

Stefan Greiner

Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip

HSI-Schriftenreihe
Band 25

Stefan Greiner

Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip

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.

© 2018 by Bund-Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Herstellung: Kerstin Wilke

Umschlaggestaltung: Neil McBeath, Stuttgart

Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany 2018

ISBN 978-3-7663-6829-4

Alle Rechte vorbehalten,
insbesondere die des öffentlichen Vortrags, der Rundfunksendung
und der Fernsehausstrahlung, der fotomechanischen Wiedergabe,
auch einzelner Teile.

www.bund-verlag.de

Vorwort

Ausgehend von einer historischen Betrachtung der Entwicklung verschiedener Arbeitskampszenarien untersucht Prof. Greiner (Universität Bonn) in diesem Band die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen für modifizierte Arbeitskampfmaßnahmen. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung ist hierbei das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Im Einzelnen wird herausgearbeitet, dass die Einführung neuer Eskalationsstufen und Streikformen unproblematisch möglich ist. Eine solche Weiterentwicklung würde sich in die das bisherige Arbeitskampfrecht bestimmenden Entwicklungslinien, namentlich die Arbeitskampfmittelfreiheit sowie das auf eine Exzesskontrolle reduzierte Verhältnismäßigkeitsprinzip, einpassen lassen.

Insbesondere wird durch die vorliegende Ausarbeitung deutlich, dass eine phasentrennende Wirkung des arbeitskampfrechtlichen Ultima-Ratio-Grundsatzes keine Berechtigung haben kann. Demzufolge sind, wie der Autor hier zu Recht klarstellt, Streiks auch verhandlungsbegleitend zulässig, ohne dass es eines Scheiterns der Verhandlungen bedarf. Rechtmäßigkeitsanforderung ist lediglich, dass die tarifvertragliche Friedenspflicht abgelaufen ist und kein Streikexzess vorliegt.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!



Dr. Thomas Klebe



Dr. Johannes Heuschmid

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Vorwort | 5 |
| Abkürzungsverzeichnis | 11 |
| A. Einleitung | 15 |
| I. Der arbeitskampfrechtliche Diskurs der letzten Jahre | 15 |
| II. Die Situation im produzierenden bzw. industriellen Sektor..... | 16 |
| 1. Sozialpartnerschaftliche Tarifierungspraxis..... | 16 |
| 2. Innerverbandliche Verwerfungen | 18 |
| 3. Deregulierungstendenz der Arbeitskampfbjudikatur | 18 |
| 4. Historischer Wandel des Arbeitskampfgeschehens und seiner wirtschaftlichen Rahmenbedingungen; Annäherung von Erzwingungs- und Warnstreik..... | 18 |
| a) Entwicklung des Erzwingungsstreiks..... | 19 |
| b) Entwicklung des Warnstreiks | 20 |
| c) Intermediäre Formen zwischen Warn- und Erzwingungsstreik..... | 21 |
| 5. Wandel der Produktionsformen | 22 |
| III. Rechtliche Fragestellungen | 23 |
| B. Dogmatische Grundlagen: Verfassungsrechtlicher Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes | 25 |
| I. Art. 9 Abs. 3 GG als liberales Freiheitsrecht | 25 |
| 1. Natürliche Freiheit oder normativ gestaltete Freiheit? | 25 |
| 2. Die Verfassungsentscheidung für Rechtmäßigkeit als paritätsgestaltende Grundentscheidung..... | 28 |
| II. Gesetzgeberische Ausgestaltbarkeit, Deregulierungstendenz der Rechtsprechung | 31 |
| 1. „Ausgestaltung“ als Akt praktischer Konkordanz..... | 31 |
| a) Grundsatz: Angemessenheitskontrolle..... | 31 |
| b) Binnenverhältnis der Kampfparteien: Reduktion auf Exzess- kontrolle hinsichtlich der abstrakt-materiellen Parität | 33 |
| c) Ausgestaltungsbegriff | 34 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 2. | Verhältnismäßigkeit, Sozialadäquanz, Güterabwägung, praktische Konkordanz..... | 34 |
| a) | Rechtsprechungsentwicklung beim BAG..... | 36 |
| b) | Kritische Einwände | 38 |
| III. | Geltungsgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Privatrecht | 39 |
| 1. | Anwendbarkeit im Grundsatz..... | 39 |
| 2. | Verhältnismäßigkeitsmaßstab..... | 43 |
| IV. | Verfassungsgerichtliche Konkretisierung des arbeitskamp- frechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips | 46 |
| C. | Entwicklungslinien des deregulierten Richterrechts: Kampfmittel- wahlfreiheit und Relativierung des Ultima-Ratio-Grundsatzes..... | 50 |
| I. | Entwicklungslinie 1: Grundsatz der Kampfmittelwahlfreiheit als Kernelement des deregulierten Richterrechts | 51 |
| 1. | Rechtsprechungsentwicklung..... | 52 |
| a) | Kanon tradierter Arbeitskämpfungsmittel: Beschränkung auf Arbeitsniederlegung | 52 |
| b) | Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung durch das BVerfG | 56 |
| c) | Zweites Unterstützungsstreik-Urteil des BAG..... | 60 |
| 2. | Folgen der Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung..... | 61 |
| a) | Aufgabe der Kernbereichsjudikatur – weites Schutzbereichsverständnis..... | 61 |
| b) | Grenzen des Unterstützungsstreiks: Grundrechtsausgestaltung; Missbrauchskontrolle | 63 |
| c) | Ausgestaltung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip | 65 |
| aa) | Grundsätze | 65 |
| bb) | Verhältnismäßigkeit von Unterstützungsstreiks..... | 66 |
| d) | Bewertung | 70 |
| aa) | Grundrechtsdogmatische Konsistenz | 70 |
| bb) | Entwertung der Friedenspflicht..... | 73 |
| cc) | Paritätsprägende Rahmenbedingungen, insbesondere Arbeitsteilung und Konzernstrukturen..... | 73 |
| e) | Flashmob-Urteil des BAG und Billigung durch das BVerfG | 75 |
| aa) | Dogmatischer Ausgangspunkt: entgrenzte Kampfmittelwahlfreiheit | 76 |
| bb) | Parität durch Erfindung neuer Abwehrstrategien | 77 |

| | | |
|-----|--|-----|
| cc) | Verhältnismäßigkeitsprüfung | 78 |
| (1) | Kollidierende Rechtsgüter der Arbeitgeberseite | 78 |
| (2) | Grundlagen der Rechtsgüterabwägung; beschränkte Verhältnismäßigkeitskontrolle | 79 |
| (3) | Verhältnismäßigkeitsprüfung im Detail | 81 |
| (a) | Paritätsbezogener Prüfungsmaßstab?..... | 81 |
| (b) | Rechtsmissbrauchs- und Evidenzkontrolle als Konsequenz einer paritätsbezogenen Betrachtung und Anerkennung der Kampfmittelwahlfreiheit | 82 |
| dd) | Bestätigung durch das BVerfG..... | 84 |
| ee) | Fazit | 85 |
| 3. | Exzesskontrolle | 86 |
| a) | Evidente Ungeeignetheit zur Verwirklichung eines legitimen Ziels..... | 86 |
| aa) | Konkret verhandlungsbezogenes Ziel..... | 86 |
| bb) | Evident überschießende Kampfmittel..... | 88 |
| b) | Evident fehlende Erforderlichkeit zur Verwirklichung eines legitimen Ziels | 89 |
| c) | Evident fehlende Angemessenheit zur Verwirklichung eines legitimen Ziels | 90 |
| II. | Entwicklungslinie 2: Aufhebung der Trennung zwischen Verhandlungs- und Erzwingungsphase seit 1988, Ultima-Ratio-Grundsatz..... | 91 |
| 1. | Rechtssprechungsentwicklung | 91 |
| a) | Ursprüngliche Sichtweise: Anerkennung des Warnstreiks bei phänomenologischer und rechtlicher Trennung von Warnstreik und Erzwingungsstreik | 91 |
| b) | Heutige Sichtweise: Beurteilung von Warnstreik und Erzwingungsstreik nach einheitlichen Maßstäben..... | 95 |
| 2. | Gegenmeinungen..... | 100 |
| a) | <i>Picker</i> : Postulat druckfreier Verhandlungen und generelle Ablehnung des Warnstreiks..... | 100 |
| aa) | „Zwang und Gewalt“ als Vertragsgestaltungsmittel | 100 |
| bb) | Praktische Untauglichkeit des Warnstreiks..... | 101 |
| cc) | Stellungnahme..... | 103 |

| | |
|---|-----|
| b) <i>Rieble</i> : Urabstimmung als außenrechtliches Erfordernis vor jeglichen Arbeitskampfhandlungen..... | 106 |
| aa) Überwiegende Auffassung: kein außenrechtliches Urabstimmungs-Erfordernis | 106 |
| bb) Außenwirksames Erfordernis innerverbandlicher Legitimation | 107 |
| cc) Einführung durch Richterrecht? | 110 |
| dd) Stellungnahme | 110 |
| (1) Verzögerungsgefahr; Eingriffswirkung | 110 |
| (2) Zwang zur basisdemokratischen Binnenorganisation? | 112 |
| (3) Außenrechtliche Schutzintention der Urabstimmung?..... | 113 |
| (4) Kompetenzielle Bedenken | 114 |
| (5) Verbreiterung der Tarifbewegung als legitimationsstärkendes Element | 115 |
| 3. Exzesskontrolle | 116 |
| a) „Überfallartige Kampffaktionen“ | 116 |
| b) Mitteilung des Streikbeschlusses..... | 116 |
| c) Friedenspflicht: Konsequenz der Vertragstreue..... | 117 |
| III. Zusammenwirken beider Entwicklungen – Kampfmittelwahlfreiheit auch schon in der Verhandlungsphase? | 117 |
| 1. Grundsatz: Arbeitskampfmittelwahlfreiheit auch beim Warnstreik..... | 117 |
| 2. Außenwirkung innerverbandlicher Bindungen? | 118 |
| D. Ergebnisse | 120 |
| Literaturverzeichnis | 125 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------------|---|
| aA | andere Ansicht |
| aaO | am angegebenen Ort |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift) |
| AEntG | Arbeitnehmer-Entsendegesetz |
| Anh. | Anhang |
| Anm. | Anmerkung |
| AP | Arbeitsgerichtliche Praxis (Loseblattsammlung) |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz |
| AR-Blattei SD | Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen und Gesetzestexte |
| ArbR-HdB | Arbeitsrechts-Handbuch |
| AuR | Arbeit und Recht |
| Art. | Artikel |
| AÜG | Arbeitnehmerüberlassungsgesetz |
| AuR | Arbeit und Recht (Zeitschrift) |
| ausf. | ausführlich |
| BAG | Bundesarbeitsrecht |
| BB | Betriebs-Berater (Zeitschrift) |
| Bd. | Band |
| Beil. | Beilage |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |

| | |
|-----------|---|
| BGHZ | Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| ders. | derselbe |
| diesbzgl. | diesbezüglich |
| DZWir | Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht |
| ErfK | Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht |
| EuZA | Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift) |
| EzA | Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht |
| f. | die folgende (Seite/Randnummer) |
| ff. | die folgenden (Seiten/Randnummern) |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GG | Grundgesetz |
| Ggf. | Gegebenenfalls |
| GS | Gedächtnisschrift |
| HK | Handkommentar |
| hM | Herrschende Meinung |
| HMB | Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag |
| IG Metall | Industriegewerkschaft Metall |
| insbes. | insbesondere |
| iRd. | im Rahmen der/des |
| iRv. | im Rahmen von |
| iSd. | im Sinne des/der |
| iSv. | im Sinne von |

| | |
|-------|--|
| iVm. | in Verbindung mit |
| jM | juris Monatszeitschrift (Zeitschrift) |
| JZ | JuristenZeitung (Zeitschrift) |
| krit. | kritisch |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| Lit. | Literatur |
| lit. | litera (Buchstabe) |
| MüKo | Münchener Kommentar |
| mwN | Mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NK-GA | Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht |
| Nr. | Nummer |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| RdA | Recht der Arbeit (Zeitschrift) |
| RGZ | Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rn. | Randnummer |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| S. | Seite |
| SAE | Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift) |
| SGB | Sozialgesetzbuch |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| TVG | Tarifvertragsgesetz |
| u.a. | unter anderem; und andere |
| v. | vom |
| v.a. | vor allem |
| Verf. | Verfasser |

| | |
|-------|---|
| vgl. | vergleiche |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| ZG | Zeitschrift für Gesetzgebung (Zeitschrift) |
| Ziff. | Ziffer |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift) |

A. Einleitung

I. Der arbeitskampfrechtliche Diskurs der letzten Jahre

Der arbeitskampfrechtliche Diskurs wurde in letzter Zeit durch die Problematik der Streiks in der Daseinsvorsorge beherrscht.¹ In diesem Kontext wurden insbesondere Fragen des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips erörtert. Dort steht die Drittbetroffenheitsproblematik klar im Fokus: Inwieweit kann die Beeinträchtigung von Rechtsgütern und rechtlich geschützten Interessen drittbetroffener Unternehmen oder Bürger die Unangemessenheit des Arbeitskampfs und damit seine Rechtswidrigkeit nach sich ziehen?² Bedarf es insofern des staatlich regulierenden Eingriffs bzw. einer restriktiveren Ausgestaltung³ des Arbeitskampfrechts⁴ oder tragen tarifautonome Lösungen?⁵

Stärker auf das Verhältnis der unmittelbar arbeitskampfbeteiligten Koalitionen bzw. Unternehmen fokussierten dagegen die Überlegungen zum Arbeitskampfrecht im Kontext der Tarifeinheitsdiskussion.⁶ Hier stellte sich die Frage, inwieweit die befürchteten „Streikkaskaden“⁷ die Kräfteverhältnisse zwischen den Beteiligten im tarifpluralen Betrieb verschieben und nach steuernden rechtlichen oder tarifautonomen Antworten verlangen. Der Gesetzgeber des Ta-

¹ Dazu exemplarisch: *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge; *Rudkowski*, Der Streik in der Daseinsvorsorge.

² BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281, 307 führt sehr allgemein aus, die Gewerkschaften müssten „das gemeine Wohl berücksichtigen“; vgl. im Einzelnen auch *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 27 Rn. 1 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 1173 ff.; *Hanau/Thüsing*, Streik in der Luftfahrt, S. 35, 61; *Däubler*, AuR 2017, 232, 235 f.; *Kalb*, RdA 1994, 385, 390; tendenziell zu Recht großzügig etwa ArbG Frankfurt 8.9.2015 – 13 Ga 130/15, EzA-SD 2015, Nr. 19, 13 f.; LAG Hessen 7.11.2014 – 9 SaGa 1496/14, BB 2014, 2868.

³ Zur Unterscheidung von Eingriff und Ausgestaltung *Greiner*, Rechtsfragen, S. 70 ff., 93 ff. mwN.

⁴ Zu Elementen einer möglichen gesetzlichen Regelung ausf. *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, S. 82 ff. mwN.

⁵ *Greiner*, ZfA 2016, 451, 463.

⁶ Vgl. *Kamanabrou* ZfA 2008, 241, 262 ff., 273 ff.; *JKOS/Jacobs*, Tarifvertragsrecht, § 7 Rn. 236; zusammenfassend *NK-GA/Hanau*, GG, Art. 9 Rn. 150 ff.

⁷ Vgl. *Schliemann*, FS Hromadka, S. 359, 378; *ders.*, FS Bauer, 2010, S. 923 ff.; *ders.*, NZA 2014, 1250, 1251; vgl. auch bereits *Konzen*, ZfA 1975, 401, 432.

rifeinheitsgesetzes hat die Frage indes bekanntlich nicht im Arbeitskampfrecht gelöst,⁸ sondern einen viel umfassenderen tarifrechtlichen Lösungsansatz gewählt – mit allen verfassungsrechtlichen Risiken.⁹

Der stark auf die Daseinsvorsorge bezogene arbeitskampfrechtliche Diskurs der letzten Jahre könnte zu dem Schluss verleiten, dass arbeitskampfunterstützte Tarifeauseinandersetzungen vor allem im Dienstleistungssektor Relevanz haben. Tatsächlich wurden die öffentlichkeitswirksamen Arbeitskämpfe der letzten Jahre in diesem Bereich geführt, verbunden mit großer öffentlicher Visibilität des gewerkschaftlichen Handelns und allen damit einhergehenden Chancen und Risiken: Starke gewerkschaftliche Aktivitäten haben einerseits eine identifikationsstiftende, Mitglieder an die Organisation bindende und Neumitgliederwerbende Wirkung, gehen andererseits in Fällen ausgeprägter Drittbetroffenheit mit der Gefahr des Ansehens- und Sympathieverlustes in der breiten Öffentlichkeit einher – Autorität und gesellschaftlicher Rückhalt drohen verloren zu gehen.¹⁰ Die oftmals hohe Arbeitskämpfintensität in der Daseinsvorsorge ist daher eine Gratwanderung mit Chancen und Risiken und vielleicht auch Ausdruck der Tatsache, dass im sozial ausgerichteten, mitunter wenig profitablen Dienstleistungssektor eine einvernehmliche Fortentwicklung der Arbeitsbedingungen nicht gelingt – je kleiner der erwirtschaftete Ertrag ist und je stärker er sich aus öffentlich generiertem Finanzvolumen speist, desto intensiver werden Verteilungskonflikte ausgetragen.

II. Die Situation im produzierenden bzw. industriellen Sektor

1. Sozialpartnerschaftliche Tarifierungspraxis

Geradezu diametral anders stellt sich die Situation im produzierenden Gewerbe und in der Industrie dar. Vor dem Hintergrund einer florierenden wirtschaftlichen Entwicklung konnten exemplarisch in der Chemieindustrie sowie der Metall- und Elektroindustrie in den letzten Verhandlungsrunden erhebliche Tariferfolge ohne Erzwingungsstreik erzielt werden. Die gegenwärtige Ertrags-

⁸ Plastisch zum Tarifeinheitsgesetz als „Placebo für ein Arbeitskampfverbot“: *Richardi*, NZA 2014, 1233.

⁹ Vgl. dazu jüngst BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, mit Anerkennung einer umfassenden Nachbesserungsverpflichtung des Gesetzgebers.

¹⁰ Dazu *Greiner*, ZfA 2016, 451, 460 f.

stärke der Unternehmen, die Arbeitsmarktsituation, ein in vielen Unternehmen relativ hoher Organisationsgrad der Gewerkschaften, ein im besten Sinne sozialpartnerschaftliches Denkmodell und schließlich die prognostisch erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen bereits kurzer Arbeitsniederlegungen begründen in ihrem Zusammenwirken eine Motivlage, die die Arbeitgeber zum Einlenken auf die monetären Forderungen der Gewerkschaften veranlasst, sobald Arbeitsk Kampfmaßnahmen auch nur angedroht oder erste Warnstreiks durchgeführt werden.

Die inhaltliche Schattenseite dieser Tarifierungspraxis besteht für die Gewerkschaften darin, dass „qualitative“ Forderungen, etwa nach Arbeitszeitverkürzung oder Ausweitung der Mitbestimmung, in Tarifverhandlungen schwerer durchsetzbar sind: Wo über monetäre oder sonstige „quantitative“ Verbesserungen schnell und ohne intensives Ringen um Kompromisse Einigkeit zwischen den Sozialpartnern erzielt wird, schwindet die Motivation, einen attraktiven Tarifabschluss durch Beharren auf „qualitative“ Verbesserungen in vermeintlichen Randfragen zu gefährden: Ist die Mitgliederbasis mit der quantitativ-monetären Offerte der Arbeitgeberseite zufrieden, scheint der Erfolg einer Urabstimmung über die Einleitung eines Erzwingungsstreiks unrealistisch, wenn nur noch vermeintlich randständige Regelungsfragen umstritten und damit Streikziel sind. Für den Übergang vom Warn- zum Erzwingungsstreik bildet aber die Urabstimmung oftmals die entscheidende satzungsrechtliche Zäsur, die zugleich das Scheitern¹¹ der warnstreikbegleiteten Tarifverhandlungen markiert und dokumentiert. Der Eintritt in die Phase des Erzwingungsstreiks, in dem auch die exemplarisch genannten „qualitativen“ Fragen zur Verhandlungs- und Kompromissmasse werden, wird durch diese Tarifierungspraxis zunehmend unrealistisch: Die letzten gewerkschaftlichen Urabstimmungen liegen in Deutschland bereits einige Jahre zurück. Im Gesamtbild scheint im produzierenden bzw. industriellen Sektor ein Eintritt in die Phase des Erzwingungsstreiks heute weder in Phasen wirtschaftlicher Stärke noch wirtschaftlicher Schwäche realistisch: Bei hoher Ertragsstärke der Unternehmen kommt es zum beschriebenen einvernehmlich-sozialpartnerschaftlichen Regelungsmechanismus. Bei schwacher Ertragslage dominiert dagegen die Einsicht, geschwächte Unternehmen durch Arbeitsniederlegung nicht weiter schwächen zu wollen.

¹¹ Zum Scheiternsbegriff Däubler/Wroblewski, Arbeitskampfrecht, § 17 Rn. 57.

2. Innerverbandliche Verwerfungen

Infolge der beschriebenen Konzentration des Arbeitskampfgeschehens auf die Phase des Warnstreiks unter faktischem Ausschluss des Erzwingungsstreiks drohen Verwerfungen innerhalb der Gewerkschaften: Warnstreiks werden in den branchenangehörigen Unternehmen und Betrieben mit höchst unterschiedlicher Intensität und unterschiedlichem Engagement durchgeführt. In jenen Belegschaften, die bislang traditionell als „Zugpferde“ einer Tarifbewegung fungieren, scheint der Wunsch nach einer Verbreiterung des Arbeitskampfgeschehens zunehmend ausgeprägt und inhaltlich nachvollziehbar: Wenn alle profitieren, sollen auch die Lasten auf möglichst viele arbeitskampfbeteiligte Mitglieder verteilt werden. Punktuelle Warn- oder Erzwingungsstreiks konzentrieren dagegen die Lasten auf wenige Schultern. Auch drängt sich die Frage auf, inwieweit man bereits in der Phase der Warnstreiks den Verhandlungsdruck graduell erhöhen kann, sodass bereits in dieser Phase die Verständigung über „qualitative“ Regelungsfragen (s.o. A. II. 1.) realistischer wird.

3. Deregulierungstendenz der Arbeitskampfbudikatur

Dieses Nachdenken über eine taktische Weiterentwicklung der in der Phase des Warnstreiks zur Verfügung stehenden Arbeitskampfmittel erfährt *prima facie* Unterstützung durch das berühmt gewordene Diktum des BAG aus dem Unterstützungstreik-Urteil von 2007,¹² es sei *„grundsätzlich den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel an sich wandelnde Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“* – in gewisser Weise der im besten Sinne tarifautonome Leitgedanke der in der Arbeitskampfbudikatur bereits seit dem dritten Warnstreikurteil im Jahre 1988¹³ zu beobachtenden, in der letzten Dekade aber deutlich intensivierten Deregulierungstendenz.¹⁴

4. Historischer Wandel des Arbeitskampfgeschehens und seiner wirtschaftlichen Rahmenbedingungen; Annäherung von Erzwingungs- und Warnstreik

Im heute sehr zurückhaltenden Kontrollansatz des BAG spiegelt sich die Erkenntnis, dass das Arbeitskampfgeschehen schon immer durch stetigen fakti-

¹² BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

¹³ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364.

¹⁴ Vgl. bereits *Greiner*, NJW 2010, 2977, 2979.

schen Wandel, durch sich im Zeitablauf dynamisch verändernde Strategien und Gegenstrategien der Sozialpartner, geprägt war. Dies ließe sich auch für die Dienstleistungsbranche aufzeigen, soll hier aber für den produzierenden bzw. industriellen Sektor verdeutlicht werden:

a) Entwicklung des Erzwingungsstreiks¹⁵

Noch in den 1970er-Jahren war dort die dominierende Kampfform der Erzwingungsstreik in Belegschaften mit hohem Organisationsgrad in Kernunternehmen der Branche, v.a. den Unternehmen der Automobilindustrie.¹⁶ Derartige unbefristete Schwerpunktstreiks entfalteten zwar erheblichen ökonomischen Druck, begründeten aber auch bei kurzer Streikdauer ein hohes Risiko für Aussperrungen und Fernwirkungen.

In der Folgezeit wurde angestrebt, die genannten Negativeffekte durch eine Verlagerung des Arbeitskampfgeschehens in Zulieferbetriebe zu reduzieren: Ein punktueller, unbefristeter Streikaufruf in Zulieferbetrieben mit wenigen Streikenden sollte mittelbar großen ökonomischen Druck in Kernbereichen der Wertschöpfungskette entfalten (sog. Minimax-Strategie).¹⁷ Auch bei dieser Arbeitskampfform bestand jedoch eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass es zu Aussperrungen in den mittelbar betroffenen Kernunternehmen der Branche kommen werde. Insbesondere führte dann aber die durch Weiterentwicklung des § 116 AFG (heute § 160 SGB III) bewirkte Abschaffung des Arbeitslosengeld- bzw. Kurzarbeitergeldanspruchs (sog. „kalte Aussperrung“)¹⁸ für mittelbar vom Tarifiergebnis profitierende Arbeitnehmer zu erheblichem Binnendruck in den Gewerkschaften¹⁹ und machte die Minimax-Strategie unattraktiv. Die Gewerkschaften versuchten, darauf durch die Kombination unbefristeter Streiks bei den Finalproduzenten mit befristeten Streiks in fernwirkungsrelevanten Zulieferbetrieben zu reagieren (sog. „Kombistreik“), um Fernwirkungen zu minimieren und die Gefahr einer „kalten Aussperrung“ abzuwenden.²⁰ Jüngste Evolutionsstufe ist der sogenannte „Flexistreik“, bei dem auf Basis eines unbefristeten Streikbeschlusses der Gewerkschaft unterschiedliche Betriebe oder Betriebsteile

¹⁵ Siehe dazu umfassend *Kittner, Arbeitskampf*, S. 647 ff., 694 ff.

¹⁶ Beispiel: Tariffbewegungen Nordwürttemberg/Nordbaden 1963, 1971, 1973, 1978.

¹⁷ Beispiel: Tariffbewegung Nordwürttemberg/Nordbaden 1984.

¹⁸ Dazu jüngst: *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger*, Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie; Verfassungskonformität attestierend BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, ua., BVerfGE 92, 365.

¹⁹ Vgl. *Greiner*, Rechtsfragen, S. 433 ff.; ausf. dazu bereits *Seiter*, NJW 1987, 1 ff.

²⁰ Beispiele: Tariffbewegung Bayern 1995; Streikkonzept Niedersachsen 1994.

punktuell und zeitlich eng begrenzt zur Arbeitsniederlegung aufgerufen werden. Intensivere Fernwirkungen sollen dadurch begrenzt werden; zugleich soll ökonomisch spürbarer Arbeitskempfdruck auf die Arbeitgeberseite ausgeübt werden.²¹ In der Regel wird in maximal zwei Tarifbezirken zur Urabstimmung bzw. – bei Fehlen eines satzungsrechtlichen Urabstimmungserfordernisses – direkt zum Erzwingungsstreik aufgerufen. Durch seine heute sehr punktuelle Charakteristik ist jeder Erzwingungsstreik mit erheblichen Wettbewerbsverzerrungen auf Unternehmensseite verbunden. Der selbstschädigende Effekt der Durchführung eines punktuellen Erzwingungsstreiks wird dadurch deutlich spürbar; dies mindert erkennbar die Bereitschaft der Belegschaften, der Einleitung eines Erzwingungsstreiks in einer Urabstimmung zuzustimmen.

Mit der beschriebenen Entwicklung ist aber – und darin liegt eine für die vorliegende Untersuchung wichtige Erkenntnis – an die Stelle des klassischen, räumlich breit und zeitlich unbefristet angelegten Erzwingungsstreiks sukzessive eine Erzwingungsstreikform getreten, die dem klassischen Warnstreik mit seiner punktuellen, zeitlich und räumlich eng begrenzten Charakteristik fast ununterscheidbar angenähert ist. Es bleiben die markanten satzungsrechtlichen Unterschiede, dass meist nur der Erzwingungsstreik eine Urabstimmung voraussetzt und bislang nur für den Erzwingungsstreik Streikunterstützung gewährt wird. Hintergrund dieser Entwicklung ist, dass mit Einführung des § 116 AFG (heute § 160 SGB III) die Vermeidung und Handhabung von Fernwirkungen weitaus stärker im Fokus der gewerkschaftlichen Strategie liegen muss als in früheren Zeiten.²²

b) Entwicklung des Warnstreiks

Im Bereich der – heute nach dem Gesagten klar dominierenden – Warnstreiks ist eine große Vielgestaltigkeit feststellbar: Nachdem die Möglichkeit verhandlungsbegleitender Warnstreiks 1988 durch die höchstrichterliche Judikatur gebilligt wurde,²³ sind heute unterschiedlichste Erscheinungsformen des Warnstreiks etabliert: Bekannte Beispiele sind „Frühschlussaktionen“ sowie betriebliche oder überbetriebliche Kundgebungen während der Arbeitszeit. Warnstreiks haben heute eine sehr unterschiedliche zeitliche und örtliche Ausgestaltung: Sie

²¹ Beispiele: Tarifbewegungen Nordwürttemberg/Nordbaden sowie Berlin-Brandenburg 2002.

²² Siehe hierzu ausführlich und mwN *Kocher/Kädtler/Voskamp/Krüger*, Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie, S. 11 ff.

²³ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364.

können kurzzeitig oder ganztägig abgehalten werden, können einen ganzen Betrieb, einzelne Abteilungen oder auch mehrere Betriebe eines Tarifbezirks oder mehrerer Tarifbezirke erfassen. Mag im Bereich der Warnstreiks formal nach wie vor die Mobilisierungsfunktion und Demonstrationswirkung dominieren, kann von ihnen somit durchaus auch erheblicher wirtschaftlicher Druck ausgehen.²⁴

c) Intermediäre Formen zwischen Warn- und Erzwingungsstreik

Die Erscheinungsformen des Arbeitskampfes sind mannigfaltig. Das ist dem Ideenreichtum der Gewerkschaften geschuldet. So befindet sich das Arbeitskampfrecht in einem stetigen Wandel, der vor allem durch die gewerkschaftliche Weiterentwicklung von Arbeitskampfmaßnahmen geprägt ist. Daher verwundert es nicht, dass gerade in jüngerer Vergangenheit zu beobachten ist, dass die Gewerkschaften insbesondere im produzierenden Gewerbe bzw. der Industrie über die Einführung neuer Eskalationsstufen und Streikformen nachdenken: Medienberichten zufolge wird dabei beispielsweise an sogenannte 24-Stunden-Streiks gedacht, die sich dadurch auszeichnen, dass sie in der Gestalt eines verhandlungsbegleitenden, aber intensiver und breiter angelegten Warnstreiks, bereits breiten ökonomischen Druck in der Branche entfalten. Sie sollten ohne Urabstimmung branchen- und landesweit ausgerollt werden, sodass in jedem Tarifbezirk ein 24-Stunden-Streik durchgeführt werden kann. Dies soll die dargestellten Wettbewerbsverzerrungen zwischen den branchenangehörigen Unternehmen reduzieren bzw. vermeiden. Um die Beteiligung an dieser intensivierten Form des Warnstreiks zu erhöhen, ließe sich insbesondere an die Zahlung einer zusätzlichen Streikunterstützung denken. Letztlich würde damit eine intermediäre Form zwischen Warn- und Erzwingungsstreik eingeführt, die der dargestellten Annäherungstendenz beider Phänomene Rechnung trägt und weiter verstärkten Druck zur erfolversprechenden Verhandlung „qualitativer“ Regelungsziele entfalten kann. Zugleich soll die Bereitschaft zur Beteiligung durch Gewährung einer Streikunterstützung gesteigert, die erhebliche Hürde einer Urabstimmung aber vermieden werden. Anliegen ist es, bereits verhandlungsbegleitend dort maximalen ökonomischen Druck zu entfalten, wo in den Belegschaften ein hoher Organisationsgrad gegeben ist. Es sollen Wirkungen entlang der gesamten Wertschöpfungskette erzielt werden. Zugespitzt formu-

²⁴ Vgl. *Kirchhoff*, Falsche Tarif-Signale – Schon wieder ein Lohnabschluss ohne Flexibilität, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 5.3.2015.

liert soll also die Flexibilität des Warnstreiks mit der Intensität eines Erzwingungsstreiks heutiger Prägung kombiniert werden.

Die rechtliche Zulässigkeit dieser Strategie wird zu untersuchen sein. Von Bedeutung hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsbetrachtung scheint dabei insbesondere, dass der branchenweite Charakter des intendierten „24-Stunden-Streiks“ auch die denkbaren Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeber stärkt: Letztlich kann jeder vom Streikaufruf betroffene Tarifbezirk auch Spielfeld von Gegenmaßnahmen sein; in Betracht kommen insbesondere suspendierende Betriebsschließungen oder Aussperrungen.

5. Wandel der Produktionsformen

Nicht zuletzt haben die heute etablierten effizienten Produktionsformen im produzierenden Gewerbe deutliche Rückwirkungen auf das Arbeitskämpfgeschehen. Die Unternehmen praktizieren mittlerweile vielfach Strategien der „Just-in-time“ bzw. „Just-in-sequence“-Produktion. Lieferketten und Produktionsabläufe werden so arbeitsteilig und zeitlich so eng abgestimmt praktiziert, dass bereits punktuelle Störungen der Lieferkette zu erheblichen Störungen und Breitenwirkungen führen. Arbeitsteilige Wertschöpfungsketten erweisen sich als erheblich stör anfälliger – und dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Fernwirkung von Streiks, sondern auch auf jegliche andere Form von Störung der Wertschöpfungskette, etwa durch Naturereignisse.

Es bleibt die Frage nach Rückwirkungen auf das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip: Kann eine bestimmte aus Effizienzgründen gewählte Art der Produktionsorganisation dergestalt Rückwirkungen auf die Arbeitskampffreiheit der Gewerkschaften haben, dass die eintretenden Fernwirkungen die Möglichkeiten des Arbeitskamps substantiell einschränken? *Prima facie* erscheint die Produktionsorganisation in höchst arbeitsteiligen Wertschöpfungsketten als legitime unternehmerische Entscheidung,²⁵ die erhebliche Vorteile für die Unternehmen nach sich zieht und nicht zuletzt Kosteneinsparungspotenziale erschließt. Viel spricht dann aber dafür, dass derjenige, der die Vorteile einer derartigen Produktionsorganisation nutzt, auch die Nachteile im Arbeitskampf tragen muss.

²⁵ Vgl. in anderem Kontext Greiner, NZA 2013, 697, 698 mwN.

III. Rechtliche Fragestellungen

Die folgende Darstellung soll die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen für künftige Intensivierungen des Arbeitskampfgeschehens in der Phase des Warnstreiks ausloten. Dabei sind hinsichtlich des einzelstaatlichen Arbeitskampfrechts drei Ebenen zu unterscheiden:

- Zum einen ist das richterrechtlich geprägte staatliche Arbeitskampfrecht eine allgemeine Rahmenvorgabe. Zu analysieren sind demnach vor allem die jüngsten arbeitskampfrechtlichen Judikate von BVerfG und BAG, die vorangehende Rechtsprechungsentwicklung und die daraus für die Zukunft prognostizierbare Entwicklungstendenz der Rechtsprechung. Im Fokus stehen dabei Legitimation und Konkretisierung des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips im Generellen und insbesondere die Folgerungen, die aus seiner Geltung für den Übergang vom Warn- zum Erzwingungsstreik gezogen werden.
- Eine zweite Ebene sind autonom geschaffene Selbstbindungen im Satzungsrecht der streikführenden Gewerkschaft und in Schlichtungsvereinbarungen der Sozialpartner: Soweit sie auch heute noch gedanklich von einer klaren Trennung des Arbeitskampfgeschehens in Warnstreik und Erzwingungsstreik ausgehen, wäre zu fragen, ob sich die auf der ersten Ebene gewonnenen Erkenntnisse auf die Auslegung innerverbandlicher Regelungen übertragen lassen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung können hierzu nur kursorische Überlegungen angestellt werden.
- Nicht zu verkennen ist schließlich, dass das Arbeitskampfrecht heute durch supranationale Regelungsebenen beeinflusst wird: Der EuGH hat in den Rechtssachen Viking²⁶ und Laval²⁷ Kernelemente eines europäischen Arbeitskampfrechts herausgearbeitet, das gleichfalls stark von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen geprägt wird. Die Verhältnismäßigkeitsbetrachtung geht dabei von den europäischen Grundfreiheiten aus und betrachtet die mit diesen konfligierende Betätigung kollektiver Unionsgrundrechte (insbesondere Art. 28 GRC) vor allem als (privaten) Eingriff in die Grundfreiheiten, dessen mitgliedstaatliche Akzeptanz ein Schutzdefizit hinsichtlich der Grundfreiheiten auslösen kann. Diese Betrachtungsweise führt zu einer starken Dominanz der Unionsgrundfreiheiten gegenüber den Unionsgrundrechten; damit drohen Schutzdefizite hinsichtlich des unionsweiten Grund-

²⁶ EuGH 11.12.2007 – C-438/05 International Transport Workers' Federation u.a./ Viking Line ABP u.a., EuZW 2008, 246.

²⁷ EuGH 18.12.2007 – C-341/05 Laval un Partneri, NZA 2008, 159.

rechtsstandards. Anders und wohl systemgerechter hatte der EuGH dieses Konkurrenzverhältnis von Grundfreiheiten und -rechten noch 2003 in seinem Urteil zur Rechtssache Schmidberger²⁸ aufgelöst und den mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutz als validen Rechtfertigungsgrund für Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten anerkannt. Nach heutigem Stand der EuGH-Judikatur bleibt jedenfalls im Ergebnis festzuhalten: Auch nachdem die „Monti II-Verordnung“²⁹ mit der dort verankerten Idee eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens³⁰ rechtspolitisch gescheitert ist, besteht weiterhin ein europarechtlicher Kontrollmaßstab für Arbeitskampfmaßnahmen. Jede Überlegung, die Arbeitskampfstrategie weiterzuentwickeln, ist somit auch an den europäischen Grundfreiheiten und Unionsgrundrechten zu messen. In den genannten Judikaten zu den Rechtssachen Viking und Laval hat der EuGH keine Rechtsgrundsätze hinsichtlich des Arbeitskampfbeginns formuliert, wohl aber das gesamte Arbeitskampfgeschehen einer (dogmatisch allerdings bislang unzureichend ausgeformten) Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen. Den damit nur exemplarisch angesprochenen supranationalen Facetten der Thematik³¹ kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung allerdings nicht vertieft nachgegangen werden; dies soll an anderer Stelle nachgeholt werden.

²⁸ EuGH 12.6.2003 – C-112/00 Eugen Schmidberger/Republik Österreich, EuZW 2003, 592.

²⁹ Verordnung des Rates über die Ausübung des Rechts auf Durchführung kollektiver Maßnahmen im Kontext der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit v. 21.3.2012, KOM [2012] S. 130; s. dazu *Franzen*, EuZA 2013, 1; *Bruun/Bücker*, NZA 2012, 1136.

³⁰ Ausf. *Schubert*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung, HSI-Schriftenreihe Bd. 6, 2012, insbes. S. 31 ff.

³¹ Ausf. zu internationalen Rechtsgrundlagen des Arbeitskampfrechts *Däubler/Lörcher*, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 1 ff. mwN.; zum Arbeitskampfrecht in der EU *Däubler/Heuschmid*, Arbeitskampfrecht, § 11 Rn. 1 ff. mwN.

B. Dogmatische Grundlagen: Verfassungsrechtlicher Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Die Frage, ob und inwieweit eine Intensivierung der verhandlungsflankierenden Warnstreiks rechtlich in Betracht kommt, bemisst sich in erster Linie nach den verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben. An einer wünschenswerten einfachgesetzlichen Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts fehlt es nach wie vor.³² Somit kann die Judikative, die über die Rechtmäßigkeit eines Streiks zu entscheiden hat,³³ lediglich die in der Verfassung erkennbaren Eckpunkte und Grundprinzipien anwenden.

I. Art. 9 Abs. 3 GG als liberales Freiheitsrecht

1. Natürliche Freiheit oder normativ gestaltete Freiheit?

Die Freiheit zum Arbeitskampf erweist sich, wie andernorts bereits dargelegt,³⁴ als natürliches Freiheitsrecht,³⁵ das der Staat vorfindet und das die Verfassung

³² Der Gesetzgeber hat das Arbeitskampfrecht bislang lediglich fragmentarisch geregelt: § 74 Abs. 2 BetrVG, § 25 KSchG, § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, § 11 Abs. 5 AÜG. Ein politischer Wille zur umfassenden Regelung besteht bislang nicht, vgl. insbes. Art. 30 des Einigungsvertrags (BGBl. 1990 II, S. 537 ff.) der arbeitskampfrechtliche Fragen gerade ausklammert.

³³ Zum faktischen Entscheidungszwang auch bei Fehlen einer durch den Vorbehalt des Gesetzes eigentlich gebotenen einfachrechtlichen Ausgestaltung: BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 226 f.; BVerfG 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103; dazu krit. *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 123; *Isensee*, DZWir 1994, 309, 311 f.

³⁴ *Greiner*, Rechtsfragen, S. 110 ff.

³⁵ Vgl. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 412 in Fn. 84, S. 422 in Fn. 136; *Hänsle*, Streik und Daseinsvorsorge, S. 529; *Konzen*, AcP 1977, 473, 505 („Realakt“); *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, S. 260 ff. mwN.; *Höfling/Engels*, ZG 2008, 250, 256 f.; vgl. auch bereits *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, S. 87; mit Fokus auf der normgeprägten Charakteristik einer staatlichen Anerkennung als rechtmäßiges Tun hingegen *Bertke*, Zulässigkeit von Sympathiestreiks, S. 150; *Ramm*,

in Art. 9 Abs. 3 GG mit einem hohen, vorbehaltlosen Schutzniveau ausstattet. Dass die karge Formulierung des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG auch ein Betätigungsrecht und spezifisch die Freiheit zum Arbeitskampf umfasst, verdeutlicht der Regelungszusammenhang zu dem den Arbeitskampf selbst im Verteidigungsfall gewährleistenden Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG.³⁶ Beide Aspekte sprechen sogar für einen besonders hohen Stellenwert, den die Verfassung der freiverantwortlichen, autonomen Sozialpartnereinandersetzung in einer freien Gesellschaft beimisst. Eine entscheidende Grenze zieht Art. 9 Abs. 3 GG allerdings im Hinblick auf die Zwecksetzung der verfassungsrechtlichen Privilegierung:³⁷ Koalitionen agieren nur insofern im grundrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG privilegierten Schutzbereich, soweit Zwecksetzung ihres Tuns die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Verhältnis zum Sozialpartner ist.³⁸ Ferner beschränkt sich die privilegierte Freiheit auf den personellen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, sodass nur der durch eine Koalition im Sinne dieses Grundrechts getragene Arbeitskampf und – infolge der Anerkennung des Firmentarifvertrags – Abwehrhandlungen eines auf Abschluss eines Firmentarifvertrags in Anspruch genommenen Unternehmens das grundrechtliche Privileg genießen.

Auch die Tatsache, dass die Streikbeteiligung bei Beachtung ihrer Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen kein rechts- und pflichtwidriger, sondern vielmehr ein *rechtmäßiger* Vertragsbruch ist,³⁹ ist keine „ausgestaltende“ Zugabe des einfachen Rechts,⁴⁰ sondern Konsequenz der bereits verfassungsrechtlich vollzogenen Anerkennung der vorgefundenen Freiheit. Zwar entfaltet ein Arbeitskampf

AuR 1964, 353, 358; *Richardi*, FS Sacker, S. 285, 296; *Reinbach*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwischen Verfassung und Völkerrecht [im Erscheinen].

³⁶ Vgl. *Müller*, Juristen-Jahrbuch 10 (1969/70), S. 125, 152; krit. gegen diese Herleitung aber *Stern/Dietlein*, Staatsrecht IV/1, S. 2060; *Kemper*, Koalitionsfreiheit, S. 151.

³⁷ S. dazu NK-GA/*Hanau*, GG, Art. 9 Rn. 23; *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Hensche*, Arbeitsrecht, GG, Art. 9 Rn. 29, 61.

³⁸ Aus dieser Verengung folgt weiterhin der Ausschluss des politischen Streiks, der bereits in der Grundentscheidung für ein parlamentarisches Repräsentationsmodell unter weitgehendem Ausschluss basisdemokratischer Elemente fundiert ist, vgl. *Greiner*, Rechtsfragen, S. 118 f.; vgl. aber auch die darauf bezogenen Andeutungen in BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 13, BAGE 123, 134; BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BAGE 122, 134; krit. auch *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Hensche*, Arbeitsrecht, GG, Art. 9 Rn. 122.

³⁹ *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 37 Rn. 2.

⁴⁰ Mit dieser Tendenz aber *Bertke*, Zulässigkeit von Sympathiestreiks, S. 150; *Ramm*, AuR 1964, 353, 358; *Richardi*, FS Sacker, S. 285, 296.

heute eine rechtlich geprägte Wirkung und damit Rechtswirkungen⁴¹ jenseits seiner „natürlich“ eintretenden Wirkungen: Streik und Aussperrung sind kein rechtswidriger Vertragsbruch, sondern zugelassener, rechtmäßiger Vertragsbruch („Recht auf Schädigung“). Diese grundsätzliche Anerkennung, dass von einem Sozialpartner getragene Arbeitskampfhandlungen rechtmäßiges Handeln darstellen, erfolgt zweifellos durch staatliches Recht, jedoch bereits umfassend auf Ebene der Verfassung, sodass für eine einfachrechtliche, normprägende „Ausgestaltung“ jenseits der verfassungsrechtlich vorgegebenen Eckpunkte kein Raum bleibt. Dies unterscheidet die Arbeitskampffreiheit markant und charakteristisch von der Tarifvertragsfreiheit, bei welcher die Normwirkung des Tarifvertrags nach staatlicher Ausformung durch einfaches Gesetzesrecht verlangt.⁴² Dieselbe Einordnung als „natürliche Freiheit“ gilt auch für alle Abwehrmittel der Arbeitgeberseite, insbesondere also die klassische Aussperrung⁴³ und die deutlich modernere, gegenläufige Abwehrstrategie der streikabwehrenden Aufrechterhaltung des Betriebs.⁴⁴

Bei diesem „natürlichen“ Grundrechtsverständnis besteht kein Raum für die einfachrechtliche Festlegung eines gestaltbaren Kanons zulässiger Arbeitskämpfungsmittel, namentlich „tradierte“ Arbeitskämpfungsmittel.⁴⁵ Genau umgekehrt ist jede einfachrechtliche Beschränkung der Arbeitskampffreiheit als Beschränkung

⁴¹ Vgl. *Kissel*, Arbeitskampsrecht, § 37 Rn. 1.

⁴² Ausf. *Greiner*, Rechtsfragen, S. 93 ff. mwN.

⁴³ Zu deren regelmäßig zu konstatierender Interessenwidrigkeit etwa *Rieble*, FS Wank, S. 475, 479 („Die Aussperrung ist praktisch tot.“); *Franzen*, RdA 2015, 141, 151; *Buchner*, BB 2008, 106, 109 („nie eine wirklich sinnvolle Antwort auf den Streik“).

⁴⁴ Also z.B. die Auslobung von Streikbruchprämien (zu deren grds. Zulässigkeit BAG 13.7.1993 – 1 AZR 676/92, NZA 1993, 1135; dazu auch *Rolfs*, DB 1994, 1237; *von Hoyningen-Huene*, DB 1989, 1466, 1467 f.; *Konzen*, SAE 1989, 22 ff.; *Löwisch*, RdA 1987, 219, 223; *Gaul*, NJW 1994, 1026), den Einsatz von nicht organisierten Arbeitnehmern, Leiharbeitnehmern ua. auf bestreikten Arbeitsplätzen (dazu ebenfalls bereits grundlegend BAG 13.7.1993 – 1 AZR 676/92, NZA 1993, 1135, zu einem Praxisbeispiel *Giesen*, ZRP 2016, 130, 133) oder die an sich „nötigende“ und außerhalb eines Arbeitskamps wegen § 612a BGB sicher rechtswidrige (vgl. zu diesem Zusammenhang MüKo BGB/Müller-Glöge, § 612a Rn. 14, 18 mwN) Drohung mit der Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse (zu einem Praxisfall <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/warnstreiks-ver-di-wirft-post-einschuechterung-vor-a-1033543.html> [zuletzt abgerufen am 28.7.2017]).

⁴⁵ Mit dieser Tendenz aber *Picker*, Die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, S. 30 ff., 62 f.; *Jacobs*, ZfA 2011, 71 ff.; *Rieble*, NZA 2008, 796, 797; *ders.*, BB 2008, 1506, 1512. Siehe im Übrigen ausführlich und für eine umfassende Kampfmittelfreiheit plädierend *Rehder/Deinert/Callsen*, Arbeitskämpfungsmittelfreiheit und atypische Arbeitskämpfformen, S. 68 ff.

natürlicher Freiheit und damit als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff zu bewerten.⁴⁶ Schutzbereichsrestriktionen auf das „mildeste“, auf „unerlässliche“ oder „allgemein erforderliche“ Mittel⁴⁷ sind gleichfalls abzulehnen.⁴⁸ Vielmehr folgt aus dem Charakter als „natürlicher“ Freiheit auch der Grundsatz freier Kampfmittelwahl beider Seiten. Die Gegenauffassung führt zu einer der heute etablierten Grundrechtsdogmatik widersprechenden und im Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG nicht angelegten Verengung des Schutzbereichs. Im Rahmen einer modernen Grundrechtsdogmatik scheint es zwangsläufig, den abwehrrechtlichen⁴⁹ Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG weit zu ziehen: Alle tarifvertragsbezogenen⁵⁰ koalitionspezifischen Verhaltensweisen fallen zunächst in den Schutzbereich.⁵¹ Beschränkungen durch Gesetz oder durch Richterspruch bedürfen einer verfassungsimmanenten Rechtfertigung,⁵² die insbesondere im schonenden Ausgleich mit kollidierenden Freiheitsrechten oder Verfassungsprinzipien zu erkennen ist.

2. Die Verfassungsentscheidung für Rechtmäßigkeit als paritätsgestaltende Grundentscheidung

Bereits die verfassungsrechtliche Anerkennung von Arbeitskampfhandlungen als Formen rechtmäßiger Grundrechtsbetätigung hat freilich unverkennbar gestaltenden Einfluss auf die Kräfte- und Machtverhältnisse im Arbeitskampf. Arbeitskampf ist heute glücklicherweise nicht mehr die unregelmäßige „Sozialschlacht“ früherer Zeiten, in welcher auf Arbeitsniederlegungen mit Kampf-

⁴⁶ Zutreffend *Höfling/Engels*, ZG 2008, 250, 257.

⁴⁷ Dafür exemplarisch *Konzen*, SAE 2008, 1, 3, 7 mwN.

⁴⁸ Insofern ebenso BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

⁴⁹ Zur Unterscheidung abwehrrechtlicher und institutioneller Gewährleistungsgehalte vgl. *Greiner*, Rechtsfragen, S. 70 ff. mwN.

⁵⁰ An dieser Teleologie des rechtmäßigen Arbeitskampfs ändert auch die vom BVerfG jüngst vollzogene Trennung der arbeitskampfrechtlichen Rechtmäßigkeitsfrage von der Tarifkollisionsfrage durch Urteil vom 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, nichts; auch die Durchsetzung eines später verdrängten Tarifvertrags ist tarifbezogener Arbeitskampf. Für Erweiterung auf nicht tarifvertragsbezogene Kampfziele dagegen *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Hensche*, Arbeitsrecht, GG, Art. 9 Rn. 113 mwN.

⁵¹ Vgl. *Däubler/Wroblewski*, Arbeitskampfrecht, § 17 Rn. 2; aus arbeitsvölkerrechtlicher Perspektive wegen Art. 6 Nr. 4 ESC für eine Lösung vom Tarifbezug *Däubler*, AuR 1998, 144. Zum dogmatischen Hintergrund der Aufgabe der früheren „Kernbereichstheorie“, vgl. BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352.

⁵² Vgl. BVerfG 24.2.1999 – 1 BvR 123/93, BVerfGE 100, 214, 223 f.; *Sachs/Höfling*, GG, Art. 9 Rn. 138; *Höfling*, FS Friauf, 2011, S. 377, 387 ff.; *Hufen*, SAE 1997, 137, 139.

kündigungen und der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen reagiert werden konnte.

Vielmehr bewegt sich heute alles im zivilisierenden Rahmen des verfassungsrechtlichen Rechtmäßigkeitsurteils: Die eigentlich nächstliegende und natürlichste Abwehrhandlung der Arbeitgeberseite, die Arbeitsverhältnisse der Streikenden durch Kampfkündigung zu beenden, wird heute durch das Rechtmäßigkeitsverdikt ausgeschlossen. Bereits in dem verfassungsrechtlichen Grundvotum für eine Einordnung der Arbeitskämpfhandlungen als rechtmäßiger Grundrechtsbetätigung liegt somit ein erheblich paritätsgestaltender Akt des staatlichen Rechts, der die Kräfteverhältnisse – verglichen mit den „natürlich“ eintretenden Kräfteverhältnissen, die in der Arbeitswelt des 19. Jahrhunderts zu beobachten waren, aber im modernen Sozialstaat erkennbar einer Grundkorrektur bedürfen – entscheidend zugunsten der Arbeitnehmerseite, zugunsten der Gewerkschaften, verschiebt. Insofern ist die Annahme einer „natürlichen“, aus dem freien Wechselspiel von Druck und Gegendruck entstehenden, nicht normativ geprägten Gleichgewichtigkeit beider Sozialpartner⁵³ Illusion oder Fiktion. Der Staat trifft mit dem verfassungsrechtlichen Ausschluss eines Rechtswidrigkeitsvorwurfs bei gewerkschaftsgetragenen Streiks ein deutlich paritätspägendes Grundvotum zugunsten der Arbeitnehmerseite: Die Rechtsfolgen eines rechtswidrigen Vertragsbruchs werden durch normative Entscheidung vom Spielfeld der Kampfparteien genommen und aus dem natürlich gegebenen Spektrum der Angriffs- und Abwehrmöglichkeiten normativ gestaltend ausgeklammert.

Diese Entscheidung ist aber nicht kritikwürdig, sondern Ausdruck eines entscheidenden zivilisatorischen Fortschritts auf dem Weg vom ungeregelten Kapitalismus des 19. Jahrhunderts zum modernen Sozialstaat. Erst auf dem Boden des grundlegenden Rechtmäßigkeitsverdikts durch Art. 9 Abs. 3 GG besteht die Gewähr, dass Arbeitskämpfe nicht zu einer den gesellschaftlichen Frieden substantiell gefährdenden „Sozialschlacht“ mit potentiell existenzgefährdender Wirkung für beide Seiten ausarten, sondern eine Herstellung des Arbeitsfriedens und konstruktiven Miteinanders nach Abschluss der Auseinandersetzung⁵⁴ möglich wird. Letztlich ist auch dieses Ziel mit dem konstruktiven Postulat der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“

⁵³ Dieses Paritätsverständnis klingt auch noch in der jüngeren Judikatur des BAG an, z.B. im Unterstützungstreikurteil BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

⁵⁴ Auf dieses Ziel des Arbeitskamps rekurrierend u.a. BAG GS BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, Rn. 66.

bereits in der Teleologie des Art. 9 Abs. 3 GG angelegt. In diesem Sinne bereitet erst das verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeitsverdikt den Boden für ein modernes Verständnis des Arbeitskampfs, das sich in die Grundentscheidungen der Verfassung für ein sozialstaatlich geprägtes Gesellschaftsmodell stimmig einfügt: Es beinhaltet eine bereits verfassungsrechtlich gestaltende Vorgewichtung der beidseitigen Verhandlungsmacht und ermöglicht es, eine die Verhandlungsgewichte beeinflussende Wirkung des einfachen Rechts im Grundsatz – d.h. jenseits des Exzessverbots – auszuschließen.⁵⁵ Erst die verfassungsrechtliche „Vorgewichtung“ schafft die Voraussetzungen für ein Verhandeln „auf Augenhöhe“. ⁵⁶ Erst auf dieser Grundlage kann das staatliche Arbeitskampfrecht dem Einsatz der jeweils gegebenen Angriffs- und Abwehrmittel und mithin dem freien „Auseinandersetzungsmechanismus“ der Sozialpartner vertrauen.⁵⁷ Dies wiederum ist Grundlage einer funktionierenden staatsfernen, tarifautonomen und damit marktwirtschaftlichen Ordnung der Arbeitsbedingungen.⁵⁸

⁵⁵ Tendenzuell für eine Zulassung paritätsgestaltender Staatseinwirkung im Interesse von „Richtigkeitsgewähr“ aber *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, insbes. S. 104; mit ähnlicher Tendenz für das Tarifrecht jüngst wohl BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, Rn. 144 ff., wonach der Gesetzgeber aktiv Parität zwischen den Tarifparteien „herstellen“ kann.

⁵⁶ Ähnlich *Berg/Kocher/Schumann/Berg*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 1 Rn. 20 ff.; *Berg/Kocher/Schumann/Kocher*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 2.

⁵⁷ Vgl. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 413; v. Münch/Kunig/Löwer, GG, Art. 9 Rn. 74; weiterhin exemplarisch BVerfG 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, NJW 1982, 815; BAG 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95, NJW 1999, 3033, 3034; *Sachs/Höfling*, GG, GG, Art. 9 Rn. 87; *ErfK/Linsenmaier*, GG, Art. 9 Rn. 51 ff.; auch *Waltermann*, RdA 2014, 86 verweist auf die prägende Bedeutung der Tarifautonomie für das Arbeitskampfrecht.

⁵⁸ *Plastisch Rütters*, NZA 2010, 6, 7: Tarifautonomie und Arbeitskampf als „Geschwister der Marktwirtschaft“.

II. Gesetzgeberische Ausgestaltbarkeit, Deregulierungstendenz der Rechtsprechung

1. „Ausgestaltung“ als Akt praktischer Konkordanz

a) Grundsatz: Angemessenheitskontrolle

Die Einbeziehung in den weiten gegenständlichen Bereich der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Arbeitskampffreiheit ermöglicht bekanntlich noch kein abschließendes Urteil über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Handlungsweise. Die Arbeitskampffreiheit ist nicht grenzen- und schrankenlos; vielmehr muss sie sich in die verfassungsmäßige Ordnung einfügen. Im Arbeitskampf kommt es denkwortwendig zu Konflikten mit anderen Verfassungsprinzipien, vor allem aber mit Freiheitsrechten anderer Grundrechtsträger. Denn das Arbeitskampfrecht ist anders als die meisten anderen Grundrechte ein Freiheitsrecht, das gerade zum Eingriff in die Freiheitssphäre anderer berechtigt.⁵⁹ Nach der klassischen Grundrechtsdogmatik muss hier ein wechselseitiger schonender Ausgleich durch praktische Konkordanz herbeigeführt werden.⁶⁰

Dem trägt die von der Arbeitsgerichtsbarkeit praktizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung im Ansatz Rechnung. Freilich zeigt sich hier deutlich ein Spezifikum der Kollisionslage: Ruft z.B. eine Gewerkschaft zum Streik auf und greift sie durch die Arbeitsniederlegung jedenfalls in die Freiheit des Arbeitgeber-Unternehmens zur (arbeitsteiligen) Berufsausübung, daneben ggf. in weitere Grundrechtspositionen des Arbeitgebers oder Dritter, ein, handelt es sich um einen „privaten“ Eingriff, der sich von einem staatlichen Eingriff erkennbar unterscheidet. Er ist eben – sogar in erster Linie – betätigtes Freiheitsrecht, das seinerseits Eingriffsschutz genießt. Das schlägt sich in der Struktur der gerichtlichen Rechtmäßigkeitsprüfung nieder, von der im Kern nur eine abwägende Angemessenheitsprüfung übrig bleibt, während hinsichtlich der Festlegung des (tariflich regelbaren)⁶¹ Kampfziels sowie der Geeignetheit und Erforderlichkeit

⁵⁹ Vgl. BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NJW 1991, 2549, 2551.

⁶⁰ Dazu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 317 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 131 ff.; *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand, S. 414; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 175 f.

⁶¹ Dieses Postulat ist zwar Eingriff ins Streikrecht, aber strukturell gerechtfertigt, um den kampfbetroffenen Arbeitgeber vor einem Streik zu schützen, auf den er nicht einmal durch volle Akzeptanz der gewerkschaftlichen Forderung reagieren kann, so im Ergebnis zutreffend die hM, etwa BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292; BAG

des eingesetzten Kampfmittels der freiheitsrechtliche Schutz des privaten Eingriffs sich nach heute gesichertem Verständnis richtigerweise in der Beschränkung auf eine bloße Exzesskontrolle, also den Ausschluss des evident ungeeigneten oder evident nicht erforderlichen Kampfmiteinsatzes, niederschlägt.⁶² Die im Kern verbleibende Angemessenheitsabwägung ist aber in der Tat dasjenige, was „praktische Konkordanz“ ausmacht.

Im Rahmen der Angemessenheitskontrolle rücken insbesondere beim Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge die Rechtsgüter und rechtlich geschützten Interessen der Drittbetroffenen in den Fokus.⁶³ Weitaus geringere Kontrolldichte scheint im Verhältnis der beiden Kampfparteien angezeigt, denn hier soll gerade freier Druck und Gegendruck ermöglicht werden – das Arbeitskampfrecht wird dominiert durch seine dienende Funktion⁶⁴ zur Ermöglichung einer tarifautonomen und damit staatsfernen Findung angemessener und marktkonformer Arbeitsbedingungen. „Parität“ soll – abgesehen vom verfassungsrechtlichen Grundvotum für die Anerkennung des Arbeitskampfes als rechtmäßiges Tun (s.o. B. I. 1.) – nicht staatlich durch dosierte Zuweisung von Druckentfaltungsinstrumenten gestaltet werden,⁶⁵ sondern aus dem autonomen Schlagabtausch entstehen. Da beide Kampfparteien in der Verhandlungs- und Kampfführung vor allem auf die situativen Interessen ihrer Mitgliederbasis Rücksicht nehmen müssen, birgt gerade der eigenverantwortliche, keiner staatlichen Detailsteuerung unterliegende Einsatz von Druck und Gegendruck die

5.3.1985 – 1 AZR 468/83, BAGE 48, 160; BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734; weniger deutlich BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 20, BAGE 123, 134 = NZA 2007, 1055; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, Rn. 111, NZA 2013, 448; in der Lit.: *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 508 ff.; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 5 Rn. 2, 5; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 24 Rn. 2; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 1071; aA *Däubler/Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 5 f.; § 9 Rn. 16; diff. *Schaub/Treber*, ArbR-HdB, § 192 Rn. 2 ff.; *Poscher*, RdA 2017, 235. Vgl. zu internationalrechtlichen Implikationen: *ErfK/Linsenmaier*, GG, Art. 9 Rn. 105 f.; *Waltermann*, EuZA 2015, 15; *Däubler/Lörcher*, Arbeitskampfrecht, § 10 Rn. 87 f.

⁶² Exemplarisch BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140.

⁶³ Dazu näher *Greiner*, ZfA 2016, 451, 459.

⁶⁴ Vgl. *Sachs/Höfling*, GG, Art. 9 Rn. 80; dezidiert *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 415; zur dienenden Funktion der Tarifautonomie allg. *Bayreuther*, Kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 59.

⁶⁵ Mit dieser Tendenz aber *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, insbes. S. 104; mit ähnlicher Tendenz für das Tarifrecht nun auch BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915 (aktiv paritätsherstellende Rolle des Gesetzgebers).

Chance, marktangemessene und der volkswirtschaftlichen Prosperität zuträgliche, tarifautonom ausgehandelte Bedingungen zu implementieren.

b) Binnenverhältnis der Kampfparteien: Reduktion auf Exzesskontrolle hinsichtlich der abstrakt-materiellen Parität

Fokussiert man auf das Binnenverhältnis der Kampfparteien, schrumpft also auch die Angemessenheitskontrolle auf eine Exzesskontrolle zusammen: Ausgeschlossen werden jene exzessiven Arbeitskämpfungsmittel, die bereits abstrakt-generell – d.h. unter Ausblendung der situativen Besonderheiten der einzelnen Kampfsituation – zur Herstellung einer Verhandlungsparität ungeeignet erscheinen oder mit einem unverhältnismäßigen Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Güter⁶⁶ der anderen Kampfpartei – insbesondere des Unternehmens beim Firmenarbeitskampf – einhergehen. Konsequenz ist angesichts des verfassungsrechtlichen Votums für die Rechtmäßigkeit des gewerkschaftsgetragenen Streiks (s.o. B. I.) dann insbesondere ein grundsätzlicher Ausschluss jener Abwehrinstrumente, die faktisch einer demnach systemfremden Kampfkündigung wegen rechtswidrigen Vertragsbruchs gleichkämen, nämlich der lösenden Aussperrung.⁶⁷ Gleiches muss für jene gewerkschaftlichen Arbeitskämpfungsmittel gelten, die über eine bloße Arbeitsniederlegung hinausgehen oder bleibende Schäden an Rechtsgütern hinterlassen: Betriebsbesetzungen und -blockaden wären, u.a. wegen der Beeinträchtigung des Eigentumsrechts (Art. 14 GG), aber auch wegen ihrer die abstrakt-materielle Parität gefährdenden Wirkung, im Grundsatz ebenso auszuschließen⁶⁸ wie der betriebsblockierende Flashmob als Arbeitskämpfungsmittel.⁶⁹ Ebenso wie bei der lösenden Aussperrung kann diese Aussage – soweit die Ermöglichung von Parität im Fokus steht – allerdings nur für

⁶⁶ Keinen verfassungsrechtlichen Rang hat, anders als mitunter behauptet, der bloße Anspruch auf Vertragserfüllung, also die „Vertragstreue“, vgl. *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, 116 ff.

⁶⁷ Vgl. nur MüKo BGB/*Hergenröder*, KSchG, § 25 Rn. 8 f.; Gallner/Mestwerdt/Nägele/Mayer, KSchG, § 1 Rn. 130; Däubler/Rödl, Arbeitskämpfungrecht, § 21 Rn. 61 ff., 67. Deren ausnahmsweise Zulassung wird aber wiederum diskutabel, wenn sich – insbes. in einem tarifpluralen System – die paritätsprägenden Kräfteverhältnisse nachweislich zulasten der Arbeitgeberseite verschieben, dazu ausf. *Greiner*, Rechtsfragen, S. 474 ff.

⁶⁸ So z.B. BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364.

⁶⁹ AA aber BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347; als denkbare fachgerichtliche Lösung später gebilligt durch BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NJW 2014, 1874; zum begrenzten Aussagegehalt der verfassungsgerichtlichen Entscheidung *Greiner*, jM 2014, 414.

den Regelfall getroffen werden, vorbehaltlich einer potentiell paritätsfördernden Anwendung aktiver Kampfmittel bei einer bereits lang andauernden, festgefahrenen, anders nicht lösbaren Verhandlungssituation.⁷⁰

Ein mit Blick auf die Verfehlung abstrakt-materieller Parität exzessiver Charakter eines verhandlungsbegleitenden Warnstreiks wird sich jedenfalls keineswegs bejahen lassen; vielmehr handelt es sich beim klassischen Erscheinungsbild eines „Warnstreiks“ gerade um eine besonders punktuelle, zeitlich-räumlich beschränkte Form des Kampfmitteleinsatzes und der Druckentfaltung. Gleichfalls zu verneinen ist, wie noch näher zu zeigen sein wird, seine evidente Ungeignetheit⁷¹ oder evident fehlende Erforderlichkeit.

c) Ausgestaltungsbegriff

Der auch vom BVerfG verwendete Ausgestaltungsbegriff ist im Bereich des Arbeitskampfrechts somit nicht mehr und nicht weniger als eine unpräzise Umschreibung für den ausgleichenden Vorgang der praktischen Konkordanz, d.h. die dargestellte Angemessenheits- oder Exzesskontrolle, die bei Grundrechtskonflikten im Gleichordnungsverhältnis stets geboten ist. Zugleich dient er als legitimierende Begründung für die dargestellten Reduktionen und Modifikationen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Ausgestaltungsbegriff hat damit im Arbeitskampfrecht eine fundamental andere Bedeutung als im Tarifvertragsrecht, wo die normgeprägte Freiheit zur tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen erst durch einfaches Gesetz geschaffen werden muss und insofern einer „Ausgestaltung“ bedarf.⁷²

2. Verhältnismäßigkeit, Sozialadäquanz, Güterabwägung, praktische Konkordanz

Die in der neueren Rechtsprechung erkennbare Engführung des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und ihre fortschreitende Reduktion auf eine bloße Exzesskontrolle wirft die Frage auf, ob dies noch zutreffend

⁷⁰ Vgl. Schaub/Treber, ArbR-HdB, § 192 Rn. 52, der die Zulassung von Betriebsblockaden in „besonders gelagerten Fällen“ erwägt. Implizit die Betriebsblockade als europarechtlich unbedenkliche Arbeitskampfform anerkennend EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 Laval un Partneri, NZA 2008, 159, 165 f., Rn. 103; allerdings ist dies wegen Art. 153 Abs. 5 AEUV und der daraus folgenden mitgliedstaatlichen Autonomie bei der Normierung des Arbeitskampfrechts von sehr begrenzter Aussagekraft.

⁷¹ So aber Picker, Warnstreik, S. 117 ff., 143.

⁷² Ausf. Greiner, Rechtsfragen, S. 70 ff., 93 ff. mwN.

als Anwendungsfeld des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschrieben ist. Denn mit der sehr wertungsoffenen Exzesskontrolle ist letztlich nur noch ein – freilich wesentlicher – Aspekt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erhalten.

Dieser reduzierte und zugleich sehr wertungsoffene Verhältnismäßigkeitsmaßstab kommt in verblüffender Weise dem Ausgangspunkt der BAG-Judikatur in den 1950er-Jahren nahe: dem ebenfalls sehr reduzierten und zugleich wertungsoffenen Maßstab der Sozialadäquanz.⁷³ Allerdings sind die Vorzeichen heute infolge eines im Ausgangspunkt anderen Grundrechtsverständnisses umgekehrt: Nicht die Sozialadäquanz eines Arbeitskämpfungsmittels muss positiv belegt werden, sondern vielmehr kann sein exzessiver, rechtsgütergefährdender oder die Parität verfehlender Charakter zur Versagung der Angemessenheit und damit implizit der Sozialadäquanz bzw. Rechtmäßigkeit führen. Auch wenn das BAG programmatisch auch heute noch daran festhält, dass

„zentraler und angemessener Maßstab für die Beurteilung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitskämpfs [...] der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiteren Sinn“ ist,⁷⁴

führt somit in der Sache nach sechzig Jahren ein dogmatischer Umweg an den Ausgangspunkt zurück: Vom Irrweg einer detailliert das Arbeitskampfgeschehen steuernden Verhältnismäßigkeitsprüfung im weiteren Sinne zurück zum offen abwägenden Topos der Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne und damit zur Angemessenheit bzw. Sozialadäquanz?⁷⁵

⁷³ BAG 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291; aufgegeben dann bereits durch BAG 20.12.1963 – 1 AZR 428/62, BAGE 15, 174.

⁷⁴ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 22, BAGE 123, 134 unter Verweis auf BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 306; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140, B I 1; BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 195, II 2 b; BAG 11.5.1993 – 1 AZR 649/92, BAGE 73, 141, II 1 sowie BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, BVerfGE 92, 365, C I 1 c; vgl. auch BVerfG 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03, NZA 2004, 1338 und im Schrifttum Kissel, Arbeitskampfrecht, § 29 Rn. 7 ff.; ErfK/Dieterich, GG, Art. 9 Rn. 129 ff.; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 1130; vgl. auch Otto, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 8 Rn. 3 ff.

⁷⁵ Mit diesem Befund kontrastiert allerdings, dass das BVerfG im Flashmob-Nichtannahmebeschluss (BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, Rn. 41, NZA 2014, 493) hervorhebt, das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip sei „zwar inhaltlich unbestimmt, aber dogmatisch detailliert durchformt.“

a) Rechtsprechungsentwicklung beim BAG

Bereits angesprochen ist damit, dass in der Rechtsprechung des BAG zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen in dogmatischer Hinsicht vier Phasen zu unterscheiden sind:⁷⁶ Zunächst dominierte der sehr wertungsoffene Aspekt der Sozialadäquanz,⁷⁷ in einer zweiten Phase löste sich die Rechtsprechung vom Topos der Sozialadäquanz und ersetzte ihn durch eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷⁸ In einer dritten Phase wurden Verhältnismäßigkeits- und Paritätsfragen eng miteinander verknüpft.⁷⁹ Heute ist eine Abkehr vom Gedanken einer staatlich gesteuerten oder jedenfalls staatlich beeinflussten Sozialpartnerparität zu konstatieren;⁸⁰ die Verhältnismäßigkeitsprüfung schrumpft zu einer offenen Güterabwägung (Angemessenheitsprüfung) unter Betonung der tarifautonomen Eigenverantwortung der Sozialpartner. Im Einzelnen:

In seiner ersten Grundsatzentscheidung zum Arbeitskampfrecht hatte der Große Senat des BAG 1955 noch den sehr wertungsoffenen Topos der Sozialadäquanz für maßgeblich gehalten: Der Sinngehalt jedes menschlichen Verhaltens ergebe sich erst aus der Funktion dieses Verhaltens innerhalb des menschlichen Zusammenlebens. Infolgedessen lasse sich auch der Unrechtsgehalt einer Handlung nur aus der Beziehung dieser Handlung zu der Ordnung des menschlichen Zusammenlebens bestimmen. Handlungen, die sich im Rahmen dieser allgemeinen sozialen Ordnung hielten, seien sozial adäquat und damit nicht widerrechtlich.⁸¹ Das deutsche Arbeitsrecht erkenne die sozialadäquaten Arbeitskämpfe als ein legitimes Mittel zur Erreichung kollektivrechtlicher Vereinbarungen an.⁸²

Im zweiten arbeitskampfrechtlichen Grundsatzbeschluss des Großen Senats 1971 würdigte dieser seine frühere Rechtsprechung selbstkritisch⁸³ und ersetzte den sehr wertungsoffenen Beurteilungsmaßstab der Sozialadäquanz durch ein klarer konturiertes Verhältnismäßigkeitsprinzip: Arbeitskampfmaßnahmen

⁷⁶ Zutreffende Analyse bei *Preis*, Arbeitsrecht, § 117 S. 393 ff.

⁷⁷ Vgl. BAG 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291.

⁷⁸ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292.

⁷⁹ BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 195; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140.

⁸⁰ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 41 ff., BAGE 132, 140; BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 25 ff., BAGE 123, 134; vgl. *Hanau*, Entgrenzter Arbeitskampf, S. 15, 21 f.

⁸¹ BAG 28.1.1955 – GS 1/54, Rn. 56, BAGE 1, 291.

⁸² BAG 28.1.1955 – GS 1/54, Rn. 63, BAGE 1, 291.

⁸³ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, Rn. 53 ff., BAGE 23, 292.

stunden generell unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.⁸⁴ Deutliche Betonung findet dabei die Gemeinwohlbindung: Zwar müssten Arbeitskämpfe nach unserem freiheitlichen Tarifvertragssystem möglich sein, um Interessenkonflikte über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im äußersten Fall austragen und ausgleichen zu können. In einer verflochtenen und wechselseitig abhängigen Gesellschaft berührten aber Streik und Aussperrung nicht nur die am Arbeitskampf unmittelbar Beteiligten, sondern auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit vielfach nachhaltig. Arbeitskämpfe müssten deshalb unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. Dabei seien die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen und das Gemeinwohl dürfe nicht offensichtlich verletzt werden.⁸⁵ Hervorzuheben ist insofern, dass das BAG den Geltungsgrund der Verhältnismäßigkeitsbindung primär in den von Arbeitskampfmaßnahmen ausgehenden Fern- und Drittwirkungen sieht, nicht hingegen im Innenverhältnis der unmittelbar kampfbeteiligten Sozialpartner. Der Große Senat leitet daraus allerdings drei konkretere Folgerungen ab, die dann auch wieder erheblich auf das Innenverhältnis der unmittelbar kampfbeteiligten Sozialpartner einwirken:

Arbeitskämpfe dürften nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind. Jede Arbeitskampfmaßnahme beider Seiten dürfe ferner nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden, der Arbeitskampf sei also das letzte mögliche Mittel (*ultima ratio*).⁸⁶ Damit waren – sogar als erste Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips – die Anforderungen an den Arbeitskampfbeginn umrissen. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit betreffe dennoch nicht allein Zeitpunkt und Ziel, sondern auch die Art der Durchführung und die Intensität des Arbeitskampfes. Der Arbeitskampf sei deshalb nur dann rechtmäßig, wenn und solange er nach Regeln eines fairen Kampfes geführt werde.⁸⁷ Nach beendetem Arbeitskampf müssten wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beide Parteien ebenfalls dazu beitragen, dass schnellstmöglich und in größtmöglichem Umfang der Arbeitsfriede wieder hergestellt werde.⁸⁸

⁸⁴ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, Leitsatz.

⁸⁵ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, Rn. 64, BAGE 23, 292.

⁸⁶ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, Rn. 66, BAGE 23, 292 mwN.

⁸⁷ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, Rn. 67, BAGE 23, 292.

⁸⁸ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, Rn. 68, BAGE 23, 292.

Das BAG betont in dieser Grundsatzentscheidung auch den wichtigen Aspekt des Vorrangs innenrechtlicher Verhältnismäßigkeitsbindungen der Tarifparteien: Diese könnten in ihren Satzungen Regeln festlegen oder miteinander Vereinbarungen treffen, denen der Vorrang gegenüber der heteronomen Festlegung richterrechtlicher Verhältnismäßigkeitspostulate einzuräumen sei. Als Beispiel nennt das BAG die übliche satzungsrechtliche Festlegung eines Urabstimmungserfordernisses,⁸⁹ dem damit implizit eine außenrechtliche Wirkung zugemessen wird: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird in seiner Ausgestaltung gewissermaßen satzungsdispositiv. Nur sofern solche Vereinbarungen nicht getroffen wurden, sei „nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob der Arbeitskampf nach Anlass, Beginn, Art der Durchführung und weiterer Entwicklung“ rechtlich zulässig ist.⁹⁰

b) Kritische Einwände

In jüngerer Zeit wird als konsequente Zuspitzung der bereits skizzierten und im Einzelnen noch aufzuzeigenden (s.u. C. I. und C. II.) höchstrichterlichen Regulierungstendenz mitunter der Abschied vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz postuliert. Man könnte dazu neigen, eine deutliche methodische Trennlinie zwischen der – eigentlich auf den staatlichen Eingriff zugeschnittenen – Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Konkordanzbetrachtung zwischen kollidierenden Freiheitsrechten vorzunehmen.⁹¹ Angestoßen werden soll dadurch ein offener Abschied von der traditionellen Verhältnismäßigkeitsprüfung⁹², die in der Rechtsprechung ohnehin nur noch rudimentär – nämlich im skizzierten Sinne praktischer Konkordanz – vollzogen wird.⁹³

Diese auf den ersten Blick eingängigen Überlegungen⁹⁴ treffen aber den Kern des dogmatischen Problems wohl nicht. Denn letztlich meinen das Prinzip der praktischen Konkordanz und die Bindung an die Proportionalität, Angemessenheit oder Sozialadäquanz mit unterschiedlicher Terminologie dasselbe: Die

⁸⁹ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, Rn. 69, BAGE 23, 292.

⁹⁰ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, Rn. 70, BAGE 23, 292.

⁹¹ So *Wroblewski*, Streikbegrenzung außerhalb der Daseinsvorsorge durch gesetzliche Regulierungen von Ankündigungsfristen und Schlichtungsverfahren sowie Notdienstvereinbarungen?, Vortrag auf der Fachtagung „Streikrecht – Ausgewählte Fragen“ am 30.6.2016 in Kassel.

⁹² Kritisch *Berg/Kocher/Schumann/Kocher*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 137 ff., 147 ff.

⁹³ Zum Methodenproblem bereits *Hensche/Wolter*, GS Zachert, S. 544.

⁹⁴ Vgl. noch vorsichtig zustimmend *Greiner*, ZfA 2016, 451, 454.

Bindung an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der – wie schon vor mehreren Dekaden dogmatisch nachgewiesen⁹⁵ – auf höchst unterschiedliche Weise und mit höchst unterschiedlicher Intensität in die Privatrechtsbeziehung einstrahlen kann, ohne dadurch jedoch seine dogmatische Fundierung einzubüßen. Wo das idealtypische privatautonome „freie Spiel der Kräfte“⁹⁶ durch einseitige Gestaltungs- und Einwirkungsmacht ersetzt wird, bedarf es richterlicher Kontrolle und Begrenzung. Der abwägende Richter handelt dabei stets in Anwendung von Teilelementen des Verhältnismäßigkeitspostulats – mag man diesen Abwägungs- und Begrenzungsvorgang nun als Herstellung praktischer Konkordanz oder als Kontrolle auf Proportionalität, Angemessenheit oder Sozialadäquanz bezeichnen.

III. Geltungsgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Privatrecht

1. Anwendbarkeit im Grundsatz

Die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitskampfrecht erschließt sich nicht von selbst, sondern ist in hohem Maße begründungsbedürftig. Der Verfasser hat dazu bereits andernorts Überlegungen angestellt,⁹⁷ die hier lediglich ergänzt werden sollen: Bekanntlich hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seinen Ursprung im öffentlichen Recht und wird dort mit der Bindung der eingreifenden Staatsgewalt an Rechtsstaatsgebot und Grundrechte fundiert.⁹⁸ Auch im Zivilrecht kommt es zu einer vergleichbaren hoheitlichen Einwirkungs- und Eingriffskonstellation, wenn der erkennende Richter als Teil der Staatsgewalt verbindlich über einen Rechtsstreit zu entscheiden hat.⁹⁹ Dies erklärt aber noch nicht, weshalb auch außerhalb der gerichtlichen Konfliktsitua-

⁹⁵ Exemplarisch *Preis*, FS Dieterich, S. 429 mwN.

⁹⁶ Siehe besonders krit. zum „freien Spiel der Kräfte“ Berg/Kocher/Schumann/Berg, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 1 Rn. 20 ff.

⁹⁷ *Greiner*, Rechtsfragen, S. 456 ff.

⁹⁸ Vgl. BVerfG 23.10.1952 – 1 BvB 1/51, BVerfGE 2, 1, 79; BVerfG 7.8.1962 – 1 BvL 16/60, BVerfGE 14, 263, 277 f.; BVerfG 10.6.1963 – 1 BvR 790/58, BVerfGE 16, 194, 201 f.; BVerfG 7.4.1964 – 1 BvL 12/63, BVerfGE 17, 306, 313 f.; BVerfG 15.12.1965 – 1 BvR 513/65, BVerfGE 19, 342, 348 f.; BVerfG 15.12.1970 – 2 BvF 1/69 ua., BVerfGE 30, 1, 20; BVerfG 19.10.1982 – 1 BvL 34/80, 1 BvL 55/80, BVerfGE 61, 126, 134; BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 ua., BVerfGE 65, 1, 44.

⁹⁹ Vgl. *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 330 ff.; krit. etwa *Hager*, JZ 1994, 373, 374.

tion eine Verhältnismäßigkeitsbindung der Privatrechtssubjekte im Gleichordnungsverhältnis Geltung beansprucht; es griffe wohl zu kurz, das Privatrechtsverhältnis vom „pathologischen Fall“ der gerichtlichen Auseinandersetzung her zu konzipieren.

Allein mit der sozialen Macht bestimmter Rechtssubjekte – im Individualarbeitsrecht des Arbeitgebers, im Arbeitskampfrecht der kampfführenden Koalitionen – lässt sich eine Verhältnismäßigkeitsbindung gleichfalls nicht begründen.¹⁰⁰ Richtig ist, dass die unterschiedlichen Bindungsadressaten und ihre unterschiedliche Rolle hinsichtlich Grundrechtsberechtigung und -verpflichtung eine unbesehene Übertragung der Verhältnismäßigkeitsbindung des öffentlichen Rechts in das Privatrechtsverhältnis verbieten.¹⁰¹ Methodisch ist gerade beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Differenzierung zwischen Grundsatz und Norm von prägender Bedeutung.¹⁰² Häufig hat der Gesetzgeber bereits Verhältnismäßigkeitserwägungen abstrakt-generell für das Privatrechtsverhältnis angestellt und „sperrt“ gewissermaßen den unmittelbaren Rückgriff auf das zugrunde liegende Verhältnismäßigkeitsprinzip. In diesem Rahmen hat der Gesetzgeber einen weiten Spielraum, wechselseitigen Grundrechtsschutz auszuteilen und insofern die Verhältnismäßigkeit einfachrechtlich gestaltend auszuformen.

Im Arbeitskampfrecht fehlt es an einer einfachrechtlichen Ausgestaltung der Verhältnismäßigkeit. Dem zur Entscheidung über einen arbeitskampfrechtlichen Sachverhalt berufenen Richter bleibt somit nichts anderes, als unter unmittelbarem Rückgriff auf das Grundprinzip der Verhältnismäßigkeit den entstehenden Grundrechtskonflikt zu entscheiden. Dass es aber einer Verhältnismäßigkeitsbindung im Grundsatz nach wie vor bedarf, zeigt der vergleichende Blick auf andere Fälle der einwirkenden Gestaltungsmacht im fortlaufenden Dauerrechtsverhältnis, die eine gesetzgeberische Ausgestaltung gefunden haben. So wird die Ausübung der Gestaltungsrechte in aller Regel an enumerativ aufgeführte sachliche Gründe oder jedenfalls an ein abstrakt-generelles, gesetzlich verankertes Begründungsbedürfnis geknüpft. Klassisches Beispiel für erstere Ausgestaltung ist die Anfechtung (vgl. §§ 119, 120, 123 BGB), für letztere Konstellation die betriebsbedingte Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG: „dringendes betriebliches Erfordernis“). Dieses Regelungsprinzip stellt eine einfachgesetzli-

¹⁰⁰ Zutreffend *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 432; entgegen *Gamillscheg*, AcP 164, 386, 436.

¹⁰¹ *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 435.

¹⁰² *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 435.

che Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsbindung¹⁰³ der Parteien bei der einseitigen gestaltenden Einwirkung im zwischen ihnen begründeten Rechtsverhältnis dar. Immer dort, wo das Gesetz im Interesse der Funktions- und Flexibilitätserhaltung des Gleichordnungsverhältnisses den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ durchbricht und einer Partei einseitige Gestaltungsmacht einräumt, muss kompensatorisch eine Verhältnismäßigkeitsbindung greifen. Besonders deutlich wird dies auch bei der Verhältnismäßigkeitsbindung einseitiger Leistungsbestimmungsrechte durch das Postulat „billigen Ermessens“ (§ 315 BGB; § 106 Satz 1 GewO).¹⁰⁴

Daraus folgt eine zentrale Erkenntnis für das Verhältnis von Verhältnismäßigkeitsbindung und Privatautonomie: Die vermeintliche Antinomie löst sich auf, wenn die Verhältnismäßigkeitsbindung in den Dienst der Privatautonomie gestellt wird. Eine Verhältnismäßigkeitsbindung beim nicht funktionsgestörten klassischen, paritätischen Vertragsschluss lässt sich nicht begründen; hier wirken im Grundsatz ein Eigenverantwortungsprinzip und der Grundsatz der freien rechtsgeschäftlichen Willensbildung. Nur im Sonderfall einer Störung dieser freien rechtsgeschäftlichen Willensbildung – wie etwa in der Konstellation der Bürgschaftserklärung des BVerfG¹⁰⁵ und generell im Arbeitsverhältnis¹⁰⁶ – besteht Raum für eine richterrechtlich auszuförmende Verhältnismäßigkeitsbindung im Interesse der Entfaltung grundrechtlicher Schutzpflichten.¹⁰⁷ Gleiches gilt, wenn der idealtypische privatautonome Aushandlungsvorgang auf andere Weise gestört ist, etwa indem durch Verwendung von AGB bereits beim Vertragsschluss der zweiseitige rechtsgeschäftliche Einigungsprozess nur noch als auf das „Ob“ eines Zustandekommen des Vertrags reduziertes Rudiment vorhanden ist und hinsichtlich der Vertragsinhalte klar die einseitige Gestaltungsmacht dominiert.¹⁰⁸

Eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsbindung echt privatautonomen Verhaltens lässt sich damit nicht begründen: Wo die Vertragsfreiheit funktioniert, fehlt

¹⁰³ Preis, FS Dieterich, S. 429, 438 f., 455.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu Preis/Wieg, AuR 2016, 313 ff.

¹⁰⁵ BVerfG 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, NJW 1994, 36.

¹⁰⁶ BVerfG 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, BVerfGE 85, 191, unter C III 3 der Gründe; grundlegend zu derartigen Ungleichgewichtslagen weiterhin BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242.

¹⁰⁷ Hager, JZ 1994, 373, 378 mwN.

¹⁰⁸ Ähnlich bereits Preis, FS Dieterich, S. 429, 441.

es an Legitimation für eine Verhältnismäßigkeitskontrolle.¹⁰⁹ Raum für eine Verhältnismäßigkeitsbindung einseitiger privater Machtausübung besteht, wo die Privatautonomie gestört ist und das privatautonome Erfordernis eines vertraglichen Konsenses über die Vertragsinhalte partiell durch einseitige Gestaltungsmacht ersetzt wird. Diese Verhältnismäßigkeitsbindung steht gerade nicht im Widerspruch zur Privatautonomie, sondern *begrenzt* vielmehr die rechtlich akzeptierte Abweichung vom Grundprinzip der zweiseitig voll entfalteten Privatautonomie.

Eine solch einseitige Gestaltungsmacht wird letztlich auch durch Art. 9 Abs. 3 GG zugunsten der Tarif- und Arbeitskampffreiheit eröffnet. Den Gewerkschaften werden im fortbestehenden Privatrechtsverhältnis eine rechtmäßige kollektive Angriffsmacht und die Kompetenz zur kollektiven Druckentfaltung eingeräumt. Letztlich zielt dies auf eine kollektive Umgestaltung der Vertragsinhalte im fortbestehenden Arbeitsverhältnis ab, dessen Bestand dadurch nicht zur Disposition gestellt wird. Der durch Arbeitskempfdruck oder die (vielleicht unausgesprochene) Drohung mit Arbeitskempfmitteln erzwungene Tarifabschluss ist aber eben nicht freie Neubetätigung der Privat- oder Tarifautonomie auf Arbeitgeberseite mit individueller, freier Aushandlung neuer Vertragsbedingungen, sondern *erzwungene* Vertragsanpassung. Die Zulassung dieser kollektiven Druckentfaltung hat ihren guten Grund und eine tragfähige Legitimation, weil das idealistische Konzept der individuellen Privatautonomie im Bereich des Arbeitsrechts aus den seit jeher hinlänglich bekannten Gründen und sozialen Rahmenbedingungen¹¹⁰ zum Scheitern verurteilt ist.

Ist demnach aber bereits durch die Verfassung den Gewerkschaften ein kollektives Vertragsumgestaltungsrecht eingeräumt, das im fortbestehenden Individualrechtsverhältnis praktiziert werden kann und auf dieses gestaltend einwirkt, folgt daraus schlüssig das kompensatorische Erfordernis einer Verhältnismäßigkeitsbindung in der Ausübung dieser einseitigen Vertragsumgestaltungsmacht. Alles andere wäre die vollkommen systemfremde Eröffnung einer ungebundenen Umgestaltungsmacht, die sich mit den Besonderheiten des kollektiven Verhandlungsmechanismus und der Grundentscheidung für Zulassung und Schutz kollektiver Druckentfaltungsmittel keineswegs erklären ließe. Vielmehr sollten gerade der kollektive, der staatlichen Rechtsetzung angenäher-

¹⁰⁹ Reuter, Diskussionsbeitrag, ZfA 1980, 493 f.; zustimmend Preis, FS Dieterich, S. 429, 442.

¹¹⁰ Vgl. Preis, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 5.

te¹¹¹ Charakter des Tarifrechts und die Durchbrechung des staatlichen Gewaltmonopols¹¹² durch die beidseitige Zulassung nötiger Druckentfaltung im Arbeitskampf zu einer noch intensivierten Verhältnismäßigkeitsbindung veranlassen.

Diese Verhältnismäßigkeitsbindung erschließt sich, soweit das Tarif- und Arbeitskampfrecht kollektiv-privatautonom zu begründen ist,¹¹³ aus dem skizzierten Abgleich mit den individuellen Gestaltungsrechten und Leistungsbestimmungsrechten im Privatrechtsverhältnis.¹¹⁴ Sind diese jeweils begründungsbedürftig und damit an den Verhältnismäßigkeitsmaßstab gebunden, muss gleiches für ein kollektiviertes Vertragsinhaltsumgestaltungsrecht gelten. Folgt man einem delegatorischen Begründungsansatz,¹¹⁵ speist sich hingegen die Verhältnismäßigkeitsbindung der Arbeitskampfparteien unmittelbar aus der öffentlich-rechtlichen Verhältnismäßigkeitsbindung des Staates, der einen Teil seiner Normsetzungskompetenzen auf die Tarifvertragsparteien übertragen hat.¹¹⁶

2. Verhältnismäßigkeitsmaßstab

Es bleibt die Frage nach dem anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsmaßstab: Der Verhältnismäßigkeitsmaßstab kann in Privatrechtsbeziehungen höchst unterschiedlich ausgestaltet sein: Inhalt und Struktur der jeweiligen Rechtsma-

¹¹¹ Vgl. exemplarisch BAG 15.1.1955 – 1 AZR 305/54, BAGE 1, 258, 264; BAG 23.3.1957 – 1 AZR 326/56, BAGE 4, 240, 251; *Wiedemann*, RdA 1969, 321.

¹¹² Vgl. *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 3 Rn. 2; *Bieder*, Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, S. 168 f. mwN; *ders.*, NZA 2008, 799, 800; krit. zu diesem Ansatz *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, S. 216 ff.

¹¹³ So die heute hM: *Zöllner*, RdA 1964, 443 ff.; *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 47 ff., 292 ff.; *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 91 ff.; *Dieterich*, FS Schaub, S. 117, 121; *Picker*, ZfA 1998, 573, 675 ff.; *Scholz*, RdA 2001, 193, 195; *Richardi*, ZfA 2003, 655 f.; *Richardi*, FS Konzen, 2006, S. 791 f.; in der Rspr.: grundlegend BAG 25.2.1998 – 7 AZR 641/96, BAGE 88, 118; weiterhin BAG 27.5.2004 – 6 AZR 129/03, BAGE 111, 8; BAG 4.4.2000 – 3 AZR 729/98, NZA 2002, 917; BAG 31.7.2002 – 7 AZR 140/01, BAGE 102, 65; explizit auch BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, Rn. 40, BAGE 137, 231; BAG 7.7.2010 – 4 AZR 549/08, Rn. 22, BAGE 135, 80.

¹¹⁴ S.o. B. III. 1.; weiterhin ausf. *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 452 ff.

¹¹⁵ Dafür exemplarisch BAG 15.1.1955 – 1 AZR 305/54, BAGE 1, 258, 264; BAG 23.3.1957 – 1 AZR 326/56, BAGE 4, 240, 251; *Wiedemann*, RdA 1969, 321; *Säcker*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 74; *Säcker*, AuR 1994, 1, 4.

¹¹⁶ *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*; zutr. darauf Bezug nehmend *Thüsing*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 889, 904, der aus diesem Gedanken eine „staatsanaloge“ Gemeinwohl- und Grundrechtsbindung der Tarifparteien ableitet.

terie und deren gesetzliche Regelungsdichte geben demnach die maßgeblichen Grenzen oder Voraussetzungen für den Rückgriff des Richters auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor¹¹⁷ oder: „Das Verhältnismäßigkeitsprinzip durchzieht die gesamte Rechtsordnung in sehr verschiedenen Verdichtungsgraden“.¹¹⁸ Das Spektrum reicht von einer bloßen rudimentären Exzess- und Missbrauchskontrolle über die Bindung an graduell unterschiedlich intensiv ausgestaltete Begründungslasten durch Kopplung einer Rechtsgestaltungsmacht an sachliche Gründe, dringende betriebliche Erfordernisse, wichtige Gründe etc. bis hin zur vollständigen Eröffnung einer umfassenden Verhältnismäßigkeitskontrolle, etwa durch Einräumung einer richterlichen Kontrollkompetenz hinsichtlich der Einhaltung billigen Ermessens. Durch die Gestaltungsmittel des einfachen Rechts wird damit der Kontrollmaßstab unter Umständen auf einzelne Teilprinzipien (Geeignetheit, Erforderlichkeit oder Angemessenheit) des umfassenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes reduziert.¹¹⁹

Im Arbeitskampfrecht fehlt es an einer einfachgesetzlichen Konkretisierung des anzuwendenden Verhältnismäßigkeitsmaßstabs. Jedoch ergibt sich eine bereits verfassungsrechtlich geprägte Vorentscheidung für den anzuwendenden Maßstab aus der systematischen Verknüpfung mit dem institutionellen Grundanliegen „Tarifautonomie“.¹²⁰ Überlässt der Staat auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in weiten Teilen den Tarifvertragsparteien die inhaltliche Regelungskompetenz, muss dieses Grundprinzip der Gewährleistung eines autonomen Verhandlungsmechanismus auch die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Rechtmäßigkeitskontrolle von Arbeitskampfhandlungen prägen: Wenn das Grundgesetz in Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen einen besonderen, eigenen Gestaltungsspielraum eingeräumt hat, aus dem auch ein freier Beurteilungsspielraum hinsichtlich der koalitionsspezifischen Betätigung folgt, resultiert daraus zwangsläufig ein Beurteilungsspielraum der Koalition hinsichtlich Eignung eines Arbeitskampfmittels und Erforderlichkeit.¹²¹ Dasselbe Problem, das sich bei stärker einfachgesetzlich ausgeformten Rechtsmaterien hinsichtlich der Kompetenzabgrenzung von Legislative und Judikative

¹¹⁷ Preis, FS Dieterich, S. 429, 445.

¹¹⁸ Wieacker, FS Fischer, S. 867 ff.; ihm zustimmend Preis, FS Dieterich, S. 429, 461.

¹¹⁹ Preis, FS Dieterich, S. 429, 448 unter Verweis auf *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 20.

¹²⁰ Näher dazu Greiner, Rechtsfragen, S. 119 f. mwN.

¹²¹ Preis, FS Dieterich, S. 429, 437 f.; unter Verweis auf *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S.155 f.

stellt,¹²² stellt sich angesichts der inhaltlich umfassenden Eröffnung eines autonomen Regelungsraums zugunsten der Tarifvertragsparteien im Tarif- und Arbeitskampfrecht im Verhältnis zwischen staatlicher Judikative und Tarifvertragsparteien.

Konsequent ist dann, dass sich jedenfalls für das Binnenverhältnis der Kampfparteien und damit des Kampfmitteleinsatzes außerhalb des Bereichs der Daseinsvorsorge eine detailliert gewichtende und damit richterrechtlich das Kampfgeschehen steuernde Angemessenheitskontrolle, etwa bezogen auf die Herstellung von Verhandlungsparität, verbietet.¹²³ Auch das wäre mit dem institutionellen Kernanliegen der Sicherstellung einer staatsfernen Sozialpartnerautonomie¹²⁴ nicht vereinbar. Letztlich bleibt dann für das bipolare Binnenverhältnis der Kampfparteien lediglich der sehr niederschwellige Maßstab einer Exzess- und Missbrauchskontrolle.¹²⁵ Beim drittbezogenen Arbeitskampf, insbesondere mit einer Schwerpunktverlagerung auf die Drittwirkungen,¹²⁶ intensiviert sich allerdings der Kontrollmaßstab, da die Drittbetroffenen keine rechtlich greifbaren, sondern allenfalls höchst mittelbare Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Tarifverhandlungen haben und somit im Verhältnis zu ihnen das institutionelle Argument für eine Reduktion der Verhältnismäßigkeitsbindung auf eine bloße Exzess- und Missbrauchskontrolle ausscheidet.¹²⁷ Letztlich war mit diesen durch *Ulrich Preis* in der Festschrift für *Thomas Dieterich* fast beiläufig formulierten Erwägungen die spätere Engführung in der höchstrichterlichen Judikatur¹²⁸ bereits 1999 argumentativ vorstrukturiert – eine bislang (auch infolge der zurückhaltenden Zitierpraxis des BAG) zu wenig gewürdigte wissenschaftliche Pionierleistung.

Neben dem institutionellen Kernanliegen des Art. 9 Abs. 3 GG sprechen für diese Engführung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Fehlen einer einfachgesetzlichen und damit unmittelbar demokratisch legitimierten Ausgestaltung des Abwägungsmaßstabs auch kompetentielle Gründe: Überzeugend scheint inso-

¹²² Vgl. *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 444.

¹²³ *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 438.

¹²⁴ Ausf. dazu *Greiner*, Rechtsfragen, S. 143 ff. mwN.

¹²⁵ So bereits *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 438.

¹²⁶ „Spiel über Bande“, vgl. *Greiner*, ZfA 2016, 451, 458.

¹²⁷ Dies bereits andeutend *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 438; dagegen *Berg/Kocher/Schumann/Kocher*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 157 ff., 159.

¹²⁸ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

fern das Postulat richterlicher Zurückhaltung:¹²⁹ Eine durch Richterrecht geschaffene Rechtskontrolle unter Rekurs auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz darf „nicht so dicht und dezidiert ausfallen, dass ein Tätigwerden des demokratischen Gesetzgebers überflüssig würde“.¹³⁰ Daraus resultiert ein Gebot, die richterrechtliche Konfliktlösung *extra legem* „auf das unerlässliche Maß und die konkret zu lösende Frage“ zu beschränken.¹³¹

IV. Verfassungsgerichtliche Konkretisierung des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips

In der Judikatur des BVerfG finden sich wechselnde Perspektiven und werden unterschiedliche dogmatische Konzepte zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitskampf gebilligt. Dies ist aber nicht immer Ausdruck eines Wandels der verfassungsgerichtlichen Bewertung, sondern letztlich bereits Konsequenz der Kompetenzverteilung zwischen Verfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit: Das BVerfG urteilt nicht als arbeitsrechtliche „Superrevisionsinstanz“, sondern entscheidet lediglich, ob das BAG eine aus verfassungsrechtlicher Perspektive vertretbare Entscheidung getroffen oder grundgesetzliche Wertungen verkannt hat. Verfassungsgerichtliche Prüfung von Fachrichterrecht ist immer nur Vertretbarkeitsprüfung, insbesondere wenn es um die Beurteilung wertender Abwägung geht.

So fokussierte in der Entscheidung des BVerfG vom 26.6.1991¹³² die Verhältnismäßigkeitskontrolle auf das Abwehrmittel der Arbeitgeberseite, während das gewerkschaftliche Angriffsmittel kontrollfrei bleiben sollte. Das BVerfG interpretierte in der genannten Entscheidung die Rechtsprechung des BAG zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als eine ausschließliche Betrachtung des Verteidigungsmittels und verneinte die noch im Beschluss des Großen BAG-Senats vom 21.4.1971¹³³ hervorgehobene Gleichstellung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln. Das BVerfG gelangte so zu der sehr weitgehenden Aussage:

¹²⁹ Vgl. *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 444.

¹³⁰ *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 437.

¹³¹ Zutreffend *Preis*, FS Dieterich, S. 429, 437 unter Verweis auf *Säcker*, GewMH 1972, 287, 288 f.

¹³² BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

¹³³ BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292.

„Indem das BAG sich darauf beschränkt, erst der Eskalation eines Arbeitskampfes durch übermäßige Abwehrmaßnahmen entgegenzuwirken, wahrt es die Tarifautonomie. Bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die schon bei den Angriffskampfmitteln ansetzte, wäre eine gerichtliche Kontrolle der Tarifziele kaum zu vermeiden. Eine solche Kontrolle widerspräche aber dem Grundgedanken der Tarifautonomie.“¹³⁴

Eine Verhältnismäßigkeitskontrolle von Angriffsmitteln sollte daher aus Sicht des BVerfG offenbar als Verletzung der Tarifautonomie generell nicht in Betracht kommen.

In der Folge griff das BAG diese Sichtweise in einer Entscheidung vom 11.8.1992¹³⁵ auf, misst in jüngeren Entscheidungen aber erneut auch die Angriffsmittel der Gewerkschaft an einem – allerdings aus den bereits dargestellten Gründen (s.o. B. II. 1.) inhaltlich auf eine Exzesskontrolle reduzierten – Verhältnismäßigkeitsmaßstab. Bereits in der Entscheidung vom 18.2.2003¹³⁶ beansprucht es eine Prüfungszuständigkeit hinsichtlich der Frage, ob ein Streik gegen einen Außenseiter-Arbeitgeber „völlig ungeeignet“ ist, um einen Verbandstarifvertrag zu erzwingen. Der erste Senat führt dazu aus, eine Arbeitskampfmaßnahme, die „zur Durchsetzung der kollektiven Forderungen völlig ungeeignet ist“, unterfalle bereits nicht dem grundrechtlichen Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG; die offensichtlich fehlende Eignung der Maßnahme wird somit (dogmatisch angreifbar) als Schutzbereichsbegrenzung betrachtet. Trotz der damit im Grunde bejahten Verhältnismäßigkeitskontrolle auch des Angriffsmittels betont das BAG die Autonomie der Tarifparteien: Sie hätten einen „Beurteilungsspielraum“ bei der Frage, ob eine Arbeitskampfmaßnahme geeignet sei, Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben;¹³⁷ letztlich ist damit die in der jüngsten Judikatur, insbesondere dem Flashmob-Urteil des BAG,¹³⁸ noch stärker ausgeformte Beschränkung auf eine Exzess- und Missbrauchskontrolle bereits grundgelegt. In Fortentwicklung seiner früheren Judikatur erkannte in der Folge auch das BVerfG die Möglichkeit einer Evidenzkontrolle des Angriffsmittels an.¹³⁹

¹³⁴ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, Rn. 52, BVerfGE 84, 212.

¹³⁵ BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, BAGE 71, 92.

¹³⁶ BAG 18.2.2003 – 1 AZR 142/02, NZA 2003, 866.

¹³⁷ Fortgeschrieben in BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134 mit Blick auf Geeignetheit und Erforderlichkeit des Unterstützungsstreiks. Diese Entscheidung stellte daher eine konsequente Fortentwicklung der Rechtsprechung und keine umstürzende Neuerung dar; aA *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814 mwN.

¹³⁸ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140.

¹³⁹ BVerfG 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03, NZA 2004, Rn. 20 ff., 1338.

Dieser differenzierenden Betrachtungsweise ist beizupflichten: Angesichts der bereits in der Grundrechtsstruktur des Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Ausrichtung der „natürlichen“ Arbeitskampffreiheit auf den spezifischen Privilegierungszweck einer „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ ist eine Missbrauchskontrolle geboten: Die zur Druckausübung und – weiter gehend – zur Herstellung von Verhandlungsparität evident ungeeignete oder evident nicht erforderliche Maßnahme verliert den verfassungsrechtlich privilegierten Koalitionszweck aus den Augen und muss daher gegenüber kollidierenden Grundrechten der Arbeitgeberseite – jedenfalls in der Verhältnismäßigkeits- und Konkordanzbetrachtung – zurückstehen. Doch auch mit der Beschränkung auf eine niederschwellige Missbrauchskontrolle unter Anerkennung einer gewerkschaftlichen Einschätzungsprärogative hat das BAG Recht:¹⁴⁰ Denn käme es tatsächlich zu einer ins Einzelne gehenden Kontrolle der Geeignetheit und Erforderlichkeit einer Angriffsmaßnahme, wäre die Gewerkschaft stets auf das mildeste Kampfmittel verwiesen. Die „natürliche“ Freiheit der Kampfmittelwahl¹⁴¹ wäre entwertet; über jeder Angriffsmaßnahme schwebte das Damoklesschwert der Rechtswidrigkeit.¹⁴²

Diese dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtete Rechtsprechung im Grundsatz und auch in seiner durch das Flashmob-Urteil¹⁴³ geprägten, stark reduzierten Ausgestaltung hat das BVerfG in seinem 2014 ergangenen Nichtannahmebeschluss¹⁴⁴ zum Flashmob zuletzt ausdrücklich aufgegriffen und gebilligt, allerdings eher zurückhaltend und mit klarem Fokus auf den Prüfungspunkt der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Proportionalität/Angemessenheit): Umstrittene Arbeitskampfmaßnahmen würden generell „unter dem Gesichtspunkt der Proportionalität“ überprüft. Dies schließt eine fachgerichtliche Kontrollbefugnis auch hinsichtlich der gewerkschaftlichen Angriffsmaßnahmen ein – letztlich

¹⁴⁰ Deziert aA *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 817 f.; aA auch *Sittard*, ZTR 2008, 178, 181 ff., jedenfalls für Streiks im Bereich der Daseinsvorsorge.

¹⁴¹ S.o. B. I. 1.

¹⁴² Eine parallele Problematik besteht heute auf unionsrechtlicher Ebene angesichts der Spruchpraxis in den Entscheidungen *Viking* und *Laval*, EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 *International Transport Workers' Federation u.a./ Viking Line ABP u.a.*, EuZW 2008, 246; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 *Laval un Partneri*, NZA 2008, 159. Genau wegen der freiheitshemmenden Wirkung einer ins Detail gehenden Verhältnismäßigkeitskontrolle mit Recht zurückhaltender noch EuGH, 12.6.2003 – C-112/00 *Eugen Schmidberger/Republik Österreich*, EuZW 2003, 592.

¹⁴³ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

¹⁴⁴ BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493.

eine klare Abkehr von der in der Entscheidung vom 26.6.1991¹⁴⁵ und der dort erkennbaren Engführung auf Abwehrmaßnahmen. Durch den Einsatz von Arbeitsk Kampfmaßnahmen solle generell kein einseitiges Übergewicht bei Tarifverhandlungen entstehen – letztlich ein klares Bekenntnis zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch im Binnenverhältnis der unmittelbar kampfbeteiligten Sozialpartner. Die Orientierung des Bundesarbeitsgerichts am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei „insofern nicht zu beanstanden“.¹⁴⁶ Hier findet die Rollenverteilung zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit wesentlich überzeugenderen Ausdruck als in der stark gestaltenden Verfassungsgerichtsentscheidung vom 26.6.1991.¹⁴⁷ Auch künftige Weiterentwicklungen der fachgerichtlichen Judikatur zum arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hätte das BVerfG somit nicht im Detail inhaltlich und auf die Verwirklichung der bestmöglichen Lösung zu kontrollieren, sondern lediglich auf die Beachtung der verfassungsrechtlichen Wertungen und Prinzipien. Insofern ist mit dem Flashmob-Nichtannahmebeschluss¹⁴⁸ lediglich die verfassungsrechtliche Vertretbarkeit der fachgerichtlichen Entscheidung bestätigt, nicht aber zugleich umgekehrt gesagt, dass eine mildere oder auch strengere fachgerichtliche Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwingend verfassungswidrig gewesen wäre. Die Rechtsentwicklung bleibt folglich auch künftig ebenso entwicklungs offen wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wertungs offen ist.¹⁴⁹

¹⁴⁵ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

¹⁴⁶ BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, Rn. 25, NZA 2014, 493.

¹⁴⁷ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

¹⁴⁸ BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493.

¹⁴⁹ Diese Selbstbeschränkung der verfassungsgerichtlichen Kontrolle gilt erst recht im Verhältnis zum Gesetzgeber, vgl. BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, dort auch unter Rn. 131, 138 ff. zu den arbeitskampfrechtlichen Konsequenzen der Tarifeinheitsgesetzgebung.

C. Entwicklungslinien des deregulierten Richterrechts: Kampfmittelwahlfreiheit und Relativierung des Ultima-Ratio-Grundsatzes

In fortschreitend besserer Erkenntnis dieser verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen ist das richterrechtlich verantwortete Arbeitskampfrecht im Grunde seit Mitte der 1980er-Jahre, nochmals bestätigt aber durch die Aufgabe der Kernbereichsjudikatur des BVerfG im Jahre 1995,¹⁵⁰ von einer durchgängigen Deregulierungstendenz geprägt: An die Stelle eines problematischen, rechtspolitisch stark gestaltenden Richterrechts *extra legem* ohne konkrete Vorgaben im geschriebenen Gesetzesrecht oder gar im Verfassungsrecht tritt in mehrfacher Hinsicht ein Richterrecht, das weitgehend auf die selbstregulierende Autonomie der Sozialpartner im Wechselspiel von Aktion und Reaktion vertraut und die Rolle des Richters auf die Entfaltung der Rechte und Interessen Drittbetroffener – insbesondere beim Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge – und auf die Exzesskontrolle im Binnenverhältnis der Kampfparteien beschränkt. Dieser mitunter kritisch bewerteten¹⁵¹ Deregulierungstendenz ist im Grundsatz bereits aus methodischen Gründen zuzustimmen, denn, wie dargelegt (oben B. II.), ist rechtspolitische Gestaltung ohne normatives Regelungsvorbild nicht Aufgabe der als Ersatzgesetzgeber fungierenden Judikative. Auch kann letztlich nur so dem urliberalen Anliegen des Art. 9 Abs. 3 GG auf Basis des verfassungsrechtlichen

¹⁵⁰ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 357 ff.; dazu *Wank*, JZ 1996, 629; *Thüsing*, Anm. EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG. Meilensteine der folgenden Rezeption in der Arbeitskampfbereichsjudikatur des BAG waren die Urteile zur Erstreikbarkeit von Tarifsozialplänen (BAG 24.4.2007 – 1 AZR 252/06, BAGE 122, 134; dazu u.a. *Bayreuther*, NZA 2007, 1017; *Gaul*, RdA 2008, 13), zur Rechtmäßigkeit des Unterstützungstreiks (BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134; dazu u.a. *Konzen*, SAE 2008, 1; *Wank*, Anm. AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Buchner*, BB 2008, 106; *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034; *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 817 f.) und zur Rechtmäßigkeit des „Flashmob“ als Arbeitskampfmittel (BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347; bestätigt durch BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493; dazu u.a. *Franzen*, JbArbR 47, 119 ff.; *Hanau*, jM 2014, 147; *Greiner*, jM 2014, 414, s.u. C. I. 2. d)).

¹⁵¹ Vgl. insbes. *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, die dem BAG besondere rechtspolitische Regelungsfreude vorwerfen.

Rechtmäßigkeitsverdikts (s.o. B. I.) einen im Übrigen staatsfernen Auseinandersetzungsmechanismus¹⁵² zu ermöglichen, entsprochen werden.

Für die hier zu erörternde Weiterentwicklung der Arbeitskampftaktik in der Phase des Warnstreiks sind zwei Entwicklungslinien der Rechtsprechung von hoher Bedeutung, denen im Folgenden genauer nachgegangen werden soll: Einerseits der immer stärker ausgeprägten Betonung des Grundsatzes der Kampfmittelwahlfreiheit – dem Kernelement des deregulierten Richterrechts, welches auch die Richtungswechsel in der praktischen Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und seiner Rückführung zu einem Prinzip der Sozialadäquanz (oben B. II. 2.) trägt. Andererseits der Aufhebung der Trennung zwischen Verhandlungs- und Erzwingungsphase seit dem Warnstreikurteil von 1988. Während der Grundsatz der Arbeitskampfmittelwahlfreiheit in der Rechtsprechung bislang vor allem für die Phase des Erzwingungsarbeitskampfes ausgeformt wurde, ist seine Anwendung auf die verhandlungsbegleitende Warnstreikphase begründungsbedürftig. Möglicherweise ergibt sich aus der Konvergenz beider Entwicklungslinien aber auch eine Freiheit in Arbeitskampftaktik und -intensität bereits in der Warnstreikphase.

I. Entwicklungslinie 1: Grundsatz der Kampfmittelwahlfreiheit als Kernelement des deregulierten Richterrechts

Starke Beachtung fand in den letzten Jahren die spätestens mit dem zweiten Unterstützungsstreik-Urteil vom 19.6.2007¹⁵³ einsetzende Akzentuierung des Grundsatzes der Kampfmittelwahlfreiheit, die im Flashmoburteil vom 22.9.2009¹⁵⁴ zugespitzt wurde. Im Folgenden soll Entwicklung, Inhalt und Grenzen der Figur der „Kampfmittelwahlfreiheit“ genauer nachgegangen werden; es sind die großen Entwicklungslinien der Rechtsprechung nachzuzeichnen.¹⁵⁵

¹⁵² Cornils, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 413; v. Münch/Kunig/Löwer, GG, Art. 9 Rn. 74.

¹⁵³ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

¹⁵⁴ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

¹⁵⁵ Ausführlich und mwN hierzu Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskammittelfreiheit und atypische Arbeitskmpfformen, S. 36 ff.

1. Rechtsprechungsentwicklung

a) Kanon tradierter Arbeitskämpfungsmittel: Beschränkung auf Arbeitsniederlegung

Noch im dritten, bereits von einem liberalen Grundrechtsverständnis gekennzeichneten Warnstreik-Urteil von 1988 bestätigte das BAG fast beiläufig die tradierte Sichtweise, dass es einen festen Kanon an Arbeitskämpfungsmitteln gebe, der den durch Art. 9 Abs. 3 GG bewirkten Schutz abschließend festlege; Insbesondere aktive Arbeitskämpfungsmittel wie „das Zustellen der Tür zum Personaleingang, die Blockade der Zufahrt zur Rampe der Warenannahme und der Zu- und Abfahrt zum Parkhaus sowie die Versperrung der Kundeneingänge ebenso wie für die Behinderung des Zutritts arbeitswilliger Arbeitnehmer durch das Bilden sogenannter Menschenketten“ stellten sich schlicht als rechtswidriger Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das Bekleben der Schaufenster mit Warnstreikplakaten als Eigentumsverletzung dar. Ein Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB sei somit zu bejahen, denn

„das Recht zum Streik beinhaltet das Recht, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu verweigern. Vom Streikrecht mit umfasst ist auch der Versuch und gegebenenfalls das Gelingen des Versuchs, neue, dem bestreikten Betrieb bisher nicht zugehörige Arbeitskräfte mit Mitteln des gütlichen Zuredens und des Appells an die Solidarität von der Aufnahme der Arbeit im bestreikten Betrieb abzuhalten [...]. Dementsprechend ist vom Streikrecht auch umfasst der Versuch, Arbeitnehmer des bestreikten Betriebes, die sich dem Streik bislang noch nicht angeschlossen haben, zur Teilnahme am Streik zu bewegen, sofern dieser Versuch mit Mitteln des gütlichen Zuredens und des Appells an die Solidarität erfolgt [...]. Handlungen, die darüber hinausgehen und gar strafrechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers oder Dritter verletzen, werden durch das Streikrecht nicht gerechtfertigt [...]. Unzulässig ist danach auch die Verhinderung des Zu- und Abgangs von Waren und Kunden [...] sowie die Behinderung arbeitswilliger Arbeitnehmer am Betreten des Betriebes durch Maßnahmen, die über bloßes Zureden, sich am Streik zu beteiligen, hinausgehen [...].

Solche Handlungen stellen sich ebenso wie ein rechtswidriger Streik als solcher als eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des bestreikten Arbeitgebers und damit als unerlaubte Handlung im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB dar [...]. Der Geschädigte kann Ersatz des ihm durch diese unerlaubte Handlung entstandenen Schadens verlangen.“¹⁵⁶

¹⁵⁶ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 92, BAGE 58, 364.

Diese ursprüngliche Festlegung auf einen Kanon zulässiger Arbeitskämpfmaßnahmen, der für die Gewerkschaften insbesondere mit der Arbeitsniederlegung im umkämpften Tarifbezirk umrissen ist, findet sich in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen und kulminierte dann im ersten Unterstützungstreik-Urteil, in welchem ein Streikaufruf an nicht vom angestrebten Tarifaabschluss betroffene Arbeitnehmer für grundsätzlich rechtswidrig befunden wurde:

„Die Funktion des Arbeitskampfes bestimmt die Grenzen seiner Zulässigkeit. Der Arbeitskampf ist wegen seiner Hilfsfunktion für die Tarifautonomie gewährleistet und zulässig. Er dient dem Ausgleich sonst nicht lösbarer tariflicher Interessenkonflikte. Er ist ein Hilfsmittel zur Sicherung der Tarifautonomie. Deshalb darf er auch nur als Instrument zur Durchsetzung tariflicher Regelungen eingesetzt werden [...]. Mit dieser Funktion von Arbeitskämpfen lassen sich in der Regel weder Sympthiestreiks noch Sympthieaussperrungen rechtfertigen noch die Teilnahme eines Arbeitnehmers an einer Demonstration (nicht Arbeitskampf), mit der auf behauptete soziale Mißstände hingewiesen werden sollte [...].

Diese koalitionsmäßige Betätigung im Rahmen von Tarifkonflikten ist verfassungsrechtlich geschützt. Mit dieser Begründung läßt sich jedoch der Sympthiestreik verfassungsrechtlich nicht legitimieren. Es kann deshalb nur fraglich sein, ob das Recht, einen Sympthiestreik auszurufen zu können und an einem Sympthiestreik teilnehmen zu dürfen, unabhängig vom Schutz der koalitionsmäßigen Betätigung im Rahmen von Tarifkonflikten zur geschützten koalitionsmäßigen Betätigung gehört. Das ist nicht der Fall. Art. 9 Abs. 3 GG räumt den Gewerkschaften keinen inhaltlich unbegrenzten und unbegrenzten Handlungsspielraum ein (BVerfGE 38, 386, 393; 58, 233, 247). Der Gesetzgeber ist dazu berufen, die Tragweite der Koalitionsfreiheit dadurch zu bestimmen, daß er Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen des Streikrechts näher regelt. Dabei dürfen dem Betätigungsrecht der Koalitionen jedoch nur solche Schranken gezogen werden, die zum Schutze anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind. Regelungen, die nicht in dieser Weise gerechtfertigt sind, tasten den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Kerngehalt der Koalitionsbetätigung an (BVerfGE 19, 303, 321 f.; 28, 295, 306; 50, 290, 368 f.; 58, 233, 247 f.).

Der Gesetzgeber hat den Arbeitskampf über die Vorschriften des Tarifvertragsgesetzes bisher nur im Zusammenhang mit der Tarifautonomie geregelt. Er hat Streik und Aussperrung als Kampfmittel in einem Tarifkonflikt zugelassen. Streik – und in begrenztem Umfang auch eine Abwehraussperrung – müssen zum Ausgleich sonst nicht lösbarer Interessenkonflikte bei Tarifverhandlungen möglich sein.

Der Sympathiestreik dient nicht unmittelbar diesem Zweck. Er richtet sich nicht gegen den Tarifpartner, mit dem ein Tarifvertrag abgeschlossen werden soll. Der von dem Sympathiestreik betroffene Unternehmer kann die Forderungen, die von den Gewerkschaften erhoben werden, nicht erfüllen. Er kann den Arbeitskampf nicht durch Nachgeben vermeiden oder zwischen Kampf und Nachgeben wählen. Er bedarf deshalb eines größeren Schutzes als der unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffene Arbeitgeber. Das rechtfertigt es, das Streikrecht der Gewerkschaften für den Regelfall auf den Streik gegen den unmittelbaren Tarifpartner zu beschränken. Durch eine solche Beschränkung wird das Streikrecht der Gewerkschaften in seinem Kerngehalt nicht angetastet.“¹⁵⁷

Das BAG stellte in dieser Entscheidung somit tragend darauf ab, dass der durch den Sympathiestreik betroffene Arbeitgeber, anders als der von dem Hauptstreik betroffene Arbeitgeber, keine Möglichkeit habe, die Forderungen der Gewerkschaft zu erfüllen. Damit sei die einzige legitime Funktion des Streiks, den bestreikten Arbeitgeber zum Abschluss eines Tarifvertrags zu veranlassen, bei einem Sympathiestreik nicht erfüllt. Der von einem Sympathiestreik betroffene Arbeitgeber bedürfe deshalb eines größeren Schutzes als der von einem Hauptstreik betroffene Arbeitgeber. Das rechtfertige es, das Streikrecht der Gewerkschaften im Regelfall auf den Streik gegen den unmittelbaren Tarifpartner zu beschränken.¹⁵⁸ Die grundsätzliche Zulässigkeit eines Sympathiestreiks folge ebenfalls nicht aus Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta vom 18.10.1961.¹⁵⁹ Ausnahmsweise seien aber Fallkonstellationen denkbar, in denen ein Sympathiestreik zulässig sei. Dies sei insbesondere dann anzunehmen, wenn zwischen dem Adressaten des Hauptstreiks und dem Adressaten des Sympathiestreiks eine so enge wirtschaftliche Verknüpfung bestehe, dass es sich „um ein und denselben Gegenspieler handelt“. Dies könne in Konzernstrukturen zu bejahen sein, wenn das von dem Sympathiestreik betroffene Unternehmen rechtlich zwar selbständig, wirtschaftlich aber nur ein Teil des durch den Hauptstreik betroffenen Unternehmens sei.¹⁶⁰ Konkrete Vorgaben, unter welchen Voraussetzungen eine derartige wirtschaftliche Verflechtung anzunehmen ist, fehlten. Man konnte freilich die strenge Diktion des BAG – „wirtschaftlich

¹⁵⁷ BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, BAGE 48, 160.

¹⁵⁸ Vgl. auch BAG 12.1.1988 – 1 AZR 219/86, NJW 1988, 2061.

¹⁵⁹ Vgl. ausführlich LAG Niedersachsen 7.3.2006 – 12 Sa 274/05, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 76; MHArbR/Otto, 2. Aufl. 2000, § 286 Rn. 65 mwN; vgl. auch MHArbR/Löwisch/Rieble, § 157 Rn. 33.

¹⁶⁰ Ebenso LAG Köln 23.8.1991 – 12 Sa 270/91, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 45.

nur ein Teil“ des eigentlichen Streikgegners – so deuten, dass ein sehr strenger Maßstab anzulegen sei.¹⁶¹

Diese ersichtlich bereits auf Schutzbereichsebene des Art. 9 Abs. 3 GG verordnete Verengung auf einen Kanon traditioneller Arbeitskämpfungsmittel beruhte auf dem damals vorherrschenden, in der zitierten Passage der ersten Unterstützungsstreik-Entscheidung deutlich zum Ausdruck kommenden Grundrechtsverständnis, bei Art. 9 Abs. 3 GG handele es sich um ein umfassend normgeprägtes Grundrecht, dessen Schutzbereich lediglich einen Kernbestand unerlässlich notwendiger Betätigungsformen umfasse und im Randbereich frei einfachrechtlich gestaltbar sei.

Noch deutlicher findet sich diese Festlegung auf einen Kanon tradierter und richterrechtlich dosierter Arbeitskämpfungsmittel im Übrigen auf Arbeitgeberseite, wo die Zulässigkeit von Aussperrungen und Abwehrhandlungen zunächst – im Rahmen der zu recht viel gescholtenen¹⁶² „Aussperrungsarithmetik“ eng begrenzt und richterrechtlich gesteuert wurde.¹⁶³ V.a. hinsichtlich der Abwehrmaßnahmen der Arbeitgeberseite sah das geltende Recht lange Zeit starke Restriktionen bis hin zu festgelegten Aussperrungsquoten vor. Kaum zum zutreffenden modernen Schutzbereichsverständnis von Art. 9 Abs. 3 GG passt es, wenn auch in bereits auf Grundlage der modernen Grundrechtsdogmatik nach

¹⁶¹ So die Interpretation des diese Rechtsprechung fortführenden LAG Niedersachsen 7.3.2006 – 12 Sa 274/05, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 76, das die Notwendigkeit einer Restriktion methodisch wenig überzeugend aus dem allgemeinen Grundsatz einer engen Auslegung von Ausnahmenvorschriften folgert. Die „in einem Konzern normalerweise vorhandenen Verflechtungen“ – und *in casu* selbst die Identität der Geschäftsführer, die Außendarstellung des Unternehmensverbundes als Einheit, gemeinsame Betriebsfeiern und eine einheitlich von den Arbeitnehmern herausgegebene Zeitung – reichten nicht aus, um eine hinreichende wirtschaftliche Verknüpfung zu bejahen. Große Bedeutung maß das LAG dem Umstand bei, dass es keine gemeinsamen Betriebe beider Unternehmen und keine ineinander greifenden Produktionsprozesse gebe. Es handele sich um eine „schlichte Kapitalbeteiligung“. Ähnlich MHArbR/Otto, 2. Aufl. 2000, § 286 Rn. 50, der einen Sympathiestreik dann für zulässig hält, wenn dieser „die eigentlichen Entscheidungsträger trifft“, und Reinartz/Olbertz, DB 2008, 814, 815 f. unter Beschränkung auf die Voraussetzungen des § 18 AktG.

¹⁶² Hanau, AFP 1980, 126; Konzen, AFP 1984, 1; Otto, RdA 1981, 285, 292; Richardi, JZ 1985, 410; Seiter, RdA 1981, 65; der dort geäußerten Kritik zustimmend MHArbR/Ricken, § 201 Rn. 8.

¹⁶³ Vgl. exemplarisch BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140; BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 195; BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, BAGE 71, 92.

Aufgabe der „Kernbereichs“-Judikatur¹⁶⁴ ergangenen Entscheidungen wie dem zweiten Unterstützungstreik-Urteil vom 19.6.2007¹⁶⁵ diese Restriktionen *obiter* eine Bestätigung zu erfahren scheinen, indem die restriktiv eingreifende Rechtsprechung vom 10.6.1980,¹⁶⁶ nach der das umkämpfte Tarifgebiet der Zulässigkeit einer suspendierenden Aussperrung einen Rahmen setzt, bestätigend zitiert wird.¹⁶⁷

b) Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung durch das BVerfG

All dies blieb jedoch dogmatisch höchst inkonsistent, beruhte ersichtlich auf der zeitweisen Verengung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG auf einen „Kernbereich“ und war somit infolge der Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung durch das BVerfG mit Urteil vom 14.11.1995¹⁶⁸ obsolet. Die genannte Entscheidung vom 14.11.1995, obwohl auf die nicht arbeitskampfrechtliche Frage der Mitgliederwerbung im Betrieb bezogen, erwies sich somit als Ausgangspunkt einer dogmatischen Kehrtwende des Bundesarbeitsgerichts in der Dogmatik der Arbeitskämpfungsmittel.

In der genannten Grundsatzentscheidung¹⁶⁹ führt das BVerfG zunächst in Fortschreibung seiner früheren Rechtsprechung¹⁷⁰ aus, Art. 9 Abs. 3 GG gewährleiste sowohl die individuelle Freiheit zur Koalitionsbildung, zum Beitritt und zum Fernbleiben. Ferner schütze es „die Koalitionen in ihrem Bestand und ihrer organisatorischen Ausgestaltung sowie solche Betätigungen, die darauf gerichtet sind, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern“. Eine wesentliche Neubewertung des Schutzbereichs liegt darin, dass das BVerfG nun meint, der durch Art. 9 Abs. 3 GG bewirkte Grundrechtsschutz erstrecke sich auf alle „koalitionsspezifischen“ Verhaltensweisen. Ob eine koalitionsspezifische Betätigung für die Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit „unerlässlich“ sei, könne „erst bei Einschränkungen dieser Freiheit Bedeutung erlangen“. Bei Art. 9 Abs. 3 GG gelte somit keine andere Schutzbereichs- und Schrankensystematik als bei anderen Grundrechten.¹⁷¹ Letztlich wird damit dem dogmatischen Konzept einer

¹⁶⁴ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352; dazu *Thüsing*, Anm. EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG; *Wank*, JZ 1996, 629; *Heimes*, MDR 1996, 561.

¹⁶⁵ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

¹⁶⁶ BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140.

¹⁶⁷ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

¹⁶⁸ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352.

¹⁶⁹ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352.

¹⁷⁰ Vgl. nur BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 mwN.

¹⁷¹ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352.

umfassenden Normgeprägtheit des Art. 9 Abs. 3 GG auch im Bereich der „natürlichen“ Betätigungsformen, die keiner einfachrechtlichen Zurverfügungstellung des tariflichen Normensetzungsmechanismus bedürfen, eine klare Absage erteilt. Die Kernbereichsformel wird aufgelöst und weicht einem weiten Schutzbereichsverständnis, das alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen umfasst und mit einer klassischen Schrankensystematik verbunden wird. Erst bei der Ausformung dieser Schranken werde eine einfachrechtliche Ausgestaltung durch das Grundgesetz zugelassen,¹⁷² nicht hingegen schon bei der Bestimmung der in den Schutzbereich fallenden Verhaltensweisen.

Die frühere Kernbereichsformel wird lediglich insofern aufrechterhalten, als sie die Grenze der auf Schrankenebene zulässigen einfachrechtlichen Ausgestaltung festlege. Diese Grenze sei erreicht, wenn „einschränkende Regelungen nicht zum Schutz anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten sind“.¹⁷³

Nimmt man dies mit den nachfolgenden Entscheidungen zur kollektiven Betätigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG zusammen, ergibt sich nunmehr folgende Systematik:¹⁷⁴ Art. 9 Abs. 3 GG schützt zunächst alle kollektiven Maßnahmen, die eine Koalition zur Realisierung des verfassungsmäßigen Koalitionszwecks verfolgt. Erfasst ist damit insbesondere auch der Abschluss von Tarifverträgen. Der Schutzbereich ist generell weit.¹⁷⁵ Das BVerfG differenziert lediglich hinsichtlich der Möglichkeit von Eingriffen: Es hält nach wie vor einen „unantastbaren Kernbereich“ für denkbar, in den schlechthin nicht eingegriffen werden darf.¹⁷⁶ Etwas weiter soll wohl der „Wesensgehalt“ des Art. 19 Abs. 2 GG sein.¹⁷⁷ Wo der Unterschied zwischen einem „Wesensgehalt“, der unter keinen Umständen angetastet werden darf (Art. 19 Abs. 2 GG), und einem „unantastbaren Kernbereich“ liegen soll, bleibt offen.¹⁷⁸ Bei anderen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen – vor allem, wo institutionelle Aspekte im Vordergrund stehen – werden die Begriffe „Wesensgehalt“ und „Kernbereich“ gleichfalls

¹⁷² Unter Verweis auf BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 306; BVerfG 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, BVerfGE 57, 220, 245 f.

¹⁷³ Ebenso bereits etwa BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua., BVerfGE 50, 290, 368.

¹⁷⁴ Die nachfolgende Darstellung entstammt im Wesentlichen *Greiner*, Rechtsfragen, S. 64 ff.

¹⁷⁵ Zuletzt programmatisch bestätigt durch BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915.

¹⁷⁶ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 360 unter Rekurs auf BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

¹⁷⁷ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 360.

¹⁷⁸ So auch *Dreier/Bauer*, GG, Art. 9 Rn. 85 f. („undeutliche Beziehung“) unter Hinweis auf BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

nebeneinander und in der Tendenz synonym gebraucht.¹⁷⁹ Im Interesse der terminologischen Klarheit sollte man auf den Begriff „Kernbereich“ ganz verzichten und ausschließlich den in Art. 19 Abs. 2 GG vorgegebenen Begriff des „Wesensgehalts“ verwenden.¹⁸⁰ Auch insofern scheint die Notwendigkeit einer Sonderdogmatik für Art. 9 Abs. 3 GG entbehrlich.

Art. 9 Abs. 3 GG ist verfassungsimmanenten Schranken unterworfen.¹⁸¹ Kommt es zu Konflikten mit anderen Verfassungsgütern, ist ein Ausgleich durch praktische Konkordanz zu erzielen.¹⁸² Insbesondere ist eine Grundrechtskonkordanz zwischen unterschiedlichen Schutzaspekten der Koalitionsfreiheit verschiedener Grundrechtsträger notwendig. Den verfassungsimmanenten Schranken der Koalitionsfreiheit ist auch die Harmonisierung mit den gegenläufigen Grundrechten des Arbeitgebers zuzuordnen, insbesondere der – richtig verstandenen – Unternehmerfreiheit.¹⁸³ Hier können koordinierende Regelungen¹⁸⁴ getroffen werden, die den verfassungsmäßigen Ausgleich sicherstellen. Der Gesetzgeber kann dabei nach gängiger Auffassung die verfassungsrechtlich bereits angelegte Konfliktlösung „nur verdeutlichend nachziehen, nicht originär begründen“.¹⁸⁵

Außerhalb des Kernbereichs bzw. Wesensgehalts hält das BVerfG zudem einfachrechtliche „Ausgestaltungen“ der Koalitionsfreiheit für denkbar. Ob „Ausgestaltung“ nur ein Synonym der praktischen Konkordanz ist, mithin nur die Nachzeichnung verfassungsimmanenter Schranken zum Gegenstand haben darf oder darüber hinaus eine Ausgestaltung zur Realisierung einfachrechtlich „legitimer Zwecke“ in Betracht kommt, scheint nicht vollständig geklärt.¹⁸⁶ Ursprünglich erwägt das BVerfG, außerhalb des „Kernbereichs“ bzw. „Wesensgehalts“ auch Ausgestaltungen zugunsten anderer „Rechtsgüter“ zuzulassen.¹⁸⁷

¹⁷⁹ Vgl. zu Art. 28 GG *Stern*, Staatsrecht I, S. 416; ferner *Meier/Greiner*, VerwArch 2006, 293, 302.

¹⁸⁰ AA *Sachs/Höfling*, GG, Art. 9 Rn. 74 ff.

¹⁸¹ Allgemein zur Kritik an dieser Konstruktion *Böckenförde*, Der Staat 42, S. 165, 174 ff.

¹⁸² Dazu allgemein *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 317 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 131 ff.; *Gellermann*, Grundrechte, S. 414; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung, S. 175 f.

¹⁸³ Dazu *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 110 ff.

¹⁸⁴ Vgl. *Butzer*, RdA 1994, 375, 381 f.; *Höfling*, FS Friauf, S. 387.

¹⁸⁵ *Dreier/Bauer*, GG, Vorbem. Rn. 141; vgl. ferner v. Münch/Kunig/v. Münch, GG, Vorbem. Art. 1 – 19 Rn. 47; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 312.

¹⁸⁶ So auch die Deutung bei *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 421. Zur Unschärfe der Begriffsverwendung durch das BVerfG vgl. die instruktive Übersicht bei *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 29 Fn. 79.

¹⁸⁷ Etwa BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352, 359.

Beispiele sind der „Betriebsfrieden“ und der „ungestörte Arbeitsgang“; auch das *einfachrechtliche* Interesse des Arbeitgebers an der vereinbarungsgemäßen Vertragserfüllung scheint somit erfasst zu sein. Mit der „finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung“ wird auch in der Entscheidung des BVerfG vom 3.4.2001¹⁸⁸ ein „Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung“ angesprochen, dem freilich kein Verfassungsrang zukommt.¹⁸⁹ Bei dieser Perspektive würde lediglich das Verhältnismäßigkeitsgebot der „Ausgestaltung“ Grenzen setzen; der Ausgestaltungsvorbehalt ähnelt dann einem einfachen Gesetzesvorbehalt.¹⁹⁰ In seinen jüngsten Entscheidungen tendiert das BVerfG demgegenüber zu erstgenannter Auffassung, lässt also „Ausgestaltungen“ nur zum Schutz kollidierender Verfassungsgüter zu.¹⁹¹ Es gelangt dann aber durch extensive Auslegung kollidierender Verfassungsgüter¹⁹² – insbesondere des Sozialstaatsprinzips – letztlich doch wieder zur Akzeptanz diverser einfachrechtlicher Regelungsinteressen, die nur verfassungsrechtlich verbrämt werden.¹⁹³

Diese Methodik setzt sich noch im Berliner Tariftreuebeschluss fort – dort allerdings bezogen auf die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit –, wenn dem Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, Verfassungsrang zugewiesen und dies als unmittelbare Ableitung aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG gedeutet wird.¹⁹⁴ Diese – von der bisherigen Verfassungsgerichtsjudikatur vor allem im Hinblick auf das Tariftrecht im engeren Sinne praktizierte – extensive Sichtweise auf kollidierende Verfassungsgüter wäre jedenfalls dann problematisch und kritikwürdig, wenn man sie auf die vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG gleichfalls umfassten Bereiche „natürlicher“ Freiheit, insbesondere also die Arbeitskämpfungsfreiheit, übertragen würde.

¹⁸⁸ BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 307.

¹⁸⁹ *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 421.

¹⁹⁰ Für einen einfachen Gesetzesvorbehalt jüngst auch *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 442, dazu sogleich unten C. I. 2. d) aa).

¹⁹¹ So auch in Interpretation bei *MKS/Kemper*, GG, Art. 9 Abs. 3 Rn. 89, allerdings auch unter Hinweis auf die vielgestaltige Terminologie des BVerfG.

¹⁹² Zutreffend *Thüsing*, FS 50 Jahre BAG, S. 889, 892; krit. auch *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, S. 43 ff. mit weiteren Beispielen. Vgl. auch BVerfG 10.1.1995 – 1 BvF 1/90 ua., BVerfGE 92, 26, 38 ff., wo eine Rechtfertigung aufgrund „wichtiger Gemeinschaftsgüter“, namentlich die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen, die „Sicherung qualifizierter Arbeitsplätze“ sowie die „Erhaltung der deutschen Handelsflotte“ (!) erwogen wird; vgl. dazu *Lagoni*, JZ 1995, 499, 501 mwN.

¹⁹³ Zutreffend daher die Kritik bei *Bieback*, AuR 2000, 201, 203; *Wolter*, NZA 2003, 1317, 1319.

¹⁹⁴ BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, Rn. 88.

Summa summarum ist dem BVerfG eine hinreichend klare Abgrenzung von Eingriff und Ausgestaltung und damit auch eine hinreichend klare Schutzbereichsdefinition bis heute nicht gelungen;¹⁹⁵ es tendiert aber bei wenig konsistenter dogmatischer Herleitung dazu, eine große Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers anzuerkennen.

Der Schlüssel zu einer konsistenten Lösung scheint darin zu liegen, hier zwischen „natürlichen“ und normgeprägten Aspekten der im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG angelegten Verhaltensweisen zu differenzieren.¹⁹⁶ Während bei natürlichen Freiheiten, z.B. der in der Entscheidung vom 14.11.1995 verfahrensgegenständlichen Mitgliederwerbung oder der hier zu diskutierenden Arbeitskampffreiheit (s. zu dieser Verortung als „natürliche Freiheit“ bereits oben B. I. 1.), angesichts der gesetzsvorbehaltlosen Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 3 GG eine strikte Begrenzung auf konfligierende Rechtsgüter von Verfassungsrang angezeigt scheint, dürfte größere Gestaltungsfreiheit im normgeprägten Ausgestaltungsbereich des Tarifrechts im engeren Sinne bestehen.

c) **Zweites Unterstützungstreik-Urteil des BAG**

Unmittelbar im Kontext der Aufgabe bzw. Klarstellung der früheren „Kernbereichs“-Judikatur des BVerfG steht die zweite Unterstützungstreik-Entscheidung des BAG vom 19.6.2007. Die Entscheidung bricht offen mit der im ersten Unterstützungstreik-Urteil vom 5.3.1985¹⁹⁷ erkennbaren Engführung, nach welcher der Unterstützungstreik als grundsätzlich unzulässig galt (s.o. C. I. 1. a), und kehrt sie im Argumentationsgang um.¹⁹⁸ Der Unterstützungstreik wird nun grundsätzlich als zulässiges Arbeitskämpfungsmittel anerkannt. Besonderer Begründung und Rechtfertigung bedarf auf Basis des modernen, weiten Schutzbereichsverständnisses zu Art. 9 Abs. 3 GG nicht mehr die Zulässigkeit des Unterstützungstreiks, sondern seine Unzulässigkeit. Insbesondere

¹⁹⁵ Ebenso Sachs/Höfling, Art. 9 Rn. 75; ähnlich Dreier/Bauer, Art. 9 Rn. 52, 91; Cornils, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 398; Ossenbühl/Cornils, Tarifautonomie, S. 46 ff.; scheinbar beliebige Begriffsverwendung insbes. in BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua., BVerfGE 50, 290, 368 ff.; BVerfG 9.10.1991 – 1 BvR 397/87, BVerfGE 84, 372, 378 f. (bzgl. Art. 9 Abs. 1 GG). Das Tarifeinheitsurteil vom 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, folgt zwar selbst für den Bereich des Tarifrechts einer Eingriffsdogmatik, betont aber die große Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

¹⁹⁶ Dafür bereits ausf. Greiner, Rechtsfragen, S. 80 ff.

¹⁹⁷ BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, BAGE 48, 160; bestätigt in ausführlicher Auseinandersetzung mit der krit. Literatur in BAG 12.1.1988 – 1 AZR 219/86, NJW 1988, 2061.

¹⁹⁸ Ebenso Konzen, SAE 2008, 1; Reinartz/Olbertz, DB 2008, 814, 815 („Kehrtwende“).

die zuvor vom LAG Niedersachsen¹⁹⁹ noch als Argument gegen die grundsätzliche Zulässigkeit des Unterstützungstreiks in Konzernstrukturen tragend angeführte Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses spricht auf dieser Grundlage nunmehr nicht mehr gegen, sondern für die grundsätzliche Zulässigkeit eines Unterstützungstreiks in Konzernverbänden.

2. Folgen der Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung

a) Aufgabe der Kernbereichsjudikatur – weites Schutzbereichsverständnis

Das BAG stützt diese neue Perspektive explizit auf eine weite verfassungsrechtliche Interpretation des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG. Die dargestellte frühere Sichtweise, etwa der Entscheidung vom 5.3.1985,²⁰⁰ beruhe auf dem damals herrschenden Schutzbereichsverständnis, nach dem die Betätigungsfreiheit der Koalitionen nur in einem Kernbereich durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sei; dieses (Miss-)Verständnis seiner Rechtsprechung habe das BVerfG mittlerweile korrigiert. Auch der Unterstützungstreik unterfalle somit der weit zu ziehenden, durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit.²⁰¹ Das BAG habe sich nach der Klarstellung durch das BVerfG vom 14.11.1995 dem gebotenen, alle koalitionsspezifischen Betätigungen umfassenden Verständnis des Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG in ständiger Rechtsprechung angeschlossen. Der Unterstützungstreik falle damit in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG; dies ist für den 1. Senat tragender Grund der Rechtsprechungsänderung.

Als „Doppelgrundrecht“ umfasse Art. 9 Abs. 3 GG neben individuellen Freiheiten auch die Gewährleistung von Bestand, organisatorischer Ausgestaltung und Betätigungen der Koalition, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen. Der grundrechtliche Schutz erstreckte sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasse „insbesondere die Tarif-

¹⁹⁹ LAG Niedersachsen 7.3.2006 – 12 Sa 274/05, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 76.

²⁰⁰ BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, BAGE 48, 160.

²⁰¹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 10, BAGE 123, 134; krit. *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034 („zu weitgehende Auslegung des Art. 9 III GG“); *Konzen*, SAE 2008, 1, 3, der auf die Notwendigkeit einer einfachrechtlichen Ausgestaltung des Streikrechts verweist; gegen die verfassungsrechtliche Herleitung auch *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 815; *Junker*, JZ 2008, 102, 103, die dem BAG eine rechtspolitische Intention unterstellen.

autonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht“.²⁰² Art. 9 Abs. 3 GG überlasse die Wahl der Mittel zur Durchsetzung einer Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge grundsätzlich den Koalitionen selbst. Auch Arbeitskämpfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, genossen somit grundrechtlichen Schutz. Sie seien „jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.“²⁰³ Auch der Streik sei somit als Arbeitskämpfungsmittel grundsätzlich verfassungsrechtlich gewährleistet – und nicht nur bestimmte Formen des Streiks. Man könne den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht auf den Bereich des Unerlässlichen beschränken. Ob eine koalitionsspezifische Betätigung für das Wahrnehmen der Koalitionsfreiheit unerlässlich sei, könne erst bei Einschränkungen dieser Freiheit Bedeutung erlangen.²⁰⁴

Für den Grundrechtsschutz des Unterstützungsstreiks komme es demnach auch nicht entscheidend darauf an, ob die den Hauptarbeitskampf und die den Unterstützungsstreik führende Gewerkschaft identisch sind. In Fällen der Identität werde lediglich die grundsätzliche Zulässigkeit des Unterstützungsstreiks besonders deutlich.²⁰⁵ Auch der Unterstützungsstreik diene dem Ziel der Gestaltung von – allerdings fremden – Arbeitsbedingungen und damit einem legitimen, tariflich regelbaren Arbeitskämpfziel.²⁰⁶ Die Situation sei vergleichbar mit

²⁰² BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 11, BAGE 123, 134 unter Verweis auf BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290, 373 f.; BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 224; BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, Rn. 106, BVerfGE 92, 365; BVerfG 3.4.2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 304; BVerfG 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03, Rn. 12 ff., NZA 2004, 1338; BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NJW 2007, 51, 53; BVerfG 6.2.2007 – 1 BvR 978/05, Rn. 21 ff., NZA 2007, 394.

²⁰³ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 11, BAGE 123, 134. *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034, 1035 heben diesen Aspekt stärker hervor und meinen, es sei demzufolge nachzuweisen, dass die Zulassung des Unterstützungsstreiks zur Herstellung von Parität erforderlich sei.

²⁰⁴ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 11, BAGE 123, 134.

²⁰⁵ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 12, BAGE 123, 134.

²⁰⁶ Dagegen meinen *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 815, der Unterstützungsstreik diene grundsätzlich nicht der Durchsetzung einer tariflichen Regelung und sei daher regelmäßig als nicht von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt zu betrachten. Dieser Ansatz ist schwer nachvollziehbar, da man auch einem Unterstützungsstreik zumindest die Intention, eine tarifliche Regelung durchzusetzen, kaum absprechen kann.

der Beteiligung eines Außenseiter-Unternehmens an einer Verbandsaussper-
rung, die das BVerfG als koalitions-gemäße Betätigung anerkannt habe.²⁰⁷

b) Grenzen des Unterstützungstreiks: Grundrechtsausgestaltung; Missbrauchskontrolle

Freilich folge aus dem grundrechtlichen Schutz des Unterstützungstreiks noch nicht, dass er stets zulässig sei. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit bedürfe nämlich „der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit es die Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand hat“. Beide Tarifvertragsparteien seien gleichermaßen von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, stünden bei seiner Ausübung aber in Gegnerschaft zueinander. Zulässige Arbeitskämpfungsmittel könnten beträchtliche Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit haben. Diese Kollisionslage mache „koordinierende Regelungen“ erforderlich.²⁰⁸ Inhalt der „Ausgestaltung“ ist somit nichts anderes als die praktische Konkordanz kollidierender Grundrechtspositionen (allg. s.o. B. II. 1.). Diese Aufgabe könnten auch die Gerichte leisten.

Primär sei es jedoch Aufgabe der Tarifpartner, ihre Kampffreiheit durch autonome Regelungen zu beschränken, etwa durch Vereinbarung einer (relativen) Friedenspflicht. Diese werde bei einem Unterstützungstreik allerdings angesichts ihrer Relativität regelmäßig nicht verletzt,²⁰⁹ weil der Unterstützungstreik die bestehenden Tarifinhalte im Gebiet des Unterstützungstreiks nicht infrage stelle. Es geht um *fremde* Tarifinhalte. Auch eine mögliche Signalwirkung des unterstützten Tarifabschlusses für einen nachfolgenden eigenen Abschluss im Gebiet des Unterstützungstreiks sei insoweit irrelevant.²¹⁰

²⁰⁷ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 12, BAGE 123, 134; vgl. auch BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, Rn. 37, BVerfGE 84, 212.

²⁰⁸ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 15, BAGE 123, 134.

²⁰⁹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 18, 30, BAGE 123, 134; dagegen *Kissel*, Arbeitskämpfungrecht, § 24 Rn. 24: Die Friedenspflicht solle nicht nur die Durchführung eines bestehenden Tarifvertrags sichern, sondern auch generell die störungsfreie Durchführung der Arbeitsverhältnisse.

²¹⁰ In Teilen der Literatur wird die Gegenauffassung vertreten, wonach dann, wenn mit einem Unterstützungstreik zugleich auch eigene Ziele verfolgt werden, dieser seinen Charakter als Unterstützungstreik verliere und zum eigenständigen Arbeitskämpfung werde (vgl. *Brox/Rüthers*, Arbeitskämpfungrecht, Rn. 145; *Mayer-Maly*, SAE 1988, 311). Dann liege eine Friedenspflichtverletzung nahe (*Kissel*, Arbeitskämpfungrecht, § 24 Rn. 23).

Jegliche reglementierende Ausgestaltung sei zugleich eine Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfe. Vorrangig folge aus der Staatsferne der Tarifparteien und ihrer Betätigung, dass sie selbst die Mittel zur Zweckerreichung autonom wählen können. Es sei „grundsätzlich den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel an sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“.²¹¹

Das BAG setzt damit – im Anschluss an das BVerfG²¹² – auf ein grundsätzlich „freies Spiel der Kräfte“ zwischen den Tarifparteien. Gegenstand der Tarifautonomie ist es aus Sicht des BAG, Parität durch wechselseitige Reaktion herzustellen.²¹³ Die Fachgerichte seien bei der Rechtmäßigkeitskontrolle von Arbeitskämpfmaßnahmen darauf beschränkt zu prüfen, ob eine Arbeitskämpfmaßnahme *offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig* sei – eine Reduktion der Verhältnismäßigkeits- auf eine Exzesskontrolle. Eine Rechtfertigung staatlicher „Ausgestaltung“ sei gegeben, wenn diese zur Funktionserhaltung der Tarifautonomie notwendig sei; spiegelbildlich dürfe eine Ausgestaltung die Funktionsfähigkeit nicht gefährden.²¹⁴ Das Funktionsfähigkeitsargument kommt damit in beide Richtungen nur als äußere Grenze einer Ausgestaltung, als eine Art Evidenzschwelle, in Betracht.

Wesentliches Kriterium zur Beurteilung der Funktionsfähigkeit sei der Aspekt der Parität: Funktionsfähig sei die Tarifautonomie nur, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Gleichgewicht bestehe. Führe eine Ausgestaltung zum Verlust der Verhandlungs- und Arbeitskämpffähigkeit einer Tarifvertragspartei, sei die Parität und damit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie verletzt.²¹⁵ Dabei verweist das BAG auf die „Abstraktionshöhe“ des Paritätsprinzips, die es als Maßstab zur Bewertung einzelner Kampfsituationen regelmäßig nicht ausreichend scheinen lasse. Es bezeichne aber zumindest eine Grenze, die bei der gerichtlichen Ausgestaltung nicht überschritten werden dürfe. Durch diese dürfe eine bestehende Parität nicht beseitigt, ein vorhandenes Gleichgewicht der Kräfte nicht gestört und ein bestehendes Ungleichgewicht nicht verstärkt werden.²¹⁶ Offenbar meint das BAG aber, dass „natürlich“

²¹¹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 19, BAGE 123, 134.

²¹² BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, Rn. 107, BVerfGE 92, 365.

²¹³ Vgl. auch schon *Greiner*, NZA 2007, 1023, 1025.

²¹⁴ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 20, BAGE 123, 134.

²¹⁵ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 20, BAGE 123, 134.

²¹⁶ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 21, BAGE 123, 134.

eintretende Ungleichgewichte hinzunehmen sind, jedenfalls sofern die höhere Schwelle der Verhandlungs- und Arbeitskämpfungsfähigkeit einer Tarifpartei dadurch noch nicht erreicht wird.

c) Ausgestaltung durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip

aa) Grundsätze

Als Kern der notwendigen Ausgestaltung zieht das BAG das Verhältnismäßigkeitsprinzip heran.²¹⁷ Dies entsprach bereits damals ständiger Rechtsprechung:²¹⁸ Wesentlicher Maßstab für die Beurteilung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitskamps sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Ausformung der notwendigen Grundrechtskonkordanz; dieser Maßstab sei auch mit den Vorgaben der ESC vereinbar.²¹⁹

Die Verhältnismäßigkeitselemente der Geeignetheit und Erforderlichkeit treten dabei weit in den Hintergrund: Hinsichtlich beider Fragen komme den kampf-führenden Koalitionen eine weit gezogene Einschätzungsprärogative, ein Beurteilungsspielraum zu; diese Prärogative sei Teil des Grundrechtsschutzes.²²⁰ Sie umfasse auch die Frage, *gegenüber wem* ein Arbeitskämpfungsmittel eingesetzt werde. Auch bezüglich mangelnder Eignung und Erforderlichkeit beschränkt sich das BAG – konsequent – somit auf eine Evidenz- und Rechtsmissbrauchskontrolle.²²¹ Ein Kampfmittel scheidet damit aus Sicht des BAG insbesondere mangels Erforderlichkeit aus, wenn der Gegner zur Erfüllung der Forderung auch ohne Einsatz des Mittels erkennbar bereit ist.

Den eindeutigen Prüfungsschwerpunkt²²² legt das BAG auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, die Proportionalität. Durch diese Verlagerung wird die Prüfung deutlich flexibler, büßt aber zweifellos an Rechtssicherheit ein.²²³ Die

²¹⁷ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 22 ff., BAGE 123, 134.

²¹⁸ Vgl. etwa BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 306; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, Rn. 104 ff., BAGE 33, 140; zustimmend BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, Rn. 109, BVerfGE 92, 365; vgl. in der Lit. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 1130; *Otto*, Arbeitskämpf- und Schlichtungsrecht, § 8 Rn. 3 ff.

²¹⁹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 24, BAGE 123, 134.

²²⁰ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 26 f., BAGE 123, 134; dazu sehr krit. *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 817 f.; einschränkend auch *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034, 1035.

²²¹ Vgl. *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034.

²²² Ebenso *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034.

²²³ *Konzen*, SAE 2008, 1, 6.

grundrechtlich gewährleistete koalitionsfreie Betätigungsfreiheit und das angestrebte Kampfziel sind demnach den Rechtspositionen der von der Kampfmaßnahme unmittelbar oder mittelbar Betroffenen gegenüberzustellen.²²⁴ Eine Einschätzungsprärogative sei hier nicht gegeben, da es sich nicht um eine tatsächliche Einschätzung, sondern um eine rechtliche Abwägung handle. Legitimes Ziel jeder Arbeitskampfmaßnahme sei freilich, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck auszuüben.²²⁵ Somit führt nicht jeder wirtschaftliche Nachteil zur Unangemessenheit der Arbeitskampfmaßnahme, sondern auch hier ist eine hohe Schwelle zugrunde zu legen.

bb) Verhältnismäßigkeit von Unterstützungsstreiks

Übertragen auf die besondere Konstellation des Unterstützungsstreiks bedeutet dies: Aus der Überschreitung des Tarifgebiets soll noch nicht die Unverhältnismäßigkeit des Unterstützungsstreiks folgen.²²⁶ Die insoweit für Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite aufgestellte Beschränkung im Urteil vom 10.6.1980²²⁷ lasse sich auf Angriffsmaßnahmen nicht übertragen.²²⁸ Die Begrenzung von Abwehrmaßnahmen auf das Tarifgebiet solle eine zur Herstellung von Parität nicht erforderliche Eskalation eines Arbeitskamps verhindern; Angriffskampfmittel dienen hingegen dazu, die ohne Möglichkeit des Arbeitskamps fehlende Verhandlungsparität erst herzustellen.

Bezugspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Unterstützungsstreiks sei die sich aus dem Charakter und der Funktion des Unterstützungsstreiks ergebende Beziehung zum Hauptarbeitskampf. Rechtswidrig sei ein Unterstützungsstreik demnach, wenn er zur Förderung der mit dem Hauptarbeitskampf verfolgten Ziele unter Achtung der bestehenden Einschätzungsprärogative offensichtlich nicht geeignet oder nicht erforderlich sei.

²²⁴ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 28, BAGE 123, 134.

²²⁵ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 28, BAGE 123, 134.

²²⁶ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 31, BAGE 123, 134.

²²⁷ BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, Rn. 104 ff., BAGE 33, 140.

²²⁸ Unter Berufung auf BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, Rn. 52, BVerfGE 84, 212, wo freilich bereits die Unterwerfung von Angriffsmitteln unter eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angesichts der Tarifautonomie krit. bewertet wird: „Bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die schon bei den Angriffskampfmitteln ansetzte, wäre eine gerichtliche Kontrolle der Tarifziele kaum zu vermeiden. Eine solche Kontrolle widerspräche aber dem Grundgedanken der Tarifautonomie.“

Die mangelnde Möglichkeit des Streikgegners des Unterstützungstreiks, die Tarifforderung selbst zu erfüllen oder – beim Verbandsarbeitskampf – im Arbeitgeberverband auf die Erfüllung hinzuwirken, führe nicht zur generell mangelnden Eignung des Unterstützungstreiks.²²⁹ Es genüge, wenn durch den Unterstützungstreik ein wirtschaftlicher oder psychischer Druck ausgeübt werden könne. Ausreichend sei insofern bereits, dass „die durch den Unterstützungstreik gezeigte Solidarität die Kampfbereitschaft der den Hauptarbeitskampf führenden Gewerkschaftsmitglieder stärken“ könne;²³⁰ dies sei besonders bei Identität der kampfführenden und der unterstützenden Gewerkschaft anzunehmen. Vor allem zwischen wirtschaftlich und regional verbundenen Arbeitgebern bestünden zudem regelmäßig zahlreiche Verbindungen und Kontakte, die eine Einflussnahme ermöglichten.

Eine Grenze sei erst erreicht, wenn die Beteiligten des Hauptarbeitskampfes und des Unterstützungstreiks branchenmäßig, wirtschaftlich oder räumlich so weit voneinander entfernt seien, „dass der Unterstützungstreik offensichtlich den sozialen Gegenspieler des Hauptarbeitskampfes nicht mehr zu beeindrucken geeignet“ sei.²³¹ Der Streik sei dann nicht mehr auf die Durchsetzung tariflicher Forderungen gerichtet, sondern bloße Demonstration von Macht; es fehlt ihm dann offensichtlich an einer Eignung zur Durchsetzung legitimer Streikziele. Als offenkundig nicht erforderlich charakterisiert der Senat einen Unterstützungstreik dann, wenn er gegen den Willen der den Hauptarbeitskampf führenden Gewerkschaft ausgerufen und dieser somit „aufgedrängt“ werde.²³²

Abgesehen von diesen – eher konstruierten – Evidenzfällen liegt der Prüfungsschwerpunkt auf der Proportionalität des Unterstützungstreiks. Hier erkennt der Senat nach wie vor²³³ an, dass der von einem Unterstützungstreik betroffene Arbeitgeber schutzbedürftiger ist als der Kampfgegner des Hauptarbeitskampfes.²³⁴ Der mit dem Unterstützungstreik überzogene Arbeitgeber werde als Außenseiter in den Arbeitskampf involviert. Die Betroffenheit des Dritten sei dabei – anders als die Drittbetroffenheit bei einem Hauptarbeitskampf – nicht bloße Folge des Arbeitskampfes, sondern von diesem final beabsichtigt. Die

²²⁹ So aber *Rüthers*, BB 1964, 312, 314; *Mayer-Maly*, SAE 1988, 310; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 24 Rn. 27.

²³⁰ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 34, BAGE 123, 134.

²³¹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 35, BAGE 123, 134; *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034, 1036 halten dies für einen praktisch kaum denkbaren Fall.

²³² BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 36, BAGE 123, 134.

²³³ Ebenso zuvor BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²³⁴ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 38, BAGE 123, 134.

fehlende Möglichkeit des Arbeitgebers, durch eigenes Nachgeben oder durch Einflussnahme in seinem Arbeitgeberverband die gewerkschaftlichen Forderungen zu erfüllen, erhöhe sein Schutzbedürfnis. Gleichwohl sei ein generelles Verbot des Unterstützungstreiks nicht zu legitimieren; dieses sei mit Art. 9 Abs. 3 GG und – jedenfalls bei Identität von streikführender und unterstützender Gewerkschaft – auch den Vorgaben der ESC unvereinbar. Die gezielte Einbeziehung Dritter in einen Arbeitskampf sei systemkonform; dazu komme es etwa auch in Fällen der Einbeziehung nicht und anders organisierter Arbeitnehmer in eine Aussperrung.²³⁵

Regelmäßig unangemessen sei ein Unterstützungstreik aber in bestimmten Ausnahmefällen: Dies sei insbesondere anzunehmen, wenn schon der Hauptstreik rechtswidrig ist,²³⁶ etwa wegen eines Verstoßes gegen die Friedenspflicht. Die Dauer des Hauptarbeitskampfes bilde wegen dieser notwendigen Akzessorität grundsätzlich auch den äußersten zeitlichen Rahmen des Unterstützungstreiks.²³⁷

Abzuwägen sei daneben die Nähe oder Ferne des Unterstützungstreiks gegenüber dem unterstützten Hauptarbeitskampf. Bei einer engen Verbindung sei die Einbeziehung eines Arbeitgebers in den Arbeitskampf regelmäßig eher angemessen als in Fällen, in denen sich der Unterstützungstreik räumlich, branchenmäßig oder wirtschaftlich vom Hauptarbeitskampf weit entfernt.²³⁸

Dabei fokussiert der Senat vor allem auf das Ausmaß der wirtschaftlichen Verflechtung zum Adressaten des Hauptarbeitskampfes. Solche Verflechtungen seien „regelmäßig besonders ausgeprägt in Fällen, in denen der Hauptarbeitskampf und der Unterstützungstreik Unternehmen desselben Konzerns betreffen“.²³⁹ Begründet wird dies mit der „Kontrolle und Leitungsmacht“, die die Konzernobergesellschaft „über das Vermögen aller einbezogenen Tochterunternehmen ausübt“.²⁴⁰ Diese unterlägen der wirtschaftlichen Disposition des Mutterunternehmens; die Unternehmen seien „trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit wirtschaftlich als „unselbständige Betriebsstätten“ zu charakterisieren.²⁴¹ Damit verwendet der Senat dieselbe Formel wie in seiner Entscheidung vom

²³⁵ Zu Recht krit. *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 818.

²³⁶ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 44, BAGE 123, 134.

²³⁷ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 44, BAGE 123, 134.

²³⁸ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 46, BAGE 123, 134.

²³⁹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 46, BAGE 123, 134.

²⁴⁰ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 46, BAGE 123, 134.

²⁴¹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, Rn. 46.

5.8.1985,²⁴² konkretisiert sie nun aber so, dass bei Konzerngesellschaften regelmäßig eine besondere Verflechtung gegeben ist. Eingrenzenden Interpretationen – wie etwa des LAG Niedersachsen²⁴³ oder von *Otto*²⁴⁴ – ist damit eine Abgabe erteilt. Auch das Mutterunternehmen habe „regelmäßig ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an dem Ausgang des Hauptarbeitskampfs“.²⁴⁵ Bei einem gegen ein Tochterunternehmen geführten Unterstützungsstreik könne es Einfluss auf den Verlauf des Hauptarbeitskampfs nehmen und dort auf ein Nachgeben hinwirken. Als zweite – alternative – Fallgruppe enger wirtschaftlicher Verbindungen identifiziert der Senat Produktions-, Dienstleistungs- und Lieferbeziehungen.²⁴⁶

Schließlich sei auch von Bedeutung, ob der vom Unterstützungsstreik betroffene Arbeitgeber sich bereits zuvor (aktiv) in den Arbeitskampf „eingemischt“ habe.²⁴⁷ Ebenso spreche die Identität der streikführenden und unterstützenden Gewerkschaft für ein hinreichendes Näheverhältnis.²⁴⁸

Für die Abwägung wesentlich seien Dauer und Umfang des Unterstützungsstreiks. Unangemessen könne ein Unterstützungsstreik daher sein, wenn „der Schwerpunkt des gesamten Arbeitskampfs signifikant auf den Unterstützungsstreik verlagert wird und dieser seinen Charakter als Unterstützung eines ernsthaft geführten Hauptarbeitskampfs verliert“.²⁴⁹ Grundsätzlich gehöre es zum Modell einer funktionierenden Tarifautonomie, dass die Gewerkschaft ihre Kräfte im Tarifgebiet mobilisiert. Damit sei es nicht vereinbar, wenn der lediglich der Unterstützung dienende Unterstützungsstreik an die Stelle des Hauptarbeitskampfs träte.

²⁴² BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vgl. oben C. I. 2. a).

²⁴³ LAG Niedersachsen 7.3.2006 – 12 Sa 274/05, LAGE Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 76.

²⁴⁴ MHArbR/*Otto*, 2. Aufl. 2000, § 286 Rn. 50.

²⁴⁵ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 46, BAGE 123, 134.

²⁴⁶ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 46, BAGE 123, 134; dagegen *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 816.

²⁴⁷ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 47, BAGE 123, 134; dies erkennen auch *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 816, als Fallgruppe eines ausnahmsweise zulässigen Unterstützungsstreiks an.

²⁴⁸ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 48, BAGE 123, 134.

²⁴⁹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 49, BAGE 123, 134.

Im konkret zu entscheidenden Fall stützt der Senat die Verhältnismäßigkeit des Unterstützungsstreiks entscheidend auf die Konzernverflechtung zwischen Gegnerin des Hauptarbeitskampfes und Gegnerin des Unterstützungsstreiks sowie die engen Produktions- und Lieferbeziehungen. Diese Aspekte ließen den Schluss zu, dass der Unterstützungsstreik nicht offenkundig zur Verfolgung des Tarifziels ungeeignet war. Entsprechend dem vorgestellten Prüfprogramm verzichtet der Senat auf eine Prüfung der Erforderlichkeit und betont insofern die Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft.

Auch die zu konstatierende Beeinträchtigung der Gegnerin des Unterstützungsstreiks in der ungestörten Ausübung ihres Gewerbebetriebs mache den Unterstützungsstreik nicht unangemessen.²⁵⁰ Zwar bedürfe sie eines stärkeren rechtlichen Schutzes als die Gegnerin des Hauptarbeitskampfes. Entscheidend sei aber, dass sie demselben Konzernverbund angehöre wie die Gegnerin des Hauptarbeitskampfes. Beide Unternehmen würden von einer gemeinsamen Konzernmutter beherrscht. Wirtschaftlich seien die vom Haupt- und vom Unterstützungsstreik betroffenen Unternehmen eng miteinander verbunden. Hinzu komme die zwischen ihnen bestehende enge Lieferanten-/Kundenbeziehung; diese werde *in concreto* besonders deutlich, da beide Unternehmen – arbeitsteilig – mit der Produktion derselben Zeitung befasst seien. Der Unterstützungsstreik sei weder zeitlich lang andauernd noch quantitativ umfangreich geführt worden und sei insbesondere nicht an die Stelle eines ernsthaft geführten Hauptarbeitskampfes getreten. Vielmehr habe der Unterstützungsstreik sich auf die Niederlegung der Arbeit von 20 Druckern in einer Nachtschicht beschränkt.²⁵¹

d) Bewertung

aa) Grundrechtsdogmatische Konsistenz

Die Entscheidung wendet den Grundsatz der Kampfmittelwahlfreiheit konsequent an und begegnet insofern grundrechtsdogmatisch und mit Blick auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keinen Bedenken. Sofern in der Literatur dagegen eingewandt wird, seit Integration des Arbeitskampfrechts in den Normenrahmen des Art. 9 Abs. 3 GG sei die freie Wahl der Kampfmaß-

²⁵⁰ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 58, BAGE 123, 134.

²⁵¹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 58, BAGE 123, 134. *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 816, werfen trotz dieser Abwägung dem Senat vor, es fehle an einer hinreichenden Prüfung kollidierender Grundrechte. Hier liegt in der Tat ein denkbarer Angriffspunkt gegen das Konzept des BAG.

nahmen auf solche Mittel zu beschränken, „die von der Rechtsordnung als erforderlich zugelassen werden“²⁵², und nur solche Koalitionsmittel zulässig, die zur effizienten Ausübung des Koalitionsrechts typischerweise geeignet und erforderlich sind, liegt dem die überkommene und seit der Entscheidung des BVerfG vom 14.11.1995²⁵³ aufgegebenen Annahme einer umfassenden Normgeprägtheit der Koalitionsfreiheit auch im Bereich der auf „natürliche“ Freiheitsentfaltung abzielenden Betätigungsformen zugrunde.

Damit ist der Grundkonflikt hinsichtlich der Freiheit der Kampfmittelwahl skizziert: Wie weit reicht die vorbehaltlose grundrechtliche Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG, wie groß ist der einfachrechtliche Ausgestaltungsspielraum?²⁵⁴ Eine konsistente Antwort darauf hat die Rechtsprechung des BVerfG und des BAG – auch nach Aufgabe der Kernbereichsformel – noch nicht gefunden; die Begriffe Eingriff und Ausgestaltung werden mitunter bunt gemischt zur Anwendung gebracht.²⁵⁵ Um hier zu einer konsistenten Abgrenzung zu gelangen, ist, wie bereits angedeutet, die im öffentlich-rechtlichen Schrifttum mittlerweile verbreitete Unterscheidung zwischen natürlicher und staatserzeugter Freiheit angezeigt,²⁵⁶ die der Unterscheidung zwischen subjektiv-rechtlicher, negatorischer Schutzdimension und institutionell, objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten entspricht.²⁵⁷

Ordnet man das Streikrecht dem Bereich der natürlichen, nicht erst staatserzeugten, sondern vom Staat vorgefundenen und bereits auf Ebene der Verfassung mit der Dignität einer gesetzesvorbehaltlos anerkannten Rechtmäßigkeit ausgestatteten Freiheitsrechte zu, ist das umfassende Schutzbereichsverständnis des BAG grundrechtsdogmatisch höchst konsequent. Die zentrale Schutzbereichsgrenze,

²⁵² *Konzen*, SAE 2008, 1, 7; mit ähnlich kritischer Tendenz im Folgenden – unter Einbeziehung der Fortführung des Grundsatzes der Kampfmittelwahlfreiheit durch das Flashmouberteil (BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347) – auch die hM im Schrifttum: *Franzen*, JbArbR 47, 119 ff.; *Jacobs*, ZfA 2011, 92 f.; *Kersten*, Neues Arbeitskampfrecht, S. 66 ff.; *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 533; *Otto*, RdA 2010, 141 ff.; *Richardi*, FS Sacker, S. 109, 285; *Rosenau*, Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im gewandelten Kontext, S. 234 ff.; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 263, 264 f.; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440; *Willemsen/Mehrens*, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampff.

²⁵³ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352.

²⁵⁴ Siehe hierzu auch *Poscher*, RdA 2017, 235, insbes. 242 ff.; *Berg/Kocher/Schumann/Berg*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 180 ff.

²⁵⁵ Zuletzt, fokussierend auf tarifrechtliche Fragen, BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, mit klarer Schutzbereichs-Eingriffs-Systematik, aber bei Betonung einer großen gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit.

²⁵⁶ Näher dazu *Greiner*, Rechtsfragen, S. 89 f. mwN.

²⁵⁷ Näher dazu *Greiner*, Rechtsfragen, S. 80 ff.

die sich aus dem Verfassungsbefund ableiten lässt, ist neben dem Erfordernis einer gewerkschaftlichen Trägerschaft die Hinordnung des Streiks auf die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“. Alles andere ist der Eingriffs-, Konkordanz- und Rechtfertigungsebene zuzuordnen.

Auch die Überlegungen zur begrenzten Eignung des Paritätspostulats zur Rechtmäßigkeitskontrolle von Arbeitskampfhandlungen überzeugen. Die beidseitige Verhandlungsmacht im konkreten Fall und damit auch das Gleichgewicht der Verhandlungsmacht, die Parität, sind höchst wandelbar und von zahllosen Einflussfaktoren abhängig. Es wäre daher höchst holzschnittartig und vereinfachend anzunehmen, dass eine Beschränkung auf die klassischen Kampfmittel des Erzwingungsstreiks im Tarifgebiet und der Abwehrausspernung eine stets „paritätische“ Verhandlungssituation sicherstellen. Die frühere „Paritätsvermutung im Tarifgebiet“²⁵⁸ ist eher Fiktion oder Illusion. „Parität“ ist bei Lichte besehen nicht mehr und nicht weniger als ein anzustrebender Idealzustand, in dem ein ausgewogener Tarifkompromiss gelingen kann. Dieser Idealzustand kann aber nicht von vornherein eine richterliche Dosierung, d.h. Feinsteuerung der einzusetzenden Angriffs- und Abwehrmittel legitimieren, sondern taugt wiederum nur als Exzessmaßstab: Arbeitskampfhandlungen, die das Leitbild einer konstruktiven, paritätischen Verhandlungssituation selbst im Zusammenspiel mit denkbaren Abwehrmaßnahmen aus dem Blick verlieren und nicht mehr fördern können, erweisen sich als rechtswidrig: Sie sind destruktiv und damit – als nicht mehr zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ taugende Mittel – entweder schon nicht mehr im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG verortet oder erweisen sich in der Verhältnismäßigkeitsbetrachtung als evident ungeeignet. Im Übrigen stellt sich aber im Idealfall Parität gerade aus dem freien, tarifautonomen Wechselspiel von Aktion und Reaktion ein – den feinsteuernden richterlichen Eingriff in das „freie Spiel der Kräfte“ legitimiert das Paritätsprinzip nicht.

²⁵⁸ Vgl. BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 15; BAG 10.06.1980 – 1 AZR 168/79, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 14; explizit LAG Hamm 24.10.2001 – 18 Sa 1981/00, AP Nr. 161 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter B II 1 b bb (2); *Konzen*, SAE 2008, 1, 2, 8 mwN; *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, Rn. 204; *Löwisch*, RdA 1980, 12; dafür auch noch *Greiner*, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

bb) Entwertung der Friedenspflicht

Der zentrale und sehr valide Kritikpunkt an der zweiten Unterstützungsstreik-Entscheidung ist die Entwertung der Friedenspflicht. Letztlich geht es dabei jedoch nicht um die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (s.o. C. I. 2. b)), sondern um die Reichweite der tarifvertraglichen Selbstbindung und die Auslegung des mit dem Tarifabschluss intendierten Friedensversprechens. Die starke Relativierung und letztlich Entwertung der mit jedem Tarifabschluss verbundenen Friedenspflicht scheint in der Tat bedenklich²⁵⁹ und – jedenfalls was die Auslegung des beim Abschluss eines Tarifvertrags auf Arbeitgeberseite vorhandenen Parteiwillens betrifft – eher fiktional.²⁶⁰ Dabei geht es keinesfalls um eine (nicht existente) *inter omnes* oder drittwirkende Friedenspflicht, sondern schlicht um das Binnenverhältnis der konkreten Tarifvertragsparteien unter Einschluss ihrer Mitglieder. Dies ist aber ein Problemfeld, das hier nur angedeutet werden kann und dem in anderem Kontext noch vertieft nachzugehen ist.²⁶¹

cc) Paritätsprägende Rahmenbedingungen, insbesondere Arbeitsteilung und Konzernstrukturen

In der Gesamtbewertung der zweiten Unterstützungsstreik-Entscheidung ist nicht zuletzt auch zu beachten, dass die großzügigere Sichtweise des BAG auf Unterstützungsstreiks – neben den genannten dogmatischen Aspekten – auch damit zusammenhängen dürfte, dass die fortschreitende Zergliederung der Unternehmensträger in Konzernstrukturen zuvor ihrerseits die Verhandlungschancen zugunsten der Arbeitgeberseite verschiebt. Insbesondere die zunehmende Arbeitsteilung und Vernetzung sowie die auf Arbeitgeberseite zu beobachtende Strategie, arbeitsrechtliche „Risiken“ in eigenständigen Konzerngesellschaften gleichsam zu isolieren²⁶², scheinen aus Sicht des BAG eine Neubewertung des Unterstützungsstreiks erforderlich zu machen.²⁶³ Führt man sich

²⁵⁹ So auch dezidiert *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 1191 ff. mit dem Postulat, die Friedenspflicht müsse trotz ihrer Relativität den „generellen Arbeitsfrieden“ sichern; näher dazu auch *Otto*, RdA 2010, 135, 144; *Rieble*, Anm. EzA Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; aA *Berg/Kocher/Schumann/Berg*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 134a, 185.

²⁶⁰ Zum Inhalt der Friedenspflicht vgl. bereits *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 24 Rn. 24.

²⁶¹ Vgl. *Greiner*, Auslegungsfragen im Tarifvertragsrecht (zukünftig erscheinend).

²⁶² Siehe hierzu eine empirische Aufarbeitung bei *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger*, Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie, S. 33 ff.

²⁶³ Dagegen sieht *Konzen*, SAE 2008, 1, 9 für eine Rechtsfortbildung kein „nachweisbares Verkehrsbedürfnis“.

als Vergleichsmaßstab die Verhandlungssituation der Gewerkschaft in einem Unternehmen mit einheitlichen, von einem Rechtsträger verantworteten Produktionsabläufen vor Augen, so hat die Gewerkschaft dort ohne weiteres die Möglichkeit, in Form eines eng geführten Teilstreiks da zu streiken, wo es den Arbeitgeber besonders empfindlich trifft. Der damit entstehende Arbeitskämpfdruck kommt auch den Arbeitnehmern in anderen, weniger sensiblen Bereichen des Unternehmens zugute. Isoliert der Arbeitgeber diese Risiken, indem besonders arbeitskampfanfällige Bereiche in eine verselbständigte Konzerntochter überführt werden, sinkt der von der Gewerkschaft bei weniger streikanfälligen Konzernunternehmen erzielbare Verhandlungsdruck.

Gegenüber einer einfach strukturierten Arbeitswelt mit abgeschlossenen Produktions- und Betriebsabläufen in der Verantwortung eines einzigen Rechtsträgers führen somit gerade die Etablierung von Konzernstrukturen und die fortschreitende Arbeitsteilung zu einer deutlichen Zersplitterung tariflicher Geltungsbereiche beim Abschluss von Firmentarifverträgen. Daraus wiederum resultiert eine strukturelle Verschiebung der Verhandlungschancen zulasten der Gewerkschaftsseite.²⁶⁴ Auch einer starken Tarifpartei können durch veränderte Arbeits- und Produktionsmethoden sowie veränderte Tarifstrukturen die Möglichkeiten zum Druckaufbau genommen werden.²⁶⁵ Diese Neubewertung der abstrakt-normativen Kampfparität dürfte – neben dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Aufgabe der Kernbereichstheorie – der Rechtsprechungsänderung zugrunde liegen.²⁶⁶ Geht man von der bisherigen Paritätsvermutungs²⁶⁷ im Geltungsbereich des angestrebten Tarifvertrags aus, kann sich durch diesen Effekt eine strukturelle Disparität ergeben, die ein Gegensteuern erforderlich macht.²⁶⁸ Insofern kann die Anerkennung des Unterstützungstreiks als eine geradezu paritätswahrende Reaktion auf vorangegangene, ihrerseits paritätsverschiebende Entwicklungen auf Unternehmensseite interpretiert werden.²⁶⁹ Letztlich

²⁶⁴ Das übersehen *Konzen*, SAE 2008, 1, 4, 8; *Reinartz/Olbertz*, DB 2008, 814, 817, die weiterhin auf die Paritätsvermutung im Gebiet des Hauptarbeitskampfs abstellen.

²⁶⁵ Vgl. *Preis*, Anm. EzA Nr. 73 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, S. 15.

²⁶⁶ Vgl. *Konzen*, SAE 2008, 1, 2, *Kocher/Kädtler/Voskamp/Krüger*, Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie, S. 24 ff.

²⁶⁷ BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 15; BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, BAGE 33, 185, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 14; dazu etwa *Preis*, Anm. EzA Nr. 73 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Löwisch/Rieble*, AR-Blattei SD 170.2 Rn. 153 ff.

²⁶⁸ In diese Richtung bereits *Wohlgemuth*, AuR 1980, 33, 37; ablehnend *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 24 Rn. 39.

²⁶⁹ Ähnlich *Sunnus*, AuR 2008, 1 ff.

besteht in diesen tatsächlichen Entwicklungen der die Entscheidung vom 19.6.2007 tragende „belegbare Änderungsbedarf“.²⁷⁰ Ein Unterstützungsstreik kann daher nicht nur bei reinen „Konzernsachverhalten“ ohne Paritätsgefährdung zugelassen werden, sondern auch bei einer engen produktionstechnischen Verbindung im Zuge arbeitsteiligen Wirtschaftens.²⁷¹

Fraglich scheint allerdings, ob die Möglichkeiten einer „Isolierung“ von besonders arbeitskampfsensiblen Bereichen tatsächlich so ausgeprägt und für die Arbeitgeberseite praktikabel sind, dass sie eine geänderte abstrakt-typisierende Beurteilung der Arbeitskämpfparität erforderlich machen. Die auch grundrechtsdogmatisch richtige und auch im Hinblick auf künftige Veränderungen der Arbeitswelt zukunftstaugliche, hinreichend flexible Antwort liegt dann nicht darin, paritätsverschiebende Strukturänderungen auf Arbeitgeberseite oder darauf reagierende gewerkschaftliche Strategieänderungen für unzulässig zu halten und durch restriktive Rechtswidrigkeitsurteile einzugreifen, sondern vielmehr darin, der Freiheit von Aktion und Reaktion Raum zu geben. Aus dieser Perspektive kann die Rechtsprechungswende zum Unterstützungsstreik einerseits mit der „Klarstellung“ des BVerfG in Sachen „Kernbereich“ erklärt werden; sie ist aber andererseits auf einer tieferen, arbeitsrechtssoziologischen Ebene auch eine Reaktion auf in Konzernstrukturen und stark arbeitsteiligen Wirtschaftssystemen zu konstatierende Verschiebungen der Verhandlungsmacht zugunsten der Arbeitgeberseite.

e) Flashmob-Urteil des BAG und Billigung durch das BVerfG

Offen blieb auch nach dem zweiten Unterstützungsstreik-Urteil des BVerfG zunächst noch, ob sich der Grundsatz der Kampfmittelwahlfreiheit auf unterschiedliche Ausgestaltungen der klassischen, tradierten Kampfmittel – also Streik, Aussperrung, vielleicht Boykott – beschränkt oder aber auch jenseits dieses Spektrums atypische „aktive“²⁷² Kampfmittel wie Betriebsblockade und Betriebsbesetzung erfasst. Mit der Anerkennung des Flashmobs als Arbeitskämpfmittel²⁷³ befürwortete das BAG eine Erstreckung auf neuartige, aktive

²⁷⁰ Allgemein *Schmidt*, FS Richardi, S. 765, 768 f.; krit. *Konzen*, SAE 2008, 1, 7; *Rieble*, BB 2008, 1506.

²⁷¹ Abweichend *Bieder*, NZA 2008, 799, 801 f.

²⁷² Vgl. für deren Zulassung *Treber*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen; dagegen *Richter*, Grenzen aktiver Produktionsbehinderung im Arbeitskampf.

²⁷³ Zum Begriff *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20; siehe im Übrigen zur Flashmob-Aktion als Arbeitskämpfform ausf. *Berg/Kocher/Schumann/Berg*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 213 ff.

Kampfformen, hob zugleich aber auch Grenzen der eingeräumten Arbeitskampffreiheit hervor.

aa) Dogmatischer Ausgangspunkt: entgrenzte Kampfmittelwahlfreiheit

Auch neuartige Kampfmittel genießen aus Sicht des BAG umfassenden Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG. Damit bestätigt das BAG den spätestens seit der zweiten Unterstützungsstreik-Entscheidung²⁷⁴ etablierten Grundsatz der Kampfmittelwahlfreiheit. Welche Mittel die Koalitionen zur Verwirklichung ihrer grundrechtlich geschützten Ziele nutzen, bleibt ihnen überlassen. Die Beschränkung auf einen *numerus clausus* etablierter Kampfmittel lässt sich ebenso wenig begründen wie die Beschränkung des grundrechtlichen Schutzes auf einen „Kernbereich“ unerlässlicher Verhaltensweisen.²⁷⁵ Ein Flashmob, der die Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele unterstützt, *kann* daher im Grundsatz – vorbehaltlich noch aufzuzeigender Einschränkungen – eine koalitionsspezifische Betätigung der Gewerkschaft sein. Insoweit folgt das BAG dem weiten Schutzbereichsverständnis des BVerfG und ist ihm auch Recht zu geben.

Berechtigte Bedenken löste allerdings die Entkoppelung des gegenständlichen vom persönlichen Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG aus: Die Schutzbereichseröffnung ist im Fall des Flashmobs zweifelhaft, denn *in casu* richtete sich der Unterlassungsantrag gegen im Internet publizierte Flashmob-Aufrufe mit einem *vollkommen unbestimmten* Adressatenkreis. Nach der Sachverhaltsversion des Klägers waren bei den bereits durchgeführten Aktionen mehr als die Hälfte der Teilnehmer weder Arbeitnehmer des betroffenen Betriebs noch Gewerkschaftsmitglieder.²⁷⁶ Das BAG misst diesem Umstand für die Schutzbereichseröffnung keine Bedeutung zu: Die Rechtmäßigkeit eines Flashmobs sei wegen der Beteiligung Dritter nicht ausgeschlossen.²⁷⁷

²⁷⁴ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

²⁷⁵ So aber noch etwa BVerfG 26.5.1970 – 2 BvR 664/65, BVerfGE 28, 295, 306; BVerfG 18.12.1974 – 1 BvR 430/65, 1 BvR 259/66, BVerfGE 38, 281; BVerfG 19.2.1975 – 1 BvR 418/71, BVerfGE 38, 386, 393; BVerfG 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua., BVerfGE 50, 290, 368; BVerfG 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, BVerfGE 57, 220, auch BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 225; krit. zum neuen Prinzip der Kampfmittelwahlfreiheit *Wank*, RdA 2009, 1, 3; *Rieble*, NZA 2008, 796, 797; *ders.*, BB 2008, 1507, 1508 f.; eingrenzend auch *Bieder*, NZA 2008, 799, 801.

²⁷⁶ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 4, NZA 2009, 1347.

²⁷⁷ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 35, NZA 2009, 1347; siehe zum Ganzen auch *Rehder/Deinert/Callsen*, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen, S. 85 ff.; *Däubler/Däubler*, Arbeitskampsrecht, § 31 Rn. 6 ff.

Nach hier vertretener Auffassung muss hingegen ein deutlicher Trennstrich gezogen werden zwischen einem Flashmob-Aufruf, der sich ausschließlich an Arbeitnehmer richtet – in der Konstellation des Unterstützungstreiks: auch außerhalb des angestrebten Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags –, und einem Flashmob-Aufruf mit unbestimmtem Adressatenkreis: Ersterer ist vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG umfasst, Letzterer nicht; diese Begrenzung wurde insbesondere mit Blick auf mitgliedschaftliche Legitimation und Repräsentativität der Gewerkschaft,²⁷⁸ die ansonsten drohende Entkoppelung der kollektivrechtlichen von den individualrechtlichen Schutzfacetten des Art. 9 Abs. 3 GG und die Gefährdung der „Richtigkeitsgewähr“²⁷⁹ durch Flashmob erzwungener Tarifverträge andernorts bereits ausführlich begründet.²⁸⁰

bb) Parität durch Erfindung neuer Abwehrstrategien

In der *Ex-post*-Betrachtung erweist sich andererseits die grundlegende Richtigkeit des höchstrichterlichen Ansatzes, in starkem Maße auf das freie Wechselspiel von Angriff und Verteidigung, von Aktion und Reaktion, zu vertrauen: Denn trotz der zweifelhaften Wirkung klassischer Verteidigungsstrategien haben aktive Arbeitskampfformen keinesfalls infolge der Flashmob-Entscheidung den auf Unternehmensseite mitunter befürchteten Siegeszug angetreten. Der Gegenseite ist es dem Vernehmen nach gelungen, mit der Verweigerung des Tarifabschlusses in jenen Tarifbezirken, in denen es zu Flashmobs gekommen ist, eine wirksame Drohkulisse aufzubauen. Im Übrigen scheint auch die innerverbandliche Anstößigkeit eines letztlich auch gegen die eigene, nicht hinreichend streikwillige Klientel geführten Arbeitskamps derartigen Arbeitskampfformen wirksam selbstregulierende Grenzen zu setzen.

Ähnliche Erwägungen dürften bislang auch verhindert haben, andere aktive Kampfformen wie Betriebsblockade oder -besetzung auf Basis der neuen Rechtslage zu testen – neben der zum Flashmob abgrenzenden Andeutung des BAG, der Arbeitgeber müsse „*die Inanspruchnahme seines Besitztums zum Zwecke der Herbeiführung von Betriebsablaufstörungen auch im Arbeitskampf nicht dulden*“.²⁸¹ Möglicherweise lässt sich darauf die Prognose stützen, dass trotz Anerkennung

²⁷⁸ Vgl. BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308; vgl. weiterhin *Preis/Greiner*, ZfA 2009, 825, 856 f. zu § 7 II AEntG n.F.

²⁷⁹ Zum Topos ausf. und krit. *Krämer*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags; zur diesbzgl. Kritik am Flashmob als Arbeitskämpfungsmittel *Bieder*, NZA 2008, 799 f.

²⁸⁰ *Greiner*, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁸¹ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 57 aE, NZA 2009, 1347.

der Arbeitskampfmittelwahlfreiheit die Angemessenheitsprüfung bei Betriebsblockade und -besetzung auch künftig zugunsten des Arbeitgebers ausfallen würde, obwohl auch der Flashmob in der durchgeführten Form einer Betriebsblockade oder -besetzung bereits sehr nahe kam.

cc) Verhältnismäßigkeitsprüfung

In der Flashmob-Entscheidung hebt das BAG sehr deutlich hervor, dass die Arbeitskampffreiheit nicht nur ein Freiheits-, sondern auch ein Eingriffsrecht ist.²⁸² Mit jeder Angriffsmaßnahme gerät die Freiheitsbetätigung der Gewerkschaft in Konflikt zu kollidierenden Freiheitsrechten der Arbeitgeberseite. Es entsteht eine ausgleichsbedürftige Grundrechtskollision.

(1) Kollidierende Rechtsgüter der Arbeitgeberseite

Arbeitskampfmaßnahmen bedürfen somit einer Rechtfertigung, wenn durch sie in Rechtspositionen der Arbeitgeber oder Dritter eingegriffen wird. Aus Sicht des BAG sollen als Kollisionsgut sowohl das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als auch „(arbeits-)vertragliche Rechtspositionen“ in Betracht kommen.²⁸³ Letzteres scheint freilich nicht zweifelsfrei: Denn Art. 9 Abs. 3 GG ist als vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht nur der Abwägung mit anderen Verfassungsgütern zugänglich. Der durch jede Arbeitsniederlegung final beeinträchtigte arbeitsvertragliche Erfüllungsanspruch ist ein einfachrechtlich, nicht hingegen ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut.²⁸⁴ Genau deshalb kommt ein durch die Kampfmaßnahme beeinträchtigter vertraglicher Erfüllungsanspruch auch als „sonstiges Recht“ iSv. § 823 Abs. 1 BGB nicht in Betracht und vermag einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch nicht auszulösen.

Hinsichtlich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gelten diese Bedenken nicht, denn dieses ist zweifellos Ausprägung der Berufs- und Eigentumsfreiheit (Art. 12 Abs. 1, 14 GG) des Arbeitgebers und somit als „sonstiges Recht“ iSv. § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.²⁸⁵ Das BAG beschränkt im

²⁸² BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 8, 19, 22, NZA 2009, 1347; vgl. auch *Fischinger*, RdA 2007, 99, 100; sicher zu weitgehend *Wank*, Anm. AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter III 1 b: „in erster Linie nicht Freiheitsrecht, sondern Eingriffsrecht“.

²⁸³ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

²⁸⁴ Ausf. *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, S. 116 ff.; aA *Boemke*, ZfA 2009, 131, 135 f.

²⁸⁵ S. bereits BGH 26.10.1951 – I ZR 8/51, BGHZ 3, 270.

Einklang mit dem BGH die Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs auf „betriebsbezogene“, zielgerichtete Eingriffe.²⁸⁶ Beim Flashmob besteht an dieser Zielgerichtetheit ebenso wie bei anderen Arbeitskämpfmaßnahmen hinsichtlich des unmittelbar kampfbetroffenen Betriebs überhaupt kein Zweifel.

(2) Grundlagen der Rechtsgüterabwägung; beschränkte Verhältnismäßigkeitskontrolle

Zutreffend ist, dass bei Eingriffen in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Rechtswidrigkeit im Wege einer Güterabwägung ermittelt werden muss: Anders als bei den in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich benannten absoluten Rechten gilt bei Eingriffen in Rahmenrechte keine „Indikation“ der Rechtswidrigkeit.²⁸⁷ Der erkennende Richter muss also die verfassungsrechtlich gebotene praktische Konkordanz zwischen dem Gut, in das eingegriffen wird, und dem Freiheitsrecht, aufgrund dessen eingegriffen wird, ohne gesetzgeberische Vorentscheidung selbst durchführen.

Zutreffend ist auch, dass die Abwägung eindeutig zugunsten der Arbeitskampffreiheit ausfällt, wenn die Eingriffswirkung eine bestimmte Intensitätsschwelle nicht überschreitet: Handelt es sich nur um eine „Belästigung oder [...] sozialübliche Behinderung“, die den Betrieb nicht merklich trifft, sind schutzwürdige Belange des Arbeitgebers nicht derart betroffen, dass eine Beschränkung der Kampffreiheit zu rechtfertigen wäre.²⁸⁸ Bei Arbeitskämpfmaßnahmen, insbesondere beim Flashmob, ist diese Intensitätsschwelle in aller Regel deutlich überschritten. Auch das BAG hebt dies hervor.²⁸⁹ Angesichts seiner die Betriebsabläufe störenden Wirkung grenzt das BAG den Flashmob zu Recht von einer nur durch Originalität Aufmerksamkeit erweckenden Demonstration und ähnlichen Aktionsformen klar ab.²⁹⁰

²⁸⁶ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 22, NZA 2009, 1347; vgl. auch BGH 29.1.1985 – VI ZR 130/83, Rn. 12, NJW 1985, 1620; BGH 21.4.1998 – VI ZR 196/97, Rn. 17, BGHZ 138, 311.

²⁸⁷ Dazu nur HK-BGB/Staudinger, BGB, § 823 Rn. 72.

²⁸⁸ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 22, NZA 2009, 1347.

²⁸⁹ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 24, NZA 2009, 1347; aA Däubler/Däubler, Arbeitskampfrecht, § 31 Rn. 7.

²⁹⁰ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 30, NZA 2009, 1347.

Kern der anzustellenden Güterabwägung ist eine verfassungsrechtlich geprägte praktische Konkordanz zwischen Arbeitskampffreiheit und Berufsfreiheit. Verfassungsrechtlich geboten wäre im Prinzip eine wechselseitige Rechtsgutschonung: Im Rahmen praktischer Konkordanz darf jedes Rechtsgut nur so weit beeinträchtigt werden als der Schutz des anderen Rechtsguts es erfordert.²⁹¹ Erkennt man als Schutzgut von Art. 9 Abs. 3 GG allerdings auch die Freiheit der *Kampfmittelwahl* an,²⁹² kann man die Gewerkschaft nicht einfach zur Schonung des konfligierenden Verfassungsguts auf ein anderes Kampfmittel verweisen, denn dann würde die Freiheit der Gewerkschaft in der Facette der *Kampfmittelwahl* vollständig entwertet: Sie dürfte ausschließlich auf das jeweils mildeste Mittel zurückgreifen. Richtig ist daher, dass sich die Konkordanzbetrachtung auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung reduziert, die nicht mehr auf einen Ausgleich der konfligierenden Positionen abzielt, sondern entscheiden muss, welchem Schutzgut der Vorrang einzuräumen ist.

Überzeugend scheint auch, dass das BAG, gestützt auf den Kammerbeschluss vom 10.9.2004,²⁹³ diese reduzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung auch auf die Angriffsmaßnahme einer Gewerkschaft anwendet (zum Problem im Allgemeinen s.o. B. IV.). Wer die Ableitung aus einem Kammerbeschluss kritisiert,²⁹⁴ müsste bei Zugrundelegung der Senatsentscheidung vom 26.6.1991²⁹⁵ eigentlich zu einer noch stärkeren Zurückdrängung der Verhältnismäßigkeitskontrolle gelangen und die gewerkschaftlichen Angriffsmittel vollständig freigeben. Das würde die Arbeitgeberseite freilich schutzlos stellen und wäre eine offensichtlich verfassungswidrige Lösung. Der teilweise scharf kritisierte Rückzug des BAG auf eine Evidenzkontrolle stellt sich daher im Vergleich zur früheren Entscheidungspraxis des BVerfG sogar als vermittelnde, den Belangen der kampfbetroffenen Arbeitgeber möglichst weit entgegenkommende Lösung dar. Allein eine derart eingeschränkte Verhältnismäßigkeitskontrolle ist imstande, zugleich der umfassenden abwehrrechtlichen Freiheitsgewährleistung durch Art. 9 Abs. 3 GG als auch dem Schutz konfligierender Grundrechtspositionen gerecht zu werden.

²⁹¹ Vgl. nur *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 317 ff.; *Stern*, Staatsrecht I, S. 131 ff.

²⁹² BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 33, NZA 2009, 1347.

²⁹³ BVerfG 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03, NZA 2004, 1338, unter B. II. 2. b).

²⁹⁴ *Rieble*, BB 2008, 1506, 1508.

²⁹⁵ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212.

(3) Verhältnismäßigkeitsprüfung im Detail

(a) Paritätsbezogener Prüfungsmaßstab?

In seinen einführenden Worten zur Verhältnismäßigkeitsprüfung scheint das BAG dem Paritätsprinzip hohen Stellenwert einzuräumen. Maßgeblich bei der judikativen Ausgestaltung des Grundrechts sei, „dass ein vorhandenes Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien nicht gestört oder ein Ungleichgewicht verstärkt wird“.²⁹⁶ Da ein staatlicher Beurteilungsmaßstab für „Parität“ nicht existiert, sondern eine paritätische Verhandlungssituation im Idealfall sozialpartnersonom durch Druck und Gegendruck erzielt wird und im Übrigen immer durch die vielfältigen Faktoren der konkreten Marktsituation geprägt wird und diese sich in der (Un-)Gleichgewichtigkeit einer Verhandlungssituation und im letztlich erzielten Tarifabschluss nur so angemessen widerspiegeln kann, kann die Paritätsprüfung auch nur darauf abzielen: Staatliches Handeln darf nicht manipulativ verzerrend in die natürlich gebildeten Kräfteverhältnisse eingreifen.²⁹⁷ Möglicherweise darf der Gesetzgeber darüber hinaus auf erkannte *strukturelle* Paritätsstörungen gestaltend reagieren.²⁹⁸

Als Kontrollmaßstab hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit bleibt auf Basis dieser Rechtsprechung lediglich – wie bereits in der zweiten Unterstützungstreik-Entscheidung²⁹⁹ – das von der kampfführenden Partei selbst gesetzte Kampfziel, also die Druckentfaltung zur Erzielung eines Tarifvertrags.³⁰⁰ Richtig scheint dagegen, Geeignetheit und Erforderlichkeit des Kampfmittels im Sinne einer Exzesskontrolle auch am Maßstab der Kampfparität zu messen³⁰¹ und nicht nur jene Arbeitskämpfmittel auszuschließen, die evident zur Herstellung von Parität ungeeignet scheinen, sondern auch jene, die im Zusammenwirken mit den gegebenen Abwehrmitteln lediglich eine einseitige Druck- und

²⁹⁶ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 37, NZA 2009, 1347.

²⁹⁷ Krit. aber noch *Greiner*, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁹⁸ In diesem Sinne jüngst BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915.

²⁹⁹ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 25, 26, BAGE 123, 134.

³⁰⁰ Deutlich BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, Rn. 42, 43; krit. *Bieder*, NZA 2008, 799, 800; *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034, 1035; insoweit zustimmend aber *Wank*, Anm. AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter IV. mit instruktivem Überblick zum Meinungsstand.

³⁰¹ Ähnlich bereits grundlegend *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 172; ebenso noch BAG 10.6.1980 – 1 AZR 168/79, BAGE 33, 185; BAG 12.3.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 195; *Konzen*, Jura 1981, 585, 587; *ders.*, DB Beil. 6/1990, 1, 9; *ders.*, SAE 1977, 235, 237; *Buchmer*, GS *Seiter*, S. 21, 28; *Lieb*, DB 1980, 2188, 2190 f.; *Rebel*, RdA 1979, 207, 211; *Bieder*, NZA 2008, 799 ff.; zur Problematik auch ausf. *Berg/Kocher/Schumann/Kocher*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 146 ff.

Verhandlungssituation herbeiführen können. Einer so verstandenen paritätsbezogenen Evidenz- und Exzesskontrolle erteilt aber auch das BAG im Flashmob-Urteil keine Absage, sondern betont durchaus den hohen Rang des Paritätsprinzips, das sogar als Vorbedingung der verfassungsrechtlich geforderten Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gewürdigt wird.³⁰²

(b) Rechtsmissbrauchs- und Evidenzkontrolle als Konsequenz einer paritätsbezogenen Betrachtung und Anerkennung der Kampfmittelwahlfreiheit

Nur wenn man als Prüfungsmaßstab bei Geeignetheit und Erforderlichkeit das Paritätsprinzip heranzieht, behält das Verhältnismäßigkeitsprinzip trotz der Beschränkung auf eine Rechtsmissbrauchs- und Evidenzkontrolle einen nachvollziehbaren Inhalt. Zugleich lässt sich die Beschränkung auf eine Rechtsmissbrauchs- und Evidenzkontrolle dann auch mit paritätstheoretischen Überlegungen begründen:

Bei jeder aktiv paritätsgestaltenden Rolle der Rechtsprechung ist größte Vorsicht geboten: In der Literatur wird zutreffend angeführt, dass ein *vollständiges* Verhandlungsgleichgewicht kaum realisierbar und angesichts einer dann drohenden „Patt-Situation“ nicht einmal wünschenswert sei.³⁰³ Auch die Tarifparteien streben die Parität nicht an; ihnen geht es vielmehr um die Gewinnung von überlegenen Verhandlungschancen.³⁰⁴ Es gehört zur Natur jeder Vertrags- und dementsprechend auch jeder Tarifvertragsverhandlung, dass mal die eine, mal die andere Seite Verhandlungsvorteile auf ihrer Seite hat.³⁰⁵

Bei der gerichtlichen Kontrolle der Arbeitskampfparität kann es daher in der Tat lediglich um eine Vermeidung besonders deutlicher, inadäquater Disparitäten, um eine Evidenz- und Rechtsmissbrauchskontrolle gehen: Nur ein Arbeitskämpfungsmittel, das *offensichtlich* auf die Herbeiführung einer disparitätischen Verhandlungssituation abzielt, indem angemessene Reaktionsmöglichkeiten der Gegenseite strukturell, nicht hingegen allein aufgrund individueller Schwäche, nicht gegeben sind, kann im Wege der Verhältnismäßigkeitskontrolle für unzulässig erklärt werden. Dies erkennt auch das BAG, wenn es – etwas verklausuliert – erneut³⁰⁶ auf die „Abstraktionshöhe“ des Paritätsprinzips und seine dar-

³⁰² BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 39, NZA 2009, 1347.

³⁰³ Anschaulich *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 32 Rn. 4.

³⁰⁴ *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 32 Rn. 4.

³⁰⁵ Zur Problematik jeder Paritätsprüfung grundlegend *Zöllner*, DB 1985, 2450, 2453 ff.

³⁰⁶ Vgl. schon BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 21, BAGE 123, 134.

aus folgende Ungeeignetheit als Maßstab einer Detailkontrolle verweist.³⁰⁷ Ziel der Prüfung von Eignung und Erforderlichkeit kann daher bei Lichte betrachtet nicht die judikativ gestaltende *Wahrung* der Parität sein, sondern nur die *Ermöglichung* einer sich in der Interaktion der Tarifpartner einstellenden Parität. Erreicht wird dieses Ziel durch den Ausschluss von Kampfformen, die offensichtlich zur Herstellung von Parität ungeeignet sind.

Sofern man als Maßstab von Geeignetheit und Erforderlichkeit die Kampfparität heranzieht, ist der vom BAG vertretenen Beschränkung auf eine Rechtsmissbrauchs- und Evidenzkontrolle und der Anerkennung einer gewerkschaftlichen Einschätzungsprärogative somit beizupflichten.³⁰⁸ Grund dieser Beschränkung ist dann – neben der soeben skizzierten „Abstraktionshöhe“ des Paritätsprinzips – auch der Grundsatz der Arbeitskämpfungsmittelfreiheit als Schutzfacette von Art. 9 Abs. 3 GG, auf den das BAG zu Recht hinweist.³⁰⁹ Macht man mit dem grundrechtlichen Schutz der Kampfmittelewahlfreiheit ernst, kommt zwangsläufig eine strengere Geeignetheits- und Erforderlichkeitskontrolle im Sinne einer Beschränkung auf das jeweils mildeste Mittel nicht in Betracht. Würde man tatsächlich den Koalitionen immer nur das mildeste Mittel zugestehen, würde die Freiheit der Kampfmittelewahl ausgehöhlt – von den erheblichen Schwierigkeiten, das mildeste Mittel zu identifizieren, ganz zu schweigen. Eine Beschränkung auf das jeweils mildeste Mittel ginge mit massiver Rechtsunsicherheit einher: Über jeder gewerkschaftlichen Angriffsmaßnahme schwebte das Damoklesschwert der Rechtswidrigkeit mit allen Konsequenzen.³¹⁰ Der Gewerkschaft wäre die kaum leistbare und risikoreiche Einschätzung abverlangt, ob eine wirkungsintensive Kampfmaßnahme gerade noch geeignet und erforderlich oder bereits unverhältnismäßig ist.

Ebenso wie beim Unterstützungstreik sollte allerdings auch beim Flashmob der Aspekt der Schwerpunktverlagerung Beachtung finden: Die Sach- und Marktgerechtigkeit der erzielten Tarifabschlüsse scheint jedenfalls dann gefährdet, wenn sich der *Schwerpunkt* der Auseinandersetzung vom Hauptarbeitskampf auf den Flashmob verlagert. Der Tarifvertrag erscheint dann nicht mehr als Ausdruck des Marktwerts der zurückgehaltenen Arbeitsleistung, sondern vielmehr in erster Linie Ergebnis der Druckentfaltung durch das atypische Kampfmittel des Flashmobs. Bei allen von den klassischen Kampfmethoden abwei-

³⁰⁷ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 40, NZA 2009, 1347.

³⁰⁸ Generell dagegen aber etwa *Konzen*, SAE 2008, 1, 7; *Wank*, Anm. AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung, unter IV. 2.

³⁰⁹ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 42, NZA 2009, 1347.

³¹⁰ Allgemein *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 1302.

chenden Hilfskampfmitteln ist daher gleichermaßen eine Kontrolle der Schwerpunktverlagerung angezeigt: Jegliches Ausweichen auf derartige Aktionsformen gefährdet das wünschenswerte Ziel eines marktgerechten Tarifabschlusses mit Richtigkeitsgewähr, wenn sich der Schwerpunkt der Kampfhandlungen auf das Hilfskampfmittel verlagert. Bei (hier befürworteter) paritätsbezogener Prüfung von Geeignetheit und Erforderlichkeit wäre folglich in der vom BAG behandelten „Flashmob“-Konstellation folglich schon auf der Stufe der Geeignetheit das Unverhältnismäßigkeitsverdikt angezeigt gewesen.

dd) Bestätigung durch das BVerfG

Mit Kammerbeschluss vom 26.3.2014³¹¹ hat das BVerfG die Annahme einer Verfassungsbeschwerde gegen die stark beachtete Flashmob-Entscheidung des BAG³¹² abgelehnt. Es bestätigt damit nicht mehr und nicht weniger, als dass das BAG in verfassungsrechtlich vertretbarer Weise den Flashmob als grundsätzlich rechtmäßiges Arbeitskampfmittel – vorbehaltlich einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im konkreten Einzelfall – anerkannt hat. Auf den ersten Blick scheint die Kammer über das liberale Arbeitskampfverständnis der neueren BAG-Rechtsprechung sogar noch hinauszugehen: War der Flashmob-Entscheidung des BAG noch ein klares Bekenntnis zur Beschränkung der Arbeitskampfmittelfreiheit auf „friedliche“ Kampfmittel zu entnehmen,³¹³ lässt das BVerfG mit der vorliegenden Entscheidung die Frage nach einem allgemeinen Friedlichkeitsvorbehalt³¹⁴ ausdrücklich dahinstehen. Der Beschluss bestätigt damit die Einschätzung, dass die Arbeitskampffreiheit in Karlsruhe tendenziell noch großzügiger interpretiert wird als in Erfurt.³¹⁵ Mit der vorliegenden Entscheidung entwickelt das BVerfG somit eine ganz neuartige Prüfungssystematik: Es judiziert erstmals nach Aufgabe der Kernbereichsrechtsprechung zur richterlichen Rechtmäßigkeitskontrolle von Arbeitskampfmaßnahmen und erkennt dabei erstmals den Grundsatz der Kampfmittelfreiheit ausdrücklich an, belässt aber im Gegensatz zu früherer Senatsjudikatur Raum für eine umfassende, auch auf die Angriffskampfmittel bezogene fachgerichtliche Verhältnismäßigkeitskontrolle.³¹⁶

³¹¹ BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493.

³¹² BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

³¹³ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, Rn. 34 aE, NZA 2009, 1347.

³¹⁴ Dahinter verbirgt sich die umfassende grundrechtsdogmatische Debatte um einen allgemeinen ungeschriebenen Friedlichkeitsvorbehalt der Grundrechte, vgl. zur kontroversen Diskussion *Isensee*, FS Sendler, S. 39 ff., 58; *Schwarz*, BayVBl 2003, 326.

³¹⁵ Vgl. *Greiner*, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, unter IV. 2.

³¹⁶ BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, Rn. 25, NZA 2014, 493.

Das BAG hat dabei auch Gestaltungsspielraum für die Entwicklung weiterer Konturen des Flashmobs als Arbeitskampfmittel: Mit seiner Entscheidung hat das BVerfG lediglich den in der BAG-Entscheidung vom 22.9.2009³¹⁷ gewählten Weg für verfassungsrechtlich unbedenklich befunden, ihn jedoch keinesfalls als einzig selig machenden Weg anerkannt. Vielmehr betont es mit Recht die weite Ausgestaltungskompetenz der Fachgerichte, deren Resultate nur begrenzt der verfassungsrechtlichen Kontrolle zugänglich sind: Das BVerfG ist nur zur Kontrolle der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts berufen,³¹⁸ die Kompetenz zur Rechtsfortbildung liegt dagegen bei den Revisions- bzw. Rechtsbeschwerdegerichten der jeweiligen Fachgerichtsbarkeit.³¹⁹

ee) Fazit

Die – gleichwohl vom BVerfG gebilligte – Verhältnismäßigkeitsprüfung des BAG im Flashmob-Urteil konnte einfachrechtlich wegen der entstandenen Unklarheit hinsichtlich der Relevanz des Paritätsprinzips nicht überzeugen.³²⁰ Prüft man demgegenüber Eignung und Erforderlichkeit am Maßstab der Parität, ist der Beschränkung auf eine Exzesskontrolle beizupflichten. In der Folgenabschätzung schien insofern die Annahme eines Exzessfalles in Form einer evidenten Ungeeignetheit zur Förderung der Verhandlungsparität naheliegend, da geeignete klassische Abwehrmittel kaum ersichtlich waren. Aus der *Ex-post*-Perspektive ist allerdings eine durchgreifend optimistischere³²¹ Bewertung des liberalen Ansatzes der höchstrichterlichen Judikatur angezeigt, da es der Arbeitgeberseite gelungen scheint, wirksame, hinreichenden Binnendruck erzeugende Abwehrinstrumente zu entwickeln. Insofern ermutigt die rechtstatsächliche Entwicklung nach dem mitunter skandalisierten³²² Flashmob-Urteil auch künftigen Weiterentwicklungen des Arbeitskampffarsenals in der Tendenz mit liberaler, grundrechtsfreundlicher Offenheit gegenüber zu treten.

³¹⁷ BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

³¹⁸ Schlaich/Korioth/*Korioth*, BVerfG, Rn. 283 ff. mwN.

³¹⁹ Vgl. nur § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO (der freilich im arbeitsgerichtlichen Verfahren wegen des spezielleren § 72 ArbGG nicht anwendbar ist).

³²⁰ Anders Berg/Kocher/Schumann/*Berg*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Teil 3 Rn. 213 ff., 216.

³²¹ Skeptischer mit Blick auf die Verteidigungsmöglichkeiten noch *Greiner*, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³²² Exemplarisch *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 533: „nahezu unbegrenzte Fremdschädigungsbefugnis“.

3. Exzesskontrolle

a) Evidente Ungeeignetheit zur Verwirklichung eines legitimen Ziels

Die trotz des heute infolge der dargestellten Rechtsprechung umfassend etablierten Grundsatzes der Kampfmittelwahlfreiheit anzuerkennende und auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte qualitative Exzesskontrolle hat nach dem Gesagten mehrere Facetten:

aa) Konkret verhandlungsbezogenes Ziel

Zum einen ist der zur Verwirklichung des – nach klassischer Sichtweise³²³ – einzig legitimen Ziels der Förderung von Tarifverhandlungen evident ungeeignete oder evident nicht erforderliche Einsatz von Arbeitskämpfungsmitteln exzessiv, unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.

Dies gilt für den bloßen Demonstrationsstreik oder einen Streik, der ausschließlich auf verbandsinterne Ziele wie Mitgliedermotivation oder Mitgliedergewinnung gerichtet ist. Darin liegen keine „tariflich regelbaren Ziele“, sodass derartige Zielsetzungen eines Streiks evident aus dem Spektrum der rechtmäßig zur „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ verfassungsrechtlich privilegierten Arbeitskämpfungshandlungen auszusondern sind.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass auch die Mitgliederbindung und Mitgliedergewinnung durch Gewerkschaften unter den verfassungsrechtlichen Topos der „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ subsumiert werden könnten, wenn man in einem hohen Mitgliederstand der Gewerkschaften den zentralen Baustein für ein funktionierendes Tarifvertragssystem erkennt. Dennoch fehlt es bei einem ausschließlich auf diese Ziele abzielenden Arbeitskampf erkennbar der intendierten Förderung und Unterstützung eines *konkreten* Tarifvertragsschlusses sowie der Herstellung von Ver-

³²³ Vgl. BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292; BAG 5.3.1985 – 1 AZR 468/83, NZA 1985, 504; BAG 10.12.2002 – 1 AZR 96/02, NZA 2003, 734; weniger deutlich BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 20, NZA 2007, 1055; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, Rn. 111, NZA 2013, 448; in der Lit.: *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen, Rn. 508 ff.; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 5 Rn. 2, 22; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 24 Rn. 2; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 1071; *Greiner*, ZfA 2016, 451, 455; aA *Däubler/Däubler*, Arbeitskampfrecht, § 13 Rn. 5 f.; § 9 Rn. 16; diff. *Schaub/Treber*, ArbR-HdB, § 192 Rn. 2 ff. Vgl. zu internationalrechtlichen Implikationen: *ErfK/Linsenmaier*, GG, Art. 9 Rn. 105 f.; *Waltermann*, EuZA 2015, 15.

handlungsparität in einer konkreten Verhandlungssituation. Leitet man mit dem Gegenmachtprinzip vertretbar ab, dass der Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen ausschließlich auf die Förderung der Parität in der aktuellen Tarifverhandlungssituation abzielen darf, verfehlt ein solcher „Werbe- und Motivationsstreik“ erkennbar das verhandlungsgerichtete Ziel.

Potentiell ermöglicht aber die weite Formulierung „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ auch eine andere, viel offenere Perspektive: Auch ein auf Mitgliederbindung und Mitgliederwerbung gerichteter Streik entfaltet eine *abstrakt* paritätsfördernde Wirkung im Hinblick auf künftige Tarifverhandlungen: Je stärker Quantität und innere Bindung der Mitgliederbasis, desto größer ist die „soziale Mächtigkeit“ der agierenden Gewerkschaft. Möglicherweise lässt sich das – mit Blick auf die Funktionsfähigkeit des Tarifvertragssystems zweifellos wünschenswerte – Ziel einer Mitgliederstärkung der Gewerkschaften gerade dadurch erreichen, dass man an dieser Stelle die rechtlichen Bindungen weiter lockert. Dies schiene – gerade auch mit Blick auf die ambivalenten Wirkungen eines solchen „Werbe- und Motivationsstreiks“ – jedenfalls nicht weniger überzeugend als die exzessive Zulassung von rechtlich problematischen Differenzierungsklauseln als Werbe- und Motivationsmittel der Gewerkschaften.³²⁴

Im Ergebnis scheint jedoch mehr dafür zu sprechen, gleichwohl den Einsatz von Arbeitskampfmaßnahmen auch weiterhin nur bezogen auf die Entfaltung von Verhandlungsmacht in einer konkreten Tarifverhandlungssituation zuzulassen. Die Schädigung der Gegenseite durch einen bloßen „Werbe- und Motivationsstreik“ hinzunehmen, hätte jedenfalls sehr ambivalente Wirkungen (insbesondere für das Verhältnis der Sozialpartner), die den wünschenswerten, aber vielleicht gar nicht realisierbaren Werbe- und Bindungseffekt zugunsten der Gewerkschaften mehr als aufwiegen. Letztlich würde der legalisierte Vertragsbruch zu primär eigennützigen Zwecken instrumentalisiert.

Nicht zu verkennen ist im Übrigen, dass jeder klassische Streik neben der verhandlungsfördernden Druckentfaltung gegenüber dem Sozialpartner *auch* verbandsinterne Wirkungen der Mitgliederbindung und Identifikationsstiftung

³²⁴ Dafür aber zuletzt BAG 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, BAGE 151, 235; Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag, S. 13 ff., 98, und Däubler/Heuschmid, TVG, § 1 Rn. 1056 ff., 1083 ff., halten sogar qualifizierte Differenzierungsklauseln in Form der Spannenklausel für zulässig. Für eine zwischen „Nachteilsausgleich“ und echter Schlechterstellung von Außenseitern differenzierenden Lösung Greiner, FS Willemssen (im Erscheinen).

sowie einen Werbeeffect in den Betrieben entfaltet. Treten diese auf die Stärkung der Mitgliederbasis abzielenden Effekte *neben* die Durchsetzung konkreter Tarifvertragsinhalte gegenüber dem Sozialpartner, steht dieses Motivbündel jedenfalls der Eignung und Erforderlichkeit zur Durchsetzung legitimer Ziele nicht evident entgegen. Dies dürfte selbst dann der Fall sein, wenn ein *Motivschwerpunkt* der streikführenden Gewerkschaft bei den innerverbandlichen Wirkungen des Streiks liegt (was als innere Tatsache freilich auch kaum justizabel sein dürfte).

bb) Evident überschießende Kampfmittel

Als zweite Spielart evidenter Ungeeignetheit ist an offensichtlich überschießende Kampfmittel zu denken, denen keine praktisch denkbaren Abwehrmittel gegenüberstehen und die somit einen evidenten Paritätsexzess darstellen. Hierher gehören insbesondere jene Kampfmittel, die auf Intransparenz und Verschleierung setzen und dadurch der Gegenseite sonst gegebene Verteidigungsmöglichkeiten aus der Hand schlagen: Beim streikersetzenden kollektiven Vortäuschen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (*go sick*) ist diese charakteristische Intransparenz ebenso gegeben wie beim Streik ohne Mitteilung des gewerkschaftlichen Streikbeschlusses.³²⁵

Im Übrigen ist hinsichtlich dieser paritätsorientierten Exzesskontrolle allerdings große Zurückhaltung geboten, da sich der durch Art. 9 Abs. 3 GG institutionell geschützte Verhandlungsprozess gerade als staatsfern und sozialpartnerautonom darstellt. Jenseits der genannten Extremfälle einer strategisch-strukturellen Erschwerung oder gar Verhinderung legitimer Abwehrreaktionen durch Schaffung einer intransparenten, verschleiernenden Kampfsituation, bleibt es bei dem Diktum des Bundesarbeitsgerichts,³²⁶ dass Parität nicht durch richterlichen Ein-

³²⁵ Näher *Greiner*, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; zur Bekanntmachung des Kampfbeschlusses vgl. BAG 31.10.1995 – 1 AZR 217/95, NZA 1996, 389: „Über den Inhalt des Streik- oder Aussperrungsbeschlusses muß die Gegenseite nicht im Einzelnen unterrichtet werden. Sie muß aber erkennen können, ob sie es mit einer zulässigen oder einer unzulässigen („wilden“) Arbeitskampfmaßnahme zu tun hat. Hieran fehlt es jedenfalls dann, wenn nicht einmal die Existenz eines Beschlusses für die Gegenseite erkennbar ist.“ Vgl. auch BAG 23.10.1996 – 1 AZR 269/96, NZA 1997, 397; *ErfK/Linsenmaier*, GG, Art. 9 Rn. 138.

³²⁶ Vgl. BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, Rn. 19, BAGE 123, 134: Es sei „grundsätzlich den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel an sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“.

griff in das Kampfgeschehen zu kreieren ist, sondern sich vielmehr durch das freie Wechselspiel von Aktion und Reaktion einstellt und es Aufgabe jeder Kampfpartei ist, die eigene Kampfstrategie kreativ auf Strategieänderungen der Gegenseite anzupassen und somit veränderten Gegebenheiten im Arbeitskampfgeschehen gewachsen zu bleiben.³²⁷

b) Evident fehlende Erforderlichkeit zur Verwirklichung eines legitimen Ziels

Auch noch nach dem zweiten Unterstützungstreik-Urteil des BAG fehlt es evident an der Erforderlichkeit zur Verwirklichung eines legitimen Ziels, wenn der Arbeitskampfgegner bereits signalisiert hat, dass er *vollumfänglich* zum Eingehen auf die gewerkschaftlichen Ziele bereit ist. Dies ist auch zutreffend, jedenfalls solange man am klassischen Leitbild der verhandlungs- und paritätsunterstützenden Zielsetzung von Arbeitskampfhandlungen im Hinblick auf eine konkret anstehende Tarifverhandlung festhält und den nur *abstrakt* mächtigkeitsunterstützenden „Werbe- und Identifikationsstreik“ (s.o. C. I. 3.) nicht zulässt.

Die Spielart der evident fehlenden Erforderlichkeit wird allerdings praktisch höchst selten eintreten, da die Arbeitgeberseite nur in extremen Ausnahmefällen ein *vollständiges* Einlenken auf die gewerkschaftliche Position signalisieren wird. Das Signal bloßer erneuter Verhandlungsbereitschaft führt demgegenüber nicht zur evident fehlenden Erforderlichkeit einer Fortsetzung von gewerkschaftlichen Arbeitskampfhandlungen, da nach heutiger Rechtslage eine Auftrennung des Tarifverhandlungs- und Arbeitskampfgeschehens in eine Verhandlungs- und eine Erzwingungsphase ohnehin nicht möglich scheint (dazu noch ausführlich C. II.).

³²⁷ Umso bedenklicher scheint, wenn jüngst der Gesetzgeber das in den letzten Jahren erfolgreich praktizierte Hauptreaktionsmittel der Arbeitgeberseite, das „Unterlaufen“ eines Streiks durch Aufrechterhaltung des Betriebes, durch weitgehenden Ausschluss der Arbeitnehmerüberlassung im Arbeitskampf entscheidend schwächt; vergleiche zu dieser verfassungswidrigen Novelle des § 11 Abs. 5 AÜG bereits *Henssler*, RdA 2016, 18, 24; *Franzen*, RdA 2015, 141, 151; *Lembke*, BB 2014, 1333, 1340; *Giesen*, ZRP 2016, 130, 133; *Rieble*, FS Wank, 2014, S. 475, 480; *Greiner*, ZfA 2016, 451, 453 f.

c) **Evident fehlende Angemessenheit zur Verwirklichung eines legitimen Ziels**

Die Exzesskontrolle auf der Prüfungsstufe der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Proportionalität) nimmt die Rechtsgüter von Verfassungsrang des Kampfgegners und kampfbetroffener Dritter in den Blick. Keine Rolle spielen hier paritätsbezogene Fragen, da eine detailliert paritätssteuernde Einwirkung des Staates mit dem institutionellen Grundanliegen des Art. 9 Abs. 3 GG, der Ermöglichung eines staatsfernen, autonomen Verhandlungsprozesses, unvereinbar und dem Regelungsanliegen der Gewährleistung von *Tarifautonomie* geradezu entgegengerichtet wäre.

Hinsichtlich des erstgenannten Aspekts erweisen sich solche Arbeitskämpfungsmittel als evident unangemessen und exzessiv, die über die bloße Arbeitsniederlegung hinausgehen und auf eine temporäre, insbesondere aber bleibende Rechtsgutverletzung abzielen. In diesem Kontext zu nennen sind insbesondere die Notdienste und Erhaltungsarbeiten, die einem Angemessenheitsexzess (etwa hinsichtlich der Rechtsgüter Leben und Gesundheit im Bereich der Daseinsvorsorge oder hinsichtlich des Eigentumsgrundrechts der kampfbetroffenen Unternehmen bei drohenden Schäden an Produktionsanlagen) vorbeugen sollen. Daran scheitern letztlich auch Betriebsblockaden, Betriebsbesetzung und betriebsblockierende Flashmobs, sofern sie temporär dem kampfbetroffenen Unternehmen die vollständige Verfügungsgewalt über das Betriebseigentum (vgl. Art. 14 GG, § 903 BGB) entziehen oder jede sinnvolle „Restnutzung“ des Betriebsvermögens unmöglich machen.³²⁸ Die temporäre Rechtsgutverletzung ist dabei nicht wertungsoffener als die bleibende Rechtsgutverletzung: Ist das Eigentum (auch durch nur temporären Entzug bzw. nur temporäre substantielle Nutzungshinderung) verletzt, indiziert dies deliktsrechtlich – vorbehaltlich eingreifender Rechtfertigungsgründe – die Rechtswidrigkeit des Eingriffs.

³²⁸ Zur letztlich intensitätsgestützten Abgrenzung zwischen Eigentumseingriff und Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bei Nutzungsbeeinträchtigungen vgl. allg. MüKo BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 236 ff. mwN.

II. Entwicklungslinie 2: Aufhebung der Trennung zwischen Verhandlungs- und Erzwingungsphase seit 1988, Ultima-Ratio-Grundsatz

Die zweite, bereits früher ausgeformte maßgebende Entwicklungslinie der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht in der seit 1988 zu konstatierenden Aufhebung der früheren Trennung zwischen Verhandlungs- und Erzwingungsphase sowie der Deregulierung des Ultima-Ratio-Grundsatzes.

1. Rechtsprechungsentwicklung

a) Ursprüngliche Sichtweise: Anerkennung des Warnstreiks bei phänomenologischer und rechtlicher Trennung von Warnstreik und Erzwingungsstreik

Die zunächst 1976³²⁹ angedeutete und dann bis 1984³³⁰ ausgeformte erste Entwicklungsstufe in der Rechtsprechung des BAG lag in der Anerkennung des verhandlungsbegleitenden Warnstreiks als rechtmäßiger Kampfform.³³¹ Allerdings wurde der Warnstreik zunächst phänomenologisch und in der rechtlichen Bewertung vom Erzwingungsstreik unterschieden: Das Ultima-Ratio-Prinzip sei auf den Warnstreik nicht anzuwenden, da dieser während laufender Verhandlungen lediglich dazu diene, auf die Arbeitgeber durch kleine „Nadelstiche“ milden Druck auszuüben. Der Warnstreik wurde damit strukturell von einem nachfolgenden Erzwingungsstreik unterschieden: Phänomenologisch trenne beide Formen des Streiks die Intensität: Ein Warnstreik übe lediglich verhandlungsbegleitend „milden Druck“ aus, der Erzwingungsstreik nach dem Scheitern der Verhandlungen deutlich intensiveren Druck. Zugrunde lag ein Vorstellungsbild, dass der Warnstreik eher punktuell und mit zeitlich-örtlich klar begrenzter Dimension während laufender Tarifverhandlungen durchgeführt werde, während der Erzwingungsstreik mit größerer zeitlich-örtlicher Dimension nach dem Scheitern von Tarifverhandlungen ausgerollt werde. In der Rechtsprechung wurden Arbeitsunterbrechungen „für die relativ kurze Zeit von zwei bis drei Stunden“ in diesem Sinne als zulässiger Warnstreik eingeordnet.³³² Der Übergang von der allenfalls warnstreikbegleiteten Verhandlungsphase in eine

³²⁹ BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, Rn. 15, BAGE 28, 295.

³³⁰ BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, BAGE 46, 322.

³³¹ Siehe zu dieser Entwicklung ausführlich und mwN *Kittner*, Arbeitskampf, S. 694 ff., insbes. 697 f.

³³² BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, Rn. 15, BAGE 28, 295.

streikunterstützte Erzwingungsphase werde durch das förmlich zu erklärende Scheitern der Verhandlungen markiert. Letzteres wurde zum für den Eintritt in die Erzwingungsphase maßgebenden rechtlichen Postulat erhoben.

Bereits die Entscheidung von 1976 führte dazu aus:

*„Für derartige Warnstreiks gilt [...] nicht uneingeschränkt der vom Großen Senat des Bundesarbeitsgerichts im Beschluß vom 21. April 1971 (BAGE 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf) aufgestellte Grundsatz, daß Arbeitskampfmaßnahmen nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden dürfen. Dieser Grundsatz ist erkennbar für den Regelfall aufgestellt worden, daß zeitlich längerfristige oder unbegrenzte Arbeitskampfmaßnahmen erfolgen. Handelt es sich dagegen nach Ablauf der tariflichen Friedenspflicht und während des Laufs von Tarifverhandlungen nur darum, den Abschluß dieser Verhandlungen dadurch zu beschleunigen, daß dem Tarifpartner die Bereitschaft, hier der Arbeitnehmerschaft, gegebenenfalls auch der nichtorganisierten Arbeitnehmer, zu einem intensiveren Arbeitskampf vor Augen geführt werden soll, so kann dieser „milde“ Druck in Form eines kurzen Warnstreiks auch vor Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ausgeübt werden. Ein derartiges Verfahren entspricht geradezu dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, einerseits noch nicht zu einem unbefristeten Arbeitskampf überzugehen, wenn die Verhandlungsmöglichkeiten noch nicht ausgeschöpft sind, andererseits darauf hinzuwirken, den tariflosen und damit nicht befriedeten Zustand möglichst schnell zu beenden. Derartige kurze Warnstreiks werden auch allgemein als zulässig und rechtmäßig angesehen [...]. Daß hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit etwa aus anderen Gründen verletzt worden sei, insbesondere im Hinblick auf Dauer und Wiederholung eines Warnstreiks oder durch Eintritt eines über den reinen Arbeitsausfall hinausgehenden hohen Schadens für die Beklagte, ist nicht vorge-
tragen worden.“³³³*

Neben der Zäsur einer förmlichen Scheiternserklärung wurde in der Entscheidung insbesondere auch die Durchführung einer Urabstimmung vor Durchführung eines Warnstreiks für entbehrlich gehalten:

„Die Besonderheiten eines kurzen Warnstreiks schließen es auch aus, für diesen die vorherige Durchführung einer Urabstimmung zu verlangen. Damit würde dieses „milde“, doch gerade auf Herbeiführung des tariflichen Friedenszustandes zielende Arbeitskampfmittel praktisch unmöglich gemacht. Der organisatorische Aufwand stünde in keinem Verhältnis zu der beabsichtigten Maßnahme, der auch jeder Überraschungseffekt und aktuelle Anlaß genommen würde. Ob in anderen

³³³ BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, Rn. 15, BAGE 28, 295.

Fällen die Durchführung einer Urabstimmung Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes ist, war hier nicht zu entscheiden.“³³⁴

Kritikwürdig³³⁵ schien dieses Modell schon in den Grundannahmen vor allem deshalb, weil es eine künstliche Trennung von Verhandlungs- und Erzwingungsphase voraussetzte, die, wenn man sie zum rechtlichen Postulat erhebt, für den Fortgang der Tarifverhandlungen und die höchst wünschenswerte³³⁶ schnelle Beendigung des Arbeitskampfes sogar kontraproduktiv ist: Ein schneller Tarifabschluss gelingt nur, wenn auch nach einem vorläufigen Scheitern von Verhandlungen die jederzeitige Verhandlungsbereitschaft fortbesteht. Insofern wird die Trennung zwischen Verhandlungs- und Erzwingungsphase den vertragstheoretischen Realitäten nicht gerecht: Jegliche Vertragsverhandlungen und insbesondere Tarifverhandlungen beinhalten einen dynamischen Prozess ständigen potentiellen Scheiterns und ständigen potentiellen Gelingens. Die Verhandlungsbereitschaft konstruktiv agierender Parteien endet zu keiner Zeit. Das Postulat einer klaren Scheiternserklärung fingiert somit das Fehlen einer Verhandlungsbereitschaft, obwohl die Verhandlungsbereitschaft *de facto* stets fortbesteht. Andernfalls ginge sogar das einzig legitime Kampfziel, schnellstmöglich den Abschluss der angestrebten tariflichen Vereinbarung zu erreichen, temporär verloren. Arbeitskampfmaßnahmen sind kein Selbstzweck, sondern dienen stets nichts anderem als der Unterstützung laufender Tarifverhandlungen. Darin liegt ihr legitimer Zweck. Der stets nur verhandlungsbegleitend zulässige Einsatz von Arbeitskampfmitteln verträgt somit kein Postulat einer förmlichen Scheiternserklärung. Sie errichtet eine zweckwidrige formale Hürde, welche den Fortlauf bzw. die Wiederaufnahme des Gesprächsfadens hindert.

Wenn man die einigungsfördernde Druckausübung in der Verhandlungsphase ausschließt, spiegelbildlich einen Fortgang von Verhandlungen für unzulässig hält, solange die Erzwingungskampfphase anhält und eine Wiederaufnahme von Verhandlungen erst nach förmlicher Beendigung der Erzwingungskampfhandlungen zulässt, wird das notwendige Ineinandergreifen von Verhandlungen und Entfaltung von Verhandlungsmacht zeitlich und sachlich aufgespalten.

³³⁴ BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, Rn. 22, BAGE 28, 295.

³³⁵ Vgl. die v.a. auf die Erzwingungsfunktion von Warnstreiks in Form der „neuen Beweglichkeit“ fokussierenden krit. Stellungnahmen im Schrifttum: *Hohenstatt/Schaude*, DB 1989, 1566, 1567; *Mayer-Maly*, Anm. AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; diff. *Lieb*, ZfA 1990, 357, 358.

³³⁶ Vgl. das immer noch gültige Diktum der Grundsatzentscheidung des BAG 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, dass Kampfmaßnahmen „im Allgemeinen unerwünscht“ und somit gleichsam ein notwendiges Übel sind.

In der Folge drohte auf Basis der BAG-Rechtsprechung von 1984 somit eine den Realitäten des Tarifrechts entgegengesetzte,³³⁷ heteronom vorgegebene, starre Abfolge von Verhandlung, Erzwingungskampf und erneuter Verhandlung – letztlich mit der Konsequenz einer drohenden zeitlichen Verzögerung der stets anzustrebenden tariflichen Einigung.³³⁸

Dieses künstlich zwischen Verhandlungs- und Erzwingungsphase trennende Denkmodell widersprach nicht zuletzt auch Grundannahmen der Vertragstheorie, die den vertraglichen Konsens zu Recht als Resultat des vom Einsatz der wechselseitigen Marktmacht geprägten Verhandlungsprozesses begreift.³³⁹ Konstituiert bei Tarifverhandlungen insbesondere der wechselseitige Einsatz rechtmäßiger Arbeitskämpfungsmittel die Marktmacht der verhandelnden Akteure, lassen sich Verhandlungs- und Erzwingungsphase auch aus diesem Blickwinkel nicht trennen: Vielmehr ist der gesamte Prozess der Tarifverhandlungen von der wechselseitigen Arbeitskämpfungsdrohung und ggf. dem Einsatz von Arbeitskämpfungsmitteln geprägt – Verhandlungs- und Erzwingungsphase verlaufen somit zeitsynchron. Das diesen autonom geprägten Realitäten entgegengesetzte Trennungsmodell der Rechtsprechung erwies sich somit als in hohem Maße rechtspolitisch gestaltend und aus grundrechtlicher Perspektive als „grundloser“ und damit rechtfertigungsloser Eingriff in den durch Art. 9 Abs. 3 GG jedenfalls institutionell³⁴⁰ geschützten tarifautonomen „Verhandlungsmechanismus“.³⁴¹

³³⁷ Vgl. in anderem Kontext zur normativen Kraft des Faktischen im Tarifrecht *Greiner*, NZA 2015, 769, 775.

³³⁸ Diese Verzögerungsgefahr richtete sich auch gegen rechtspolitische Überlegungen, eine zwingende Abkühl- oder Schlichtungsphase einzuführen; in diesem Sinne krit. bereits *Greiner*, Rechtsfragen, S. 453 ff.; weiterhin *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241, 276; *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 17; v. *Steinau-Steinrück/Glanz*, NZA 2009, 113, 118; unter Verweis auf das erfolglose Schlichtungsverfahren zwischen GDL und DB; *Zachert*, FS Wendeling-Schröder, S. 23, 27; zur begrenzten Wirksamkeit der Schlichtung vgl. auch *Kissel*, Arbeitskampfrecht, § 69 Rn. 25; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 1151; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 7 Rn. 19 ff.

³³⁹ *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 1023; *Löwisch/Rieble*, TVG, Grundlagen Rn. 36, 44 ff.; *Däubler/Wroblewski*, § 17 Rn. 3; vgl. auch *Böhm*, Kartelle und Koalitionsfreiheit.

³⁴⁰ Ausf. dazu *Greiner*, Rechtsfragen, S. 75 ff. mwN.

³⁴¹ Vgl. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 413; v. *Münch/Kunig/Löwer*, GG, Art. 9 Rn. 74.

b) Heutige Sichtweise: Beurteilung von Warnstreik und Erzwingungsstreik nach einheitlichen Maßstäben

In Anerkennung der in der Literatur formulierten Bedenken gegen die künstliche Trennung von Verhandlungs- und Erzwingungsphase – und damit auch von Warn- und Erzwingungsstreik – vollzog das BAG 1988³⁴² einen entscheidenden Liberalisierungsschritt, der die Sichtweise auf den Warnstreik bis heute entscheidend prägt: Der Warnstreik steht demnach rechtlich dem Erzwingungsstreik gleich. Daher finde auch das generell für Arbeitsk Kampfmaßnahmen geltende Ultima-Ratio-Prinzip³⁴³ bereits auf den Warnstreik Anwendung. Der Ultima-Ratio-Grundsatz wird aber stark relativiert und dadurch seine phasentrennende Wirkung beseitigt: Das Scheitern der Verhandlungen werde nämlich konkludent durch die Einleitung jedes Streiks – und damit auch eines Warnstreiks – erklärt. Mithin beinhalte – jenseits der noch zu erörternden Exzesskonstellationen – der Warnstreik im Grundsatz keine Verletzung des Ultima-Ratio-Prinzips. Trotz der vermeintlichen Verschärfung der Anforderungen durch Anwendung des Ultima-Ratio-Grundsatzes auf den Warnstreik³⁴⁴ und der Auflösung einer spezifischen Warnstreik-Dogmatik in einer allgemeinen Arbeitsk Kampfdogmatik lag in der Entscheidung von 1988 somit in Summe ein markanter Schritt zur Liberalisierung des Arbeitsk Kampfrechts,³⁴⁵ denn die zuvor anerkannte starre, an eine förmliche Scheiternserklärung gebundene Zäsur des Scheiterns der Tarifverhandlungen entfiel und wich einem sachangemessenen Nebeneinander von Verhandlungs- und Druckentfaltungsphase.

Das BAG erkannte damit implizit zutreffend an, dass eine starre Trennung von Verhandlungs- und Erzwingungsphase bereits mit den Grundannahmen der Vertragstheorie unvereinbar ist: Ein „Scheitern der Verhandlungen“ ist kein abgrenzbarer Moment im Zeitablauf, sondern stets ein dynamischer, mit Änderungen des Verhandlungsfortgangs sich wandelnder Prozess: Die Einschätzung einer Partei, dass die Verhandlungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt „gescheitert“ sind, kann im nächsten Moment größerem Optimismus weichen, wenn z.B. infolge der Androhung oder Einleitung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen ein Einlenken der Gegenseite erkennbar wird.³⁴⁶ Die Verhandlungsbereitschaft muss in

³⁴² BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364.

³⁴³ Grundlegend anerkannt seit BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292.

³⁴⁴ So die Bewertung bei BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, Rn. 30, BAGE 71, 92.

³⁴⁵ So auch die Bewertung bei NK-GA/Hanau, GG, Art. 9 Rn. 185; Hanau, Aktuelle Probleme des Arbeitsk Kampfrechts, S. 11 („rechtsdogmatische Knochenweichung“); Buchner, BB 1989, 1334, 1335.

³⁴⁶ Dies klingt auch bei BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 70, BAGE 58, 364 an.

diesem Sinne – also als Bereitschaft, den Verhandlungsfaden bei erkennbarem Einlenken der Gegenseiten wieder aufzunehmen – permanent fortbestehen; endet sie, verliert auch der geführte Arbeitskampf sein legitimes Ziel, schnellstmöglich einen Tarifabschluss zu erreichen.³⁴⁷ Die Einschätzung des „Scheiterns“ ist somit höchst subjektiv und zugleich höchst situativ.³⁴⁸ Verhandlungsbereitschaft und Verhandlungsphase bestehen auch während laufender Erzwingungshandlungen fort; umgekehrt schließt ein bereits angesetzter neuer Verhandlungstermin die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit flankierender Erzwingungsmaßnahmen nicht per se aus.³⁴⁹ In den Worten des BAG:

„Die Entscheidung des Großen Senats enthält keine Ausführungen darüber, wann die Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten angenommen werden kann und wie dieser Zeitpunkt festzustellen ist. Sie besagt nicht, daß dieser für die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen maßgebende Zeitpunkt erst dann gegeben ist, wenn das „Scheitern der Tarifverhandlungen“ ausdrücklich erklärt oder festgestellt worden ist.

Für die Bestimmung dieses Zeitpunkts kann nicht darauf abgestellt werden, ob tatsächlich alle Verständigungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind oder ob weitere Verhandlungen noch Aussicht auf eine Einigung bieten. Eine solche materielle Betrachtungsweise ist weder möglich noch zulässig. Sie scheidet praktisch schon daran, daß eine noch bestehende Verhandlungs- und Kompromißbereitschaft der Tarifvertragsparteien als innere Tatsache nicht oder jedenfalls nur unter größten Schwierigkeiten anhand von Indizien festgestellt werden könnte. Sie ist vor allen Dingen unzulässig, weil sie im Ergebnis zu einer Tarifzensur führen würde. Eine Entscheidung dahin, ein Arbeitskampf habe noch nicht geführt werden dürfen, weil noch bestehende Meinungsverschiedenheiten zwischen den Tarifvertragsparteien überbrückbar gewesen seien, schließt die Entscheidung darüber ein, daß die

³⁴⁷ Anders akzentuierend allerdings das BAG, wonach in der fortbestehenden Verhandlungs- und Kompromissbereitschaft der Tarifvertragsparteien gerade kein materielles Kriterium liegen könne, so BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 69, BAGE 58, 364.

³⁴⁸ Vgl. zur Autonomie und Flüchtigkeit der Scheiternsfeststellung bereits *Konzen*, Europäische Sozialcharta und Ultima-Ratio-Prinzip, JZ 1986, 157, 161; weiterhin *Picker*, DB Beil. 7/1985, 1 ff., unter zutreffendem Hinweis darauf, dass systemwidrige Fremdbestimmung Eingang in das Tarifvertragssystem fände, wollte man den Tarifvertragsparteien durch das Ultima-Ratio-Prinzip vorgeben, wie oft und wie lange sie zu verhandeln haben. Der Übergang zu Kampfmaßnahmen unterliege keiner – mit der Tarifautonomie unvereinbaren – gerichtlichen Überprüfung. Ähnlich auch *Seiter*, Die Warnstreikentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, S. 101: materielle Prüfung des Scheiterns sei ein Akt der Tarifzensur.

³⁴⁹ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 79, BAGE 58, 364.

eine oder andere Tarifvertragspartei letztlich doch zum Nachgeben verpflichtet gewesen wäre, um einen Arbeitskampf zu vermeiden. Von daher wird auch im Schrifttum, soweit es sich überhaupt mit der Frage befaßt, „wann“ alle Verständigungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind oder „wann die Verhandlungen gescheitert sind“, übereinstimmend die Auffassung vertreten, daß es auf eine tatsächlich noch bestehende Verhandlungs- oder Kompromißbereitschaft nicht ankommt.“³⁵⁰

Auf dieser Grundlage ist es höchst konsequent, auch zwischen Warn- und Erzwingungsstreik keine phänomenologische und rechtliche Trennung zu vollziehen: Denn bereits der Warnstreik hat eine die Einigung fördernde und – wenn man so will – erzwingende Wirkung. Umgekehrt dient auch der Erzwingungsstreik zu nichts anderem als die fortlaufenden Verhandlungen zu fördern und die weiterhin angestrebte Einigung zu unterstützen. Konsequent scheint es, wenn das BAG in der Folge an die Stelle der damit eigentlich obsoleten Warnstreikterminologie zunächst die Kategorie des „Kurzstreiks“ treten lässt:³⁵¹ Nach Entfall der phasentrennenden Wirkung einer förmlichen Scheiternserklärung kommt es für die Klassifizierung und rechtliche Beurteilung eines Arbeitskampfmittels nicht mehr auf das Verhandlungsstadium an, in dem es eingesetzt wird, sondern generell auf seine Intensität, die zum einen Umfang und Ausmaß angemessener Abwehrmaßnahmen vorgibt³⁵² und zum anderen auch hinsichtlich der Intensität des eingesetzten Angriffsmittels eine Exzesskontrolle ermöglicht.³⁵³ Das BAG formulierte die Aufhebung dieser früheren Trennung deutlich:

³⁵⁰ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 66, BAGE 58, 364.

³⁵¹ Deutlich BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, BAGE 71, 92 („sog. Warnstreik“); in manchen nachfolgenden Entscheidungen, insbes. ab 2005, wird allerdings – aber wohl unreflektiert – doch wieder auf die Warnstreikterminologie zurückgegriffen, etwa BAG 31.10.1995 – 1 AZR 217/95, BAGE 81, 213; BAG 26.7.2005 – 1 ABR 16/04, EzBAT § 8 BAT Arbeitskampf Nr. 50; BAG 26.7.2005 – 1 AZR 133/04, BAGE 115, 247; BAG 19.6.2012 – 1 AZR 775/10, BAGE 142, 98; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354; BAG 14.5.2013 – 1 AZR 178/12, ZTR 2013, 486. Die „Kurzstreik“-Terminologie wurde in der Folge dann v.a. zur Beschreibung der Fälle des „Wellenstreiks“ angewandt, vgl. BAG 27.6.1995 – 1 AZR 1016/94, BAGE 80, 213; BAG 12.11.1996 – 1 AZR 364/96, BAGE 84, 302; BAG 15.12.1998 – 1 AZR 289/98, BAGE 90, 280.

³⁵² Die Angemessenheit einer zweitägigen Aussperrung, mit der auf einen für eine halbe Stunde ausgerufenen Kurzstreik reagiert wird, verneint BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, BAGE 71, 92.

³⁵³ Die Verhältnismäßigkeitsbetrachtung auf die Relation von Angriffs- und Abwehrmittel beschränkend allerdings BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 (näher dazu s.o. B. IV.).

„Der Senat hat in den genannten Entscheidungen [von 1976 und 1984, d. Verf.] zur Unterscheidung hervorgehoben, bei Warnstreiks handele es sich um „kurze und zeitlich befristete“ Streiks, wobei unschädlich sei, daß diese wiederholt und nach einem bestimmten Plan geführt würden. Auch werde durch solche Streiks lediglich ein „milder Druck“ auf den tariflichen Gegenspieler ausgeübt, der gerade wegen seiner zunächst damit verbundenen Vermeidung eines Erzwingungsstreiks die Respektierung des ultima-ratio-Prinzips darstelle. Diese angeführten Kriterien vermögen eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung nicht zu begründen.

Warnstreiks auch in der Form der neuen Beweglichkeit unterscheiden sich in ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht von Erzwingungsstreiks. Darauf hat der Senat schon in seiner Entscheidung vom 8. Juni 1982 (1 AZR 464/80 – DB 1982, 1827) hingewiesen. Er hat im damaligen Zusammenhang darauf aufmerksam gemacht, daß das rechtlich entscheidende Merkmal eines Warnstreiks nicht seine Dauer oder sein wechselnder Einsatz gegen bestimmte Betriebe sei, sondern der Umstand, daß er noch vor einem Scheitern der Tarifverhandlungen geführt werde.

Die Dauer der einzelnen Arbeitsniederlegungen, deren Häufigkeit in den einzelnen Betrieben oder die Höhe des durch Warnstreiks verursachten Schadens sind aber keine verlässlichen Abgrenzungsmerkmale. Ein kurzer Flächenstreik kann zu einem geringeren Schaden führen als eine sich über längere Zeit hinziehende Warnstreikaktion. Ein Schaden und damit der Druck auf den Tarifpartner ist nicht stets und notwendig geringer, wenn ein Betrieb mehrfach für wenige Stunden bestreikt wird, als im Falle eines durchgehenden Streiks während einer größeren Zahl von Stunden. Die „Kürze“ eines Streiks, sein „milder Druck“ oder der durch ihn bewirkte „geringe Schaden“ wären als Kriterien zur Unterscheidung des Warnstreiks vom Erzwingungsstreik allenfalls dann brauchbar, wenn sie näher definiert würden. Eine solche Definition müßte allgemein oder jeweils für bestimmte Branchen zeitliche Obergrenzen festlegen und bestimmen, wie oft Warnstreiks gegen den gleichen Betrieb oder im Kampfgebiet wiederholt werden dürfen und wie hoch höchstens ein Schaden sein dürfte. Eine solche Definition wäre willkürlich, sie fände in der Rechtsordnung keine Grundlage.“³⁵⁴

Konsequent erteilt das BAG einer bestimmten, abgrenzbaren Phänomenologie des Warnstreiks eine Absage. Vielmehr hätten Warnstreik und Erzwingungsstreik eine gleichermaßen Verhandlungsdruck entfaltende Funktion:³⁵⁵ Zwischen einer „Druckausübung mit dem Ziel, überhaupt oder zügig und kompromißbereit zu verhandeln, und einer Druckausübung mit dem Ziel, zum Abschluß eines Tarifvertrages zu kommen“ könne nicht sinnvoll unterschieden werden.³⁵⁶ Und auch

³⁵⁴ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 54, BAGE 58, 364.

³⁵⁵ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 56, BAGE 58, 364.

³⁵⁶ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 56, BAGE 58, 364.

durch seine Demonstrationsfunktion könne der Warnstreik nicht trennscharf vom Erzwingungsstreik abgegrenzt werden.³⁵⁷ Angesichts dieser fehlenden Trennbarkeit fehlt es an charakteristischen Merkmalen einer schwächeren Intensität des Warnstreiks. Vielmehr

„unterscheidet sich der Warnstreik auch in der Form der neuen Beweglichkeit nicht in irgendwelchen relevanten Kriterien vom Erzwingungsstreik. Er kann daher nur den gleichen Regeln unterliegen wie dieser.“³⁵⁸

Insbesondere lehnte das BAG die strikte zeitliche Begrenzung verhandlungsbeleitender Kurzstreiks auf die vom klagenden streikbetroffenen Unternehmen beantragte Höchstdauer von 30 Minuten oder, wie hilfsweise beantragt, 90 Minuten ab. Auch der *in casu* praktizierte Kurzstreik in einem Einzelhandelsunternehmen zwischen 6.30 Uhr und 11.50 Uhr an einem kurzen Samstag mit zulässigen Ladenöffnungszeiten bis 14.00 Uhr wurde somit als verhältnis- und somit rechtmäßig erachtet. Dem dagegen gerichteten Argument, durch den Streik seien 60% der Öffnungszeit am fraglichen Kalendertag entfallen, folgt das BAG ebenso wenig wie dem Verweis auf die hohen, nicht nachholbaren Umsatzeinbußen:

„Da der Warnstreik wie jede andere Streikform ein Erzwingungsstreik ist, findet er seine Grenze nur im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der die Art der Durchführung und die Intensität der einzelnen Arbeitskampfmaßnahmen bestimmt. Insoweit bestehen jedoch gegen Warnstreiks in der Form der neuen Beweglichkeit keine Bedenken. Es finden sich in der Literatur deshalb auch keine Stimmen, die die Rechtswidrigkeit von Warnstreiks auch in der Form der neuen Beweglichkeit mit einem Verstoß gegen das Übermaßverbot zu begründen versuchen [...]. Für den Einzelhandel kann insoweit nichts anderes gelten. Es entspricht dem Grundsatz der freien Wahl und des freien Einsatzes der Arbeitskampfmittel, diese so einzusetzen, daß sie mit möglichst geringem Aufwand eine hohe Wirkung erzielen, d.h. einen durch die Folgen der Arbeitsniederlegung eintretenden Druck ausüben, der geeignet ist, die Arbeitgeberseite zum Nachgeben und Eingehen auf die erhobenen Forderungen zu bestimmen.“³⁵⁹

³⁵⁷ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 57, BAGE 58, 364.

³⁵⁸ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 60, BAGE 58, 364.

³⁵⁹ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 74, BAGE 58, 364.

2. Gegenmeinungen

Dieser Erkenntnisschritt des BAG zeitigte vielfältige positive Wirkungen: Er überwand letztlich das Auseinanderklaffen zwischen rechtlicher Bewertung und rechtstatsächlichem Befund, ersetzte die stark rechtsgestaltende Wirkung des früheren Richterrechts durch eine liberale Anerkennung der durch die Sozialpartner praktizierten Freiheit und trug damit der zentralen Intention des Art. 9 Abs. 3 GG Rechnung, einen tarifautonomen Verhandlungsmechanismus institutionell abzusichern. Zugleich eröffnete er die Möglichkeit, auch spiegelbildlich verhandlungsbegleitende Druckentfaltungsmittel der Arbeitgeberseite als rechtmäßigen Arbeitskämpfungsmittel einzusetzen anzuerkennen:³⁶⁰ Arbeitgeber konnten nunmehr „im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch Kurzstreiks mit Abwehraussperrungen beantworten“.³⁶¹

Gleichwohl blieb die Rechtsprechung nicht unumstritten. Exemplarisch sei hier auf zwei prominente Gegenpositionen näher eingegangen:

a) **Picker: Postulat druckfreier Verhandlungen und generelle Ablehnung des Warnstreiks**

aa) **„Zwang und Gewalt“ als Vertragsgestaltungsmittel**

Ganz grundsätzlich hatte *Eduard Picker* Anfang der 1980er Jahre die Zulässigkeit von verhandlungsbegleitenden Warnstreiks grundsätzlich in Frage gestellt.³⁶² Der Warnstreik verändere in grundsätzlicher Weise das tatsächliche Geschehen der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Die Arbeitskampfpraxis werde dadurch zu einem Mittel der Rechtsgestaltung.³⁶³ Die Wirkung von „Zwang und Gewalt“ werde zu einem von Anfang an unmittelbar wirkenden Regelungsfaktor und ersetze *de facto* das Regelungsinstrument des Verhandeln. Es komme infolgedessen zu einer Verdrängung des eigentlich vertragsförmigen Tarifverhandlungsverfahrens. Auch der Warnarbeitskampf müsse spürbaren Druck ausüben, um den Gegner überhaupt zu Konzessionen veranlassen zu

³⁶⁰ Vgl. *Konzen*, Anm. EzA Nr. 75 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Weller*, AuR 1989, 325, 330.

³⁶¹ BAG 11.8.1992 – 1 AZR 103/92, Rn. 30, BAGE 71, 92.

³⁶² *Picker*, Der Warnstreik und die Funktion des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung.

³⁶³ Vgl. zu diesem richtigen und auch heute noch für die dogmatische Begründung des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes tragfähigen Gedanken bereits oben B. III. 1.

können. Entfalte dieser Druck seine Wirkung, werde dadurch ein eigentliches Verhandeln beseitigt.³⁶⁴ Erkenne man aus Gründen der Symmetrie auch die Zulässigkeit von Warnaussperrungen an, werde das Verhandlungsstadium vollends „zum Feld für einen ständigen Schlagabtausch der Parteien“.³⁶⁵ Die Gestaltung der Arbeitsbedingungen werde auf diese Weise „mehr oder minder total dem Mechanismus von Gewalt und Gegengewalt unterworfen“.³⁶⁶

Die Entscheidung über die Zulassung des Warnstreiks hänge mit der Grundfrage zusammen, inwieweit es mit den Grundprinzipien und Regeln der Privatrechtsordnung kompatibel ist, während laufender Vertragsverhandlungen durch Zwang und Gewalt Verhandlungsdruck zu entfalten.³⁶⁷ Diese Frage sei uneingeschränkt zu verneinen. Formal führe die Anerkennung des Warnstreiks zu einem „Bruch mit der Ultima-Ratio-Regel“.³⁶⁸ Anders als die tradierten Kampfformen in der Erzwingungsphase (Erzwingungsstreik, Erzwingungsaussperrung, Boykott) fördere der Warnstreik die Funktionsfähigkeit des Verhandeln als primäres Regelungsinstrument nicht, sondern beeinträchtige es oder gebe es gar auf. In der Konsequenz werde im Bereich des Tarifvertragsrechts das Leitbild des „in freier Einigung erzielte[n] Vertrag[es] als Ordnungsfigur mehr oder minder weit funktionslos gemacht“.³⁶⁹ Der Privatrechtsordnung wohne aber eine klar erkennbare Rangfolge der Einigungsmittel inne, die Zwang und Gewalt als Gestaltungsmittel nur als Notlösung in Fällen der Unmöglichkeit freier Einigung zulassen. Das sei auch praktisch sinnvoll, denn in aller Regel bräuchten beide Parteien selbst bei klaren Zielen eine Phase der Abklärung und Ermittlung, um festzustellen, wie weit sich ihre Vorstellungen durchsetzen ließen, wie viel eigene Kompromissbereitschaft notwendig sei und welche Ziele somit realistischerweise verfolgt werden könnten.³⁷⁰

bb) Praktische Untauglichkeit des Warnstreiks

In der Konsequenz sei der Warnstreik weder durch Richterrecht zu legalisieren noch könne er mit der Berufung auf das Prinzip der freien Kampfmittelwahl gerechtfertigt werden.³⁷¹ Da er das Ziel der Förderung freier Verhandlungen

³⁶⁴ *Picker*, Warnstreik, S. 104, 241.

³⁶⁵ *Picker*, Warnstreik, S. 103 f., 241.

³⁶⁶ *Picker*, Warnstreik, S. 241.

³⁶⁷ *Picker*, Warnstreik, S. 147 ff., 242.

³⁶⁸ *Picker*, Warnstreik, S. 178 ff., 237, 242.

³⁶⁹ *Picker*, Warnstreik, S. 237 f., 242.

³⁷⁰ *Picker*, Warnstreik, S. 247.

³⁷¹ *Picker*, Warnstreik, S. 74.

konterkariere, könne der Warnstreik keine der von ihm erhofften verhandlungsunterstützenden Funktionen erfüllen, sondern behindere eher eine sinnvolle Konfliktregulierung.³⁷² Die in der Literatur gesehene positiven Wirkungen der Zulassung eines Warnstreiks – Beschleunigung,³⁷³ Schadensminderung,³⁷⁴ Ventileffekt³⁷⁵ – träten nicht ein, da nicht zu erwarten sei, dass die Gegenpartei sich durch die bloße Drohung mit künftigen Kämpfen und dadurch bewirkten künftigen Schäden beeindrucken lasse.³⁷⁶ Nichts sei ersichtlich, das den Gegner bewegen könne, vor einer solchen Druckausübung während des Laufs der Verhandlung „auch nur einen Augenblick früher zurückzuweisen als beim ganz gleichen Kampf nach dem Verhandlungsende“.³⁷⁷ Sollte der Warnstreik irgendeine Wirkung entfalten, müsse er mit „derselben Intensität eingesetzt werden wie ein Erzwingungskampf nach der Verhandlung“.³⁷⁸ Mit der Anerkennung einer allgemeinen und uneingeschränkten Arbeitskampffreiheit, die daraus zwingend folge, sei der Ultima-Ratio-Grundsatz vollständig aufgegeben. Letztlich sei dann ein radikaler Bruch mit den Grundprinzipien des geltenden Arbeitskämpfrechts vollzogen. In der Konsequenz werde die Regelung der Arbeitsbedingungen einem reinen Machtkampf überantwortet und der friedlichen Gestaltung entzogen.³⁷⁹

Gehe man diesen Weg der vollständigen Freigabe der Kampfmittel während der Verhandlungsphase nicht, könne der Warnstreik lediglich eine Demonstrationswirkung entfalten. Dann entfalte der Warnstreik lediglich Wirkungen, wenn ihm eine „den Gegner überzeugende Demonstrationfunktion“ zukomme.³⁸⁰ Diese Wirkung scheitere aber an den Realitäten: Die Arbeitnehmer hätten in der Situation des Warnstreiks keinerlei Anlass, über Ihre Bereitschaft zu reflektieren, an einem späteren Erzwingungsstreik teilzunehmen. Die Frage des Erzwingungsstreiks als „definitive Kriegserklärung“³⁸¹ stelle sich in der Situation des Warnstreiks noch gar nicht akut. Das Risiko für den Arbeitnehmer sei beim Warnstreik weitaus geringer als beim Erzwingungsstreik. Letztlich sei also

³⁷² *Picker*, Warnstreik, S. 105, 244.

³⁷³ *Seiter*, FS BAG, S. 583 f., Fn. 20; *Wohlgemuth*, AuR 1982, 201, 203 f.; krit. *Picker*, Warnstreik, S. 122 ff.

³⁷⁴ *Seiter*, FS BAG, S. 583, 590; *Konzen*, SAE 1977, S. 237; krit. *Picker*, Warnstreik, S. 133 ff.

³⁷⁵ *Seiter*, FS BAG, S. 583, 590 f.; krit. *Picker*, Warnstreik, S. 136 ff.

³⁷⁶ *Picker*, Warnstreik, S. 126 f., 142, 244.

³⁷⁷ *Picker*, Warnstreik, S. 126 f., 244.

³⁷⁸ *Picker*, Warnstreik, S. 124 f., 244.

³⁷⁹ *Picker*, Warnstreik, S. 125 f., 244 f.

³⁸⁰ *Picker*, Warnstreik, S. 126, 245.

³⁸¹ *Picker*, Warnstreik, S. 116 f., 245.

ein Rückschluss vom Warnstreik auf eine weitergehende Bereitschaft nach der Lebenserfahrung nicht möglich, auch in einen Erzwingungsarbeitskampf einzutreten.³⁸² *Picker* meint, die dem Warnstreik vergleichbaren wilden Streikaktionen in der Frühphase der Arbeiterbewegung (s.o. A. II. 4.) ließen keinerlei Rückschluss auf die Demonstrationswirkung eines Warnstreiks im heutigen geordneten und gereiften Arbeitsrecht zu. Vielmehr seien derartige Aktionen damals Ausdruck einer von großer sozialer Unzufriedenheit gespeisten generellen Kampfbereitschaft der Arbeitnehmer gewesen, sodass auch kurzen verhandlungsbegleitenden Arbeitsniederlegungen eine echte Demonstrationswirkung im Hinblick auf die Bereitschaft zum Erzwingungsarbeitskampf zukam. An diesen sozialen Rahmenbedingungen einer generellen Kampfschlossenheit fehle es heute. All dies bestätige die Entwicklung nach der ersten höchstrichterlichen Anerkennung des Warnstreiks im Jahr 1976.³⁸³ Der Warnstreik habe in der Folge zunächst keine nennenswerte praktische Bedeutung gespielt; dies verdeutliche empirisch, dass der Warnstreik keinerlei die Tarifaueinandersetzung fördernde Wirkung zeitige.³⁸⁴ Auch die Demonstrationswirkung des Warnstreiks erweise sich als „lebensfremde Prämisse“. Sämtliche dieser Arbeitskampfform zugeschriebenen positiven Wirkungen seien daher zu verneinen, vielmehr erweise sich der Warnstreik als ein „praktisch sinnloser Eingriff in fremde Rechtspositionen“ und somit als ein Arbeitskämpfungsmittel, dem schon die Eignung und Erforderlichkeit fehle. Es sei kein Postulat der Gerechtigkeit und Vernunft, den Warnstreik zuzulassen, sondern vielmehr breche seine Zulassung mit fundamentalen Maximen des Arbeitskämpfs- und allgemeinen Privatrechts.³⁸⁵ In Summe sei seine Zulässigkeit demgemäß uneingeschränkt zu verneinen.

cc) **Stellungnahme**

Seit dieser Einschätzung sind bald 40 Jahre ins Land gegangen, und somit lassen sich heute mit der Erfahrung von über 40 Jahren Warnstreikpraxis dagegen zunächst empirische Einwände erheben: Die *ex ante* vielleicht nicht unplausible Prognose *Pickers*, es fehle an jeder verhandlungsfördernden Wirkung des Warnstreiks, ist heute widerlegt. Die Entwicklung der letzten Dekaden hat vielmehr zu einer deutlich erkennbaren Verlagerung des Arbeitskämpfungsgeschehens von

³⁸² *Picker*, Warnstreik, S. 116, 245.

³⁸³ BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, BAGE 28, 295.

³⁸⁴ *Picker*, Warnstreik, S. 38 ff., 247.

³⁸⁵ *Picker*, Warnstreik, S. 247.

der Erzwingungs- in die warnstreikbegleitete Verhandlungsphase geführt. Heute führt, wie bereits dargestellt (s.o. A. II. 4., 5.), gerade die große Wirksamkeit klassischer Warnstreiks oder der bloßen Arbeitskämpfdrohung bereits ab Tarifverhandlungsbeginn dazu, dass die Schwelle zum Erzwingungsarbeitskampf kaum noch erreicht wird; und dies gilt insbesondere für florierende Wirtschaftsbereiche.

Insofern erweist sich die Zulassung des Warnstreiks empirisch als eine in hohem Maße verständigungsfördernde und die Dauer von Tarifaueinandersetzungen verkürzende Erfolgsgeschichte; darin liegt ein historisches Verdienst der neueren Warnstreikjudikatur des BAG. Diese stark einigungsanreizende Wirkung schon der bloßen Möglichkeit eines verhandlungsbegleitenden Warnstreiks scheint in einer stark arbeitsteiligen und vernetzten Wirtschaft potenziert, da auch eine kurzzeitige und räumlich eng begrenzte Arbeitsniederlegung zu breiten Fernwirkungen³⁸⁶ und intensiven wirtschaftlichen Einbußen führen kann. Der aus der *Ex-ante*-Perspektive verständlichen großen Skepsis *Pickers* ist somit *ex post* ein wesentlich positiverer Blick auf die Wirkungen der verhandlungsbegleitenden Druckentfaltung durch Warnstreiks gegenüberzustellen. Vermeidet aber der Warnstreik oder sogar schon seine bloße rechtliche Möglichkeit die Notwendigkeit breiter angelegter und zeitlich umfassend dimensionierter Erzwingungsarbeitskämpfe, erweist sich die Zulassung des Warnstreiks geradezu als positiver Standortfaktor und als Schlüssel zur Erzielung einer im internationalen Vergleich hochindustrialisierter Nationen geradezu beispiellos niedrigen Anzahl von Streiktagen, insbesondere im produzierenden Sektor.³⁸⁷

Weiterhin einzuwenden ist, dass die implizit zu Grunde gelegte grundrechtsdogmatische Perspektive der heutigen, spätestens seit 1995 etablierten Sicht auf die Gewährleistungsgehalte des Art. 9 Abs. 3 GG erkennbar zuwider läuft: Die Durchführung eines Arbeitskamps ist, wie dargestellt (s.o. B. I. 1.), nach modernem, liberalem Grundrechtsverständnis nicht in erster Linie ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in fremde Rechtspositionen durch die „soziale Gewalt“ einer kampfmächtigen Koalition, sondern primär ihrerseits Betätigung eines Freiheitsrechts (der freilich eine nicht zu verkennende Eingriffswirkung in die rechtlich geschützten Güter und Interessen der Gegenseite und gegebenenfalls kampfbetroffener Dritter zukommt). Die Begründungs- und Rechtfertigungslast ist somit gegenüber der Situation im Jahre 1983 genau umgekehrt:

³⁸⁶ Ausführlich hierzu *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger*, Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie, S. 33 ff.

³⁸⁷ Siehe hierzu etwa IW-Köln, Pressemitteilung Nr. 33 vom 1.7.2015.

Ausgehend vom heute allgemein anerkannten freiheitsrechtlichen Charakter des Streikrechts bedarf nicht die „Zulassung“ eines bestimmten Kampfmittels der Rechtfertigung, sondern vielmehr umgekehrt der Eingriff in den auf Schutzbereichsebene zunächst umfassend gewährleisteten Schutz der natürlichen, nicht normgeprägten Arbeitskampffreiheit. Unter diesem Blickwinkel kann auch kein striktes Ultima-Ratio-Prinzip als gleichsam naturgegebenes Traditionselement des Arbeitskampsrechts begründungslos dem Warnstreik entgegengesetzt werden, sondern bedürfte seinerseits einer Rechtfertigung, da auch der Anerkennung einer starren Ultima-Ratio-Grenze zwischen Verhandlungs- und Erzwingungsphase eine erkennbare Eingriffswirkung in die Arbeitskampffreiheit zukommt.

Schließlich vermögen auch die anregenden vertragstheoretischen Überlegungen *Pickers* im Ergebnis nicht zu überzeugen: Rechtsökonomisch erscheint es heute als illusorische Annahme, Vertragsverhandlungen fänden im Regelfall durch rationales Abwägen und Konzedieren sachlicher Argumente und damit gewissermaßen unter „Laborbedingungen“ statt. Die soziale Wirklichkeit ist vielmehr davon geprägt, dass vielfältige soziale und wirtschaftliche Rahmenbedingungen *jeden* Vertragsverhandlungsprozess von Anfang an prägen.³⁸⁸ So besteht das Dilemma der Vertragsgestaltung im Individualarbeitsrecht gerade darin, dass der Arbeitnehmer von vornherein viel existenzieller auf das Wirtschaftsgut „Arbeitsplatz“ angewiesen ist als im Regelfall der Arbeitgeber auf die Einstellung eines konkreten Arbeitnehmers.³⁸⁹ Hinsichtlich der Aushandlung der Arbeitsbedingungen ist der Arbeitnehmer beim individuellen Vertragsschluss somit erheblichem sozialem Druck ausgesetzt. Ähnliche Strukturen lassen sich für die Vertragsgestaltungsmacht im Mietrecht oder auch generell im Verbrauchervertragsrecht aufzeigen.³⁹⁰ Auf diese Weise können Vertragsverhandlungen nie losgelöst von ihrem wirtschaftlich-sozial-gesellschaftlich geprägten Umfeld betrachtet werden. Sie sind von Anfang an durch die wirtschaftliche Macht und die subtilen oder weniger subtilen Druckentfaltungsmöglichkeiten beider Vertragsparteien geprägt.

Bezogen auf die Tarifverhandlungen bedeutet dies, dass ein gedankliches Ausblenden der späteren Arbeitskampsituation und damit einer potentiellen Dru-

³⁸⁸ Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 423 ff.

³⁸⁹ Treffend *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Kreuder/Matthiessen-Kreuder*, Arbeitsrecht, BGB, § 611a Rn. 1.

³⁹⁰ Zur gestörten Vertragsparität im Verbraucherschutz vgl. EuGH 14.6.2012 – C-618/10 *Banco Español de Crédito*, EuZW 2012, 754, Rn. 39.

ckentfaltung ausscheidet: Zumindest unausgesprochen spielt die Möglichkeit der Arbeitsniederlegung und der dadurch bewirkten wirtschaftlichen Schädigung der Gegenseite vom ersten Tag der Tarifverhandlungen an eine entscheidende Rolle für die Motivlage und Konzessionsbereitschaft der Tarifpartner. In diesem Sinne entspricht es ohnehin nicht den Realitäten, eine vom sozialen Kontext gelöste druckfreie Verhandlungssituation zu postulieren. Der Warnstreik ermöglicht lediglich, den Gegner demonstrativ frühzeitig in die eigenen Karten schauen zu lassen und die Mobilisierungsbereitschaft der Belegschaften anschaulicher unter Beweis zu stellen als dies durch bloß verbale oder stillschweigende Arbeitskempfdrohung möglich wäre. Die Bereitschaft zum frühzeitigen verhandlungsbegleitenden Kurzstreik ist somit für die Arbeitgeberseite nicht mehr und nicht weniger als ein messbares Indiz für die Mobilisierungsfähigkeit der Gewerkschaft, ihren Rückhalt in den Belegschaften, die Identifikation der Belegschaften mit den Kampfzielen und somit eine präsumtive spätere Bereitschaft, bei Nichteinigung auch in einen Erzwingungsarbeitskampf einzutreten.

b) *Rieble*: Urabstimmung als außenrechtliches Erfordernis vor jeglichen Arbeitskempfhandlungen

Auf einen impliziten Ausschluss des Warnstreiks zielt auch – gewissermaßen als modernisierte Fortführung des 1983 bei *Picker* formulierten Gedankengangs – die Auffassung, richterrechtlich ein Urabstimmungserfordernis als außenrechtliches Erfordernis vor jegliche Arbeitskempfhandlung zu stellen.

aa) *Überwiegende Auffassung*: kein außenrechtliches Urabstimmungs-Erfordernis

Die überwiegende Auffassung verneint eine Außenrechtswirksamkeit der verbandsinternen Selbstbindung an ein Urabstimmungserfordernis:³⁹¹ Auch das BAG hat in seiner Warnstreikentscheidung von 1976, wie bereits erwähnt (s.o. C. II. 1. a)), eine Außenwirksamkeit des Urabstimmungserfordernisses abge-

³⁹¹ So *Vorderwülbecke*, BB 1987, 750 ff.; *Schüren*, Die Legitimation der tariflichen Normensetzung, S. 276 ff.: Ansonsten bestünde die Gefahr einer Rechtsaufsicht der Arbeitgeberverbände über die gewerkschaftliche Urabstimmung; mit ähnlicher Tendenz *Gitter*, JZ 1965, 197 ff.; vgl. (darstellend) auch *Seiter*, Streikrecht und Aussperung, S. 509 f.; *Kissel*, Arbeitskempfrecht, § 40 Rn. 1 ff.: Die Urabstimmung sei ein bloßes Verbandsinternum.

lehnt.³⁹² Diese Positionierung alleine deswegen für „überholt“ zu halten, weil sie im Rahmen der „alten“ Warnstreikjudikatur vorgenommen wurde,³⁹³ greift zu kurz, denn die „neue“, 1988 mit dem dritten Warnstreik-Urteil begründete Warnstreikjudikatur hat die Ultima-Ratio-Grenze aufgeweicht, nicht verhärtet (s.o. C. I.). Die vorherrschende Sichtweise, nach welcher das Urabstimmungserfordernis lediglich verbandsinterne Wirkung entfaltet, sofern eine Gewerkschaft ein solches in Betätigung ihrer Satzungsautonomie in ihre Satzung aufgenommen hat, spiegelt sich auch in § 6 des Professorenentwurfs von 1988,³⁹⁴ anderes gelte nur für das dort anerkannte verbandsfreie Streikrecht in § 34 Abs. 2.³⁹⁵ Eine satzungsautonom fundierte Ausnahme wird mitunter dann gesehen, wenn die Satzung selbst den nach außen wirkenden Kampfbeschluss von der Urabstimmung abhängig macht.³⁹⁶

bb) Außenwirksames Erfordernis innerverbandlicher Legitimation

Die Gegenposition hat in jüngerer Zeit noch einmal prominent *Rieble* bezogen³⁹⁷ und ausführlich begründet. Demnach sei das Urabstimmungserfordernis nicht satzungsautonom begründet, sondern ein allgemeines, heteronom den Gewerkschaften aufzuerlegendes Postulat des staatlichen Arbeitskammerrechts, für dessen Begründung auch eine richterrechtliche Begründungskompetenz bejaht wird.³⁹⁸ Die Urabstimmung habe zunächst verbandsintern eine legitimierende Wirkung, solle aber auch verbandsextern den Sozialpartner und die Allgemeinheit schützen. Letzteres Ziel werde nur erreicht, wenn die Urabstimmung als außenwirksame Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Kampfmaßnahme betrachtet werde.³⁹⁹

³⁹² BAG 17.12.1976 – 1 AZR 605/75, BAGE 28, 295.

³⁹³ So *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1442.

³⁹⁴ *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte.

³⁹⁵ Vgl. *Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, S. 98.

³⁹⁶ Vgl. *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, § 7 Rn. 33.

³⁹⁷ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1442 ff.; ebenso bereits *ders./Bitterberg*, AR-Blattei SD 170.6, Rn. 17, 20; *Löwisch/Rieble*, TVG, § 1 Rn. 635; § 2 Rn. 150; *Rieble/Löwisch*, Zukunft des Arbeitskampfes, § 2 Rn. 7 ff.; *Hueck/Nipperdey/Säcker*, Arbeitsrecht II/2, S. 1025 f.; *Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung, S. 116; *Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, Rn. 294 (aber nur bei verbandsautonomer Begründung eines Urabstimmungserfordernisses); *Bauer/Röder*, DB 1984, 1096 ff.; *Reuter*, FS Wiese, 1998, 427, 438; gegen Außenwirkungen der Urabstimmung und für allenfalls innergewerkschaftliche Wirkungen aber noch *Löwisch*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, Rn. 130; *Kehrmann/Rose*, AuR 1974, 321; *Vorderwülbecke*, BB 1987, 750.

³⁹⁸ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1450.

³⁹⁹ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1443.

Dies sei zwar eine neuartige Sichtweise, die aber durch rechtstatsächliche Veränderungen des Arbeitskampfgeschehens begründbar sei: Unter globalen Wettbewerbsbedingungen könnten Arbeitskämpfe schädliche Langzeitwirkungen auslösen.⁴⁰⁰ Früher sei zudem der Streik eine Massenerscheinung gewesen; heute hingegen könnten Wellenstreiks und „Minimax“-Kampfaktionen „ganze Betriebe lahmlegen“. Die Engführung des Kampfgeschehens auf wenige Aktivisten bedeute „Delegitimation“.⁴⁰¹ „Minimax“-Strategien führten zu einer Indienstnahme der Arbeitskampftrisikolehre des BAG,⁴⁰² indem Fernwirkungen in der Wertschöpfungskette hingenommen würden, wodurch in den Arbeitsverhältnissen nicht streikbeteiligter Arbeitnehmer ein kompensationsloser Entgeltverlust ausgelöst werde. Das sei keine „kalte Aussperrung“, sondern „eiskalte Streiktaktik“ und bevormundende Instrumentalisierung der gegen ihren Willen mittelbar in den Arbeitskampf einbezogenen Arbeitnehmer.⁴⁰³

Die Urabstimmung sei daher schon verbandsintern erforderlich, um hinreichende Legitimation für das Kampfgeschehen zu erzielen. Die Gewerkschaftsmitgliedschaft als solche beinhalte keine „Generalmächtigung“. Bei einschneidenden Kampfentscheidungen müsse vielmehr die Basis beteiligt werden;⁴⁰⁴ die Urabstimmung sei hierzu das entscheidende verbandsinterne Legitimationsmittel. Ebenso wie für die Tarifinhalte die mittelbare Grundrechtsbindung bedeutsam werde, müsse bei Verzicht auf eine Detailkontrolle des Arbeitskampfgeschehens der Schutz der Gewerkschaftsmitglieder vor unverhältnismäßigen Streikaktionen durch Verfahren gesichert werden.⁴⁰⁵ *Rieble* zieht die Verbindungslinie zum Postulat einer demokratischen Binnenorganisation.⁴⁰⁶ Die Begrenztheit des Legitimationsakts des Verbandsbeitritts gebiete gerade auch eine angemessene Mitwirkung der Mitglieder hinsichtlich sie besonders treffender Entscheidungen der Gewerkschaft⁴⁰⁷ – gewissermaßen eine gewerkschaftsinterne, basisdemokratisch konzipierte Wesentlichkeitstheorie.

⁴⁰⁰ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1444.

⁴⁰¹ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1445.

⁴⁰² Vgl. allgemein BAG 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – NJW 1981, 937; BAG 22.12.1980 – 1 ABR 76/79 – NJW 1981, 942; skeptisch zur Tragfähigkeit unter tarifpluralen Rahmenbedingungen *Greiner*, Rechtsfragen, S. 431 ff.; *Giesen*, NZA 2009, 11, 15; NK-GA/Hanau, GG, Art. 9 GG Rn. 239 ff.

⁴⁰³ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1446.

⁴⁰⁴ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1446 unter Berufung auf *Vorderwülbecke*, BB 1987, 750 ff.

⁴⁰⁵ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1446 f.

⁴⁰⁶ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1447.

⁴⁰⁷ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1447.

Jenseits dieser dominierenden verbandsinternen Bedeutung habe die Urabstimmung auch eine Schutzwirkung gegenüber dem Kampfgegner und der Allgemeinheit. *Rieble* räumt zwar ein, dass sich dies schwer begründen lässt;⁴⁰⁸ eine valide Begründung liege dennoch im andernfalls drohenden Leerlaufen des Ultima-Ratio-Prinzips.⁴⁰⁹ Eine notwendige Verfahrensschwelle zwischen kampffreier Verhandlungsphase und eigentlicher Kampfphase gebe es ansonsten nicht mehr. Insbesondere im Postulat dieser Sphärentrennung liegt die Übereinstimmung mit der bereits dargestellten Position *Pickers* (s.o. C. II. 2. a)).

Sei eine „materiale Beurteilung, ob es noch Verhandlungs- oder Verständigungsmöglichkeiten zwischen den Tarifparteien gibt“ und damit eine objektive Beurteilung des Scheiterns druckfreier Verhandlungen mit dem Gedanken der Tarifautonomie unvereinbar,⁴¹⁰ müsse der Ausweg in prozeduralen und damit willkürfreien Ausformungen des Ultima-Ratio-Gedankens gesehen werden. Prinzipiell in Betracht komme insofern die bereits vom Großen BAG-Senat⁴¹¹ erwähnte Schlichtungsobliegenheit. Diese werde aber nur wirksam, wenn ein effektives staatliches Schlichtungsverfahren zur Verfügung stehe, das *de lege lata* nicht vorhanden sei⁴¹² und offenbar auch nicht richterrechtlich kreiert werden könne. Solange eine staatlich auferlegte generelle Schlichtungsobliegenheit fehle, könne die Urabstimmung als insofern prozeduraler „Ersatz“ fungieren.⁴¹³ Eine zwingend durchzuführende Urabstimmung zwinge die Gewerkschaft zu der Entscheidung, ob sie die Schwelle zum „Jetzt geht’s los“ überschreiten wolle; bereits die Urabstimmung löse zudem eigenständigen Druck auf den Kampfgegner aus⁴¹⁴ und könne insofern „Signalfunktion“ haben.

Rieble sieht in der Urabstimmung somit ein entscheidendes, objektiv nachvollziehbares prozedurales Indiz für das Scheitern der kampffreien Verhandlungen. Seien nämlich lediglich das vertretungsberechtigte Organ der Gewerkschaft und wenige aktiv Streikende kampfbereit, könne man dies als objektiven Beleg dafür deuten, dass das Verhandlungspotenzial noch nicht erschöpft sei. Dann aber sei

⁴⁰⁸ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1447.

⁴⁰⁹ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1448.

⁴¹⁰ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1448 unter Verweis auf die entsprechende Positionierung bei *Picker RdA* 1982, S. 331 ff., 338 ff., 341, 346 und *Peters*, Das Scheitern der Tarifverhandlungen als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Arbeitskampfmaßnahmen. BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292.

⁴¹² *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1448.

⁴¹³ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1448.

⁴¹⁴ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1449.

der Streik auch nicht erforderlich.⁴¹⁵ Mit der Schaffung einer hinreichenden verbandsinternen Legitimation durch Urabstimmung gehe somit die Wahrung der Anforderung des Ultima-Ratio-Grundsatzes im Außenverhältnis und zugleich des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips einher. Eine mit der Tarifautonomie nicht zu vereinbarende materiale Beurteilung des Scheiterns von Tarifverhandlungen werde entbehrlich, wenn als Kontrollparameter die Basisbeteiligung innerhalb des Verbandes trete.

cc) Einführung durch Richterrecht?

Es bleibt freilich das unlösbare Gestaltungsproblem: Die Rechtsprechung, so *Rieble*, könne lediglich „Mindeststandards“ für das Urabstimmungsverfahren entwickeln.⁴¹⁶ Es dürfe somit nicht darum gehen, richterrechtlich positiv zu definieren, welches Organ die Urabstimmung in welcher Weise einzuleiten, welche Mitglieder an der Abstimmung zu beteiligen und wie genau das Abstimmungsergebnis festzustellen sei.⁴¹⁷ Reine Kommunikationsschwierigkeiten dürften aber eine Ausklammerung nicht legitimieren, sodass z.B. Arbeitnehmer auf Montage, in Krankheit oder Urlaub zwingend zu beteiligen seien. Praktische Schwierigkeiten seien insofern durch Briefabstimmung lösbar. Damit die Gewerkschaft nicht frühzeitig ihre intendierte Streiktaktik durch Nachweis einer Urabstimmung in den später streikbetroffenen Betrieben offenbaren muss, sei im gerichtlichen Verfahren das Beweismittel der notariellen Feststellung der durchgeführten Urabstimmung zuzulassen, der Nachweis somit in ein notarielles Geheimverfahren zu verlagern.⁴¹⁸

dd) Stellungnahme

(1) Verzögerungsgefahr; Eingriffswirkung

Zu diesem Standpunkt lässt sich vielerlei einwenden: Anliegen ist es, zurück zu einer klaren Aufteilung des Tarifverhandlungsgeschehens in eine streikfreie Verhandlungsphase und eine streikbegleitete Erzwingungsphase zu finden. Dagegen richten sich alle Einwände, die bereits im Hinblick auf die BAG-Entscheidung von 1984 geäußert wurden (s.o. C. II. 1. b)). Die Einwände wiegen

⁴¹⁵ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1449.

⁴¹⁶ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1451.

⁴¹⁷ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1452.

⁴¹⁸ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1452; zum notariellen Geheimverfahren und seinen Problemen in anderem Kontext HMB/*Greiner*, Teil 9 Rn. 134 ff.

noch schwerer, da nach dem von *Rieble* befürworteten Konzept und der darin zum Ausdruck kommenden Ablehnung des Warnstreiks in der Verhandlungsphase die Arbeitgeberseite vollständige Sicherheit darüber hätte, dass es in der Verhandlungsphase zu keinen Arbeitskampfhandlungen kommen kann. Sie hätte es daher in der Hand, Verhandlungsrunden ohne jegliche Arbeitskampfgefahr zu verzögern und erst dann Zugeständnisse zu machen, wenn die Gefahr einer potenziell erfolgreichen Urabstimmung erkennbar wird.

Die Alternative läge darin, dass die Gewerkschaften bereits weit im Vorfeld einer anstehenden Neuverhandlung der Tarifinhalte die Werbetrommel für einen Arbeitskampf rühren und so die Mitgliederbasis frühzeitig auf eine Urabstimmung vorbereiten. Das dürfte aber nur im heute nahezu irrealen Extremfall massiver Unzufriedenheit mit den Arbeitsbedingungen Erfolgsaussichten haben und ist für die Gewerkschaften mit dem gravierenden Risiko verbunden, in der Öffentlichkeit und an der eigenen Basis als „Scharfmacher“ wahrgenommen zu werden. Richtig scheint dagegen die im dritten Warnstreik-Urteil von 1988 erkennbare Sichtweise des BAG, dass nur die Synchronisierung von Verhandlungs- und Erzwingungsphase bereits frühzeitig hinreichenden Einigungsdruck auslöst. Dazu genügt es, dass der Streikaufruf eine nur am Horizont aufscheinende realistische Drohkulisse bleibt.

Ebenso richtig wie die Aussage des Großen BAG-Senats, dass der Gang in den Arbeitskampf ein gesellschaftspolitisch unerwünschtes und somit nach Möglichkeit zu vermeidendes Übel ist,⁴¹⁹ bleibt damit das altbekannte Diktum, dass Tarifverhandlungen ohne die potentielle Möglichkeit zum Arbeitskampf „kollektives Betteln“⁴²⁰ wären. Dies gilt auch für den verhandlungsbegleitenden und verhandlungsunterstützenden Arbeitskampf. Die anzustrebende Vermeidung jeglicher Arbeitskampfhandlungen oder zumindest eines lang andauernden und breit angelegten Erzwingungsstreiks kann aber nur dann gelingen, wenn bereits in einem frühen Verhandlungsstadium die *Möglichkeit* der Einleitung von Arbeitskampfhandlungen als realistische Drohkulisse gegeben ist, denn erst aus dieser Drohkulisse speist sich die gewerkschaftliche Verhandlungsmacht.

Letztlich ergäbe sich durch die klare Einteilung in eine streikfreie Verhandlungs- und eine streikunterstützte Erzwingungsphase somit eine ausschließlich der Arbeitgeberseite dienende Verzögerung des Verhandlungsgeschehens. Die

⁴¹⁹ Vgl. BAG 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291.

⁴²⁰ Vgl. BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140; BAG 12.9.1984 – 1 AZR 342/83, BAGE 46, 322; Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Wolter, Arbeitsrecht, GG, Art. 9 Rn. 113.

gewerkschaftliche Marktmacht und Durchsetzungsfähigkeit im Verhandlungsstadium würde erheblich reduziert. Darin läge ein erheblicher Eingriff in die Kampf- und Verhandlungsstrategie und damit den tarifautonomen Verhandlungsmechanismus unter Einsatz der beiderseitigen Marktkräfte, den Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisten möchte.⁴²¹ Weiter vertieft würde die Eingriffswirkung durch die dann unausweichliche Staatsaufsicht über die ordnungsgemäße Durchführung des Urabstimmungsverfahrens.

(2) Zwang zur basisdemokratischen Binnenorganisation?

Es bleibt die Frage nach der Urabstimmung als innerverbandlichem Postulat. Ist es zwingend, dass innerhalb der Koalition *basisdemokratisch* über einschneidende Kampfentscheidungen abgestimmt wird? Aus dem Vereinsrecht folgt kein derartiges Postulat. Nach einhelliger Auffassung kann vielmehr beim BGB-Vereins Satzungsautonom festgelegt werden, wie die Befugnisse von Vorstand, Mitgliederbasis und etwaigen „Zwischengremien“ wie einer Delegiertenkonferenz (Gewerkschaftstag) ausgestaltet werden.⁴²² Sogar ein Erfordernis der basisdemokratischen Vorstandswahl in festgelegten Zeitintervallen besteht nicht, sondern kann zumindest partiell durch ein Kooptierungsrecht des Vereinsvorstandes substituiert werden.⁴²³

An der uneingeschränkten Richtigkeit einer derartigen Großzügigkeit mag man bei gesellschaftlich höchst relevanten und mächtigen Organisationen wie Gewerkschaften zwar zweifeln. Dennoch verdeutlichen die weitgehenden Folgen des allgemeinen Vereinsrechts, dass ein außenrechtliches Postulat basisdemokratischer Entscheidungsstrukturen dem Vereinsrecht überaus fremd ist. Alles andere wäre überraschend, denn auch das Staatsrecht kennt in Deutschland kein Prinzip der basisdemokratischen Bürgerbeteiligung, sondern setzt auf das Instrumentarium der repräsentativen Demokratie. Stattet nun eine Gewerkschaftssatzung unter Verzicht auf ein Urabstimmungserfordernis den Vorstand oder den Gewerkschaftstag mit der Macht aus, über die Einleitung von Arbeitskämpfhandlungen entscheiden zu können, ist dies jedenfalls dann ein im besten Sinne repräsentativ-demokratisches Verfahren, wenn sich der Vorstand regel-

⁴²¹ Vgl. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 413; v. Münch/Kunig/Löwer, GG, Art. 9 Rn. 74.

⁴²² Vgl. nur MüKo BGB/*Arnold*, § 26 Rn. 13 mwN.

⁴²³ Jauernig/*Mansel*, BGB, § 27 Rn. 1; MüKo BGB/*Arnold*, § 27 Rn. 16 ff.; BeckOK BGB/*Schöpfli*, § 27 Rn. 4; zu den Grenzen exemplarisch OLG Celle 18.10.1994 – 20 W 20/94, NJW-RR 1995, 1273.

mäßig Neuwahlen stellen muss.⁴²⁴ Dem Postulat einer demokratischen Binnenstruktur des Verbandes⁴²⁵ ist dann in vollem Umfang Genüge getan. Entscheidet sich ein Verband dagegen für ein basisdemokratisches Urabstimmungserfordernis, geht er damit satzungsunternom über das außenrechtliche Erfordernis einer demokratischen Binnenstruktur hinaus. Dies ist in gleichem Maße legitim wie ein repräsentativ-demokratisches Entscheidungsmodell. Nicht begründbar scheint dagegen, aus dem wichtigen Postulat einer demokratischen Binnenstruktur der Koalitionen⁴²⁶ eine außenrechtliche Notwendigkeit der Basisbeteiligung bei innerverbandlichen Entscheidungen abzuleiten.

(3) Außenrechtliche Schutzintention der Urabstimmung?

Noch viel weniger begründbar sind die außenrechtlichen Wirkungen zugunsten von Kampfgegner und Allgemeinheit. Natürlich hätte ein staatlich auferlegtes Urabstimmungserfordernis als phasentrennende Voraussetzung der Einleitung von Arbeitskmpfhandlungen eine deutlich streikhemmende und prohibitive Wirkung. Es stärkt die Verhandlungsposition und -strategie der Arbeitgeberseite, indem die Angriffsmöglichkeiten der Gewerkschaft deutlich berechenbarer würden. Da sich eine Urabstimmung kaum im Geheimen durchführen lässt, hätte ein zwingendes Urabstimmungserfordernis praktisch eine ähnliche Wirkung wie die für den Bereich der Daseinsvorsorge diskutierten Ankündigungsfristen.⁴²⁷ Das gölte nach dem umfassenden Regelungsansatz *Riebles*⁴²⁸ freilich nicht eng begrenzt auf den von starker Drittbetroffenheit und grundrechtlichen Konfliktlagen gekennzeichneten Bereich der Daseinsvorsorge, sondern für alle Wirtschaftsbereiche.

Dieser Effekt scheint aber im Hinblick auf den autonomen Verhandlungsmechanismus, der durch Art. 9 Abs. 3 GG institutionell gesichert werden soll,⁴²⁹ geradezu kontraproduktiv. Um Tarifverhandlungen schnell zum Erfolg führen zu können, sind nach dem Gesagten (s.o. C. II. 2. a) cc)) die Unberechenbarkeit der jeweiligen Verhandlungsführung und die Möglichkeit jederzeitiger Druckentfaltung beider Seiten funktionsnotwendig. Anderes ist ausschließlich für

⁴²⁴ Zu diesem zentralen legitimationsstiftenden Erfordernis in anderem Kontext *Greiner*, NZA 2017, 98, 100 f.

⁴²⁵ Vgl. allgemein NK-GA/*Hanau*, GG, Art. 9 Rn. 67 ff. mwN.

⁴²⁶ Dazu BAG 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, 308: lediglich demokratischer Mindeststandard.

⁴²⁷ *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Daseinsvorsorge, S. 104 ff. mwN.

⁴²⁸ *Rieble*, FS Canaris, S. 1439, 1451.

⁴²⁹ Vgl. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 413; v. Münch/*Kunig/Löwer*, GG, Art. 9 Rn. 74.

den Bereich der Daseinsvorsorge wegen der dort ausgeprägten grundrechtlichen Drittbetroffenheit begründbar.⁴³⁰ Gemessen an den Funktionsbedingungen des tarifautonomen Verhandlungsmechanismus wäre es ein rechtfertigungsloser und erheblich paritätsverzerrender Eingriff, wenn durch ein außerrechtlich auferlegtes Urabstimmungserfordernis der Gewerkschaft zunächst für eine regelmäßig lange Verhandlungsphase jede Möglichkeit zur wirksamen Druckentfaltung aus der Hand genommen würde.

(4) Kompetenzielle Bedenken

Schließlich bleiben erhebliche kompetenzielle Bedenken: Für die richterrechtliche Implementierung eines staatlich-heteronom oktroyierten Urabstimmungserfordernisses fehlt es an Vorbildern im geschriebenen Gesetzesrecht.⁴³¹ Zumindest handelte es sich somit um eine vorbildlose und methodologisch problematische Rechtsfortbildung *extra legem*.

Möglicherweise sähe sich eine derartige richterrechtliche Weiterentwicklung des Arbeitskampfrechts aber sogar einem *contra legem*- und *contra constitutionem*-Vorwurf ausgesetzt, da Leitbild der grundgesetzlichen Wertentscheidung in Art. 9 Abs. 3 GG ersichtlich der freie Verhandlungs- und auch Druckentfaltungsmechanismus zwischen den Kampfparteien ist: Der in Art. 9 Abs. 3 GG Ausdruck findenden institutionellen Schutzintention entspricht das Postulat, dass in die „paritätische“ (s.o. B. II. 1.) Verhandlungsmacht beider Seiten nicht heteronom eingegriffen werden darf. Dies unterscheidet die Rolle des im Hinblick auf das Binnenverhältnis der Kampfparteien über die Angemessenheit eines Arbeitskampfmittels judizierenden Gerichts ganz erheblich von der Perspektive der Entfaltung von Belangen Drittbetroffener im Bereich der Daseinsvorsorge. Letztere sollen dem arbeitskampfrechtlichen „freien Spiel der Kräfte“ gerade nicht schutzlos ausgeliefert werden. Scheint nur angesichts der Drittbetroffenheit speziell für den Bereich der Daseinsvorsorge ein phasentrennendes Prozedere – etwa durch gesetzliche Einführung eines Urabstimmungserfordernisses, einer Schlichtungs- oder Abkühlphase – vorstellbar, fehlt es für den Arbeitskampf außerhalb der Daseinsvorsorge an einer entsprechenden Rechtfertigung. Die Phasentrennung zielt insofern allein auf die verfassungswidrige staatliche Feinsteuerung der Verhandlungsmacht im Binnenverhältnis der Kampfparteien. Dafür ist nach obigen Feststellungen (s.o. B. II.) verfassungs-

⁴³⁰ Vgl. Greiner, ZfA 2016, 451, 456 ff.

⁴³¹ Zu dieser methodologischen Voraussetzung einer konsistenten Rechtsfortbildung *extra legem* bereits Preis, RdA 1989, 327, 335 f.

rechtlich kein Raum; möglich scheint lediglich die ohnehin von den Gerichten praktizierte (wenn auch nicht immer überzeugend durchgeführte)⁴³² Exzesskontrolle (s.o. B. II. 1. b)).

(5) Verbreiterung der Tarifbewegung als legitimationsstärkendes Element

Ein zutreffender Aspekt ist freilich hervorzuheben: Wenn auf die Funktionswidrigkeit von Fernwirkungen verwiesen wird, ist dies ein valider Aspekt, der sich auch in der gewerkschaftlichen Streiktaktik der letzten Jahre widerspiegelt: Werden Fernwirkungen in mittelbar tarifpartizipierenden Betrieben erzielt, führen sie infolge des Wirkmechanismus des § 160 SGB III zu Binnendruck in den Reihen der Gewerkschaft (sog. kalte Aussperrung).⁴³³ Entstehen die Fernwirkungen branchenextern, sind sie regelmäßig zu weit vom Gegenspieler entfernt, um eine nachhaltig Verhandlungsdruck erzeugende Wirkung zu erzielen; anderes gilt dann, wenn der externalisierte Druck z.B. die Politik zum systemwidrigen Einwirken auf die Sozialpartner veranlasst.⁴³⁴ In beiden Spielarten scheinen die eintretenden Fernwirkungen unter der heutigen rechtlichen Rahmengestaltung durch § 160 SGB III interessenwidrig und nicht förderlich; die heutige Arbeitskampftaktik zielt darauf ab, die Fernwirkungen möglichst gering zu halten. *Rieble* ist darin Recht zu geben, dass ein Streik umso größere verbandsinterne Legitimation⁴³⁵ genießt, je breiter die Tarifbewegung angelegt wird. Der eng geführte, punktuelle Streik weniger Aktivisten an Schlüsselstellen hat geringeren mitgliederschaftlichen Rückhalt und demzufolge auch geringere gesellschaftliche Akzeptanz als ein breit angelegter, von vielen Mitgliedern mitgetragener und unter Vermeidung kontraproduktiver Wettbewerbsverzerrungen zwischen den branchenangehörigen Unternehmen in der Fläche ausgerollter Flächenstreik. Jede Orientierung an diesem Leitbild stärkt daher den Legitimationsgedanken und ist der systemkonformen Weiterentwicklung des Arbeitskampfgeschehens förderlich, mag all dies auch kaum justitiabel und somit eine eher auf soziologischer als auf rechtlicher Ebene anzusiedelnde Fragestellung sein.

⁴³² Vgl. BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347; dazu *Greiner*, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴³³ Ausf. dazu *Greiner*, Rechtsfragen, S. 431 ff. mwN; krit. jüngst *Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger*, Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie.

⁴³⁴ Insbes. in der Daseinsvorsorge, zu diesem „Spiel über Bande“ vgl. *Greiner*, ZfA 2016, 451, 458; weiterhin zur Systemwidrigkeit der Instrumentalisierung externen Drucks *Greiner*, Rechtsfragen, S. 443 f.

⁴³⁵ Vgl. zur Legitimationsfrage umfassend *Schüren*, Die Legitimation der tariflichen Normensetzung, S. 160 ff., 276 f.; *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, S. 47 ff.

3. Exzesskontrolle

Wie bereits für die qualitative Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gezeigt (s.o. C. I. 3.), besteht auch im Hinblick auf die zeitliche Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Ultima-Ratio-Prinzip) die Notwendigkeit einer Exzesskontrolle.

a) „Überfallartige Kampfaktionen“

Insofern bleibt es bei dem Diktum, dass „überfallartige Kampfaktionen“ exzessiv und evident nicht erforderlich sind.⁴³⁶ Der „vom Zaun gebrochene“⁴³⁷ Streik, der die Arbeitgeberseite ohne vorangehende Formulierung einer Tarifforderung oder ohne vorangehende Gelegenheit zum sofortigen Eingehen auf die gewerkschaftlichen Forderungen unvorbereitet trifft, ist nicht zu rechtfertigen. Er entfaltet rein destruktive Wirkungen und ist somit schon mit der verfassungsrechtlichen Zielstellung der Privilegierung durch Art. 9 Abs. 3 GG, die „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zu „wahren und fördern“, nicht in Einklang zu bringen. Letztlich ist diese Exzesskontrolle in zeitlicher Hinsicht untrennbar mit der Exzesskontrolle in qualitativer Hinsicht (s.o. C. I. 3.) verwoben, denn ein derartig verfrühter Kampfmitteleinsatz erweist sich auch in qualitativer Hinsicht als evident nicht erforderlich.

b) Mitteilung des Streikbeschlusses

Gleiches gilt für den bereits im Rahmen der qualitativen Exzesskontrolle (s.o. C. I. 3.) unter Transparenzgesichtspunkten angesprochenen Aspekt, dass der Arbeitgeberseite der gewerkschaftliche Kampfbeschluss vor oder mit Kampfbeginn erkennbar werden muss. Weiß die Arbeitgeberseite nicht, dass es sich um einen gewerkschaftlich getragenen und erkennbar von einer *bestimmten* Gewerkschaft durchgeführten Streik handelt, wird die Abwehr durch verschleiernde Kampftaktik sozial inadäquat erschwert, sodass das intransparent eingesetzte gewerkschaftliche Kampfmittel zur Förderung einer paritätischen Kampfsituation evident ungeeignet scheint (s.o. C. I. 2. d) cc) (3)); auch hier greifen der zeitliche Aspekt und die qualitative Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes somit untrennbar ineinander.

⁴³⁶ Preis, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 1290.

⁴³⁷ Preis, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 1290.

c) Friedenspflicht: Konsequenz der Vertragstreue

Kein Postulat des staatlichen Arbeitskampfrechts und staatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, sondern der tarifautonomen Selbstbindung der Sozialpartner ist demgegenüber das weitere Erfordernis, dass die tarifvertragliche Friedenspflicht im Hinblick auf die zu verhandelnden Materien und Regelungsinhalte beendet sein muss, ehe Arbeitskampfhandlungen eingeleitet werden können. Dieses Erfordernis folgt bereits aus dem Grundsatz der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) in seiner unmittelbaren Form und erscheint somit nicht als Anwendungsfeld des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁴³⁸

III. Zusammenwirken beider Entwicklungen – Kampfmittelwahlfreiheit auch schon in der Verhandlungsphase?

1. Grundsatz: Arbeitskampfmittelwahlfreiheit auch beim Warnstreik

Aus der konsequenten Zusammenführung beider Linien kann gefolgert werden, dass nach den Maßstäben des staatlichen, richterrechtlich geprägten Arbeitskampfrechts der Grundsatz der Arbeitskampfmittelwahlfreiheit auch in der Phase des verhandlungsbegleitenden Warnstreiks gilt: Denn wenn seit 1988 anerkannt ist, dass es nach den Maßstäben des staatlichen Arbeitskampfrechts keine strikte Trennung zwischen streikfreier Verhandlungs- und streikbegleiteter Erzwingungsphase und somit keine objektiv abgrenzbare Phänomenologie von Warnstreik und Erzwingungsstreik, sondern nur noch die nach einheitlichen Maßstäben zu beurteilende Kategorie des „Streiks“ gibt, wäre es nicht zu begründen, in der Anwendung des Grundsatzes der Arbeitskampfmittelwahlfreiheit dann doch wieder zwischen beiden Phasen einer Tarifbewegung zu unterscheiden. Seit dem klaren Judikat von 1988 steht in der Rechtsprechung des BAG der Warnstreik dem Erzwingungsstreik gleich; nur deshalb findet der – stark eingeschränkte – Ultima-Ratio-Grundsatz auf den Warnstreik überhaupt Anwendung.

⁴³⁸ Zum Verhältnis des Grundsatzes der Vertragstreue zum Verhältnismäßigkeitsprinzip vgl. oben C. II. 3. c).

2. Außenwirkung innerverbandlicher Bindungen?

Zu fragen ist, ob sich ein anderes Bild ergibt, wenn man mögliche Außenwirkungen innerverbandlicher Bindungen in den Blick nimmt: Das BAG betont in seiner Judikatur zum Ultima-Ratio-Grundsatz richtigerweise den Vorrang seiner innerverbandlich und im Binnenverhältnis der Sozialpartner autonom festgelegten Konkretisierungen.

Lässt die Satzung beispielsweise Warnstreiks unter ganz geringen Voraussetzungen zu, macht den Eintritt in die Phase des Erzwingungsstreiks aber vom Überwinden der hohen Urabstimmungshürde abhängig, dann liegt dem erkennbar die Vorstellung einer tatbestandlich-phänomenologischen Unterscheidbarkeit von Warnstreik und Erzwingungsstreik zugrunde. Eine solche in Satzung oder Schlichtungsabkommen verankerte Dichotomie von verhandlungs- und streikbegleiteter Erzwingungsphase wirft jedoch alle Fragen auf, die auch an die frühere judikative Grenzziehung gerichtet wurden⁴³⁹ und die das BAG 1988 zu Recht veranlassten, die Grenzziehung als normative Vorgabe des staatlichen Rechts aufzugeben: Wo liegt die Grenze zwischen „mildem“ und „intensiviertem“ Druck? Ist diese Grenze überhaupt objektiv mit dem Mittel des Richterrechts ausformbar und justitiabel oder muss nicht die kampfführende Partei diese Abgrenzung treffen? Läuft eine richterrechtliche Detailbewertung der Abgrenzungsfrage nicht auf eine bedenkliche Detailkontrolle der Kampftaktik und damit letztlich auf Tarifizensur hinaus – und zwar selbst dann, wenn die Grenze abstrakt ihren Ursprung im Satzungsrecht der Gewerkschaft hat?

Eine in der Gewerkschaftssatzung vorausgesetzte Unterscheidung zwischen Warnstreik und Erzwingungsstreik verweist auf die frühere BAG-Rechtsprechung in all ihrer kritikwürdigen Unbestimmtheit⁴⁴⁰ und ist folglich ihrerseits möglicherweise zu unbestimmt, um daraus außenrechtliche Bindungen und Wirkungen ableiten zu können. Erweist sich eine satzungsrechtliche Konkretisierung als zu unbestimmt, spricht viel dafür, ihr eine außenrechtliche Einwirkung auf den Ultima-Ratio-Grundsatz zu versagen und es bei der allgemeinen richterrechtlichen Vorgabe zu belassen. Hält man also eine satzungsrechtlich erkennbare Trennung von Warnstreik und Erzwingungsstreik für nicht hinreichend bestimmt, gölte im Ergebnis das in der Warnstreikentscheidung von 1988 grundlegende richterrechtliche Modell, das eine phänomenologische Abgrenzbarkeit von Warnstreik und Erzwingungsstreik gerade verneint.

⁴³⁹ S.o. C. II.; vgl. BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, Rn. 50, BAGE 58, 364.

⁴⁴⁰ Dazu s.o. C. II.

Eine vertiefende Bearbeitung dieser Frage könnte nur anhand konkreter Satzungsregelungen erfolgen, die nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.

D. Ergebnisse

Festzuhalten bleibt, dass eine Intensivierung der verhandlungsbegleitenden Streikpraxis, z.B. durch Schaffung von intermediären, in ihrem Erscheinungsbild zwischen „klassischem“ Warn- und Erzwingungsstreik angesiedelten Streikformen, aus Perspektive des staatlichen Arbeitskämpfrechts keinen durchgreifenden Bedenken unterliegt. Diese Weiterentwicklung der gewerkschaftlichen Kampfaktiken fügt sich stimmig in die beiden bestimmenden Entwicklungslinien des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein, die in der höchstrichterlichen Judikatur der letzten Dekaden zu erkennen sind: Zum einen findet auf Basis des heute anerkannten Grundsatzes der Arbeitskämpfungsmittelwahlfreiheit keine im Detail paritätssteuernde richterliche Kontrolle von qualitativer Geeignetheit und Erforderlichkeit des eingesetzten Kampfmittels und damit der Kampfaktiken statt. Die Angemessenheitskontrolle fokussiert auf die Betroffenheit sonstiger Rechtsgüter (einer Kampfpartei oder kampfbetroffener Dritter) und nicht auf die Herstellung von staatsgesteuerter Parität im Binnenverhältnis der Kampfparteien.

Hinsichtlich der tarifautonomen Auseinandersetzung zwischen den Kampfparteien beschränkt sich das staatliche Recht auf eine bloße Exzesskontrolle. Eine stärker die Kampfaktik der richterlichen Kontrolle unterstellende Rechtsprechung wäre ein erkennbarer Eingriff in den institutionellen Kerngehalt des Art. 9 Abs. 3 GG, der gerade einen staatsfernen tarifautonomen Regelungsmodellmechanismus mit einem „freien Spiel der Kräfte“ von Angriffs- und Verteidigungsmitteln sicherstellen möchte, freilich immer auf Basis des bereits verfassungsrechtlich getroffenen Rechtmäßigkeitsurteils über den Einsatz koalitionsgetragener Arbeitskämpfungsmittel.

Eine vergleichbare Entwicklung ist auch im Hinblick auf die zweite klassische Funktion des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verzeichnen: die zeitliche Begrenzung und Kontrolle des Kampfbeginns (Ultima-Ratio-Grundsatz). Auch hier ist bereits seit 1988⁴⁴¹ anerkannt, dass eine klare heteronom-staatliche Grenzziehung zwischen einer druckfreien Verhandlungsphase und einer kampfbegleiteten Erzwingung nicht möglich ist. Eine objektive

⁴⁴¹ BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364.

Scheiternsfeststellung durch staatliche Stellen wäre ein massiver Eingriff in den tarifautonomen Verhandlungsprozess.⁴⁴² Diese Sichtweise wird selbst von Befürwortern einer erneuten Schärfung des Ultima-Ratio-Grundsatzes heute vielfach geteilt. Ist aber die objektive Feststellung des Scheiterns druckfreier Tarifverhandlungen nicht möglich, folgt daraus zwingend eine Einschätzungsprärogative der kampfführenden Parteien über die Einleitung von Kampfmaßnahmen.

Die Betrachtung muss allerdings noch tiefer ansetzen: Das Idealbild druckfreier Vertragsverhandlungen wird nie real, da Vertragsverhandlungen stets in einem gesellschaftlich-sozial-wirtschaftlichen Kontext stattfinden, der von vielfältigen, subtilen Druck ausübenden Einflussfaktoren geprägt ist. Auch die am Horizont aufscheinende Möglichkeit irgendwann rechtmäßig durchführbarer Arbeitskampfhandlungen ist ein solcher Einflussfaktor, beeinflusst somit von Anfang an die Vertragsverhandlungen und verhilft der verhandelnden Gewerkschaft zu Verhandlungsmacht. Die bereits durch Art. 9 Abs. 3 GG erfolgte Anerkennung von Arbeitskampfhandlungen als rechtmäßige Grundrechtsbetätigung führt damit schlüssig zur Verwerfung jeglicher Regelungskonzepte, die eine vermeintlich „druckfreie“ Verhandlungsphase ohne verhandlungsbegleitende Arbeitsk Kampfmittel postulieren. Bei diesem Postulat handelt es sich letztlich um eine unrealistische Fiktion, sofern man Arbeitsk Kampfhandlungen nicht gänzlich die Anerkennung als rechtmäßige Verhaltensweise versagen will.

Das „Scheitern“ von Tarifverhandlungen ist schließlich kein starr festzulegender und objektiv bestimmbarer Zeitpunkt, sondern kann nur prozesshaft gedacht werden. Die Scheiternsfeststellung ist folglich immer vorbehaltlich einer Änderung von äußeren Gegebenheiten oder innerer Haltung; sie ist situativ und höchst volatil. Ein auch nur temporäres Ende der Verhandlungsbereitschaft einer Kampfpartei würde letztlich auch der Einleitung von Arbeitsk Kampfhandlungen die Grundlage entziehen, da Arbeitsk Kampfhandlungen schon nach dem in Art. 9 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommenden Schutzkonzept stets auf die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ abzielen müssen und somit im Verhältnis zum Sozialpartner auf die Entfaltung einer konstruktiven, verhandlungsfördernden Wirkung zu beschränkt sind. Mit der Einleitung jeglichen Streiks ist die Hoffnung verbunden, den Sozialpartner zum alsbaldigen Einlenken auf die gewerkschaftliche Forderung zu veranlassen. Der Gesprächs- und Verhandlungsfaden muss jederzeit wieder aufgenommen wer-

⁴⁴² BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364, vgl. auch *Preis*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 1294 f.

den können. Die prinzipielle Verhandlungsbereitschaft besteht somit selbst in der Situation eines klassischen, breit und zeitlich umfassend angelegten Erzwingungsstreiks fort. Auch ein zunächst zeitlich umfassend angelegter Erzwingungsstreik muss beendet werden, sobald eine Einigung mit der Arbeitgeberseite erzielt wurde. Seiner Fortsetzung würde es evident an Erforderlichkeit fehlen, zudem verstieße sie gegen die dann wieder bestehende Friedenspflicht.

Aus all diesen Gründen hat die früher angenommene phasentrennende Wirkung des arbeitskampfrechtlichen Ultima-Ratio-Grundsatzes keine Berechtigung. Phänomenologisch ergibt sich eine untrennbare Verwobenheit von Verhandlungs- und Erzwingungsphase, denn schon in der Verhandlungsphase speist sich die Verhandlungsmacht der Gewerkschaften nahezu ausschließlich aus der möglich erscheinenden Einleitung von Arbeitsk Kampfmaßnahmen. Eine mitunter geforderte Neubelebung der Phasentrennung hätte demnach (jenseits des spezifischen Bereichs der Daseinsvorsorge) vor allem kontraproduktive Wirkungen: Sie würde die Tarifverhandlungen verzögern, stünde einer schnellen Einigung entgegen und ließe die auch für die wirtschaftliche Prosperität segensreichen, im Ergebnis sogar streikbegrenzenden Wirkungen der umfassenden Zulassung verhandlungsbegleitender Streiks entfallen.

Ist aber eine klare Trennung von Verhandlungs- und Erzwingungsphase gedanklich nicht möglich, folgt daraus zwingend die Annahme des BAG im dritten Warnstreik-Urteil von 1988, dass auch eine klare Phänomenologie des Warnstreiks in Abgrenzung zum Erzwingungsstreik – etwa mit Blick auf eine geringere Breite, zeitliche Ausdehnung oder Intensität der eintretenden Schädigung – nicht möglich ist (s.o. C. II.). Konsequenterweise scheint es auf dieser Basis, die überkommene terminologische Trennung in „Warnstreik“ und „Erzwingungsstreik“ aufzugeben und schlicht vom einheitlichen Phänomen des „Streiks“ zu sprechen. Die auch in der heutigen höchstrichterlichen Rechtsprechung wieder auftauchende „Warnstreik“-Terminologie suggeriert eine im staatlichen Arbeitskampfrecht nicht mehr erkennbare phänomenologische Zweiteilung.

Für die Frage des Kampfbeginns bleibt damit im Binnenverhältnis der Kampfparteien nur eine Reduktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf eine Exzesskontrolle: „überfallartige Kampfaktionen“ ohne vorherige Formulierung einer Tarifforderung oder ohne Möglichkeit des Verhandlungspartners zum sofortigen Eingehen auf die gewerkschaftlichen Forderungen sind weiterhin ausgeschlossen. Unter dem Gesichtspunkt der Exzessvermeidung ebenfalls erforderlich ist ferner die Erkennbarkeit eines gewerkschaftlichen Kampfbe-

schlusses,⁴⁴³ da andernfalls ähnlich wie beim „*go sick*“ eine unklare, intransparente Kampfsituation einträte, bei der die Arbeitgeberseite an der Einleitung wirksamer Abwehrmaßnahmen gehindert wäre.

Als allgemeines Postulat bleibt im Übrigen der Ablauf der tarifvertraglichen Friedenspflicht, der systematisch allerdings nicht aus dem arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern aus der tarifvertraglichen, schuldrechtlichen Selbstbindung der Tarifvertragsparteien und damit letztlich dem Vertragstreueprinzip („*pacta sunt servanda*“) resultiert.

Die dargestellte Reduktion der Verhältnismäßigkeitskontrolle auf eine bloße Exzesskontrolle – sowohl in qualitativer als auch zeitlicher Hinsicht – korreliert mit den systematischen Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der entsprechend der Rechtsmaterie in unterschiedlicher Intensität und Ausformung richterlich anzuwenden ist.⁴⁴⁴ Ferner entspricht diese Reduktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dem heute vorherrschenden, schutzbereichsoffenen Grundrechtsverständnis zu Art. 9 Abs. 3 GG. Nur dieses Grundrechtsverständnis fügt sich in die allgemeine Grundrechtsdogmatik stimmig ein.

Aus der Zusammenführung der beiden dargestellten Entwicklungslinien des Arbeitskampfrechts ergibt sich somit eine klare Aussage: Streiks sind auch verhandlungsbegleitend zulässig, sobald die tarifvertragliche Voraussetzung des Ablaufs der Friedenspflicht erfüllt und dem Exzessverbot Genüge getan ist. Da eine klare Trennung von Verhandlungs- und Erzwingungsphase ausscheidet und letztlich *jeder* auf ein legitimes tarifliches Ziel gerichtete Streik „verhandlungsbegleitend“ stattfindet, gilt auch für einen verhandlungsbegleitenden Streik in einer relativ frühen Verhandlungsphase der uneingeschränkte Grundsatz der Kampfmittelwahlfreiheit. Die streikführende Gewerkschaft entscheidet somit insbesondere eigenverantwortlich über Streiktaktik, Streikintensität sowie Breite und zeitliche Ausdehnung der eingesetzten Kampfmittel.

⁴⁴³ BAG 31.10.1995 – 1 AZR 217/95, NZA 1996, 389: „Über den Inhalt des Streik- oder Aussperrungsbeschlusses muß die Gegenseite nicht im Einzelnen unterrichtet werden. Sie muß aber erkennen können, ob sie es mit einer zulässigen oder einer unzulässigen („wilden“) Arbeitskampsmaßnahme zu tun hat. Hieran fehlt es jedenfalls dann, wenn nicht einmal die Existenz eines Beschlusses für die Gegenseite erkennbar ist.“; vgl. auch BAG 23.10.1996 – 1 AZR 269/96, NZA 1997, 397; ErfK/Linsenmaier, GG, Art. 9 Rn. 138.

⁴⁴⁴ Vgl. Preis, FS Dieterich, S. 429, 435; S.o. B. III.

Auch insofern gilt das Diktum des BAG, dass es Aufgabe jeder Kampfpartei ist, sich auf geänderte Strategien der Gegenseite und geänderte Rahmenbedingungen taktisch einzustellen und kreativ geeignete Abwehrinstrumente zu finden.⁴⁴⁵ Mit einer Verbreiterung und Intensivierung der verhandlungsbegleitenden Streiks geht eine potentielle Verbreiterung und Intensivierung der Abwehrmöglichkeiten auf Arbeitgeberseite einher, mag die klassische Abwehrausspernung auch infolge ihrer regelmäßig selbstschädigenden Wirkung ein wenig taugliches Abwehrinstrument sein.⁴⁴⁶

Nicht ersichtlich ist insbesondere, dass einer verhandlungsbegleitenden, intermediär zwischen der klassischen Warn- und Erzwingungsstreiktypologie angesiedelten Kampfstrategie der Gewerkschaft generell das qualitative Exzessverbot entgegenstünde: Eine evident fehlende Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Verwirklichung der tarifvertraglichen Regelungsziele – insbesondere „qualitativer“ branchenweiter Regelungsziele, die mit dem klassischen Instrument des punktuellen verhandlungsbegleitenden Kurzstreiks kaum durchsetzbar sind (s.o. A. II. 1.) – scheidet aus. Sofern bestandserhaltende Notdienste sichergestellt sind, kommt es zu keiner exzessiven Gefährdung verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter des Kampfgegners oder Dritter: Auch ein intensivierter Streik bleibt bloße Arbeitsniederlegung und ist – anders als Betriebsblockade, Betriebsbesetzung oder Flashmob – keine bedenkliche Verletzung des Eigentumsgrundrechts auf Arbeitgeberseite. Eine evidente Ungeeignetheit zur Herstellung einer „abstrakt-materiellen“ paritätischen Verhandlungssituation ist gleichfalls nicht ersichtlich. Insofern ist vielmehr auf die gegebene Fähigkeit zu hinreichenden Abwehrmaßnahmen und das idealtypische „freie Spiel der Kräfte“ bei Tarifverhandlungen zu setzen.

⁴⁴⁵ BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134.

⁴⁴⁶ Zur regelmäßig zu konstatierender Interessenwidrigkeit der Aussperrung etwa *Rieble*, FS Wank, S. 475, 479 („Die Aussperrung ist praktisch tot.“); *Franzen*, RdA 2015, 141, 151; *Buchner*, BB 2008, 106, 109 („nie eine wirklich sinnvolle Antwort auf den Streik“).

Literaturverzeichnis

- Bamberger, Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Edition 15.6.2017 (BeckOK BGB/Bearbeiter)
- Bauer, Jobst-Hubertus/Röder, Gerhard*, Streik ohne Urabstimmung?, DB 1984, 1096–1099
- Bayreuther, Frank*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005 (Bayreuther, Kollektiv ausgeübte Privatautonomie)
- Gewerkschaftspluralismus im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung – Abschied vom „Einheitstarifvertrag“?, BB 2005, 2633–2641
 - Der Streik um einen Tarifsozialplan, NZA 2007, 1017–1023
 - Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, NZA 2008, 12–18
- Bepler, Klaus*, Tarifdispositives Gesetzesrecht, in: Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Festschrift für Otto Ernst Kempfen, S. 109–122, Hrsg.: Schubert, Jens, 2013 (Bepler, FS Kempfen)
- Berg, Peter/Kocher, Eva/Schumann, Dirk* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, Kompaktkommentar, 5. Aufl., 2016 (Berg/Kocher/Schumann/Bearbeiter, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht)
- Bertke, Anne-Kathrin*, Zur Zulässigkeit von Sympathiestreiks, 2014 (Bertke, Zulässigkeit von Sympathiestreiks)
- Bieback, Karl-Jürgen*, Neue Strukturen der Koalitionsfreiheit?, AuR 2000, 201–204
- Biedenkopf, Kurt*, Grenzen der Tarifautonomie, 1964 (Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie)
- Bieder, Marcus*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007 (Bieder, Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung)
- Paradigmenwechsel im Arbeitskampf: Neue Bezugspunkte für die Verhältnismäßigkeitskontrolle von Sympathiestreiks, NZA 2008, 799–803
- Birk, Rolf/Konzen, Horst/Löwisch, Manfred/Raiser, Thomas/Seiter, Hugo*, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988 (Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken, Der Staat 42, S. 165–192
- Boecken, Winfried/Düwell, Franz/Diller, Martin/Hanau, Hans* (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Bd. 2, 1. Aufl., 2016 (NK-GA/Bearbeiter)
- Boemke, Burkhard*, Folgen der Tarifpluralität für das Streikrecht, ZfA 2009, 131–151
- Böhm, Franz*, Kartelle und Koalitionsfreiheit, 1933 (Böhm, Kartelle und Koalitionsfreiheit)

- Borstel, Stefan v.*, Neues Streikkonzept, Die Welt (online) v. 22.2.2016; abrufbar unter <https://www.welt.de/wirtschaft/article152512028/IG-Metall-will-fuer-Chaos-in-den-Unternehmen-sorgen.html>; zuletzt abgerufen am 18.10.2017
- Brox, Hans/Rüthers, Bernd*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., 1982 (*Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht*)
- Bruun, Niklas/Bücker, Andreas*, Der Monti II Verordnungsvorschlag der EU Kommission, NZA 2012, 1136–1141
- Buchner, Herbert*, Der „Warnstreik“ nach der Bundesarbeitsgerichtsentscheidung vom 21. Juni 1988, BB 1989, 1334–1338
- Übermaßverbot als Grenze tarifbezogener Arbeitskämpfe, S. 21–48; in: Arbeitskampfrecht, Symposium Hugo Seiter zum Gedächtnis, Hrsg.: Lieb, Manfred/von Stebut, Manfred/Zöllner, Wolfgang, 1990 (*Buchner, GS Seiter*)
- Buchner, Matthias*, Turbulenzen im Arbeitskampfrecht, BB 2008, 106–110
- Butzer, Hermann*, Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, 375–385
- Cornils, Matthias*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005 (*Cornils, Ausgestaltung der Grundrechte*)
- Däubler, Wolfgang* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., 2018 (*Däubler/Bearbeiter, Arbeitskampfrecht*)
- (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl., 2016 (*Däubler/Bearbeiter, TVG*)
 - Neue Grundsätze im Arbeitskampf? – Zur Entscheidung des Ministerkomitees des Europarats, AuR 1998, 144
 - Haftung der Gewerkschaft für Millionenschäden?, AuR 2017, 232–237
- Däubler, Wolfgang/Hjort, Jens Peter/Schubert, Michael/Wolmerath, Martin* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 4. Aufl., 2017 (*Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Bearbeiter, Arbeitsrecht*)
- Dieterich, Thomas*, Die Grundrechtsbindung von Tarifverträgen, S. 117–121, in: Festschrift für Günter Schaub zum 65. Geburtstag, Hrsg.: Monika Schlachter, 1998 (*Dieterich, FS Schaub*)
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd. I, 3. Aufl., 2013 (*Dreier/Bearbeiter, GG*)
- Engels, Andreas*, Verfassung und Arbeitskampfrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen arbeitsgerichtlicher Arbeitskampfbildung, 2008 (*Engels, Verfassung und Arbeitskampfrecht*)
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian*, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 33. Edition 1.6.2017 (BeckOK GG/*Bearbeiter*)
- Fischinger, Philipp*, Zur Begrenzung des Streikrechts durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, RdA 2007, 99 – 103
- Franzen, Martin*, „Monti II“ oder: Nichts Neues zum Arbeitskampfrecht aus Brüssel, EuZA 2013, 1–2
- Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, S. 119–138, in: Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Jahrbuch Arbeitsrecht Bd. 47, 2010 (*Franzen, JbArbR 47*)

- Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrags, RdA 2015, 141–152
- Franzen, Martin/Thüsing, Gregor/Waldhoff, Christian*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012 (*Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge)
- Franzen, Martin*, „Monti II“ oder: Nichts Neues zum Arbeitskampfrecht aus Brüssel, EuZA 2013, 1
- Gallner, Inken/Mestwerdt, Wilhelm/Nägele, Stefan/Fiebig, Stefan* (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl., 2015 (*Gallner/Mestwerdt/Nägele/Fiebig/Bearbeiter*, KSchG)
- Gamillscheg, Franz*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 1964, 385–445
 - Kollektives Arbeitsrecht I, 1997 (*Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I)
- Gaul, Björn*, Die „Streikbruchprämie“ als zulässiges Arbeitskampfmittel, NJW 1994, 1025–1032
 - Neue Felder des Arbeitskampfs: Streikmaßnahmen zur Erzwingung eines Tarifsozialplans, RdA 2008, 13–24
- Gellermann, Martin*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewand, 2000 (*Gellermann*, Grundrechte)
- Giesen, Richard*, Tarifeinheit im Betrieb, NZA 2009, 11–18
 - Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130–134
- Gitter, Wolfgang*, Zur Rechtmäßigkeit eines ohne Urabstimmung durchgeführten Streiks, JZ 1965, 197–202
- Greiner, Stefan*, Ideelle Unzumutbarkeit: Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht, 2004 (*Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit)
 - Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010 (*Greiner*, Rechtsfragen)
 - Atypische Arbeitskampfmittel und Kampfluralität – Welche Verteidigungsmittel bleiben?, NJW 2010, 2977–2983
 - Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung – Abgrenzungsfragen und aktuelle Rechtspolitik, NZA 2013, 697–703
 - Arbeitskampffreiheit mit Drittbeteiligung – der Flashmob-Beschluss des BVerfG, jM 2014, 414–421
 - Das Tarifeinheitsgesetz, NZA 2015, 769–778
 - Alternativen zum Streik in der Daseinsvorsorge?, ZfA 2016, 451–466
 - Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ im Einzelhandel – Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Anm. EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
 - Tarifliche Stichtagsklauseln zur Außenseiterdifferenzierung in der Restrukturierungssituation – verfassungsrechtlich betrachtet, in: Hohenstatt, Klaus-Stefan et.al. (Hrsg.), Festschrift für Heinz-Josef Willemsen, 2018 (im Erscheinen)
- Hager, Johannes*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373–383

- Hanau, Hans*, Wie kann man dem neuen arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsmaßstab Kontur verleihen?, S. 15–42, in: *Entgrenzter Arbeitskampf?*, ZAAR Schriftenreihe Bd. 37, Hrsg.: Giesen, Richard/Junker, Abbo/Rieble, Volker, 2015 (*Hanau*, *Entgrenzter Arbeitskampf?*)
- Hanau, Peter*, Die neue Arbeitskampfarithmetik, insbesondere im Pressebereich, AfP 1980, 126–133
- Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, 1988 (*Hanau*, *aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts*)
 - Verbands-, Tarif- und Gerichtspluralismus, NZA 2003, 128–132
 - Stagnation und Expansion des Arbeitsrechts vom Grundgesetz bis zum Koalitionsvertrag 2013, jM 2014, 147–153
- Hanau, Peter/Adomeit, Klaus*, Arbeitsrecht, 14. Aufl., 2007
- Hanau, Peter/Thüsing, Gregor*, Neue Sensibilisierungen im Arbeitskampfrecht: Der Streik in der Luftfahrt, in: *Tarifautonomie im Wandel*, S. 35–70, Hrsg.: Thüsing, Gregor, 2003 (*Hanau/Thüsing*, *Streik in der Luftfahrt*)
- Hänsle, Walter*, Streik und Daseinsvorsorge, 2016
- Heimes, Jürgen*, BVerfG – Neues Profil der Koalitionsfreiheit, MDR 1996, 561–566
- Hensche, Detlef/Wolter, Henner*, Die verhältnismäßige Freiheit – zum Übermaßverbot des Streiks in: Individuelle und kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, S. 544–561, Hrsg.: Dieterich, Thomas/Le Friant, Martine/Kezuka, Katsutoshi/Pfarr, Heide, 2010 (*Hensche/Wolter*, *GS Zachert*)
- Henssler, Martin/Moll, Wilhelm/Beppler, Klaus* (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl., 2016 (*HMB/Bearbeiter*)
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., 1999 (*Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*)
- Hillgruber, Christian*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, 118–125
- Höfling, Wolfram*, Grundelemente einer Bereichsdogmatik der Koalitionsfreiheit – Kritik und Reformulierung der sog. Kernbereichslehre, S. 377–390, in: *Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag*, Hrsg.: Wendt, Rudolf/Höfling, Wolfram/Karpen, Ulrich/Oldiges, Martin, 1996 (*Höfling*, *FS Friauf*)
- Höfling, Wolfram/Engels, Andreas*, Grundrechtsausübung unter richterlichem Gemeinwohlvorbehalt? – Zur gesetzgeberischen Verantwortung im Arbeitskampfrecht, ZG 2008, S. 250–263
- Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schaude, Rainer*, Abschied vom ultima-ratio-Prinzip?, DB 1989, 1566–1571
- Hohenstatt, Klaus-Stefan/Schramm, Nils*, Erneute Erweiterung des Kampffarsenals: Zulässigkeit von Unterstützungsstreiks, NZA 2007, 1034–1037
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl* (Hrsg.), *Arbeitsrecht* Bd. 2 Hbd. 2, 7. Aufl., 1970 (*Hueck/Nipperdey/Bearbeiter*, *Arbeitsrecht II/2*)
- Hufen, Friedhelm*, Anm. zu BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, SAE 1997, 137–139
- Isensee, Josef*, Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, S. 39–63, in: *Bürger – Richter – Staat*, Festschrift für Horst

- Sendler zum Abschied aus seinem Amt, Hrsg.: Franssen, Everhardt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto/Sendler, Horst, 1991 (*Isensee*, FS Sendler)
- Streikeinsatz unter Gesetzesvorbehalt – Gesetzesvollzug unter Streikvorbehalt. Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts über den Streikeinsatz von Beamten, *DZWir* 1994, 309–315
- Jacobs, Matthias*, Das neue Arbeitskämpfrecht des Bundesarbeitsgerichts, *ZfA* 2011, 71–94
- Jacobs, Matthias/Krause, Rüdiger/Oetker, Hartmut/Schubert, Claudia*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., 2013 (*JKOS/Bearbeiter*)
- Junker, Abbo*, Das BAG und die Rechtmäßigkeit von Unterstützungstreiks im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips, *JZ* 2008, 102–104
- Kalb, Heinz-Jürgen*, Die Entwicklung des Arbeitskämpfrechts durch das Bundesarbeitsgericht, *RdA* 1994, 385–394
- Kamanabrou, Sudabeh*, Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, *ZfA* 2008, 241–281
- Kehrmann, Karl/Rose, Gunter*, Die neuen Arbeitskämpfrichtlinien des DGB – Einige Betrachtungen zur Auseinandersetzung, *AuR* 1974, 321–325
- Kemper, Michael*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG): Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Einrichtungsgarantien, 1990 (*Kemper, Koalitionsfreiheit*)
- Kersten, Jens*, Neues Arbeitskämpfrecht, 2012
- Kirchhoff, Arndt*, Falsche Tarif-Signale, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 5.3.2015
- Kissel, Otto*, Arbeitskämpfrecht, 2002
- Kittner, Michael*, Arbeitskämpf – Geschichte, Recht, Gegenwart, 2005
- Kocher, Eva/Kädtler, Jürgen/Voskamp, Ulrich/Krüger, Laura*, Noch verfassungsgemäß? Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III, *HSI-Schriftenreihe* Bd. 19, 2017 (*Kocher/Kädtler/Voskamp/Krüger, Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie*)
- Konzen, Horst*, Tarifbindung, Friedenspflicht und Kampfparität beim Verbandswechsel des Arbeitgebers, *ZfA* 1975, 401–436 (*Konzen, Verbandswechsel des Arbeitgebers*)
- Der Arbeitskämpf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, *AcP* 1977, 473–542
 - Zur Frage der Zulässigkeit kurzer Warnstreiks, *SAE* 1977, 235 – 238
 - Die Besondere Entscheidung – Parität, Übermaßverbot und Aussperrenquoten, *Jura* 1981, 585–589
 - Aussperrenquoten und Druckgewerbe, *AfP* 1984, 1–11
 - Europäische Sozialcharta und ultima ratio-Prinzip, *JZ* 1986, 157–163
 - Sonderzahlung an nicht streikende Arbeitnehmer, *SAE* 1989, 22–24
 - Der Sympathiestreik bei inkongruenter Tarifzuständigkeit der Tarifparteien, *DB Beil.* 6/1990, S. 1–15
 - Die erweiterte Zulassung des Unterstützungstreiks, *SAE* 2008, 1–9
 - Zur Unzulässigkeit von Betriebsblockaden, *Anm. EzA* Nr. 75 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf

- Krämer, Daniel*, Die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, 2015
- Krieger, Stefan/Günther, Jens*, Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt!?, NZA 2010, 20–23
- Lagoni, Rainer*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsverträge auf Seeschiffen, JZ 1995, 499–503
- Lembke, Mark*, Gesetzesvorhaben der Großen Koalition im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, BB 2014, 1333–1340
- Lerche, Peter*, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961
- Lieb, Manfred*, Gedanken zur Aussperrung, DB 1980, 2188
- Warnstreik und kein Ende?, ZfA 1990, 357–375
- Löwisch, Manfred*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 1997
- Besteht ein Grund, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Aussperrung zu ändern?, RdA 1980, 1–14
 - Zur rechtlichen Beurteilung besonderer Arbeitskampfmaßnahmen im Medienbereich, RdA 1987, 219–225
 - Modernes Tarifverhandlungsrecht: Förderung alternativer Konfliktlösung, S. 36–46, in: Zukunft des Arbeitskampfes, ZAAR Schriftenreihe Bd. 2, Hrsg.: Rieble, Volker (Rieble/Löwisch, Zukunft des Arbeitskampfes, § 2)
- Löwisch, Manfred/Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., 2017 (Löwisch/Rieble, TVG)
- AR-Blattei SD 170.2
- Manssen, Gerrit*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994 (Manssen, Privatrechtsgestaltung)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.), Grundgesetz, 79. Ergänzungslieferung 2017 (Maunz/Dürig/Bearbeiter, GG)
- Mayer-Maly, Theo*, Rechtswidrigkeit von Sympathiestreiks, SAE 1988, 310–311
- Zulässigkeit von Warnstreiks, Anm. AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
- Meier, Norbert/Greiner, Stefan*, Rechtliche Handlungsmöglichkeiten der Kommunen bei finanzieller Überforderung durch landes- und bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen und gleichzeitiger Verpflichtung zum Haushaltsausgleich, VerwArch 2006, 293–316
- Müller, Gerhard*, Die Koalition in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Juristen-Jahrbuch 10, 1969, 125–156
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., 2017 (ErfK/Bearbeiter)
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Band 1, 6. Aufl., 2012 (v. Münch/Kunig/Bearbeiter, GG)
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*, Tarifautonomie und staatliche Gesetzgebung, 2000 (Ossenbühl/Cornils, Tarifautonomie)
- Otto, Hansjörg*, Die Aussperrung im Lichte der Urteile des BAG aus dem Jahre 1980, RdA 1981, 285
- Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006
 - Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG, RdA 2010, 135–148

- Peters, Harald*, Das Scheitern der Tarifverhandlungen als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, 1996
- Picker, Eduard*, Ultima-ratio-Prinzip und Tarifautonomie, RdA 1982, 331–355
- Der Warnstreik und die Funktion des Arbeitskampfs in der Privatrechtsordnung, 1983 (*Picker*, Warnstreik)
 - Verhandlungsbegleitende Arbeitskämpfe – Ein Epilog auf den Warnstreik, DB Beil. 7/1985, S. 1–15
 - Die Regelung der „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ – Vertragsprinzip oder Kampfprinzip?, 1988
 - Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, ZfA 1998, 573–714
- Poscher, Ralf*, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbedürftiges und ausgestaltungsfähiges Grundrecht, RdA 2017, 235–245
- Preis, Ulrich*, Rechtsfortbildung im Individualarbeitsrecht, RdA 1989, 327–337
- Rechtsfortbildung im Individualarbeitsrecht, RdA 1989, 327–337
 - Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, S. 429–462, 1999, Hrsg.: Peter Hanau (*Preis*, FS Dieterich)
 - Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht, 4. Aufl., 2017
 - Zur Rechtswidrigkeit von Sympathiestreiks, Anm. EzA Nr. 73 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
- Preis, Ulrich/Greiner, Stefan*, Die staatliche Geltungserstreckung nach dem alten und neu gefassten AEntG, insbesondere bei Vorliegen konkurrierender Tarifverträge, ZfA 2009, 825–859
- Preis, Ulrich/Wieg, Florian*, Weisungsrecht nach Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung in einer mobilen Arbeitswelt – Kritische Überlegungen zur Rechtsentwicklung, AuR 2016, 313–325
- Ramm, Thilo*, Die Freiheit der Willensbildung, 1960
- Der wilde Streik, AuR 1964, 353–361
- Rebel, Wolfgang*, Die Zulässigkeit des Warnstreiks, RdA 1979, 207–216
- Rehder, Britta/Deinert, Olaf/Callsen, Raphael*, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Zur arbeitskampfrechtlichen Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Grenzen arbeitskampfrechtlicher Rechtsfortbildung –, HSI-Schriftenreihe Bd. 1, 2012 (*Rehder/Deinert/Callsen*, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen)
- Reinartz, Oliver/Olbertz, Klaus*, Der Arbeitskampf im Ungleichgewicht: Rechtmäßigkeit des Unterstützungsstreiks?, DB 2008, 814–819
- Reinbach, Hubertus*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwischen Verfassung und Völkerrecht, 2017
- Reuter, Dieter*, Diskussionsbeitrag, ZfA 1980, 493–495
- Für ein konsistentes Arbeitskampfrecht, S. 427–440, in: Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Hanau, Peter/Lorenz, Egon/Matthes, Hans-Christoph, 1998 (*Reuter*, FS Wiese)

- Richardi, Reinhard*, Das Ordnungsmodell des Tarifvertragssystems und der Arbeitskämpfung, JZ 1985, 410–42
- Arbeitsvertrag und Tarifgeltung, ZfA 2003, 655–689
 - Von der Tarifautonomie zur tariflichen Ersatzgesetzgebung, S. 791–808, in: Festschrift für Horst Konzen zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Dauner-Lieb, Barbara/Hommelhoff, Peter/Jacobs, Matthias/Kaiser, Dagmar, 2006 (*Richardi*, FS Konzen)
 - Tarifdispositives Gesetzesrecht, S. 285–298, in: Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian, 2012 (*Richardi*, FS Säcker)
 - Tarifeinheit als Placebo für ein Arbeitskämpfverbot, NZA 2014, 1233–1236
- Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, 3. Aufl., 2009 (MHArbR/Bearbeiter)
- Richter, Marcus*, Grenzen aktiver Produktionsbehinderung, 2005
- Rieble, Volker*, Urabstimmung als Streikvoraussetzung, S. 1439–1453, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen/Koller, Ingo/Langenbacher, Katja/Grigoleit, Hans Christoph/Hager, Johannes/Hey, Felix Christopher/Neuner, Jörg/Petersen, Jens/Singer, Reinhard, 2007 (*Rieble*, FS Canaris)
- Das neue Arbeitskämpfrecht des BAG, BB 2008, 1506–1515
 - Flash-Mob - ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796–799
 - Zeitarbeitsverbot im Streik, S. 475–482, in: Festschrift für Prof. Rolf Wank zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Henssler, Martin/Joussen, Jacob/Matties, Martin/Preis, Ulrich, 2014 (*Rieble*, FS Wank)
 - Außenseiter-Arbeitgeber – Streik um Verbandstarifvertrag, Anm. EzA Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf
- Rieble, Volker/Bitterberg, Stefan*, Arbeitskämpf und Verbandsrecht, AR-Blattei SD 170.6
- Rolfs, Christian*, Zur Zulässigkeit von Streikbruchprämien im Arbeitskämpf, DB 1994, 1237–1242
- Rosenau, Marc Tobias*, Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im gewandelten Kontext, 2013
- Rudkowski, Lena*, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010
- Rüthers, Bernd*, Zur Rechtmäßigkeit von Sympathie-Arbeitskämpfen, BB 1964, 312–315
- Arbeitskämpf in einer veränderten Wirtschafts- und Arbeitswelt, NZA 2010, 6–13
- Rüthers, Bernd/Höpfner, Clemens*, Über die Zulässigkeit von Flashmobs als Arbeitskämpfmaßnahme, JZ 2010, 261–264
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz: GG, 7. Aufl., 2014 (*Sachs*/Bearbeiter, GG)

- Säcker, Franz-Jürgen*, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969
- Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampf-Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April und 26. Oktober 1971, *GewMH* 1972, 287–299
 - Das neue Entgeltfortzahlungsgesetz und die individuelle und kollektive Vertragsfreiheit, *AuR* 1994, 1–12
- Säcker, Franz-Jürgen/Mohr, Jochen*, Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, *JZ* 2010, 440–450
- Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.)/*Habersack, Mathias* (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 7. Aufl., 2017 (MüKo BGB/Bearbeiter)
- Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.)/*Henssler, Martin/Krüger, Wolfgang* (Redakteure), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 7. Aufl., 2016 (MüKo BGB/Bearbeiter)
- Säcker, Franz-Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina* (Hrsg.)/*Säcker, Jürgen* (Redakteur), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 7. Aufl., 2015 (MüKo BGB/Bearbeiter)
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., 2012
- Schaub, Günter* (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., 2017 (Schaub/Bearbeiter, ArbR-HdB)
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan* (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl., 2015 (Schlaich/Korioth, BVerfG)
- Schliemann, Harald*, Betriebliche Tarifeinheit und Gewerkschaftspluralität, in: Festschrift für Wolfgang Hromadka, S. 359–378, Hrsg.: Maschmann, Frank, 2008 (Schliemann, FS Hromadka)
- Streikkaskaden in der Daseinsvorsorge?, in: Festschrift für Jobst-Hubertus Bauer, S. 923–944, Hrsg.: Baeck, Ulrich/Hauck, Friedrich/Preis, Ulrich/Rieble, Volker/Röder, Gerhard/Schunder, Achim, 2010 (Schliemann, FS Bauer)
 - Fragen zum Tarifeinheitsgesetz, *NZA* 2014, 1250–1252
- Schmidt, Ingrid*, Die Ausgestaltung der kollektiven Koalitionsfreiheit durch die Gerichte, S. 765–776, in: Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag, Hrsg.: Annuß, Georg/Picker, Eduard/Wißmann, Hellmut, 2007 (Schmidt, FS Richardi)
- Scholz, Rupert*, Vergabe öffentlicher Aufträge nur bei Tarifvertragstreue?, *RdA* 2001, 193–199
- Schubert, Jens*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Monti-II-Verordnung, HSI-Schriftenreihe Bd. 6, 2012
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Schreiber, Klaus/Schulte-Nölke, Hans* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., 2016 (HK-BGB/Bearbeiter)
- Schüren, Peter*, Die Legitimation der tariflichen Normensetzung, 1990

- Schwarz, Kyrrill*, Friedlichkeit als Grundpflicht – Die Herausforderung der Grundrechtsdogmatik durch den Fundamentalismus, BayVBl 2003, 326–331
- Seiter, Hugo*, Streikrecht und Aussperrung, 1975
- Der Warnstreik im System des Arbeitskampfrechts, S. 583–604, in: Festschrift 25 Jahre BAG, Hrsg.: Gamillscheg, Franz, 1979 (*Seiter*, FS BAG)
 - Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, RdA 1981, 65–93
 - Die Warnstreikentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, 1986
 - Das Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit in Arbeitskämpfen, NJW 1987, 1–8
- Sinzheimer, Hugo*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., 1927
- Sittard, Ulrich*, Die Bedeutung der Daseinsvorsorge und des Grundsatzes der Tarifeinheit für das Arbeitskampfrecht am Beispiel des Bahnstreiks, ZTR 2008, 178–184
- Steinau-Steinrück, Robert von/Glanz, Peter*, Dauerarbeitskämpfe durch Spartenstreiks – Die verbliebenen Kampfmittel der Arbeitgeber, NZA 2009, 113–118
- Stern, Klaus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984 (*Stern/Bearbeiter*, Staatsrecht I)
- (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1: Die einzelnen Grundrechte, 2006 (*Stern/Bearbeiter*, Staatsrecht IV/1)
- Stoppelmann, David*, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Arbeitgeberverbänden, 2014 (*Stoppelmann*, Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit von Arbeitgeberverbänden)
- Stürner, Rolf* (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl., 2015 (*Jauernig/Bearbeiter*, BGB)
- Sunnus, Michael*, Arbeitskampfrecht in Bewegung?, AuR 2008, 1–12
- Thüsing, Gregor*, Tarifautonomie und Gemeinwohl, S. 889 – 912, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, Hrsg.: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich/Rieble, Volker, 2004 (*Thüsing*, FS 50 Jahre BAG)
- Mitgliederwerbung im Betrieb und Kernbereichslehre, Anm. EzA Nr. 60 zu Art. 9 GG
- Treber, Jürgen*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, 1996
- von Hoyningen-Huene, Gerrick*, Streikbedingte Sonderzuwendungen als Arbeitskampfmittel, DB 1989, 1466–1470
- Vorderwülbecke, Martin*, Die Pflicht zur Urabstimmung, BB 1987, 750–758
- Waltermann, Raimund*, Entwicklungslinien der Tarifautonomie, RdA 2014, 86–93
- Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG im Licht der europarechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie, EuZA 2015, 15–29
 - Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe Bd. 15, 2016 (*Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag)
- Wank, Rolf*, Zur Koalitionsfreiheit nach GG Art 9 Abs. 3, JZ 1996, 629–632
- Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, RdA 2009, 1–13
 - Anm. AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

- Weller, Bernhard*, Zur rechtlichen Stellung des Warnstreiks in der Arbeitskampfordnung, AuR 1989, 325–330
- Wieacker, Franz*, Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, S. 867–882, in: Festschrift für Robert Fischer, Hrsg.: Lutter, Marcus, 1979 (*Wieacker*, FS Fischer)
- Wiedemann, Herbert*, Die deutschen Gewerkschaften – Mitgliederverband oder Berufsorgan?, RdA 1969, 321–336
- Willemsen, Heinz Josef/Mehrens, Christian*, Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ im Einzelhandel – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Anm. AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
- Wohlgemuth, Hans Hermann*, Rechtsfragen des Solidaritätsstreiks, AuR 1980, 33–43
 – Probleme des Warnstreiks, AuR 1982, 201–207
- Wolter, Henner*, Richtungswechsel im Tarifvertragsrecht – Betriebliche Bündnisse für Arbeit und Tarifvorrang, NZA 2003, 1317–1321
- Zachert, Ulrich*, Der Streik der Lokführer und die Phantasie der Juristen, S. 23–33, in: Sozialer Dialog in der Krise, Liber amicorum Ulrike Wendeling-Schröder, Hrsg.: Schubert, Jens, 2009 (*Zachert*, FS Wendeling-Schröder)
- Zöllner, Wolfgang*, Das Wesen der Tarifnormen, RdA 1964, 443–450
 – Die Fortentwicklung des Richterrechts zum Arbeitskampf, insbesondere zur Aussperrung, DB 1985, 2450–2459

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht sind zuletzt erschienen:

- Band 24** Daniel Ulber/Karoline Wiegandt
Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten
ISBN 978-3-7663-6761-7
- Band 23** Claudia Schubert
Betriebliche Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen mit Matrixorganisation
ISBN 978-3-7663-6713-6
- Band 22** Bernd Waas / Wilma B. Liebman / Andrew Lyubarsky / Katsutoshi Kekuka
Crowdwork – A Comparative Law Perspective
ISBN 978-3-7663-6697-9
- Band 21** Holger Brecht-Heitzmann / Judith Reuter
Perspektiven zur rechtlichen Stärkung des Ehrenamts in der sozialen Selbstverwaltung
ISBN 978-3-7663-6658-0
- Band 20** Ulrich Preis / Alberto Povedano Peramato
Das neue Recht der Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifautonomiestärkungsgesetz
ISBN 978-3-7663-6657-3
- Band 19** Eva Kocher / Jürgen Kädtler / Ulrich Voskamp / Laura Krüger
**Noch verfassungsgemäß?
Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III**
ISBN 978-3-7663-6466-1
- Band 18** Marita Körner
Wirksamer Beschäftigtendatenschutz im Lichte der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)
ISBN 978-3-7663-6637-5
- Band 17** Matthias Jacobs / Matthias Münder / Barbara Richter
Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH
ISBN 978-3-7663-6585-9
- Band 16** Wolfgang Däubler
**Tarifverträge zur Unternehmenspolitik?
Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung**
ISBN 978-3-7663-6465-4

Weitere Informationen zur Schriftenreihe: www.hugo-sinzheimer-institut.de