibt, das Arbeitskampsrecht zumindest einmal vorsorglich und abschottend in den Griff zu bekommen, und da sehe ich nur zwei Möglichkeiten: Eine hat Herr *Fischer* angesprochen, die halte ich durchaus für gangbar, dass man im Verfahrensrecht andere Regeln schafft. Da muss allerdings der Gesetzgeber tätig werden. Die zweite Möglichkeit bestünde natürlich auch in einer gesetzgeberischen Maßnahme, nämlich eines gesetzlich vorgeschriebenen Schlichtungsverfahrens. Ich bin mir darüber im Klaren, dass niemand das Arbeitskampsrecht im Augenblick anpacken will. Aber wir werden ohne ein solches Einschreiten des Gesetzgebers wahrscheinlich eine Wende nicht erreichen, wenn nicht das BVerfG einen Riegel dieser Rechtsprechung vorschiebt.

Richard Giesen:

Vielen Dank für den Beitrag. Ich meine, wir können auch ruhig über Verfahrensrecht sprechen. Ich sehe uns in einem kulturellen Dilemma. Wir haben eine kontinentale Rechtsordnung, die sich an das geschriebene Recht gewöhnt hat und deswegen haben wir relativ wenig Erfahrungen – am ehesten im Verfassungsrecht, aber auch sonst im Arbeitskampsrecht und ein wenig im Tarifvertragsrecht, obwohl es dort ein Gesetz gibt – mit dem Richterrecht. Der angelsächsische Raum geht etwas vorsichtiger damit um und verlässt sich sehr auf die Richtigkeit früherer Rechtsprechung. Da gibt es diesen Grundsatz „*stare decisis*“: Bleibe bei demjenigen, was Du entschieden hast und auch was die Vorgänger entschieden haben. Das hat eine sehr viel größere normative Wirkung. Wir müssen einfach berücksichtigen, dass man mit diesem Normsetzen durch Richterrecht bei uns relativ wenig Erfahrung hat und dass die entsprechenden Richter gegebenenfalls ein Selbstverständnis eigenen Gestaltens entwickeln. Das führt dann dazu, dass ein Richter eine eigene Legislaturperiode hat, in der er selbst gestaltet, deren Gestaltungskraft aber auch mit dem Ausscheiden aus dem Amt wieder endet. Das ist dieser Zustand, den wir nicht wünschen, indem wir uns meines Erachtens jetzt befinden. Da müssen wir warten, bis die Zeit vergeht und ein anderer Richter dieses Amt übernimmt und wieder mit dem eigenen ge-

stalterischen Impetus wie ein Parlament, wie ein Ein-Mann-Parlament oder Eine-Frau-Parlament oder dann eben mit dem Senat die Rechtsordnung gestaltet. Davon müssten wir schon weg. Was das Verfahrensrecht betrifft, bin ich nicht ganz Ihrer Meinung. Das einfache Recht hat dieses Problem erkannt, und hat deswegen mit § 45 ArbGG und außerdem mit dem Gesetz über den Gemeinsamen Senat der obersten Bundesgerichte dafür gesorgt, dass eine entsprechende einheitliche Rechtsprechung und einheitliches Richterrecht entstehen und erhalten bleiben kann beziehungsweise dann mit der entsprechenden richterlichen Energie – die Energieleistung muss allerdings höher sein als das, das wir bisher erleben – geändert werden kann. Insofern gibt es da schon Regelungen. Im Endeffekt ist der Gesetzgeber gefragt, wenn das Ganze ein Maß des Unerträglichen erreicht, was den Bundestag dann eben auch in Bewegung setzt.

Professor Dr. Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen:

Ich hätte drei Anmerkungen, die sich vielleicht etwas stärker wieder auf das Referat beziehen. Punkt 1: Ich habe Schwierigkeiten, mir die tatsächlichen Anwendungsfelder der Grundsätze vorzustellen, die Du hier geschildert hast. Stichwort Arbeitskampfrisiko: Das setzt ja voraus, dass die Arbeit, die von den Arbeitnehmern normalerweise zu leisten ist, entweder aus tatsächlichen Gründen unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar ist. Wir kennen das aus den Zuliefererfällen. In den Konstellationen, die wir uns jetzt hier vor Augen halten – ich will zur Rechtmäßigkeit all dessen gar nicht Stellung nehmen, das war ja nur die Basis –, ist es doch so, dass die Kassiererinnen an der Kasse sitzen und danach die Waren wieder einräumen. Wo ist da die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung?

Zweiter Punkt: Mir scheint der Partizipationsgedanke ein wenig kleinererredet worden zu sein. Wenn es denn so ist, dass es um tarifliche Arbeitsbedingungen für die dort Beschäftigten geht, warum soll man den Gedanken dann nicht anwenden? Der schlichte Umstand, dass es irgendwelche dritten Personen gibt, die in diesen Geschäften Unruhe stiften, macht den Partizipationsgedanken nicht untauglich.

Der dritte Aspekt geht über das Gesagte hinaus, nur eine reine Einschätzung. Wie ist das eigentlich, wenn kurz vor Ladenschluss solche Aktionen stattfinden? Wären die Arbeitnehmer dann Deiner Ansicht nach verpflichtet, bis 19.00 oder 20.00 Uhr das alles wieder in Ordnung zu bringen, damit dann am nächsten Tag um 9.00 Uhr wieder geöffnet werden kann? Bekommen sie dann dafür auch Geld, vielleicht Überstundenzuschläge oder wie hat man das zu bewerten?

Richard Giesen:

Das waren drei Punkte, die tatsächlich relevant sind. Im Einzelhandel, im Fall des *flash mobs*, ist dies relativ gering, aber ich sehe natürlich in der Zukunft vor allem die Betriebsblockade, die sich auf eine Spedition, Transport- und Luftverkehrsunternehmen und so weiter bezieht, die hat sofort diese Weiterfresserschäden, die sich innerhalb und außerhalb der Branche abspielen können und dann hat man dieses Problem relativ schnell. Der nächste Punkt ist der Partizipationsgedanke. Das sehe ich natürlich so wie Du. Man sagt erst einmal, dass eine Gewerkschaft die Leute dort im Betrieb vertritt. Aber wir haben heute schon von Arbeitgeberseite gehört, dass es offenbar nicht gelungen war, die Belegschaften zum Streik zu mobilisieren. Wenn ich jetzt eine Situation habe, in der eine Belegschaft vorkommt, die tatsächlich nicht bereit war zu streiken, muss ich mir darüber klar werden, dass diese Belegschaft jetzt – und das ist jetzt wirklich heteronom, nicht mehr autonom-fremdbestimmt – stillgelegt wird. Jetzt dieser Belegschaft zu vermitteln: „Du bist jetzt zwangsbeglückt worden, und weil Du partizipierst, hast Du jetzt Pech gehabt“, ist eine Überstrapazierung des Partizipationsgedankens. Da lüge ich mir irgendwann einmal selbst in die Tasche. Der Partizipationsgedanke ist ohnehin höchst problematisch, weil er immer mit einer Prognoseentscheidung verbunden ist. Man sagt: „Ihr werdet ja mehr bekommen“, aber ist das so? Wenn die Gewerkschaft einmal ein bisschen überzogen hat, dann ist der Arbeitgeber so stark ausgeblutet, dass er vielleicht weniger zahlt oder zahlen kann. Vielleicht nicht sofort, aber im übernächsten Jahr. Das ist sowieso schon meines Erachtens problematisch. Hier liegt es auf der Hand, dass ich etwas mache ohne die Belegschaft.

Der letzte Punkt betrifft die Verpflichtung zur Überstundenleistung bei *flash mobs* vor Ladenschluss. Das ist eine Notfallverpflichtung. Das ist genauso wie beim Oderhochwasser, wo im Grunde genommen eine Katastrophe passiert. Da muss man etwas mehr schaffen als sonst. In außergewöhnlichen Fällen ist der Arbeitnehmer verpflichtet, auch einmal Überstunden zu schieben. Das ist ganz klar. Das muss dann meines Erachtens entgolten werden. Das ist klar, weil der Arbeitnehmer hier eine zusätzliche Arbeitsleistung erbringt. Da liegen wir außerhalb der Kategorie des Arbeitskamps oder des Betriebsrisikos.

Sibylle Wankel, IG Metall Bezirk Bayern, München:

Ich würde gern auf Ihre Wortwahl kurz eingehen wollen. Sie werfen auf der einen Seite dem BAG vor, dass es ständig von Arbeitskampf redet. Auf der anderen Seite reden Sie hier unwidersprochen von Gewalt bezogen auf

flash mob-Aktionen. Das sehe ich anders. Das sieht immerhin das BAG auch anders. Insofern warten wir doch bitte vielleicht einmal die Entscheidung des BVerfG ab an der Stelle, und dann können wir uns darüber unterhalten, ob das Gewalt ist oder nicht. Das Thema Betriebsblockaden ist eindeutig vom BAG so gesehen worden, dass die nicht zulässig sind. Sie haben das hier herausgearbeitet. Das Thema *flash mob* also, dass das einfach auf Betriebsblockaden übertragbar ist, selbst wenn mir das passen würde – wobei wir das natürlich nicht brauchen an der Stelle, das ist auch klar – das ist einfach nicht der Fall. Deswegen würde ich Sie doch bitten, einfach erst einmal die Rechtsprechung wie sie da ist, zu nehmen und nicht zu erwarten, dass das BAG das einfach auf Betriebsblockaden ausweitet. Das ist einfach nicht richtig. Ich würde ein bisschen die Kirche im Dorf lassen auch an der Frage, wie diese *flash mob*-Aktion wirklich bewertet wird. Ich möchte einfach nur einmal in den Raum stellen: Wissen Sie ungefähr, wie lange das bei Audi dauert, wenn sie vier Stunden Warnstreik machen? Bis sie die Produktion wieder laufen haben? Das dauert eineinhalb Tage. Soviel zu der Frage, wie lange dauert das, bis ich irgendwas an Folgen von einer *flash mob*-Aktion, die 40 oder 60 Minuten gedauert hat, wieder eingeräumt habe. Um dann ein bisschen aus der Mücke einen Elefanten zu machen, dass die Folgen dieser Aktion dazu führen, dass der Arbeitgeber zusätzliche Arbeitskämpfungsmittel sich ausdenken kann. Das kann er gern machen. Ich sage Ihnen offen, kein Problem. Wir sind da offen, und ich glaube, auch die entsprechende Gewerkschaft ver.di ist das und auch die anderen Gewerkschaften sind offen, wenn sich Arbeitgeber etwas einfallen lassen, was wirklich vom Schutzbereich gedeckt ist. Das ist kein Thema. Dann können sie das machen. Aber insofern wäre ich schon ein bisschen vorsichtig zu sagen, warum muss der Arbeitgeber eigentlich ein Mittel haben, um auf diese *flash mob*-Geschichte wirklich reagieren zu können? Wo ist der Schaden? Wie viele Leute hätten da etwas eingekauft? Was ist alles kaputt gegangen tatsächlich in dieser Aktion, dass ich wirklich mit Arbeitskämpfungsmitteln darauf reagieren muss. Nicht umsonst hat das BAG ja bestimmte Formen der Aussperrung eben genau nicht zugelassen, weil sie tatsächlich auch nicht verhältnismäßig sind aufgrund der Störung oder des ökonomischen Drucks, die tatsächlich ausgeübt worden sind. Da wäre ich ein bisschen vorsichtig. Wir sollten nach den drei tatsächlich insgesamt rechtlich natürlich dogmatisch hervorragenden Vorträgen ein bisschen differenzieren, über was wir eigentlich reden. Und wenn wir am Ende über eine Betriebsblockade reden, denke ich, ist es tatsächlich ein anderes Thema.

Zur Frage, wie wir am Ende das Arbeitskämpfrisiko verteilen: Da habe ich natürlich ein bisschen Bedenken mit Ihrer Lösung. Am Ende trägt der Arbeitnehmer das Arbeitskämpfrisiko, obwohl er nicht partizipiert. Wenn er tatsächlich nicht partizipiert, kann das ja wohl nicht sein. Insofern frage ich mich so ein bisschen, Sie sagen, das ist alles letztlich etwas des

allgemeinen Risikos der objektiven Unmöglichkeit. Ist das so? Muss ich wirklich zu der Rechtsprechung zurückkehren. Ich glaube, so einfach ist das hier in der Frage nicht. Und am Ende natürlich zu den Sorgen von Herrn *Rieble*, was wir als Gewerkschaft IG Metall dazu sagen: Wenn ein Kampfmittel erforderlich ist und im Rahmen des Schutzbereichs ist, dann wenden wir das an. Vielleicht sollten wir uns alle einmal überlegen, ob uns nicht das Arbeitskampsrecht in der alten Form, wie wir es gewohnt sind – Streik, Aussperrung, alles wunderbarer Rahmen – vielleicht muss man einmal über neue Formen nachdenken. Das gestehen wir den Arbeitgebern auch zu. Da schreien wir dann ab und zu auch auf, wenn da etwas kommt und vom BAG letztlich abgesegnet wird, das ist nicht das Thema. Aber vielleicht sollte man an der Stelle tatsächlich auch ein bisschen offener sein, ohne dass ich hier – und das möchte ich ausdrücklich festgehalten haben – der Gewalt gegenüber Personen irgendein Wort rede. Deswegen bitte ich Sie auch, ein bisschen mit Ihrer Wortwahl vorsichtig zu sein. Es geht nicht darum, hier Leichen wegzuräumen.

Richard Giesen:

Zunächst einmal zur Wortwahl: Ich habe natürlich sehr gern das Wort „Gewalt“ im Munde geführt, weil das sehr offen ist. Gewalt wird sehr unterschiedlich empfunden. Vielleicht waren Sie schon einmal bei einem Tote Hosen-Konzert und es ist gar nichts passiert. Aber da drängeln sich die Leute und am Ende erfährt man doch, dass jemand ums Leben gekommen ist, weil er nicht mehr zum Atmen kam. Da merken Sie, dass es diese Befindlichkeiten gibt, die uns in der bürgerlichen Gesellschaft dazu veranlassen, auch das Androhen von Gewalt möglichst stark zu reduzieren. Das ist eine unangenehme Situation, wenn dort drei Verkäuferinnen sitzen und da kommen 60 Leute herein, die „Randale“ machen oder was auch immer. Das ist etwas, was wir vermeiden wollen.

Das Zweite ist die Sache mit der Betriebsblockade, habe ich mir hier notiert. Da weiß ich aber gar nicht, was Sie da sagen wollten. Das BAG hat da noch so das Fensterchen geöffnet. Die Richter haben gesagt, das ist hier nicht einschlägig. Aber man antizipiert in Gedanken die nächste Rechtsprechung, die sagt: „Aha, haben wir doch im September 2009 offen gelassen.“ Dann wäre das der Abschied von der Rechtsprechung und man hätte keine Divergenz mehr. Der Vergleich mit dem Streik ist natürlich interessant, was Sie gesagt haben. Vier Stunden bei Audi streiken, eineinhalb Tage aufräumen, Schaden: ein paar Millionen. Das ist klar. Ich meine, was einen hier bewegt, ist nicht nur eine Frage der Quantität, sondern auch der Qualität der Auseinandersetzung. Jetzt muss ich anpassen, dass ich nicht wieder ein blutrünstiges Beispiel wähle: Wenn einer, der am Fließband arbeitet, ums Leben kommt, ist der wirtschaft-

liche Schaden für Audi kleiner, als wenn vier Stunden gestreikt wird. Aber ich habe das Recht, Quantität und Qualität voneinander zu unterscheiden. Ich finde es schlimmer, wenn er ums Leben kommt, als wenn vier Stunden nicht gearbeitet wird. Wir dürfen uns dagegen schützen, quantitative Argumente zu instrumentalisieren. Ich sehe eine andere Qualität des Eingriffs mit dem *flash mob*. Aber Sie haben natürlich Recht, der Schaden hat sich natürlich in Grenzen gehalten. Das ist schon klar. Die Frage ist für uns nur: Kann man ein Arbeitskampfrecht haben, das ohne Angst, ohne Gewaltandrohung und ohne mögliche Eskalation existiert? Ich habe mich ein bisschen bedeckt gehalten, weil ich meine, Herr *Klumpp* wird gleich noch darauf zu sprechen kommen, was die Sache mit dem Leichenwegräumen betrifft.

Was hatten wir sonst? Die Frage, wer den Schaden trägt. Sie haben zum Schluss gesagt, es trägt doch der Arbeitnehmer jetzt das Arbeitskampfrisiko. Das stimmt. In meiner Lösung trägt der Arbeitnehmer das Arbeitskampfrisiko. In meiner Lösung trägt aber auch der Arbeitgeber sein Betriebsausfallrisiko und er trägt sein Schadensrisiko. Das heißt, beide stehen im allgemeinen leistungsstörungsrechtlichen Status da. Der Arbeitnehmer ist insoweit angeschmiert. Er hat seinen Entgeltausfall. Ich sehe aber keine andere Möglichkeit, das zu lösen, weil die beiden Prinzipien, die bisher zusammengelaufen sind – Parität und Partizipation –, diesmal diametral auseinanderlaufen. Und wenn ich diese Situation habe, kann ich nicht anders lösen. Da schwirrt dann der Bumerang ein bisschen zurück und das ist mein Appell an die Gewerkschaft: Wenn ihr jetzt plant, wenn ihr den nächsten *flash mob* plant, dann müsst ihr bei den Schäden, die ihr jetzt prognostiziert, die euch in die Verhältnismäßigkeitsprüfung hineinzwingen, ins Auge fassen, dass auf Arbeitnehmerseite Arbeitsentgelte ausfallen. Dafür müsst ihr eventuell entsprechend Ausfallzahlungen bereithalten. Es geht also nicht darum, dass der Arbeitnehmer angeschmiert ist. Das ist er schon deshalb nicht, weil die Gewerkschaft sich dieses Mittels nicht bedienen muss, sie hat immer noch den bisherigen Katalog an Arbeitskampfmitteln. Wenn sie es aber tut, muss sie sich darauf gefasst machen, dass der Arbeitgeber geschädigt ist. Das muss sie in der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigen, aber sie muss eben auch berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer durch den Entgeltausfall geschädigt ist. Ganz genau wie Sie es gesagt haben.

Professor Dr. Hansjörg Otto, Georg-August-Universität Göttingen:

Erste Bemerkung: In dem Urteil zum *flash mob* heißt es: „Der vorliegende Fall verlangt daher nicht nach einer rechtlichen Beurteilung von Betriebsblockaden.“ Es ist ja hinreichend beschrieben worden, dass man zwar

vielleicht von der räumlichen Vorstellung Betriebsblockade so nicht sprechen kann, dass es aber einer teilweisen Betriebsblockade oder Betriebsbesetzung durchaus vergleichbar ist. Das heißt also, wenn man die Betriebsblockade nicht wollte, dann hätte man doch einmal klar hineinschreiben können, wir halten die Betriebsblockade und Betriebsbesetzung nach wie vor für unzulässig. Das hätte klare Verhältnisse geschaffen. Das hat man nicht gemacht. Wenn man die Entscheidung von 1988 dazu nimmt, da hatte man auch schon überlegt, ob nicht bei anderen technischen Verhältnissen – und das ist ja auch das, was Sie angesprochen haben – man darüber anders denken könnte. Das heißt also, diese Konfliktsituation, die persönliche Konfliktsituation von Leuten, die einander gegenüberstehen, die wird jedenfalls nicht ausgeschlossen. Das ist im Grunde wirklich der entscheidende Punkt, der mich auch zu der harten Kritik veranlasst hat. Ich habe das in der Universität erlebt, dass mir plötzlich jemand mit einem roten Stern an der Mütze gegenüberstand und mich nicht in die Uni gelassen hat. Ich bin ein friedfertiger Mensch und wenig zu Gewalt geneigt, aber in dem Moment, wenn ich etwas mehr Energie gehabt hätte, hätte ich zuschlagen mögen. Einfach aus dieser Konstellation heraus.

Zweite Bemerkung: Beim *flash mob* kann man sich mittelbare Folgen vielleicht relativ wenig vorstellen. Dazu muss man etwas mehr nachdenken. Aber bei dem Unterstützungstreik liegt das natürlich völlig auf der Hand. Ich stimme Ihnen im Ergebnis völlig zu. Ich bin ja sowieso – das ist jetzt eine Hobbybemerkung – der Meinung, dass das Arbeitskampfrisiko im BGB nicht gelöst ist, so dass also, wenn arbeitskampfbedingt Arbeit ausfällt – unabhängig von der Partizipation der Arbeitnehmer – der Arbeitgeber freigestellt ist. Die zweite Frage ist: Greift die Sozialversicherung ein? Da hatte ich ja schon in meinem Vortrag gesagt, dass ich der Meinung bin, dass § 146 Abs. 3 beziehungsweise § 174 SGB III, da würde ich Ihnen zustimmen, für diese Fallgestaltung nicht passen.

Richard Giesen:

Dem ist nichts hinzuzufügen.

Heribert Jöris, Handelsverband Deutschland – Der Einzelhandel, Berlin:

Ich kann der Einschätzung von Frau *Wankel*, was eine *flash mob*-Aktion betrifft, nicht so ganz zustimmen. Ich tue das nicht nur, weil ich theoretisiere, sondern weil diejenigen, die derartige *flash mob*-Aktionen machen, wie das schon einmal dargestellt worden ist, sich auch dessen be-

rühmen. Sie tun das über Artikel im Internet und Ähnlichem. Vielleicht zwei Dinge dazu: Sie können auch im Internet nachlesen, bei einer Postille, die nennt sich, glaube ich, Junge Welt, wie einmal ein Warenhaus in der Stuttgarter Innenstadt zerlegt worden ist, wo die Aktivisten anschaulich beschreiben, dass sie die Schuhabteilung plündern, die linken Schuhe in den 7. Stock, die rechten Schuhe in den untersten Stock tragen. Es gibt die Anweisung, Gewürzregale, die ganz besonders pflegeintensiv sind, über das Haus zu verteilen. Was Frau *Wankel* dort sagt, nach dem Motto „Das ist eine *flash mob*-Aktion und wie der Blitz sind die auch wieder weg, Viertelstunde, dann ist alles ok, der kann seinen Laden aufmachen“, das ist, glaube ich, blanke Theorie, was Ihnen da vorschwebt. Sehr wahrscheinlich ist es auch das, was dem BAG vorschwebt. Aber sie können das alles nachlesen. Nicht bei uns, sondern bei den Aktivisten selber, die auch ihre Videos stolz ins Internet stellen. Wir haben da bereits Gewaltaktionen gehabt, als beispielsweise ein Unternehmen mithilfe seines Wachmanns versucht hat, den Tipp des BAG umzusetzen: Körperliche Auseinandersetzung, Rangeleien, weil die nicht hinausgingen, übrigens auch nicht, wenn die Polizei geholt wurde und sie mit einem kleinen grün-weißen Opel Corsa vorfahren und der Mann mit der weißen Mütze und der Kelle da herausgeht und sagt: „Gehen Sie bitte hinaus“. Da passiert nämlich gar nichts, sondern ganz im Gegenteil. Die wurden niedergebrüllt. Aktivisten, die in das Geschäft nachstürmen wollten, haben durchgesetzt, dass die Ladentür nicht zugemacht werden konnte. Sie müssen sich eine Situation vorstellen, die etwas anders ist als beim Streik. Beim Streik ist es so, dass derjenige, der streikt, den Arbeitsplatz verlässt. Damit deeskaliert er in gewisser Weise, weil sich Arbeitende und diejenigen, die nicht arbeiten wollen, sich nicht mehr gegenüberstehen. Hier ist die Situation eine ganz andere. Hier stehen sie sich, bildlich gesprochen, an der Kassentheke in Kassentischbreite gegenüber. Der eine macht sich ein Späßchen daraus, die Sachen auf das Band zu packen – also das mit dem höhnischen Gelächter, was geschildert worden ist – und die andere Mitarbeiterin weiß nachher genau, dass sie die „Dumme“ ist, die das Zeug wieder einsortieren muss. Da kommt es unweigerlich zu Aggressionen von der einen Seite, weil es genau auf diese Provokation angelegt ist. Gerade deswegen ist dieser *flash mob* so gefährlich, weil da wirklich – Sie haben das eben, Herr Professor *Otto*, anschaulich geschildert – wenn einer nicht diese Zurückhaltung aufbringt, demjenigen mit dem roten Stern keine zu langen, das passiert, was wir aus den Bildern aus Großbritannien, aus den 1970er Jahren kennen. Wir würden dann wirklich blutige Auseinandersetzungen bekommen, wenn auf irgendeiner Seite eine Sicherung durchbrennt. Das sind Situationen, die wir nicht haben wollen. Wir sind nicht der Auffassung, dass es Aufgabe von Arbeitnehmern ist – ich will sie jetzt gar nicht als Kollegen bezeichnen –, Aktivisten mit Gewalt aus dem zu Laden entfernen. Das kann ein

deutsches Arbeitskampsrecht hier in Deutschland nicht wollen. Das sind keine Zustände, die wir hier in Deutschland haben wollen. Deswegen haben wir auch gegen diese BAG-Entscheidung Verfassungsbeschwerde erhoben, weil wir ziemlich sicher sind, dass das BVerfG eigentlich das im Kern genauso sieht wie wir und Auseinandersetzungen in dieser Art und Weise und in dieser Provokation mit Sicherheit nicht akzeptiert.

Professor Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg:

Bei der ganzen Auseinandersetzung vermisste ich in der Entscheidung des BAG eine zutreffende rechtsdogmatische Begründung. Man erfährt auf vielen Seiten etwas über den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und mit einem Mal gibt es einen Schnitt und von dort aus ist es ein Kampfmittel und muss dann unter diesem Gesichtspunkt bewertet werden. Das BVerfG hat in der Aussperrungsentscheidung in Bd. 84, S. 212 ganz eindeutig gesagt, zwar etwas, sagen wir einmal, zurückhaltend, weil es davon ausging, dass ein Arbeitskamps keine Drittschäden verursacht, sondern dass es nur ein Geschehen sei zwischen den Kampfparteien: Die Grundsätze seien aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung abzuleiten. So steht das darin. Das hat der Ausgangspunkt zu sein. Die Rechtsprechung des BAG war in den 1950er Jahren als überraschend wahrgenommen worden, aber der Große Senat des BAG hat sich zunächst der Frage enthalten, ob ein Streik rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Es hat nur entschieden, dass der Streik, um den es ging, kein Vertragsbruch war. Dann ist es an die Probleme zunächst sehr viel vorsichtiger herangegangen. Der eigentliche Ansatzpunkt müsste vorweg, bevor man sagt, ich setze das als Kampfmittel ein, sein: Ist so etwas zulässig oder unzulässig? Hier habe ich persönlich schon mein Problem damit, dass man ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in den Mittelpunkt rückt. Das wird seit dem Zeitungsstreikgutachten von *Nipperdey* einfach fortgeschrieben. Da wäre eine Auseinandersetzung mit der Literatur der 1970er und 1980er Jahre eigentlich einmal naheliegend. Da wird es nämlich anders begründet. Ich denke an den früh verstorbenen Kollegen *Hugo Seiter*. Da hätte man einen anderen Ansatzpunkt gehabt. Der erste Ansatzpunkt wäre: Wie ist es eigentlich, wenn ich so etwas organisiere, ohne damit eine Zweckbindung zu verbinden? Dann komme ich doch eigentlich zu dem Ergebnis, dass das eine unerlaubte Handlung darstellt. Es wird sodann eingegriffen in das System der Verträge als Grundlage marktwirtschaftlicher Ordnung. Wir haben als Grundsatz unseres Zivilrechts, insofern lohnt es sich, darauf zurückzukommen, den Grundsatz *neminem laedere*, das Prinzip, niemanden schädigen, als Ansatzpunkt. Ich muss also davon ausgehen, dass das erst einmal zu fragen ist. Schade ich jemandem? Da, meine ich, ist die Entscheidung des BAG zu kurz geraten.

Da finden Sie gar nichts darüber, aber über Seiten hinweg über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und dann, zack, Kampfmittel. Das ist einfach zu dünn. Ich hoffe auch, dass das BVerfG sich nicht versteigt und irgendwelche Überlegungen zu Art. 9 Abs. 3 GG anstellt, sondern zunächst einmal bei der verfassungsrechtlichen Bewertung auch das einfache Gesetzesrecht in die Beurteilung einbezieht. Da habe ich als Ansatzpunkt eben, dass ein solches Verhalten – wenn ich das erleben würde, beispielsweise in einem Hotelbetrieb, unabhängig davon, ob dann ein Arbeitskampf geführt wird, eigentlich eine unerlaubte Handlung ist und zwar aus mehreren Gründen, die hier nicht ausgebreitet werden können. Das kann ich nicht rechtfertigen, indem ich sage, da gibt es eine mittelbare Beziehung zu einem Arbeitskampf. Das ist einfach schief. Da ist nur zu hoffen, dass das BAG selbst Korrekturen vornimmt. Die Diskussion hat ja eindeutig ergeben, dass man in ein rechtspolitisches Fahrwasser gerät, und da bin ich altmodisch genug und halte es mit *Flume*, die Kompetenz des Richters besteht nicht in der Rechtserfindung, sondern in der Rechtsfindung, und das ist mitunter ein sehr mühseliges Geschäft.

Richard Giesen:

Ich fühle mich zunehmend als Teilnehmer der Diskussion „Hexenverbrennung Pro und Contra“. Ich meine, wir sollten uns schon darüber klar werden, dass die Diskussion von BAG-Urteilen hier eine etwas andere Qualität hat, als wir sie bisher erleben. Man kann über Tarifeinheit *Pro* und *Contra* sprechen, man kann über Aussperrungsrechtsprechung sprechen, man kann über vieles sprechen und vieles lässt sich begründen. Hier sind so manchen Leuten die Nackenhaare gestäubt und ich glaube, das liegt daran, dass wir *neminem laedere*, dass wir das einfach internalisiert haben und da schlecht von wegkommen. Deswegen ist es mir auch relativ schwergefallen, hier noch die weiteren Folgen abzuarbeiten, aber ich habe es trotzdem gemacht.

Kampffexzess und Veranstalterverantwortung (Arbeitskampfcompliance)

Steffen Klumpp

Seite

I. „Neues“ Arbeitskampfrecht und höheres Exzessrisiko	131
1. Notwendige und rechtswidrige arbeitskampfbedingte Be- einträchtigungen	131
2. Erhöhung des Exzessrisikos	132
a) Konfrontative Arbeitskampfmittel	132
b) Einbeziehung Unbeteiligter	133
c) Arbeitskampf ohne Selbstschädigung	134
II. Regeleinhaltung als Veranstalteraufgabe	134
1. Zweifache Dimension des Arbeitskampfrechts	134
2. Haftungsrechtliche Grundlagen der Veranstalterver- antwortung	135
a) Haftungsgrundlagen	135
b) Veranstalterpflichten als Destillat	137
[1] Auswahl- und Instruktionspflichten	137
[2] Überwachungspflichten	138
[3] Einwirkungspflichten	138
c) Insgesamt: Kampfleitungspflicht	139
3. (Grundsätzlich) keine Rückkoppelung auf die Rechtmäßig- keit des Arbeitskampfs	139
III. „Neues“ Arbeitskampfrecht und Veranstalterverantwortung	140
1. Das erhöhte Exzessrisiko	141
a) „Flash mob“ und der „schwebende“ Exzess	141
b) Exzessrisiko und Rechtswidrigkeitsverdikt	141
c) Erhöhte Veranstalterpflichten	142
[1] Beteiligtenauswahl und –instruktion	142
[2] Erkennbarkeit als Kampfveranstaltung	143
[3] Überwachung	143
[4] Abbruch der Kampffaktion	143
2. Beteiligung Dritter	143
a) Ausweitende Rechtsprechung	143
b) Dritte und (kein) Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG	144

c) Folgerungen für die Veranstalterpflichten	145
[1] Der „Personalexzess“	145
[2] Verstärkte Auswahl- und Kontrollpflichten	146
[3] Drittbeteiligung und Exzessduldung	146
3. Zwischenergebnis	147
IV. Tarifliche Maßregelungsabreden	147
V. Fazit	148
Diskussion	149

I. „Neues“ Arbeitskampfrecht und höheres Exzessrisiko

1. Notwendige und rechtswidrige arbeitskampfbedingte Beeinträchtigungen

Weil Arbeitskampf Kampf ist¹, ist er schadensträchtig². Nach der klassischen Arbeitskampflehre sind das kollektive Vorenthalten der Arbeitskraft unter gewerkschaftlicher Führung mit dem Zweck der Tariffindung und die Vorenthaltung des Arbeitsplatzes im Rahmen der (Abwehr-) Aussperrung zwar gewollt schädigend, aber regelkonform. Schäden werden als notwendiges Übel hingenommen³. Und weil das zulässige Arbeitskampfverhalten regelkonform ist, sind grundsätzlich auch die damit verbundenen Kollateralschäden bei Dritten hinzunehmen⁴.

Von diesem regelkonformen Verhalten zu unterscheiden sind Handlungen, die zwar bei Gelegenheit eines Arbeitskamps erfolgen, durch die grundrechtliche Gewährleistung des Arbeitskamps aber nicht gerechtfertigt werden⁵. Dieses Verhalten ist nicht regelkonform. Wo die Grenzen dieser durch den Arbeitskampf legitimierten Regelkonformität liegen, mag zwar bei einzelnen Tatbeständen (wie etwa den deliktischen Rahmenrechten) umstritten sein⁶, Eingriffe in und Verletzungen von absolut geschützten Rechtsgütern der Beteiligten und Dritter wie Eigentum, Freiheit oder Gesundheit liegen aber jenseits dieser Grenze⁷. Wo keine arbeitskampfrechtliche Rechtfertigung greift, beginnt der Bereich der Regelübertretung und damit des Kampfexzesses – als nicht vom Arbeitskampfrecht gedecktes und somit regelwidriges Verhalten Einzelner am Arbeitskampf Beteiligter⁸. Kampfexzesse kommen in den Reihen der Arbeitgeber – etwa durch Beleidigung oder Nötigung streikender Arbeitnehmer – als auch auf

-
- 1 So *Löwisch/Rieble*, Grundlagen des Arbeitskamps und Schlichtungsrechts, in: Löwisch (Hrsg.), Arbeitskamps- und Schlichtungsrecht, 1997, Rn. 4.
 - 2 Dazu *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 928 f.
 - 3 BAG GS 28.1. 1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 300 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskamps.
 - 4 Dazu bereits *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 542 ff.
 - 5 LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 602/84, EzA Nr. 53 zu Art. 9 GG Arbeitskamps: „streikgelegentlich“.
 - 6 Dazu *Löwisch/Bittner*, Rechtsfolgen des Arbeitskamps für die Arbeitsverhältnisse nicht Kampfbeteiligter, in: Löwisch (Fn. 1), Rn. 24 ff.
 - 7 Siehe etwa *Otto*, Arbeitskamps- und Schlichtungsrecht, 2006, S. 247 ff. für die Tätigkeit der Streikposten.
 - 8 *Otto* (Fn. 7), S. 251.

Arbeitnehmerseite vor. Freilich hat sich die Exzessdogmatik vor allem anhand von Streikexzessen entwickelt⁹.

Dabei können solche Kampfexzesse durchaus kampfnützig sein. Dies gilt sowohl dann, wenn sie gegen den Kampfgegner oder dessen Mitglieder gerichtet sind – wenn also dem legalen der illegale Druck hinzugefügt wird¹⁰. Und dies gilt auch, wenn sich der Exzess gegen angenommenes un-solidarisches Verhalten auf der eigenen Kampfseite richtet. Dann soll der Exzess oftmals der Herstellung von Zwangssolidarität durch Einflussnahme, etwa auf sogenannte Streikbrecher, dienen¹¹.

2. Erhöhung des Exzessrisikos

Den durch die jüngste Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampf zugelassenen „neuen“ Kampfmitteln¹² und hier insbesondere dem sogenannten *flash mob* wird nun ganz überwiegend ein erhöhtes Kampfexzessrisiko zugeschrieben¹³. Dieses folgt plausibel aus der nunmehr anerkannten arbeitskampfrechtlichen Privilegierung unmittelbar konfrontativer Maßnahmen, aus dem nunmehr möglichen Einbezug Dritter aufseiten einer Kampfpartei und aus der nunmehr gegebenen Absenkung der Eigenopfergrenze bei Kampfhandlungen wie dem *flash mob*.

a) Konfrontative Arbeitskampfmittel

Der *flash mob* ist konfrontativ in dem Sinne, als der direkte Zugriff der Arbeitnehmerseite auf die Rechtsgüter des Arbeitgebers gegeben ist. Das unterscheidet ihn von den rein arbeitsvertragsbezogenen Kampfmitteln Streik und Aussperrung, bei denen unmittelbar lediglich die Arbeitsleistung und die Arbeitsgelegenheit vorenthalten werden. Dass man bisher gegenüber konfrontativen Kampfmitteln, zu denen etwa auch die Betriebsblockade oder -besetzung zählen, sehr zurückhaltend war¹⁴, hat sich nun aus Sicht des BAG geändert¹⁵. Zwar geht es auch dem *flash mob* nach

9 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86, AP Nr. 109 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86, BAGE 160, 101 = AP Nr. 111 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 602/84 (Fn. 5).

10 Siehe beispielhaft den Fall LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 604/84 (Fn. 5).

11 Dazu *Otto* (Fn. 7), S. 247 ff.; siehe auch LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 604/84 (Fn. 5).

12 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = NJW 2010, 631, 634, Rn. 34.

13 *Rieble*, Flash-Mob – ein neues Arbeitskampfmittel?, NZA 2008, 796: „greifbare Exzessgefahr“; *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter IV 3 e, cc: „besonders greifbare(s) Exzessrisiko“.

14 Etwa *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 61 Rn. 78.

15 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12), Rn. 62.

seiner vom BAG goutierten Intention (nur) um die aktive Produktionsbehinderung – also um einen Eingriff in den Gewerbebetrieb des Arbeitgebers –, dennoch besteht offensichtlich wegen der tatsächlich möglichen direkten Konfrontation auch die Möglichkeit zu nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG privilegierten Regelübertretungen. Aus der Analyse der bisher vor Gericht gebrachten Exzessfälle¹⁶ kann man schließen, dass gerade aus dem tatsächlichen Kontakt während des ohnehin durch Emotionen aufgeladenen Arbeitskamps eine niedrigere Eskalationsstufe besteht.

Hinzu kommt: Die neue Arbeitskammittelfreiheit gilt – so wird man das BAG verstehen müssen – nicht nur für Gewerkschaften. Auch Arbeitgeber könnten fantasievoll sein und etwa die Besetzung des Gewerkschaftshauses ins Auge fassen oder die Unterbrechung der Energiezufuhr für das Gewerkschaftshaus als unterstützende Aktion eines Energieunternehmens in Betracht ziehen¹⁷.

b) Einbeziehung Unbeteiligter

Die Rechtsprechung des BAG führt aber auch personell zu einer „Ausweitung der Kampfzone“¹⁸. Eingeladen zu Arbeitskammittelfmaßnahmen können sich zukünftig auch (eigentlich) gänzlich Unbeteiligte fühlen – sie müssen weder Arbeitnehmer noch Gewerkschaftsmitglieder sein¹⁹. Auch dies ist letztlich Folge der Zulassung arbeitsvertragsferner Kampfmittelf und weit über die bereits seit Langem angenommene arbeitskammittelfrechtliche Einheit der Belegschaft²⁰ hinaus könnte nunmehr jeder an der Durchsetzung von tarifparteilich Gewolltem teilnehmen²¹. Damit hängt die Zusammensetzung der Kampfteiligten letztlich wesentlich von den kommunikativen Möglichkeiten der Kampfpartei und der potenziell Beteiligungswilligen ab. Der Teilnehmerkreis an der Arbeitskammittelfaktion ist somit aber nur schwer oder gar nicht mehr zu kontrollieren.

Wegen dieser möglichen Inhomogenität der Kampfteiligten steigt das Exzessrisiko: Die Unbeteiligten sind nicht in das Verbandsgefüge der Gewerkschaft als Kampfpartei eingebunden, mitgliedschaftliche Pflichten

16 Insbesondere die Fälle während des Druckerstreiks der 1980er Jahre; siehe BAG 12.3. 1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48,195, bestätigt vom BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84,212.

17 Dazu *Rüthers/Höpfner*, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 22.9. 2009, JZ 2010, 261.

18 *Rieble*, Das neue Arbeitskammittelfrecht des BAG, BB 2008, 1506, 1506.

19 Dazu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12).

20 Dazu *Kissel* (Fn. 14), § 38 Rn. 10 ff.; *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2006, S. 243 Rn. 670.

21 *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskammittelf unter III 1.

und damit Sanktionen²² greifen nicht. Für diese Dritten wäre ein Exzess auch weitgehend gefahrlos, weil sie weithin anonym auftreten können²³. Den konfrontativen Arbeitskämpfungsmitteln wie etwa dem *flash mob*, wie ihn das BAG nunmehr zulässt, wohnt deshalb – um ein Bild von *Willemsen/Mehrens*²⁴ aufzunehmen – die Zauberlehrlingsgefahr inne: Die man rief, die Geister, wird man (vielleicht) nicht mehr los.

c) Arbeitskampf ohne Selbstschädigung

Die neuen konfrontativen Arbeitskämpfungsmittel wie der *flash mob* können weitgehend ohne Selbstschädigung der sie einsetzenden Kampfpartei durchgeführt werden. Dabei, so sagt das BAG, sollen doch Arbeitskämpfmaßnahmen aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten „mit eigenen Opfern des Angreifers verbunden sein und dem Gegner effektive Verteidigungsmöglichkeiten bieten“²⁵. Dieses sogenannte „Element der Selbstschädigung“ (beim Streik etwa verzichtet der Arbeitnehmer auf seinen Lohn, bei der Aussperrung der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung) hat einen durchaus mäßigenden Einfluss auf den Einsatz des Mittels Arbeitskampf. Es ist zuerst gleichsam eine innerverbandliche Schmerzgrenze zu überschreiten, bevor zum Kampf geschritten wird. Man kämpft nur, wenn es sich lohnt. Diese Schmerzgrenze ist beim *flash mob* (betrachtet man ihn isoliert) nicht gegeben – er ist auf der Arbeitnehmerseite „schmerzfrei“. Das erleichtert seinen Einsatz²⁶. Das kann potenziell die Kampfmaßnahmen erhöhen – was wiederum vermehrte Exzessgelegenheiten ergibt.

II. Regeleinhaltung als Veranstalteraufgabe

1. Zweifache Dimension des Arbeitskämpfrechts

Kampfxzesse sind für die Kampfpartei aus zwei Blickwinkeln von Interesse. Einmal stellt sich die Frage nach der jeweiligen haftungsrechtlichen Verantwortung der Kampfveranstalter für Rechtsverstöße einzelner Kampfteilnehmer. Und zum anderen muss die Frage nach der Bedeutung des Kampfxzesses für die Rechtmäßigkeit der Arbeitskämpfmaßnahme

22 Allgemein zu den mitgliedschaftlichen Pflichten siehe Nachweise bei *Löwisch/Rieble*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 161 Rn. 26 ff.

23 Dazu auch *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 262; so auch LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08, NZA-RR 2009, 149.

24 *Willemsen/Mehrens*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

25 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12).

26 *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter IV 3 e, cc.

als solche gestellt werden. Sowohl aus der möglichen haftungsrechtlichen Bindung als auch aus der zulässigkeitsbezogenen Betrachtung folgt eine Verantwortung der Kampfpartei zur Regelüberwachung. Damit sind sie Ausgangspunkt für die Frage nach der Reichweite der Regelüberwachungsaufgaben der Kampfparteien.

2. Haftungsrechtliche Grundlagen der Veranstalterverantwortung

Die Reichweite dieser Verantwortung wird vor allem durch die haftungsrechtliche Verantwortungszuweisung bestimmt. Gerade hier haben sich – historisch geballt etwa durch die Arbeitskämpfe Mitte der 1980er Jahre²⁷ – weitgehend akzeptierte Grundsätze entwickelt.

a) Haftungsgrundlagen

Als Grundlage für die Verantwortung der Kampfpartei kommt hier der laufende Tarifvertrag in Betracht, wenn „Kampfhandlungen“ während der Friedenspflicht durchgeführt werden, wobei die Mitglieder des Kampfgegners nach den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter berechtigt sein können²⁸. Allerdings ist bei Verstoß gegen die Friedenspflicht eine Kampfmaßnahme an sich bereits rechtswidrig²⁹ – so dass eine Haftung für Schäden der anderen Kampfpartei bereits aus diesem Umstand folgt. Darüber hinaus wird auch über die Anwendung von Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, die sich aus den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* ergeben, diskutiert³⁰.

Freilich hat sich dieser Gedanke nicht hinreichend entwickelt, weil der Schutz über das Deliktsrecht als ausreichend empfunden wird³¹ – und in der Praxis der maßgebliche Anknüpfungspunkt ist. Exzesshandlungen führen zu Verletzungen der absolut geschützten, in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter, oder aber der Rahmenrechte wie dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb³² oder dem ebenfalls deliktisch geschützten Koalitionsbetätigungsrecht³³. Außerdem liegt – etwa gerade bei der Verwirklichung von Straftatbeständen – oftmals eine Schutzgesetzverletzung im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB vor (etwa der

27 Etwa BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86 (Fn. 9); BAG 8.11.1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9); LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 602/84 (Fn. 5).

28 Dazu *Otto* (Fn. 7), S. 295.

29 Siehe dazu *Kissel* (Fn. 14), § 26 Rn. 8.

30 Dazu *Otto* (Fn. 7), S. 295.

31 *Otto* (Fn. 7), S. 295.

32 *Kissel* (Fn. 14), § 47 Rn. 34 ff.

33 Dazu etwa LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 23).

Hausfriedensbruch)³⁴. Wird der Exzess zielgerichtet vermögensschädigend eingesetzt, ist ein Fall der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung, § 826 BGB, gegeben³⁵.

Die Kampfpartei kann hier auch bei einem Handeln Dritter eine eigene Verantwortung wegen ihrer Organisationsverantwortung treffen³⁶. Eine solche Organisationsverantwortung ist im Bereich der Unternehmenshaftung anerkannt und ist Ausfluss der Anerkennung von Verkehrssicherungspflichten³⁷. Aber nicht nur Unternehmen, auch Arbeitskämpfe verlaufen arbeitsteilig, werden von der Kampfpartei gesteuert und über verschiedene Leitungsebenen letztlich von den „unmittelbar Kämpfenden“ durchgeführt. Das bedeutet arbeitsteilige Organisation, schafft aber auch die Gefahr der Schädigung anderer. Dieser Gefahr ist durch entsprechende organisatorische Maßnahmen entgegenzutreten. Erfüllt die Kampfpartei diese Organisationspflichten, besteht keine Schadensverantwortung. Entsprechend der Unternehmerhaftung³⁸ gilt auch bei der „Organisation Kampfpartei“, dass der Kampf ablauf so organisiert sein muss, dass die für den Kampf Eingesetzten gehindert werden können, schädigende Handlungen zu begehen³⁹.

Dabei ist neben der allgemeinen Organisationspflicht zunächst auf § 831 BGB zurückzugreifen: Der Kampfveranstalter haftet für seine Verrichtungsgehilfen, also etwa die Gewerkschaft für ihre Streikposten⁴⁰ – freilich kann sie dann auch die Exkulpationsmöglichkeiten des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB in Anspruch nehmen⁴¹. Aber auch über den Bereich der Gehilfenhaftung hinaus ergeben sich aus der tatsächlichen Organisationsherrschaft Überwachungspflichten, die insbesondere dort fruchtbar zu machen sind, wo keine Verrichtungsgehilfen eingesetzt werden. Darüber hinaus ist an eine Anstifter- und Gehilfenhaftung nach § 830 BGB zu denken⁴². In jedem Falle wird das Handeln ihrer Organe den Kampfparteien nach § 31 BGB entsprechend zugerechnet – worunter auch die Streikleitungen fallen⁴³. Weil es hier um Zurechnung geht, gibt es auch

34 Kissel (Fn. 14), § 47 Rn. 40.

35 Sprau, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 826 Rn. 26.

36 Rieble, NZA 2008, 796.

37 Wagner, Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 379.

38 Teichmann, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 13. Aufl. 2009, § 823 Rn. 32.

39 Rieble, NZA 2008, 796

40 BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9).

41 BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9).

42 Dazu BGH 31.1. 1978 – VI ZR 32/77, BGHZ 70, 277; LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 602/84 (Fn. 5).

43 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86 (Fn. 9); BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9); auch LAG Hessen 17.9. 2008 – 9 SaGa 1443/08, AuR 2009, 141.

keine Entlastungsmöglichkeit für die Kampfpartei. Es kommt also wesentlich auf das Tun dieser Organe an.

Als Anspruchsberechtigte gegen die Kampfpartei kommen sowohl der Kampfgegner in Betracht – vor allem unter dem Gesichtspunkt des rechtswidrigen Eingriffs in die koalitionspezifische Betätigung⁴⁴ –, aber auch dessen Mitglieder (in der bestehenden Judikatur vor allem die Arbeitgeber). Aber auch Dritte können aktiv legitimiert sein: etwa die „Streikbrecher“ wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder wegen gegen sie begangener Straftaten⁴⁵.

b) Veranstalterpflichten als Destillat

Auf der Grundlage der drohenden deliktischen Haftung ergeben sich die Organisationspflichten gleichsam als Destillat.

[1] Auswahl- und Instruktionspflichten

Die Kampfpartei treffen Auswahl- und Instruktionspflichten⁴⁶. Die Streikposten als Verrichtungsgehilfen sind entsprechend zuverlässig zu wählen und hinsichtlich der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ihres Tuns zu instruieren⁴⁷. Bekanntermaßen unzuverlässige Personen etwa kommen deshalb als Streikposten nicht in Betracht – hier könnte der Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gelingen.

Für die notwendige Intensität der Instruktion der Verrichtungsgehilfen soll es nach der Judikatur ausreichen, dass die Streikposten bei der Einweisung schriftlich und „im Überblick“ aufgeklärt werden⁴⁸ – etwa durch Arbeitskämpfrichtlinien oder durch sogenannte Organisationsanweisungen an Streikposten. Eine solche Instruktion kann aber bei Handeln der Organe im Sinne des § 31 BGB (wie die Mitglieder der Streikleistung selbst) die Zurechnung von Exzesshandlungen (oder Anleitungen) dieser Organmitglieder nicht ausschließen – denn die Zurechnung und

44 BAG 24.4. 2007 – 1 AZR 252/06, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan = EzA Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 26.4. 1988 – 1 AZR 399/86, AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Berlin-Brandenburg 28.9. 2007 – 8 Sa 916/07, LAGE Nr. 78a zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 604/84 (Fn. 5).

45 LAG Schleswig-Holstein 12.7. 2002 – 4 Sa 241/02, nicht veröffentlicht.

46 Zur *diligentia in eligendo* allgemein *Wagner*, in: MünchKommBGB (Fn. 37), § 823 Rn. 380.

47 *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 10. Aufl. 2010, Art. 9 GG Rn. 178.

48 LAG Hessen 17.9. 2008 – 9 SaGa 1443/08 (Fn. 43).

damit Haftung der Kampfpartei greift bei diesen bereits dann ein, wenn ein bloßes Tätigwerden im Aufgabenbereich vorliegt⁴⁹.

[2] Überwachungspflichten

Die Kampfpartei hat weiter das Kampfverhalten zu beobachten⁵⁰. Sie hat zu gewährleisten, dass Kampfposten oder die Kampfleitung Exzesshandlungen auch erkennen können. Das erfordert allerdings auch eine entsprechende tatsächliche Organisation – weil nur dann Exzesse erkannt und gemeldet werden können. Hier liegt ein Nukleus einer *Compliance*-Organisation. Dabei wird man die stete tatsächliche Präsenz der Kampfleitung zwar nicht fordern können⁵¹ – sehr wohl aber die stets bestehende Möglichkeit der Kenntnisnahme des Kampfgeschehens, etwa durch entsprechend instruierte Kampfposten.

[3] Einwirkungspflichten

Wird festgestellt, dass es zu Regelverstößen gekommen ist, muss schließlich die Kampfpartei dafür sorgen, dass die Grenzen rechtmäßigen Handelns wieder eingehalten werden⁵²: Durch tatsächliche Anweisungen und verbandsinterne Sanktionen sind weitere Exzesse zu verhindern⁵³. Auch hieraus ergeben sich Folgerungen für die Kampforganisation: Denn diese Einwirkung setzt eine funktionierende Entscheidungsstruktur voraus. Das heißt, dass es eine Kampfleitung, die auf die örtlichen Gegebenheiten reagieren kann, auch geben muss – lediglich und ausschließlich eingesetzte Verrichtungsgehilfen (also etwa lediglich der Einsatz von Streikposten) reichen deshalb nicht⁵⁴. Dies bereits deshalb nicht, weil sich die Kampfpartei ansonsten ganz auf die Entlastungsmöglichkeiten des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB zurückziehen könnte, was dem Grundgedanken der Organisationshaftung widerspricht⁵⁵. Die Einwirkungspflichten können so weit gehen, dass die Kampfaktion als solche abubrechen ist – wenn die Exzesse nicht auf anderem Wege zu verhindern sind.

-
- 49 *Käppler*, Die Folgen rechtswidriger Maßnahmen bei Arbeitskämpfen, JuS 1990, 618, 621.
- 50 LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 602/84 (Fn. 5); BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86 (Fn. 9); *Dieterich*, in: ErfK (Fn. 47), Art. 9 GG Rn. 178; „*diligentia in custodiendo*“ dazu *Wagner*, in: MünchKommBGB (Fn. 37), § 823 Rn. 380.
- 51 Zum entsprechenden allgemein-deliktischen Problem *Wagner*, in: MünchKommBGB (Fn. 37), § 823 Rn. 380.
- 52 BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9), NZA 1989, 475.
- 53 LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 602/84 (Fn. 5); BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86 (Fn. 9); *Dieterich*, in: ErfK (Fn. 47), Art. 9 GG Rn. 178.
- 54 LAG Schleswig-Holstein 25.6. 1986 – 7 Sa 480/85 – nicht veröffentlicht.
- 55 Siehe *Wagner*, in: MünchKommBGB (Fn. 37), § 823 Rn. 381.

Letztlich bedeutet die Verletzung dieser Einwirkungspflicht auch zugleich eine Duldung des Exzesses; er wird hingenommen, ohne dass eingeschritten wird – diese Duldung hat also zunächst bloße haftungsrechtliche, also organisationsrechtliche Bedeutung. Auf die Bedeutung im Hinblick auf die arbeitskampfrechtliche Rechtmäßigkeit wird zurückzukommen sein⁵⁶.

c) **Insgesamt: Kampfleitungspflicht**

Insgesamt münden diese verschiedenen Pflichten in eine organisations- und damit haftungsrechtlich begründete Leitungspflicht der Kampfparteien, die neben der arbeitskampfrechtlichen Leitungspflicht besteht⁵⁷. Aus dieser Leitungspflicht folgt dann auch die Notwendigkeit einer entsprechenden Organisationsstruktur. Wie in anderen Bereichen, so ist auch im Arbeitskampfrecht eine konkrete Organisation im Hinblick auf die Regeleinhaltung zwar nicht vorgegeben – vielmehr ergibt sich diese gleichsam mittelbar aus den einzelnen einzuhaltenden Organisationspflichten. Das heißt, ausreichende Auswahl-, Instruktions-, Überwachungs- und Einwirkungsmöglichkeiten müssen organisatorisch gewährleistet sein.

3. **(Grundsätzlich) keine Rückkoppelung auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs**

Kampfexzesse führen aber auch bei haftungsrechtlicher Verantwortung der Kampfpartei grundsätzlich nicht zur Unzulässigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme⁵⁸. Sie verbleiben so in der Regel im haftungsrechtlichen Bereich und „schlagen“ gleichsam nicht auf die kollektivrechtliche Ebene durch.

Allerdings kann es unter bestimmten Voraussetzungen doch zu einem Durchschlagen der Kampfexzesse auf die Zulässigkeit der Arbeitskampfmaßnahme kommen. Dabei wird auf das Fairnessgebot als Teilaspekt des Verhältnismäßigkeitsprinzips verwiesen – und eine Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfs dann angenommen, wenn die Exzesse dem Arbeitskampf „ihr Gepräge“ geben⁵⁹, die Kampfpartei die Exzesse als Druckmittel einsetzt oder die Kampfstrategie (mit) auf den Exzessen beruht⁶⁰.

Daran ist zunächst richtig, dass es unverhältnismäßig und mit der grundrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfs nicht in Einklang zu

56 Siehe unten II 3.

57 Dazu *Kissel* (Fn. 14), § 25 Rn. 1.

58 BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9); *Dieterich*, in: *ErfK* (Fn. 47), Art. 9 GG Rn. 235.

59 *Otto* (Fn. 7), § 12 Rn. 22.

60 *Kissel* (Fn. 14), § 47 Rn. 118.

bringen wäre, wenn man jeden einzelnen Exzess für die Gesamtrechtswidrigkeit ausreichen lassen würde – zumal die haftungsrechtliche Verantwortung der Kampfpartei ja nicht ausgeschlossen ist. Das heißt aber im Übrigen auch, dass die bloße abstrakte Möglichkeit eines Exzesses noch kein Rechtswidrigkeitsverdikt nach sich ziehen kann⁶¹.

Die Gesamtrechtswidrigkeit wird sich daran orientieren müssen, ob die Arbeitskampfmaßnahme insgesamt nicht mehr der grundrechtlich geschützten Konfliktlösung dienen soll, was dann nicht der Fall wäre, wenn unzulässige Kampfmittel (eben solche, die nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt sind) verwendet werden und diese von der Kampfpartei und für den Arbeitskampf *genutzt* werden⁶². Mit dem Exzess muss also durch die Kampfpartei kampf-taktisch geplant werden⁶³, er muss selbst Kampfmittel sein.

Der gewollte Einsatz des Exzesses als Kampfmittel ist deshalb auch von der bereits organisationsrechtlich relevanten Duldung im Sinne einer Nichterfüllung der Einwirkungspflicht zu trennen. Nichtstun trotz Kenntnis kann zwar die Voraussetzungen des gewollten Einsatzes erfüllen – muss es aber nicht. Wenn etwa verschiedene Leitungsebenen von Exzessen erfahren, aber nicht eingreifen, weil man sich jeweils auf den anderen verlässt⁶⁴, dann duldet man letztlich den Exzess auch, weil man trotz Kenntnis nicht eingreift. Von einem Wollen des Exzesses zur Druckausübung kann aber nicht ausgegangen werden. Insofern muss hier von einer Trennung der organisationsrechtlichen und kampfzulässigkeitsrechtlichen Ebene ausgegangen werden.

III. „Neues“ Arbeitskampfrecht und Veranstalterverantwortung

Bei den unmittelbar konfrontativen Kampfmitteln stellen sich vor dem Hintergrund dieser weitgehend akzeptierten Exzesslehre neue Probleme: Es stellen sich Fragen nach der Einordnung des erhöhten Exzessrisikos überhaupt, nach den Folgen der möglichen Teilnahme Dritter und nach der Bedeutung des grundsätzlich zulässigen unmittelbaren Zugriffs auf das Eigentum des Kampfgegners durch Nutzung von dessen Betriebsstätte als Kampfplatz.

61 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12), Rn. 62.

62 *Otto* (Fn. 7), § 12 Rn. 22.

63 LAG Berlin-Brandenburg 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 23), 149, 152.

64 BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9).

1. Das erhöhte Exzessrisiko

a) „Flash mob“ und der „schwebende“ Exzess

Gerade der *flash mob* hat als Kampfplatz die Betriebsstätte des Arbeitgebers. Hier sind Eigentums- und Besitzrechte des Arbeitgebers betroffen, die durch deliktische, besitzschutzrechtliche und strafrechtliche Regelungen geschützt sind⁶⁵. Übt der Arbeitgeber hier – wie es ihm das BAG auch zur Verteidigung vorschlägt⁶⁶ – sein Hausrecht aus, so haben die Kampfbeteiligten die Betriebsstätte zu verlassen. Tun sie das nicht, begehen sie Hausfriedensbruch – mithin eine Straftat und zudem eine Besitzstörung, derer sich der Arbeitgeber mit eigenen Mitteln erwehren kann. Dabei geht die herrschende Meinung davon aus, dass zunächst durch das Eintreten in den Betrieb des Arbeitgebers regelmäßig kein Eindringen im Sinne der ersten Tatbestandsalternative des § 123 Abs. 1 StGB vorliegt, sondern erst dann, wenn – entsprechend der zweiten Tatbestandsalternative – der Hausherr eine Aufforderung zum Entfernen ausspricht⁶⁷. Entsprechende Überlegungen gelten auch hinsichtlich der Besitzstörung⁶⁸. Insofern liegt das vor, was bereits als „schwebende Rechtswidrigkeit“ oder „schwebender Exzess“ in der Literatur beschrieben worden ist – weil letztlich die Rechtswidrigkeit des Handelns der Kämpfenden vom Verweis durch den Hausherrn abhängt⁶⁹.

Allerdings wird man hieraus (wie überhaupt) nicht folgern können, dass deswegen bereits die Kampfaktion rechtswidrig ist, es dürfte am geplanten Einsatz gerade des Hausfriedensbruchs scheitern – sehr wohl wird man aber daraus folgern dürfen, dass die Gewerkschaft als Kampfveranstalter die Teilnehmer etwa eines *flash mobs* dahingehend zu instruieren hat, dass diese auch nach Aufforderung durch den Arbeitgeber die Räume verlassen. Das ist Folge ihrer Organisationspflicht. Folgen die Teilnehmer der Aufforderung nicht, hat die Gewerkschaft auf die Teilnehmer einzuwirken – und diese zum Gehen zu veranlassen. Mithin faktisch: die Kampfaktion abubrechen.

b) Exzessrisiko und Rechtswidrigkeitsverdikt

Abgesehen vom Problem des Haus- und Besitzrechts besteht aber aus der tatsächlichen Konfrontation heraus auch in Bezug auf andere Exzesstaten

65 Dazu Löwisch, Besitzschutz gegen Flash-Mob, NZA 2010, 209.

66 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12), Rn. 62.

67 Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, § 123 Rn. 10.

68 Löwisch, NZA 2010, 209.

69 Greiner, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 132 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter III 3 e, bb (2) (b).

ein erhöhtes Risiko. Auch hier wird man aber zum Ausgangspunkt nehmen können, dass allein das abstrakte Exzessrisiko nicht zur Rechtswidrigkeit der Kampfmaßnahme führt. Das folgt schon daraus, dass die Möglichkeit einer rechtswidrigen Handlung noch keine durchgeführte Handlung ist – und letztlich eine Rechtswidrigkeit der gesamten Kampfhandlung hinsichtlich des Eingriffs in die Arbeitskampffreiheit unverhältnismäßig wäre.

Dagegenzusetzen ist freilich eine „akute“ Exzessgefahr, also die im konkreten Fall berechnete Besorgnis, dass es (etwa aufgrund der potenziellen Teilnehmer) zu Exzessen kommen wird. Dies ist kein kampfrechtliches Spezifikum, sondern zivilrechtliches Gemeingut: Eine Handlung ist zu unterlassen, wenn eine (Erst-) Begehrungsgefahr besteht⁷⁰. Liegt eine solche Situation vor und kommt es dennoch zur Durchführung der Kampfaktion, wird man von einem zielgerichteten Einsatz, als Planen und Wollen rechtswidrigen Tuns, ausgehen können – mit dem Rechtswidrigkeitsverdikt als Folge⁷¹. Hier liegt für die Kampfpartei beim Einsatz konfrontativer Kampfmittel also ein erhebliches rechtliches Risiko.

c) Erhöhte Veranstalterpflichten

Das erhöhte abstrakte Exzessrisiko führt also nicht zur Unzulässigkeit der Maßnahme, sehr wohl aber zu erhöhten Organisationspflichten der Kampfpartei als Kampfveranstalter. Die Kampfpartei muss auch hier die Regeleinhaltung gewährleisten.

[1] Beteiligtenauswahl und -instruktion

Die Beteiligten sind etwa so auszuwählen, dass nicht von vornherein aufgrund der personellen Besetzung von einer akuten Exzessgefahr auszugehen ist. Der Kampfaufruf darf nicht zu Exzessstaten aufstacheln – wie dies etwa durch den Aufruf „Mitmachen! Dichtmachen! be_streik!“ geschieht⁷². Hierin kann bereits ein erheblicher Pflichtverstoß liegen, wenn der Aufruf von den Beteiligten so verstanden werden konnte, dass auch auf die Rechtsgüter des Arbeitgebers und sonstiger Unbeteiligter zugegriffen wird⁷³. Außerdem verletzt bereits der an eine unbestimmte und gar nicht von der Tarifausschließung betroffene Personenzahl gerichtete Aufruf die Rechte des Arbeitgeberverbands und des Arbeitgebers – freilich nicht deshalb, weil man diese unbestimmten Personen nicht be-

70 Dazu allgemein *Jauernig*, in: *Jauernig* (Fn. 38), § 1004 Rn. 11.

71 *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG unter IV 3 e, bb (2) (b).

72 Wie geschehen im Fall des ArbG Berlin 23.6. 2008 – 2 Ga 9993/08, nicht veröffentlicht.

73 So auch ArbG Berlin 23.6. 2008 – 2 Ga 9993/08 (Fn. 72).

herrschen kann, sondern – wie zu zeigen sein wird – weil bereits die Teilnahme dieser Dritten nicht vom Arbeitskampfrecht gedeckt ist⁷⁴.

[2] Erkennbarkeit als Kampfveranstaltung

Nach dem BAG ist ein wesentliches Verteidigungsmittel des Arbeitgebers das Hausrecht, von dem er Gebrauch machen kann⁷⁵. Das ist als realitätsfremd kritisiert worden, weil der Arbeitgeber gar nicht wisse, wer denn nun Kunde und wer Kampfbeteiligter sei – weshalb er Gefahr laufe, auch Kunden aus seinem Betrieb zu weisen⁷⁶. Folgerichtig wäre deshalb, dass die Gewerkschaft auch dafür zu sorgen hat, dass die Teilnehmer am *flash mob* entsprechend gekennzeichnet sind. Ansonsten spielt die Gewerkschaft mit dem Exzess in Form eines Hausfriedensbruchs. Deshalb folgt aus arbeitskampfrechtlichen wie aus organisationsrechtlichen Gründen, dass die Teilnehmer des *flash mobs* auch als solche erkennbar sind.

[3] Überwachung

Dazu kommt auch hier, dass das Kampfgeschehen zu überwachen ist – geschieht dies nicht, so kommt es zu haftungsrechtlichen Folgen. Das heißt aber auch: Wo – etwa wegen des Ortes oder aus anderen Gründen – überhaupt keine Überwachung möglich ist, scheitert faktisch bereits aus organisationsrechtlichen Gründen eine solche Kampffaktion, weil alle Exzesshandlungen der Kampfpartei zufallen.

[4] Abbruch der Kampffaktion

Und: Aus der Einwirkungspflicht folgt, dass Exzesse zu verhindern und abzustellen sind, wenn sie vorkommen. Nehmen sie überhand und prägen sie die ganze Kampfveranstaltung, wird man auch den Abbruch der gesamten Kampffaktion fordern müssen. Geschieht dies nicht, haftet die Gewerkschaft⁷⁷.

2. Beteiligung Dritter

a) Ausweitende Rechtsprechung

Einer der hauptsächlichen Kritikpunkte an der neueren Rechtsprechung des BAG ist der fragwürdige Umgang mit dem Problem des „Kampfeinsatzes“ unbeteiligter Dritter. Diese werden unterschiedlich bezeichnet –

74 Siehe dazu unten III 2.

75 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12), Rn. 56.

76 Rüthers/Höpfner, JZ 2010, 261, 263.

77 LAG Schleswig-Holstein 25.6. 1986 – 7 Sa 480/85 (Fn. 54).

als „Sympathisanten“⁷⁸ oder „Politikaktivisten“⁷⁹ –, man meint aber dasselbe, nämlich die Kampfteilnahme von Personen, die weder Arbeitnehmer noch Gewerkschaftsmitglieder sind. Das BAG meint, dass der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG für *flash mob*-Aktionen deshalb nicht versperrt sei, weil nicht von vornherein ausgeschlossen werden könne, dass sich an gewerkschaftlichen „Flashmob-Aktionen“ auch Dritte beteiligten. Es käme hier nicht auf die individuelle Motivation an⁸⁰.

Dem ist zu widersprechen: Weder die sich beteiligenden Dritten noch die Gewerkschaft als Kampfpartei bei Teilnahme der Dritten an Arbeitskampffaktionen können sich auf die Arbeitskampffreiheit und damit auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen⁸¹.

b) Dritte und (kein) Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG

Das hat eine Reihe von Gründen: Die Dritten selbst können sich nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen, weil sie nicht Mitglieder der Koalition sind. Nicht „ihre“ Arbeitsbedingungen werden durch den nach dem Arbeitskampf zu schließenden Tarifvertrag geregelt, sondern die der betroffenen Arbeitnehmer⁸².

Zudem dient die Arbeitskampffreiheit dem Abschluss von Tarifverträgen; sie soll damit die Tarifautonomie gewährleisten. Diese ist mitgliedschaftlich zu erklären. Aus der mitgliedschaftlichen Legitimation erklärt sich der Geltungsgrund des Tarifvertrags, die Frage der Organisationskraft der Gewerkschaft (und damit von deren Mitgliederzahl) ist wesentlicher Parameter bei der Bestimmung der sozialen Mächtigkeit und damit der Tariffähigkeit. Diese wiederum soll gewährleisten, dass beim Tarifvertrag durch das Gegenmachtprinzip eine sogenannte Richtigkeitsgewähr greifen kann, die wiederum die Zurückhaltung des Staates bei der Inhaltskontrolle des Tarifvertrags erklärt. Das alles fußt auf dem zentralen Element der Mitgliedschaft in der Koalition⁸³. Deshalb kann auch nur im Rahmen dieses Zwecks der tariflichen Regelungsfindung der Arbeitskampf geschützt werden, weshalb auch Gewerkschaften nicht jeden Beliebigen

78 Willemsen/Mehrens, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 111 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter II 2 a.

79 Rieble, NZA 2008, 796.

80 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12), Rn. 35.

81 So auch Greiner, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter II I 1.

82 Greiner, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter II I 1.

83 Rütters/Höpfner, JZ 2010, 261.

zur Kampfteilnahme ermuntern können. Es fehlte sonst der Bezug zur Tarifautonomie⁸⁴.

Grundrechtsdogmatisch kommt hinzu, dass die Koalitionsfreiheit zunächst ein Individualgrundrecht ist; nur aus diesem heraus lässt sich das Grundrecht der Koalition selbst überhaupt erklären⁸⁵. Ein Funktionsgrundrecht jedenfalls ist die Koalitionsfreiheit nicht⁸⁶.

c) Folgerungen für die Veranstalterpflichten

Die Frage ist, welche Bedeutung der dennoch einbezogene Dritte vor dem Hintergrund der hier zu erörternden Exzessproblematik hat.

[1] Der „Personalexzess“

Weil die rechtfertigende Arbeitskampffreiheit bei den Dritten nicht greift, liegt bei dessen konfrontativem, betriebshindernden Verhalten zumindest immer ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vor. Auch im Hinblick auf die rahmenrechtlich spezifische Abwägung schlagen die wie auch immer gearteten Teilnahmeinteressen dieser Dritten nicht durch. Damit liegt aber, wenn Dritte an diesen Kampfaktionen teilnehmen, rechtswidriges Tun vor – mithin: ein Exzess. Man kann dies bildhaft mit dem Begriff des „Personalexzesses“ beschreiben – denn bereits das Mittun dieser Dritten kann eben bei Eingriff in die Rechtsgüter des Arbeitgebers nicht gerechtfertigt werden⁸⁷. Dies gilt im Übrigen unabhängig davon, ob diese Dritten nun im Sinne des klassischen Exzessbilds handeln, also so, dass auch bei einem Handeln durch arbeitskampfberechtigte Arbeitnehmer ein rechtswidriges Tun vorläge.

Also folgt auch aus der exzessbezogenen Betrachtung, dass Dritte nicht zu solchen konfrontativen Kampfhandlungen herangezogen werden dürfen – jeder in diese Richtung gehende Aufruf durch die Kampfpartei zeigt, dass diese die Dritten – und damit den Exzess – als Druckmittel einsetzen wollen. Dieser geplante Exzesseinsatz aber führt zur Rechtswidrigkeit des Arbeitskämpfungsmittels⁸⁸. Gleiches wird gegeben sein, wenn sich solche Dritte ohne Aufruf beteiligen, die Gewerkschaft dieses aber aufnimmt und

84 *Willemsen/Mehrens*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 111 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter II 1 b, dd.

85 *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter III 1.

86 ArbG Berlin 23.6. 2008 – 2 Ga 9993/08 (Fn. 72).

87 Ebenso *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter III 1; *Willemsen/Mehrens*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 111 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter II 1 b, dd

88 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 12), Rn. 67.

einsetzt und damit über die bloße Verletzung der Einwirkungspflichten hinaus zeigt, dass das Tun der Dritten letztlich zur Durchsetzung des Kampfziels genutzt wird. Auch hier wird man quantitativ keine Grenze setzen können – denn jeder gezielte Einsatz rechtswidriger Mittel führt zur Rechtswidrigkeit der Kampffaktion.

[2] Verstärkte Auswahl- und Kontrollpflichten

Deshalb ist zuerst festzustellen, dass die Gewerkschaft im Rahmen einer Kampffaktion nicht zu verhindern hat, dass die teilnehmenden Dritten „normale“ Kampfxzesse begehen, sondern dass sie zu verhindern hat, dass diese Dritten überhaupt teilnehmen.

Dies folgt arbeitskampfrechtlich wie gesehen aus dem Verbot des Exzesses als Kampfmittel. Organisationsrechtlich folgt dies zwar nicht aus § 831 BGB, weil der beliebige Dritte kein Verrichtungsgehilfe im Sinne des § 831 BGB ist⁸⁹, aber sehr wohl aus allgemeinen deliktischen Organisationspflichten im Rahmen eines potenziellen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der aus der Gefahr der Teilnahme Dritter resultiert. Das betrifft die Auswahl der Kampfteilnehmer und die Überwachung der gesamten Kampffaktion.

Deshalb geht die Forderung des LAG Berlin-Brandenburg in seiner Berufungsentscheidung, die Gewerkschaft müsse durch die mögliche Begrenzung der Anzahl der Teilnehmer, klare Anweisungen zu deren Ablauf, deutliche Abgrenzung zu exzessbereiten „auch von ihr nicht erwünschten“ Aktionsteilnehmern reagieren⁹⁰, bereits im Grundsatz fehl, weil es die Teilnahme Dritter damit grundsätzlich zulässt. Die Regeleinhaltungspflicht der Gewerkschaft geht aber bereits im Vorfeld dahin, dass eben gerade keine solchen Dritten teilnehmen können. Wenn die Gewerkschaft beliebige Dritte dagegen zur bloßen Meinungskundgabe aufruft, nicht aber zu Arbeitskampfmaßnahmen, dann ist dies letztlich an den allgemeinen Regelungen zu messen – insbesondere etwa am Versammlungsrecht.

[3] Drittbeteiligung und Exzessduldung

Damit freilich kommt man zu einer weiteren Frage, nämlich wann der rein haftungsrechtliche Bereich verlassen wird und wann die Teilnahme Dritter zu einer insgesamt rechtswidrigen Arbeitskampffaktion wird. Auch hier ist maßgeblich, wann das bloße Dulden der Teilnahme – das haftungsrechtliche Relevanz hat – in einen Nutzen des Schädigungspotenzials dieser Dritten mündet. Dann liegt der geplante, zielgerichtete

89 *Sprau*, in: *Palandt* (Fn. 35), § 831 Rn. 5.

90 LAG Berlin-Brandenburg 29.9.2008 – 5 Sa 967/08 (Fn. 23).

Einsatz vor und damit ein Verstoß gegen das Gebot des fairen Arbeitskampfs.

3. Zwischenergebnis

Insofern kann festgehalten werden, dass die Exzessgefahren, die sich aus den neuen Arbeitskämpfungsmitteln ergeben, diese zwar auf der Grundlage der herkömmlichen und richtigen Lehre nicht *per se* rechtswidrig machen, aber strenge Organisationspflichten statuieren, die das Mittel etwa des *flash mobs* haftungsrechtlich und arbeitskampfrechtlich nicht sehr attraktiv erscheinen lassen.

IV. Tarifliche Maßregelungsabreden

Die gesamten haftungs- und organisationsrechtlichen Fragen würden freilich in der Praxis nur bedingt eine Rolle spielen, wenn etwa durch die gängigen tarifvertraglichen Maßregelungsabreden die Haftung (und damit die Grundlage für die Organisationspflichten) nachträglich entfielen. Bedeutung hätten sie dann (nur) noch für den vorbeugenden Rechtsschutz⁹¹.

Maßregelungsabreden mit dem Inhalt, dass die Mitglieder der Kampfparteien von allen Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit dem Arbeitskampf befreit werden, sind freilich nach richtiger Meinung nicht zulässig⁹². Diese Regelungen schützen deshalb nicht vor der Inanspruchnahme der Gewerkschaft durch die geschädigten Arbeitgeber: Zwar können diese entstandene Ansprüche durchaus mit normativer Wirkung im Arbeitsverhältnis entfallen lassen⁹³, aber eben nicht im Verhältnis von einzelner Arbeitgeber und Gewerkschaft als Tarifvertragspartei⁹⁴. Schuldrechtliche Vereinbarungen in dieser Hinsicht sind nicht bindend, denn es handelt sich insofern um Verträge zulasten Dritter⁹⁵.

Geholfen werden sollte in dieser Situation dadurch, dass man eine Vertretungsmacht der Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder annahm, so dass die Ansprüche gegen die Kampfparteien nicht normativ geregelt werden, sondern in unmittelbarem Kontrakt zwischen den Mitgliedern und den Kampfparteien, geschlossen durch Stellvertretung⁹⁶.

91 Dazu LAG Köln 2.7. 1984 – 9 Sa 602/84 (Fn. 5).

92 Löwisch/Rieble, TVG, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 915.

93 Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 92), § 1 Rn. 917 ff.

94 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 653/86 (Fn. 9); BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 9).

95 Käßler, Die Folgen rechtswidriger Maßnahmen bei Arbeitskämpfen, NZA 1989, 475; dieselbe, JuS 1990, 618, 619.

96 LAG Köln 22.11. 2004 – 2 Sa 684/04, AR-Blattei ES 170.1 Nr. 50.

Diese Sichtweise hat zu Recht Kritik erfahren⁹⁷ – schlicht, weil man keine Anhaltspunkte hat, worin eine solche Bevollmächtigung liegen sollte. Das Interesse etwa des Arbeitgebers, in seinem Betrieb nach dem überstandenen Arbeitskampf Betriebsfrieden zu haben, leuchtet als Motivation für den normativen Ausschluss der Schadensersatzansprüche ein. Gegenüber der gegnerischen Gewerkschaft zieht das Friedensargument aber nicht. Deshalb ist es fernliegend, etwa bereits im Eintritt in den Arbeitgeberverband eine Bevollmächtigung zu erblicken. Das gibt schon die allgemeine Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB nicht her. Das LAG Köln⁹⁸ ist hier anderer Meinung und sieht gerade im Beitritt zum Arbeitgeberverband eine entsprechende Bevollmächtigung, weil solche Klauseln üblich und nicht überraschend seien. Üblich sind diese Klauseln allerdings – und das zeigen auch die Fälle, die in der höchstrichterlichen Judikatur dazu entschieden wurden – lediglich bezogen auf das Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer. Das ist aber vorliegend irrelevant, weil hier ohnehin eine normative Regelung möglich ist. Außerdem ist der Parameter Üblichkeit nur als ein Merkmal bei der Auslegung heranzuziehen.

V. Fazit

Insgesamt lässt sich feststellen, dass gerade auf der Grundlage des „neuen“ Arbeitskampfrechts mit der Erhöhung des Exzessrisikos auch eine Steigerung der organisationsrechtlichen Leitungspflichten der Kampfparteien einhergeht. Haftungsrechtlich könnten sich die neuen Möglichkeiten also durchaus als Danaergeschenk erweisen.

⁹⁷ Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 92), § 1 Rn. 926.

⁹⁸ LAG Köln 22.11. 2004 – 2 Sa 684/04 (Fn. 96).

Diskussion

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität, München:

Vielen Dank, lieber Herr *Klumpp*, für diesen umfassenden Vortrag. Als Diskussionsleiter erlaube ich mir ausnahmsweise die erste Frage: Könnte jetzt die Gewerkschaft aufgrund Ihrer Anforderungen an die Veranstalterverantwortlichkeit nun einen *flash mob* führen? Was muss sie konkret tun, damit sie die Pflichten, die Sie skizziert haben, beachtet?

Professor Dr. Steffen Klumpp, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

Das, was ich gesagt habe, mit dem organisationsrechtlich bedingten Danaergeschenk, ist natürlich nicht von der Hand zu weisen. Sie müsste nach der überkommenen Kampfexzesslehre alles Erforderliche tun, was geeignet ist, diese Exzesse auszuschließen, betrachtet man die Auswahl der Beteiligten und betrachtet man deren Überwachung. Das ist das Grundkonstrukt, was sich aus der Exzessrechtsprechung ableiten lässt. Wenn das nicht geschieht, kommt es organisationsrechtlich zur Haftung jenseits der Frage der arbeitskampfrechtlichen Problematik. Und wenn ich eine solche Organisation ins Werk setze, ohne dass ich sie bändigen kann, bin ich haftungsrechtlich, compliancerechtlich in der Haftung. Das heißt also, rein praktisch gesehen: Was mit einer Hand genommen wird, wird – nur vor dem Hintergrund der organisationsrechtlichen Betrachtung und der Erhöhung der Pflichten, die statuiert werden – mit der anderen Hand zum großen Teil wieder genommen.

Hans-Jürgen Spitzweg, Rechtsanwälte Buse, Heberer, Fromm, München:

Ich möchte an der Stelle noch einmal auf einen anderen Gesichtspunkt vielleicht erweiternd hinweisen, dass doch der Arbeitskampf in jüngerer Zeit zunehmend ohnedies auf dem Rücken Dritter ausgetragen wird. Dass also die kämpfenden Parteien gar nicht so sehr miteinander kämpfen, sondern zum Beispiel den Bürger im öffentlichen Dienst oder den Reisenden im Flugverkehr gewissermaßen als Werkzeug für ihren Arbeitskampf einsetzen. Beim *flash mob* scheint mir noch hinzuzukommen, dass an dieser Stelle eine Vermischung stattfindet, eben weil hier überhaupt nicht mehr auseinandergehalten werden kann, wer denn nun Arbeitskämpfer ist und wer denn nun unbeteiligter Dritter, also Kunde, in seiner Form als Werkzeug für diesen Arbeitskampf ist und dann zum Beispiel bei

der – ob praktikabel oder nicht – Räumung eines Markts, wenn vom Hausrecht Gebrauch gemacht wird – der Kunde gleich mit hinausgeworfen wird, weil er nicht unterscheidbar ist. Dieser Aspekt scheint mir eben auch noch von Bedeutung zu sein bei all diesen Fragen nach Arbeitskampfrisiko nach Kampfxzess, Veranstalterverantwortung oder was auch immer.

Steffen Klumpp:

Diese Frage ist ja, wenn man alles resümiert, was heute gesagt worden ist, auf zwei Ebenen maßgeblich: einmal auf der Ebene, ob so ein Kampfmittel überhaupt zulässig ist im Rahmen der vom BAG ja selbst angestrebten Angemessenheitskontrolle, indem darauf hingewiesen wird, dass ein solches Hinausschicken recht realitätsfern, um es einmal vorsichtig zu formulieren, ist und eben kein geeignetes Verteidigungsmittel darstellt. Auf der anderen Seite, wenn man es lediglich exzessrechtlich und organisationsrechtlich sieht, ist auch das eine Gefahr, die sich aus dem Kampf heraus ergibt, und die müsste dann ebenfalls organisationsrechtlich zu verhindern sein, etwa indem man den Gewerkschaften auferlegt, hier entsprechende Kennzeichnungen einzusetzen. Das zeigt in einem gewissen Grad – und das ist auch das Problem, wenn man das Thema behandelt und die Exzessformen draufsetzen will auf ein Arbeitskampfmittel, das an sich schon an Grundsätzen rechtlicher Zulässigkeit krankt – auch die Problematik des Kampfmittels insgesamt.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Herr *Klumpp*, vielen Dank für den Vortrag. Ich will einmal versuchen, mit zwei oder drei Beispielen mich der Frage etwas konkreter zu nähern. Erster Fall: *Flash mob*, Trillerpfeifen werden herausgeholt, jemand achtet nicht drauf, die Kassiererin ist 50 Zentimeter weg und erleidet einen Hörsturz. Kein theoretisches Beispiel. Das kann ja ohne Weiteres passieren. Wie muss sich jetzt die Gewerkschaft exkludieren? Muss sie vorher sagen, wir haben davor gewarnt, in geschlossenen Räumen überhaupt zu trillern, wir haben gesagt, ihr sollt keine Trillerpfeifen mitnehmen. Hätte die Gewerkschaft am Eingang kontrollieren müssen? Was konkret verlangen Sie von der Gewerkschaft, damit ihr dieser Schadensfall nicht zugerechnet wird und dann sofort die Folgefrage: Kann man dann nicht auch bestimmte Maßnahmen mit einem Augenzwinkern anordnen? Macht bloß nichts kaputt – was aber nicht wirklich ernst gemeint ist und wer will dann die Ernsthaftigkeit feststellen? Dasselbe ist für Sachschäden zu fragen. Beim *flash mob* dieses berühmte Herausnehmen der Tiefkühl-

packungen, die dann antauen, ist die Kühlkette unterbrochen, kann man alles wegwerfen. Genügt es, wenn auf dem Instruktionzettel der Gewerkschaft steht: „Bitte keine Tiefkühlware ausräumen“? Und wenn dann dahinter noch ein *Smiley* ist, dann weiß jeder, was er zu tun hat. Wenn Sie dann dazu kommen, dass Sie sagen, ich will ein ernsthaftes Haftungskonzept, bietet es sich dann nicht womöglich sogar an, *flash mob*-Aktionen ganz ohne gewerkschaftliche Trägerschaft auszuführen? Das heißt, während einer Tarifauseinandersetzung stürmen 80 Leute irgendwo hinein, wer das war, wer das initiiert hat, das weiß keiner, dann kommt es aber auch auf *Compliance* überhaupt nicht mehr an. Dass der Arbeitgeber das dann subjektiv als Kampfmaßnahme von wem auch immer empfindet, ist das sein Problem? Weil er ja objektiv überhaupt keinen Veranstalter mehr hat. Also wäre das dann nicht die greifbar nächste Stufe, mit der man rechnen müsste, wenn Ihr Haftungskonzept halbwegs Gefolgschaft fände?

Steffen Klump:

Dass man sich ein Mehr und ein Ausweichen auf eine weitere Eskalationsstufe immer vorstellen kann, das zeigt bereits die Tatsache, dass wir hier nicht über Streik und Aussperrung, sondern über *flash mobs* und ähnliche konfrontative Aktionen reden. Insofern ist, wenn man das Mittel des *flash mobs* durch organisationsrechtliche Vorgaben aus Sicht der Kampfveranstalter belastet, natürlich ein Ausweichen faktisch möglich. Inwieweit das dann arbeitskampfrechtlich zulässig ist, das ist natürlich wieder die Folgefrage. Auf der anderen Seite zum Aufruf „Dichtmachen einer Filiale, aber bitte die Frischware – *Smiley* – in Ruhe lassen, die geht leicht kaputt.“ Wenn diese Instruktionspflichten und Auswahlpflichten erfüllt werden sollen und nicht zur Zurechnung führen, dann muss natürlich eine ernsthafte und richtige Instruktion vorliegen. Und wenn ich einen „*Smiley*“ habe und der Veranstalter mir sagt, „so schlimm ist das nicht, wenn ein Pfund Butter herunterfällt und schmilzt“, dann habe ich das nicht erfüllt, was ich letztlich haftungs- und organisationsrechtlich meines Erachtens schuldig bin. Das Gleiche gilt auch im Fall Ihrer Trillerpfeife. Auch da kommt es deliktsrechtlich eben darauf an. Zunächst ein ernsthafter Hinweis auf regelwidriges Verhalten, was nicht vorkommen darf, wobei man da im Einzelfall sicherlich streiten kann, was ausreicht und was nicht. Ein Überwachen und ein Einwirken, wenn man es letzten Endes feststellt. Ich denke schon, dass das Konzept organisationsrechtlich zunächst einmal trägt. Das ist aber jetzt keine Sache, die speziell *flash mob*-spezifisch ist, sondern die bereits bei den Streikbrecherbeeinflussungen etwa durch das Streikbrecherjoch in Berlin oder bei den Gassen, die zu bilden sind hinsichtlich der Zufahrt für Lieferanten, Kunden und Streikbrecher, exemplifiziert wurden.

Heribert Jöris, Handelsverband Deutschland – Der Einzelhandel, Berlin:

Unzweifelhaft haben wir ja spätestens dann einen Hausfriedensbruch, wenn die „Flashmobber“ auf Aufforderung nicht den Laden verlassen. Jetzt muss man sich einmal vorstellen, dass eine Gewerkschaft eine solche Aktion mit viel Liebe und Akribie plant. Es ist nach meinem Dafürhalten absolut lebensfremd, davon auszugehen, dass sie eine solche Aktion plant, 50, 100 Leute in Marsch setzt und sie dann die Anweisung gibt: „Aber wenn eine Verkäuferin kommt, und sei sie noch so schwächling und noch so klein und hat noch so ein zartes Stimmchen und sie sagt: ‚Geht bitte raus‘, dass dann alle den Saal verlassen.“ Jetzt drehe ich das noch einmal um: Ist nicht im Grunde genommen dann eigentlich schon das Kind in den Brunnen gefallen, wenn ich tatsächlich bei der ersten Aufforderung – und egal von wem sie kommt –, wenn dann nicht der Aufforderung Folge geleistet wird, der Exzess schon da, weil ich dann ganz glasklar den Straftatbestand habe. Muss ich nicht eigentlich schon bei der Planung eines *flash mobs* nach allem, was realistisch ist, davon ausgehen, dass jemand, der zu einem *flash mob* aufruft, den auch durchführt, er zumindest nicht sofort den Laden verlässt, sondern dann noch seine Aktion – seien es fünf oder 15 Minuten, vielleicht sogar 50 Minuten – weiterführt?

Steffen Klumpp:

Diese Frage, wie mit der Verletzung des Hausrechts umzugehen ist, ist sicherlich auch eine, die bei der Vorfrage, ob der *flash mob* jetzt gezielt mit Exzesseinsatz geplant wird und damit vor dem Hintergrund des Prinzips der fairen Arbeitskampfführung zur Rechtswidrigkeit führt, zu eruieren ist. In der Tat. Wenn ich aber, ausgehend von meiner Prämisse, dass es mir lediglich zunächst auf die Rechtmäßigkeit, wie das BAG ja auch fokussiert hat, des Eingriffs in den Gewerbebetrieb ankommt und dann, wie das BAG, trenne hinsichtlich dieses bloßen produktionshindernden Eingriffs und den möglichen Rundumtaten, dann muss ich hinsichtlich dieser Rundumtaten, und da gehört auch der Hausfriedensbruch letzten Endes dazu, eben diese organisationsrechtlichen Vorgaben anwenden. Das ist das Erste. Zweitens, wie gesagt, kann man natürlich – das ist auch eine Frage der tatsächlichen Beurteilung im Einzelfall – bei dem Einsatz des *flash mobs* auch auf den Gedanken kommen, von vornherein augenzwinkernd zu sagen, wir wollen ja nichts anderes, als dass ihr Euch da aufhaltet und auch nicht hinausgeht, wenn vom Hausrecht Gebrauch gemacht wird. Dann ist die Schwelle, auch wenn man grundsätzlich den Eingriff in den Gewerbebetrieb rechtfertigen mag, zur Rechtswidrigkeit wegen geplanten Einsatzes überschritten.

Martin Franzen:

Wenn Sie erlauben, eine Bemerkung noch zum Hausfriedensbruch: Man gelangt in den Tatbestand des Hausfriedensbruchs im Einzelhandel bereits dann, wenn man am Eingang deutlich erkennbar ein Schild anbringt, aus dem sich ergibt, dass „Flashmobber“ keinen Zutritt haben zu diesem Gebäude. Dann würde eigentlich, wenn sich die Gewerkschaft rechtmäßig verhält, der *flash mob* zusammenfallen. Das habe ich mit zwei strafrechtlichen Kollegen diskutiert. Da habe ich eine Frage an Herrn *Jöris*: Warum hat man das nicht versucht, dieses Mittel des Strafrechts von vornherein einzusetzen?

Heribert Jöris:

Es ist tatsächlich so, das wäre im Grunde genommen eine relativ einfache Geschichte, das zu machen. Viele im Einzelhandel kennen ja schon diese Schilder „Kinderwagen bitte draußen lassen“, wenn der Laden sehr eng ist, Hunde bitte auch nicht mit hineinbringen und von daher könnte man natürlich auch ein Schild machen „Hier sind *flash mobs* nicht erlaubt“ und das wäre dann tatsächlich so, dass man strafrechtlich sagen würde, damit ist die Sache auch erledigt.

Entwicklung des Arbeitskampfrechts in Europa

<i>Abbo Junker</i>	Seite
I. Fragestellung	156
II. Herleitung des Streikrechts	158
1. Verfassungsrechtliche Absicherung	159
2. Streikrecht versus Streikfreiheit	161
3. Gebot der Verhältnismäßigkeit	164
III. Mittel des Arbeitskampfs	166
1. Zulässigkeit tertiärer Kampfmittel	166
2. Erlaubte Intensität von Streiks	169
3. Grenzüberschreitende Boykottmaßnahmen	170
IV. Ziele des Arbeitskampfs	172
1. Tarifbezug des Arbeitskampfs	172
2. Grenzen von Unterstützungskämpfen	174
3. Streikziel und Übermaßverbot	176
V. Zusammenfassung	177
Diskussion	179

I. Fragestellung

Ein Vortrag über die „Entwicklung des Arbeitskämpfrechts in Europa“ hat – in historisch-analytischer Perspektive – die Frage zu beantworten, wie die europäischen Staaten das Phänomen des Arbeitskamps rechtlich bewältigen¹. Eine solche Fragestellung kann *drei Ziele* verfolgen: *Erstens* kann es darum gehen, durch Rechtsvergleichung den Boden für eine Vereinheitlichung des Arbeitskämpfrechts in Europa zu bereiten. Eine solche Vereinheitlichung liegt jedoch, selbst wenn sie wünschenswert wäre, in weiter Ferne:

- Der Ende 2009 in Kraft getretene *Unionsvertrag* belässt die Zuständigkeit für das Koalitions-, Streik- und Aussperrungsrecht – wie zuvor der EG-Vertrag – ausschließlich den Mitgliedstaaten (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 stattfindet².
- Eine Anfang 2009 in Kraft getretene Verordnung der Europäischen Union, die unter anderem das auf Arbeitskämpfdelikte anzuwendende Recht bestimmt (die sogenannte *Rom II-Verordnung*), verweist ebenfalls auf das Recht des Staates, in dem die Kampfmaßnahme erfolgt³. Auf diese Verordnung ist zurückzukommen (unten III 3).

1 Rechtsvergleichend *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 910 ff.; *Junker*, Kollektives Arbeitsrecht in Europa – Überblick über das Arbeitskämpfrecht und das Tarifsysteem der Mitgliedstaaten, Sonderbeilage zu RdA 2009, Heft 5, S. 4; *Tomandl*, Grundprobleme des Arbeitskämpfrechts in rechtsvergleichender Sicht, ZfA 1974, 187.

2 EuGH 11.12. 2007 – C-438/05, Slg. 2007, I-10779 = EuZA 1 (2008), 395 mit Anmerkung *Bayreuther*, Rn. 72, 73 (*Viking Line*); EuGH 18.12. 2007 – C-341/05, Slg. 2007, I-11767 Rn. 99, 100 (*Laval*). Siehe dazu *Davies*, One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the European Court of Justice, *Industrial Law Journal* 37 (2008), 126; *Orlandini*, Trade Union Rights and Market Freedom: The European Court of Justice Sets Out the Rules, *Comparative Labor Law and Policy Journal* 29 (2008), 573; *van Peijpe*, Collective Labour Law after Viking, Laval, Rüffert, and Commission v. Luxembourg, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 25 (2009), 81.

3 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), Amtsblatt EU 2007, L 199/40 (Art. 9). Siehe dazu *Knöfel*, Internationales Arbeitskämpfrecht nach der Rom II-Verordnung, *EuZA* 1 (2008), 228.

- Eine gewisse Konvergenz des materiellen Arbeitskampfrechts in Europa dürfte – wie beim Schutz vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien⁴ – vom *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) ausgehen. Er hat aus dem Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK ein Streikrecht für Beamte in den Vertragsstaaten der EMRK abgeleitet⁵. Auch der EGMR hat seine Erwägungen nicht in erster Linie auf rechtsvergleichende Betrachtungen gestützt, sondern auf angebliches internationales Recht⁶.

Ein *zweites* Ziel vergleichender Erwägungen im Arbeitskampfrecht kann darin bestehen, deutsche Juristen aus praktischen Gründen mit der ausländischen Rechtslage vertraut zu machen⁷. 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. Auch gibt es selbst in multinationalen Unternehmen meist keine übereinstimmenden Kampfziele, sondern im Gegenteil oft einen Antagonismus der Belegschaften. Jüngstes Beispiel ist ein Anfang letzter Woche (26.4. 2010) begonnener Streik an den französischen Airbus-Standorten. Den Streikenden ging es unter anderem um mehr Neueinstellungen in Frankreich und – umgekehrt reziprok – um weniger Neueinstellungen in Deutschland. Sie beschwerten sich explizit darüber, dass nicht in Frankreich, sondern in Deutschland Dauerarbeitsplätze geschaffen wurden – was sie mit ihrem Arbeitskampf für die Zukunft verhindern wollen⁸.

4 Siehe zum Beispiel EGMR (III. Sektion) 24.6. 2004 – 5930/00, NJW 2004, 2647 und NJW 2005, 2480 (Caroline von Hannover/Bundesrepublik Deutschland).

5 EGMR (III. Sektion) 21.4. 2009 – 68959/01, AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Yol Sen). Siehe auch EGMR (Große Kammer) 12.11. 2008 – 34503/97, AuR 2009, 269 (Demir und Baykara); beide Urteile besprochen von *Seifert*, Recht auf Kollektivverhandlungen und Streikrecht für Beamte – Anmerkungen zur neuen Rechtsprechung des EGMR zur Vereinigungsfreiheit, *Kritische Vierteljahresschrift* 2009, 357.

6 Kritisch *Seifert*, *Kritische Vierteljahresschrift* 2009, 357, 377: „... sind doch mit der Heranziehung der nicht rechtsverbindlichen Auslegungspraxis der Sachverständigenausschüsse von IAO und Europarat und von internationalen Verträgen, die vom beklagten Vertragsstaat überhaupt nicht ratifiziert waren, ganz klar die Grenzen des Vertretbaren überschritten worden.“ Zur Bedeutung der ILO-Übereinkommen siehe *Otto*, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, 2006, § 4 Rn. 57.

7 Zu dieser Zielsetzung siehe *Junker*, *Grund und Grenzen der Arbeitsrechtsvergleichung*, *Festschrift Canaris*, Bd. II, 2007, S. 705, 713 ff.

8 „Airbus-Streik in Frankreich bedroht Auslieferungen“, *FAZ* Nr. 100 vom 30.4. 2010, S. 20.

Wer vor diesem Hintergrund nach Urteilen sucht, in denen ein deutsches Gericht sich zum *ausländischen Arbeitskampfrecht* geäußert hat, wird bei einem Judikat des LG Frankfurt am Main zum Reiserecht fündig: Nachdem eine deutsche Familie glücklich auf Teneriffa gelandet war, „streikte das gesamte Hotelpersonal auf der Insel zur Durchsetzung von höheren Lohnforderungen. Während des vierzehntägigen Streiks wurden in dem gebuchten Hotel die Zimmer nicht gemacht, Bettwäsche und Handtücher nicht gewechselt und keine Mahlzeiten gereicht. Lediglich einmal wurde ein Lunchpaket ausgegeben.“⁹ Die ausführlichen Darlegungen zur Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Streiks auf Teneriffa hätte sich das LG Frankfurt am Main allerdings, wie es selbst einräumt¹⁰, sparen können, da auch rechtswidrig streikende Arbeitnehmer eines Leistungsträgers Erfüllungsgehilfen des Reiseveranstalters sind¹¹.

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. 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.

Aus der Fülle denkbarer Forschungsansätze will ich mich in diesem Vortrag auf drei Kernfragen des Arbeitskampfrechts beschränken: Wie wird das Streikrecht der Arbeitnehmer in anderen Mitgliedstaaten der Union hergeleitet? Gibt es im Ausland, insbesondere unter Berücksichtigung neuer Arbeitskampfformen wie *flash mob*-Aktionen, einen *numerus clausus* erlaubter Arbeitskämpfungsmittel? Und wo verläuft die Grenzlinie zwischen erlaubten und unerlaubten Zielen eines Arbeitskamps?

II. Herleitung des Streikrechts

Das wichtigste Arbeitskämpfungsmittel, das auch in der Rechtsprechung und Literatur zum Arbeitskampfrecht dominiert, ist die planmäßige gemeinschaftliche Verweigerung der geschuldeten Arbeit zu dem Zweck, durch die Störung der Arbeitsbeziehungen ein bestimmtes Ziel zu erreichen¹².

⁹ LG Frankfurt am Main 14.4. 1980 – 2/24 S 258/79, NJW 1980, 1696.

¹⁰ LG Frankfurt am Main 14.4. 1980 – 2/24 S 258/79 (Fn. 10), 1697: „Aber auch wenn der Streik, worauf die Beklagte in der ersten Instanz anscheinend hinauswollte, rechtswidrig gewesen sein sollte, schuldet sie Schadensersatz.“

¹¹ *Tonner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 4, 5. Aufl. 2009, § 651f Rn. 42.

¹² So die Definition des Streiks von *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 985; siehe auch *Otto* (Fn. 6), § 1 Rn. 10.

Jede Rechtsordnung muss folglich für sich die Frage beantworten, woraus sich die Befugnis ableitet, trotz bestehender vertraglicher Bindungen die Arbeit niederzulegen, ohne wegen Vertragsbruchs zur Rechenschaft gezogen zu werden¹³. 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 Sozialadäquanz¹⁴. Geblieben ist von diesem Dreiklang nur die Rechtfertigung der Streikteilnahme mit der Konsequenz der Suspendierung der Vertragspflichten; die Zulassung der lösenden Aussperrung und das Gebot der Sozialadäquanz des Streiks wurden später fallen gelassen¹⁵. Den zweiten Schritt machte der Große Senat des BAG mit seiner Entscheidung vom 21.4. 1971, der das Arbeitskampfrecht unter die Grundregel der Verhältnismäßigkeit stellte¹⁶.

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 ist¹⁷. In anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ist das Streikrecht explizit in der Verfassung abgesichert. 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“¹⁸) versieht. Ähnlich wie die portugiesische enthält auch die *griechische Verfassung* (Art. 23 Abs. 3) keinen Gesetzesvorbehalt, doch in der Literatur wird überwiegend angenommen, dass der Gesetzgeber das griechische Streikrecht näher ausgestalten darf¹⁹. 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)²⁰.

13 Einführend *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 9. Aufl. 2010, Rn. 598 ff.

14 BAG GS 28.1. 1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 295 ff.

15 *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 953.

16 BAG GS 21.4. 1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 306 f., 310 ff.

17 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 224.

18 *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 79 Rn. 6.

19 *Leventis*, Greece, in: Levi (Hrsg.), *The Strike*, 1987, S. 321, 325.

20 *Montoya Melgar*, *Derecho del Trabajo*, 13. Aufl. 1992, S. 699 ff. Art. 28.2 der spanischen Verfassung lautet: „Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.“

Das *Schweizerische Bundesgericht* hat früher unentschieden gelassen, ob ein subjektives Recht auf Streik aus der verfassungsrechtlich garantierten Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit abzuleiten ist, weil es darauf im zu entscheidenden Fall nicht ankam²¹. Weil in vielen Gesamtarbeitsverträgen (= Tarifverträgen) die absolute Friedenspflicht gilt, sind in der Schweiz Arbeitskämpfe sehr selten. Nach der Revision der Bundesverfassung im Jahr 1999, in Kraft getreten am 1.1. 2000, sind Streik und Aussperrung ausdrücklich gestattet, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen (Art. 28 Abs. 3 der schweizerischen Bundesverfassung). Aus der Einbettung dieser Verfassungsnorm in das Kapitel über die Wirtschaftsverfassung folgt nach schweizerischer Rechtsansicht, dass der Einzelne ein Streikrecht nur und allein als Mitglied des Kollektivs – und nicht als Individualrecht – haben kann²². Damit ist allerdings nicht gemeint, dass Außenseiter kein Recht auf Teilnahme an einem gewerkschaftlich geführten Arbeitskampf haben, sondern nur, dass der Einzelne – sei er Mitglied der Gewerkschaft oder Außenseiter – bloß als Teilnehmer einer verfassungsmäßigen kollektiven Arbeitsniederlegung geschützt ist (und nicht aus eigenem Recht)²³.

Die *Republik Österreich* kennt keine explizite verfassungsrechtliche Absicherung des Streikrechts. Nach in Österreich herrschender Meinung, die zuletzt *Jabornegg* zusammengefasst hat²⁴, ist weder aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Vereins- und Versammlungsfreiheit in Art. 12 Staatsgrundgesetz 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“²⁵.

21 BG 18.6. 1985, BGE 111 II 245, Erwägung 4 a: „Auch wenn offen ist, wie weit der Einsatz von Streik und Aussperrung in der Schweiz verfassungsrechtlichen Schutz genießt, ist klar, dass die Formulierung des Arbeitsgerichts, in das schweizerische Arbeitsrecht habe das Streikrecht keinen Eingang gefunden, offensichtlich zu absolut und zu summarisch ausgefallen ist.“ Siehe auch BG 28.6. 1999, BGE 125 III 277.

22 *Geiser/Müller*, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2009, Rn. 892; *Rehbinder*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2002, Rn. 602; *Vallender*, Grundzüge der neuen Wirtschaftsverfassung, Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen) 1999, 677, 679.

23 *Portmann/Stöckli*, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 1043; *Geiser/Müller* (Fn. 22), Rn. 901.

24 *Jabornegg*, Rechtsfragen des Streiks angestellter Ärzte, in: Resch/Wallner (Hrsg.), Gmundner Medizinrechtskongress 2009, Wien 2010, S. 1, 2 ff.

25 *Jabornegg*, Grundfragen des Streiks angestellter Ärzte, Recht der Medizin 2009, 235, 236; anderer Ansicht in Bezug auf Art. 12 Staatsgrundgesetz *Davy*,

Nach der Entscheidung des EGMR vom 21.4. 2009 lässt sich die im deutschen Sprachraum weit verbreitete Ansicht, aus Art. 11 EMRK sei kein subjektives Recht auf Arbeitskampf herzuleiten, vielleicht nicht mehr aufrechterhalten. Die Entscheidung²⁶ betrifft zwar – ebenso wie die Entscheidung des EGMR vom 12.8. 2008²⁷ – nur das Streikrecht von Beamten, das der türkische Staat seinen Staatsdienern bislang vorenthält. Wenn ein Vertragsstaat der EMRK jedoch schon seinen Beamten (mit Ausnahme einzelner Gruppen von Staatsdienern, die bestimmte hoheitliche Befugnisse ausüben) das Streikrecht gewähren muss, hat das Gleiche erst recht in Bezug auf die Privatwirtschaft zu gelten²⁸.

In *Großbritannien*, wo die Gerichte und der Gesetzgeber traditionell kein Streikrecht anerkennen, sondern den Streikenden nur gewisse *immunities* („Streikfreiheiten“) zustehen, haben die Urteile des EGMR die Wissenschaft in helle Aufregung versetzt. *Keith Ewing*, einer der führenden Arbeitsrechtler des Landes, betitelt eine im März 2010 erschienene Abhandlung mit den Worten *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*²⁹.

2. Streikrecht versus Streikfreiheit

Das Stichwort „Streikfreiheit“ führt zu einem konzeptionellen Unterschied zwischen den kontinentaleuropäischen und den angelsächsischen Rechtsordnungen. Der Streik ist in *Großbritannien* Gegenstand verschiedener *statutes* („Gesetze“) und wird gesetzlich als „any concerted stoppage of work“ definiert³⁰. Das *common law* qualifiziert die streikweise Arbeitsniederlegung ohne vorherige Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch heute noch als Vertragsbruch³¹; auch die *statutes*, die auf den Streik Bezug nehmen, ändern daran nichts. Die britische Rechtsordnung kennt weder ein individuelles Recht auf Teilnahme am Streik als Ausübung eines subjektiv-privaten Gestaltungsrechts, wie es etwa *Löwisch* und *Rieble* an-

Streik und Grundrechte in Österreich, 1989, S. 184. Umfassend A. Mair, *Arbeitskampf und Arbeitsvertrag*, 2008, S. 126 ff.

26 EGMR (III. Sektion) 21.4. 2009 – 68959/01 (Fn. 5) (*Enerji Yapi-Yol Sen*).

27 EGMR (Große Kammer) 12.11. 2008 – 34503/97 (Fn. 5) (*Demir und Baykara*).

28 *Seifert*, Kritische Vierteljahresschrift 2009, 357, 361.

29 *Ewing/Hendy*, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, *Industrial Law Journal* 39 (2010), 2-51.

30 Section 246 Trade Unions and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 [TULR(C)A]. Siehe dazu *Morris/Archer*, *Collective Labour Law*, 2000, S. 389 ff.; *Deakin/Morris*, *Labour Law*, 4. Aufl. 2005, S. 1030 ff.

31 *Simmons v. Hoover Ltd.* [1977] *Industrial Cases Reports* 61, 76 (Employment Appeal Tribunal); *London Underground Ltd. v. NUR* [1996] *Industrial Cases Reports* 170, 187 (Court of Appeal); *Miles v. Wakefield MDC* [1987] 1 Appeal Cases 539, 559 (House of Lords).

nehmen³², noch gar ein subjektiv-öffentliches Recht auf Streik im Sinne eines Einmischungsverbots des Staates, wie es *Gamillscheg* für einige kontinentaleuropäische Staaten konstatiert³³. *Lord Wedderburn* hat den britischen Rechtszustand in einer Abhandlung wie folgt charakterisiert:

„In strict juridical terms, there does not exist in Britain any ‚right‘ to strike. The law still provides no more than a ‚liberty‘ to associate in trade unions and certain ‚liberties‘ of action by which trade unions can carry on industrial struggle. Statutory provisions protect trade unions or workers‘ strikes and other industrial action from illegalities which would otherwise be imposed upon them by the law, largely by the common law created by judicial decisions. When he goes into court to defend himself, the trade union official believes he is defending his ‚rights‘, but he finds that judges see his statutory protections as some form of ‚privilege‘.“³⁴

Die Streikenden und ihre Gewerkschaft werden in Großbritannien vor zivil- und strafrechtlichen Folgen 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 beschreibt³⁵. Daher lassen sich auch die Grenzen des Streikrechts in Großbritannien meist genauer bestimmen als auf dem Kontinent: Bestimmte Handlungen, mehr oder weniger exakt beschrieben in *statutes*³⁶, die ihrerseits traditionell eng auszulegen sind, werden vom Parlament zum Beispiel als „unter dem Gesichtspunkt eines Delikts nicht klagbar“ (*not actionable in tort*) privilegiert³⁷. *Lord Denning* hat diesen Zusammenhang wie folgt beschrieben:

„When Parliament granted immunities to the leaders of trade unions, it did not give them any *rights*. It did not give them a *right* to break the law or to do wrong by inducing people to break contracts. It only gave them immunity if they did. Such statutes are to be construed with due limitations as so to keep the immunity within reasonable bounds.“³⁸

-
- 32 *Löwisch/Rieble*, in: Löwisch (Hrsg.), *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, 2. Aufl. 1997, Rn. 13 ff.
 33 *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 994.
 34 *Lord Wedderburn of Charlton*, *Industrial Relations and the Courts*, *Industrial Law Journal* 9 (1980), 65, 69 f.
 35 Anschaulich *Krause*, *Schadensersatz bei Streiks nach englischem Recht – Neue Risiken durch OBG Ltd. v. Allan?*, *Festschrift Deutsch*, 2009, S. 795, 796 ff.
 36 Insbesondere Section 290 TULR(C)A.
 37 Übersicht über die statutarischen Änderungen nach der Regierungsübernahme der konservativen Anfang der 1980er Jahre bei *Docksey*, *Neuere Entwicklungen im britischen Arbeitsrecht*, *RIW* 1991, 722, 724 f.
 38 *Express Newspapers v. McShane* [1979] *Industrial Cases Reports* 2010, 218 (Hervorhebung im Original).

Im Zusammenwirken von *common law* und gesetzlichen Streikimmunitäten hat sich das Verhältnis von Gesetzgeber und Richter in Großbritannien diametral entgegengesetzt zu demjenigen in Deutschland entwickelt³⁹: In *Deutschland* hat der Große Senat des BAG in seinem grundlegenden Beschluss vom 28.1.1955 „eine Neuorientierung des Arbeitskampfrechts in Eigenregie vorgenommen“⁴⁰: Das Verhalten der Streikteilnehmer sei aus dem Wesen des gewerkschaftlichen Streiks als kollektiver Kampfmaßnahme zu bewerten; was kollektivrechtlich erlaubt sei, dürfe individualrechtlich nicht als Vertragsbruch qualifiziert werden⁴¹. 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 im Arbeitsvertragsrecht, im zivilen Deliktsrecht und im Strafrecht 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“⁴² wurden⁴³. 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.

Tomandl zieht aus dieser Gegenüberstellung weitreichende Konsequenzen. Der *Gesetzgeber*, bei der Regelsetzung rechtlich fast ungebunden, entscheide politisch, wäge Interessen ab und berücksichtige ihr Gewicht für das Wählerverhalten: „Das Ergebnis gesetzgeberischen Handelns wird nicht aus sich selbst heraus gerechtfertigt, sondern aus-

39 *Tomandl* (Fn. 1), 187, 189 ff.

40 *Tomandl* (Fn. 1), 187, 191. Dazu *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 953: „Wie souverän sich das Gericht gefühlt hat, bezeugt der Satz in BAGE 1, 307: ‚Die Rechtsauffassung des Großen Senats wird schließlich auch nicht dadurch widerlegt, dass Gesetze oder gewerkschaftliche Kampfreglements noch von der Auffassung ausgehen, die Streikteilnahme ohne Kündigung sei Vertragsbruch ... Die betreffenden Bestimmungen fußen ... auf der überkommenen älteren Lehre und ergeben in Wahrheit nichts für die richtige Entscheidung der hier zur Erörterung stehenden Rechtsfragen.“

41 BAG (GS) 28.1. 1955 – GS 1/54 (Fn. 14), 295 f., 300 ff.; siehe zu dieser „Einheitstheorie“ *Krause*, Festschrift Deutsch, 2009, S. 795.

42 *Tomandl* (Fn. 1), 187, 190 f.

43 Siehe zuletzt *Dukes*, The Right to Strike under United Kingdom Law: Not Much More than a Slogan?, *Industrial Law Journal* 39 (2010), 82.

schließlich durch die demokratische Legitimation des Regelsetzers.“⁴⁴ Der *Richter* dagegen trete unter völlig anderen Vorzeichen an; er sei nicht nur an die Verfassung, sondern auch an das einfache Gesetz gebunden, und selbst im Vollzug der Verfassung nicht so frei wie ein Gesetzgeber:

„Die Rechtfertigung seiner Entscheidung liegt daher anders als beim Gesetzgeber nicht im Vertrauensvorschuss durch die Wähler, sondern im Begründungszusammenhang seiner Entscheidung. Kann die Parlamentsmehrheit auch gegen herrschende Wertvorstellungen auftreten, allerdings unter Gefährdung ihrer Wiederwahl, ist der Richter an vorherrschende Wertungen gebunden. Der Richter ist daher auch in seinen Wertungen weniger frei. Die richterliche Rechtsschöpfung vollzieht sich gebundener und rationaler als jene durch die Gesetzgebung.“⁴⁵

Ob diese Gegenüberstellung die Rechtswirklichkeit in Deutschland trifft, ist zweifelhaft. Das BAG bezeichnet seine Rechtsprechung als „gesetzesvertretendes Richterrecht“ und betrachtet sie als „Vollzug der Wertungen des Gesetzgebers“⁴⁶. Man kann die Schlussfolgerung von *Tomandl* daher auch umgekehrt formulieren: Während der *Gesetzgeber* in Großbritannien immerhin auf den Wählerwillen Rücksicht nehmen und der Abgeordnete bei der Verabschiedung arbeitskampfrechtlicher Vorschriften die Konsequenzen für seine Wiederwahl bedenken muss, hat eine Rechtsprechung, die sich als Stellvertreter des Gesetzgebers geriert und ihre Urteile – auf der schmalen Grundlage des Art. 9 Abs. 3 GG – als zwingenden Rechtsvollzug ausgibt, nicht einmal die Rücksichten zu nehmen, die ein Parlamentarier im wohlverstandenen Eigeninteresse beachtet.

3. Gebot der Verhältnismäßigkeit

In Deutschland steht das aus Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG hergeleitete Streikrecht theoretisch 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“⁴⁷ in Betracht komme. Aber was bedeutet das *ultima ratio*-Prinzip in der Praxis? Behindert es die deutschen Gewerkschaften in ihrer koalitionsmäßigen Betätigung?

44 *Tomandl* (Fn. 1), 187, 191.

45 *Tomandl* (Fn. 1), 187, 191 mit dem Zusatz: „Das ist der sachliche Gehalt der bekannten Erkenntnis, dass das Gesetzesrecht von der Autorität der Volksvertreter lebt, das Richterrecht dagegen von der Autorität seiner Entscheidung.“

46 BAG (GS) 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 16), 319 f.

47 BAG (GS) 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 16), 306.

Rebhahn ist vor zehn Jahren in einer rechtsvergleichenden Untersuchung zu dem Schluss gekommen, das *ultima ratio*-Postulat habe in Deutschland nur geringe praktische Bedeutung⁴⁸. Auch *Franzen* stellt fest, dass dem *ultima ratio*-Prinzip in Deutschland keine besondere praktische Bedeutung mehr zukomme⁴⁹, seit das BAG den Gewerkschaften die Einschätzungsprärogative im Hinblick auf die Ausschöpfung der Verhandlungsmöglichkeiten zugebilligt hat⁵⁰.

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“) vorzunehmen⁵¹. Aus der *französischen Rechtsprechung* sind die Fälle herauszuheben, in denen Streiks wegen des gewählten Zeitpunkts für rechtsmissbräuchlich angesehen wurden; ein Beispiel ist der Streik von Piloten zu Beginn der Sommerferien wegen des zu erwartenden Schadens für eine unabsehbare Zahl von Fluggästen⁵². In *Großbritannien* schließlich macht das Erfordernis einer Urabstimmung (*Requirement of ballot before action by trade union*) etwa ein Drittel der arbeitskampfrechtlichen Bestimmungen des Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 aus⁵³. Die wichtigsten Bestimmungen lauten:

226. – (1) An act done by a trade union to induce a person to take part, or continue to take part, in industrial action is not protected unless the industrial action has the support of a ballot. (2) Industrial action shall be regarded as having the support of a ballot only if ... the majority voting in that ballot answered „Yes“ ... to industrial action of the kind to which the act of inducement relates ...

227. – (1) Entitlement to vote in the ballot must be accorded equally to all the members of the trade union who ... will be induced to take part or, as the case may be, to continue to take part in the industrial action in question, and to know others. ...

-
- 48 *Rebhahn*, Das Kollektive Arbeitsrecht im Rechtsvergleich, NZA 2001, 763, 770.
 49 *Franzen*, Europäische Grundfreiheiten und nationales Arbeitskampfrecht, Festschrift Buchner, 2009, S. 231, 240.
 50 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364, 382.
 51 BG 18.6. 1985, BGE 111 II 245, Erwägung 5 d („... ergibt sich somit, dass der Streikbeschluss übereilt, ohne Erschöpfung des Verhandlungswegs gefasst worden ist. Der Streik der Kläger erweist sich demnach als nicht rechtmäßig, ohne dass geprüft zu werden braucht, ob die anderen Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit erfüllt wären.“).
 52 Cour d’Appel de Paris 27.1. 1988, Droit Social 1988, 246 (Syndicat Nationale des Pilotes de Ligne SNPL/Compagnie Air Inter).
 53 Rechtsvergleichend zum Erfordernis der Urabstimmung *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1011 f.

234. – (1) Subject to the following provisions, a ballot ceases to be effective ... at the end of the period of four weeks beginning with the date of the ballot⁵⁴.

III. Mittel des Arbeitskampfs

Vor dem Hintergrund der *flash mob*-Entscheidung des BAG⁵⁵ 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 sicherzustellen⁵⁶. Die Frage, ob jenseits der herkömmlichen Kampfmittel Streik und Aussperrung – und des in der Seeschifffahrt unerlässlichen Kampfmittels „Boycott von Schiffen in Häfen“⁵⁷ – 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. *Cum grano salis* lassen sich drei Gruppen von Kampfmitteln außerhalb von Streik, Aussperrung und Boykott in der Seeschifffahrt unterscheiden.

Die erste Gruppe bilden Anreize, welche die Arbeitgeberseite anbietet, um die gegnerische Arbeitskampffront zu durchbrechen und Prämien für vertragskonformes Verhalten zu gewähren. So wird in Deutschland die Streikbruchprämie als berechtigtes Mittel zur Abwehr von Streiks angesehen⁵⁸; haben die Tarifparteien allerdings nach Abschluss der Kampfhandlungen ein Maßregelungsverbot vereinbart, erhalten auch die vormals Streikenden einen Anspruch auf die Zuwendung⁵⁹. Das *französische Recht* untersagt in Art. L 2511-1 Code du Travail eine Benachteiligung von Arbeitnehmern wegen des Streiks, worunter auch – entsprechend einer

54 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, Chapter 52, Sections 226, 227, 234.

55 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

56 BVerfG 2.3. 1993 – 1 BvR 1213/85, BVerGE 88, 103, 114.

57 Kadner Graziano, Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung, RabelsZ 73 (2009), 1, 58 f.

58 BAG 13.7. 1993 – 1 AZR 676/92, BAGE 73, 320, 327 ff.

59 Gamillscheg (Fn. 1), S. 1028; Otto (Fn. 6), § 12 Rn. 52.

auch in Deutschland vertretenen Ansicht⁶⁰ – die sogenannte *prime anti-grève* verstanden wird. Wird eine solche Prämie gezahlt, haben die Streikenden folglich einen Anspruch auf Gleichbehandlung⁶¹. Das *italienische Recht* enthält ein explizites Verbot der *premio anti-sciopero* in Art. 16 des Arbeitnehmerstatuts; verstößt der Arbeitgeber gegen dieses Verbot, ist die Nachzahlung indessen nicht an die Nichtstreikenden zu leisten, sondern an einen Pensionsfonds⁶².

Die zweite Gruppe tertiärer Kampfmittel umfasst die kollektive Ausübung individueller Rechte, deren Kampfmittelstatus in Deutschland insbesondere für die Massenänderungskündigung, die gemeinsame Zurückhaltung der Arbeitsleistung oder die partielle Leistungsverweigerung diskutiert wird⁶³. Ein besonders originelles Beispiel stammt nicht aus *Europa*, sondern aus *Japan*: Durch Kaiserliche Verordnung war den Bediensteten einer Behörde, die früher einmal für den Heimatschutz zuständig gewesen war, die streikweise Arbeitsniederlegung verboten. Das Recht zur Urlaubsgewährung war, vielleicht weil die Dauer des Erholungsurlaubs ohnehin nicht sonderlich ins Gewicht fiel, letztverantwortlich auf die Abteilungsleiter delegiert. So begab es sich, dass eines Morgens außer dem Behördenleiter und seinem Stellvertreter (und dem verdutzten Publikumsverkehr) niemand anwesend war, weil alle Bediensteten, wovon ein Stapel Urlaubsscheine Zeugnis ablegte, in einer konzertierten Aktion ihren Erholungsurlaub angetreten hatten, um einer lange vergebens gestellten Forderung Nachdruck zu verleihen⁶⁴.

Als dritte Gruppe lassen sich die mehr oder weniger mit Gewalt verbundenen Kampfmittel wie Betriebsblockade oder Betriebsbesetzung zusammenfassen⁶⁵; dabei sind freilich die Grenzen zur Arbeitsniederlegung (Streik), die häufig in Betriebsblockaden oder -besetzungen übergeht,

60 Otto (Fn. 6), § 12 Rn. 45: „Meines Erachtens steht die Zahlung einer Streikbruchprämie regelmäßig im Widerspruch zum geltenden Recht und wäre daher nur zulässig, wenn sie gemäß Art. 9 Abs. 3 GG als notwendiges Arbeitskampfmittel der Arbeitgeberseite verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Das ist aber grundsätzlich zu verneinen.“

61 *Pélissier/Supiot/Jemmaud*, *Droit du travail*, 24. Aufl. 2008, Rn. 1179; *Couturier*, *Traité de droit du travail*, Bd. 2: *Les relations collectives de travail*, 2001, Rn. 185.

62 *Giugni*, *Diritto sindacale*, 9. Aufl. 1991, S. 59.

63 Umfassend *Hilbrandt*, *Massenänderungskündigung und Arbeitskampf*, 1997; *Fabricius*, *Einstellung der Arbeitsleistung bei gefährlichen und normwidrigen Tätigkeiten*, 1997.

64 Berichtet von *Sugeno*, *Japanese Labor Law*, 1992, S. 279. Rechtsvergleichend zu Streiks im öffentlichen Dienst *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1001 ff.

65 Zum deutschen Recht *Otto* (Fn. 6), § 1 Rn. 18, § 11 Rn. 4 ff.; rechtsvergleichend *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1059 ff.

fließend. Die Ziele dieser Maßnahmen können sehr unterschiedlich sein und reichen bis zur Verhinderung von Betriebsschließungen; in Österreich haben einige Fälle Anlass gegeben, über die Abgrenzung von Betriebsversammlung und Streik nachzudenken⁶⁶.

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des *Schweizerischen Bundesgerichts* aus dem Jahr 2005⁶⁷: Der Verleger einer waadtländischen Tageszeitung hatte den Arbeitgeberverband verlassen, was die zuständige Gewerkschaft zur Forderung nach einem Firmentarifvertrag veranlasste⁶⁸. Um der Forderung Nachdruck zu verleihen, blockierten 15 Gewerkschaftsmitglieder und -sympathisanten, „unterstützt durch einige Personen aus der alternativen Szene von Lausanne“⁶⁹, die Eingänge zur Verlagsdruckerei; es kam zu Sachbeschädigungen und zu Schlägereien mit Vertretern der Belegschaft, die in ihrer großen Mehrheit die Gewerkschaftsforderung ablehnte. Der Verleger verlangte von der Gewerkschaft und ihren beteiligten Funktionären Schadensersatz wegen Glasbruch, Beschädigung der Schließanlage, zerstochener LKW-Reifen und notwendiger Überstunden von Druckern und Sicherheitskräften.

Das schweizerische Bundesgericht stellte zunächst fest, dass die Aktion schon deshalb *nicht als Streik* im Sinne der Bundesverfassung zu qualifizieren sei, weil kein einziger Arbeitnehmer des Unternehmens an ihr teilgenommen habe. Es könnten jedoch *auch andere Aktionen* als Streik und Aussperrung – diese beiden sind in Art. 28 der Bundesverfassung genannt – als kollektive Maßnahmen zur Erreichung eines Tarifabschlusses zulässig sein, wobei die Streikvoraussetzungen entsprechend anzuwenden seien. Das Bundesgericht hinterfragt nicht, ob die Blockade zu diesen anderen geschützten Kampfmitteln gehört. Im Streitfall sei das Gebot der Verhältnismäßigkeit (*le principe de la proportionnalité*) verletzt, da Gewalt angewendet und Sachen beschädigt worden seien. Der Schadensersatzanspruch des Verlegers sei daher begründet⁷⁰.

Die – zugegebenermaßen spärliche – schweizerische Literatur zu dem Urteil stört sich weniger daran, dass die Blockade an den Streikvoraussetzungen gemessen wurde, als vielmehr daran, dass das höchste schweizerische Gericht die *Legitimation der Gewerkschaft* nicht

66 *Jabornegg*, Zur Abgrenzung von Betriebsversammlung und Streik, in: Festschrift Bauer/Mair/Petrag, 2004, S. 3, 9 ff.

67 BG 13.9. 2005, BGE 111 III 122.

68 Zu den Parteien von Gesamtarbeitsverträgen (Tarifverträgen) siehe *Geiser/Müller* (Fn. 22), Rn. 794.

69 *Wyler*, Droit du travail, 2. Aufl. 2008, S. 665 (dort auch weitere Angaben zum Sachverhalt).

70 BG 13.9. 2005, BGE 111 III 122, 132.

problematisiert habe⁷¹: Ein Teil der Literatur verlangt für einen rechtmäßigen Streik im Sinne der schweizerischen Bundesverfassung ein Mehrheitsvotum der Belegschaft⁷². Wenn das Bundesgericht die Streikvoraussetzungen auf die Betriebsblockade projiziere, hätte es sich – so wird kritisiert – mit dieser Literaturmeinung auseinandersetzen müssen. In jedem Fall – so heißt es in der Literatur – wäre es besser gewesen, der Gewerkschaft die Legitimation für eine Aktion abzusprechen, deren Ziel allenfalls von einer kleinen Minderheit der Belegschaft unterstützt wurde, als die Rechtmäßigkeit nur wegen Körperverletzungen und Sachbeschädigungen zu verneinen und auf das Thema „Legitimation der Gewerkschaft“ nicht einzugehen⁷³.

2. Erlaubte Intensität von Streiks

Ein rechtsvergleichender Untersuchungsgegenstand ist auch die erlaubte Intensität des Streiks einschließlich der dem Arbeitgeber zu Gebote stehenden Gegenmaßnahmen wie beispielsweise der Einsatz von „Streikbrechern“⁷⁴. Die Frage nach der erlaubten Intensität von Streiks wird insbesondere im Vereinigten Königreich gestellt. 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 spielt⁷⁵. Das Verhalten der Streikenden gegenüber den Arbeitswilligen ist unter dem Stichwort des *peaceful picketing* Gegenstand ungezählter Gerichtsentscheidungen. Heute lautet das Grundprinzip, dass die Streikenden sich auf die Arbeitsniederlegung zu beschränken und sich am Arbeitsplatz nur aufzuhalten haben, um friedlich Informationen auszutauschen oder Personen friedlich zu überzeugen, die Arbeit zu leisten oder sie niederzulegen⁷⁶.

71 Wyler (Fn. 69), S. 666.

72 Aubert-Piguet, *L'exercice du droit de grève*, Pratique Juridique Actuelle 1996, 1497; Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II, 2. Aufl. 2006, S. 718.

73 Wyler (Fn. 69), S. 667.

74 Rechtsvergleichend *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1021 ff. (auch zum Einsatz von Leiharbeitskräften); zum Verbot des Streikbrechereinsatzes nach den Empfehlungen der International Labour Organization (ILO) siehe *Otto* (Fn. 6), § 4 Rn. 57.

75 Einführend *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1018.

76 Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, Section 220: „It is lawful for a person in contemplation or furtherance of a trade dispute to attend at or near his own place of work ... for the purpose only of peacefully obtaining

Auch in anderen Rechtsordnungen stellt sich die Frage, wo die Grenze zwischen rechtmäßigen Streikmaßnahmen und „Streikexzessen“ verläuft und welche Bedeutung die Rechtswidrigkeit einzelner „Exzesse“ für die Rechtmäßigkeit des Streiks hat. Nach in Deutschland herrschender Rechtsauffassung knüpft die Bewertung der Rechtmäßigkeit eines Streiks derartig an das kollektive Erscheinungsbild an, dass nur die vom Streikbeschluss gedeckten oder von der Mehrheit der Beteiligten gebilligten Maßnahmen, nicht dagegen die Exzesse einzelner Teilnehmer das Gesamtgeschehen rechtswidrig erscheinen lassen⁷⁷. Die *dänische Rechtsprechung* hatte über den Fall zu entscheiden, dass während eines Streiks auf der Fähre Sylt – Røm die aufgebrachte Besatzung den Kapitän des Schiffes im Hafen von Havneby (Dänemark) über Bord geworfen hatte. Das Gericht sah in dieser Aktion ein Delikt bei Gelegenheit des Streiks, welches die Gesamtktion nicht dergestalt rechtswidrig erscheinen lasse, dass der Ausfallschaden durch streikbedingte Liegezeiten von der Seeleutengewerkschaft zu ersetzen sei⁷⁸.

3. Grenzüberschreitende Boykottmaßnahmen

Rechtsvergleichend interessant ist schließlich der Boykott, weil er zu den wenigen Arbeitsk Kampfmaßnahmen zählt, bei denen in der Praxis häufiger ein ausländisches Element (oder sogar eine grenzüberschreitende Aktion) vorkommt. Als Beispiel soll ein Fall dienen, den der EuGH – mit etwas anderem Sachverhalt – in einem Streit über die internationale Deliktszuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 der sogenannten Brüssel I-Verordnung⁷⁹ zu entscheiden hatte⁸⁰:

Eine dänische Gewerkschaft hatte ihre im Dachverband ITF (International Transport Workers' Federation) zusammengeschlossenen Schwestergewerkschaften zu kollektiven Maßnahmen gegen einen dänischen Reeder aufgerufen, um ihrer Forderung nach einer Erstreckung des dänischen

or communicating information, or peacefully persuading any person to work or abstain from working.“

77 Kissel, *Arbeitskampfrecht*, 2002, § 47 Rn. 116; Otto (Fn. 6), § 12 Rn. 22.

78 Referiert von *Puttfarcken*, *See-Arbeitsrecht*, 1988, S. 25.

79 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Amtsblatt EG 2001 L 12/1).

80 Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO lautet: „Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann in einem anderen Mitgliedstaat verklagt werden: ... 3. wenn eine unerlaubte Handlung oder eine Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist, oder wenn Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden, vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder einzutreten droht ...“

Tarifvertrags auf die polnische Leihbesatzung eines unter dänischer Flagge fahrenden Frachtschiffs dieses Reeders (der „DFDS Torline“) 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 verhindern⁸¹. So geschah es dann auch.

Wie bereits erwähnt (oben I) ist mit der Rom II-Verordnung⁸² mit Wirkung zum 11.1. 2009 erstmals eine ausdrückliche Regelung über das auf Schäden aus Arbeitskampfmaßnahmen (einschließlich vorbeugender Aktionen gegen Arbeitskampfmaßnahmen) anzuwendende Recht geschaffen worden⁸³. Nach Art. 9 der Rom II-Verordnung ist (unbeschadet der Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien in ein und demselben Staat nach Art. 4 Abs. 2 der Rom II-Verordnung)

„auf außervertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf die Haftung einer Person in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber oder der Organisationen, die deren berufliche Interessen vertreten, für Schäden, die aus bevorstehenden oder durchgeführten Arbeitskampfmaßnahmen entstanden sind, das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Arbeitskampfmaßnahme erfolgen soll oder erfolgt ist.“

Nach der strikten Anordnung des Tatortprinzips in Art. 9 der Rom II-Verordnung bestimmt sich die Haftung der *schwedischen Gewerkschaft* für die in Schweden durchgeführten Arbeitskampfmaßnahmen nach schwedischem Recht, auch wenn die Aktion zu Schäden in Dänemark geführt hat, wo der Reeder des Frachtschiffs seine Hauptniederlassung hatte. Entsprechendes gilt für einen Unterlassungsanspruch, der auf die Abwehr drohender Schäden aus Arbeitskampfmaßnahmen gerichtet ist⁸⁴ (Art. 2 Abs. 2 Rom II-Verordnung).

Wenn der dänische Reeder wegen der in Schweden durchgeführten Arbeitskampfmaßnahme Unterlassungsansprüche gegen die *dänische Gewerkschaft* geltend macht, führt Art. 4 Abs. 2 der Rom II-Verordnung

81 EuGH 5.2. 2004 – C-18/02, Slg. 2004, I-1417 (Danmarks Rederiforening/Landsorganisationen i Sverige).

82 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 (Fn. 3).

83 Umfassend *Knöfel*, EuZA 1 (2008), 228; *Palao Moreno*, The Law Applicable to a Non-Contractual Obligation with Respect to an Industrial Action – A Commentary on article 9 of the Rome II Regulation, Yearbook of Private International Law 10 (2008), 115.

84 *Junker*, in: MünchKommBGB, Bd. 10: Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2010, Art. 9 Rom II-VO Rn. 22.

zur Anwendung des dänischen Rechts, weil sowohl die Hauptniederlassung der Reederei als auch der Sitz der Gewerkschaft in Dänemark war⁸⁵ (Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt). Die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Boykotts als solchem ist allerdings eine – selbstständig anzuknüpfende – Vorfrage, die sich ohne Rücksicht auf Art. 4 Abs. 2 der Rom II-Verordnung nach dem Recht des physischen Arbeitskampfortes bestimmt, so dass es insoweit keinen Unterschied macht, ob der Reeder die schwedische oder die dänische Gewerkschaft in Anspruch nimmt⁸⁶.

IV. Ziele des Arbeitskampfs

Aus dem Themenbereich „Ziele eines zulässigen Arbeitskampfs“ sollen an dieser Stelle nur die Fragen nach dem notwendigen Tarifbezug des Arbeitskampfs, nach den Grenzen von Unterstützungskämpfen und nach der Bedeutung des Übermaßverbots in Beziehung auf die Zweck-Mittel-Relation herausgegriffen werden.

1. Tarifbezug des Arbeitskampfs

Arbeitskämpfe müssen nach herrschender Meinung, die sich auf Formulierungen in Urteilen des BVerfG⁸⁷ und des BAG⁸⁸ stützen kann, einen *Bezug zur Tarifautonomie* in der Art haben, dass sich ihr Ziel auf den Abschluss einer tariflichen Regelung richten muss⁸⁹: „Nur der Arbeitskampf ist rechtmäßig, der in einen Tarifvertrag einmünden soll.“⁹⁰ Die *Bundesrepublik Deutschland* steht mit diesem Ansatz nicht allein, sondern in einer Reihe mit anderen europäischen Staaten⁹¹. In der *Schweiz* ist ebenfalls anerkannt, dass der Gegenstand eines rechtmäßigen Streiks nur die Forderung nach dem Abschluss eines neuen Gesamtarbeitsvertrags (= Tarifvertrags) sein kann⁹².

In Deutschland ist die Frage, ob ein wirtschaftliches Ziel – die Verbesserung der Arbeitsbedingungen – angestrebt wird, im Übrigen keine Frage des Streikbegriffs, sondern eine solche der *Rechtmäßigkeit des*

-
- 85 EuGH 5.2. 2004 – C-18/02 (Fn. 81) (Danmarks Rederiforening/Landsorganisationen i Sverige).
- 86 Allgemein *Gamillscheg*, *Dimskal Shipping Co. S.A. v. International Transport Workers' Federation*, Festschrift Gnade, 1992, S. 755.
- 87 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 17), 225.
- 88 BAG GS 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 16), 308.
- 89 *Otto* (Fn. 6), § 5 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.
- 90 *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1071.
- 91 Vergleichend *Rebhahn*, RdA 2001, 763, 769.
- 92 *Geiser/Müller* (Fn. 22), Rn. 902; *Rehbinder* (Fn. 22), Rn. 587.

*Streiks*⁹³. In anderen Staaten gehören 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 Gewährleistung⁹⁴. 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 ausgeklammert⁹⁵.

Eine Sonderrolle spielt der sogenannte *politische Streik*⁹⁶. Die in Deutschland herrschende Ansicht sieht den „politischen Demonstrationsstreik“ als eine Art (rechtswidrige) kollektive Selbstbeurlaubung zur Teilnahme an einer Kundgebung und lässt sich von ihrem Rechtswidrigkeitsurteil auch nicht abbringen, wenn die erstrebten *staatlichen Maßnahmen* unmittelbar Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Sinne des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG betreffen⁹⁷. Dagegen ist auch bei „politischen“ Motivationen zu differenzieren, wenn die Arbeitsniederlegung auf ein bestimmtes *Arbeitgeberverhalten* abstellt. Das zeigt die englische Entscheidung *BBC v. Hearn*, in der es letztlich darum ging, dass Arbeitnehmer einer Rundfunk- und Fernsehanstalt die Mitarbeit bei der Übertragung von Rugby-Spielen aus dem damaligen Apartheid-Südafrika verweigerten⁹⁸: *Gamillscheg* weist darauf hin, dass eine entsprechende Einschränkung der Arbeitspflicht zu einer streikweise durchsetzbaren Tarifforderung erhoben werden könne, wobei nicht zu bestreiten sei, dass es sich um „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ handeln könne⁹⁹.

Auffällig ist, dass sich Gerichte aller Weltgegenden mit dem Rechtmäßigkeitsurteil über politisch motivierte Arbeitsniederlegungen weniger

93 *Otto* (Fn. 6), § 1 Rn. 10.

94 Cour de Cassation, Chambre sociale (Cass. soc.) 16.10. 1985, *Droit Social* 1986, 614; Cass. soc. 16.5. 1989, *Droit Ouvrier* 1990, 305.

95 *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 988.

96 Rechtsvergleichend *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1097 ff.; grundlegend *Reuss*, Der „politische“ Arbeitskampf, *AuR* 1966, 264; *Krichel*, Zur Rechtslage bei politischen Streiks, *NZA* 1987, 297. Zur Rechtslage in Österreich siehe *Grillberger*, Anmerkungen zum politischen Streik, *Festschrift Bauer/Maier/Petrag*, 2004, S. 17.

97 *Otto* (Fn. 6), § 5 Rn. 43; *Krichel*, *NZA* 1987, 297, 298; *von Maydell*, Arbeitskampf oder politischer Streik?, *JZ* 1980, 431, 434.

98 *BBC v. Hearn* [1977] *Industrial Cases Report* 685 (Court of Appeal). Die Forderung der BBC-Mitarbeiter lautete: „We wish it established as a condition of employment that we shall not be required to take part in broadcasts to South Africa so long as the South African Government pursues its policy of apartheid.“ (Idem 693)

99 *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1098, 1104.

schwer tun, wenn es sich um politisch „korrekte“ Forderungen handelt, die den Zeitgeist für sich in Anspruch nehmen können. So bejahte etwa der U.S. Supreme Court einen (privilegierten) *labor dispute*, als eine überregionale Hafentarbeitergewerkschaft, die International Longshoremen's Association (ILA), ihre Mitglieder nach dem sowjetischen Einmarsch in Afghanistan im Januar 1980 aufrief, keine Güter aus oder nach der damaligen Sowjetunion in amerikanischen Häfen zu be- oder entladen¹⁰⁰. Die betroffenen Handelsgüter waren nicht von dem Anfang 1980 ausgerufenen Außenhandelsembargo der USA gegen die Sowjetunion umfasst, aber die „private“ Aktion der Gewerkschaft war politisch gewiss nicht weniger willkommen¹⁰¹. Auf der gleichen „Wellenlänge“ liegt die Entscheidung eines *schwedischen Arbeitsgerichts*, das einen von der International Transport Workers' Association (ITF) angestrebten Boykott eines chilenischen Schiffes in einem schwedischen Hafen als Protest gegen den Sturz der Regierung *Allende* in den 1970er Jahren für rechtmäßig erachtete¹⁰².

2. Grenzen von Unterstützungskämpfen

Eine Randzone des notwendigen Tarifbezugs sind Unterstützungsarbeitskämpfe, die in Deutschland als Sympathiestreiks praktisch werden. Die Terminologie ist übrigens im deutschen Sprachraum nicht einheitlich: Während in Deutschland Sympathie- und Solidaritätsstreiks dasselbe Phänomen beschreiben, bezeichnen die *Schweizer* mit *Sympathiestreik* einen (unzulässigen) Arbeitskampf für Forderungen betriebsfremder Arbeitnehmer, auf deren Erfüllung der Arbeitgeber keinen Einfluss hat, während der *Solidaritätsstreik* eine (zulässige) Arbeitsniederlegung von Arbeitnehmern desselben Arbeitgebers ist, deren Arbeitsverhältnisse von den konkreten Tarifforderungen nicht berührt werden¹⁰³. Die europarechtliche Dimension der Problematik¹⁰⁴ ist ebenso bekannt wie die neuere Rechtsprechung des BAG, wonach auch der Sympathiestreik dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterfällt und seine Rechtmäßigkeit von der Angemessenheit im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips abhängt¹⁰⁵.

100 Longshoremen v. Allied International, Inc., 456 U.S. 212 (1982); Jacksonville Bulk Terminal, Inc. v. International Longshoremen's Association, 457 U.S. 702 (1982).

101 Eingehend *Reimann*, Der Rechtsschutz gegen politische Streiks in den USA, RdA 1985, 34.

102 Berichtet von *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1103.

103 *Geiser/Müller* (Fn. 22), Rn. 902 f.; *Rehbinder* (Fn. 22), Rn. 587.

104 Siehe nur *Kovács*, The Right to Strike in the European Social Charta, Comparative Labor Law and Policy Journal 26 (2005) 445.

105 BAG v. 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anmerkung *Wank* = NZA 2007, 1055 = JZ 2008, 97 mit Anmerkung *Junker*.

Vor 25 Jahren war ein Fall zu entscheiden, in welchem die Erzieher eines psychiatrischen Landeskrankenhauses in den Streik getreten waren, um einer Forderung der IG Metall Nachdruck zu verleihen. *Rüthers* zog aus dieser Konstellation weitreichende Schlussfolgerungen: „Der Fall zeigt, in welcher sinnwidrige, ja aberwitzige Dimensionen die Zulassung von sogenannten Solidaritätsstreiks führen kann. ... Es ist eine List der Realität, dass der Fall Erzieher in einem psychiatrischen Landeskrankenhaus betrifft. Die verbreitete Bewusstseinsverwirrung über die Grundsätze der Arbeitskampffreiheit wird hier beispielhaft deutlich.“¹⁰⁶

Im Ausland ist die Rechtslage in Bezug auf den Sympathiestreik, wie *Robert Rebhahn* feststellt, „vielgestaltig und unübersichtlich“¹⁰⁷. 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 ist¹⁰⁸. In Tschechien kommt es darauf an, ob der bestreikte Arbeitgeber fähig ist, das Tarifergebnis zu beeinflussen¹⁰⁹. In Italien¹¹⁰ und Griechenland¹¹¹ sind Solidaritätsstreiks zulässig, während sie in Schweden und Finnland sogar – durch eine Ausnahme von der Friedenspflicht – privilegiert sind¹¹².

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. Ein bekanntes

106 *Rüthers/Berghaus*, Anmerkung zu BAG 12.1. 1988 – 1 AZR 219/86, AP Nr. 90 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Blatt 4 R).

107 *Rebhahn*, NZA 2001, 763, 769.

108 *Arbejdsrettens dom v. 24.5. 2006 (Zebra A/S v. Landsorganisationen i Danmark)*, referiert von *Inghammar*, Bridging the Troubled Waters – A Recent Update in Swedish and Danish Labour and Social Security Law, EuZA 2 (2009), 421, 428. Siehe auch *Birke*, Wilde Streiks im Wirtschaftswunder – Arbeitskämpfe, Gewerkschaften und soziale Bewegungen in der Bundesrepublik und Dänemark, 2007.

109 *Kühl*, Arbeitskampfrecht in Tschechien, ZESAR 2006, 113, 117; siehe auch *Löblich*, Transformation des kollektiven Arbeitsrechts in der Tschechischen Republik, 2004, S. 265 f.

110 *Jacobs*, in: *Blanpain* (Hrsg.), Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, 8. Aufl. 2004, S. 549, 561.

111 *Koukiadis*, General Characteristics of the Greek Labor Law, 30 Comparative Labour Law and Policy Journal 145, 158 (2009).

112 *Rebhahn*, NZA 2001, 763, 769. Umfassend *Jeschke*, Der europäische Streik – Konturen und Entwicklungsperspektiven eines gemeineuropäischen Streikrechts, 2006, S. 90 ff.

Beispiel aus der englischen Rechtsprechung ist der Fall *Torquay Hotels v. Cousins*, in welchem die Arbeiter der örtlichen Heizöllieferanten mitten im Winter die Lieferungen einstellten, um den Streik des Hotelpersonals gegen den Inhaber zu unterstützen und Streikbrecher sowie Gäste aus dem Hotel zu treiben; die Bezeichnung der Bannware als „hot cargo“ hatte in diesem Fall durchaus einen Doppelsinn¹¹³. 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 verboten¹¹⁴.

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“¹¹⁵ (BVerfG) überschreitet¹¹⁶ (Übermaßverbot). Während das Übermaßverbot in Deutschland als „letztes Auffangnetz“¹¹⁷ nur für Extremfälle wie einen gezielten Vernichtungskampf¹¹⁸ 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 besetzen¹¹⁹. Auch in Spanien hat der Verfassungsgerichtshof wiederholt

113 *Torquay Hotels v. Cousins*, [1969] 2 Ch. 106. Zur deliktischen Haftung für Streikmaßnahmen nach englischem Recht siehe *Krause*, Festschrift Deutsch, 2009, S. 795.

114 Section 224 TULR(C)A: „An act is not protected if ... there has been secondary action which is not lawful picketing.“ Siehe dazu *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1137, der darauf hinweist, dass dieses Verhalten der früher in Deutschland verbreiteten „Materialiensperre“ entspricht (idem 947).

115 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvR 1421/86, BVerfGE 92, 365, 382.

116 *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1163 f.

117 *Seiter*, Arbeitskampfparität und Übermaßverbot, 1979, S. 93.

118 BAG GS 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 16), BAGE 23, 292, 307, 501; *Otto*, Die Kündigung eines Tarifvertrages aus wirtschaftlichen Gründen, Festschrift Kissel, 1994, S. 787, 802.

119 Cour de Cassation, Assemblée plénière, 4.7. 1986, Droit Social 1986, 751, 752 (Syndicat National des Pilotes de Lignes [SNPL]/Compagnie Nationale Air

Streiks für rechtsmissbräuchlich erklärt, in denen der Schaden – gemessen an dem erstrebten Ziel – als unverhältnismäßig hoch angesehen wurde¹²⁰.

V. Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag versucht, auf dem gegebenen knappen Raum die Frage zu beantworten, wie die europäischen Staaten das Phänomen des Arbeitskampfs rechtlich bewältigen. Hauptziel der Untersuchung ist, Anschauungsmaterial – wenn auch nur punktuell – zum besseren Verständnis des deutschen Rechts im internationalen Kontext zu liefern, Fälle und Probleme aufzuzeigen, die in Deutschland so noch nicht aufgetreten sind, und bei den bekannten Problemen einen Einblick in den international vorhandenen Vorrat an Lösungen zu geben (oben I).

Bei dem ersten Teil-Thema der Untersuchung, der Frage nach der Herleitung des Streikrechts, steht zum einen die verfassungsrechtliche Absicherung des Streikrechts auf dem Kontinent und die Begründung der Streikfreiheit im Vereinigten Königreich, zum anderen aber auch das Verhältnis von Gesetzgebung und Richterrecht im Blickpunkt. Hier ergibt sich der auf den ersten Blick paradoxe Befund, dass im *common law*-System Großbritanniens das Parlament das Arbeitskampfrecht prägt, während in der – meist als Kodifikationssystem betrachteten – deutschen Rechtsordnung der Richter dieses Rechtsgebiet gestaltet. Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Absicherung des Streikrechts wird überlagert von dem Problem, inwieweit europäische Menschenrechts-Verbürgungen eine Rolle spielen (oben II).

Der Abschnitt über die Mittel des Arbeitskampfs gliedert die tertiären Kampfmittel in Anreizsysteme, die den Arbeitnehmer vom Streik fernhalten sollen, die kollektive Ausübung von Individualrechten und intensivere, mehr oder weniger mit Gewalt verbundene Kampfmittel wie Blockaden und Betriebsbesetzungen. Bei der Frage nach der erlaubten Intensität von Streiks zeigt sich, dass im Vereinigten Königreich der Schlüsselbegriff des (*peaceful*) *picketing* Probleme erfasst, die weit über das auf dem Kontinent bekannte „Streikpostenstehen“ hinausgehen. Besonderheiten zeigt der grenzüberschreitende Boykott als das bevorzugte Arbeitskampfmittel in der internationalen Seeschifffahrt (oben III).

Die Betrachtung der (erlaubten) Ziele des Arbeitskampfs, die den dritten Abschnitt der Abhandlung bildet, beginnt bei der engsten Zielsetzung (dem Tarifbezug des Arbeitskampfs) und greift über die weitere Ziel-

France). Siehe zur möglichen Missbräuchlichkeit eines Streiks von Schlüsselkräften („grève bouchon“) *Gamillscheg* (Fn. 1), S. 1009, 1069.

120 *Alonso Olea/Casas Baamonde*, *Derecho del trabajo*, 24. Aufl. 2006, S. 1169.

setzung „Verbesserung der Arbeitsbedingungen“ hinaus auf allgemeinpolitische Ziele. Der auf dem Kontinent diskutierte Unterstützungskampf findet im Vereinigten Königreich eine Parallele in *secondary actions* (insbesondere in der Form der Materialsperre), deren Zulässigkeit heute freilich fast bis auf Null reduziert ist. Eine Grauzone bildet nach wie vor der Fragenkomplex, ob es in Bezug auf die Zweck-Mittel-Relation ein Übermaßverbot des Arbeitskampfs gibt (oben IV).

Diskussion

Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München:

Vielen Dank für diesen sehr anschaulichen und auch unterhaltsamen Vortrag. Der Referent hat selbst schon Fragen gestellt, die der Beantwortung harren. Aber es sind natürlich auch andere Fragen zugelassen. Ich bitte um Beiträge.

Professor Dr. Horst Konzen, Johannes Gutenberg Universität Mainz:

Ich habe mich schon deshalb zu Wort gemeldet, weil ich vermeiden möchte, einvernommen zu werden, zu dem Schweizer Fall. Sie haben, Herr *Rieble*, vorhin übersehen, dass Punkte auch Unterpunkte haben können. Mein Anknüpfungspunkt ist die Eingangsbemerkung: Die nationale Rechtsordnung ist maßgeblich. Dazu drei Unterfragen, als dritte Frage mehr eine Erwägung. Die erste Unterfrage ist: Sehen Sie in Art. 28 Grundrechtecharta eine Bestätigung dieser These oder nicht? Es hängt ein bisschen davon ab, was man von den abschwächenden Formulierungen in dem Text dieser Vorschrift hält. Die zweite Bemerkung: Wie würde Ihre These sich namentlich auch unter dem Aspekt Rom II-Verordnung darstellen, wenn man, wie Sie dies andeuten und wie dies auch plausibel ist, unter dem Aspekt des Art. 11 Menschenrechtskonvention zu einer europäischen Vereinheitlichung kommt? Und das Dritte: Ist die Lösung eigentlich – das ist die Erwägung – befriedigend mit dem nationalen Recht? In den Hauptfällen, mit denen wir es zu tun haben – Sie haben Laval erwähnt, Viking Line könnten wir auch nehmen – es geht immer um die Frage der Reichweite der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit im Verhältnis zur Arbeitskampfmaßnahme. Wenn ich an Laval denke, dort wird doppelt angesetzt und dann wird gesagt, jetzt prüfen wir das europäische Recht und dann klammern wir das europäische Recht weg und fragen nach der nationalen Rechtsordnung des schwedischen Rechts: Geht das so? Die Konsequenz daraus ist, dass die einheitliche europäische Dienstleistungsfreiheit – überhaupt die Grundfreiheiten – in den einzelnen Nationalstaaten unterschiedlich behandelt werden. Die Reichweite ist dann unterschiedlich. Ist dies ein Zustand, der unter dem Aspekt „europäisches Recht“, einheitliches europäisches Recht, eigentlich hinnehmbar ist? Ich will meine Zweifel nur in einem minimalen Punkt noch erhärten. Muss man nicht an einem einheitlichen europäischen Arbeitskampfrecht anknüpfen? Bei dieser einheitlichen Anknüpfung ist bislang von Dienstleistungsfreiheit, soweit ich das beurteilen kann, nicht die

Rede. Näher läge mir die Frage, ob nicht die Einheitlichkeit des europäischen Rechts gerade unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit verlangt, dass wir hier zu einer Vereinheitlichung kämen. Das hätte pikante Folgen. Wir müssten nämlich dann überlegen, was ist nach dem europäischen Recht im Arbeitskampf etwa eine gemeinschaftliche „Verfassungsüberlieferung“? Dann kann das nationale Recht darüber hinaus, soweit wir es mit europarechtlichen Grundtatbeständen zu tun haben, nicht weiterreichen. Das ist meine Frage.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank. Ich möchte direkt etwas dazu sagen, weil diese drei Punkte es doch in sich haben. Zu Art. 28 Grundrechtecharta: Ich habe jetzt die Urteile Viking Line und Laval nicht vor mir, aber ich meine, der EuGH ist auf Art. 28 Grundrechtecharta eingegangen und hat in Kenntnis dieser Bestimmung gesagt: Was eine kollektive Maßnahme ist, überantworten wir den Mitgliedstaaten, weil wir zum derzeitigen Stand der Integration keine einheitlichen Regeln ableiten können, sondern nur ein Grundgerüst für das Verhältnis Grundfreiheiten und kollektive Maßnahmen finden.

Zur Rom II-Verordnung und der durch Art. 11 EMRK angestoßenen Rechtsvereinheitlichung: Das sind wohl zwei kommunizierende Röhren. Man muss wieder auf den Medienbereich schauen: Die Rom II-Verordnung regelt die Anknüpfung sämtlicher Delikte, die Sie sich vorstellen können, mit Ausnahme von Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien, weil man sich darüber nicht einigen konnte, denn es gibt praktisch keinen Kompromiss zwischen den Verlegerinteressen und den Interessen derjenigen, deren Persönlichkeitsrechte geschädigt sind. Das ist aber vielleicht gar nicht so schlimm, weil der EGMR in geeigneten Fällen die Details so festklopfen wird, dass wir ein harmonisiertes Einheitsrecht über die Standards haben werden „Was darf die Presse, und was darf sie nicht“. Und so kann man die Dinge auch im Arbeitskampfrecht sehen.

Damit bin ich bei Ihrem dritten Aspekt: Mir wäre im Moment ein Flickenteppich aus nationalen Regeln mit der klaren Kollisionsregel „Maßgebend ist der Ort des Arbeitskampfes“ viel lieber als ein von Sozialgestaltern vereinheitlichtes Arbeitskampfrecht. Überlegen Sie einmal, Herr *Konzen*, auf welcher schmaler Grundlage diese Leute aus Art. 11 EMRK ein Streikrecht abgeleitet haben. Eine glänzende österreichische Dissertation aus 2008 hat noch gesagt, ebenso wie es abwegig sei, aus der Versammlungsfreiheit nach Art. 12 [österreichisches] Staatsgrundgesetz ein Streikrecht abzuleiten, sei es abwegig, aus Art. 11 EMRK so etwas abzuleiten. Wenn europäische Richter schon so weit gehen, aus Art. 11 EMRK ein Streik-

recht herzuleiten, ist es sehr die Frage, ob bei europäischer Rechtsvereinheitlichung, inspiriert durch denselben Geist, ein ausgewogenes Arbeitskampfrecht herauskommt.

Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Wenn man mit dem EGMR die EMRK so ausdehnt, ließen sich ihr auch Rechte der Arbeitgeberseite auf Kampfmittel, etwa auf Zahlung von Streikbruchprämien, ableiten mit der Folge, dass die französische Rechtspraxis dann womöglich gegen die EMRK verstößt, weil dort dieses Kampfrecht eingeschränkt ist?

Abbo Junker:

Ableiten lässt sich das wahrscheinlich – besser als die Herleitung des subjektiven Streikrechts – aus Stellungnahmen, die zu einem ganz anderen Instrument abgegeben worden sind, nämlich zur Europäischen Sozialcharta. Aber letztlich muss man sehen, dass doch weithin die Dinge nicht so auf den Punkt gebracht werden wie in dieser Veranstaltung, sondern für die Idee Sympathie herrscht, dass das Koalitionsgrundrecht in erster Linie ein Arbeitnehmergrundrecht ist, dass in erster Linie der Streik gewährleistet wird und Arbeitgeberkampfmittel eigentlich gar nicht – und wenn, dann nur in sehr engen Grenzen.

Martin Franzen:

Vielen Dank für den Vortrag und die Diskussion. Damit sind wir am Ende dieser Tagung. Ich hoffe, Sie haben Erkenntnisse gewonnen, und danke insbesondere den Referenten. Ich danke den Diskussionsteilnehmern und möchte auf die nächste Tagung des ZAAR in Hamburg am 10. September 2010 hinweisen.

Diskussionsteilnehmer

- Fischer, Ulrich – Seite 55, 117
- Franzen, Martin – Seite 117, 149, 153, 179, 181
- Giesen, Richard – Seite 118, 119, 121, 123, 125, 128
- Heider, Benjamin – Seite 85
- Jöris, Heribert – Seite 87, 125, 152, 153
- Junker, Abbo – Seite 180, 181
- Kersten, Jens – Seite 86, 89, 90, 92, 94
- Klumpp, Steffen – Seite 149, 150, 151, 152
- Konzen, Horst – Seite 53, 91, 179
- Krause, Rüdiger – Seite 56, 120
- Mayer, Peter – Seite 57
- Otto, Hansjörg – Seite 55, 56, 57, 58, 89, 93, 124
- Richardi, Reinhard – Seite 127
- Rieble, Volker – Seite 53, 58, 59, 85, 90, 93, 94, 150, 181
- Schmitt-Rolfes, Günter – Seite 118
- Spitzweg, Hans-Jürgen – Seite 149
- Wankel, Sibylle – Seite 121

Sachregister

- Abwehrmöglichkeiten 46, 65, 83**
- Ankündigung der Kampfmaßnahme 42, 46
- Arbeitskampfmittel
- Einschätzungsprärogative 24, 31, 72, 99, 165
 - Flash mob 73
 - neue 100
 - Rechtmäßigkeit 71
 - tertiäre 166
 - Wahl 25, 100, 166
- Arbeitskampfordnung 25, 35
- Arbeitskampfrisiko 106, 109, 115
- Arbeitskampfziele 98, 104, 115, 172
- Arbeitsniederlegung 48, 160, 167
- Aussperrung
- Abwehraussperrung 19, 34, 48, 166
 - Angriffsaussperrung 34
 - lösende 35, 159
 - selektive 19, 34
 - Warnaussperrung 20, 34
- Beteiligte**
- Auswahl 137, 142
 - Dritte 46, 131, 136, 143
 - Instruktion 137, 142
- Betriebsbesetzung 26, 41, 45, 102, 167
- Betriebsblockade 26, 41, 45, 102, 167
- Betriebsstilllegung 20, 47, 83
- Betriebsschließung 47, 84
- Blitzaustritt 37
- Blitzwechsel 91
- Boykottmaßnahmen 63, 170
- Compliance 138, 149, 151**
- Drittbeeinträchtigung 110, 131**
- Eigentums- und Besitzstörung 42**
- Ersatzgesetzgeber BAG 24, 27
- Erzwingungsstreik 20, 33, 54
- Eskalationsgefahr 83
- Exzess
- Duldung 146
 - Haftung 134, 135
 - Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfs 139, 170
 - Risiko 132, 141
- Flash Mob 39, 73, 77, 97, 114**
- Hausfriedensbruch 41, 43, 47, 103, 143**
- Hausverbot 46, 83
- Kampfmittelfreiheit 49, 62, 133**

- Kampfparität 26, 69, 107, 111, 115
 Koalitionsfreiheit 26, 64, 156
Leiharbeitnehmer 56, 79
Maßregelungsabrede 147
Neutralität des Staates 29
Partizipation 107, 111, 115, 121
 Peaceful Picketing 169, 177
 Politikaktivisten 144
 Politischer Arbeitskampf 104
Raids 73
 Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 51, 145
 Rechtmäßigkeit der Arbeitskampfmaßnahme 114, 139, 169
 Rechtsprechungsentwicklung 18, 63
 Rom II-Verordnung 156
Schädigung 41, 42, 44
 Schutzbereich Art. 9 Abs. 3 GG 25, 51, 68, 101, 159
 Schwarmbildung 73
 Secondary Boycott 175
 Selbstschädigung 51, 83, 105, 134
 Smart Mobs 73
 Solidaritätsstreik 174
 Sozialadäquanz 159
 Sozialleistungen 111
 Streikfreiheit 161, 177
 Streikintensität 169
 Streikrecht 25, 32, 93, 157, 161, 177
 Streikziel 104, 176
 Swarming 73
 Sympathiestreik 174
 Sympathisanten 144
Tarifautonomie 22, 25, 65, 144
 Tarifbezug 172
 Tarifizensur 29, 165
Übermaßverbot 176
 Ultima Ratio-Prinzip 18, 20, 31, 164
 Unmöglichkeit der Arbeitsleistung 110, 120, 123
 Unterstützungsstreik 23, 35, 64, 98, 104, 111, 172
 Urteile
 - Ultima Ratio-Prinzip 18, 19
 - Unterstützungsstreik 17
 - Flash Mob 17, 22, 62, 97
Veranstalterpflichten 137, 142, 145
 Veranstalterverantwortung 135, 140
 Verhältnismäßigkeit 23, 30, 98, 134, 164
Warnstreik 19, 38, 45, 122

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

Band 1

Zukunft der Unternehmensmitbestimmung

1. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)

Band 2

Zukunft des Arbeitskampfes

1. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)

Band 3

Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit

2. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)

Band 4

Robert Lubitz

Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung

ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)

Band 5

Transparenz und Reform im Arbeitsrecht

2. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)

Band 6

Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?

3. ZAAR-Kongress

ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)

Band 7
Till Brocker
Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

Band 8
Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9)

Band 9
Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8)

Band 10
Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2

Band 11
Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9

Band 12
Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6

Band 13
Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0

Band 14
Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7

Band 15
Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4

Band 16

Kartellrecht und Arbeitsmarkt

6. Ludwigsburger Rechtsgespräch

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7

Band 17

Bernd Wiebauer

Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der

Mitbestimmung

ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4