

## » Die Betriebsbesetzung 1975 in Erwitte und die juristischen Folgen « »Wir bleiben, sonst ist alles aus«

Theresa Tschenker, Frankfurt/Oder<sup>1</sup>

Der Streik<sup>2</sup> der Arbeiter\_innen im Jahr 1975 im Zementwerk *Seibel & Söhne* in *Erwitte*, einer Stadt in *Westfalen*, wird als einer der »sonderlichsten deutschen Arbeitskämpfe der Nachkriegszeit«<sup>3</sup> bezeichnet. Mit einer Dauer von fast 2 Monaten ist die Besetzung eine der längsten der bundesdeutschen Geschichte. Das *BAG* urteilte 1978 dazu: »Mit unserer Rechtsordnung ist [...] eine Fabrikbesetzung unvereinbar, die dem AG die Verfügungsmöglichkeiten über den Betrieb als sachliche Einrichtung entzieht.«<sup>4</sup> Bis heute wird dieser Nebensatz als Präzedenz in juristischen Kommentaren und Urt. für die Rechtswidrigkeit von Betriebsbesetzungen und -blockaden angeführt. Ein guter Grund sich mit dem Fall in *Erwitte* und den dazugehörigen Urt. zu befassen.

### I. Massenentlassungen im Zementwerk

In den 70er Jahren nahm die hohe Bautätigkeit nach dem 2. Weltkrieg in Deutschland allmählich ab. Insbes. die Zementindustrie bekam dies zu spüren. In dem Zementwerk *Seibel & Söhne* in *Erwitte*<sup>5</sup> arbeiteten Anfang 1975 noch 151 Arbeiter\_innen und Angestellte, von denen 7 den BR bildeten.<sup>6</sup> Zunächst wurde zwischen GF und BR noch über die Einführung von Kurzarbeit gesprochen. Völlig überraschend gab der GF *Franz-Clemens Seibel* am 14.2.1975 bekannt, dass 50 Beschäftigte entlassen werden müssten. Zur weiteren Verwirrung des BR und der gesamten Belegschaft führten 2 widersprüchliche Handlungen von *Seibel*: Er nahm einen zuvor stillgelegten Brennofen wieder in Betrieb und teilte gleichzeitig am 19.2.1975 mit, dass sich die wirtschaftliche Lage weiter verschlechtert hätte und nochmals 50 Beschäftigte entlassen werden müssten.<sup>7</sup> Der BR widersprach sämtlichen Kündigungen, unter anderem mit der Begründung, es sei nicht klar, wie mit den verbleibenden 32 Arbeiter\_innen und 23 Angestellten der normale Schichtbetrieb aufrecht erhalten werden sollte. Trotz des Widerspruchs erhielten 86 Arbeiter\_innen am 28.2.1975 ihre fristgerechte Kündigung; einzig die Kündigungen der Betriebsratsmitglieder und Schwerbehinderten blieben aus. Die Vorgehensweise der GF, insbes. von *Seibel* selbst, war geprägt von Verwirrung, Drohgebärdens und dem Außerachtlassen der Beteiligungsrechte des BR.<sup>8</sup> Aus Protest gegen die undurchsichtige Vorgehensweise der Geschäftsleitung legten die Früh- und die Tagschicht am 7.3.1975, die Arbeit für 2 Std. nieder. 2 Tage später organisierte die IG Chemie-Papier-Keramik eine Solidaritätskundgebung, an der etwa 2.000 Menschen teilnahmen.

### II. Der Arbeitskampf

Am 10.3. 1975 schließlich stellte die Frühschicht die Produktion ein. Hierzu fuhren sie die Aggregate leer und trafen Sicherheitsvorkehrungen um Schäden an den Brennofen zu vermeiden, stellten Lastwagen an beiden Einfahrten des Werks quer und errichteten einen Stacheldrahtverhau.<sup>9</sup> Schilder mit der Aufschrift »Wir halten den Betrieb besetzt« und »Dieser Betrieb wird bestreikt« säumten die Einfahrt zum Werksgelände. Der BR verteidigte den Arbeitskampf wie folgt: »Durch eine willkürliche und völlig ungerechtfertigte Massenentlassung wurden die AN in einen wirtschaftlichen und sozialen Notstand gestürzt. Die AN haben deshalb von ihrem Widerstandsrecht Gebrauch

gemacht. Das den AN zur Last gelegte Verhalten ist durch Notwehr gedeckt und deshalb in keiner Weise gesetzwidrig.«<sup>10</sup>

*Seibel* versuchte daraufhin, das Werk mit Hilfe der Polizei räumen zu lassen. Der Polizeikommissar verweigerte jedoch die Räumung, mit der Begründung, die Besetzung stelle eine friedliche Interessenwahrnehmung dar.<sup>11</sup> *Seibel* stoppte die Auszahlung der Februarlöhne und kündigte bis Ende März 1975 ausnahmslos allen AN mit der Begründung, sie hätten an einem wilden Streik teilgenommen. Anhand dieser Kündigungen entbrannte der 6 Jahre andauernde Rechtsstreit.

### III. Das Urteil des BAG

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Das *BAG* erklärte alle Kündigungen für unwirksam. Es stellte zunächst fest, dass der Arbeitskampf rechtswidrig war, weil er »nicht von der Gewerkschaft geführt wurde, aber auch weil ein Ziel verfolgt wurde, das nur im Rechtswege durchgesetzt werden kann und muß.«<sup>12</sup> Die Bewertung des Arbeitskampfes als eine rechtswidrige Betriebsbesetzung war somit nicht ausschlaggebend bei der Entscheidungsfindung. Die Kündigungen seien trotz Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes unwirksam, denn in der Interessenabwägung sei insbes. zu berücksichtigen, dass die Teilnehmer\_innen der Arbeitskampfmaßnahmen jedenfalls dem unverschuldeten Rechtsirrtum unterlagen, der Arbeitskampf sei rechtmäßig gewesen. Zudem müssten das Verhalten des AG, welches zur Arbeitsniederlegung beigetragen habe, die gesamtgesellschaftli-

<sup>1</sup> Theresa Tschenker ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Bürgerliches Recht, Europäisches und Deutsches Arbeitsrecht, Zivilverfahrensrecht von Prof. Dr. Eva Kocher der Europa-Universität Viadrina.

<sup>2</sup> Für die Anregung, diesen Beitrag zu verfassen und wertvolle Hinweise und Anmerkungen danke ich Eva Kocher und Hermann Unterhinninghofen. Für Recherchen im Vorhinein danke ich Matthias Drechsler.

<sup>3</sup> Der *Spiegel* Nr. 11/1976 vom 8.3.1976, S. 52, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-41251911.html>, (Stand aller Links: 2.7.2018).

<sup>4</sup> BAG 14. 2. 1978, 1 AZR 103/76, NJW 1979, 239, 240.

<sup>5</sup> Die Informationen zum Ablauf des Streiks finden sich u.a. bei Heilmann/Wahsner, Demokratie und Recht (DuR) 1976, 374–416, 374 ff.; Treber, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, 1996, S. 67 und 134 ff. und in den Entscheidungen der ArbG.

<sup>6</sup> BAG 14. 7. 1981, 1 AZR 278/79.

<sup>7</sup> Die Umsetzungsfrist der Massenentlassungs-RL 75/129/EWG lief erst am 19.2.1977 ab, so dass deren Regelungen keine Anwendung fanden.

<sup>8</sup> Das LAG Hamm 16. 6. 1981, 6 Sa 436/78, DB 1981, 1571, 1573 formulierte dies so: »Die Kl. hat sich [...] in mehrfacher Weise sozial inadäquat verhalten. Durch eine Kette von Rechtsbrüchen hat sie Belegschaft und Betriebsrat provoziert. Die von einem AG in einem sozialen Rechtsstaat zu wahren Regeln menschlichen Anstands hat sie nicht respektiert. [...]«.

<sup>9</sup> Duhm/Maus »Wir halten den Betrieb besetzt«, in: Braeg (Hrsg.), Erwitte »Wir halten den Betrieb besetzt«, Texte und Dokumente zur Betriebsbesetzung der Zementfabrik Seibel & Söhne in Erwitte im Jahre 1975, Berlin 2015, S. 35–50, S. 35.

<sup>10</sup> Hülsberg, Seibel & Söhne / Erwitte: Betriebsbesetzung gegen Massenentlassung, 1975, S. 26.

<sup>11</sup> Hülsberg (o. Fn. 10), S. 21; Braeg, in: Braeg (Hrsg.), Erwitte »Wir halten den Betrieb besetzt«, Texte und Dokumente zur Betriebsbesetzung der Zementfabrik Seibel & Söhne in Erwitte im Jahre 1975, Berlin 2015, S. 26.

<sup>12</sup> BAG 14.2.1978, 1 AZR 76/76, NJW 1979, 236, 237.

che Solidarität und die Teilnahmeintensität der AN in die Interessenabwägung einbezogen werden.

Aus Sicht der gekündigten AN ein begrüßenswertes Urt. Für die kollektivrechtlichen Spielräume der AN-Seite hatte es jedoch fatale Konsequenzen. Neben den Ausführungen zum Verbot des sogenannten wilden Streiks stellte das *BAG* fest, dass eine Betriebsbesetzung vorlag und eine solche mit der Rechtsordnung unvereinbar sei.<sup>13</sup>

## IV. Die Urteile des LAG

Auch die unteren Gerichte ordneten den Arbeitskampf als Besetzung ein und äußerten sich zu deren Rechtmäßigkeit. Das LAG *Hamm* stellte fest: »Die Werksbesetzung gehört nicht zum legalen Instrumentarium arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen.«<sup>14</sup> Zur Begründung führte es lediglich ein rechtsvergleichendes Scheinargument an: Diese Kampfform sei in *Frankreich* zwar weit verbreitet; dort würden aber andere Rechtsverhältnisse herrschen. Die Definition einer Besetzung, die Bewertung, ob tatsächlich eine solche vorlag und die Begründung deren Rechtswidrigkeit unterblieben vollständig.<sup>15</sup> Nur eines der Urt. begründet die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes mit der Verletzung der Eigentumsfreiheit des Unternehmers durch die Werksbesetzung: »Die Rechtswidrigkeit des hier beurteilten Vorgehens der Kl. wird noch dadurch – und zwar erheblich – verstärkt, daß die Kl. nicht nur unrechtmäßig die Arbeit niedergelegt, sondern zugleich auch das Zementwerk besetzten. In einer das Eigentumsrecht des Bekl. beeinträchtigenden Art und Weise haben sie – beginnend mit dem 10.3.1975 – der Bekl. die Verfügungsmöglichkeit über den Betrieb und seine Einrichtungen entzogen. [...] Ein solches Vorgehen kann von unserer Rechtsordnung keinesfalls gebilligt werden, da Einschränkungen des grundrechtlich gewährleisteten Eigentums nach eben diesem Grundgesetzartikel 14 nur durch förmliche Gesetze vorgenommen werden können.«<sup>16</sup> Das Gericht bewertet die Werksbesetzung an sich als ein »gegen die Grundlagen unserer Rechtsordnung gerichtetes Vorgehen«<sup>17</sup>.

## V. Lückenhafte Darstellung und kurze Subsumtion

Die unteren Instanzen stellten die eigentlichen Vorkommnisse in *Erwitte* nur lückenhaft dar. Dies erkannte auch das *BAG*.<sup>18</sup> Das LAG bezog sich bei der Bewertung des Tatbestandes oft auf die Wortwahl der Beschäftigten, die in ihren Streikzeitungen und Transparenten tatsächlich von einer Werksbesetzung sprachen. Dies ist für eine rechtliche Subsumtion jedoch nicht ausreichend. Inwiefern das Betriebsgelände noch zu betreten war, der GF noch Einfluss oder überhaupt ein Interesse an der Betriebsfortführung hatte, waren nicht Gegenstand der gerichtlichen Auseinandersetzung. Für eine rechtliche Subsumtion hätten die Gerichte feststellen müssen, was eine Besetzung auszeichnet, ob diese Merkmale erfüllt wurden und ob dies sogleich die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes nach sich zieht.

Sowohl Gesellschaft als auch Politik bekundeten ihre Solidarität mit dem Arbeitskampf in *Erwitte*. Selbst die Gerichte zeigten Verständnis mit dem Handeln der Belegschaft. Nur die rechtliche Bewertung der Betriebsbesetzung zielt in die entgegengesetzte Richtung. Es klapft eine gewaltige Lücke zwischen rechtlich Erlaubtem und gesellschaftlich Gewolltem: »Unter allen nur denkbaren Gesichtspunkten ist das Verhalten der Belegschaft akzeptabel, allein in rechtlicher Hinsicht verboten (...)«<sup>19</sup>.

In Anbetracht der oberflächlichen Darstellung und Bewertung des Tatbestandes durch die unteren Instanzen und der breiten gesellschaftlichen Solidarität verwundert es, dass das *BAG* die Rechtsauffassung des LAG ohne weitere eigene Begründung übernahm. Denn die Urt. der 2. Instanz über die Kündigungsschutzklagen unterschieden im Fall *Erwitte* nicht zwischen Streik und Werksbesetzung. Erst das *BAG* nimmt die Unterscheidung vor und schafft damit die Grundlage für die Wertung, Werksbesetzungen seien per se rechtswidrig.

## VI. Einfluss auf den rechtlichen Diskurs

Mit Verweisen auf das Urteil des *BAG* von 1978 gilt die Unrechtmäßigkeit von Betriebsbesetzung und -blockade heute als sogenannte h.M. in der rechtswissenschaftlichen Lit.<sup>20</sup> Die Rechtswidrigkeit wird dabei von fast allen nur sehr knapp diskutiert. Dabei wird öfter betont, dass die *BAG*-Urt. zu Betriebsblockade und -besetzung auf »eher außergewöhnlich gelagerten«<sup>21</sup> und »irregulären Sachverhalten«<sup>22</sup> beruhten beziehungsweise Entscheidungen maßgebend waren, »bei denen ein Streik außer Kontrolle geraten war«<sup>23</sup>. Mit Blick auf die wirtschaftlichen Umstände der besetzungs- und blockadereichen Zeit, dem großen gesellschaftlichen Rückhalt und der Übernahme von einigen Besetzungen und Blockaden durch die Gewerkschaften, lässt sich jedoch nicht von »irregulären Sachverhalten« sprechen. Das Arbeitskampfmittel ist immer dann eingesetzt worden, wenn die bloße Arbeitsniederlegung ihre Wirkkraft verloren hatte.

<sup>13</sup> *BAG* 14.2.1978, 1 AZR 103/76, AP GG Art. 9 Nr. 59.

<sup>14</sup> *LAG Hamm* 6.11.1975, 8 TaBV 21/75, DB 1976, 343f.

<sup>15</sup> Ähnlich defizitär argumentiert es in einem anderen Urt.: *LAG Hamm* 1.10.1975, 7 Sa 757/75, zitiert nach *Heilmann/Wahsner*, Demokratie und Recht (DuR) 1976, 374–416, S. 392.

<sup>16</sup> *LAG Hamm* 27.10.1975, 5 Sa 718/75, zitiert nach *Heilmann/Wahsner*, Demokratie und Recht (DuR) 1976, 374–416, S. 397.

<sup>17</sup> *LAG Hamm* 27.10.1975, 5 Sa 718/75, zitiert nach *Heilmann/Wahsner*, Demokratie und Recht (DuR) 1976, 374–416, S. 397. Das *LAG Hamm* 6.12.1975, 8 TaBV 7075, zitiert nach *Heilmann/Wahsner*, Demokratie und Recht (DuR) 1976, 374–416, S. 402 bezeichnet die Werksbesetzung auch als grds. von der Rechtsordnung nicht zu billigen.

<sup>18</sup> *BAG* 14.2.1978, 1 AZR 103/76, NJW 1979, 239, 240.

<sup>19</sup> *Heilmann/Wahsner*, Demokratie und Recht (DuR) 1976, 374–416, S. 414.

<sup>20</sup> *Gamillscheg*, Grundlagen, Koalitionsfreiheit, Tarifvertrag, Arbeitskampf und Schlichtung ein Lehrbuch, Bd. 1, 1997, S. 1059 ff.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 61 Rn. 78 ff.; *Hanau*, NK-ArbR, 1. Aufl. (2016), GG Artikel 9, Rn. 196; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 11 Rn. 6 ff.; *Scholz*, HStR VIII, 2010, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl. (2010), § 175, Rn. 121 jedoch mit Verweis auf das Urt. des *BAG* vom 21.6.1988 – 1 AZR 651/86; *Löwisch*, NZA 2010, 209, 210; *Reuter*, Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA) 1990, 535, S. 556; *Wank*, RdA (Recht der Arbeit) 1989, 263, S. 269; *Linsenmaier*, in: *Franzen/Gallner/Kania/Kiel/Koch/Linsenmaier/Müller-Glöge/Niemann/Oetker/Preis/Reinhard/Rolfs/Schlachter/Schmidt/Steinmeyer/Wank/Wißmann*, ErfK, 18. neu bearbeitete Aufl. (2018), GG Art. 9, Rn. 276 geht von der Rechtswidrigkeit der Besetzung und Blockade nach der herrschenden Ansicht in Rspr. und Lit. aus, differenziert jedoch, dass zum Beispiel Demonstrationsbesetzungen, die sogar weniger schädlich als Streiks sein können, der Öffentlichkeitsarbeit dienen und in Situationen eingesetzt werden, in denen klassische Arbeitsniederlegungen nicht den notwendigen Druck auf die AG ausüben können, unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes rechtmäßig sein können.

<sup>21</sup> *Klein/Gagel*, SGB II/SGB III, Stand der Erg.-Lfg. 62: Juni 2016 (2016), Vorb. § 160, Rn. 110.

<sup>22</sup> *Waas*, BeckOK ArbR, 48. Edition (2018), GG Art. 9, Rn. 168.

<sup>23</sup> *Linsenmaier* (o. Fn. 20), Rn. 278.

Die Rspr. geht wie auch die Lit. von der Rechtswidrigkeit von Besetzung und Blockade aus.<sup>24</sup> Auffällig bei allen Urt. ist, dass die Gerichte von der Rechtswidrigkeit der Arbeitskampfmittel ausgehen, ohne diese näher zu begründen. Seit dem Urt. des BAG von 1978 lässt sich eine Kontinuität der mangelnden rechtlichen Auseinandersetzungen mit Besetzungen und Blockaden nachvollziehen.

## VII. Lag überhaupt eine Besetzung vor?

Im Vergleich zum klassischen Streik, der die bloße Arbeitsniederlegung und das Verlassen des Arbeitsplatzes der Arbeiter\_innen beinhaltet, sind Betriebsbesetzung und -blockade durch die aktive Produktions- bzw. Ablaufstörung gekennzeichnet. Bei der Betriebsbesetzung verlassen die Arbeiter\_innen nach ausdrücklicher Aufforderung des AG nicht den Arbeitsplatz, sondern bleiben dort, um den weiteren Arbeitsablauf zu stören.<sup>25</sup> Dies hat in der Regel einen öffentlichkeitswirksamen Demonstrationscharakter.<sup>26</sup> Eine Betriebsbesetzung kann zudem das Ziel haben, die Fortführung des Betriebs unter eigener Verantwortung und Leitung zu gewährleisten und Massenentlassungen sowie den Abtransport von Produktionsmitteln zu verhindern.<sup>27</sup> Eine Betriebsblockade besteht darin, den Zugang für Personen und Waren zu verhindern, um den Betrieb zu stoppen und die Ausfuhr von Produkten zu verhindern.<sup>28</sup> Das BAG definierte die Betriebsbesetzung 1978 als eine, »die dem AG die Verfügungsmöglichkeiten über den Betrieb als sächliche Einrichtung entzieht«.<sup>29</sup>

Selbst wenn man der Definition des BAG folgt und die Ereignisse in *Erwitte* darunter subsumiert, was das Gericht selbst unterlassen hat, ließen sich daraus noch keine Rückschlüsse auf die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes ziehen. Die Rechtmäßigkeit muss sich an weitreichenderen Grundsätzen der Koalitionsfreiheit messen lassen.

## VIII. Parität und Effizienz der Arbeitskampfmittel

Der Arbeitskampf ist rechtmäßig, solange er faire Verhandlungschancen herstellt – die Rspr. prüft also die materielle Parität der Kampfmittel.<sup>30</sup> Auch wenn das BAG u. a. in seinem Urt. zu »Flashmob-Aktionen« feststellte, dass das Paritätsprinzip »wegen seiner Abstraktionshöhe als Maßstab zur Bewertung einzelner Arbeitskampfsituationen regelmäßig nicht ausreichend«<sup>31</sup> sei, wird es dennoch für die Rechtmäßigkeitsprüfung einzelner Arbeitskampfmittel herangezogen.<sup>32</sup> Die Gewährleistung anderer Arbeitskampfmaßnahmen neben der klassischen Arbeitsniederlegung ist die Grundvoraussetzung für die Herstellung von Verhandlungsparität der AN.<sup>33</sup> Dies stellt zudem keine Verletzung des Grundsatzes staatlicher Neutralität dar, denn bei der Gewährleistung von effizienten Arbeitskampfmitteln geht es nicht um die Garantie eines **erfolgreichen** Arbeitskampfes, sondern um die bloße **Möglichkeit**, auf die AG-Seite überhaupt noch Druck ausüben zu können.<sup>34</sup> Daher sind massive und dauerhafte Verschiebungen im Kräftegleichgewicht von dem Paritätsgrundsatz zu erfassen, weil sonst die betroffene Seite ihr Druckpotential im Arbeitskampf verlieren kann.<sup>35</sup> Arbeitskampfmittelfreiheit und Effektivität des Arbeitskampfes sind grundrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG geschützt.<sup>36</sup> Die Parität kann daher nur als Begründung für einen wirksamen Arbeitskampf auf AN-Seite herangezogen werden, diesen aber nicht beschränken.<sup>37</sup> Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Arbeitskampfmittel muss sich im konkreten Fall nach deren Verhältnismäßigkeit beurteilen lassen.<sup>38</sup> Besetzungen und

Blockaden sind demnach dann rechtmäßig, wenn sie aufgrund der besseren Streikabwehrmöglichkeiten auf AG-Seite geeignet und erforderlich sind, um Druck auszuüben, und auch angemessen sind in Hinsicht auf die Beeinträchtigung ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen.<sup>39</sup> Auch die ILO-Gremien erachten Betriebsbesetzungen für zulässig, solange sie friedlich bleiben.<sup>40</sup>

## IX. Bewertung des Arbeitskampfes in Erwitte

Wie ist der Arbeitskampf in *Erwitte* nun rechtlich zu bewerten? Der GF *Seibel* selbst war es, der am Morgen des Arbeitskampfes das Abstellen der letzten noch betriebenen Öfen anordnete.<sup>41</sup> Eine bloße Arbeits-

<sup>24</sup> Das LAG *Schleswig-Holstein* 25.06.1986, 7 (2) Sa 480/85, NZA 1987, 65, 66, erklärt dass das Versperren der An- und Abfahrtswege nicht von dem Gewährleistungsgehalt des Art. 9 Abs. 3 GG abgedeckt sei. Es verweist für die Begründung lediglich auf die Grenzen des rechtmäßigen Streiks, die durch Gewohnheitsrecht festgelegt seien und durch eine Blockade überschritten seien; Das BAG 21.6.1988, 1 AZR 651/86, NJW 1989, 57, 60f. = AiB 2002, 359 (LS 1-2), AiB 2002, 361 (LS 3), AiB 2002, 370 (LS 4-5) spricht sich gegen den grundrechtlichen Schutz einer Betriebsblockade aus, wobei es offen lässt, ob und unter welchen Bedingungen sie ein zulässiges Arbeitskampfmittel sein kann; Das LAG *Düsseldorf*, 24.2.1994, 13 Sa 1214/93 stellt die grundlegende Rechtswidrigkeit von Betriebsbesetzungen fest; Von der generellen Unangemessenheit einer Betriebsblockade geht das LAG *Hamburg* aus, 6.2.2013, 5 SaGa 1/12, juris, Rn. 49. Nur eines der Urt. verweist auf die Rspr. von *Erwitte*: LAG *Berlin* 8.2.2001, 7 TaBV 2225/00.

<sup>25</sup> *Gamilsscheg* (o. Fn. 20), S. 1057ff.; *Unterhinninghofen*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Auflage (2018), § 17 Sonderformen des Streiks, Rn. 191.

<sup>26</sup> *Unterhinninghofen* (o. Fn. 25), Rn. 188.

<sup>27</sup> *Unterhinninghofen* (o. Fn. 25), Rn. 188.

<sup>28</sup> *Linsenmaier* (o. Fn. 20), Rn. 275.

<sup>29</sup> BAG 14.2.1978, 1 AZR 103/76, AP GG Art. 9 Nr. 59.

<sup>30</sup> BVerfG 11.7.2017, 1 BvR 1571/15, AuR 2017, 366–367, Rn. 145; BVerfGE 84, 212, 229; BVerfGE 92, 365, 395; *Linsenmaier* (o. Fn. 20), Rn. 112.

<sup>31</sup> BAG 22.9.2009, AuR 2009, 356, Rn. 40; 19.6.2007 AuR 2007, 365–366, Rn. 21.

<sup>32</sup> BAG 22.9.2009, AuR 2009, 356, Rn. 40; *Linsenmaier* (o. Fußn. 20), Rn. 112f.

<sup>33</sup> *Wroblewski*, in: Däubler, Arbeitskampfrecht. Handbuch für die Rechtspraxis, 4. Auflage (2018), § 17 Sonderformen des Streiks, Rn. 19.

<sup>34</sup> *Liibbe-Wolff*, Der Betrieb (DB) 1988, 1, S. 5.

<sup>35</sup> *Liibbe-Wolff*, Der Betrieb (DB) 1988, 1, S. 4; Zur Diskussion der Rolle der Sozialgeschichte bei der Beurteilung der Frage, ob ein Kräftegleichgewicht vorliegt: BAG 10.6.1980, 1 AZR 822/79 NJW 1980, 1642, 1647f.

<sup>36</sup> Zur Arbeitskampfmittelfreiheit: BAG, NJW 1955, 882, 884f.; BVerfG 6.5.1964 – 1 BvR 79/62, NJW 1964, 1267, 1269; zustimmend *Treber*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17., neu bearbeitete Auflage (2017), § 192 Arbeitskampfmittelfreien der Arbeitnehmer, Rn. 48; *Berg*, in: Berg/Kocher/Schumann, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 5., vollst. überarb. Aufl (2015), Grundlagen, Rn. 41; *Linsenmaier* (o. Fn. 20), Rn. 271; *Rehder/Deinert/Callsen*, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen. Rechtliche Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung, HSI-Schriftenreihe, 1, 2012, S. 67 ff., 87 ff.; *Gamilsscheg* (o. Fn. 20), S. 983ff.; aA *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht. Ein Studienbuch, 6., neu bearb. Aufl. 2008, § 44 Rn. 77 ff.; *Hanau* (o. Fn. 20), Rn. 114; vgl. auch *Kocher*, Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht 2013, 166–178 (Festschrifteintrag); zur Effektivität des Arbeitskampfes: BVerfGE 92, 365, 395; BVerfGE 84, 212, 228f.; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, AuR 2009, 356; *Liibbe-Wolff*, Der Betrieb (DB) 1988, 1, S. 3.

<sup>37</sup> *Kocher*, in: Berg/Kocher/Schumann, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht. Kompaktkommentar, 5., vollst. überarb. Aufl (2015), AKR, Rn. 7.

<sup>38</sup> St. Rspr. seit BAG 21.4.1971, GS 1/68, AiB 2002, 354; bestätigt durch BVerfGE 84, 212; BAG 22.9.2009, 1 AZR 972/08, AuR 2010, 44.

<sup>39</sup> *Berg* (o. Fn. 36), Rn. 226.

<sup>40</sup> Committee of Experts, General Survey, Rn. 174; vgl. *Lörcher*, WSI-Mitteilungen 1987, 227, S. 233f.

<sup>41</sup> BAG 14.2.1978, 1 AZR 103/76, AP GG Art. 9 Nr. 59.

niederlegung wäre ins Leere gelaufen. Der AG hatte zu diesem Zeitpunkt kein Interesse mehr daran, die Produktion fortzuführen. Der Streik war somit kein effizientes Mittel für die Arbeiter\_innen, um ihren Forderungen Nachdruck zu verleihen. Der Betriebsratsvorsitzende begründete das Vorgehen mit klaren Worten: »Wir bleiben, sonst ist alles aus. Wir lassen uns nicht rausschmeißen.«<sup>42</sup> Zwar wurden vor dem Gelände Streikposten aufgestellt, die die Anlagen sichern und dafür sorgen sollten, dass nur Personen mit Genehmigung der Streikleitung das Werk betreten.<sup>43</sup> Jedoch dürfen Streikposten auf Menschen, die nicht am Arbeitskampf beteiligt sind, einreden und sie von einem solidarischen Zusammenwirken überzeugen.<sup>44</sup> In *Erwitte* sind Lkw-Fahrer, die fertig produzierten Zement abholen und aufladen wollten, nach Gesprächen mit den Beschäftigten zurückgefahren, ohne dass ihnen Gewalt angedroht wurde.<sup>45</sup>

Das von den Arbeiter\_innen als Besetzung bezeichnete Arbeitskampfmittel war das einzig effiziente. Die Urt. zum Fall *Erwitte* verstößen gegen die Koalitionsfreiheit der AN, da sie deren Rechte noch nicht einmal in die Abwägung einbezogen geschweige denn deren Reichweite erkannten.

## X. Relevanz für aktuelle Arbeitskämpfe

Auch heutzutage stehen die Arbeiter\_innen vor dem Problem, dass die bloße Arbeitsniederlegung nicht in jedem Fall effektiv Druck auf die AG-Seite ausübt. Die Arbeitsprozesse werden durch Internationalisierung der Wirtschaft, Deregulierung und Digitalisierung immer unabhängiger von den sich vor Ort befindenden Beschäftigten. Die Arbeitsausführung kann im Falle eines Streiks durch digitalisierte und automatisierte Prozesse kurzfristig durch wenige AN oder sogar ganz von anderen Betrieben übernommen werden<sup>46</sup>, wie es sich bereits in den 80er und 90er Jahren in der Druck- und Metallindustrie zeigte.<sup>47</sup> Zudem werden die Antistreikkonzepte und die Personaleinsatzplanung der AG durch die Verbreitung sogenannter atypischer Arbeitsverhältnisse<sup>48</sup> immer flexibler, sodass ein Streik nicht selten an Effizienz verliert.<sup>49</sup> Auch erschwert die Regelung des § 160 Abs. 3 SGB III, die die Streichung von Kurzarbeitergeld bei Fernwirkungen vorsieht, die Wirkmächtigkeit von Arbeitskämpfen, da die Gewerkschaften finanziell nicht für alle betroffenen AN aufkommen können.<sup>50</sup>

## XI. Heutige Rechtsprechung zu Blockaden und Besetzung

In *Berlin* rief *ver.di* 2008 die Belegschaft und solidarische Dritte dazu auf, eine Filiale des Supermarktkette *Reichelt* zu blockieren. Das ArbG *Berlin* stufte den Arbeitskampf als rechtswidrige Blockade ein, ohne dies näher zu begründen oder eine Abwägung mit den grundrechtlichen Gewährleistungen der Beschäftigten aus Art. 9 Abs. 3 GG vorzunehmen.<sup>51</sup> Auch neuartige Formen der aktiven Ablaufstörung, wie Internet- und Telefonblockaden<sup>52</sup> wurden bereits mit einer Betriebsblockade gleichgesetzt.<sup>53</sup> Diese undifferenzierte Handhabung einzel-

ner Arbeitskampfmittel erhöht die Gefahr, grundrechtliche Positionen nicht zu erkennen bzw. hinreichend zu würdigen, wenn das Verbot von Blockade und Besetzung im Vordergrund steht und nicht die rechtliche Bewertung nach Effektivität und materieller Parität der Mittel.

Auch die Beurteilung von klassischen Arbeitsniederlegungen wird von der Rspr. zu Besetzung und Blockade beeinflusst. So wurde kürzlich diskutiert, ob die Blockierung der Zufahrt zum Betrieb für Zulieferer und Kund\_innen einen »Streikexzess« darstellt, wobei in einzelnen Urt. von der pauschalen Unverhältnismäßigkeit einer Blockade – ganz in der *Erwitte* Tradition – ausgegangen wird.<sup>54</sup> Eine differenzierte Bewertung des Arbeitskampfes unter Berücksichtigung des schrankenlos gewährleisteten Art. 9 Abs. 3 GG erfolgt dann nicht mehr.

Arbeitskampfrecht ist Richterrecht.<sup>55</sup> Die kontextbezogene und reflektierte Zitierung der Rspr. ist in diesem Rechtsgebiet von enormer Wichtigkeit. Wer bis heute das Urt. zu der Besetzung in *Erwitte* in Kommentaren, Aufsätzen und Gerichtsentscheidungen als Maßstab für die rechtliche Bewertung von Besetzung und Blockade anführt, reproduziert eine Argumentation, die wesentliche Grundsätze der Arbeitskampffreiheit zulasten der AN schlicht ignoriert.

<sup>42</sup> *Braeg* (o. Fn. 11), S. 89.

<sup>43</sup> *Braeg* (o. Fn. 11), S. 94.

<sup>44</sup> *Linsenmaier* (o. Fn. 20), Rn. 176 f.

<sup>45</sup> Information von *Hermann Unterhinninghofen*, einem der juristischen Berater der Beschäftigten.

<sup>46</sup> *Unterhinninghofen* (o. Fn. 25), Rn. 206.

<sup>47</sup> *Treber* (o. Fn. 5), S. 219 ff; für die Druckindustrie *Lübbe-Wolff*, DB 1988, 1, S. 5.

<sup>48</sup> *Treber* (o. Fn. 5), S. 229 ff.

<sup>49</sup> *Unterhinninghofen* (o. Fn. 25), Rn. 206; *Berg* (o. Fn. 36); *AKR*, Rn. 303 ff; Die Streiks im Einzelhandel 2008 mussten noch kurzfristiger und überraschender organisiert werden, weil die AG an die noch nicht einmal geräumten Arbeitsplätze Leiharbeitskräfte einsetzen (Zglinicki, ver.di Publik 15.02.2008). In einem anderen Fall wurden die Beschäftigten einer bestreikten Klinik nicht nur ausgesperrt, sondern auch durch Leiharbeiter\_innen ersetzt (Zglinicki, ver.di Publik 16.10.2009).

<sup>50</sup> *Kocher/Kädtler/Voskamp/Krüger*, Noch verfassungsgemäß? Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III Band 19, 2017.

<sup>51</sup> ArbG Berlin 23. 6. 2008, 2 Ga 9993/08.

<sup>52</sup> *Linsenmaier* (o. Fn. 20), Rn. 277bf.

<sup>53</sup> LG Lüneburg 27. 9. 2007, 7 O 80/07 auch wenn die Entscheidung zu einem wettbewerbsrechtlichen Streit erging.

<sup>54</sup> Das LAG Berlin-Brandenburg 15.6.2016, 23 SaGa 968/16, juris, Rn. 33ff. sah in dem Positionieren von Gegenständen und Personen in der Zulieferungsausfahrt des bestreikten Betriebes einen unverhältnismäßigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des AG. Dies stelle einen Streikexzess dar, »der nicht im Rahmen der Abwägung als verhältnismäßig angesehen werden kann«; auch das LAG Rheinland-Pfalz 31.8.2016, 4 Sa 512/15 erklärte den Streik auf dem Betriebsgelände von Amazon für rechtswidrig; das LAG Baden-Württemberg 24.2.2016 – 2 SaGa 1/15, AuR 2016, 172, erkannte hingegen die offensichtliche Rechtswidrigkeit von Streikmaßnahmen auf dem Betriebsgelände im einstweiligen Rechtsschutz nicht an; ebenso BAG 20.11.2018, 1 AZR 198/17, AuR 2019, 49.

<sup>55</sup> *Rehder/Deinert/Callsen* (o. Fn. 36), S. 36.