

Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen

- Zur arbeitskampfrechtlichen Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Grenzen arbeitskampfrechtlicher Rechtsfortbildung -

Gutachten

von Prof. *Dr. Britta Rehder*

Prof. Dr. Olaf Deinert

und

Raphaël Callsen

unter Mitwirkung von

Prof. Dr. Thomas Dieterich

Inhaltsübersicht

A. Atypische gewerkschaftliche Arbeitskampfformen aus sozialwissenschaftlicher Perspektive (Rehder).....	6
B. Praxisbeispiele atypischer Arbeitskampfformen (Callsen).....	21
C. Vorgaben des höherrangigen Rechts für das Arbeitskampfrecht (Deinert)	36
D. Schlussfolgerungen für typische Fallgruppen atypischer Kampfformen (Deinert)	68
E. Fazit (Deinert).....	90

Inhaltsverzeichnis

A. Atypische gewerkschaftliche Arbeitskampfformen aus sozialwissenschaftlicher Perspektive	6
1. Einleitung.....	6
2. Was sind „atypische“ Arbeitskampfformen?.....	6
3. Warum gibt es atypische Arbeitskampfformen?	9
3.1 <i>Neue Arenen des Arbeitskampfes</i>	10
3.2 <i>Wandel der strukturellen Bedingungen gewerkschaftlicher Handlungsfähigkeit</i>	12
3.3 <i>Partieller Wandel der gewerkschaftlichen Zieldefinitionen</i>	15
4. Folgeprobleme für die Gewerkschaften.....	16
B. Praxisbeispiele atypischer Arbeitskampfformen	21
I. Einleitung	21
II. Mobilisierung der Öffentlichkeit	21
1. <i>Einzelne Aktionsformen</i>	22
a) Unterschriftensammlungen.....	22
b) Alte und neue Medien	22
c) Ungewöhnliche Demonstrationsformen	22
d) Boykott und Verruf	23
2. <i>Kampagnen</i>	24
a) Lidl-Kampagne.....	25
b) Schlecker-Kampagne	26
c) Fairnesskampagne Leiharbeit.....	26
d) „Einkaufsführer“ - Positivlisten im Einzelhandel	27
3. <i>Mögliche Aktionsformen mit höherer Dramatik</i>	27
III. Aktive Betriebsstörungen unter Einbeziehung Dritter	28
1. <i>Flashmob</i>	28
a) Tanz in der Hotel-Lobby	28
b) Aktion „Dreckiger Schuh“	29
c) „Blitz“ im Altenpflegeheim.....	29
d) Flashmob im Supermarkt und Drogeriemarkt.....	29
2. <i>Betriebsblockade</i>	30
a) Supermarkt „dichtmachen“	30
b) Behinderung des Zutritts zu Baustellen	30
3. <i>Internet- und Telefonblockade</i>	31
a) Massen-E-Mails.....	31
b) Massenhafter Zugriff auf die Unternehmenswebseite	31
c) Massenhafte Anrufe.....	32
IV. Kollektiver Entzug der individuellen Arbeitsleistung.....	32
1. <i>Für unzulässig erklärte Formen</i>	32
a) Massenhafte Krankmeldung (Sick-out).....	32
b) Bummelstreik	32
c) Kollektivkündigung durch Arbeitnehmer.....	32
2. <i>Gemeinsamer Widerspruch nach § 613a BGB bei Betriebsübergang</i>	33
3. <i>Dienst nach Vorschrift</i>	33

4. Ausnutzen flexibler Arbeitszeiten	34
5. Aktive Mittagspause	34
6. Ausnutzen betriebsverfassungsrechtlicher Vorschriften.....	35
V. Zusammenfassung	35
C. Vorgaben des höherrangigen Rechts für das Arbeitskampfrecht	36
I. Fragestellung	36
II. Vorgaben des Grundgesetzes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts	38
1. Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.....	38
2. Ertrag	43
3. Rahmenbedingungen für das Arbeitskampfrecht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	45
a) Ausführungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts.....	45
b) Konkretisierende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	47
c) Bewertung.....	53
III. Vorgaben des Arbeitsvölkerrechts für die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts ...	55
1. Allgemeines	55
2. Europäische Sozialcharta	59
3. Europäische Menschenrechtskonvention	61
4. ILO-Übereinkommen Nr. 87	63
5. UN-Pakte.....	65
6. Synthese.....	66
D. Schlussfolgerungen für typische Fallgruppen atypischer Kampfformen	68
I. Was bedeutet Kampfmittelfreiheit?.....	68
II. Welche Erscheinungsformen können als Arbeitskampf bezeichnet werden?.....	69
III. Eckpunkte für die arbeitskampfrechtliche Beurteilung atypischer Kampfformen	70
1. Juristisch zu bewertende Charakteristika atypischer Kampfformen	70
2. Freie Kampfmittelwahl.....	71
3. Einbeziehung anderer	74
a) Passive Einbeziehung Dritter	74
(1) Öffentlichkeitsarbeit	74
(2) Kollateralschäden des Arbeitskampfes	75
b) Aktive Beteiligung Dritter.....	76
4. Vorhersehbarkeit und Überraschungsmoment	79
5. Zieldefinition	80
6. Weitere Rechtmäßigkeitskriterien	81
IV. Einzelfragen.....	81
1. „Wer später kommt, geht früher“	81
2. Aktive Mittagspause	84
3. Flashmob, Beispiel: Aktion „Dreckiger Schuh“	85
4. Internetblockade.....	86
5. Boykott und Verruf.....	87
6. Fairnesskampagne bei Zeitarbeit.....	89

E. Fazit..... 90

A. Atypische gewerkschaftliche Arbeitskampfformen aus sozialwissenschaftlicher Perspektive

Prof. Dr. Britta Rehder, Ruhr-Universität Bochum (Britta.Rehder@rub.de)

1. Einleitung

Rechtsetzung ist ein Prozess, der sich nicht nur im Rahmen formaler Gesetzgebung vollzieht. Die Rechtssoziologie lenkt ihren Blick auch auf die gesellschaftlichen Prozesse der faktischen Rechtsbildung. Im alltäglichen Leben entstehen neue Praktiken und Regeln (häufig auch als „soft law“ bezeichnet), die erst anschließend in rechtliche Formen („hard law“) gegossen und damit sanktioniert werden. Gerade im Arbeitsrecht ist dieses Prinzip von überragender Bedeutung. Darauf hat schon Hugo Sinzheimer hingewiesen. Und er hat dieses Prinzip auch normativ befürwortet. Das Gesetz könne den ständigen Wandel der Arbeitsbeziehungen, der sich durch ökonomische, technische, strukturelle und politische Veränderungen in den Betrieben ergebe, gar nicht erfassen. Darum sollte das Tarifrecht nach Sinzheimer ein ‚atmendes‘ Recht sein, das relativ staatsfern ist, von den Verbänden gestaltet wird und damit die Idee der sozialen Selbstbestimmung gesellschaftlicher Gruppen zum Ausdruck bringt.¹ Nur dadurch könne die Rechtsentwicklung mit der Dynamik der betrieblichen Praxis Schritt halten.

Eine neue Entwicklung in der betrieblichen bzw. tarifpolitischen Praxis ist ein sozialer Wandel im Bereich des gewerkschaftlichen Arbeitskampfverhaltens, der noch nach neuen rechtlichen Formen sucht. Um die so genannten „untypischen“ Arbeitskampfformen zu verstehen und rechtlich einordnen zu können, soll im Folgenden versucht werden, das Phänomen aus sozialwissenschaftlicher Perspektive einzuordnen. Dabei stehen zwei Fragen im Zentrum: Worin unterscheiden sich eigentlich die „atypischen“ von den klassischen Arbeitskampfformen? Und wie lässt sich die Entstehung der neuen Taktiken und Strategien erklären?

2. Was sind „atypische“ Arbeitskampfformen?

Die neuen Arbeitskampfformen sind inspiriert von den Praktiken US-amerikanischer Gewerkschaften, die wiederum stark beeinflusst werden von den Aktionsformen der neuen sozialen Bewegungen und der Nicht-Regierungsorganisationen. In seinem Grundlagenwerk über soziale Bewegungen unterscheidet Joachim Raschke drei Grundtypen politischer Aktionsformen: intermediäre, direkte und demonstrative Aktionen.² Die Typologie ist gut geeignet, um die

¹ *Sinzheimer*, Ein Arbeitstarifgesetz, München & Leipzig 1916.

² *Raschke*, Soziale Bewegungen, Frankfurt a.M./ New York 1985, S. 277-285.

Unterschiede zwischen klassischen und atypischen Arbeitskämpfen zu verdeutlichen. Der Begriff des Streiks bezeichnet die „befristete kollektive Arbeitsniederlegung“, um Forderungen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen durchzusetzen.³ Als zentrale Streikmerkmale gelten die zeitliche Befristung und die Kollektivität des Ereignisses.⁴ Raschke klassifiziert den Streik als intermediäre Aktion, und zwar aufgrund seines hohen Regulierungsgrades. Die Aktion ist organisationsvermittelt und findet in institutionalisierten Bahnen statt. Der klassische Streik wird von den Gewerkschaften strategisch geplant, durchgeführt und kontrolliert. Anfang und Ende sowie die Trägerschaft der Aktion sind kalkuliert, die Aktionsformen werden auf spezifische Bereiche und Orte (hier: Branchen oder Unternehmen) sowie Praktiken (Entzug der Arbeitskraft) und Verfahren begrenzt.

Auch die atypischen Arbeitskampfformen werden von den Gewerkschaften geplant. Häufig sind sie ein Bestandteil strategischer Kampagnen gegen Unternehmen.⁵ Doch ähnlich wie soziale Bewegungen und Nicht-Regierungsorganisationen versuchen die Gewerkschaften, den öffentlichen Raum einzubeziehen und die Öffentlichkeit für die eigenen Belange einzunehmen. Das heißt, zumindest ein Teil der Streikintention zielt nicht ausschließlich auf Unternehmen oder Branchen ab, sondern auf Dritte. Unternehmen werden als gesellschaftlich eingebettete soziale Institutionen betrachtet, die durch vielfache Bezüge in eine Umwelt integriert sind, z.B. durch Beziehungen zu Kunden, Investoren, Zulieferern, politischen Akteuren etc.⁶ Die Gewerkschaften beschränken sich nicht nur darauf, ein Unternehmen anzugreifen, z.B. durch einen Streik, sondern sie stellen darauf ab, dessen Umwelt für ihre Zwecke zu mobilisieren. So hat es sich z.B. als zweckdienlich erwiesen, wenn sich die Kampagnen im Bereich der Gebäudereinigung nicht ausschließlich gegen den Arbeitgeber richten, sondern dessen Kunden und Auftraggeber mit einbeziehen, z.B. die Mieter der zu reinigenden Gebäude.⁷ Ähnliche Praktiken kommen in der deutschen Bauwirtschaft zum Tragen, wenn die IG Bau nicht die Niederlassungen der Arbeitgeberfirmen bestreikt, sondern die Baustellen.

Häufig werden Strategien genutzt, die erfolgreich von sozialen Bewegungen oder Nicht-Regierungsorganisationen praktiziert werden. Sie bewegen sich vor allem im Bereich der direkten Aktion und der demonstrativen Aktion. Direkte Aktionen sind nach Raschke unmittelbar an einen Adressaten gerichtet und auch – aber nicht ausschließlich – organisationsvermit-

³ Boll, Streik und Aussperrung, in: Schroeder/Weßels (Hrsg.), Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden 2003, S. 478.

⁴ Tenfelde/Volkmann (Hrsg.), Streik, München 1981, S. 17.

⁵ Dribusch, Das „Organizing-Modell“, in: Bremme/ Fűrniß/Meinecke (Hrsg.), Never work alone, Hamburg 2007, S. 31-33.

⁶ Greven, Industrielle Beziehungen 13 (2006), 253, 255.

⁷ Milkman/ Wong, Organizing Immigrant Workers, in: Turner/Katz/Hurd (Hrsg.), Rekindling the Movement, Ithaca, NY u.a. 2001, S. 99-128.

telt. Deutlich wird dies am Kriterium der Kollektivität. Wenn ein Betrieb bzw. eine Branche bestreikt wird, dann existiert ein klar definiertes Kollektiv, dessen Grenzen benennbar sind. Dieses Kollektiv entscheidet über die Streikaufnahme (Urabstimmung). Die Streikenden, aber auch die Gruppe der Nicht-Streikenden ist mehr oder weniger eindeutig identifizierbar, weil es eine definierte Grundgesamtheit an Personen gibt. Bei den direkten Aktionsformen existiert diese Grundgesamtheit nicht, weil nicht ausschließlich ein spezifisches (betriebliches) Kollektiv angesprochen wird, sondern eine diffuse Summe von Individuen in der Gesellschaft. Direkte Aktionen sind also individualistischer in ihren Partizipationsformen und auch darum weniger stark institutionalisiert und reguliert. Gleichwohl stellen sie darauf ab, Kosten zu produzieren: „Ein ‚Spaziergang‘, zu dem man sich im Stadtzentrum in großer Zahl trifft, kann das Geschäftsleben, die ‚Besichtigung‘ eines Flughafens den Flugverkehr lahm legen“.⁸ In diesen Aktionstyp können z.B. die so genannten „Flash mobs“ eingeordnet werden, die aus den sozialen Bewegungen stammen und jüngst auch als neue Arbeitskampfform praktiziert werden. Hier hat die Gewerkschaft ver.di Ende 2007 im Rahmen einer tariflichen Auseinandersetzung im Einzelhandel Sympathisant(inn)en per SMS dazu aufgerufen, sich an einer Flashmob-Aktion in einem Supermarkt zu beteiligen. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer – ob nun gewerkschaftlich organisiert oder nicht – luden in der Filiale Einkaufswagen voll und ließen die Wagen entweder in den Gängen des Supermarkts stehen oder bezahlten die Produkte an der Kasse mit Kleingeld (oder sie gaben an, ihr Geld vergessen zu haben). Die Betriebsabläufe wurden dadurch gestört und verzögert, wie es dem Wesen eines klassischen Arbeitskampfes entspricht. Gleichzeitig war der Kreis und die Zahl der Teilnehmenden nicht klar definiert, Betriebsfremde konnten und sollten sich an der Aktion beteiligen. Die Mobilisierung der Öffentlichkeit bestand hier darin, extern direkte Unterstützer/innen für die Aktion zu gewinnen.

Demonstrative Aktionen haben nach Raschke demgegenüber keinen direkten Adressaten und auch kein direktes Druckmittel. Vielmehr stellen sie darauf ab, eine diffuse Öffentlichkeit von der eigenen Position zu überzeugen und zum Handeln (hier: in Bezug auf das attackierte Unternehmen bzw. die Branche) zu bewegen. „Blaming & Shaming“ sind klassische Strategien, um die Reputation eines Unternehmens oder einer Branche in der Öffentlichkeit zu beeinflussen. Dieses Instrument hat z.B. in der Verbraucherschutzpolitik einige Bedeutung erlangt, hier mittlerweile sogar im Rahmen staatlicher Regulierung (z.B. Internetportal des Ministeriums zur Kennzeichnung von Lebensmitteln). Auch die Gewerkschaften nutzen derartige Strategien

⁸ Raschke (Fn. 2), S. 279.

als Arbeitskampfformen. Unternehmen, die tarifliche Standards nicht einhalten oder entsprechende Tarifverträge nicht abschließen wollen, werden als solche öffentlich benannt (über Presse, Internetplattformen oder Publikationen). Diese Aktionsform ist symbolisch und indirekt, weil die Gewerkschaften keinen Einfluss auf die Wirkung haben. Ob und welcher Schaden daraus entsteht, bleibt unklar.

Klassische und atypische Arbeitskampfformen können also verschiedenen politischen Aktionstypen zugeordnet werden. Die neuen Formen sind weniger institutionalisiert und nur bedingt organisationsvermittelt. Sie stellen darauf ab, externe Dritte direkt oder indirekt in die Auseinandersetzung einzubeziehen. Ein weiterer Unterschied zwischen neuen und alten Kampfmitteln besteht in diesem Zusammenhang darin, dass der klassische Streik zwar nicht nur, aber doch in ausgeprägtem Umfang auf strukturellen Erfolgsbedingungen basiert. Eine Gewerkschaft wird nur dort streiken (lassen), wo ihr Organisationsgrad hoch ist. Die atypischen Arbeitskampfformen basieren demgegenüber in viel stärkerem Ausmaß auf situativen Erfolgsbedingungen. Ob und wie viele externe Teilnehmer/innen sich für eine Aktion mobilisieren lassen, ob Imagekampagnen die erwünschte Resonanz erfahren, hängt von einer Kette häufig spontaner und lokaler Faktoren ab, die nur begrenzt kalkulierbar sind. Diese Beobachtung gibt bereits einen Hinweis auf die Frage, warum die neuen Arbeitskampfformen entstanden sind.

3. Warum gibt es atypische Arbeitskampfformen?

Neue Kampfmittel der Gewerkschaften sind natürlich einerseits „Modeerscheinungen“, die den Zeitgeist der politischen Mobilisierung reflektieren und reflektieren müssen, um in der Konkurrenz mit anderen mobilisierenden Akteuren zu bestehen. So lässt sich beobachten, dass heute fast alle politischen Organisationen in mehr oder weniger starkem Umfang auf das Instrument der politischen Kampagne zurückgreifen.⁹ Fast alle nutzen die neuen Medien und das Web 2.0. Und fast alle Organisationen sind darauf angewiesen, politische Aktionen mit einem Eventcharakter auszustatten.

Darüber hinaus reagieren die Mittel des Arbeitskampfes aber immer auch auf veränderte soziale, institutionelle und ökonomische Umweltbedingungen. Zudem bilden sie einen Wandel der strategischen Überlegungen gewerkschaftlicher Politik ab.¹⁰ Zusammengefasst kann man die neuen Arbeitskampfformen interpretieren als

1. eine Reflektion der Arenenveränderung im Arbeitskampf,

⁹ Baringhorst/Kneip/März/Niesyto, Unternehmenskritische Kampagnen, Wiesbaden 2010.

¹⁰ Lang, WSI-Mitt. 9/1982, 543.

2. eine Reaktion auf die sich teilweise deutlich verschlechternden strukturellen Bedingungen der gewerkschaftlichen Handlungsfähigkeit,
3. ein Ausdruck erweiterter gewerkschaftlicher Zieldefinitionen.

3.1 Neue Arenen des Arbeitskampfes

In der Geschichte des Arbeitskampfes lassen sich historische Wellen ebenso ausmachen wie Verschiebungen in Bezug auf die Verteilung und den Verlauf der Auseinandersetzungen. Seit dem Jahr 2000 deutet sich ein Wandel an, der auch in einem Zusammenhang mit dem Formwandel des Arbeitskampfes steht.¹¹

Erstens haben sich die Konfliktarenen tendenziell erweitert. Neben dem industriellen Sektor sind nun auch die öffentlichen und privaten Dienstleistungsbereiche verstärkt von Arbeitskämpfen betroffen. Damit geht ein höherer Frauenanteil unter den Teilnehmer/innen einher. Dies ist kein rein deutsches Phänomen und wird in der Literatur als „Tertiarisierung des Arbeitskampfes“ diskutiert. Die Verschiebung reflektiert natürlich einerseits den ökonomischen Strukturwandel. Er ist dennoch bemerkenswert, weil Gewerkschaften ja gemeinhin als „Dinosaurier der Dienstleistungsgesellschaft“¹² gelten, deren institutionelle und personelle Verankerung nach wie vor eher im industriellen Bereich angesiedelt ist. Arbeitskämpfe finden also vermehrt in Segmenten der Ökonomie statt, in denen die Gewerkschaften nicht sehr organisationsmächtig sind, z.B. im Einzelhandel. Hier liegt auch ein Zusammenhang zu den atypischen Formen des Arbeitskampfes verborgen, denn auch diese werden bisher überwiegend in solchen Bereichen angewendet, die eher durch einen schwachen Organisationsgrad gekennzeichnet sind. Dies galt bereits für die US-amerikanischen Gewerkschaften, die seit den 1990er Jahren mit den neuen Instrumenten arbeiten.¹³

Mit der tendenziellen Erweiterung der arbeitskampfträchtigen Zonen geht die Entwicklung neuer Methoden des Arbeitskampfes einher, weil die strukturellen Bedingungen für klassische Streiks im Dienstleistungsbereich (aber auch im Handwerk) eher schlecht sind. Sie stehen in einem Zusammenhang mit den Branchenstrukturen. Viele Dienstleistungsbereiche, wie z.B. der Handel und die Gastronomie, sind vor allem kleinbetrieblich strukturiert. Dies bedeutet, dass schon aus branchenstrukturellen Gründen die Verankerung der Gewerkschaften (auch durch Betriebsräte) eher schlecht ist, denn hier liegen die mitbestimmungsfreien Zonen. Der

¹¹ *Dribbusch*, Forschungsjournal Neue Soziale Bewegungen 22 (2009) 4, 56 ff.

¹² *Ebbinghaus*, Dinosaurier der Dienstleistungsgesellschaft – Der Mitgliederschwund deutscher Gewerkschaften im historischen und internationalen Vergleich, MPIfG Working Paper 2002/3.

¹³ *Milkman/Voss*, Introduction, in: Dies. (Hrsg.), *Rebuilding Labor*, Ithaca, NY u.a (2004), S. 1-16.

Anteil der Teilzeit- oder geringfügigen Beschäftigung ist demgegenüber häufig sehr hoch.¹⁴ Unter diesen Bedingungen ist die Wahrscheinlichkeit des kollektiven Handelns gering. Dieser Aspekt verweist bereits auf die verschlechterten strukturellen Bedingungen gewerkschaftlicher Handlungsfähigkeit, die in Abschnitt 3.2 diskutiert werden, denn die Fragmentierung der Wirtschaftsstrukturen durch veränderte Wertschöpfungsketten, Leiharbeit und andere Faktoren sind nicht nur Phänomene des Dienstleistungssektors. Sie finden sich hier aber in besonders ausgeprägter Form.¹⁵

Aus dem Gesagten folgt auch, dass vermehrt Beschäftigtengruppen streiken, die nicht sehr streikerfahren sind. Als eine Reaktion darauf interpretiert Dribbusch den Trend zum „rollierenden Tagesstreik“, mit dem eine schrittweise Mobilisierung und Gewöhnung erreicht werden soll.¹⁶ Arbeitskämpfe sind heute also tendenziell stärker durch eine größere Zahl kurzfristiger (gleichwohl in einem Zusammenhang stehender) Aktionen als durch wochenlange Arbeitsniederlegungen gekennzeichnet. Dieses Prinzip gilt aber bereits seit längerem auch für die industriellen (klassischen) Streikpraktiken.

Zusammengefasst kann man festhalten, dass die atypischen Arbeitskampfformen eine Antwort auf strukturell ungünstige Streikbedingungen in gewerkschaftlich schlecht organisierten Bereichen der Ökonomie darstellen. Sie leben eher von kurzen, punktuellen und direkten Aktionen mit wenigen Teilnehmer/innen, um die Streikbereitschaft und –erfahrungen der Beteiligten nicht zu überfordern. Es wird darüber hinaus auf die Unterstützung Externer zurückgegriffen, um die schlechte Verankerung der Gewerkschaften in den Betrieben zu kompensieren. Die Flash-mobs sind ein Beispiel dafür. Oder aber es werden symbolische/demonstrative Aktionen genutzt, wie z.B. Imagekampagnen, weil dafür überhaupt keine Teilnehmer/innen benötigt werden. Diese Aktionsform kann von der Verbandszentrale aus gesteuert und durchgeführt werden.

Generell lässt sich ein Wandel in der Natur des Arbeitskampfes konstatieren. In der Literatur wird gemeinhin zwischen Angriffs- und Abwehrstreiks unterschieden – wobei die Hürden zur erfolgreichen Bewältigung eines Angriffsstreiks deutlich höher zu liegen scheinen als bei einem Abwehrstreik.¹⁷ Ein Angriffsstreik zielt darauf ab, für die Beschäftigten eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen durchzusetzen, während ein Abwehrstreik die Sicherung des Status quo erreichen möchte. Heute sehen sich die Gewerkschaften mit einer besonderen Qualität des Abwehrstreiks konfrontiert, bei der es nicht mehr „nur“ darum geht, die Verschlech-

¹⁴ Wirth, Unternehmensvernetzung, Externalisierung von Arbeit und industrielle Beziehungen, München und Mering 1999.

¹⁵ Helfen, Mitbestimmung 7+8/2011.

¹⁶ Dribbusch, Forschungsjournal Neue Soziale Bewegungen 22 (2009) 4, 56 ff.

¹⁷ Schmidt, Prokla 33 (2003) 132, 493, 500.

terung einzelner tariflicher Standards abzuwehren. Vielmehr liegt das Streikziel häufig darin, die grundlegende Anerkennung von Tarifverträgen und der Gewerkschaften als legitime Verhandlungspartner durchzusetzen. Diese Variante des Abwehrstreiks ist in einem Maße abwehrend, dass sie schon fast wieder als Angriffsstreik bezeichnet werden kann. Auch dieser Aspekt verweist auf einen grundsätzlicheren Wandel im deutschen System der industriellen Beziehungen, der in den neuen Formen des Arbeitskampfes zum Ausdruck kommt. Er ist das Thema des folgenden Abschnitts.

3.2 Wandel der strukturellen Bedingungen gewerkschaftlicher Handlungsfähigkeit

Es wurde bereits erwähnt, dass die klassische Streikfähigkeit der Gewerkschaften ganz maßgeblich auf strukturellen Erfolgsbedingungen basiert. Zuvörderst ist hier natürlich der gewerkschaftliche Organisationsgrad zu nennen. Wo Gewerkschaften als Organisationen strukturell schlecht verankert sind, sind erfolgreiche Streiks unwahrscheinlich. Dies ist der Fall in den bereits erwähnten Bereichen vor allem des privaten Dienstleistungssektors. Dies ist aber auch der Fall in spezifischen Segmenten der Industrie, z.B. im Metallhandwerk oder generell in den ostdeutschen Ländern. So hat Schmidt das Scheitern des Streiks in der ostdeutschen Metallindustrie 2003 auch darauf zurückgeführt, dass der Organisationsgrad vielerorts nur bei 10 Prozent liegt.¹⁸

Die Organisationsmacht als Ressource der gewerkschaftlichen Streikfähigkeit ist seit vielen Jahren rückläufig. Gleichwohl war die Fähigkeit der deutschen Gewerkschaften zur Rekrutierung neuer Mitglieder im internationalen Vergleich immer nur bestenfalls mäßig. Das mangelnde Organisationsvermögen ist auch nicht überraschend. Der Ökonom Mancur Olson und mit ihm ein großer Teil der Sozialwissenschaften sind generell skeptisch in Bezug auf die Möglichkeit der verbandlichen Organisationskraft.¹⁹ In seiner berühmten Theorie des kollektiven Handelns argumentiert Olson, das Vorhandensein eines geteilten Interesses allein führe noch nicht zu kollektivem Handeln, weil es für das Individuum rationaler sei, sich an der Bereitstellung des Kollektivguts nicht zu beteiligen. Vielmehr sei es lohnend, die Produktionskosten zu externalisieren, um anschließend als „Trittbrettfahrer“ vom Ergebnis zu profitieren. Dadurch sei es unwahrscheinlich, dass freiwilliges kollektives Handeln, z.B. im Rahmen von Verbänden, überhaupt zustande komme. Dies gelinge nur bei kleinen Gruppen, die über den Mechanismus des sozialen Drucks einen kognitiven Zwangs- und Disziplinierungsmechanismus aufbauen können. Darum waren nach Olson die ersten Gewerkschaften Berufsgewerk-

¹⁸ A.a.O.: S. 501.

¹⁹ Olson, *The Logic of Collective Action*, New York 1968.

schaften, die empirisch auch heute noch in überdurchschnittlichem Maße von diesem Mechanismus profitieren.²⁰ (Schröder et al. 2011). Bei großen Gruppen sieht Olson demgegenüber institutionelle Organisationshilfen als notwendig an, die eine (Quasi)-Zwangsorganisation bewirken.

Studien zur gewerkschaftlichen Mitgliederentwicklung attestieren der Theorie Olsons ein gehöriges Maß an Plausibilität. Im internationalen Vergleich ist die Organisationsmacht der Gewerkschaften in solchen Ländern am stabilsten geblieben, in denen starke institutionelle Organisationshilfen wirksam sind. Hier ist vor allem das Ghent-System in den skandinavischen Ländern zu nennen.²¹ Demgegenüber kennt das deutsche Verbands- bzw. Tarifrecht diese institutionellen Organisationshilfen aufgrund seines liberalen Charakters nicht. Liberal ist die Konzeption des deutschen Tarifsystems insofern, als freiwillig gebildete Verbände die Tarifautonomie durch das Mittel des Tarifvertrags ausüben sollen. Das System steht und fällt mit seinen Verbänden. Was es aber nicht oder kaum gibt, sind institutionelle Regelungen, die starke Organisationsanreize setzen, um die Verbände als Mitgliederorganisationen stabilisieren.

Dennoch hat das deutsche Tarifsystem jahrzehntelang „funktioniert“. Es entwickelten sich Mechanismen, die die Reichweite von Tarifverträgen erweiterten und stabilisierten, ohne dass dafür eine gewerkschaftliche Organisationsmacht notwendig war. Die Geltung von Tarifverträgen und die Stabilität des Tarifsystems wurden von der Stärke der Gewerkschaften entkoppelt. Die zugrunde liegenden Mechanismen wurden einerseits durch den Staat und andererseits – noch wichtiger - durch die Arbeitgeberseite produziert. Der Staat hat z.B. die Möglichkeit, Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Die Reichweite des Tarifvertrags wird dadurch gesichert und sogar erweitert, dies aber zu Lasten der gewerkschaftlichen Organisationsmacht, weil es vielen Beschäftigten ermöglicht wird, als „Trittbrettfahrer“ im Olson’schen Sinne von den positiven Wirkungen des Tarifvertrags zu profitieren, ohne Mitglied in einer Gewerkschaft zu sein. Eine ähnliche Wirkung hat die Rechtsprechung, soweit sie tarifliche Standards z.B. über den Gleichbehandlungsgrundsatz auf alle Beschäftigten überträgt. Unter diesem Schutzschirm hat kein/e Arbeitnehmer/in mehr einen Anreiz, einer Gewerkschaft beizutreten. Ein ähnlicher Effekt ging von der Politik von Unternehmen aus, nicht nur ihren gewerkschaftlich organisierten Beschäftigten die tariflichen Standards zu gewähren, sondern allen Beschäftigten. Hier war die Wir-

²⁰ *Schroeder/Kalass/Greef*, Berufsgewerkschaften in der Offensive, Wiesbaden 2011.

²¹ *Ebbinghaus/Göbel/Koos*, European Journal of Industrial Relations 17 (2011), 107 ff.

kung wohl auch durchaus intendiert, nämlich durch eine Differenzierung der Arbeitsbedingungen nach Gewerkschaftsmitgliedschaft keine Organisationsanreize zu setzen. Überraschend ist das nicht.

Seit Mitte der 90er Jahre lässt sich nun konstatieren, dass beide Mechanismen zur Stabilisierung des Tarifsystems geschwächt wurden. Zwar hat das Instrument der staatlichen Allgemeinverbindlichkeitserklärung (AVE) im deutschen System der Arbeitsbeziehungen empirisch nie eine besonders große Rolle gespielt. Doch in den Bereichen, wo es eine Rolle gespielt hat, war diese auch sehr bedeutsam, z.B. im Groß- und Einzelhandel sowie in der Bauindustrie. Doch seit dem Jahr 2000 unterstützen die Arbeitgeberverbände in dieser Branche keine AVE mehr.²² Das Instrument der AVE hat auch in anderen Bereichen an Bedeutung verloren.²³ Der Staat zieht sich derzeit darauf zurück, nur noch Mindestlöhne abzusichern. Und in den Bereichen, wo er das Instrument noch nutzen möchte, muss er und müssen die Gewerkschaften damit rechnen, dass diese Regelungen vom Europäischen Gerichtshof torpediert werden, z.B. bei den Tariftreuregelungen in der Bauwirtschaft.²⁴ Die Gewerkschaften stehen damit vor der Situation, in ökonomischen Sektoren Tarifstandards zu verteidigen, die sie zuvor nicht verteidigen mussten, und deren Verteidigung ihnen organisationspolitisch besonders schwer fällt, weil zuvor der Staat die tariflichen Standards garantiert hat und damit das gewerkschaftliche Organisationsvermögen schwächte.

Noch gravierender ist der Umstand, dass sich die Arbeitgeberseite – durch Austritt aus den Arbeitgeberverbänden oder eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung – partiell aus dem Tarifsystem zurückzieht.²⁵ In Deutschland ist die Tarifbindung der Arbeitgeberseite für das Funktionieren des Tarifwesens aufgrund des oben skizzierten Mechanismus eigentlich wichtiger als der gewerkschaftliche Organisationsgrad. In einem tarifgebundenen Unternehmen profitieren auch die nicht-organisierten Beschäftigten von den Tarifverträgen.

Die Aufrechterhaltung tariflicher Standards wird für die Gewerkschaften in diesem Zusammenhang auch durch die zunehmende Gewerkschaftskonkurrenz erschwert. Dabei ist an dieser Stelle nicht die Konkurrenz der Spartengewerkschaft entscheidend, sondern die Unterbietungskonkurrenz, wie sie in einigen Bereichen der Wirtschaft praktiziert wurde oder wird (z.B. bei den Postdienstleistern). Hier richten sich die neuen Arbeitskampfformen nicht nur

²² *Dribbusch*, Gewerkschaftliche Mitgliedergewinnung im Dienstleistungssektor, Berlin 2003, S. 84.

²³ *Bispinck/Schulten*, Mitbestimmung 7+8/2011.

²⁴ *Sack*, Politische Vierteljahresschrift 51 (2010) 4, 619 ff.

²⁵ *Haipeter*, OT-Mitgliedschaften und OT-Verbände, in: Schroeder/Weßels (Hrsg.), Handbuch Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände in Deutschland. Wiesbaden 2010, S. 209-219.

gegen die Unternehmen, sondern auch gegen die konkurrierenden Gewerkschaften (z.B. Kampagnen gegen die Tarifverträge der christlichen Gewerkschaften in der Leiharbeitsbranche).

Die abnehmende Bereitschaft des Staats und von Teilen der Arbeitgeberseite, die Reichweite und die Standards von Tarifverträgen abzusichern, wirft die Gewerkschaften auf ihre Organisationsmacht zurück. Die untypischen Arbeitskampfformen, die als eine Kernstrategie beinhalten, Externe bzw. die Öffentlichkeit für die eigenen Belange zu mobilisieren, können interpretiert werden als der Versuch, die abnehmende Anerkennung und Legitimation des Tarifsystems durch den Staat und von Teilen der Unternehmerschaft zu ersetzen durch die Unterstützung und Legitimation durch andere gesellschaftliche Gruppierungen. Öffentlichkeitsarbeit war für die Gewerkschaften immer wichtig, heute stellt sie jedoch ein unmittelbares Ziel dar: die Öffentlichkeit soll nicht nur zur Kenntnis nehmen, sondern handeln.

3.3 Partiieller Wandel der gewerkschaftlichen Zieldefinitionen

In ihrer Geschichte waren Arbeitskämpfe niemals nur Instrumente, um gewerkschaftliche Tarifforderungen und andere Arbeitnehmerinteressen durchzusetzen. Vielmehr dienten sie immer auch als „Instrument der Mobilisierung und Veränderung des Bewusstseins in der Arbeitnehmerschaft“.²⁶ Dies gilt auch für die atypischen Arbeitskampfformen, die in einem klaren Zusammenhang zur „Organizing“-Bewegung bzw. zu Versuchen der aktiven Mitgliederrekrutierung stehen.²⁷ Dieser ebenfalls aus den USA entlehnte Ansatz, in dessen Kontext die neuen Kampagnenstrategien entwickelt wurden, betont, dass der Aufbau genuiner Organisationsmacht für die Gewerkschaften überlebenswichtig ist, unter der Bedingung, dass etablierte Sicherungsmechanismen des Tarifsystems zumindest partiell erodieren. In gewisser Hinsicht erinnert diese Strategie an die Frühzeit der gewerkschaftlichen Entwicklung, in der Streikfähigkeit nicht per se gegeben war. Vielmehr wurde die Mitgliederrekrutierung durch prekäre und risikoreiche Streiks (unter Inkaufnahme hoher persönlicher Opfer) vorangetrieben, wodurch wiederum die Streikfähigkeit weiter erhöht wurde.²⁸ Das Verhältnis zwischen Streikfähigkeit und Mitgliedererwerb ist als zirkulär zu verstehen.

Vor diesem Hintergrund ist es auch zumindest sekundär eine Strategie der Organisationsicherung (als Voraussetzung zur Sicherung des Tarifsystems), wenn neue Arbeitskampfformen für Branchen entwickelt werden, in denen der Organisationsgrad niedrig ist. Die Instrumente

²⁶ Lang, WSI-Mitt. 9/1982, 543.

²⁷ Milkman/Voss (Fn. 13); Bremme/Fürniß/Meinecke (Fn. 5).

²⁸ Hartwich, Gewerkschaftliche Monatshefte 7/1987, 265 ff.

zielen auch darauf ab, neue Personengruppen anzusprechen, um neue Mitglieder hinzuzugewinnen. Dabei ist auch hier der Aspekt zentral, dass mit den atypischen Arbeitskampfformen Externe angesprochen werden sollen. Sie werden angesprochen als potentiell zukünftige Gewerkschaftsmitglieder.

4. Folgeprobleme für die Gewerkschaften

Zusammengefasst finden Arbeitskämpfe verstärkt auch im Dienstleistungssektor statt, in dem die Gewerkschaften traditionell schlecht verankert sind und in denen die Bedingungen für Arbeitskämpfe aufgrund der Branchenstrukturen ungünstig sind. Die atypischen Arbeitskampfformen stellen darauf ab, die Kampfbereitschaft streikunerfahrener Arbeitnehmer/innen nicht zu strapazieren und die Aktionen durch Hinzuziehung externer Sympathisanten sowie einer diffusen Öffentlichkeit zu unterstützen. Dies ist vor allem dort nötig, wo die Chancen auf gewerkschaftliche Organisierung aus den Betrieben heraus schlecht sind (z.B. aufgrund fehlender Betriebsräte oder fehlender staatlicher Organisationshilfen). Die neuen Arbeitskampfformen signalisieren die Erkenntnis, dass die Gewerkschaften zur Aufrechterhaltung des Tarifsystems verstärkt auf ihre eigene Organisationsmacht angewiesen sind, weil die historischen Mechanismen zur Sicherung des Geltungsbereiches von Tarifverträgen partiell erodieren. Dass Instrumente und Taktiken der sozialen Bewegungen, deren kennzeichnendes Merkmal darin besteht, gerade nicht im politischen System institutionalisiert zu sein, die Aufmerksamkeit der Gewerkschaften auf sich ziehen, zeigt, wie wenig institutionalisiert diese sich heute fühlen. Die Verschiebung hin zu direkten und demonstrativen Aktionsformen bezeichnet den Versuch, gesellschaftliche Gruppen („die Straße“) zum Erhalt des Tarifsystems zu mobilisieren; und zwar in dem Maße, in dem der Staat bzw. Teile der Arbeitgeber sich zurückziehen.

Aus der Adaption von Taktiken sozialer Bewegungen resultieren für die Gewerkschaften Folgeprobleme, die alle mit dem Aspekt des Kontrollverlusts zu tun haben. Klassische Streiks und ihre Folgen bzw. Drittwirkungen sind in hohem Maße auch verfahrenstechnisch rechtlich reguliert. Für die direkten und demonstrativen Aktionsformen sozialer Bewegungen gilt dies nicht. Sie basieren auf situativen und lokalen Bedingungen. Um erfolgreich zu sein, sind sie sogar auf ein gewisses Chaos-Element angewiesen. Die grundlegende Idee besteht darin, lokal politische „Krisen“ zu erzeugen, die andere Akteure der sozialen und politischen Öffentlichkeit zum Handeln motivieren. Eine wichtige Rolle spielt dabei die mediale Aufmerksamkeit. In den USA, wo die Gewerkschaften teilweise recht aggressive Kampagnenstrategien praktizieren, führt dies auch immer wieder einmal zu Eskalationen, was auch daran liegt, dass die

öffentliche Aufmerksamkeit ein knappes Gut ist. So setzte die Dienstleistungsgewerkschaft SEIU einen von ihr angestrebten Tarifvertrag in Los Angeles erst durch, nachdem auf einer Protestveranstaltung einige Teilnehmer (darunter auch eine schwangere Frau) von Polizisten vor laufender Fernsehkamera misshandelt worden waren. Dieses Beispiel zeigt auch, dass alle Kampagnen hinreichend Druck erzeugen müssen. Einige amerikanische Autoren sprechen in diesem Zusammenhang auch von Guerilla-Taktiken.²⁹

Nun sind US-amerikanische Verhältnisse meilenweit von der deutschen Situation entfernt. Doch das hier angesprochene Chaos-Element ist typisch für soziale Bewegungen und teilweise sogar eine Erfolgsvoraussetzung, nicht nur in den USA. Wenn man sich die Proteste um das Projekt „Stuttgart 21“ vergegenwärtigt, dann wendete sich die öffentliche Wahrnehmung zugunsten der Protestbewegung auch erst dann, als Schulkinder mit Wasserwerfern angegriffen wurden. Die Friedens- und Anti-Atomkraftbewegungen der 70er und 80er Jahre haben ähnliche Mechanismen durchlaufen. Und auch Nicht-Regierungsorganisationen, wie z.B. Greenpeace, brauchten in ihrer Geschichte immer wieder spektakuläre und nur schwer kalkulierbare Aktionen, um erfolgreich zu sein.

Ein gewisses Chaos-Element zuzulassen und dabei Eskalationen der skizzierten Art zu begrenzen, ist für die Gewerkschaften die schwierigste Herausforderung bei der Weiterentwicklung und Regulierung der atypischen Arbeitskampfformen. Diese Gratwanderung fließt auch bereits in die Strategieplanung ein. Die von den sozialen Bewegungen praktizierten direkten Aktionen sollen in die gewohnten intermediären Bahnen des klassischen Arbeitskampfes gelenkt werden. So kontrollieren die Gewerkschaften vor allem den Zugang externer Beteiligter zum Arbeitskampfgeschehen, um Kontrollverluste zu minimieren. Bei dem oben skizzierten Flashmob wurden z.B. nur ausgewählte Interessierte per SMS benachrichtigt (und nicht durch eine globale Ankündigung auf Facebook, wie man es bei einer sozialen Bewegung erwarten würde und auch schon erlebt hat, z.B. bei der „Occupy“-Bewegung). Das Ziel besteht nicht darin, eine maximale Zahl an externen Teilnehmern zu rekrutieren, sondern spezifische Adressaten zu selektieren. Andere Flashmob-ähnliche Aktionen wurden dadurch kanalisiert, dass der Flashmob in der Form eines Tanzes durchgeführt wurde, für den zuvor Proben notwendig waren. Dadurch wurde die Aktion im Vorwege den sozialen Kontrollmechanismen kleiner Gruppen zugänglich.

Zusammengefasst findet ein doppelter Lernprozess statt: die Gewerkschaften übernehmen erfolgreiche Aktionsformen anderer Organisations- und Bewegungstypen. Gleichzeitig lernen

²⁹ *Waldinger/Erickson/Milkman/Mitchell/Valenzuela/Wong/Zeitlin*, Helots no More, in: Bronfenbrenner/Friedman/Hurd/Oswald/Seeber (Hrsg.), *Organizing to Win*, Ithaca, NY u.a.: 1998, S. 102-119.

sie jedoch auch, diese neuen Aktionsformen zu adaptieren, um sie an die Bedingungen des deutschen Systems industrieller Beziehungen anzupassen. Atypische Arbeitskampfformen verlieren dadurch zumindest einen Teil ihres untypischen Charakters.

Literatur

- Baringhorst, Sigrid/Kneip, Veronika/März, Annegret/Niesyto, Johanna (2010): Unternehmenskritische Kampagnen. Politischer Protest im Zeichen digitaler Kommunikation, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Bispinck, Reinhard/Schulten, Thorsten (2011): Das Tarifsysteem stabilisieren – wie soll das gehen?, in: Besser mit Tarif. Wer stabilisiert das Tarifsysteem? Die Mitbestimmung 7+8/2011.
- Boll, Friedhelm (2003): Streik und Aussperrung, in: Wolfgang Schroeder/Bernhard Wessels (Hg.): Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland. Ein Handbuch. Wiesbaden, Westdeutscher Verlag: 478-510.
- Bremme, Peter/Ulrike Fürniß/Ulrich Meinecke, Hg. (2007): Never Work Alone. Organizing – ein Zukunftsmodell für Gewerkschaften. Hamburg: VSA-Verlag.
- Dribbusch, Heiner (2003): Gewerkschaftliche Mitgliederengewinnung im Dienstleistungssektor. Ein Drei-Länder-Vergleich im Einzelhandel. Berlin: edition sigma.
- , (2007): Das „Organizing-Modell“. Entwicklung, Varianten und Umsetzung, in: Peter Bremme/Ulrike Fürniß/Ulrich Meinecke, Hg.: Never work alone. Organizing – ein Zukunftsmodell für Gewerkschaften. Hamburg: VSA Verlag: 24-52.
- , (2009): Streik-Bewegungen. Neue Entwicklungen im Arbeitskampf, in: Forschungsjournal Neue Soziale Bewegungen 22 (4): 56-78.
- Ebbinghaus, Bernhard (2002): Dinosaurier der Dienstleistungsgesellschaft. Der Mitgliederschwund deutscher Gewerkschaften im historischen und internationalen Vergleich. MPIfG Working Paper 02/3.
- Ebbinghaus, Bernhard/Claudia Göbel/Sebastian Koos (2011): Social Capital, ‘Ghent’ and Workplace Contexts matter: Comparing Union Membership in Europe, in: European Journal of Industrial Relations 17: 107-124.
- Greven, Thomas (2006): U.S. Unions’ Strategic Campaigns against Transnational Enterprises in Germany, in: Industrielle Beziehungen 13: 253-269.
- Haipeter, Thomas (2010): OT-Mitgliedschaften und OT-Verbände, in: Wolfgang Schroeder/Bernhard Weßels, Hg.: Handbuch Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände in Deutschland. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften: 209-219.
- Hartwich, Hans-Hermann (1987): Streikfähigkeit als Voraussetzung für Tarifautonomie und Demokratie, in: Gewerkschaftliche Monatshefte 7/1987: 265-276.
- Helfen, Markus (2011): Tarifpolitische Parallelwelten, in: Besser mit Tarif. Wer stabilisiert das Tarifsysteem? Die Mitbestimmung 7+8/2011.
- Lang, Klaus (1982): Arbeitskampfformen im Wandel der Tarifpolitik, in: WSI-Mitteilungen 9/1982: 543-552.
- Milkman, Ruth/Kim Voss (2004): Introduction, in: Dies., Hg., Rebuilding Labor. Organizing and Organizers in the New Union Movement. Ithaca, NY u.a.: Cornell University Press: 1-16.
- Milkman, Ruth/Kent Wong (2001): Organizing Immigrant Workers. Case Studies from Southern California. In: Lowell Turner/Harry C. Katz/Richard W. Hurd, Hg.: Rekindling the Movement. Labor’s Quest for Relevance in the 21st Century. Ithaca, NY u.a.: ILR Press: 99-128.

- Olson, Mancur (1968): *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. New York: Schocken Books.
- Raschke, Joachim (1985): *Soziale Bewegungen. Ein historisch-systematischer Grundriss*. Frankfurt a.M./ New York, Campus.
- Sack, Detlef (2010): Europäisierungsdruck und Parteiendifferenz in den deutschen Bundesländern – Die Rechtsprechung des EuGH und die Novellierung von Tariftreuerregelungen, in: *Politische Vierteljahresschrift* 51 (4): 619-642.
- Schmidt, Rudi (2003): Der gescheiterte Streik in der ostdeutschen Metallindustrie, in: *Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 33 (132): 493-509.
- Sinzheimer, Hugo (1916): *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*. München und Leipzig, Duncker & Humblot.
- Schroeder, Wolfgang/Kalass, Viktoria/Greef, Samuel (2011): *Berufsgewerkschaften in der Offensive. Vom Wandel des deutschen Gewerkschaftsmodells*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Tenfelde, Klaus/Volkman, Heinrich, Hg. (1981): *Streik. Zur Geschichte des Arbeitskampfes in Deutschland während der Industrialisierung*. München, Beck.
- Waldinger, Roger/Chris Erickson/Ruth Milkman/Daniel J.B. Mitchell/Abel Valenzuela/Kent Wong/Maurice Zeitlin (1998): *Helots no More. A Case Study of the Justice for Janitors Campaign in Los Angeles*. In: Kate Bronfenbrenner/Sheldon Friedman/Richard W. Hurd/Rudolph A. Oswald/Ronald L. Seeber (Hrsg.), *Organizing to Win. New Research on Union Strategies*. Ithaca, NY u.a.: ILR Press, S. 102-119.
- Wirth, Carsten (1999): *Unternehmensvernetzung, Externalisierung von Arbeit und industrielle Beziehungen. Die negotiation of order von ausgewählten Netzwerkbeziehungen einer Warenhausunternehmung*. München und Mehring: Rainer Hampp.

B. Praxisbeispiele atypischer Arbeitskampfformen

Raphaël Callsen, Master en Droit (Univ. Paris Ouest Nanterre), Göttingen*

I. Einleitung

Die sozialwissenschaftliche Analyse hat aufgezeigt, aus welchen Gründen Gewerkschaften kreativ werden und neue Arbeitskampfformen entwickeln und anwenden. Durch eine Einordnung in die Typologie politischer Aktionsformen hat sie die Unterschiede zwischen dem klassischen Streik und den neuen Arbeitskampfformen deutlich gemacht. Hierbei kommt es darauf an, wer wie mit wem interagiert. Üben die Arbeitnehmer durch ihre Gewerkschaft Druck unmittelbar auf den Arbeitgeber aus? Oder wollen sie ihn durch Appelle an Dritte, die Öffentlichkeit, unter Druck setzen? Oder agiert gar kein klassisch gewerkschaftlich organisiertes Kollektiv, sondern agiert eine Vielzahl von Individuen, die nicht unbedingt Gewerkschaftsmitglieder sind? Kreative Arbeitskampfformen werden aus dieser Perspektive vor allem den Typen der direkten und der demonstrativen Aktion zugeordnet.¹

Die rechtliche Bewertung fokussiert hingegen auf die Frage, was (noch) erlaubt ist und was nicht. Dafür spielen insbesondere die Stoßrichtung und der Effekt der Maßnahme eine Rolle²: Gegen wen richtet sich die Maßnahme? Inwieweit sind die Folgen vorhersehbar? Wie viel gewerkschaftliche Kontrolle über den Verlauf ist notwendig? Die Beantwortung solcher Fragen steht und fällt mit den konkreten Umständen. Bevor die auf Arbeitskampfmaßnahmen anwendbaren rechtlichen Maßstäbe dargelegt und im Hinblick auf ausgewählte atypische Arbeitskampfformen diskutiert werden, soll daher im Folgenden ein Überblick über konkrete atypische Arbeitskampfmaßnahmen gegeben werden, wie sie in der gewerkschaftlichen Praxis zum Einsatz kommen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit wird damit zugleich die Vielfalt der neuen Entwicklungen illustriert.

Zunächst werden Aktionen vorgestellt, durch die ein öffentlicher Druck auf den Arbeitgeber erzeugt werden soll (II). Dann werden Formen der aktiven Betriebsstörung unter Einbeziehung Dritter dargestellt (III). Schließlich geht es um den in koordinierter Weise ausgeübten, individuellen Entzug der Arbeitsleistung, die den Arbeitgeber in verschiedener Hinsicht „ausbremst“ (IV).

II. Mobilisierung der Öffentlichkeit

Ein nicht zu unterschätzendes Mittel, um im Rahmen der Tarifauseinandersetzung Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben, ist die Mobilisierung der Öffentlichkeit. Hierfür kommen etwa Unterschriftensammlungen, Demonstrationen, Medienarbeit oder Boykottaufrufe zum Einsatz. Häufig werden diese und andere einzelnen Aktionen im Rahmen längerfristiger Kampagnen gebündelt, um eine größere Wirkung zu erzielen.

* *Raphaël Callsen* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen. Für Erläuterungen und weiterführende Informationen gilt mein besonderer Dank der Industriegewerkschaft Bauen-Agrar-Umwelt (IG BAU), der Industriegewerkschaft Metall (IG Metall), der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) sowie der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di).

¹ S. oben A.2.

² S. unten D.III.1.

1. Einzelne Aktionsformen

a) Unterschriftensammlungen

Die Unterschriftensammlung gehört zum klassischen Repertoire der Öffentlichkeitsarbeit. Um nur ein Beispiel zu nennen: Im Jahr 2002 veranstaltete eine Polizeigewerkschaft eine Unterschriftenaktion in Nordrhein-Westfalen, mit der sie um Unterstützung ihrer Forderung warb, 5000 neue Planstellen für Polizeibeamte einzurichten.³

b) Alte und neue Medien

Zum Standard gehören bei allen Aktionen neben der Darstellung der eigenen Position in Flugblättern, Presseartikeln, Streik- oder Kampagnenzeitschriften mittlerweile auch die Einrichtung von Internetseiten und -foren⁴ (Beispiele unten unter Kampagnen). Eine ungewöhnliche Art, ihre Flugblätter zu verteilen, wählten Gebäudereiniger z.B. in Flensburg. In Elektronik-, Lebensmittel- und Drogeriemärkten steckten sie ihre Informationsblätter vor und zwischen die Waren.⁵ Dass die Botschaft auch satirisch verpackt werden kann, zeigen die drei Folgen der „HP EDS Tagesschau“, die streikende Beschäftigte des IT-Dienstleisters EDS drehten und auf youtube.com einstellten.⁶

c) Ungewöhnliche Demonstrationsformen

Demonstrationen begleiten fast jeden Streik. Bemerkenswert sind neuere Varianten, die zum Beispiel durch Show-Effekte höhere Aufmerksamkeit erzielen wollen, indem überraschende, schockierende oder unterhaltsame und witzige Formen gewählt werden, oder die gezielt bestimmte Personen ansprechen. An Ideen scheint es nicht zu mangeln, sodass hier nur ausgewählte Beispiele präsentiert werden können.

Mitte 2009 legten rund eintausend Beschäftigte des IT-Dienstleisters EDS die Arbeit nieder, um den Abschluss eines Tarifvertrages zur Beschäftigungs- und Standortsicherung zu erreichen. Im Rahmen der Übernahme des Unternehmens durch Hewlett-Packard drohte trotz hoher Gewinne die Streichung von etwa einem Viertel der Stellen. Deshalb legten sich bei einem sog. „Die-in“ Demonstranten, die in ihrer Anzahl den abgebauten Arbeitsplätzen entsprachen, auf dem Frankfurter Börsenplatz wie tot hin. Vor ihr Gesicht hielten sie dabei Zettel mit der Aufschrift „Ein Opfer der hp Profitgier“.

Bewegung in verschiedene Innenstädte brachten hingegen die Gebäudereiniger, ebenfalls begleitend zu ihrem ersten Streik im Jahr 2009. Als „Putzgeister“ verkleidet zogen 200 von ihnen beim „Halloween der Unsichtbaren“ durch Duisburg.⁷ In Dortmund organisierte die IG BAU eine „Putzolympiade“ bei der rund 300 Aktive im „Wischemob-Auswringen“ oder „Klobürsten-Zielwurf“ gegeneinander antraten.⁸ Und beim „Putz-Marsch“ in Nürnberg, an dem 120 Personen teilnahmen, wurde von Arbeitgeberschauspielern verteilter Müll teilweise

³ BAG, Urteil vom 25.01.2005 – 1 AZR 657/03, AP Nr. 123 zu Art. 9 GG.

⁴ *Däubler*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl. Baden-Baden 2011, § 30 Rn. 5.

⁵ IG BAU, „Dekorative“ Aktion in Flensburg – Gebäudereiniger zeigen Flagge, Youtube-Video, online verfügbar unter <http://www.sauberkeitathrenpreis.de/db/ship/index.pl?uid=216> oder <http://www.youtube.com/watch?v=eLgF0-51YIs> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁶ *Däubler-Däubler* (Fn. 4), § 30 Rn. 5.

⁷ *Mohrs*, Unsichtbar aber unüberhörbar, *derwesten.de*, 27.10.2009, <http://www.derwesten.de/staedte/duisburg/unsichtbar-aber-unueberhoerbar-id52408.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁸ „Putz-Olympiade“ – Gebäudereiniger demonstrieren für mehr Lohn, *RuhrNachrichten.de*, 27.10.2009, <http://www.ruhrnachrichten.de/lokales/dortmund/Gebaeudereiniger-demonstrieren-fuer-mehr-Lohn;art930,712928,A> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

mit bloßen Händen aufgesammelt. „Ein lustiges Schauspiel mit ernstem Hintergrund“, meinte die Presse.⁹

Eine Grillpause mit kollektivem **Verzehren der „Extrawurst“** wiederum sollte in Niedersachsen das Ende des sog. Dritten Weges in Diakonie und Kirche einleiten.¹⁰

Politisch wurde es bei der IG Metall. Mit einer **Lichtprojektion** kritisierte sie den Missbrauch von Leiharbeit und forderte Gleichbehandlung. Auf dem Bundeskanzleramt war zu lesen: „Gestern waren wir das Jobwunder. - Jetzt werden wir arbeitslos.“¹¹

Schließlich kann auch ein „**Tag des Kunden**“ veranstaltet werden. Dabei handelte es sich um bundesweite Aktionen vor den Niederlassungen von Unternehmen, deren Computersysteme von EDS verwaltet wurden und die somit indirekt durch den Streik betroffen waren. Durch diese gezielte Ansprache und das Herausstellen gemeinsamer Interessen (Verschlechterung der Servicequalität durch Beschäftigungsabbau) sollte Sympathie für die Ziele der Streikenden geweckt und weiterer Druck auf den Arbeitgeber erzeugt werden.¹²

d) Boykott und Verruf

Eher selten rufen Gewerkschaften bislang zum Boykott auf. Der Boykott zeichnet sich dadurch aus, dass nicht die Beschäftigten gegen ihren eigenen Arbeitgeber vorgehen, sondern Dritte aufgefordert werden, mit dem Arbeitgeber keine Verträge zu schließen oder bestehende Verträge mit dem Arbeitgeber nicht zu erfüllen.¹³

Denkbar ist zunächst ein Aufruf an Dritte, keine Arbeitsverträge mit dem zu boykottierenden Arbeitgeber abzuschließen, z.B. um nicht als Streikbrecher eingesetzt zu werden (sog. Ver-ruf).¹⁴ Als Adressaten kommen aber auch Verbraucher in Frage, denen man nahelegt, beim Arbeitgeber keine Waren oder Dienstleistungen zu kaufen („Käuferstreik“¹⁵). So rief im Zuge der Neustrukturierung der Citibank-Callcenter ein Funktionspfarrer des Kirchlichen Dienstes in der Arbeitswelt Kunden per Flugblatt dazu auf, bei der Citibank keine neuen Girokonten zu eröffnen. Denn im Zuge der Zusammenlegung verschiedener (tarifgebundener) Serviceeinrichtungen zu einem zentralen (nicht tarifgebundenen) Callcenter seien über 1000 Arbeitsplätze vernichtet und die Arbeitsbedingungen verschlechtert worden.¹⁶

Ein bundesweiter Fall der Tarifflucht fand Ende 2007 im Kfz-Handwerk statt. Nachdem die Kfz-Innungen ihre Tarifhoheit aufgegeben und alle Tarifverträge gekündigt hatten, veröffentlichte die IG Metall Ludwigsburg im Internet eine Negativliste von 57 Betrieben, die keinen

⁹ *Sorge*, Reinigungskräfte schrubben die Fußgängerzone, Nürnberger Nachrichten vom 28.10.2009, <http://www.nordbayern.de/nuernberger-nachrichten/nuernberg/reinigungskraefte-schrubben-die-fussgangerzone-1.594033> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

¹⁰ Ver.di Fachbereich 3 (Hrsg.), drei Nr. 37, Februar 2011, S. 7, online verfügbar unter <http://drei.verdi.de/2011/ausgabe-37/aktiv/seite-7> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

¹¹ Mit Video dokumentiert unter <http://www.gleichearbeit-gleichesgeld.de/initiative/aktuelle-meldungen/2008-2009/lichtprojektion-gegen-missbrauch-von-leiharbeit/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

¹² Zum gesamten Streik siehe die Dokumentation auf <http://www.eds.dgb.de/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011); zum „Tag des Kunden“ insbesondere: IG Metall/ver.di (Hrsg.), *Gemeinsam stark: Tarifvertrag bei EDS – Streiknachrichten*, Ausgabe 12 vom 25.6.2009, S. 3, online verfügbar unter http://www.eds.dgb.de/nachrichten/tarif/20090625_Streiknachrichten_12/streikztg_EDS_12.pdf (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

¹³ Vgl. *Dieterich*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (zit.: ErfK), 12. Auflage 2012, Art. 9 GG Rn. 278.

¹⁴ *Däubler-Däubler* (Fn. 4), § 28 Rn. 73.

¹⁵ *Däubler-Däubler* (Fn. 4), § 30 Rn. 28.

¹⁶ Sachverhalt nach LG Düsseldorf, Urteil vom 14.06.2000 – 12 O 556/99, AuR 2001, 194; einen Überblick über das gesamte Geschehen bietet <http://www.orka-web.de/Praxis/Citibank.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

neuen Tarifvertrag abschließen wollten.¹⁷ Verbunden war das mit folgendem Aufruf: „*Wir als Verbraucher haben die Macht die Situation der Beschäftigten zu verbessern. Lasst es uns tun. Stell dir vor einer bezahlt unter Tarif und keiner geht hin.*“¹⁸

Wesentlich einschneidendere Konsequenzen können sich allerdings ergeben, wenn Dritte ihre vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllen, wie im Fall des bekannten Hafentarifarbeiterboykotts (1973).¹⁹ Eine Transportgewerkschaft hatte eine Reederei unter Fristsetzung zum Abschluss von Tarifverträgen aufgefordert. Sie drohte dabei mit einem durch die Internationale Transportarbeiter-Föderation unterstützten internationalen Boykott der Schiffe. Nachdem die Reederei nicht reagierte, weigerten sich die Hafentarifarbeiter in einem dänischen Hafen, ein Schiff der betreffenden Reederei zu beladen. Hierzu hatten Vertreter der dänischen Gewerkschaft auf Wunsch der deutschen Gewerkschaft angewiesen. Im Ergebnis war das Schiff blockiert. Allerdings ist diese Konsequenz der Schlüsselrolle der Transportarbeiter geschuldet und damit nicht auf alle Berufe übertragbar. Während das Ergebnis mit dem eines Streiks vergleichbar war, besteht ein Unterschied bei den boykottierenden Arbeitnehmern. Diese legen ihre Arbeit nicht vollständig nieder, sondern verweigern nur eine bestimmte Tätigkeit.²⁰

2. Kampagnen

Ohne ausdrücklich zum Boykott aufzurufen, kann eine indirekte Boykottwirkung durch Kampagnen erzielt werden, welche die Öffentlichkeit auf bestimmte Themen und Unternehmen aufmerksam machen. In den letzten 17 Jahren²¹ haben insbesondere bei ver.di die durch US-Gewerkschaften inspirierten Techniken des „Organizing“ und „Campaigning“ größere Bedeutung erlangt.²² Mit „Organizing“ im engeren Sinne sind gezielte Anstrengungen gemeint, um in gering oder nicht gewerkschaftlich organisierten Betrieben durch die Mobilisierung der Beschäftigten für ihre eigene Sache schrittweise Gewerkschaftsstrukturen und (in Deutschland) Betriebsräte aufzubauen. Im weiteren Sinne bezeichnet der Begriff eine Sammlung von Strategien und Taktiken gewerkschaftlicher Politik und Kampagnenführung.²³ Durch „Campaigning“ soll der Öffentlichkeit anhand ausgewählter Themen und Schwerpunkte die Relevanz gewerkschaftlichen Handelns deutlich gemacht werden.²⁴ Ziel ist, durch Solidarisierung und Sympathiebekundungen öffentlichen Druck auf den Arbeitgeber aufzubauen (sog. Druckkampagne).²⁵ Zugleich ist es möglich, den Beschäftigten in gering organisierten Betrieben die Vorteile einer Gewerkschaftsmitgliedschaft vor Augen zu führen. Für den Erfolg von Organisierungskampagnen ist aber der zeitliche Faktor entscheidend: es gilt über Monate, besser Jahre hinweg, auch durch individuelle Ansprache, Vertrauen in die Durchsetzungsmacht der Gewerkschaft aufzubauen.²⁶ Exemplarisch für eine längerfristige Doppelkampagne (Druck und Organisierung) steht diejenige gegen den Lebensmitteldiscounter Lidl.

¹⁷ Kauer, Tariffüchtlinge kommen auf die Negativliste, Ludwigsburger Kreiszeitung vom 07.02.2008, online verfügbar unter http://www.lkz.de/home/lokales/stadt-kreis_artikel,-Tariffuechtlinge-kommen-auf-die-Negativliste-_arid,7094.html (zuletzt geprüft am 12.12.2011).

¹⁸ Siehe <http://www.igmetall-ludwigsburg.de/seiten/kampagnen-themen/kampagnen/faire-kfz-betriebe.php> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

¹⁹ BAG, Urteil vom 19.10.1976 – 1 AZR 611/75, AP Nr. 6 zu § 1 TVG.

²⁰ Wiedemann, Anm. zu BAG, Urteil vom 19.10.1976 - 1 AZR 611/75, AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form.

²¹ Als erste gewerkschaftliche Kampagne in Deutschland wird die Schlecker-Kampagne 1994-1995 genannt, siehe dazu Renneberg, Die Arbeitskämpfe von morgen? Arbeitsbedingungen und Konflikte im Dienstleistungsbereich, Hamburg 2005, S. 222 f. und <http://orka-web.de/Praxis/Schlecker.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

²² Greven/Schwetz, WSI-Mitt. 1/2008, 25.

²³ Zu den wesentlichen Elementen des „Organizing-Modell“ siehe Dribbusch, WSI-Mitt. 1/2008, 18.

²⁴ Matrai/Wohland, WSI-Mitt. 1/2008, 51.

²⁵ Zu einzelnen Merkmalen von Druck- und Organisierungskampagnen siehe Renneberg (Fn. 21), S. 216-222.

²⁶ Dribbusch, WSI Mitt. 1/2008, 18, 22.

a) Lidl-Kampagne

Mit der von Ende 2004 bis 2010 durchgeführten Lidl-Kampagne setzte sich ver.di für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen, z.B. korrekte Arbeitszeiterfassung und einen fairen Umgang mit Beschäftigten ein. Dies sollte durch die Wahl von Betriebsräten und den Aufbau von Gewerkschaftsstrukturen sichergestellt werden.

Große öffentliche Aufmerksamkeit erregte das Ende 2004 veröffentlichte „Schwarz-Buch Lidl“, das 2006 durch ein „Schwarz-Buch Lidl Europa“ ergänzt wurde, die mit ihrem Titel auf den Namen des Unternehmensgründers anspielen. Darin schildern Beschäftigte harte Leistungsanforderungen und permanente, erniedrigende Kontrollen. Berichtet wird von verdeckter Videoüberwachung der Arbeitnehmer und Bespitzelung durch Detekteien.²⁷ Hierdurch ausgelöste Medienrecherchen deckten die systematische Bespitzelung in hunderten von Filialen²⁸ sowie das Führen geheimer Krankenakten²⁹ auf, was zur Diskussion über den Arbeitnehmerdatenschutz beitrug.

Flankiert wurde die „Schwarz-Buch“-Offensive durch weitere Formen der Öffentlichkeitsarbeit: Eine eigens eingerichtete Internetseite³⁰ dokumentiert die Kampagne und stellte Informationen, Anleitungen und Materialien für Aktionen zur Verfügung. Die Kampagnenzeitschrift „Schwarzmarkt“ informierte regelmäßig kritisch über Beschäftigungsbedingungen und Aktionen. Das begleitende Weblog³¹ bot Beschäftigten und Unterstützern Raum zum Austausch. Schließlich fanden ein Plakatwettbewerb sowie verschiedene bundesweite und lokale Aktionen statt.³² Zum Beispiel bahrten Aktivisten vor einer Filiale in München einen Sarg mit der Aufschrift „Menschenwürde bei LIDL“ auf.³³

Zudem wurde durch die Kooperation mit anderen Organisationen und Personen der Unterstützerkreis ausgeweitet. Attac³⁴ und Greenpeace z.B. führten Parallelkampagnen mit eigenen thematischen Schwerpunkten durch. Prominente aus Kultur und Politik standen Lidl-Beschäftigten bei Druck oder Kündigungsdrohungen zur Seite.

Einen kontinuierlichen Kontakt zu den nicht organisierten Lidl-Filialen ermöglichte das Konzept der ehrenamtlichen „Filialbegleitung“. Aktive Gewerkschafter, nicht nur aus dem ver.di Fachbereich Handel, sowie kirchliche Organisationen (z.B. der Kirchliche Dienst in der Arbeitswelt oder die Katholische Arbeitnehmerbewegung) besuchten regelmäßig eine Filiale und boten den Beschäftigten Rat und Unterstützung an.³⁵ Etwa ein Dutzend regionale Organizing-Gruppen waren dabei im Einsatz.³⁶

Allerdings wird auch betont, dass hauptamtliche Gewerkschaftssekretären die Schulung und Koordination einer großen Anzahl von Ehrenamtlichen nicht allein gewährleisten können. Sie

²⁷ <http://lidl.verdi.de/material/schwarz-buch> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

²⁸ Überwachungsskandal: Lidl gibt Bespitzelung zu, stern.de vom 25.03.2008, online verfügbar unter <http://www.stern.de/wirtschaft/news/unternehmen/ueberwachungsskandal-lidl-gibt-bespitzelung-zu-615031.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

²⁹ Amann/Grill, Mitarbeiterkontrolle: Lidl führte geheime Krankenakten über Mitarbeiter, Spiegel Online vom 04.04.2009, online verfügbar unter <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,617347,00.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

³⁰ <http://lidl.verdi.de> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

³¹ <http://www.verdi-blog.de/lidl/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

³² Matrai/Wohland, WSI-Mitt. 1/2008, 51, 52.

³³ Mit Bild dokumentiert bei Scheytt, Mitbestimmung 12/2007, 16, 19.

³⁴ Dokumentation der Kampagne unter <http://www.attac.de/archive/lidl/www.attac.de/lidl-kampagne/index.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

³⁵ Matrai/Wohland, WSI-Mitt. 1/2008, 51, 52 f.

³⁶ Wohland, Vor ver.di, in ver.di und um ver.di herum - Eine kleine Geschichte des Organizing, April 2010, online verfügbar unter <http://orka-web.de/Weiterlesen/KleineGeschichteDesOrganizing.pdf>, (zuletzt geprüft am 21.11.2011).

sind dabei auf die Unterstützung durch externe professionelle „Organizer“ angewiesen.³⁷ So entwickelt z.B. das bundesweite Beraternetzwerk ORKA (Organisierung & Kampagnen) im Auftrag von verschiedenen Gewerkschaften Konzepte, berät und führt Schulungen durch.³⁸

b) Schlecker-Kampagne

Ähnlich ging ver.di anschließend, im Jahr 2010, im Fall der Drogeriekette Schlecker vor. Im Gegensatz zur Lidl-Kampagne stand hier ein Tarifabschluss im Vordergrund. Auslöser war die Praxis von Schlecker, kleinere Märkte (AS Schlecker) zu schließen, die Arbeitnehmer zu entlassen und dann über eine konzerneigene Leiharbeitsfirma zu schlechteren Konditionen in den neuen, größeren Märkten der Schlecker XL GmbH einzusetzen. Die Kampagne wurde ebenfalls im Internet dokumentiert³⁹ und eine Kampagnenzeitschrift mit dem Titel „XL-Plosiv“ herausgegeben. Daraus entstand eine öffentliche Debatte über den Missbrauch der Leiharbeit, insbesondere in Form der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung, die in eine Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch den Deutschen Bundestag mündete⁴⁰. Infolge des durch die öffentliche Diskussion erzeugten Drucks distanzierte sich Schlecker von der eingangs genannten Praxis und schloss Tarifverträge ab, die eine Beschäftigungssicherung der Angestellten der Schlecker AS Märkte beinhalten und auch für die Schlecker XL Märkte gelten.⁴¹

c) Fairnesskampagne Leiharbeit

Eine thematische Kampagne zur fairen Gestaltung der Leiharbeit führt die IG Metall bereits seit 2008 durch. Die bundesweite Initiative „Gleiche Arbeit – Gleiches Geld“ wartet selbstverständlich mit einer Kampagnenhomepage auf.⁴² Als Schirmherren fungieren die ehemaligen Arbeitsminister Ehrenberg, Blüm und Riester. Zahlreiche weitere Prominente sprechen auf der Kampagnenhomepage ihre Unterstützung aus.

Während diese Initiative eher auf die breite politische Diskussion abzielt, geben ihre – heute fortgesetzt – Vorläufer praktische Hilfestellung: zuerst entstanden lokale Arbeitskreise engagierter Leiharbeitnehmer und Betriebsräte, deren Vernetzung seit Ende 2004 durch die Internetplattform des Projektes ZOOM (Zeitarbeiter ohne Organisation machtlos)⁴³ gefördert wird. Darauf werden Handlungshilfen, Musterbetriebsvereinbarungen und rechtliche Informationen bereitgestellt und durch Foren Austausch ermöglicht. Zudem wurden 2006 und 2007 Kampagnen auf Bezirksebene gestartet. Mit der Kampagne „Zeitarbeit menschlich“ des IG Metall Bezirks Berlin-Brandenburg-Sachsen gelang es in erster Linie ein Betreuungssystem in Form von Zeitarbeitsbeauftragten in den Entleiherbetrieben zu schaffen. Ebenso wie später im Bezirk Nordrhein-Westfalen wurden Ansätze zur Regulierung des Leiharbeitnehmereinsatzes in Entleiherbetrieben entwickelt und verbreitet. Diese Fokussierung setzt die bundesweite Kampagne fort.⁴⁴

Ein wichtiger Bestandteil ist der Abschluss spezieller Betriebsvereinbarungen in den Entleiherbetrieben zum Einsatz von Leiharbeitnehmern, sog. „**Besser-Vereinbarungen**“. Durch

³⁷ *Matrai/Wohland*, WSI-Mitt. 1/2008, 51, 53.

³⁸ <http://orka-web.de> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

³⁹ http://einzelhandel.verdi.de/unternehmen/schlecker_drogerie-discounter/schlecker_aktuell/ (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁴⁰ *Düwell/Dahl*, DB 2010, 1759.

⁴¹ Ver.di Bundesvorstand, Pressemitteilung vom 1.6.2010, online verfügbar unter

http://einzelhandel.verdi.de/unternehmen/schlecker_drogerie-discounter/schlecker_aktuell/ (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁴² <https://www.gleichearbeit-gleichesgeld.de/> (zuletzt geprüft am 22.11.2011).

⁴³ <http://www.igmetall-zoom.de/> (zuletzt geprüft am 22.11.2011).

⁴⁴ Einzelheiten aller Kampagnen bei *Wölfle*, WSI-Mitt.1/2008, 38, 40 ff.

sie sollen einerseits die Leiharbeiterquote im Betrieb verringert und andererseits die Arbeitsbedingungen der eingesetzten Leiharbeiter verbessert werden, unter anderem durch eine Verpflichtung zur Einhaltung der Tarifverträge der DGB-Tarifgemeinschaft und der BZA/iGZ.⁴⁵ Parallel dazu forderte der IG Metall Bezirk Frankfurt Verleiher in Hessen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und Thüringen zum Abschluss sog. „**Fairness-Abkommen**“ auf, in denen letztere ihre Bereitschaft zur Einhaltung der BZA/iGZ/DGB-Tarifverträge erklären sollten. Die Namen von Zeitarbeitsfirmen, welche diese Tarifverträge nicht einhielten, wurden in einer **schwarzen Liste** im Internet veröffentlicht.⁴⁶ Bislang wurden so in etwa 1200 Betrieben Verbesserungen erreicht.⁴⁷ Das sind erste Schritte auf dem Weg zu Verbesserungen auf tariflicher Ebene, wie der Tarifvertrag zur Zukunftssicherung bei Airbus⁴⁸ oder der Haustarifvertrag beim Antriebs- und Fahrwerktechnikhersteller ZF in Friedrichshafen⁴⁹ zeigen. Das Ziel der Begrenzung und fairen Gestaltung von Leiharbeit und Werkverträgen wird in der Tarifrunde 2012 weiter verfolgt.⁵⁰

d) „Einkaufsführer“ - Positivlisten im Einzelhandel

Unter dem Motto „fair handeln, verdienen, arbeiten“ steht eine Kampagne im Einzelhandel, die ver.di Hamburg 2010 startete. Sie richtet sich explizit an die Kunden. Im online verfügbaren „Einkaufsführer“ werden Betriebe positiv herausgestellt, die sechs Kriterien erfüllen, insbesondere tarifliche Entgelte und Zuschläge zahlen, richtig eingruppiert, ausbilden und einen Betriebsrat haben.⁵¹ Eine ähnliche Aktion läuft seit Juni 2011 unter dem Motto „Fair heißt mehr“ in Münster. Die Kunden können dort einem Flyer entnehmen, welche Betriebe Tarifverträge einhalten und einen Betriebsrat haben. Zudem werden sie aufgefordert, sich nach der Situation in den Läden zu erkundigen, in denen sie regelmäßig einkaufen.⁵²

3. Mögliche Aktionsformen mit höherer Dramatik

Offiziell nicht unterstützt werden von den Gewerkschaften Aktionsformen mit höherer Dramatik, etwa Hungerstreiks, wie sie 1993 von Beschäftigten bei der Stilllegung des Kalibergwerks in Bischofferode oder 2009 von Leiharbeitern bei VW angetreten wurden.⁵³ Aus anderen Ländern wird von weiteren Formen berichtet, die hierzulande nicht eingesetzt werden: Besetzung öffentlicher Gebäude, Straßenblockaden, symbolische Gewalt gegen Puppen oder

⁴⁵ IG Metall Vorstand, Betriebliche Regulierung der Leiharbeit, undatierte Präsentation, online verfügbar unter http://www.igmetall.de/cps/rde/xbcr/internet/WS5_praesentation_0176055.pdf (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁴⁶ Zum Sachverhalt vgl. ArbG Frankfurt/Main, Urteil vom 27.08.2008 – 2 Ga 115/08, AuR 2009, 51; die mittlerweile überholte Liste war verfügbar unter <http://www.igmetall-zoom.de/amp-mitglieder-zeitarbeiter-leiharbeiter-gewerkschaft-betriebsrat.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁴⁷ Rudzio/Trauthig, Endlich wieder mehr Genossen, Die Zeit Nr. 41 vom 06.10.2011, online verfügbar unter <http://www.zeit.de/2011/41/Gewerkschaft-IG-Metall/komplettansicht> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁴⁸ Initiative „Gleiche Arbeit – Gleiches Geld“, Aktuelle Meldung vom 19.10.2011, online verfügbar unter <http://www.gleichearbeit-gleichesgeld.de/initiative/aktuelle-meldungen/2011/einigung-bei-airbus-arbeitsplaetze-gesichert-leiharbeit-und-befristung-begrenzt/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁴⁹ Initiative „Gleiche Arbeit – Gleiches Geld“, Aktuelle Meldung vom 21.11.2011, online verfügbar unter <http://www.gleichearbeit-gleichesgeld.de/initiative/aktuelle-meldungen/2011/equal-pay-haustarif-bei-zf/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁵⁰ Siehe z.B. IG Metall Bezirk Nordrhein-Westfalen, metallnachrichten Nr. 2 vom 05.12.2011, online verfügbar unter http://igmetall-nrw.de/uploads/media/2011_12_05_MuE_metallnachrichten.pdf (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁵¹ Ver.di Hamburg Handel, Projektseite „Handeln ausgezeichnet“, <http://www.handeln-ausgezeichnet.de> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁵² Ver.di Bezirk Münsterland, Flyer Einkaufsführerschein, online verfügbar unter http://muensterland.verdi.de/data/verdi_Flyer_Muenster_Einkaufsfuehrerschein.pdf (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁵³ Däubler-Däubler (Fn. 4), § 30 Rn. 17 f. mit weiteren Beispielen.

virtuelle Charaktere, Selbstmorddrohungen, Einsperren von Führungskräften oder Sabotage- drohungen.⁵⁴

III. Aktive Betriebsstörungen unter Einbeziehung Dritter

Seit kurzem kommen hingegen verschiedene Aktionsformen zum Einsatz, durch die zeitlich begrenzt die Betriebsabläufe im Unternehmen aktiv gestört werden. Flashmob oder Betriebsblockade verursachen physisch ähnliche Beeinträchtigungen wie Varianten der Internet- und Telefonblockade virtuell.

1. Flashmob

Der „Riesenspaß mit revolutionärem Potenzial“⁵⁵ ist erst seit einem knappen Jahrzehnt häufiger zu beobachten. Scheinbar aus dem Nichts tauchen mehrere Dutzend oder Hundert Personen auf und vollführen gleichartige Verhaltensweisen: sie applaudieren gleichzeitig, fallen sich in die Arme oder skandieren oft sinnlose Sprüche. Wenige Zeit später löst sich der „Blitzauflauf“ wieder auf und lässt verdutzte Zuschauer zurück. Treffpunkt und Anweisungen werden via SMS, E-Mail, Internetforen,⁵⁶ Facebook oder Twitter verbreitet, um in kurzer Zeit eine große Anzahl von Personen zu versammeln, die sich nicht notwendig kennen müssen. Diese ursprünglich unterhaltende oder künstlerische Aktionsform wird in den letzten Jahren verstärkt zu (gewerkschafts-) politischen Zwecken eingesetzt. Dann wird der Flashmob nach dem Ausdruck des Medientheoretikers Howard Rheingold zum „Smart mob“, der etwas bewegen möchte.⁵⁷ Nicht nur in den Zielen unterscheidet sich der gewerkschaftliche Flashmob von der ursprünglichen Form: es wird darauf geachtet, dass der Teilnehmerkreis begrenzt bleibt, indem gezielt z.B. per SMS zu der Aktion eingeladen wird.⁵⁸ Der Kreativität sind aber keine Grenzen gesetzt. Die Bandbreite reicht von sehr kurzen, eher demonstrativen Aktionen bis zu empfindlichen Störungen der Betriebsabläufe sowie von Aktionen, die das Einstudieren einer Choreographie erfordern bis hin zu solchen, für die eine einmalige Anweisung ausreicht.

a) Tanz in der Hotel-Lobby

Nah am ursprünglichen, unterhaltend-künstlerischen Charakter des Flashmob ist eine Aktion, welche die NGG im März 2011 in einem Bremer Hotel organisierte. Etwa 20 Aktive fanden sich in der Lobby plötzlich zu einer Formation zusammen und tanzten, lautstark unterstützt durch Trommeln, zur Melodie des von der Fußball-WM 2010 bekannten „Wavin’ Flag“ von K’naan. Gesungen wurde freilich ein anderer Text, in dem die anwesenden Gäste zum Boykott des Hotels aufgerufen werden:

*„Willst du gut schlafen, pass auf, wo du eincheckst.
Dieses Hotel gehört auf den Index.
Schlechte Bezahlung, fiese Verträge,
vorne rum freundlich, hinten rum schräge.*

Nein, check hier nicht ein, check hier nicht ein!“⁵⁹

⁵⁴ Beispiele und Nachweise bei Däubler-Däubler (Fn. 4), § 30 Rn. 19 ff.

⁵⁵ *Sixtus*, Flash Mobs - Wenn dir plötzlich Hunderte applaudieren, Spiegel online vom 28.07.2003, online verfügbar unter <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,258913,00.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁵⁶ Z.B. <http://www.flash-mob.de/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁵⁷ *Kümmel*, *Flash mob* - Der kurze Sommer der Anarchie, Die Zeit Nr. 38 vom 11.09.2003, online verfügbar unter <http://www.zeit.de/2003/38/Flashmobs/komplettansicht> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁵⁸ Vgl. *Schliessmann*, Interview mit Thomas Klebe, Mitbestimmung 11/2009, 58.

⁵⁹ Mit Video dokumentiert auf der Webseite der NGG Region Bremen-Weser-Elbe, <http://www.ngg-bremen.de/branchen-themen/hotel-und-gaststaettengewerbe/tarifrunde-2011/> (zuletzt geprüft am 08.02.2012).

Den Tanz unterbrechen Megaphon-Ansagen, in denen über den Stand der Tarifverhandlungen und die Tarifforderungen informiert wurde. Nach wenigen Minuten verließen die Aktionsteilnehmer das Hotel wieder.

b) Aktion „Dreckiger Schuh“

Einen Schritt weiter geht eine Aktion, von der aus dem Gebäudereinigungshandwerk berichtet wird. Mit besonders schmutzigen Schuhen ausgestattete „Besucher“ begaben sich dabei in ein Kaufhaus und verunreinigten Verkaufsflächen, sodass ein erneuter Reinigungseinsatz erforderlich wurde.

c) „Blitz“ im Altenpflegeheim

Eine etwas andere Zielrichtung verfolgt hingegen ein sog. Blitz, wie er nach Angaben von ver.di im Dezember 2011 in einer Einrichtung der Diakonie stattfand. Zahlreiche externe Aktionsteilnehmer, die nicht in dieser Einrichtung arbeiten, begeben sich zeitgleich dorthin, um kurze Einzelgespräche mit den Beschäftigten zu führen und gewerkschaftliche Präsenz zu zeigen. Nach einer vorher festgelegten Dauer von 60 bis 90 Minuten verschwinden sie wieder. Dies soll zugleich der Leitung der Einrichtung die Möglichkeit weiterer Aktionen vor Augen führen und auf diese Weise Druck zu erzeugen.

d) Flashmob im Supermarkt und Drogeriemarkt

Noch empfindlichere Auswirkungen und großes Aufsehen erzeugte bereits im Dezember 2007 eine streikbegleitende Aktion, die zum Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesarbeitsgericht wurde. Per virtuellem Flugblatt hatte der ver.di Landesbezirk Berlin-Brandenburg Engagierte dazu aufgerufen, sich im Rewe-Markt im Berliner Ostbahnhof zu versammeln. Auszugsweise hieß es dort:⁶⁰

„Gib uns Deine Handy-Nummer und dann lass uns zu dem per SMS gesendeten Zeitpunkt zusammen in einer bestreikten Filiale, in der Streikbrecher arbeiten, gezielt einkaufen gehen, z.B. so:

- Viele Menschen kaufen zur gleichen Zeit einen Pfennig-Artikel und blockieren damit für längere Zeit den Kassenbereich.*
- Viele Menschen packen zur gleichen Zeit ihre Einkaufswagen voll (bitte keine Frischware!!!) und lassen sie dann stehen.“*

Am Aktionstag erschienen 40 bis 50 per SMS eingeladene Personen in der betreffenden Filiale. Einige kauften Cent-Artikel, deren Einscannen längere Zeit in Anspruch nahm und zu Warteschlangen führte. Andere befüllten ca. 40 Einkaufswagen, die sie ohne Begründung oder mit dem Vorwand, das Geld vergessen zu haben, stehen ließen. Eine Aktionsteilnehmerin ließ einen Einkaufswagen im Wert von über 350 Euro einscannen, verstaute die Waren wieder im Einkaufswagen und erklärte dann unter Beifall, dass sie doch ihr Geld vergessen habe. Die Aktion dauerte ca. 45 bis 60 Minuten und behinderte die Verkaufsabläufe in erheblicher Weise.⁶¹

Nachdem diese Art von Aktionen vom Bundesarbeitsgericht im September 2009 im Grunde für rechtmäßig erklärt worden war, kam es zu weiteren von ver.di initiierten Flashmobs. Zum Beispiel stürmten am 20.11.2009 rund 150 Personen einen Schlecker-Markt in Sachsen-Anhalt und luden dort Dutzende Einkaufswagen voll, die dann die Gänge versperrten.⁶²

⁶⁰ Zitiert nach BAG, Urteil vom 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, 1348.

⁶¹ Sachverhalt nach BAG, NZA 2009, 1347, 1348.

⁶² Auszüge aus Fernsehberichten dokumentieren anschaulich, wie viele Waren danach zurückzuräumen waren, siehe <http://www.youtube.com/watch?v=Z60Iom0mFnI> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

2. Betriebsblockade

Erheblich weiter gehen Betriebsblockaden, durch die der Zugang zum Betrieb verhindert wird, oder Betriebsbesetzungen, wobei die Beschäftigten gegen den Willen des Arbeitgebers an ihrem Arbeitsplatz bleiben. Nach überwiegender Ansicht sind solche Aktionen rechtswidrig.⁶³ Dennoch wird gelegentlich blockiert. Während des Streiks im öffentlichen Dienst 2006 etwa riegelten Müllwerker in Stuttgart das Müllheizkraftwerk ab und behinderten so den Einsatz von Streikbrecherfirmen.⁶⁴

a) Supermarkt „dichtmachen“

Ein weiteres Beispiel aus jüngerer Zeit findet sich in Berlin. Dort rief ver.di im Juni 2008 zur Unterstützung des Streiks dazu auf, eine Filiale der Supermarktkette Reichelt „dichtzumachen“. Hier war, im Gegensatz zu den Flashmob-Aktionen, der Termin kurz vor Beginn der Aktion öffentlich auf einer Internetseite bekannt gemacht worden. Von sechs Uhr morgens bis 13 Uhr versammelten sich so zunächst 40, später etwa 120 Personen vor der Filiale, davon 10 bis 50 direkt im Eingangsbereich. Arbeitswillige oder Kunden mussten durch ein „Streikbrechertor“ gehen oder sich unter „Streikbrecher“- und „Schande“-Rufen durch die Menge schlängeln, der Zutritt von Lieferanten wurde behindert. Nach Aufforderung durch die Polizei öffnete sich etwa zehnmals eine Gasse gebildet, die allerdings immer rasch wieder geschlossen wurde.⁶⁵

b) Behinderung des Zutritts zu Baustellen

Nicht ganz so weitgehend, sondern von den störenden Auswirkungen eher einem Flashmob ähnlich, ist die Praxis der IG BAU, Streikhelfer auf Baustellen zu schicken, die den Beschäftigten die Tarifforderungen erklären und zur Beteiligung am Streik auffordern. Oft betreten die Streikhelfer die Baustellen in größerer Zahl, was regelmäßig zu Arbeitsunterbrechungen führt. Zudem werden vor den Baustellen Streikposten aufgestellt. In einigen Fällen verweigern die Bauunternehmen den Zutritt unter Berufung auf das Hausrecht. Dann kommt es häufig zu spontanen Versammlungen von Streikhelfern und Streikenden vor den Baustellenzufahrten, die den Zugang erschweren. Dabei werden in der Regel, wie von der Rechtsprechung gefordert, Durchgänge von 2 bis 3 Meter Breite gelassen.⁶⁶ Bauunternehmen oder Bauherren rufen jedoch häufig die Polizei, um eine zügige Fortsetzung der Arbeiten zu erzwingen. Insbesondere in Niedersachsen und Hamburg beendete die Polizei solche Aktionen während des Baustreiks im Sommer 2007 in mehreren Fällen, teilweise sogar durch Einkesselung, unter Hinweis auf eine fehlende Anmeldung nach dem Versammlungsgesetz oder auf Straftaten (Hausfriedensbruch, Nötigung). Eingeleitete Ermittlungsverfahren wurden aber mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO oder zumindest wegen geringer Schuld nach § 153 StPO eingestellt. Dennoch besteht hier eine erhebliche Rechtsunsicherheit, welche Verhaltensweisen zulässig sind.⁶⁷

⁶³ Ablehnend *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Frankfurt/M. 2010, Teil 3 Arbeitskampfrecht (AKR), Rn. 225 ff. mit Nachweisen.

⁶⁴ *Dribbusch*, WSI-Mitt. 7/2006, 382, 386.

⁶⁵ Sachverhalt nach ArbG Berlin, Urteil vom 23.06.2008 - 2 Ga 9993/08, online verfügbar unter <http://www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KARE600023302&psml=sammlung.psml&max=true&bs=10> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁶⁶ Vgl. dazu *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 63), AKR Rn. 260 ff.

⁶⁷ Siehe *Donat/Kühling*, Arbeitskampf und Versammlungsrecht - Gutachten für die IG Bauen-Agrar-Umwelt -, unveröffentlichte Langfassung vom 07.10.2009, S. 2-7 mit ausführlichen Beispielen; eine Kurzfassung findet sich in der AuR 2009, 1.

3. Internet- und Telefonblockade

Eine Übertragung der vorstehend genannten Verhaltensweisen auf das Medium Internet wird in der Literatur unter den Bezeichnungen „virtuelle Arbeitskampfformen“⁶⁸, „Internetstreik“⁶⁹ oder „virtueller Streik“⁷⁰ diskutiert. Gemeint sind vorübergehende Blockaden im Sinne einer Verstopfung von E-Mail-Postfächern durch Massenmails oder die Überlastung von Firmenservern durch massenhaften, gleichzeitigen Zugriff. Denkbar sind auch massenhafte Anrufe in Callcentern, um die Leitungen zu belegen oder im Betrieb, um Ressourcen zu binden.⁷¹ In der gewerkschaftlichen Praxis finden diese Formen der Betriebsstörung aber bislang kaum Anwendung.

a) Massen-E-Mails

Bekannt ist lediglich eine gewerkschaftliche E-Mailaktion in Deutschland. Im Februar 2001 riefen die IG Metall Stuttgart und der Betriebsrat der Foxboro Eckardt GmbH zu einer „virtuellen Protestdemonstration“ gegen die geplante Schließung des Standortes Stuttgart durch den invensys-Konzern auf. Die Teilnehmer meldeten sich für eine Mailingliste an, über welche die E-Mail-Adressen der Mitglieder der Geschäftsführung, der zu verschickende Text und der Zeitpunkt der Aktion verbreitet wurden.⁷² Laut Angaben der Organisatoren nahmen über 1000 Personen an der Aktion teil, die insgesamt geschätzte 100.000 E-Mails an 10 bis 20 Konzernverantwortliche versandten. Dies führte zu einem über achtstündigen Ausfall der E-Mailserver des invensys-Konzerns.⁷³

Heutzutage dürfte der Effekt massenhaft versandter E-Mails angesichts größerer und flexiblerer Serverkapazitäten vor allem bei Großunternehmen aber eher symbolischer Art sein. Insbesondere wenn es sich um Nachrichten mit vorformulierten Texten und Betreffzeilen handelt, die der Einzelne nur noch mit seinem Absender versehen muss, lässt sich zudem mit Filtern ein Überquellen des Posteingangs vermeiden.

b) Massenhafter Zugriff auf die Unternehmenswebsite

Einen ähnlichen Effekt kann eine sog. Online-Demonstration haben, bei der eine große Anzahl von Teilnehmern gleichzeitig die Webseite eines Unternehmens aufruft. Ziel ist, eine Überlastung der Server herbeizuführen und dadurch den Zugriff auf die Webseite für mehrere Minuten oder Stunden unmöglich zu machen. Als Beispiel wird eine Aktion vom 21. Juni 2001 genannt, die sich gegen die Beteiligung der Lufthansa an Abschiebungsflügen richtete. Die Onlinedemonstranten konnten eine von den Initiatoren bereitgestellte spezielle Software installieren, die in kürzesten Abständen Anfragen direkt an die Lufthansa-Webseite sandte. Auf diese Weise wurden innerhalb von zwei Stunden von 13.614 IP-Adressen etwa 1.262.000 Zugriffe erzeugt. Zu einem Totalausfall der Webseite kam es dabei nicht, weil das Unternehmen Vorkehrungen getroffen hatte. Allerdings verlängerte sich die Zugriffszeit auf 3 bis 10 Minuten. Zudem entstand dem Unternehmen nach eigenen Angaben ein finanzieller Schaden von knapp unter 50.000 Euro.⁷⁴

⁶⁸ Renneberg (Fn. 21), S. 232-238.

⁶⁹ Däubler-Däubler (Fn. 4), § 31 Rn. 16 ff.

⁷⁰ Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 63), AKR Rn. 222 ff.

⁷¹ Vgl. Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 63), AKR Rn. 223.

⁷² Renneberg (Fn. 21), S. 235 f.

⁷³ Betriebsrat und Vertrauensleutekörper Foxboro Eckardt, Pressemitteilung vom 22.02.2000, online verfügbar unter <http://www.labournet.de/branchen/sonstige/ezuliefer/invensys.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁷⁴ Sachverhalt nach OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 22.5.2006 - 1 Ss 319/05, MMR 2006, 547.

c) Massenhafte Anrufe

Zu einer Telefonaktion hingegen rief ver.di 2008 in Berlin auf. Damit sollte man die Filialleitung eines bestreikten und blockierten Supermarktes (s. oben unter 2. a) „auf Trab halten“. Sympathisanten wurde auf einer Internetseite die Nummer der Filiale mitgeteilt, verbunden mit der Aufforderung, dort anzurufen und nach aktuellen Angeboten zu fragen, z.B. „Frische Dorade Royal, grillfertig mit Rosmarin, Salbei und Melisse mariniert, 100g für 1,49 Euro“. In einem zweiten Satz sollten die Anrufer ihre Solidarität mit den Streikenden ausdrücken.⁷⁵

IV. Kollektiver Entzug der individuellen Arbeitsleistung

Formen des kollektiven Entzuges der individuellen Arbeitsleistung werden derzeit nur in bestimmte Bereichen oder Situationen im Rahmen eines Arbeitskampfes eingesetzt. Solange es darum geht, individuelle Rechte geltend zu machen, ist eine gewerkschaftliche Koordinierung auch nicht unbedingt notwendig. Allerdings kann eine Begleitung und Koordinierung aus gewerkschaftlicher Sicht sinnvoll sein, um streikunerfahrene Belegschaften durch niedrigschwellige Protestformen schrittweise an einen Arbeitskampf heranzuführen. Erforderlich wird der Arbeitskampf als Rechtfertigungsgrund aber dann, wenn die Grenzen des vertrags- oder deliktsrechtlich Zulässigen überschritten werden.⁷⁶

Ein Grund für die gewerkschaftliche Zurückhaltung in dieser Hinsicht mag jedoch darin liegen, dass das Bundesarbeitsgericht bestimmte Versuche, individuelle Rechte im Hinblick auf kollektive Ziele koordiniert einzusetzen, bereits in den 1960er- und 1970er-Jahren für unzulässig erklärte.

1. Für unzulässig erklärte Formen

a) Massenhafte Krankmeldung (Sick-out)

Anfang der 1970er-Jahre sorgten verbeamtete Fluglotsen durch koordinierte gleichzeitige Krankmeldung dafür, dass der Flugbetrieb erheblich gestört wurde und teilweise eingestellt werden musste. Dadurch sollten Entgeltforderungen des Verbands Deutscher Flugleiter unterstützt werden. Neuere Beispiele lassen sich nicht finden, nachdem der BGH diese Aktion für sittenwidrig erklärt hatte.⁷⁷ Vermutungen, dass die hohe Anzahl von Krankmeldungen von Fahrern der Berliner S-Bahn im Dezember 2011, die sich mehrfach an bestimmten Tagen häuften, ein versteckter Streik seien, wurden vom Unternehmen und von der Gewerkschaft Deutscher Lokführer (GDL) dementiert.⁷⁸

b) Bummelstreik

Verdeckte Leistungsverringerungen durch langsames Arbeiten oder Missachten von Vorschriften wurden hingegen bereits vom Reichsgericht als rechtswidrig angesehen.⁷⁹

c) Kollektivkündigung durch Arbeitnehmer

Von einer kollektiven Änderungskündigung im Rahmen von Tarifverhandlungen berichtet eine ältere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts. Allerdings handelte es sich um eine nichtgewerkschaftliche Initiative, die wegen parallel laufender Tarifverhandlungen für unzu-

⁷⁵ Sachverhalt nach ArbG Berlin, Urteil vom 23.06.2008 - 2 Ga 9993/08 (Fn. 65).

⁷⁶ Däubler-Däubler (Fn. 4), § 8 Rn. 6 ff.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 31.01.1978 –VI ZR 32/77, AP Nr. 61 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁸ Kurpjuweit, Krankmeldungen - S-Bahn: Wir werden nicht sabotiert, tagesspiegel.de, 20.12.2011, <http://www.tagesspiegel.de/berlin/krankmeldungen-s-bahn-wir-werden-nicht-sabotiert/5976828.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁷⁹ ErfK/Dieterich (Fn. 13), Art. 9 GG Rn 273.

lässig erklärt wurde.⁸⁰ Angesichts des hohen Risikos für die kündigenden Arbeitnehmer, gerade in Zeiten der Wirtschaftskrise, ist die praktische Relevanz fraglich.

2. Gemeinsamer Widerspruch nach § 613a BGB bei Betriebsübergang

Ebenfalls mit einem Risiko behaftet – nämlich im Anschluss eine betriebsbedingte Kündigung zu erhalten – ist der Widerspruch gegen einen Betriebsübergang. In der Praxis finden sich mit gewerkschaftlicher Beratung durchgeführte Widersprüche, mit denen Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen begegnet werden soll. 2002 etwa übertrug ein Verlagsunternehmen einen Teil der Anzeigenabteilung an ein neugegründetes Unternehmen. 19 von 21 betroffenen Angestellten widersprachen dem Betriebsübergang und hatten vor Gericht Erfolg.⁸¹ Im Falle des Übergangs der Mobilfunksparte von Siemens an BenQ wurde den Beschäftigten nicht offengelegt, dass die neue Arbeitgeber-oHG noch zu gründen war und die Gesellschafter insgesamt lediglich mit einem Stammkapital von 50.000 Euro ausgestattet werden würde. Nach der Insolvenz des Betriebserwerbers BenQ Mobile kaum ein Jahr später widersprach etwa die Hälfte der ca. 3300 betroffenen Arbeitnehmer mit einem von der IG Metall bereitgestellten Musterschreiben nachträglich dem Betriebsübergang und war erfolgreich.⁸²

3. Dienst nach Vorschrift

Im betrieblichen Alltag hingegen können Leistungsverringerungen schon durch korrektes Einhalten von Vorschriften eintreten. Ältere Beispiele betreffen den öffentlichen Dienst.⁸³ In der Privatwirtschaft findet sich lediglich das Beispiel des EDV-Dienstleisters Transmedia, wo mit einer solchen Strategie der Abschluss eines Tarifvertrages erreicht wurde.⁸⁴ Das Unternehmen betrieb u.a. für die (damals noch) Bundesanstalt für Arbeit die Datenbank KURS. Nach der Ankündigung von Stellenkürzungen folgten Beschäftigte zehn Monate lang dem Motto „Anders arbeiten – bei vollem Gehalt“. Vor jeder Eingabe in die Datenbank studierten sie die Vielzahl an Vorschriften, die es für diese Datenbank gab, und erledigten jede Aufgabe mit besonderer Gründlichkeit.⁸⁵

Im Übrigen kommt insbesondere die strikte Beachtung von Vorschriften zu Arbeits-, Gesundheitsschutz oder Höchstarbeitszeiten in Betracht.⁸⁶ Eine Rolle spielt dies, wenn durch Personalabbau und Leistungsverdichtung die Befolgung solcher Vorschriften praktisch erschwert oder unmöglich gemacht wird.⁸⁷ Diese Themen kommen nach Gewerkschaftsangaben in erster Linie bei betrieblichen Konflikten zur Sprache. Auf einen Gesundheitsschutz-Tarifvertrag, der unter anderem Begrenzungen der Arbeitszeit, Mindestbesetzungen und die Umsetzung der Ergebnisse von Gefährdungsanalysen regeln soll,⁸⁸ zielt dagegen die aktuelle ver.di-Kampagne für bessere Arbeitsbedingungen im Krankenhaus ab.⁸⁹

⁸⁰ BAG, Urteil vom 28.04.1966 – 2 AZR 176/65, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁸¹ BAG, Urteil vom 30.09.2004 – 8 AZR 462/03, NZA 2005, 43.

⁸² BAG, Urteil vom 23.07.2009 – 8 AZR 538/08, AP Nr. 10 zu § 613a BGB Unterrichtung.

⁸³ Siehe Däubler-Däubler (Fn. 4), § 29 Rn. 19 ff.

⁸⁴ Dribbusch, WSI-Mitt.7/2006, 382, 387.

⁸⁵ Huhn, Interview mit Anton Kobel zum Arbeitskampf bei Transmedia, express 6-7/01, online verfügbar unter <http://www.labournet.de/diskussion/gewerkschaft/transmedia.html> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁸⁶ Vgl. Däubler-Däubler (Fn. 4), § 29 Rn. 29 ff.

⁸⁷ Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 63), AKR Rn. 232.

⁸⁸ Ver.di Landesbezirke und Bundesverwaltung (Hrsg.), Infodienst Krankenhäuser Nr. 55, Dezember 2011, S. 6 f., online verfügbar unter http://gesundheit-soziales.verdi.de/branchenpolitik/krankenhaeuser/infodienst_krankenhaeuser (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁸⁹ ver.di Fachbereich Gesundheit, Soziale Dienste, Wohlfahrt und Kirchen, Kampagnenwebseite „Der Druck muss raus“, <http://www.der-druck-muss-raus.de/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

4. Ausnutzen flexibler Arbeitszeiten

Bei flexiblen Arbeitszeitmodellen kann die Arbeitsleistung durch das bloße Ausnutzen individueller Spielräume zum Teil zurückgehalten werden. Sind Arbeitsbeginn und -ende dem einzelnen Arbeitnehmer überlassen, kann er seine Anwesenheitszeiten verkürzen. Unter dem Motto „Wer später kommt, geht früher“ stand zum Beispiel eine Aktion im Engineering-Bereich, von der die IG Metall berichtet. Angesetzt wurde dabei an der in Projektphasen entstehenden hohen Arbeitsverdichtung. Durch extensive Nutzung von Gleitzeitregelungen, die den engen Zeitrahmen des Projektes in Frage stellten, konnte hier wirtschaftlicher Druck aufgebaut werden.

Eine andere Möglichkeit ist der Abbau angesammelter Zeitguthaben. So konnte ein Arbeitnehmer durch Abmelden aus dem Zeiterfassungssystem in seiner Freizeit an einer Streikkundgebung teilnehmen und damit einen Lohnabzug vermeiden.⁹⁰ Allerdings wird darauf hingewiesen, dass dem Abbau von Arbeitszeitguthaben oft Grenzen gesetzt sind (z.B. Sicherstellung einer Mindestbesetzung, Zustimmung des Vorgesetzten bei Abwesenheiten von mehreren Tagen), was ein kollektives Ausnutzen über längere Zeiträume erschwert.⁹¹ In kleinerem Rahmen, z.B. bei einer aktiven Mittagspause, erscheint dies leichter möglich.

5. Aktive Mittagspause

Thematisch passend zur Kampagne für Gesundheitsschutz (oben unter 4.) findet die aktive Mittagspause – auch „Protestpause“ oder manchmal „Ministreich“ genannt – in Krankenhäusern und anderen sozialen Einrichtungen regen Zuspruch. Im Saarland etwa lädt ver.di seit September 2011 teilweise sogar jeden Tag in einem anderen Krankenhaus zu gut halbstündigen Aktionen ein. Ab 12:30 oder 13 Uhr unterbrechen Ärztinnen, Krankenpfleger und andere Beschäftigte ihre Arbeit, um mit Plakaten oder auch Pantomime für bessere Arbeitsbedingungen zu protestieren. Für Stärkung sorgt dabei die Suppe aus der ver.di-Feldküche.⁹² Ihre eigentlichen Pausenzeiten überschreiten die Beschäftigten dabei teilweise massiv. Es wird aber berichtet, dass einzelne Arbeitnehmer, die keinen Pausenkontrollen unterliegen, dies teilweise verschleiern, indem sie auf Nachfrage behaupten, nur ihre Pausenzeit am Proteststand verbracht zu haben.

Besondere Bedeutung hat diese Protestform für Mitarbeiter kirchlicher Einrichtungen, für die derzeit noch nicht endgültig geklärt ist, ob sie streiken dürfen.⁹³ Im Rahmen einer Streik- und Aktionswoche Ende September 2011 wurde etwa in Bremerhaven eine kollektive Pause als „Probestreik“ deklariert. In Hannover und Oldenburg beteiligten sich trotz rechtlicher Unsicherheiten und Warnungen der Arbeitgeber insgesamt etwa 700 Personen an Streiks und aktiven Pausen.⁹⁴ Die Aktionswoche bildete zugleich den Auftakt zur Kampagne „Streikrecht ist Grundrecht“.⁹⁵

⁹⁰ BAG, Urteil vom 26.07.2005 – 1 AZR 133/04, AP Nr. 170 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁹¹ Däubler-Däubler (Fn. 4), § 29 Rn. 9.

⁹² Berichte und Fotos der einzelnen Aktionen sind auf der Kampagnenhomepage unter <http://www.der-druck-muss-raus.de/themen/aktive-mittagspause> zu finden (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁹³ Bejahend LAG Hamm, Urteil vom 13.1.2011 – 8 Sa 788/10, NZA-RR 2011, 185; Revision beim BAG anhängig unter Az. 1 AZR 179/11.

⁹⁴ Ver.di Niedersachsen-Bremen (Hrsg.), *ver.diakonieaktiv*, Oktober 2011, S. 1, online verfügbar unter <http://www.streikrecht-ist-grundrecht.de/sites/streikrecht-ist-grundrecht.de/files/material/Zeitung-ver.diakonieaktiv-Ausgabe-Oktober-2011.pdf> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

⁹⁵ Siehe <http://www.streikrecht-ist-grundrecht.de/> (zuletzt geprüft am 22.12.2011).

6. Ausnutzen betriebsverfassungsrechtlicher Vorschriften

Nicht gewerkschaftlich getragene „Streiks, die keine sein dürfen“⁹⁶ können unter Umständen durch kollektive Ausübung von Rechten aus der Betriebsverfassung gerechtfertigt werden.⁹⁷ Als Beispiel hierfür wird die sechstägige Arbeitsniederlegung bei Opel Bochum im Oktober 2004 genannt. Offiziell handelte es sich um eine Wahrnehmung des Informationsrechtes der Beschäftigten wegen der Ankündigung von Massenentlassungen und Standortschließungen.⁹⁸

V. Zusammenfassung

Der Überblick über die in der Praxis eingesetzten atypischen Arbeitskampfformen bestätigt die sozialwissenschaftliche Analyse. Deutlich wird, dass das Instrument der Kampagne in einem sehr hohen Maß genutzt wird. Die meisten der in jüngerer Zeit anzutreffenden Aktionen, seien es ungewöhnliche Demonstrationen oder aktive Mittagspausen, sind Teil einer Kampagne. Daneben lässt sich feststellen, dass die meisten Aktionen vergleichsweise kurz sind. Einsatz wird von den Teilnehmern oft nur für wenige Stunden oder gar Minuten verlangt, das allerdings durchaus mehrmals, weil die Kampagnen in der Regel längerfristig angelegt sind. Motivierend wirkt für die Teilnehmer ohne Zweifel der Eventcharakter. Doch zeigen die Beispiele auch, dass in manchen Situationen Mut nötig ist. Wer wie viele keine Streikerfahrung hat, mag nervös werden, wenn die Polizei den Streikhelfern vor der Baustelle mit Identitätsfeststellung und Einkesselung droht, wenn die Arbeitgeber in der Diakonie auf dem Streikverbot bestehen oder wenn Kollegen vom erlaubten Ausnutzen der Gleitzeit genervt sind. Zudem hat sich gezeigt, dass es nicht „den“ Flashmob oder „die“ Blockade gibt, sondern sich die Wirkungen je nach Ausgestaltung der Aktion einander annähern. Vor diesem Hintergrund bedarf es der Klärung, welche rechtlichen Grenzen zu beachten sind.

⁹⁶ *Dribbusch*, WSI-Mitt. 7/2006, 382, 386.

⁹⁷ Vgl. *Däubler-Däubler* (Fn. 4), § 29 Rn. 35.

⁹⁸ *Dribbusch*, WSI-Mitt. 7/2006, 382, 386.

C. Vorgaben des höherrangigen Rechts für das Arbeitskampfrecht

I. Fragestellung

Angesichts des Befundes zu A. nimmt die gewerkschaftliche Kreativität bei der Entwicklung neuer selbstständiger oder begleitender Kampfformen¹ - neben dem traditionellen und nach wie vor dominanten Streik - zu und wirft die Frage nach der Zulässigkeit verschiedener neuer atypischer Arbeitskampfformen auf. Die Fragestellung kann freilich nicht dahin gehen, ob solche neuen Formen dem bisher bekannten Arbeitskampfrecht entsprechen oder nicht. Denn Arbeitskampfrecht, das in der Bundesrepublik Richterrecht ist, kann kein abgeschlossenes Konzept bieten, das Antworten auf bis ins Feinste verästelte Einzelprobleme enthält. Sondern das richterliche Arbeitskampfrecht ist immer nur eine Momentaufnahme, die eine rechtliche Bewertung vergangener arbeitskampfrechtlicher Vorgänge erlaubt, wie sie an die Arbeitsgerichtsbarkeit herangetragen wurden. Demgegenüber sind Zukunftsvorgaben durch die Rechtsprechung zwangsläufig spärlich. Sie ergeben sich ein Stück weit aus der Systemstruktur, die die Rechtsprechung ihrem Arbeitskampfrecht beigibt. Einzelne Details künftiger Rechtsfragen des Arbeitskampfes können (und sollten auch) damit nicht vorgezeichnet werden. Da sich die Praxis nun auf die bisherige bekannte Rechtsprechung einstellt, wird es der Rechtsprechung nicht erspart, immer wieder mit neuen Fragen konfrontiert zu werden, wie dies zuletzt öffentlichkeitswirksam bei der so genannten Flashmob-Entscheidung² der Fall war - im Übrigen würde insoweit nichts anderes für den Gesetzgeber gelten. Das ist zweifellos in gewisser Weise ein Nachteil, weil die prognostische Bewertung durch die Praxis insoweit schwer fällt. Auf der anderen Seite ist es auch ein ganz entscheidender Vorteil des Richterrechts, auf neue Entwicklungen flexibel reagieren zu können. Das System kann in kleinen Schritten fortentwickelt werden und sich insofern als zukunftsfähig erweisen. Das lässt sich hervorragend am Beispiel der arbeitskampfrechtlichen Herausforderungen der Zulassung von Tarifpluralitäten im Betrieb infolge der neueren Rechtsprechung des 4. Senats des Bundesarbeitsgerichts³ illustrieren.⁴

Sicher mag sich mancher wünschen, dass das Arbeitskampfrecht durch ein Gesetz geregelt wird. Doch hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass die Ausformung des Arbeitskampfrechts im Verhältnis zwischen den Tarifvertragsparteien als Grundrechtsträgern nicht zwingend einer gesetzlichen Regelung bedürfe. Die insoweit maßgebliche Wesentlichkeitstheorie gelte nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, nicht indes im Verhältnis gleich geordneter Grundrechtsträger. Bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben müssten die Gerichte zur Vermeidung der Rechtsverweigerung das materielle Recht finden.⁵ Nur dort, wo der Staat sich als Arbeitgeber mit besonderen Kampfmitteln ausstattet, wie dies seinerzeit beim Beamteneinsatz als Streikbrecher durch die Post geschehen war, bedarf es nach der We-

¹ Diesbezügliche Beobachtung bereits 2004 bei *Zachert*, FS BAG, 2004, S. 577, 591 f., im Anschluss an *Renneberg*, Die Arbeitskämpfe von morgen?, Hamburg 2005.

² BAG NZA 2009, 1347.

³ BAG NZA 2010, 1068.

⁴ Ausf. *Deinert*, RdA 2011, 12 ff., 23; ferner *Franzen*, ZfA 2011, 647, 653 ff.; vgl. aber auch *Henssler*, RdA 2011, 65 ff.

⁵ BVerfG AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= BVerfGE 84, 212); a.A. *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, Berlin 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2006/07), S. 326 ff.; *Henssler*, ZfA 2010, 397, 399 f.

sentlichkeitstheorie einer gesetzlichen Regelung.⁶ Somit bleibt festzuhalten, dass dem Staat in Ermangelung einer solchen Regelung keine besonderen Kampfmittel zur Verfügung stehen und die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts im Übrigen in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung Aufgabe der Arbeitsgerichtsbarkeit ist.⁷ Im Folgenden wird es auch nur um die Frage gehen, wie richterrechtliche Antworten auf atypische Arbeitskampfformen aussehen können. Welche Regelung der Gesetzgeber schaffen könnte und sollte, ist dagegen vorliegend nicht die Frage.

Auch ein ideales Arbeitskampfgesetz müsste im Übrigen den genannten Herausforderungen genügen. Denn auch der Gesetzgeber wäre nicht in der Lage, Antworten auf künftige Arbeitskampfpraktiken zu liefern, die er noch nicht kennt. Auch ein Arbeitskampfgesetz müsste sich letztlich auf die grundlegenden Weichenstellungen konzentrieren und die Ausdifferenzierungen der Gerichtsbarkeit überlassen. In einem parallelen Rechtsgebiet, dem Tarifvertragsrecht, scheint diese Herausforderung dem Gesetzgeber hervorragend gelungen zu sein. Mit nur 15 Paragraphen, von denen zwei gegenstandslos (§ 10 und § 12 b) und einer ohne praktische Bedeutung (§ 13) sind, ist es dem Gesetzgeber gelungen, ein mustergültiges "Grundgesetz des Tarifvertragsrechts" zu schaffen, bei dem viele Einzelheiten durch die Gerichte geklärt werden müssen, aber auch können. Dass es dabei Streit um Einzelfragen und daraus abgeleitete rechtspolitische Forderungen gibt, bei denen auch immer das große Geschütz des Verfassungsrechts aufgefahren wird, wie dies derzeit in Bezug auf die Tarifpluralität geschieht,⁸ ist unvermeidlich. Das stellt die Tauglichkeit des Gesetzes allerdings nicht infrage.

Nun ist es allerdings auch nicht so, dass die Rechtsprechung völlig frei darin wäre, ein Arbeitskampfrecht nach Gutdünken zu entwickeln. Die Rechtsprechung ist gemäß Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte sowie gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden. Die Vorgaben durch die Verfassung und den einfachen Gesetzgeber muss auch der rechtsfortbildende Richter im Arbeitskampfrecht beachten. Diese Vorgaben gilt es im Folgenden auszuloten. Da aber das Arbeitskampfrecht wie ausgeführt zukunfts offenes, wenngleich verfassungs- und gesetzesgebundenes, Richterrecht ist, geht die eingangs aufgeworfene Fragestellung dahin, welches die Vorgaben des höherrangigen Rechts für das Arbeitskampfrecht sind. Dabei kann es - dies sei gleich zu Anfang erwähnt - nicht darum gehen, die komplette arbeitskampfrechtliche Literatur abzubilden,⁹ die kaum noch überschaubar ist, sondern vor allem um Konturierung der von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grenzlinien.

Insoweit gilt es aber zugleich, einem Missverständnis vorzubeugen. Der Rechtswissenschaftler kann in diesem Zusammenhang nur beschreiben, was bisher war und aufzeigen, was er nach bestem Wissen und Gewissen meint, was unter Berücksichtigung der angesprochenen unverzichtbaren Vorgaben des höherrangigen Rechts sein sollte. Die rechtsfortbildende Aufgabe kommt nicht dem Rechtswissenschaftler, sondern in der Realität des Rechtsalltags dem gesetzesvertretenden Richter zu. Die Rechtswissenschaft hat aber die Aufgabe, hierzu Vorschläge zu unterbreiten. Damit zeigt sich, dass es ein Fehler wäre, eine Verletzung der Verfassung durch das Bundesarbeitsgericht mit der Begründung zu behaupten, dass man selbst zu

⁶ BVerfG AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= BVerfGE 88, 103).

⁷ *Dieterich*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (zit.: ErfK), 12. Auflage (2012), Art. 9 GG Rn. 111.

⁸ Vgl. zur Problematik *Deinert*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Arbeitsrecht, 6. Auflage (2011), § 8 Rn. 283 ff.; zum Streit um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung vgl. *Dieterich*, AuR 2011, 46 ff. einerseits und *Kempen*, AuR 2011, 51 ff. andererseits.

⁹ Umfangreiche Handbücher zum Arbeitskampfrecht liefern insbesondere *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Frankfurt/M. 2010; *Brox/Rüthers* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1982; *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. Baden-Baden 2011; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997, §§ 20 ff.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, München 2002; *Löwisch* (Hrsg.), Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, Heidelberg 2000; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006; zur Geschichte: *Kittner*, Arbeitskampf, München 2005.

anderen Ableitungen in Bezug auf das rechtsfortbildend zu gewinnende Arbeitskampfrecht gekommen wäre. Es bedarf vielmehr der Begründung, dass die Rechtsprechung die im Folgenden herauszuarbeitenden Vorgaben des höherrangigen Rechts für das Arbeitskampfrecht missachtet hat.

Nach allem muss für neue Arbeitskampfformen die Fragestellung nicht etwa lauten:

Passt eine bestimmte Arbeitskampfform in den bekannten rechtlichen Rahmen?

sondern:

Welche rechtlichen Grenzen hat die Rechtsprechung in Bezug auf eine neue Arbeitskampfform zu beachten?¹⁰

II. Vorgaben des Grundgesetzes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts

Art. 9 Abs. 3 GG sagt unmittelbar nichts über eine Gewährleistung oder die Ausgestaltung und die Schranken des Arbeitskampfrechts. Die Bestimmung garantiert zunächst nur für jedermann und für alle Berufe das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Mittelbar lässt sich immerhin Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG eine Gewährleistung des Arbeitskampfes durch die Koalitionsfreiheit entnehmen, wenn dort ausgeführt wird, dass Notstandsmaßnahmen nicht gegen Arbeitskämpfe zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Koalitionen gerichtet sein dürfen. Die wesentlichen Gewährleistungen sind auf dieser Grundlage vor allem von der Rechtsprechung, insbesondere der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, abgeleitet worden.

1. Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Einen ersten Eckpunkt lieferte das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.11.1954 über die Frage der Tariffähigkeit eines gemischt-fachlichen Unternehmerverbandes.¹¹ In diesem Urteil hat das Gericht drei wesentliche Aussagen getroffen. Zunächst hat es herausgestellt, dass die Koalitionsfreiheit nicht nur den einzelnen Arbeitgeber oder Arbeitnehmer schützt, sondern auch die Koalition als solche. Das ist letztlich der Grundstein, auf dem Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände verfassungsrechtliche Positionen in Bezug auf den Arbeitskampf für sich aufbauen können.

Zum zweiten hat das Gericht die Koalitionsbetätigungsfreiheit in Gestalt der Tarifautonomie anerkannt. Es hat hervorgehoben, dass die Koalitionsfreiheit nicht nur den Zusammenschluss, sondern auch die Einflussnahme auf die Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen schütze. Dabei hat es freilich eine folgenschwere Wortwahl getroffen. Es hat nämlich ausgeführt, dass in dem Grundrecht *"ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich auch in der Richtung liegen"* müsse, *"dass ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist ..."*. Diese Aussage, die zunächst ganz offensichtlich der Umschreibung eines Mindestschutzes diene, mutierte in der Folgezeit zur so genannten Kernbereichslehre, wonach die Koalitionsbetätigungsfreiheit nur in einem Kernbereich ge-

¹⁰ Dabei sei aber hervorgehoben, dass Gerichte nicht befugt sind, im Vorhinein ein Arbeitskampfrecht zu schaffen, sondern nur dessen Konturen anhand der zu entscheidenden Fälle herauszuarbeiten.

¹¹ BVerfG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG (= BVerfGE 4, 96).

schützt sein sollte.¹² In einem Beschluss vom 14.4.1964 führte das Bundesverfassungsgericht zur bayerischen Personalvertretung aus, dass in dem betreffenden Fall nicht zu entscheiden sei, ob die gewerkschaftliche Betätigung im Bereich der Personalvertretung grundsätzlich den Schutz durch Art. 9 Abs. 3 GG genieße.¹³ *"Denn jedenfalls könnten nur solche Befugnisse der Gewerkschaften verfassungsrechtlich geschützt sein, die unerlässlich sind, damit sie auch im Bereich der Personalvertretung ihren Zweck (...) wirksam verfolgen können."* Nur wenig später betonte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 30.11.1965 zur gewerkschaftlichen Werbung vor Personalvertretungswahlen, dass die gewerkschaftliche Betätigung im Rahmen der Personalvertretung der gesetzlichen Ausgestaltung bedürfe.¹⁴ Dabei könne der Gesetzgeber gesetzliche Schranken ziehen. Wörtlich heißt es: *"Art. 9 Abs. 3 GG schützt auch bei der Personalvertretung nur einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung (...). Dieser Kernbereich wird angetastet und Art. 9 Abs. 3 GG ist verletzt, wenn (...) Schranken gezogen werden, die nicht von der Sache selbst gefordert werden, (...)."* Die Kernbereichslehre war damit geboren. Das Gericht hat diese Kernbereichslehre allerdings mit dem Beschluss vom 14.11.1995 zur gewerkschaftlichen Mitgliederwerbung im Betrieb wieder aufgegeben und klargestellt, was es nach eigener Deutung auch in früheren Entscheidungen nicht anders gemeint hat, dass nämlich der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht von vornherein auf einen Kernbereich von Koalitionsbetätigungen beschränkt sei.¹⁵ Vielmehr seien alle koalitions-spezifischen Verhaltensweisen davon umfasst. *"Ob eine koalitions-spezifische Betätigung für die Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit unerlässlich ist, kann demgegenüber erst bei Einschränkungen dieser Freiheit Bedeutung erlangen."* Das Gericht betonte, dass Ausgangspunkt der Kernbereichslehre eine Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit sei. Sie wurde damit wieder auf ihre Ursprünge zurück geführt, insoweit sie das Mindestmaß beschreibt, das staatliche Ausgestaltung leisten muss¹⁶.

Die dritte Aussage schließlich, die sich im Urteil vom 18.11.1954 findet, betrifft die Zulässigkeit, die Tariffähigkeit bestimmten Koalitionen vorzubehalten, so dass nicht schlechthin jede Koalition zum Abschluss von Tarifverträgen zugelassen ist. Dabei hat das Gericht dem Gesetzgeber zugestimmt, die Grenzen der Tariffähigkeit aus dem Ordnungszweck („*sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens*") des Tarifvertrages herzuleiten und betont, dass es dem Gesetzgeber nicht gleichgültig sein könne, *"zu wessen Gunsten er sich durch die Verleihung der Tariffähigkeit seines Normsetzungsrechts begibt"*. Eine daraus abgeleitete Delegationstheorie und Ordnungsdenken hat das Gericht dann ebenfalls später gerade gerückt zu Gunsten der Annahme, dass die Tarifautonomie letztlich Mittel zur Überwindung der strukturellen Ungleichgewichtslage im Arbeitsverhältnis sei. So hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Abwehraussperrung vom 26.6.1991 ausgeführt: *"Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen"*.¹⁷ Geblieben ist aber die Erkenntnis, dass es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist, die Tariffähigkeit bestimmten Koalitionen vorzubehalten.

Kurze Zeit nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.11.1954 hatte das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung zum einheitlichen Gewerkschaftsbegriff begründet und darin ausgeführt, dass die Tariffähigkeit Voraussetzung einer Gewerkschaft sei und diese

¹² Vgl. schon krit. *Gester/Kittner*, RdA 1971, 161, 170 f.

¹³ BVerfG AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern.

¹⁴ BVerfG AP Nr. 7 zu Art. 9 GG (= BVerfGE 19, 303).

¹⁵ BVerfG AP Nr. 80 zu Art. 9 GG (= BVerfGE 93, 352).

¹⁶ *Dieterich*, AuR 2011, 46, 50.

¹⁷ BVerfG AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= BVerfGE 84, 212).

unter anderem von der Arbeitskampfbereitschaft abhängen.¹⁸ Daran hat das Bundesarbeitsgericht im Beschluss vom 19.1.1962 weiter festgehalten und unter Bezugnahme auf die soeben beschriebene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hervorgehoben, dass die Tariffähigkeit von bestimmten weiteren Merkmalen der Koalition abhängig gemacht werden könne, zu denen notwendig auch die Bereitschaft zum Arbeitskampf als ultima ratio zähle.¹⁹ Auf dieser Grundlage hat es dem Verband katholischer Hausgehilfinnen die Tariffähigkeit abgesprochen. Diese Entscheidung wurde durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 6.5.1964 aufgehoben.²⁰ In verfassungskonformer Auslegung des § 2 Abs. 1 TVG umfasse der Begriff der Gewerkschaft nicht nur kampfwillige Organisationen. Das Gericht ließ dahinstehen, ob das Erfordernis der Arbeitskampfwilligkeit im Bereich der gewerblichen Wirtschaft von Relevanz für die Tariffähigkeit sei. Für Berufe des Haushalts konnte das Gericht aber jedenfalls nicht erkennen, dass Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens ohne Arbeitskampfbereitschaft nicht erfüllen könnten. Ein Recht zum Arbeitskampf schließe nicht die Pflicht zur Kampfbereitschaft ein. Dabei stellte das Gericht ausdrücklich klar, dass es hier nicht darum gehe, ob die Verfassung das Recht zum Arbeitskampf gewährleiste. Es hob aber die Koalitionsbetätigungsfreiheit und die freie Wahl der Koalitionsmittel hervor: *"Die Koalitionsfreiheit umfasst die Bildung, die Betätigung und die Entwicklung der Koalitionen in ihrer Mannigfaltigkeit und überlässt ihnen grundsätzlich die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten; dem freien Spiel der Kräfte bleibt es überlassen, ob sie mit den gewählten Mitteln den erstrebten Erfolg erreichen."* Interessanterweise ging das Bundesverfassungsgericht bereits zum damaligen Zeitpunkt davon aus, dass die „*Freiheit der Wahl der Mittel*“ verletzt würde, wollte man die Koalition auf den Arbeitskampf verpflichten.²¹

Sieht man einmal von dieser Fallgestaltung ab, ist das Bundesverfassungsgericht auch sonst recht großzügig gewesen in der Akzeptanz der Tariffähigkeitsanforderungen, die die Rechtsprechung aufgestellt hat. Nachdem das Bundesarbeitsgericht dem Deutschen Arbeitnehmer-Verband (DAV) die Tariffähigkeit mit der Begründung abgesprochen hatte, dass Tariffähigkeit das Potenzial verlange, Druck und Gegendruck ausüben zu können, um der Aufgabe einer sinnvollen Ordnung des Arbeits- und Wirtschaftslebens gerecht werden zu können, wies das Bundesverfassungsgericht die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde mit Beschluss vom 20.10.1981 zurück.²² Auch hier hielt das Gericht die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber bis zur Grenze des Kernbereichs der Koalitionsbetätigung für möglich. Anstelle des Gesetzgebers hätten die Arbeitsgerichte im Falle einer fehlenden gesetzlichen Regelung diese Befugnis. Das umfasse auch die Möglichkeit, die Tariffähigkeit von einer Verbandsmacht abhängig zu machen.

In Bezug auf die Betätigungsfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom 19.10.1966 über die Tariffähigkeit der Innungen und Innungsverbände hervorgehoben, dass Art. 9 Abs. 3 GG mit der Koalitionsfreiheit auch die *"Tarifautonomie und damit den Kernbereich eines Tarifvertragssystems"* gewährleiste.²³ Diese Gewährleistung lasse dem einfachen Gesetzgeber einen weiten Spielraum zur Ausgestaltung der Tarifautonomie.

Die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Arbeitskampf erging am 19.2.1975 in der Folge des Beschlusses des Großen Senats des BAG vom 21.4.1971²⁴, wo-

¹⁸ BAG AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953.

¹⁹ BAG AP Nr. 13 zu § 2 TVG.

²⁰ BVerfG AP Nr. 15 zu § 2 TVG (= BVerfGE 18, 18).

²¹ Ebd., Bl. 7.

²² BVerfG AP Nr. 31 zu § 2 TVG (= BVerfGE 58, 233).

²³ BVerfG AP Nr. 24 zu § 2 TVG (= BVerfGE 20, 312).

²⁴ BAG (GS) AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

nach in Abänderung der Rechtsprechung des Großen Senats vom 28.1.1955²⁵ die Aussperrung im Allgemeinen nur noch suspendierender Wirkung haben sollte.²⁶ Gestützt auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hatte der Große Senat unter anderem ausgeführt, dass Betriebsratsmitglieder nur mit suspendierender Wirkung ausgesperrt werden könnten. Dies war Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, die gegen die abschließenden Entscheidungen des 1. Senats²⁷ gerichtet war. Interessanterweise ließ das Bundesverfassungsgericht offen, wie Arbeitskampf und Aussperrung verfassungsrechtlich zu beurteilen seien. Selbst wenn Art. 9 Abs. 3 GG den Arbeitskampf durch einen einzelnen Arbeitgeber verfassungsrechtlich garantiere, sei die Bestimmung nicht verletzt. Gestützt auf verschiedene arbeitsrechtliche Erwägungen betonte das Gericht die herausgehobene gesetzliche Stellung der Betriebsratsmitglieder und kam zu dem Ergebnis, dass die Fähigkeit des Arbeitgebers, einen effektiven Arbeitskampf zu führen, nicht ernsthaft dadurch infrage gestellt sei, dass er gehindert sei, Betriebsratsmitglieder mit lösender Wirkung auszusperrern. Eine Beeinträchtigung der Kampfmittelparität sei nicht feststellbar, wobei das Gericht wiederum ausdrücklich offen ließ, ob Art. 9 Abs. 3 GG eine solche Parität überhaupt garantiere. Insgesamt hat das Gericht in Bezug auf den Arbeitskampf zwar keine Ausführungen zum Schutzbereich der Koalitionsfreiheit gemacht, wohl aber zu den Grenzen, bei denen es sich letztlich damals noch auf die Kernbereichslehre stützte.

Auch der nachfolgende verfassungsgerichtliche Paukenschlag, das Urteil vom 1.3.1979 zum MitbG, brachte keine weiteren Konkretisierungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben für das Arbeitskampfrecht.²⁸ Das Gericht betonte, dass die mit der unternehmerischen Mitbestimmung verbundenen Interessenkollisionen und Überschneidungen dem Tarifsystem wie auch der Mitbestimmung abträglich sein könnten. Das Tarifvertragssystem sei aber prognostisch nicht in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt, so dass sich insoweit verfassungsrechtliche Bedenken nicht ergäben. Die übrigen Probleme von Interessenkollisionen und Überschneidungen seien durch die Fachgerichtsbarkeit zu entscheiden. Im Übrigen zog sich das Gericht nochmals auf die Kernbereichslehre zurück.

Erste deutliche Aussagen zur Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG für das Arbeitskampfrecht enthielt der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.6.1991,²⁹ mit dem die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Bundesarbeitsgerichts in Bezug auf die bundesweite unbefristete Aussperrung in der Druckindustrie des Jahres 1978³⁰ zurückgewiesen wurde. Das Gericht stellte klar, dass auch die Mittel, die eine Koalition zur Verfolgung ihrer Vereinigungszwecke benötigt, vom Schutz des Grundrechts umfasst werden. Dazu zählten auch Arbeitskampfmaßnahmen. Da das Gericht weiter davon ausging, dass die Koalitionsfreiheit auch die Arbeitgeber sowie deren Verbände schütze,³¹ stellte sich als nächstes die Frage, ob zu den geschützten Arbeitskampfmaßnahmen auch die Aussperrung gehört. Insoweit hob das Bundesverfassungsgericht hervor, dass Arbeitskampfmaßnahmen jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst würden, *"als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen"*. Auch in dieser Entscheidung wurde die Wahl der Koalitionsmittel den Koalitionen überlassen: *"Die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überlässt Art. 9 Abs. 3 GG grundsätzlich den Koalitionen (...)"*.

²⁵ BAG (GS) AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁶ BVerfG AP Nr. 50 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= BVerfGE 38, 386).

²⁷ U.a. BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁸ BVerfG AP Nr. 1 zu § 1 MitbG (= BVerfGE 50, 290).

²⁹ BVerfG AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= BVerfGE 84, 212).

³⁰ BAG AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³¹ Im Übrigen hat das Gericht auch den Außenseiter-Arbeitgeber, der sich am Arbeitskampf beteiligt, als durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt angesehen. Dieses Kampfbündnis sei, *"wenn es den Abschluss eines Tarifvertrages im Interesse des Außenseiters beeinflussen soll"*, eine Vereinigung im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG.

Es ließ aber offen, ob die Aussperrung allgemein verfassungsrechtlich geschützt ist. Jedenfalls suspendierende Abwehraussperrungen zur Abwehr von Teil- oder Schwerpunktstreiks zur Herstellung der Verhandlungspartit seien aber gewährleistet. Voraussetzungen und Umfang bedürften der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung. Für den gesetzvertretenden Richter wie für den Gesetzgeber sah das Gericht die Grenze als eingehalten an, wenn die Verhandlungsfähigkeit und die Fähigkeit, wirksam Arbeitskämpfe zu führen, gewahrt bleibt und die Betätigungsfreiheit nicht weitergehend als zum Schutz kollidierender Grundrechte der Arbeitnehmer erforderlich eingeschränkt wird. Unter Bezugnahme auf den Zweck der Tarifautonomie, durch kollektives Handeln die strukturelle Unterlegenheit des Arbeitnehmers auszugleichen, hielt das Gericht das vom BAG aufgestellte Paritätsdogma für *"verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden"*, und zwar auch soweit das BAG die Parität im Wege einer typisierenden Betrachtung beurteilt. Ebenfalls unbeanstandet ließ das Gericht, dass das BAG die Abwehraussperrung als durch die Verhältnismäßigkeit begrenzt ansah. Das Bundesverfassungsgericht hat damit jedenfalls die zur Sicherstellung der funktionierenden Tarifautonomie notwendigen Arbeitskämpfmaßnahmen als verfassungsrechtlich geschützt angesehen. Die Ausgestaltung des Ausgleichs zwischen den Grundrechtsträgern auf beiden Seiten hat es aber letztlich dem Richterrecht überlassen. Der Parlamentsvorbehalt („Wesentlichkeitstheorie“) gelte nicht für den zivilrechtlichen Interessenausgleich gleichrangiger Grundrechtsträger.

Keine 2 Jahre später musste sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob es verfassungsrechtliche Grenzen des Einsatzes von Beamten als Streikbrecher bei der damaligen Bundespost gab. Ohne inhaltlich auf diese Frage einzugehen erklärte das Gericht im Urteil vom 2.3.1993 den Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen für verfassungswidrig, wenn es dafür keine gesetzliche Grundlage gibt.³² Hier gehe es um das Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Schutzbereichbeschreibung. Danach hat die Koalitionsfreiheit auch die Beziehung zwischen Grundrechtsträgern mit widerstreitenden Interessen zum Gegenstand und *"schützt diese auch insoweit vor staatlicher Einflussnahme, als sie zum Ausgleich ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit verwenden"*.

Mit Urteil vom 4.7.1995 entschied das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungskonformität des § 116 AFG (heute § 146 SGB III).³³ Es ging um die Frage, ob § 116 AFG in der Fassung des Neutralitätssicherungsgesetzes³⁴ einen unzulässigen Eingriff in die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaften enthielt, weil er die Zahlung von Lohnersatzleistungen an mittelbar kampfbetroffene Arbeitnehmer unter bestimmten Umständen ausschließt. Das Gericht betonte die Betätigungsfreiheit unter Einschluss des Streikrechts, hob andererseits aber auch einen breiten Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung hervor. Eine Optimierung der Kampfbedingungen sei nicht gefordert. Vielmehr sei es grundsätzlich Sache der Tarifvertragsparteien selbst, ihre Kampfmittel geänderten Umständen anzupassen, um ihrem Gegner gewachsen zu bleiben. Eine Grenze zieht es allerdings in Bezug auf die Parität. Ließ sich der Aussperrungsbeschluss vom 26.6.1991 noch so lesen, dass das Gericht lediglich das vom BAG vertretene Paritätsdogma verfassungsrechtlich billigte (obwohl die Begrenzung einer Beschränkung der Betätigungsfreiheit auf kollidierende Grundrechte der Arbeitnehmer bereits in eine andere Richtung gedeutet werden konnte), lässt das Gericht nun keinen Zweifel mehr daran, dass es die Parität, verstanden als ein ungefähres Kräftegleichgewicht, als unmittelbar in Art. 9 Abs. 3 GG angelegt sieht: *"Unvereinbar mit Art. 9 Abs. 3 GG ist eine Regelung daher jedenfalls dann, wenn sie dazu führt, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifaueinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen*

³² BVerfG AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= BVerfGE 88, 103).

³³ BVerfG AP Nr. 4 zu § 116 AFG (= BVerfGE 92, 365).

³⁴ Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen vom 15. 5. 1986, BGBl. I, S. 740.

wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewahrt bleibt (...)". Verlangt das Bundesverfassungsgericht damit vom Gesetzgeber bzw. statt seiner vom gesetzvertretenden Richter eine Ausgestaltung der Koalitionsbetätigungsfreiheit und damit des Arbeitskampfrechts, die die Parität der Arbeitskampparteien gewährleistet, stellt es andererseits klar, dass dies nur strukturell bedingte Disparitäten betrifft, nicht aber solche, die auf inneren Schwächen der Koalitionen beruhen. Angesprochen hat es damit ausdrücklich Organisationsgrad, Werbungs- und Mobilisierungsfähigkeit. Für strukturell bedingte Disparitäten fordert das Bundesverfassungsgericht im Übrigen zukunftsbezogen Reaktionen des Staates auf paritätsbeeinträchtigende Wirkungen. Der Gesetzgeber müsse Fehleinschätzungen durch Nachbesserungen begegnen.

In den folgenden anderthalb Dekaden kam es nur noch zu zwei Kammerentscheidungen im hier interessierenden Bereich. Mit beiden wurden Verfassungsbeschwerden gegen Urteile des Bundesarbeitsgerichts zurückgewiesen. Auffällig ist in beiden Fällen, dass das Bundesverfassungsgericht sehr zurückhaltend bei der Kontrolle der Ausgestaltungen durch das Bundesarbeitsgericht ist. Im Beschluss vom 10.9.2004 ging es um die Einbeziehung eines Außenseiter-Arbeitgebers in den Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag.³⁵ Im Beschluss vom 1.12.2010 ging es um die tarifrechtliche Unwirksamkeit eines Wechsels des Mitglieds in eine OT-Mitgliedschaft bei unzureichender satzungsmäßiger Trennung.³⁶ Letzteres betraf nicht unmittelbar den Arbeitskampf, wohl aber die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie. Die einschränkend aufgestellten Voraussetzungen für OT-Mitgliedschaften hielt das Bundesverfassungsgericht für gerechtfertigt durch die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als Belang von Verfassungsrang, insoweit das BAG eine Gefahr struktureller Störung des Verhandlungsgleichgewichts annahm. Bemerkenswert an der Kammerentscheidung zur Einbeziehung des Außenseiter-Arbeitgebers in den Arbeitskampf ist die Betonung der Kampfmittelfreiheit: *"Eine Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen durch die Fachgerichte als rechtswidrig kommt deshalb grundsätzlich nur in Betracht, wenn eine Arbeitskampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist."*

2. Ertrag

Unter Zugrundelegung von Verfassungstext und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung gibt es nur wenige gesicherte Aussagen zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Arbeitskampfrechts.

Zunächst ist festzustellen, dass Grundrechtsträger neben den Individuen, die sich in den Koalitionen zusammengeschlossen haben, auch die Koalitionen selbst sind, und zwar nicht nur die Gewerkschaften, sondern auch die Arbeitgeberverbände. Darüber hinaus werden Außenseiter in den Schutz der Koalitionsfreiheit einbezogen, soweit sie sich am Verbandsarbeitskampf beteiligen (zum Unterstützungsstreik und Boykott, vgl. auch u. 3. b) (3) und (4)).

Der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit umfasst auch die koalitionsspezifische Betätigung, und zwar nicht nur im Kernbereich. Dies umfasst die Tarifautonomie sowie den Arbeitskampf, jedenfalls soweit er tarifvertragsbezogen ist. Dazu verlangt die Verfassung, dass das Arbeitskampfrecht so ausgestaltet ist, dass strukturell bedingte Disparitäten ausgeglichen werden. Ausdrücklich gebilligt hat das Bundesverfassungsgericht eine typisierende Paritätsbetrachtung durch das BAG. Insoweit dürfte die Parität eine Doppelrolle spielen. Einerseits ist sie (verfassungsrechtlich legitim) Strukturprinzip des richterlichen Arbeitskampfrechts und

³⁵ BVerfG AP Nr. 167 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= NZA 2004, 1338); Verfassungsbeschwerde gegen BAG AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³⁶ BVerfG NZA 2011, 60; Verfassungsbeschwerde gegen BAG AP Nr. 28 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

kann insoweit auch typisierend bewertet werden, andererseits ist ein tatsächliches ungefähres Kräftegleichgewicht von Verfassungen wegen zu gewährleisten, soweit das Gefälle nicht auf inneren Schwächen der Koalitionen beruht. Im Übrigen übt das Bundesverfassungsgericht außerordentliche Zurückhaltung bei der Kontrolle richterrechtlicher Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch das Fachgericht.³⁷ Das ist die folgerichtige Konsequenz des Umstandes, dass es nicht nur einen allein verfassungsrechtlich zulässigen Zustand des Arbeitskampfrechts gibt, sondern dass der Staat eine bestimmte Bandbreite zulässiger Regelungen zur Verfügung hat, deren Ränder durch Art. 9 Abs. 3 GG bestimmt werden.³⁸ Erst jenseits dieser Grenze stellt sich die Frage nach der Neutralität des Staates und seinen verfassungsrechtlichen Spielräumen.³⁹ Keinesfalls beschränkt die Verfassung den Arbeitskampf auf die nachfragebezogene Preisermittlung, d.h. die Ermittlung des Wertes von Leistung und Gegenleistung durch Vorenthaltung der jeweiligen Leistung (in Falle des Streiks Vorenthaltung der Arbeit).⁴⁰ Diese Vorstellung verkennt zudem, dass die Verfolgung der Mitgliederinteressen gegenüber dem sozialen Gegenspieler in Art. 9 Abs. 3 GG nicht etwa unter einen Vorbehalt der Marktgesetzlichkeit gestellt ist.⁴¹ Einen Wandel in der fachgerichtlichen Rechtsprechung mag man - je nach Standpunkt - rechtspolitisch kritisieren,⁴² aus dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit kann dem indes nichts entgegen gehalten werden.

Die Koalitionsbetätigungsfreiheit schließt die freie Wahl der Koalitionsmittel ein. Angesichts jüngerer Diskussionen auch in der Öffentlichkeit ist daran zu erinnern, dass die Koalitionsfreiheit auch den Interessenausgleich mit Kampfmitteln von beträchtlicher Wirkung auf Gegner und Allgemeinheit vor staatlicher Einflussnahme schützt. Im Übrigen sind die Aussagen zur Wahlfreiheit in Bezug auf die Mittel wenig präzise. Einerseits wird die Freiheit der Wahl der Koalitionsmittel betont, andererseits wird der Arbeitskampf als Koalitionsmittel immer nur in einem Atemzug mit dem Tarifvertrag genannt. Wiederum andererseits zählt das Bundesverfassungsgericht zur freien Mittelwahl *expressis verbis* auch den Verzicht auf den Arbeitskampf. Das bedeutet, dass Koalitionen auch mit anderen Mitteln als dem Arbeitskampf versuchen können müssen, Tarifverträge zu erzwingen.⁴³ Ist dem so, kann die Kampfmittelefreiheit nicht auf einen wie auch immer gearteten *numerus clausus* von Arbeitskampfmitteln beschränkt werden. Wollte man dies hingegen anders sehen und als Koalitionsmittel zur Gewährleistung der Tarifautonomie nur „den Arbeitskampf“ anerkennen, müsste man klären, was als "Arbeitskampf" im Sinne des Grundgesetzes zu verstehen ist.⁴⁴ Vor dem Hintergrund des Fehlens eines abschließenden Arsenal von Kampfmitteln ist es auch nicht überzeugend, wenn versucht wird, ein solches durch die Hintertür zu kreieren mit der Behauptung, sie müssten der Typik von Streik und Aussperrung entsprechen, so dass im Ergebnis doch praktisch nichts bleibt als die überkommenen Kampfformen.⁴⁵ Dies ist bloße Behauptung, aber weder in der Verfassung, noch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang angelegt.

³⁷ Vgl. *Kittner*, FS Jaeger, 2011, S. 483, 495 ff.

³⁸ *Dieterich*, FS Jaeger, 2011, S. 95, 101; vgl. auch ebd. S. 104.

³⁹ *Henssler*, ZfA 2010, 397, 407.

⁴⁰ So aber *Picker*, ZfA 2010, 499, 512 ff., 592 ff.

⁴¹ *Picker*, ZfA 2010, 499, räumt selbst (S. 591 f.) ein, dass es, will man auf arbeitskampfrechtliche Weiterungen gegenüber dem Entzug der Arbeitskraft verzichten, anderer Korrekturmechanismen bedürfe.

⁴² Zuletzt insb. *Jacobs*, ZfA 2011, 71 ff.

⁴³ Für die von *Zöllner*, FS Bötticher, 1969, S. 427, 431, gewünschte Einschränkung auf schwächere Mittel als den Arbeitskampf, ergeben sich keine Anhaltspunkte.

⁴⁴ Vgl. nur *Franzen*, in: Schmidt (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010), S. 119, 121, der Flashmob als Streik bezeichnet und kritisiert, dass der Grundsatz, das Streiks durch Vorenthalten von Arbeitskraft erfolgen, verlassen werde.

⁴⁵ So *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 335, 338 ff., 342 ff.

3. Rahmenbedingungen für das Arbeitskampfrecht nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

a) Ausführungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts

Das Bundesarbeitsgericht hatte sich bereits kurz nach seiner Gründung mit einer zentralen Fragestellung des Arbeitskampfrechts zu befassen. Der Erste Senat hatte dem Großen Senat die Frage gestellt, ob der Arbeitgeber den gewerkschaftlichen Streik ohne Einhaltung der Kündigungsfrist beantworten könne mit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung der streikenden Arbeitnehmer und ob die streikenden Arbeitnehmer am Ende des Arbeitskampfes Wiedereinstellungsansprüche haben. Der Große Senat ließ in seinem Beschluss vom 28.1.1955 die Frage einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes offen und versuchte das Problem auf einfachrechtliche Ebene zu lösen.⁴⁶ Es findet sich dann der viel zitierte Satz *"Arbeitskämpfe (Streik und Aussperrung) sind im Allgemeinen unerwünscht, da sie volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringen und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen; (...). Unterbrechungen der betrieblichen Arbeitstätigkeit durch einen solchen Arbeitskampf sind sozialadäquat, da (...) die deutsche freiheitliche Rechtsordnung derartige Arbeitskämpfe als ultima ratio anerkennt."* Die einfachrechtliche Anerkennung des Arbeitskampfes leitete das Gericht aus der historischen Entwicklung sowie § 49 Abs. 2 S. 3 BetrVG 1952 her, der dem heutigen § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG entspricht (Verbot des Arbeitskampfes, das Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien nicht berührt). Die Frage nach dem Streikrecht wurde somit durch Verweis auf die Historie und daraus folgende Sozialadäquanz gelöst. Die Aussperrung stützte der Große Senat auf die Kampfparität, verstanden als "Grundsatz der Waffengleichheit". Daraus leitete der Große Senat sodann die Möglichkeit der Arbeitgeber zur lösenden Aussperrung im Wege einer Kampfkündigung der streikenden Arbeitnehmer her. Aus dem Prinzip der Waffengleichheit leitete der Große Senat des Weiteren her, dass kein Wiedereinstellungsanspruch bestehe.

Nachdem der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts von der Anerkennung der lösenden Aussperrung abweichen und die Aussperrung nur als suspendierende anerkennen wollte, legte er dem Großen Senat die Frage vor, ob dieser an der bisherigen Auffassung festhalte oder die Auffassung billige, dass der Arbeitgeber durch Aussperrung die Arbeitsverhältnisse nur suspendieren könne.⁴⁷ Der Große Senat öffnete den Weg dahin mit dem Beschluss vom 21.4.1971.⁴⁸ Er führte aus, der Große Senat habe in seiner Entscheidung vom 28.1.1955 nicht alle rechtlichen Wertvorstellungen genügend beachtet. Zwar sei der Arbeitskampf möglich, um Interessenkonflikte auszutragen und auszugleichen. Der Arbeitskampf berühre aber auch Nichtstreikende und sonstige Dritte sowie die Allgemeinheit nachhaltig. Daraus leitete der Große Senat drei Schlussfolgerungen her: der Arbeitskampf müsse (1) letztes Mittel (ultima ratio) sein; bei der Durchführung des Arbeitskampfes sei (2) der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und nach Beendigung des Arbeitskampfes müssten wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (3) beide Seiten dazu beitragen, dass der Arbeitsfrieden möglichst wiederhergestellt werde. Eine Begründung in Bezug auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bleibt der Große Senat schuldig. Die weiteren Ausführungen betreffen dann die Ableitungen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Dabei geht der Große Senat von der Möglichkeit der Aussperrung, auch als Angriffsaussperrung, aus und bezieht sich dabei auf die Tarifautonomie, deren Funktionsfähigkeit verlange, *"dass nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern dass möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen"*. Auch der einzelne Arbeitgeber habe das Aussperrungsrecht, Art. 9 Abs. 3 GG besage

⁴⁶ BAG (GS) AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴⁷ BAG AP Nr. 39 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴⁸ BAG (GS) AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

nichts Gegenteiliges. Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip leitete der Große Senat sodann ab, dass die Aussperrung im Allgemeinen nur suspendierende Wirkung habe. Bei Schwerpunktstreiks könne der Arbeitgeber nicht-streikende Arbeitnehmer aussperren. Damit könne er auch ein Warnsignal setzen, das Vorstufe zu einer möglichen lösenden Aussperrung sei. Im Übrigen komme die lösende Aussperrung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ebenfalls in Betracht. Lediglich gegenüber besonders geschützten Personen wie etwa Betriebsräten oder schwangeren Frauen scheidet die lösende Aussperrung aus. Im Falle der lösenden Aussperrung ergebe sich regelmäßig ein Wiedereinstellungsanspruch.

Beide Entscheidungen des Großen Senats gehen damit weitestgehend verfassungsrechtlichen Fragestellungen aus dem Wege. Bestenfalls kann man aus der Entscheidung des Großen Senats vom 20.4.1971 die Erkenntnis herleiten, dass der Arbeitskampf verfassungsrechtlich als Bedingung der Tarifautonomie geschützt ist. Zwar findet sich diese Aussage in dieser Deutlichkeit nicht in den Entscheidungsgründen. Sie lässt sich aber wohl daraus herleiten. Dies folgt allerdings bereits aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (s.o. 2.).

Die Beschlüsse des Großen Senats sind aber wichtig unter einem weiteren Gesichtspunkt, nämlich der Bindungswirkung gemäß § 45 Abs. 2 ArbGG. Wenn ein Senat des Bundesarbeitsgerichts von einer der Entscheidungen des Großen Senats abweichen will, bedarf es nämlich der Vorlage. Es bleibt damit die Frage, welche Eckdaten der Große Senat insoweit hinterlassen hat. Die Entscheidung von 1955 brachte insoweit die Lehre von der Sozialadäquanz sowie eine formelle Parität im Sinne der Waffengleichheit. Die grundsätzliche lösende Wirkung der Aussperrung wurde durch die Entscheidung von 1971 wieder beseitigt. Aber auch die Lehre von der Sozialadäquanz wurde nicht aufrechterhalten, sondern stillschweigend durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als alles beherrschendes Prinzip des Arbeitskampfes abgelöst. Schließlich hat der Große Senat in der Entscheidung vom 20.4.1971 den Grundsatz der formellen Parität stillschweigend aufgegeben, indem er zur materiellen Parität übergegangen ist, die ein ungefähres Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien fordert. Letzteres ist ohnehin verfassungsrechtlich geboten (s.o. 2.). Sie ist auch ein tragendes Prinzip in der Architektur des richterlichen Arbeitskampfrechts des Bundesarbeitsgerichts (vgl. u. b)). Es bleibt damit als wesentlicher Parameter der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der über Kampfmittelerkennung und Kampfmittleinsatz entscheiden soll. Dieser ist auch nicht etwa durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung vorgegeben. Denn das Bundesverfassungsgericht verlangt lediglich eine Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts, die den beiderseitigen Grundrechten der Tarifvertragsparteien Rechnung trägt. Eine strenge Begrenzung von Arbeitskampfmitteln auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip, wie es der Rechtfertigung eines Eingriffs in Grundrechte durch den Staat entspricht, verlangt der Ausgleich zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern nicht. Die strengere Ansicht hätte man vielleicht noch unter der Kernbereichslehre vertreten können. Letztere ist aber aufgegeben worden. Gewiss verlangt auch die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen gleichgeordneten Grundrechtsträgern Verhältnismäßigkeit. Und insoweit kann man auch mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgehen, dass der Paritätsgrundsatz des Arbeitskampfrechts im weitesten Sinne Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips sei.⁴⁹ Die strenge Prüfung eines einzelnen Kampfmittels am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips geht aber über die wechselseitige Zuordnung einander widerstreitender Grundrechte mit dem Ziel, beide bestmöglich zur Entfaltung zu bringen, hinaus.⁵⁰ Denn diese wäre eindimensional und behandelte die Arbeitskampfmaßnahme wie einen staatlichen Eingriff in die Rechte des Gegners; sie würde dabei vollständig ausblenden, dass die Arbeitskampfmaßnahme selbst Teil der Grundrechtsaus-

⁴⁹ BAG AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵⁰ Vgl. ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 130, 130a; ebenso wohl Kittner, FS Jaeger, 2011, S. 483, 504.

übung ist.⁵¹ Das neue Verständnis der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (s.u. b) (3)) und c) ist daher nicht im Sinne einer „ungewöhnlichen Prüfung“ zu bewerten,⁵² sondern als Berücksichtigung des Umstandes, dass die Rechtsprechung der Grundrechtsausübung auf beiden Seiten Rechnung tragen muss. Es ist auch besser kompatibel mit Art. 6 Ziff. 4 ESC in der Auslegung durch den Ausschuss der Sozialen Rechte (s.u. III. 2.).

Obwohl verfassungsrechtlich nicht erzwungen, zielte die Rechtsprechung des Großen Senats im Ergebnis auf eine weitgehende Fesselung der Tarifvertragsparteien im Arbeitskampf sowie der arbeitskampfrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts. Das ist im Ergebnis freilich fehlgeschlagen. Die Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip gingen nämlich weit über die Fragestellung hinaus, die der 1. Senat an den Großen Senat gerichtet hatte. Insofern war die Bindungswirkung der Entscheidung des Großen Senats, soweit diese über die Frage nach der lösenden Aussperrung hinausging, von Anfang an höchst zweifelhaft.⁵³

b) Konkretisierende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Neben den Beschlüssen des Großen Senats sind die für das Arbeitskampfrecht bis heute prägenden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts in den Blick zu nehmen. Das sind außer den Aussperrungsentscheidungen des Jahres 1980, der Entscheidung zum Arbeitskampfisiko von 1980 und der neuere Warnstreikrechtsprechung vor allem die - von Teilen der Literatur⁵⁴ teils heftig attackierten - jüngeren arbeitskampfrechtlichen Entscheidungen des 1. Senats sowie Entscheidungen des 4. Senats zum Mitgliedschaftsstatus im Arbeitgeberverband, in denen die Abwendung des Bundesverfassungsgerichts von der Kernbereichslehre⁵⁵ und die verfassungsrechtliche Absicherung des Paritätsprinzips durch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zu § 116 AFG⁵⁶ berücksichtigt werden konnten.

(1) Unter den Aussperrungs-Entscheidungen des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 10.6.1980 ist für den vorliegenden Kontext weniger bedeutsam jene zur selektiven Aussperrung, die wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG rechtswidrig ist.⁵⁷ Der 1. Senat erkannte in den anderen Entscheidungen vom gleichen Tage die Aussperrungsbefugnis des Arbeitgebers grundsätzlich an und stützte diese auf die Tarifautonomie, die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet ist. Erstmals hat das Bundesarbeitsgericht damit die Grundrechtsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts aufgegriffen und in das Arbeitskampfrecht implementiert.⁵⁸ In das Zentrum seiner Betrachtungen rückte der 1. Senat sodann den Grundsatz der materiellen Parität.⁵⁹ Legendär ist die Formel, Tarifverhandlungen ohne Recht zum Streik seien nichts anderes als "*kollektives Betteln*". Mit Rücksicht auf die Parität sah er das Aussperrungsverbot des Art. 29 Abs. 5 der hessischen Landesverfassung als durch Bundesrecht gemäß Art. 31 GG

⁵¹ Das wird etwa deutlich bei der Wortwahl von *Konzen*, Gem. Anm. zu BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nrn. 75, 76, 91: "Erst die Anbindung des Streikrechts an Art. 9 Abs. 3 GG (...) und die Einsicht, dass die staatliche Zulassung von Eingriffen in fremde Rechtsgüter dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot (...) unterliegt, führen zum Resultat, dass das ultima ratio-Prinzip aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot ("Erforderlichkeit") abzuleiten ist."

⁵² So *Franzen*, in: Schmidt (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010), S. 119, 122.

⁵³ *Kittner*, FS Jaeger, 2011, S. 483, 503.

⁵⁴ Etwa *Franzen*, in: Schmidt (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010), S. 119 ff.; *Otto*, RdA 2010, 135 ff.; *Wank*, RdA 2009, 1 ff.; zurückhaltender *Benecke*, FS Buchner, 2009, S. 96 ff.

⁵⁵ BVerfG AP Nr. 80 zu Art. 9 GG (= BVerfGE 93, 352).

⁵⁶ BVerfG AP Nr. 4 zu § 116 AFG (= BVerfGE 92, 365).

⁵⁷ BAG AP Nr. 66 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁵⁸ *Dieterich*, FS Jaeger, 2011, S. 95, 103.

⁵⁹ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

gebrochen an.⁶⁰ Bei den materiellen Paritätsbetrachtungen beschränkte der 1. Senat sich - wie gezeigt mit verfassungsgerichtlicher Billigung - auf eine typisierende Betrachtung, Situationsvorteile im konkreten Arbeitskampf sollten danach unberücksichtigt bleiben.⁶¹ Der 1. Senat verstand den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedenfalls für die Abwehraussperrung dahin, dass er die Arbeitskampfmittel auf das begrenzt, was in Bezug auf die Herstellung der Parität geeignet, erforderlich und proportional ist.⁶² Bedenken in Bezug auf die Rechtssicherheit wegen des generalklauselhaften Charakters des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes trug der Senat Rechnung durch die berühmte Arbeitskampfarithmetik.⁶³

Dass die Parität zu einem zentralen Axiom des Arbeitskampfrechts geworden war, dokumentiert sich auch im Beschluss vom 22.12.1980, in der das Bundesarbeitsgericht das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko vom Arbeitskampfrisiko nicht - wie noch in der früheren Rechtsprechung⁶⁴ - nach Sphären Gesichtspunkten, sondern nach dem Grundsatz der Arbeitskampfpazität abgegrenzte.⁶⁵

Bedeutung entfaltete das Paritätsprinzip auch im Urteil vom 10.12.2002 zur Zulässigkeit eines Arbeitskampfes gegen einen verbandsangehörigen Arbeitgeber um einen Firmentarifvertrag.⁶⁶ Die individuelle Koalitionsfreiheit dieses Arbeitgebers werde dadurch nicht berührt, denn Beitritt, Verbleib und Austritt aus dem Verband seien weiterhin frei. Auch werde die kollektive Koalitionsfreiheit des Verbandes nicht verletzt, jedenfalls nicht, solange es bei dem Arbeitskampf um Gegenstände gehe, die nicht durch Verbandstarifvertrag geregelt seien oder demnächst geregelt werden sollten. Die Arbeitskampfpazität werde durch den Kampf gegen den verbandsangehörigen Arbeitgeber nicht beeinträchtigt. Das Gericht hebt noch einmal hervor, dass eine abstrakt-typisierende Betrachtung geboten sei. Wie sich an § 2 Abs. 1 TVG zeige, gehe der Gesetzgeber von der Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers und damit grundsätzlich von einem Verhandlungs- und Kampfgleichgewicht mit der Gewerkschaft aus. Für den verbandsangehörigen Arbeitgeber gelte insoweit nichts anderes als für einen Außen-seiter-Arbeitgeber.

Wenige Jahre später übertrug das BAG im Urteil vom 24.4.2007 diese Grundsätze auf den firmenbezogenen Verbandstarifvertrag.⁶⁷ Das BAG sah die Parität auch im streitgegenständlichen Fall des Streiks um einen Sozialplantarifvertrag nicht infrage gestellt. Die Chancen zur Abwehr der Tarifforderung würden nicht dadurch geringer, dass der Betriebsrat einen Sozialplan nach § 112 BetrVG verlangen könne. Die Verteidigungsmöglichkeiten gegen die tariflichen Forderungen seien ungeschmälert. Im Übrigen könnte, da es um eine Aufstockung gehe, gerade der Umstand, dass betriebsverfassungsrechtlich ohne Streik ein Sozialplan erzwingbar ist, die Streikwilligkeit der Arbeitnehmer negativ beeinflussen. Die Verhältnismäßigkeit des Streiks um den Tarifsozialplan sah der 1. Senat des BAG auch nicht infrage gestellt, dass bereits über §§ 111 ff. BetrVG ein Sozialplan erreicht werden könne. Abzustellen sei beim Prüfungspunkt der Erforderlichkeit nicht auf das wirtschaftliche Ziel des angestrebten Tarifvertrags, sondern auf den angestrebten Tarifvertrag als solchen. Eine andere Sicht sei mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren.

⁶⁰ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶¹ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶² BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vgl. auch BAG AP Nr. 67 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶³ BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶⁴ BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Arbeitskampfrisiko.

⁶⁵ BAG AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁶⁶ BAG AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= NZA 2003, 734).

⁶⁷ BAG AP Nr. 2 § 1 TVG Sozialplan; dazu *Bayreuther*, NZA 2007, 1017 ff.; *Brecht-Heitzmann*, NJW 2007, 3617 ff.; *Franzen*, FS Reuter, 2010, S. 479 ff.; *Kaiser*, FS Buchner, 2009, S. 385 ff.; *Lipinski/Ferme*, DB 2007, 1250 ff.; *Schneider/Sittard*, ZTR 2007, 590 ff.; *Zabel*, AiB 2007, 379 ff.; *Franzen*, FS Reuter, 2010, S. 479 ff.

(2) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spielte eine besondere Rolle in der Warnstreikrechtssprechung. Im Urteil vom 17.12.1976 hatte das BAG zunächst hervorgehoben, dass es kein geschlossenes System zulässiger Arbeitskämpfungsmittel gebe.⁶⁸ Im Übrigen hat es den Warnstreik nur eingeschränkt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen. Der Grundsatz, dass eine Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten erreicht sein müsse, hielt der 1. Senat des BAG für nicht maßgeblich für den Warnstreik. Dieser solle die Verhandlungen beschleunigen und die Bereitschaft zum Arbeitskampf vor Augen führen. Vielmehr entspreche diese Form gerade dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, da damit der tariflose Zustand möglichst schnell und wenig belastend beendet werden solle.

An der Sonderstellung des Warnstreiks hat das Gericht auch für den Fall rollierender Warnstreiks in Form der „Neuen Beweglichkeit“ festgehalten und in dieser Entscheidung den Streik als Koalitionsbetätigung in den Kontext des Grundrechtsschutzes des Art. 9 Abs. 3 GG gestellt.⁶⁹ In diesem Urteil vom 12.9.1984 fährt es auf der Linie fort, die das Gericht bereits in den Aussperrungsentscheidungen vom 10.6.1980 verfolgt hatte, indem es Parität zum entscheidenden Orientierungspunkt erklärt: *"Die Verhandlungsparität ist der oberste Grundsatz des Arbeitskämpfrechts, an dem alle weiteren Grundsätze zu messen sind."* Das Gericht wies darauf hin, dass Tarifverhandlungen nur erfolgreich geführt werden könnten, wenn die Arbeitgeber wüssten, dass im Ernstfall der notwendige Druck durch Streik ausgeübt werde. Der Warnstreik solle die Arbeitgeber zu einem zügigen Verhandeln und zu größerer Kompromissbereitschaft veranlassen. Er sei oft einziges Druckmittel, um Bewegung in den Verhandlungsverlauf zu bringen. An dieser Stelle ist das BAG einer Überbetonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entgegengetreten, um die Maßstäbe im Sinne der verfassungsrechtlichen Vorgaben (s.o. 2.) zurechtzurücken. Damit wurde das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitskämpfrecht keineswegs aufgegeben. Das wäre auch ohne Anrufung des Großen Senats kaum möglich gewesen. Die Gewichte haben sich aber etwas verschoben. Die Parität blieb der zentrale Gesichtspunkt, auf den das arbeitskämpfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip bezogen wurde.

Namentlich hat das BAG Warnstreiks in Bezug auf die Durchführung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterstellt.⁷⁰ Freilich bereitete die Abgrenzung des Warnstreiks vom Erzwingungsstreik einige Mühe. Das BAG hat sie denn auch mit Urteil vom 21.6.1988 aufgegeben, also unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung den Warnstreik als Erzwingungsstreik betrachtet und dem ultima ratio-Prinzip unterstellt.⁷¹ Die Unterschiede dieser beiden Arbeitskämpfformen rechtfertigten keine abweichende Beurteilung. Das damit wieder geforderte Scheitern der Verhandlungen als Voraussetzung des Arbeitskampfes blieb aber der freien und nicht nachprüfaren Entscheidung der Tarifvertragspartei überlassen. Die Einleitung des Arbeitskampfes dokumentiere die freie und nicht nachprüfbare Einschätzung der Tarifvertragspartei, dass die Verständigungsmöglichkeiten ohne Ausübung von Druck als ausgeschöpft angesehen werden. Die Anerkennung des Warnstreiks im Kontext der Verhandlungsparität hat der 1. Senat damit nicht aufgegeben, das ultima ratio-Prinzip aber auf seinen anerkannten Kern zurückgeführt. Arbeitskämpfmaßnahmen setzten voraus, dass Forderungen aufgestellt und über diese Forderungen verhandelt wurde, sie vom Gegner aber nicht akzeptiert wurden: *"Das ultima-ratio Prinzip verbietet daher den Arbeitskampf um des Arbeitskampfes und der Demonstration einer Stärke willen und zu einem Zeitpunkt, zu dem noch nicht einmal der Standpunkt der Gegenseite zur Kenntnis genommen worden ist."*

⁶⁸ BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

⁶⁹ BAG AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

⁷⁰ So bereits BAG AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf; ferner nachfolgend BAG AP Nr. 82 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

⁷¹ BAG AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

(3) Im Urteil vom 18.2.2003 musste sich das BAG mit einer Einbeziehung eines Außenseiter-Arbeitgebers in einen Verbandsarbeitskampf befassen,⁷² während es diese Frage in einem Urteil vom 9.4.1991 noch offen lassen konnte⁷³. Ohne eine grundsätzliche Aussage zur Einbeziehung von Außenseiter-Arbeitgebern in den Verbandsarbeitskampf hielt das Gericht diese Einbeziehung nunmehr jedenfalls für den Fall einer dynamischen Verweisung des Firmentarifvertrages auf den Verbandstarifvertrag ohne eigenständige inhaltliche Regelung für zulässig. Zwar sei die Beeinträchtigung Dritter durch den Arbeitskampf nur hinzunehmen, soweit dies im Interesse der Tarifautonomie notwendig sei. Die Rechtsprechung habe aber bereits zuvor die aktive wie passive Einbeziehung von Außenseitern in den Arbeitskampf akzeptiert, so bei der Beteiligung von Außenseitern auf Arbeitnehmerseite am Streik⁷⁴, bei der Aussperrung nicht oder anders organisierte Arbeitnehmer⁷⁵ oder bei der Betriebsstilllegung⁷⁶. Gemeinsam sei allen Fallgestaltungen die Partizipation des Außenseiters am Ergebnis der Auseinandersetzung. Auch der Gesetzgeber habe sich bei § 146 Abs. 3 SGB III von diesem Gesichtspunkt leiten lassen. Er sei geeignet, auch die Einbeziehung des Außenseiter-Arbeitgebers in den Verbands-Arbeitskampf zu rechtfertigen. Der Streik gegen den Außenseiter sei auch nicht etwa ungeeignet zur Druckausübung. Insoweit gebe es vielfältige denkbare Möglichkeiten zur Druckausübung auch für den Arbeitgeber, der nicht im Verband sei. Eine Gewerkschaft werde sich wegen der damit verbundenen Kosten ohnehin nur dann zum Kampf gegen den Außenseiter-Arbeitgeber entschließen, wenn sie sich davon tatsächlichen Druck auf den Arbeitgeberverband und damit eine Beeinflussung des Arbeitskämpfergebnisses verspreche.

Nachdem das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung zum Streik gegen den Außenseiter-Arbeitgeber bei der Frage einer möglichen Beeinflussung der Verhandlungssituation in Bezug auf den Verbandsarbeitskampf eine Parallele zum Sympathiestreik betont hatte, konnte es nicht lange dauern, bis auch über einen Fall des Sympathiestreiks zu entscheiden sein würde. Das Gericht hatte diesen noch im Urteil vom 5.3.1985 für den Regelfall für rechtswidrig gehalten.⁷⁷ Der Streik als Koalitionsbetätigung sei auf die Funktion als "*Instrument zur Sicherung der Tarifautonomie*" begrenzt. Diesem Zweck diene der Sympathiestreik nicht unmittelbar. Nur ausnahmsweise könne er in bestimmten Fallgestaltungen gerechtfertigt sein. Als Beispiele nannte das Gericht die vorherige Verletzung der Neutralität des durch Sympathiestreik bekämpften Arbeitgebers im Hauptarbeitskampf oder eine enge wirtschaftliche Verflechtung. Wenig später bekräftigte das Gericht seine Haltung. Die Kritik, auch sonst könnten außenstehende Dritte durch Arbeitskämpfe betroffen sein, wies es zurück mit der Überlegung, dass der Große Senat in seiner Entscheidung von 1971 aus eben diesem Grunde auf das ultima ratio-Prinzip verwiesen habe. Soweit danach Dritte im Interesse der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt würden, sei dies etwas ganz anderes als Arbeitskämpfmaßnahmen, die gerade darauf gerichtet seien, Dritte in ihren Rechten zu beeinträchtigen. Im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung stellte das Gericht im Urteil vom 19.6.2007 klar, dass der Unterstützungstreik als Koalitionsbetätigung dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG unterfalle.⁷⁸ Während das Bundesarbeitsgericht noch in seiner Entscheidung vom 12.1.1988 seine Rechtsprechung zur Rechtswidrigkeit des Sympathiestreiks gegen den Vorwurf, es könne aus Paritätsgründen erforderlich sein, einen Sympathiestreik zu führen, mit der

⁷² BAG AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷³ BAG AP Nr. 116 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁴ Vgl. bereits BAG (GS) AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁵ BAG (GS) AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁶ BAG AP Nr. 130 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁷ BAG AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁷⁸ BAG AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; dazu *Bieder*, NZA 2008, 799 ff.; *Hohenstatt/Schramm*, NZA 2007, 1034 ff.; *Konzen*, SAE 2008, 1 ff.; *Reinertz/Olbertz*, DB 2008, 814 ff.; dazu - auch unter Heranziehung völkerrechtlicher Normen *Hayen/Ebert*, AuR 2008, 19, 22 ff.; unsachlich: *Rieble*, BB 2007, 1506 ff.

Überlegung verteidigt hatte, dass die Rechtsordnung nicht dafür sorgen müsse, dass die Koalitionen generell gleiche Chancen hätten, bezog sich das Gericht nunmehr auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 116 AFG, in der darauf hingewiesen worden war, dass es Sache der Koalitionen sei, ihre Kampfmittel veränderten Verhältnissen anzupassen.⁷⁹ Die grundsätzliche Rechtswidrigkeit des Unterstützungsstreiks verletze Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes und sei darüber hinaus mit der Streikrechtsgarantie nach Teil II Art. 6 Nr. 4 ESC zumindest dann kaum vereinbar, wenn der Unterstützungsstreik von der Gewerkschaft des Hauptarbeitskampfes geführt werde⁸⁰. Ausdrücklich bezog sich das Gericht auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Betätigungsfreiheit nicht nur in einem Kernbereich gewährleistet ist. Dass der bestreikte Arbeitgeber im Unterstützungsstreik nicht in der Lage ist, der Forderung des Hauptarbeitskampfes Folge zu leisten, sei ein Element, das dem Arbeitskämpfrecht auch sonst nicht fremd sei, etwa bei der Einbeziehung nicht organisierter Arbeitnehmer in die Aussperrung⁸¹ oder beim Streik gegen einen Außenseiter-Arbeitgeber im Kampf um einen Verbandstarifvertrag⁸².

Aus dem Umstand, dass der Unterstützungsstreik in den Schutzbereich falle, folge indes nicht seine grenzenlose Zulässigkeit. Vielmehr bedürfe es einer Ausgestaltung durch die Rechtsordnung. Die Gerichte hätten dabei darauf zu achten, dass ein vorhandenes Kräftegleichgewicht nicht gestört beziehungsweise ein Ungleichgewicht der Kräfte nicht noch verstärkt werde. Maßgeblich sei insoweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Grundsätzlich sei es Sache der Tarifvertragsparteien, ihre Kampfmittel an sich wandelnde Umstände anzupassen. Die Bewertung als rechtswidriges Kampfmittel komme nur in Betracht, wenn die Maßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist. Das Bundesarbeitsgericht bezieht sich sodann auf das Paritätsprinzip und führt aus, dass Art. 9 Abs. 3 jedenfalls dann verletzt sei, wenn die Ausgestaltung des Arbeitskämpfrechts zu einer Paritätsverschiebung führe. Das Paritätsprinzip sei wegen seiner Abstraktionshöhe zur Bewertung einzelner Kampfsituationen als Maßstab aber regelmäßig nicht ausreichend.⁸³ Zentraler Maßstab sei vielmehr das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen einer Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen. Dabei gesteht das Gericht den jeweiligen Tarifvertragsparteien mit Rücksicht auf deren Freiheit in der Wahl der Arbeitskämpfmittel eine Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit zu. Nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit (das Ziel könnte gar nicht erreicht werden) oder offensichtlich mangelnder Erforderlichkeit (etwa, weil der Gegner zum Tarifabschluss bereit ist) soll das Kampfmittel rechtswidrig sein. Lediglich bei der Abwägung der widerstreitenden Positionen gebe es keine Einschätzungsprärogative. Rechtswidrig sei der Unterstützungsstreik danach aber erst dann, wenn er trotz grundrechtlich gewährleisteter gewerkschaftlicher Betätigungsfreiheit unter Berücksichtigung der ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Positionen des bestreikten Arbeitgebers unangemessen (nicht proportional) sei. Das könne etwa dann der Fall sein, wenn der Hauptarbeitskampf rechtswidrig sei oder wenn der Schwerpunkt vom Haupt- auf den Unterstützungsarbeitskampf verlagert werde. Bei der Abwägung sei die Nähe des Unterstützungsstreiks zum Hauptarbeitskampf von wesentlicher Bedeutung. Bemerkenswert ist im Übrigen eine Parallele, die das Bundesarbeitsgericht gezogen hat. Auch dann, wenn die Gewerkschaft, die zum Unterstützungsstreik aufruft, mit der Gewerkschaft des Hauptarbeitskampfes nicht identisch sei, handele es sich um eine koalitionsmäßige Betätigung. Das Gericht bezieht sich insoweit auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum verfassungsrechtlichen Schutz der

⁷⁹ BVerfG AP Nr. 4 zu § 116 AFG (= BVerfGE 92, 365)

⁸⁰ Zur Gewährleistung des Unterstützungsstreiks durch die ESC vgl. *Jaspers*, in: Dorsemont/Jaspers/van Hoek (Hrsg.), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, 2007, S. 23, 44 f.

⁸¹ BAG (GS) AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

⁸² BAG AP Nr. 163 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

⁸³ Massive Kritik dagegen bei *Picker*, ZfA 2010, 499, 554 ff.

Betätigungsfreiheit des Außenseiter-Arbeitgebers, der sich einer Verbandsaussperrung anschließt.

(4) Mit Blick auf die Einbeziehung Dritter noch einen Schritt weiter geht die Frage nach der Zulässigkeit eines Boykotts beziehungsweise Boykottaufrufs. Anders als beim Unterstützungsstreik wird hier nicht ein unbeteiligter Arbeitgeber einer Arbeitskampfmaßnahme unterzogen, sondern Dritte werden zur Unterstützung der Arbeitnehmer aufgefordert, Maßnahmen zu ergreifen, die direkt gegen den im Arbeitskampf stehenden Arbeitgeber gerichtet sind. Ihnen fehlt teilweise jede Nähe zum Hauptarbeitskampf. Dennoch hat das BAG den Boykott durch Hafendarbeiter in einem Urteil vom 19.10.1976 als im Grundsatz zulässig angesehen.⁸⁴ Der Boykottaufruf gehöre zu den *"geschichtlich überkommenen Arbeitskampfmaßnahmen der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite"*. Das Gericht zählte Boykottmaßnahmen zu der *"von der Rechtsordnung gewährleisteten Arbeitskampffreiheit"*. Dass der Boykottierte keine Möglichkeit der Gegenwehr habe, hielt das Gericht nicht für stichhaltig. Er habe wenigstens die Möglichkeit, den Boykott durchzustehen. Weitere Einzelheiten zum Boykott hat das Gericht nicht entschieden, da der Fall keine Veranlassung dazu gab.

Noch einen Schritt weiter geht die Flashmob-Aktion, die das Bundesarbeitsgericht im Urteil vom 22.9.2009 zu beurteilen hatte.⁸⁵ Hier war es nicht die Störung der Leistungsbeziehungen des Arbeitgebers (wie beim Boykott), oder die Inanspruchnahme Dritter zum Zwecke der Beeinflussung des Arbeitgebers (wie beim Unterstützungsstreik), sondern es ging um aktive Betriebsstörungen z.B. durch Befüllen von Einkaufswagen ohne zu bezahlen etc. Das BAG sah die Flashmob-Aktion als Arbeitskampfmaßnahme an, die als gewerkschaftliche Betätigung dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterstehe. Es gebe keinen abschließenden *numerus clausus* der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Arbeitskampfmittel. Die Kampfmittelfreiheit versteht das BAG unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 116 AFG⁸⁶ als *"Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen, um den Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen"*. Die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts müsse den Grundsatz der Parität und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, wobei das Gericht dieselben Maßstäbe wie bereits bei der Unterstützungsstreik-Entscheidung zu Grunde legt. Bei der Angemessenheitsprüfung berücksichtigt das Gericht, dass es bei Flashmob-Aktionen anders als beim klassischen Streik um Maßnahmen geht, die nicht mit eigenen Opfern des Angreifers verbunden sind, und bei denen anders als beim Streik die zuverlässige Beherrschung des Mittels nicht ohne weiteres gegeben ist, weil das Verhalten Dritter weniger beeinflussbar ist und außer Kontrolle geraten kann. Hieraus leitet das Gericht ab, dass eine Flashmob Aktion jedenfalls dann nicht unverhältnismäßig ist, wenn sie dem Arbeitgeber wirksame Verteidigungsmöglichkeiten belässt. Die das Gericht in der Möglichkeit der Hausrechtsausübung sowie der Betriebsschließung sah. Die Gewerkschaft müsse allerdings deutlich machen, dass es sich um eine von ihr organisierte und gesteuerte Arbeitskampfmaßnahme handelt. Die unter den Parteien streitige Frage, ob die Beteiligten der Flashmob-Aktion Gewerkschaftsmitglieder und eventuell auch Arbeitnehmer der im Arbeitskampf involvierten Arbeitgeber waren, spielte für das Gericht offensichtlich keine Rolle.

(5) Eine bislang wenig in den Blick genommene Thematik ist die Situation der Tarifverhandlungen ohne oder im Vorfeld eines Arbeitskampfes. Auch dies ist Element der Koalitionsbetä-

⁸⁴ BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form.

⁸⁵ BAG AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, m. abl. Anm. *Willemsen/Mehrens* (= NZA 2009, 1347 = JZ 2010, 254, m. abl. Anm. *Rüthers/Höpfner*); dazu *Greiner*, NJW 2010, 2977, 2978 f.; *Löwisch*, NZA 2010, 209 ff.; *Otto*, RdA 2010, 135; *Säcker*, NJW 2010, 1115 ff.; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440 ff.; *Krieger/Günther*, NZA 2010, 20 ff.; *Picker*, ZfA 2010, 499, 525 ff. Gegen die Entscheidung wurde Verfassungsbeschwerde erhoben (im Wesentlichen niedergelegt bei *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329 ff.

⁸⁶ BVerfG AP Nr. 4 zu § 116 AFG (= BVerfGE 92, 365).

tigung und bedarf der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung. Der 4. Senat des BAG hat im Urteil vom 20.2.2008 in Bezug auf Blitzaustritte aus dem Arbeitgeberverband darauf hingewiesen, dass Tarifverhandlungen und -auseinandersetzungen erhebliche organisatorische Anstrengungen insbesondere zur Mobilisierung der Mitglieder erforderten, die nicht beliebig zu einem späteren Zeitpunkt wiederholt werden könnten.⁸⁷ Trotz vereinsrechtlich wirksamen Austritts könne der Austritt koalitionsrechtlich unwirksam sein, wenn er kurzfristig ohne Kenntnis der Gegenseite erfolge. Ganz ähnlich hat das BAG in seinem Urteil vom 4.6.2008 für die OT-Mitgliedschaft entschieden.⁸⁸ Ein vereinsrechtlich wirksamer Wechsel in die OT-Mitgliedschaft während laufender Tarifverhandlungen könne tarifrechtlich unwirksam sein, wenn er gegenüber der verhandelnden Gewerkschaft in intransparenter Weise erfolge.

c) Bewertung

Nachdem der Große Senat in der Entscheidung vom 21.4.1971 den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum alles beherrschenden Prinzip des Arbeitskampfrechts gemacht und dabei zahlreiche Detailfragen des Arbeitskampfrechts durchdekliniert hatte, bemühte sich der 1. Senat insbesondere seit den Aussperrungsentscheidungen des Jahres 1980 um eine stärkere Akzentuierung des ebenfalls in der Entscheidung des Großen Senats herausgearbeiteten Prinzips der materiellen Parität. Dieses spielt im Rahmen einer abstrakt-typisierenden Betrachtung nach wie vor eine Rolle im richterlichen Arbeitskampfrecht des BAG, letztlich aber nur als eine Art grundsätzliche Orientierungshilfe, auf die bezogen strukturelle Verschiebungen des Kräftegleichgewichts ermittelt werden. Im Übrigen soll dieses Prinzip wegen seiner Abstraktionshöhe nicht zur Beurteilung konkreter Arbeitskampsituationen taugen. Das bedeutet, dass es nur ganz fundamentale Weichenstellungen erfassen kann, für Einzelfragen indessen ergänzender Kriterien bedarf.

Diese Ergänzung hat das BAG im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gefunden,⁸⁹ der seit den Aussperrungsentscheidungen von 1980 und seither konsequent zum wichtigsten Abgrenzungsmerkmal geworden ist. Dabei hat das Bundesarbeitsgericht sich allmählich von der vom Großen Senat zwar nicht explizit angesprochenen, gedanklich aber zugrundeliegenden strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung gelöst und zunehmend eine Einschätzungsprärogative der agierenden Arbeitskampsparteie anerkannt. Dies liegt - darüber geht die Kritik an der Rechtsprechung durch die Literatur völlig hinweg⁹⁰ - durchaus auf einer Linie mit der Aufgabe der Kernbereichslehre und der vom Bundesverfassungsgericht zunehmend betonten freien Wahl der Kampfmittel durch die Koalition.⁹¹ Auch das Bundesverfassungsgericht hatte zwischenzeitlich ja betont, dass eine Bewertung von Arbeitskampsmitteln als rechtswidrig nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit oder Unverhältnismäßigkeit in Betracht komme.⁹² Dementsprechend ist die Anerkennung einer Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft keineswegs eine "wenig hinterfragte Argumentationsprämisse",⁹³ sondern folgerichtige Konsequenz neuer verfassungsrechtlicher Entwicklungen. Die Entscheidung des Großen Senats war damit zugleich verfassungsrechtlich überholt und hatte jedenfalls in dieser Frage ihre Bindungskraft verlo-

⁸⁷ BAG AP Nr. 134 zu Art. 9 GG (= DB 2008, 1809).

⁸⁸ BAG AP Nr. 38 zu § 3 TVG (= DB 2008, 2712).

⁸⁹ Vgl. zustimmend in Bezug auf die jüngsten Aufwertungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes *Bepler*, in: Gagel (Hrsg.), SGB II / SGB III, Loseblatt, Vor § 146 SGB III Rn. 34g, 34i (Stand 4/2010).

⁹⁰ *Jacobs*, ZfA 2011, 71, 90 ff.

⁹¹ Insoweit verkennt *Franzen*, in: Schmidt (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010), S. 119, 125 f., dass es durchaus einen Zusammenhang zwischen Aufgabe der Kernbereichslehre und Abwendung von der strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung gibt.

⁹² BVerfG AP Nr. 167 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= NZA 2004, 1338).

⁹³ So aber *Franzen*, in: Schmidt (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010), S. 119, 129 f.

ren.⁹⁴ Darüber hinaus hat das Bundesarbeitsgericht aus der Forderung des Bundesverfassungsgerichts, die Verbände müssten ihre Kampfmittel veränderten Verhältnissen anpassen, die folgerichtige Konsequenz gezogen, dass die Koalitionsbetätigungsfreiheit nicht auf einen numerus clausus vorhandener und anerkannter Arbeitskämpfungsmittel reduziert werden könne, sondern eine Wahlfreiheit in Bezug auf die Koalitionsmittel gewährleistet, die eine solche Anpassung prinzipiell erlaubt.⁹⁵ Nicht auf der Höhe der Zeit ist es daher, wenn eine Einschränkung der Arbeitskämpfungsmittelfreiheit auf prinzipiell erlaubte Arbeitskämpfungsmittel unter Berufung auf die Entscheidung des Großen Senats von 1955 propagiert wird.⁹⁶

Damit bleibt für die generelle Bewertung von Arbeitskämpfungsmitteln neben der abstrakt-typisierenden Paritätsbetrachtung die abschließende rechtliche Abwägung im Einzelfall nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (Proportionalität), und zwar unter Berücksichtigung der beiderseitigen Grundrechte.

In den letzten Jahren wurde zunehmend die Frage nach der Zulässigkeit einer Einbeziehung Dritter in den Arbeitskämpfung aufgeworfen. Während anfänglich noch die Einbeziehung an den Partizipationsgedanken geknüpft wurde, hat die Rechtsprechung dies mit dem Unterstützungstreik aufgegeben und stattdessen die Befugnis der Gewerkschaft in den Mittelpunkt gestellt, durch die freie Wahl der Mittel der Koalitionsbetätigung selbst zu entscheiden, wie sie die Blockade eines Tarifabschlusses überwinden möchte. Nach der Analyse der Rechtsprechung in Bezug auf die großzügige Anerkennung der Koalitionsbetätigungsfreiheit ist es nicht verwunderlich, dass das BAG insoweit einen liberalen Standpunkt einnimmt. Es betont die Kampfmittelfreiheit und vertraut im übrigen auf eine gewisse Selbstregulierung, sei es in Bezug auf die Kosten der Gewerkschaft im Falle einer Einbeziehung des Außenseiter-Arbeitgebers in den Verbandsarbeitskampf, sei es über das Kenntlichmachen und verantwortliche Steuerung des Flashmob als gewerkschaftliche Aktion sowie die Gewährleistung hinreichender Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers.

Danach lassen sich einige sehr allgemeine Grundlinien erkennen, die das richterliche Arbeitskämpfungrecht prägen:

- Grundsätzlich besteht Kampfmittelfreiheit unter Einschluss einer Kampfmittelerfindungsfreiheit⁹⁷.
- Sofern ein neues Kampfmittel keine selbstregulierenden Schranken enthält, wie sie die Selbstschädigung beim Streik darstellt, bedarf es anderer Elemente der Beherrschbarkeit.
- Keiner Seite dürfen Arbeitskämpfungsmittel zur Verfügung stehen, die die Kampfparität beeinträchtigen könnten.
- Der Einsatz eines Arbeitskämpfungsmittels darf keine übermäßige Beeinträchtigung der Rechte des Gegners bewirken.

Dies ist durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung gedeckt. Das Bundesverfassungsgericht verlangt als äußerste Grenze die Beachtung der Parität, was auch das Bundesarbeitsgericht anerkennt. Darüber hinaus trägt das Bundesarbeitsgericht der verfassungsgerichtlich geforderten Wahlfreiheit in Bezug auf die Koalitionsbetätigungsmittel Rechnung durch Aner-

⁹⁴ Das verkennen *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 372 f., beim Vorwurf der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter.

⁹⁵ Insofern ist es nicht überzeugend, wenn *Franzen*, in: Schmidt (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts 47 (2010), S. 119, 128 f., einerseits die Kampfmittelfreiheit mit der Begründung ablehnt, dass sie nur von vornherein erlaubte Mittel gestatte, andererseits aber (ebd., S. 135 f.) annimmt, die rechtliche Zulässigkeit eines Flashmob könne aus einer Paritätsverschiebung infolge jüngerer Entwicklungen herzuleiten sein.

⁹⁶ So *Konzen*, SAE 2008, 1, 7.

⁹⁷ Vgl. etwa auch *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 180.

kennung einer Kampfmittelfreiheit unter Einschluss einer Kampfmittelerfindungsfreiheit. Im Übrigen bewegt sich das Gericht in dem vom Bundesverfassungsgericht großzügig gezogenen Rahmen der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts, indem es bezogen auf entscheidungsbedürftige Fallgestaltungen versucht, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Interesse der Rechtssicherheit zu konkretisieren.

III. Vorgaben des Arbeitsvölkerrechts für die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts

1. Allgemeines

Für die Ausgestaltung des innerstaatlichen Arbeitskampfrechts gibt es Vorgaben verschiedener völkerrechtlicher Konventionen.⁹⁸ Die Reichweite der Gewährleistungen ist unterschiedlich. Das ist zurückzuführen darauf, dass die Instrumente in unterschiedlichen Staatenkonstellationen erarbeitet wurden und die Mechanismen zur Erarbeitung von Konventionen in den verschiedenen Organisationen unterschiedlich sind.⁹⁹ Außerdem funktionieren die Überwachungsgremien unterschiedlich und haben dementsprechend sehr unterschiedliche Herangehensweisen zur Auslegung und Konkretisierung.¹⁰⁰

In Betracht kommen insoweit Art. 6 Ziff. 4 der Europäischen Sozialcharta (ESC), Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), ILO-Übereinkommen Nr. 87, Art. 8 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) und Art. 22 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR). Dagegen reguliert die Europäische Grundrechtecharta keine generellen Vorgaben für das innerstaatliche Recht, sondern nur im Rahmen ihres Anwendungsbereichs nach Art. 51, wonach die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gebunden sind. Insofern mag es partielle Vorgaben durch die Europäische Grundrechtecharta, deren Art. 28 das Recht zu kollektiven Maßnahmen garantiert, geben,¹⁰¹ nicht aber generelle.¹⁰² Auch wenn man also Betriebsblockaden, wie sie der EuGH in der Rechtssache *Laval*¹⁰³ als vom Recht auf kollektive Maßnahmen gedeckt anerkannt hatte, nunmehr als durch Art. 28 der Grundrechtecharta gedeckt ansehen will, folgt daraus keineswegs, dass in jedem Fall die bisherige Rechtsprechung des BAG, die Blockaden für rechtswidrig hielt,¹⁰⁴ erledigt wäre. Abgesehen vom Anwendungsbereich nach Art. 51 der Charta kommt hinzu, dass der EuGH die grundrechtliche Argumentation nicht in dem Sinne geführt hat, dass die Zulässigkeit von Betriebsblockaden zu verlangen wäre, sondern eine Betriebsblockade als möglichen Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ins Feld geführt hat. S. aber im Übrigen zur Betriebsblockade u. C. III. 2. (u. bei Fn. 213)

Im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht haben die genannten internationalen Übereinkommen einen Mindestcharakter, so dass ein Günstigkeitsprinzip gilt (vgl. Art. 19 Nr. 8 ILO-Verfassung, Art. 5 Abs. 2 IPBPR und Art. 5 Abs. 2 IPWSKR sowie Art. 53 EMRK und Art.

⁹⁸ Vergleichende Betrachtung bei *Novitz*, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford 2003.

⁹⁹ *Novitz* (Fn. 98), S. 173 ff.

¹⁰⁰ *Novitz* (Fn. 98), S. 175, 177 ff.

¹⁰¹ Ausführlich dazu *Däubler-Heuschmid* (Fn. 9), § 11.

¹⁰² Das wird auch nicht dadurch infrage gestellt, dass etwa der EGMR bei der Auslegung der EMRK die Grundrechtecharta berücksichtigt, EGMR NZA 2010, 1425 - *Demir und Baykara*.

¹⁰³ EuGH NZA 2008, 159, 165 - *Laval*.

¹⁰⁴ BAG AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 109 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 111 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; gegen Rechtmäßigkeit von Betriebsblockaden auch etwa *Gamillscheg* (Fn. 9), S. 1057 ff.; *Otto* (Fn. 9) § 11 Rn. 5; a.A. *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 226.

32 ESC).¹⁰⁵ Da nun die Regelwerke der verschiedenen internationalen Organisationen so auszulegen sind, dass sie nicht in einem Widerspruch zueinander stehen, gilt auch im Verhältnis dieser Grundrechtsgewährleistungen das Günstigkeitsprinzip.¹⁰⁶

Das Arbeitsvölkerrecht hat in der Rechtsprechung zunächst wenig Widerhall gefunden. Urteile, in denen das Bundesarbeitsgericht sich intensiv mit Arbeitsvölkerrecht auseinandersetzt, sind seltene Ausnahme.¹⁰⁷ In der Regel spielen Fragen des Arbeitsvölkerrechts nur eine Rolle am Rande. So hat es häufig sein Bewenden mit der Behauptung, die jeweilige völkerrechtliche Norm gehe nicht über den Gehalt der deutschen Bestimmung hinaus.¹⁰⁸ Oftmals bleibt die Frage offen, entweder weil es schon nach deutschem Recht einen Anspruch gibt¹⁰⁹ oder weil ein Anspruch auch nicht völkerrechtlich begründet werden könne¹¹⁰. Auch wird das Völkerrecht nur selten zur Bestätigung der eigenen Interpretation herangezogen.¹¹¹ Ungewöhnlich ist insoweit die Entscheidung des 1. Senats vom 6. April 1955 zur Lohngleichheit für Frauen und Männer, in der auf das nicht ratifizierte ILO-Übereinkommen Nr. 100 abgestellt wurde.¹¹² Die Spruchpraxis der verschiedenen Organe der jeweiligen Organisationen wird nur selten bei der Interpretation herangezogen.¹¹³ Viel öfter werden die eigenen Anschauungen zugrunde gelegt.¹¹⁴

Die häufig reduzierte Beachtung des Arbeitsvölkerrechts ist aber nicht nur für die Rechtsprechung typisch, sondern kommt auch in der Literatur vor. Nur als Beispiel sei erwähnt, dass

¹⁰⁵ Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 8; zur daraus folgenden Problematik, dass ein weiterreichendes Recht bei bipolaren Grundrechtsverhältnissen zu einer Unterschreitung des Schutzniveaus der anderen Seite führen kann vgl. etwa Sperber, EuZA 2011, 407, 415.

¹⁰⁶ Nußberger, Sozialstandards im Völkerrecht, Berlin 2005 (zugl. München, Univ., Habil. 2002), S. 409 f.

¹⁰⁷ Etwa BAG AP Nr. 15 zu § 7 BUrlG: Verfall des Urlaubsanspruchs; BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Abmahnung: Abmahnung wegen politischer Betätigung für die DKP; BAG AP Nr. 10 zu Art. 140 GG: gewerkschaftliches Zutrittsrecht zu kirchlichen Einrichtungen; BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf: Aussperrungsrecht; BAG AP Nr. 162 zu Art. 9 GG – Arbeitskampf: Friedenspflicht, Rechtswidrigkeit des Streiks um rechtswidriges Tarifziel; BAG 03.12.1997 – 7 AZR 236/97: Ausgleichsansprüche teilzeitbeschäftigter weiblicher Betriebsratsmitglieder bei Schulungsteilnahme in einem die individuelle Arbeitszeit überschreitenden Zeitrahmen.

¹⁰⁸ BAG AP Nr. 28 zu Art. 9 GG; BAG AP Nr. 61 zu Einigungsvertrag Anlage I Kapitel XIX (betr. ILO-Übereinkommen Nr. 111; weitergehende Ausführungen zu Art. 10 EMRK); BAG AP Nr. 24 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; BAG AP Nr. 22 zu § 7 BUrlG, allerdings unter Bezugnahme auf BAG AP Nr. 22 zu § 7 BUrlG Übertragung; BAG AP Nr. 84 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht; BAG AP Nr. 50 zu § 123 BGB; BAG AP Nr. 53 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit; BVerfG AP Nr. 31 zu § 2 TVG.

¹⁰⁹ BAG AP Nr. 27 zu Art. 33 Abs. 2 GG; BAG AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BAG 14.03.1990 – 7 AZR 345/88. In der Sache ebenso BVerfGE 96, 171, wo die Verfassungsbeschwerden schon aus Gründen der herkömmlichen Auslegung des Verfassungsrechts Erfolg hatten.

¹¹⁰ Vgl. BAG AP Nr. 18 zu § 15 KSchG; BAG AP Nr. 13 zu § 10 BBiG.

¹¹¹ BAG AP Nr. 16 zu § 3 BUrlG Rechtsmissbrauch; BAG AP Nr. 21 zu § 7 BUrlG Abgeltung; BAG AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; LAG Düsseldorf, NZA-RR 2009, 242, 244, 247. Argumentative Inanspruchnahme des ILO-Übereinkommens Nr. 132 zum Beleg, dass der Urlaubsanspruch nach BRTV den internationalen Standard verbessere, bei BAG AP Nr. 12 zu § 1 AEntG; BAG AP Nr. 15 zu § 1 AEntG; BAG 25.6.2002 – 9 AZR 440/01.

¹¹² BAG AP Nr. 7 zu Art. 3 GG.

¹¹³ So beispielsweise BAG AP Nr. 7 zu Art. 3 GG; BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BVerfGE 74, 102, 121: Zwangsarbeitsverbot.

¹¹⁴ Vgl. BAG AP Nr. 28 zu Art. 9 GG; BAG AP Nr. 16 zu § 3 BUrlG – Rechtsmissbrauch; BAG AP Nr. 21 zu § 7 BUrlG - Abgeltung (zumind. in Bezug auf den Gesichtspunkt der Urlaubsverwirkung; krit. insoweit auch die Anm. v. Birk); BAG AP Nr. 2 zu § 74 SGB V; BAG AP Nr. 15 zu § 7 BUrlG; BAG AP Nr. 22 zu Einigungsvertrag Anlage I Kapitel XIX; BAG AP Nr. 35 zu Einigungsvertrag Anlage I Kapitel XIX; BAG AP Nr. 61 zu Einigungsvertrag Anlage I Kapitel XIX (betr. ILO-Übereinkommen Nr. 111, nicht betr. EMRK); BAG AP Nr. 18 zu § 7 BUrlG - Übertragung; BAG AP Nr. 24 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; BAG ZTR 1997, 185, 186; BAG 03.12.1997 – 7 AZR 236/97; BAG AP Nr. 85 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 106 zu Art. 9 GG – Arbeitskampf; BAG AP Nr. 141 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG AP Nr. 13 zu § 10 BBiG; BVerfG AP Nr. 31 zu § 2 TVG (= BVerfGE 58, 233).

die Kritiker des Bundesarbeitsgerichts in Bezug auf den Unterstützungsstreik ungeachtet des Umstandes, dass das BAG völkerrechtliche Vorgaben in den Entscheidungsgründen betont hatte, massive Kritik anmelden, ohne diese Aspekte überhaupt auch nur zur Kenntnis zu nehmen.¹¹⁵

Für die Bedeutung des Arbeitsvölkerrechts hinsichtlich der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts ist zunächst davon auszugehen, dass völkerrechtlicher Verträge mit dem jeweiligen Zustimmungsgesetz Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung werden. Damit tritt die Verpflichtung der Staatsorgane zur Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtungen ein. Das betrifft freilich nur den Umstand, dass völkerrechtliche Verträge zu befolgen, anzuwenden und zu respektieren sind, während das Wie der Vertragserfüllung dem innerstaatlichen Recht zu entnehmen ist.¹¹⁶ Dabei kommt eine unmittelbare Anwendung der jeweiligen völkerrechtlichen Bestimmung nur in Betracht, wenn sie ihrem Inhalt nach einen so genannten self-executing-Charakter hat. Dieser ist hinsichtlich verschiedener Vorgaben des Arbeitsvölkerrechts umstritten, spielt für die vorliegende Problematik aber keine Rolle, weil es konkrete Aussagen zu atypischen Arbeitskampfformen nicht gibt und vorliegend deshalb vor allem die Vorgaben für die richterrechtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts in Bezug auf diese Fragestellung zu ermitteln sind. Aus diesem Grunde soll auch der Frage, ob bestimmte völkerrechtliche Verpflichtungen als allgemeine Regeln des Völkerrechts gemäß Art. 25 S. 2 GG dem innerstaatlichen Gesetzesrecht vorgehen,¹¹⁷ nicht weiter nachgegangen werden: auch wenn die Anerkennung des Streikrechts als Bestandteil der Vereinigungsfreiheit nach dem ILO Übereinkommen Nr. 87 eine allgemeine Regel des Völkerrechts darstellt, wird man sicher nicht sagen können, dass diese Regel auch die Möglichkeit des Flashmob umfasse. Insofern ist zunächst davon auszugehen, dass völkerrechtliche Rechtsnormen den Bundesgesetzen gleichstehen.

Das Bundesverfassungsgericht geht von der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes aus. Diese entfalte allerdings nur Wirkungen im Rahmen des demokratischen und rechtsstaatlichen Systems des Grundgesetzes. Insofern sei es möglich, dass ausnahmsweise völkerrechtswidrige Gesetze bestehen, wenn nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden sei. Das Völkervertragsrecht gelte innerstaatlich eben nur dann, wenn es in die innerstaatliche Rechtsordnung verfassungskonform inkorporiert worden ist. Für die EMRK hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass ihrem Rang als innerstaatlichem Gesetz entsprechend deutsche Gerichte die Konvention wie anderes Gesetzesrecht im Rahmen methodisch vertretbare Auslegung zu beachten und anzuwenden haben.¹¹⁸ Aus der vom Konventionsrecht wie vom deutschen Ratifizierungsgesetzgeber vorgesehenen unmittelbaren Geltung der Entscheidungen des EGMR folge, dass deutsche Gerichte Entscheidungen des Gerichtshofs zu berücksichtigen hätten.¹¹⁹ Das bedeute allerdings keine unbedingte Bindung außerhalb der Grenzen der Rechtskraft. Vielmehr könne gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen werden sowohl durch fehlende Auseinandersetzung mit Entscheidungen des EGMR als auch durch deren schematische "Vollstreckung" unter Verstoß gegen vorrangiges Recht. Solange unter Einhaltung der juristischen Methodik Auslegungs- oder Ablehnungsspielräume bestehen, müssen deutsche Gerichte einer konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang geben. Allerdings sind dabei die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung zu berücksichtigen. Bei einem ausbalancierten System, das

¹¹⁵ Vgl. die Nachweise zur Kritik in Fn. 78.

¹¹⁶ *Rauschnig*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Stand Dezember 2009) Rn. 106.

¹¹⁷ Vgl. m.w.N. *Däubler-Lörcher* (Fn. 9), § 10 Rn. 16; *Zimmer*, *Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen*, Baden-Baden 2008 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2008), S. 83.

¹¹⁸ BVerfG NJW 2004, 3407, 3408.

¹¹⁹ BVerfG NJW 2004, 3407, 3408 ff.

verschiedene Grundrechtspositionen zum Ausgleich bringen will, kann das bedeuten, dass einer Rechtsprechung des EGMR nicht schematisch zu folgen ist.

Weitergehend sieht das Bundesverfassungsgericht die EMRK als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG an, vorausgesetzt, dies führt nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes im Sinne des zuvor beschriebenen Günstigkeitsprinzips.¹²⁰

Nichts anderes kann für die Rechtsfortbildung gelten. Wo das Bundesarbeitsgericht als gesetzvertretender Richter tätig wird, muss es den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik Rechnung tragen. Dabei muss es die die widerstreitenden Grundrechtspositionen beachten mit ihrem Inhalt, wie er sich auch durch eine Heranziehung des Völkerrechts zur Auslegung der Reichweite der Grundrechte darstellt. Darüber hinaus muss es weitergehende völkerrechtliche Verpflichtungen, die möglicherweise nicht im Wege der Auslegung des GG den Grundrechten der deutschen Verfassung entsprechen, berücksichtigen, soweit es sich dadurch nicht gegen gesetzliche oder verfassungsrechtliche Vorgaben stellt.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung auch der Grundrechte sowie zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des einfachen Gesetzesrechts in Bezug auf die EMRK entwickelt hat, lassen sich diese Grundsätze übertragen. Das muss zumindest für die Grundrechtssysteme des Europarats (EMRK, ESC) sowie der Vereinten Nationen (IPBPR und IPWSKR) sowie die grundlegenden Regelungen in ILO-Übereinkommen gelten.¹²¹ So hatte das Bundesverfassungsgericht bereits früher allgemein formuliert: *"Auch Gesetze (...) sind im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen und anzuwenden, selbst wenn sie zeitlich später erlassen worden sind als ein geltender völkerrechtlicher Vertrag; denn es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will."*¹²² Nationales Recht ist daher unabhängig vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen.¹²³

Da das Bundesverfassungsgericht die völkerrechtsfreundliche Auslegung nicht so weit gehen lassen will, "ausbalancierte Teilsysteme" den Entscheidungen des EGMR unterzuordnen, stellt sich die Frage, ob dies auch für das Arbeitskampfrecht maßgeblich ist. Immerhin ist das Arbeitskampfrecht Ausgestaltung, die den beiderseitigen Grundrechten Rechnung tragen muss. *Lörcher* stellte diese Ausbalancierung infrage unter Hinweis darauf, dass das Streikrecht durch die Rechtsprechung des BAG weitgehende Einschränkungen gefunden habe.¹²⁴ M.a.W. vermisst er die Ausgewogenheit. Das scheint allerdings nicht das vom Bundesverfassungsgericht angesprochene Problem abzubilden. Vielmehr ging es darum, dass in einem Individualbeschwerdeverfahren zum EGMR die berührten Grundrechte anderer nicht zwingend eine Abbildung finden müssen, zumal dann nicht, wenn es an einem entsprechenden widerstreitenden Grundrechte auf Ebene der EMRK fehlt, das im nationalen Verfassungsrecht vorhanden ist.¹²⁵ Die Frage dürfte aber schon auf einer anderen Stufe zu verneinen sein. Das Bundesverfassungsgericht will ausbalancierten Teilsystemen eine gewisse Privilegierung zukommen lassen, wenn und soweit der Gesetzgeber widerstreitende Grundrechtspositionen zu einem Ausgleich gebracht hat.¹²⁶ Daran aber fehlt es im Arbeitskampfrecht gerade. Vielmehr

¹²⁰ BVerfG NJW 2004, 3407, 3408; BVerfG NJW 2008, 1793, 1795.

¹²¹ Ebenso *Däubler-Lörcher* (Fn. 9), § 10 Rn. 17.

¹²² BVerfG NJW 1987, 2427.

¹²³ BVerfG NJW 2004, 3407, 3410.

¹²⁴ *Däubler-Lörcher* (Fn. 9), § 10 Rn. 18.

¹²⁵ Vgl. *Dieterich*, FS Jaeger, 2011, S. 95, 107.

¹²⁶ Vgl. BVerfG NJW 2004, 3407, 3411.

ist es das Bundesarbeitsgericht selber, das diesen Ausgleich widerstreitender Grundrechtspositionen herbeiführen muss. Es ist insoweit gerade nicht an ein anderweit getroffenes System gebunden. Nur da, wo es unter Beachtung der Rechtsprechung des EGMR Grundrechte verletzen würde, muss die Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ein Ende finden.

Weitergehend ist zu fragen, ob auch die Entscheidungen anderer Auslegungsorgane für andere völkerrechtliche Verpflichtungen eine entsprechende Berücksichtigung wie die Entscheidungen des EGMR verlangen. Darauf wird im Rahmen der einzelnen völkervertraglichen Verpflichtungen eingegangen.

2. Europäische Sozialcharta

Art. 6 ESC sieht (in Übersetzung¹²⁷) vor:

"Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien:

(...);

und anerkennen:

4. das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen."

Denkbar weit ist zunächst der Wortlaut der Bestimmung, die nicht auf spezifische Arbeitskampfformen beschränkt ist, sondern mit dem Streik nur eine bestimmte Form exemplarisch nennt. Auch die englische Version ("collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike") und die französische Version ("actions collectives en cas de conflits d'intérêt, y compris le droit de grève") bestätigen dies.

In dem Anhang zur ESC, der gemäß Art. 38 deren Bestandteil ist, heißt es zu Art. 6 Ziff. 4:

"Es besteht Einverständnis darüber, dass jede Vertragspartei für sich die Ausübung des Streikrechts durch Gesetz regeln kann, vorausgesetzt, dass jede weitere Einschränkung dieses Rechtes aufgrund des Artikels 31 gerechtfertigt werden kann."

Der damit angesprochene Art. 31 besagt:

"1. Die in Teil I niedergelegten Rechte und Grundsätze dürfen nach ihrer Verwirklichung ebenso wie ihre im Teil II vorgesehene wirksame Ausübung anderen als den in diesen Teilen vorgesehenen Einschränkungen oder Begrenzungen nur unterliegen, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind."

Umstritten ist die innerstaatliche Verbindlichkeit, die das Bundesverfassungsgericht bislang offen gelassen hat¹²⁸. Die Ansicht, die eine solche befürwortet, stützt sich vor allem auf den Anhang sowie den Wortlaut ("anerkennen").¹²⁹ Aber auch die Gegenansicht¹³⁰ bemüht z.T. den Wortlaut und stützt sich auf diesen¹³¹, aber auch in gleicher Weise auf den Anhang¹³².

¹²⁷ Auch soweit die deutsche Fassung als Übersetzung nicht maßgeblich ist, werden Rechtsquellen und Entscheidungen etc. wegen des Zugangs in deutscher Übersetzung zitiert. Soweit es auf den Wortlaut ankommt, ist in den hier relevanten Bereichen keine signifikante Abweichung gegeben.

¹²⁸ BVerfG AP Nr. 31 zu § 2 TVG (= BVerfGE 58, 233).

¹²⁹ Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 22 ff.; Jaspers (Fn. 80) S. 23, 34; Czycholl/Frieling, ZEAR 2011, 322, 323 f. Auch der niederländische Hoge Raad (NJ 1986, 2546) bejaht die unmittelbare innerstaatliche Verbindlichkeit.

¹³⁰ Otto (Fn. 9) § 4 Rn. 55; Seiter, RdA 1986, 165, 173.

¹³¹ So Gamillscheg (Fn. 9), S. 958.

Klar dürfte allerdings sein, dass der gesetzvertretende Richter die Vorgaben der ESC beachten muss (s.o. 1.).¹³³

Die Frage nach der Reichweite von Art. 6 Ziff. ESC hängt von dem Verständnis des Anhangs sowie des Art. 31 ab. Wollte man dies als Befugnis der Rechtsprechung im Falle des gesetzvertretenden Richterrechts begreifen, würde das bedeuten, dass die Gerichte befugt wären, Einschränkungen in dem Umfang vorzunehmen, wie sie der Gesetzgeber vornehmen könnte.¹³⁴ Nach anderer Ansicht läuft dieser Vorbehalt leer, weil es an einem förmlichen Gesetz mangelt.¹³⁵ Diese Ansicht ist überzeugend, weil nur sie dem Erfordernis "*gesetzlich vorgeschriebenen und*" gerecht wird. Denn dieses wäre überflüssig, wollte man auch Einschränkungen durch die Rechtsprechung zulassen. Freilich wirkt es sich an dieser Stelle aus, dass die ESC im Rang unter dem Grundgesetz steht. Denn Einschränkungen, die durch kollidierende Grundrechte oder andere Positionen von Verfassungsrang nach der Wechselwirkungslehre erforderlich sind, können nicht unter Verweis auf eine fehlende gesetzliche Regelung abgelehnt werden, weil die Gerichte sonst ihre verfassungsrechtliche Bindung bestreiten würden. Im Ergebnis sind die Unterschiede so groß also nicht.

Eng damit zusammen hängt die Frage nach einer Bindung an Ausführungen des Europäischen Ausschusses der Sozialen Rechte.¹³⁶ Dies lässt sich sicher noch nicht damit begründen, dass der Ausschuss die Interpretationshoheit über die ESC hat, sowie damit, dass angesichts von Sinn und Zweck übernationaler Menschenrechte nicht alle Vertragsstaaten nach eigenem Recht die ESC auslegen könnten. Maßstab ist vielmehr, wie oben referiert, ob das völkervertragliche Instrument eine solche Verbindlichkeit vorsieht und der deutsche Gesetzgeber sich dies mit dem Zustimmungsgesetz zu Eigen gemacht hat. Daran aber scheint es bei der ESC zu fehlen, da es einer expliziten Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Befolgung der Spruchpraxis mangelt. Es ist nur vorgesehen, dass die Einhaltung der ESC durch den Ausschuss überwacht wird. Auch die Tatsache, dass der EGMR die Spruchpraxis des Ausschusses (wie überhaupt die Spruchpraxis der Kontrollgremien arbeitsvölkerrechtlicher Konventionen¹³⁷) in Bezug nimmt,¹³⁸ ändert daran an sich nichts.¹³⁹ Allerdings kann sie darüber an der Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR teilhaben. Jedenfalls insofern sollte man die Spruchpraxis nicht voreilig beiseite schieben, sondern im Rahmen des methodisch Möglichen beachten. Nichts anderes gilt im Übrigen für die Empfehlungen des Ministerkomitees. Diese sind eben Empfehlungen und nicht verbindliche Entscheidungen. Aus der Bindung des gesetzvertretenden Richters an die völkerrechtlichen Vorgaben für die Bundesrepublik folgt allerdings, dass diese völkerrechtlichen Vorgaben nicht einfach beiseite geschoben werden können.¹⁴⁰ Dazu kann aber nicht allein eine Auslegung der internationalen Abkommen durch das jeweilige innerstaatliche Gericht maßgeblich sein, sondern eine autonome Auslegung. Für diese aber ist die Spruchpraxis durchaus ein beachtlicher Anhaltspunkt (vgl. auch die Ausführungen zu den ILO-Übereinkommen u. 4).

Insoweit ergeben sich Bedenken vor allem aus dem von der Rechtsprechung aufgestellten Erfordernis der Tarifvertragsbezogenheit des Arbeitskampfes.¹⁴¹ Das hat das BAG immerhin

¹³² So etwa *Konzen*, JZ 1986, 157, 162; *Engels* (Fn. 5), S. 368 f.; *Sproedt*, Koalitionsfreiheit und Streikrechts in den universellen und europäischen Kollektivabkommen, Diss., Heidelberg 1972, S. 67 ff.

¹³³ *ErfK-Dieterich* (Fn. 7), Art. 9 GG Rn. 105; vgl. BAG AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹³⁴ So in der Tat BAG AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹³⁵ *Däubler-Lörcher* (Fn. 9), § 10 Rn. 26; *Czycholl/Frieling*, ZEAR 2011, 322, 325.

¹³⁶ Ablehnend, allerdings mit sachwidrigen Unterstellungen *Seiter*, RdA 1986, 165, 173.

¹³⁷ Ausführlich dazu *Lörcher*, AuR 2011, 88 ff.

¹³⁸ So etwa EGMR NZA 2010, 1425 - *Demir und Baykara*.

¹³⁹ Vgl. *Świątkowski*, EuZA 2011, 201, 209 f.

¹⁴⁰ Vgl. *Bepler*, FS Wissmann, 2005, S. 97, 107.

¹⁴¹ Individuelle Empfehlung des Ministerkomitees vom 3.2.1998 an die Bundesregierung, Übersetzung in: AuR 1998, 154; dazu *Däubler*, AuR 1998, 144 ff. Vgl. zuletzt Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte,

veranlasst, die Rechtsprechung insoweit vorsichtig infrage zu stellen.¹⁴² Nun betrifft die Problematik atypischer Arbeitskampfformen gerade nicht das Problem der Tarifvertragsbezogenheit des Arbeitskampfes. Vielmehr ist genau das ja gerade das Problem: man möchte diese Arbeitskampfformen einsetzen, um einen Tarifvertrag zu erreichen. Auch die Frage, welche Grenzen sich für einstweilige Verfügungen gegen Streiks ergeben,¹⁴³ ist für vorliegenden Zusammenhang nicht von weiterem Interesse. Für die vorliegende Problematik viel interessanter ist die Frage, ob das strenge Verhältnismäßigkeitsprinzip, das die Rechtsprechung bislang zugrunde gelegt hatte, mit der ESC vereinbar ist. Immerhin geht der Ausschuss der Sozialen Rechte davon aus, dass die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips das Streikrecht nicht aushöhlen darf.¹⁴⁴ Er hat von der Bundesrepublik eine umfassende Berichterstattung gefordert¹⁴⁵ und kürzlich erneuert¹⁴⁶. Insoweit kann man in der Tat bezweifeln, ob die strenge Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit der ESC vereinbar ist.¹⁴⁷ Angesichts des gewandelten Verständnisses des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (s.o. II 3 c)) bleibt aber abzuwarten, ob hier weitergehende Herausforderungen entstehen. Das Bundesarbeitsgericht selbst geht in dieser jüngeren Rechtsprechung ohne weiteres von der Vereinbarkeit des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips mit der ESC aus.¹⁴⁸

Das Recht, zum Streik aufzurufen, kann Gewerkschaften vorbehalten bleiben, sofern die Bildung einer Gewerkschaft nicht übertriebenen Formalitäten ausgesetzt ist, die schnelle Entscheidungen, die ein Streik manchmal erfordert, behindern.¹⁴⁹ Nach Ansicht des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte ist das Verbot „wilder Streiks“ deshalb unvereinbar mit der ESC, insoweit auch Arbeitnehmergruppen, die nicht den Status einer Gewerkschaft im Sinne des deutschen Rechts haben, vom Streikrecht ausgenommen sind.¹⁵⁰ Auch dies ist freilich kein Problem, das im vorliegenden Kontext näherer Untersuchung bedarf.

3. Europäische Menschenrechtskonvention

Art. 11 EMRK regelt:

"1. Jede Person hat das Recht, (...) und sich frei mit anderen zusammenschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

2. Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Dieser Artikel steht rechtmäßigen

Conclusions XVIII-1 Germany, S. 305 f.; Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XIX-3 Germany, S. 14 (Übersetzung abgedruckt in: AuR 2010, 107); *Council of Europe*, Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights (2008), S. 56. Zur Problematik insgesamt Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 31, 33; *Czycholl/Frieling*, ZEAR 2011, 322, 325, 326 f.; vgl. auch *Jaspers* (Fn. 80) S. 23, 39 ff.; *Novitz* (Fn. 98), S. 286 f.; zurückhaltend *Bepler*, FS Wissmann, 2005, S. 97, 107 ff.

¹⁴² BAG AP Nr. 162 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Sozialplan.

¹⁴³ Vgl. m.w.N. Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 33; in Bezug auf Deutschland vgl. Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XIX-3 Germany, S. 14 (Übersetzung abgedruckt in: AuR 2010, 107).

¹⁴⁴ Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XVIII-1 Germany, Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XVIII-1 Netherlands, S. 552.

¹⁴⁵ Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XVIII-1 Germany, S. 304 f.

¹⁴⁶ Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XIX-3 Germany, S. 14 (Übersetzung abgedruckt in: AuR 2010, 107).

¹⁴⁷ Vgl. Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 32.

¹⁴⁸ BAG AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁴⁹ *Council of Europe*, Digest of the Case Law (Fn. 141), S. 56 m.w.N.

¹⁵⁰ Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XVIII-1 Germany, S. 9; zuletzt Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, Conclusions XIX-3 Germany, S. 14 (Übersetzung abgedruckt in: AuR 2010, 107).

Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegen."

Die Rechtsprechung des EGMR zur Koalitionsbetätigung war zunächst zurückhaltend.¹⁵¹ Zwar erkannte der Gerichtshof die Betätigungsfreiheit der Vereinigung an, beschränkte sie aber auf solche Rechte, die unabdingbar für die effektive Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit sind.¹⁵² Diese Zurückhaltung ließ sich vielleicht dadurch erklären, dass die EMRK als freiheitsrechtliches Instrument weniger Präzisionen enthielt als die Instrumente für soziale Rechte, insbesondere die ESC.¹⁵³ Eine gewisse Rolle hat in der Vergangenheit immerhin die individuelle Koalitionsfreiheit gespielt.¹⁵⁴ In jüngerer Zeit hat der EGMR allerdings zwei viel beachtete Entscheidungen zur Koalitionsfreiheit gefällt, die durchaus Bezug zum Arbeitskampfrecht haben.¹⁵⁵ Dabei ging es vor allem um Rechte von Angehörigen des öffentlichen Dienstes.¹⁵⁶ Die Entscheidungen haben aber darüber hinaus Bedeutung. In einem ersten Schritt hat der EGMR das Recht auf Tarifverhandlungen als wesentliches Element der Vereinigungsfreiheit anerkannt und den Ausschluss des öffentlichen Dienstes davon nicht akzeptiert. Mögliche Einschränkungen der Rechte für Angehörige der Staatsverwaltung sah der Gerichtshof nicht als Grundlage für einen generellen Ausschluss des öffentlichen Dienstes von der Vereinigungsfreiheit an.¹⁵⁷ Mit Ersterem hat er im Sinne einer dynamischen und evolutiven Auslegung Abstand von seiner früheren Rechtsprechung genommen, die nur unabdingbare Begleitrechte anerkennen wollte.¹⁵⁸ Ob das aber zugleich bedeutet, dass jedwede Koalitionsbetätigung im Grundsatz zulässig ist, erscheint zweifelhaft.¹⁶⁰ Denn der EGMR verweist darauf, dass er die Gesamtheit staatlicher Maßnahmen zur Gewährleistung gewerkschaftlicher Freiheit berücksichtige. Deutlicher ist der Gerichtshof dann in der Sache *Enerji Yapi-Yol Sen* geworden, in der es um Streikverbote für den öffentlichen Dienst ging. Der EGMR hat klargestellt, dass die EMRK verlange, dass Gewerkschaften sich für die Durchsetzung der Rechte ihrer Mitglieder einsetzen dürfen. Ein Streik sei wichtig, sich Gehör zu verschaffen, und durch das ILO-Übereinkommen, Nr. 87 in der Auslegung der Kontrollorgane sowie durch die ESC gewährleistet. Damit hat der EGMR den Streik als Koalitionsbetätigung anerkannt. Er hat aber auch hervorgehoben, dass das Streikrecht Einschränkungen finden könne. Das gelte auch für den öffentlichen Dienst. Unzulässig sei es aber, den gesamten öffentlichen Dienst vom Streikrecht auszunehmen.¹⁶¹

Die Betätigungen des einzelnen für die Gewerkschaft, etwa Demonstrationen oder Arbeitsniederlegungen, sind durch die Vereinigungsfreiheit ebenfalls gedeckt.¹⁶² Hinsichtlich der Ausübung der Demonstrationsfreiheit erkennt der EGMR an, dass Demonstrationen im öffentlichen Raum zwangsläufig auch Störungen des Verkehrs mit sich bringen und den staatlichen Instanzen insoweit eine gewisse Toleranz abzuverlangen ist. Andererseits müssten De-

¹⁵¹ Vgl. *Jaspers* (Fn. 80) S. 23, 31 ff.

¹⁵² EGMR A 20 (1976) - Swedish Engine Drivers' Union.

¹⁵³ Vgl. m.w.N. *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag (1999), S. 276.

¹⁵⁴ Vgl. *Dieterich*, FS Jaeger, 2011, S. 95, 107, mit einer Aufzählung der Schlaglichter der EGMR-Rechtsprechung in Fn. 35.

¹⁵⁵ Dazu aus völkerrechtlicher Sicht *Weiß*, EuZA 2010, 457 ff.

¹⁵⁶ Zur Möglichkeit der Herbeiführung einer völkerrechtskonformen Rechtslage in Bezug auf den Beamtenstreik im Wege der Auslegung *Däubler-Lörcher* (Fn. 9), § 10 Rn. 78; demgegenüber fordert *Dieterich*, FS Jaeger, 2011, S. 95, 109, eine gesetzliche Regelung zur differenzierten Lockerung der Streikverbots; vgl. auch *Seifert*, KritV 2009, 357, 375 ff.

¹⁵⁷ EGMR NZA 2010, 1425 - Demir und Baykara.

¹⁵⁸ S.o. Fn. 152.

¹⁵⁹ So ausdrücklich EGMR NZA 2010, 1425 - Demir und Baykara; vgl. *Meyer-Ladewig*, Art. 8 Rn. 24.

¹⁶⁰ Verneinend wohl *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 8 Rn. 22.

¹⁶¹ EGMR NZA 2010, 1423, 1424 - Enerji Yapi-Yol Sen.

¹⁶² EGMR, Urt. v. 14. 11. 2006 - 20868/02 - Turan.

monstranten die Spielregeln demokratischer Auseinandersetzungen einhalten.¹⁶³ In der Sache hat der Gerichtshof die Beschwerde des Teilnehmers an einer gewerkschaftlichen Aktion "Schnecken-tempo" gegen eine strafrechtliche Verurteilung wegen Blockade einer Autobahn für unbegründet gehalten, insoweit die vollständige Blockade des Verkehrs über einfache Störungen infolge einer Demonstration hinausgehen. Nicht sicher beurteilen, aber doch vermuten lässt sich, dass der Gerichtshof die Teilnahme an der Aktion "Schnecken-tempo" als solches gebilligt hätte, da diese durch langsames Fahren von Lkw auf verschiedenen Autobahnspuren nur erhebliche Verkehrsbehinderungen mit sich gebracht hätte.

4. ILO-Übereinkommen Nr. 87

Eines der wichtigsten ILO-Übereinkommen ist das Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit von 1948. Es zählt zu den so genannten Kernarbeitsnormen, die die ILO zu den grundlegenden Prinzipien und Rechten bei der Arbeit zählt.¹⁶⁴ Dessen Art. 3 lautet:

"1. Die Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber haben das Recht, sich Satzungen und Geschäftsordnungen zu geben, ihre Vertreter frei zu wählen, ihre Geschäftsführung und Tätigkeit zu regeln und die Programme aufzustellen.

2. Die Behörden haben sich jedes Eingriffes zu enthalten, der geeignet wäre, dieses Recht zu beschränken oder dessen rechtmäßige Ausübung zu behindern."

Das Bundesverfassungsgericht hat zu diesem Übereinkommen ausgeführt, es gehöre zum einfachen innerstaatlichen Recht. Es gewährleiste die Koalitionsfreiheit aber nur in ganz allgemeiner Form und gehe nicht über die Grundsätze hinaus, die ohnehin durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich abgesichert sind.¹⁶⁵ Ob das Übereinkommen zur Auslegung des Art. 9 Abs. 3 GG herangezogen werden kann, ist vom Bundesverfassungsgericht nicht ausdrücklich entschieden worden. Da aber das Gericht das vorkonstitutionelle, jedoch erst 1957 in der Bundesrepublik in Kraft getretene ILO-Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit als Auslegungshilfe für das Grundgesetz herangezogen hat, weil der internationale Standard dem Willen des Verfassungsgebers zu Grunde liege,¹⁶⁶ müsste auch das - ebenfalls vorkonstitutionelle - Übereinkommen Nr. 87 vom Bundesverfassungsgericht als Auslegungshilfe für Art. 9 Abs. 3 GG heranzuziehen sein.

Für die Auslegung des Übereinkommens ist die Spruchpraxis zweier Ausschüsse zu erwähnen. Der Sachverständigenausschuss interpretiert die Übereinkommen im Rahmen des Berichtswesens, während der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens bei Verletzungen von Gewerkschaftsrechten tätig wird.¹⁶⁷ Auch wenn Art. 37 der ILO-Verfassung vorsieht, dass Fragen und Streitigkeiten der Auslegung dem IGH unterbreitet werden sollen, ist es sicher verkürzt, daraus eine ausschließliche Auslegungskompetenz herzuleiten.¹⁶⁸ Zwar wird eine eventuelle Rechtsprechung des IGH (die es derzeit nicht gibt) einer abweichenden Auslegung durch einen der Ausschüsse vorgehen. Das besagt aber noch nicht, dass nicht auch die genannten Ausschüsse Interpretationskompetenzen haben

¹⁶³ EGMR NVwZ 2010, 1139 - Barraco.

¹⁶⁴ Erklärung der IAO über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und ihre Folgemaßnahmen, angenommen von der Internationalen Konferenz auf ihrer 86. Tagung, Genf 18. Juni 1998 (übersetzte deutsche Fassung: <http://www.ilo.org/public/german/region/eurpro/bonn/download/ilo-erklaerung.pdf>); dazu Weiss, FS Richardi, 2007, 1093, 1100 ff.

¹⁶⁵ BVerfG AP Nr. 31 zu § 2 TVG (= BVerfGE 58, 233).

¹⁶⁶ BVerfG NJW 1998, 3337, 3339 (= BVerfGE 98, 169).

¹⁶⁷ Kurzer Überblick bei Kittner/Zwanziger/Deinert-Mayer, § 137 Rn. 41 ff.; Böhmert, Das Recht der ILO und sein Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht im Zeichen der europäischen Integration, Baden-Baden 2002 (zugl. Würzburg, Univ., Diss. 2001), S. 85 ff., 90 ff.; Weiss/Seifert, GS Zachert, 2010, S. 130, 134 ff.

¹⁶⁸ In diesem Sinne aber etwa Otto (Fn. 9) § 4 Rn. 57; Weiss/Seifert, GS Zachert, 2010, S. 130, 136 f.

können.¹⁶⁹ Auf der anderen Seite ist eine die Mitglieder bindende Spruchpraxis durch die genannten Ausschüsse nicht vorgesehen,¹⁷⁰ so dass die Voraussetzungen für eine zwingende interpretatorische Berücksichtigung, wie sie das Bundesverfassungsgericht zur EMRK statuiert hat, nicht gegeben sind. Allerdings sollte man beachten, dass die Spruchpraxis der Ausschüsse einer autonomen internationalen Auslegung dient, die nicht zur Disposition der Mitglieder stehen kann, so dass angesichts des Gebots völkerrechtsfreundlicher Auslegung triftige Gründe für eine Abweichung von der Spruchpraxis zu fordern sind.¹⁷¹ Dem entspricht es im Übrigen, wenn der EGMR¹⁷² in seinem Zuständigkeitsbereich das Übereinkommen sowie die Spruchpraxis ebenso in Bezug nimmt wie der EuGH in den Sachen Viking¹⁷³ und Laval¹⁷⁴ das Übereinkommen in seinem Zuständigkeitsbereich heranzieht.¹⁷⁵

Auch wenn im Wortlaut nicht angelegt, wird das Streikrecht als untrennbar mit dem Koalitionsrecht verbunden und damit geschützt angesehen.¹⁷⁶ In der Spruchpraxis der Ausschüsse gibt es eine reichhaltige Kasuistik, die hier nicht wiederzugeben ist.¹⁷⁷ Erwähnt sei beispielsweise die Kritik am Beamtenstreikverbot.¹⁷⁸ Für die hiesige Thematik von Interesse ist die grundsätzliche Anerkennung von Sympathiestreiks, solange der Hauptarbeitskampf rechtmäßig ist,¹⁷⁹ sowie die Gewährleistung friedlicher Betriebsbesetzungen¹⁸⁰. Auch hält der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit das Verbot „wilder Streiks“ für unvereinbar mit dem Übereinkommen.¹⁸¹ Eine Beschränkung auf den Tarifstreik ist unzulässig.¹⁸² Dementsprechend geht der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit davon aus, dass der Streik zur Verfolgung von Beschäftigungsinteressen und Wirtschaftsinteressen der Arbeitnehmer auch Fragen der Wirt-

¹⁶⁹ In diesem Sinne etwa Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 51.

¹⁷⁰ Wagner, Internationaler Schutz sozialer Rechte, Baden-Baden 2002 (zugl. Konstanz, Univ., Diss. 2001), S. 208 ff.

¹⁷¹ So Däubler, AuR 1998, 144, 148; ders., NJW 1999, 3537, 3538; Kohte/Doll, ZESAR 2003, 393, 395; Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 53. Ähnlich auch (Abweichungsbefugnis nur dann, wenn eine abweichende Auslegung aus dem Text unter Beachtung der allgemeinen Auslegungsregeln zwingend ist); Schneider, Die Vereinbarkeit des deutschen Arbeitskampfrechts mit den Übereinkommen Nr. 87 und 98 der Internationalen Arbeitsorganisation, Diss., Bonn 1998, S. 84 ff.

¹⁷² EGMR NZA 2010, 1425 - Demir und Baykara; EGMR NZA 2010, 1423, 1424 - Enerji Yapi-Yol Sen.

¹⁷³ EuGH NZA 2008, 124, 127 - Viking.

¹⁷⁴ EuGH NZA 2008, 159, 165 - Laval.

¹⁷⁵ Vgl. auch Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 47.

¹⁷⁶ *Committee of Experts*, General Survey of the Reports of the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), Genf 1994, Rn. 149 ff.; *Freedom of Association Committee*, Freedom of Association, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Genf 2006, Rn. 523; vgl. auch m.w.N. Böhmert (Fn. 167), S. 110 f.; *Valticos/v. Potobsky*, International Labour Law, 2. Aufl., Deventer u.a. 1995, Rn. 195; ferner Weiss/Seifert, GS Zachert, 2010, S. 130, 137 ff. Zur Frage, ob das Streikrecht auch durch das Übereinkommen Nr. 98 gewährleistet wird, vgl. einerseits Schneider (Fn. 171), S. 116 ff. und andererseits Böhmert (Fn. 167), S. 115 f.

¹⁷⁷ Nachgewiesen in: *Committee of Experts*, General Survey (Fn. 176); *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 520 ff. ILO.

¹⁷⁸ International Labour Conference, 99th Session (2010), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution), S. 147; *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 572 ff. Vgl. m.w.N. Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 78; ferner Böhmert (Fn. 167), S. 245 f.; Schneider (Fn. 171), S. 97 ff.; Weiss/Seifert, GS Zachert, 2010, S. 130, 143 f. Ausführlich und vergleichend zur Problematik Novitz (Fn. 98), S. 307 ff.

¹⁷⁹ *Committee of Experts*, General Survey (Fn. 176), Rn. 168; *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 534.

¹⁸⁰ *Committee of Experts*, General Survey (Fn. 176), Rn. 174; vgl. Lörcher, WSI-Mitt. 1987, 227, 233 f..

¹⁸¹ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 545.

¹⁸² *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 538.

schafts- und Sozialpolitik betreffen kann, was zur Zulässigkeit des Proteststreiks führt.¹⁸³ Demgegenüber fallen allgemeinpolitische Streiks aus dem Anwendungsbereich der Vereinigungsfreiheit heraus.¹⁸⁴

Darüber hinaus genießen Gewerkschaften die im jeweiligen Land anerkannten politischen Rechte unter Einschluss der Meinungsäußerungsfreiheit.¹⁸⁵

Was die Arbeitskampfformen angeht, besteht eine erheblich größere Toleranz als im deutschen Arbeitskämpfrecht. So besteht nach der Spruchpraxis das Recht zur Niederlegung der Werkzeuge („tools-down“), zum Bummelstreik, zum Dienst nach Vorschrift, zum Sitzstreik, sofern das jeweilige Recht friedlich ausgeübt wird.¹⁸⁶ Auch das Recht zur kollektiven Krankmeldung scheint zu bestehen.¹⁸⁷ Unzulässig sind aber unfriedliche Kampfformen, auch etwa die unfriedliche Betriebsbesetzung.¹⁸⁸ Auch das Streikpostenstehen kann verboten werden, wenn der Streik unfriedlich wird.¹⁸⁹

Das Erfordernis einer vorherigen Ankündigung gegenüber dem Arbeitgeber kann als zulässig angesehen werden.¹⁹⁰

5. UN-Pakte

Art. 8 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) schreibt vor:

"(1) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, folgende Rechte zu gewährleisten:

a) das Recht eines jeden, zur Förderung und zum Schutz seiner wirtschaftlichen und sozialen Interessen Gewerkschaften zu bilden oder einer Gewerkschaft eigener Wahl allein nach Maßgabe ihrer Vorschriften beizutreten. (...);

c) das Recht der Gewerkschaften, sich frei zu betätigen, wobei nur solche Einschränkungen zulässig sind, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind;

d) das Streikrecht, soweit es in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung ausgeübt wird.

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass die Ausübung dieser Rechte durch Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der öffentlichen Verwaltung rechtlichen Einschränkungen unterworfen wird.

(...)"

Die Einhaltung des Paktes unterliegt der Überwachung durch den Wirtschafts- und Sozialausschuss nach Art. 16 ff. IPWSKR. Ähnlich den ILO-Ausschüssen ergibt sich die Spruchpraxis im Rahmen des Berichtswesens. Die Beachtlichkeit auf innerstaatlicher Ebene dürfte deshalb parallel zur Spruchpraxis der ILO-Ausschüsse zu beurteilen sein. Auch in diesem Rahmen ist vor allem die Problematik des Beamtenstreikverbots Gegenstand der Kritik gewesen.¹⁹¹

Art. 22 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) regelt:

¹⁸³ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 526 ff.; vgl. auch *Böhmert* (Fn. 167), S. 246 f.; *Schneider* (Fn. 171), S. 105 ff.

¹⁸⁴ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 529.

¹⁸⁵ *Valticos/v.Potobsky* (Fn. 176), Rn. 190.

¹⁸⁶ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 545.

¹⁸⁷ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 586.

¹⁸⁸ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 546.

¹⁸⁹ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 649.

¹⁹⁰ *Freedom of Association Committee*, Digest (Fn. 176), Rn. 552.

¹⁹¹ Vgl. *Däubler-Lörcher* (Fn. 9), § 10 Rn. 58.

"(1) Jedermann hat das Recht, sich frei mit anderen zusammenzuschließen sowie zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten.

(2) Die Ausübung dieses Rechts darf keinen anderen als den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), zum Schutz der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Dieser Artikel steht gesetzlichen Einschränkungen der Ausübung dieses Rechts für Angehörige der Streitkräfte oder der Polizei nicht entgegen.

(...)"

Nachdem der für die Überwachung zuständige UN-Menschenrechtsausschuss zunächst davon ausgegangen war, dass das Streikrecht nicht von dieser Bestimmung erfasst sei,¹⁹² geht er inzwischen von einer Gewährleistung des Streikrechts auch durch Art. 22 IPBPR aus und hat daher das Streikverbot für Beamte in der Bundesrepublik gerügt, insoweit es sich auf solche Beamte bezieht, die nicht Staatsgewalt ausüben und nicht in *essential services* tätig sind.¹⁹³

Auch hier sind konkretere Aussagen zu atypischen Arbeitskampfformen nicht zu finden.

6. Synthese

Die einschlägigen internationalen Gewährleistungen betreffen das Streikrecht oder das Recht auf kollektive Maßnahmen. Dabei kann man wohl davon ausgehen, dass rein symbolische Maßnahmen wie das Zeigen von Sympathiezeichen o.ä. nicht als Streik bezeichnet werden kann, so dass entsprechende Einschränkungen über das zulässige Maß hinausgehen.¹⁹⁴ Doch dürfte diese Einsicht nur für solche Maßnahmen greifen, die keinerlei Beeinträchtigungen der Rechte des Arbeitgebers oder Dritter mit sich bringen.

Mit Blick auf die Ausgestaltung des innerstaatlichen Arbeitskampsrechts kann man zwar die Spruchpraxis zu den jeweiligen Konventionen nicht einfach als streng verbindlich betrachten - abgesehen von der Rechtsprechung des EGMR, hinsichtlich derer das Bundesverfassungsgericht ein explizites Berücksichtigungsgebot statuiert hat. Der gesetzvertretende Richter muss die Auslegung der jeweiligen Übereinkommen durch die einschlägigen Organe aber insoweit berücksichtigen, als diese einer autonomen Interpretation bedürfen, die nicht einfach durch innerstaatliche Gerichte vorgegeben werden kann, so dass eine Nichtberücksichtigung der Spruchpraxis zumindest triftiger Gründe bedarf.

Dementsprechend lassen sich zwar in Bezug auf atypische Arbeitskampfformen noch keine exakten Vorgaben für das innerstaatliche Recht formulieren. Immerhin ist aber (gerade im Bereich der ILO) von einem großzügigen *laissez faire* in Bezug auf gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahmen auszugehen, soweit diese friedlich sind. Die völkerrechtlichen Instrumente stehen in der Spruchpraxis der Ausübung von Arbeitskampfmaßnahmen unterstützend gegenüber und sind hinsichtlich der Schranken zurückhaltend: *in dubio pro libertate*. Für die Beurteilung der Friedlichkeit fehlen aber bislang, soweit ersichtlich, konkretere Maßstäbe. Die Grenze wird aber bei der Ausübung von Gewalt oder Zwang überschritten sein.¹⁹⁵ Immerhin deutet sich eine gewisse Öffnung auch gegenüber der Beteiligung nicht Organisierter an, wenn die Beschränkung auf gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen für völkerrechtswidrig gehalten wird. Auch scheint die Beeinträchtigung von Rechten Dritter eine Kampfmaßnah-

¹⁹² UN-Menschenrechtsausschuss, Mitteilung Nr. 118/1982, deutsche Übersetzung abgedruckt in NJW 1987, 3065.

¹⁹³ UN-Menschenrechtsausschuss, Concluding Observations: Deutschland 18. 11. 1996 (CCPR/C/79/Add. 73): <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/093478ab56f3e730c12563f40037b37f?Opendocument>.

¹⁹⁴ Vgl. Däubler-Lörcher (Fn. 9), § 10 Rn. 67.

¹⁹⁵ Vgl. Lörcher, WSI-Mitt. 1987, 227, 234.

men nicht ohne weiteres unzulässig zu machen, wie insbesondere die Rechtsprechung des EGMR zur Aktion "Schnecken tempo" zeigt.

Darüber hinaus ist zu erwarten, dass der großzügigere Maßstab des Bundesarbeitsgerichts in Bezug auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Flankierung durch die Spruchpraxis des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte bekommen könnte. Hatte *Gamillscheg* 1997 noch die Ansicht vertreten, dass es eine absurde Vorstellung wäre, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an der ESC scheitern zu lassen, weil diese dann das Tor für unverhältnismäßige Arbeitskämpfe öffne,¹⁹⁶ zeigen die Ausführungen o. II. 3., dass dies keineswegs eine Öffnung für unverhältnismäßige Arbeitskämpfe ist, sondern der Weg dahin, einen angemessenen Interessenausgleich zu erreichen.

Alles in allem findet die richterrechtliche Zulassung atypischer Arbeitskampfformen einen völkerrechtlichen Rückhalt in den internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland. Zwar lässt sich ihnen in aller Regel nicht entnehmen, dass ein bestimmtes Mittel zwingend als rechtmäßig zu bewerten wäre. Sie liefern aber ein zusätzliches Argument für die Anerkennung eines atypischen Arbeitskämpfungsmittels. Nicht die rechtliche Respektierung atypischer Arbeitskampfformen bedarf der Rechtfertigung vor dem Völkerrecht, sondern ihre Einschränkung bedürfte dieser Rechtfertigung.

¹⁹⁶ *Gamillscheg* (Fn. 9), S. 958.

D. Schlussfolgerungen für typische Fallgruppen atypischer Kampfformen

I. Was bedeutet Kampfmittelfreiheit?

Das Bundesverfassungsgericht hat einerseits betont, dass die staatliche Rechtsordnung auf strukturell bedingte Disparitäten des Arbeitskampfes reagieren müsse, nicht aber auf innere Schwächen der Koalitionen.¹⁹⁷ Wenn es einer Gewerkschaft nicht gelingt, einen Arbeitskampf erfolgreich durchzuführen, kann dies allerdings die eine wie die andere Ursache haben. Ebenso wie eine schwache Koalition wird auch eine starke Koalition nicht in der Lage sein, erfolgreich einen Arbeitskampf zu führen, wenn man es mit strukturell bedingten Disparitäten zu tun hat. Aus dem Umstand, dass die Koalition Schwierigkeiten bei der Arbeitskampfführung hat, darf man deshalb nicht vorschnell auf eine innere Schwäche schließen. Zu fordern ist aber, dass die Koalition die Möglichkeit haben muss, ihr Arbeitskampfverhalten an veränderten Umständen auszurichten. Das Bundesverfassungsgericht betont, dass es nicht Aufgabe des Staates sei, sondern den Tarifvertragsparteien überlassen bleibe, *"ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen"*.¹⁹⁸ Die Koalitionen darauf zu verweisen, sich gewandelten Verhältnissen anzupassen, ohne dass sie den Staat verpflichtend zu Hilfe holen können, muss aber bedeuten, dass ihnen ein Weg zu "neuen Ufern" geöffnet sein muss. Denn anderenfalls würden sie verpflichtet, taten- und hilflos den eigenen Untergang infolge veränderter Rahmenbedingungen hinzunehmen. Das aber kann nicht der Sinn der autonomen Regulierung des Arbeitslebens sein, die in Art. 9 Abs. 3 GG angelegt ist, und ließe sich demzufolge nur schwerlich mit der Bestandsgarantie des Art. 9 Abs. 3 GG in Einklang bringen. Vor diesem Hintergrund ist es nur folgerichtig, wenn das BAG aus dieser Forderung des Bundesverfassungsgerichts ableitet, dass die Koalitionen die Freiheit zur Anpassung ihrer Kampfmittel an sich wandelnde Umstände beanspruchen können.¹⁹⁹ Viel zu kurz gegriffen wäre es demgegenüber, wollte man die Kampfmittelwahl auf rechtlich ohnehin gestattete Kampfformen reduzieren.²⁰⁰ Die rechtliche Gestattung folgt nämlich aus der Koalitionsbetätigungsfreiheit. Das kann es dann mit sich bringen, dass an sich in anderen Zusammenhängen nicht erlaubte Verhaltensweisen im Rahmen des Arbeitskampfes erlaubt sind. Nichts anderes gilt schließlich für den Streik: Der an sich nicht zulässige Vertragsbruch wird als Koalitionsbetätigung unter Grundrechtsschutz gestellt (vgl. näher u. II).

Neuerdings wurde der Versuch gemacht, die Kampfmittelfreiheit mit dem Gedanken der kollektiv ausgeübten Privatautonomie einzuhegen: Wenn Tarifautonomie kollektiv ausgeübte Privatautonomie sei, müsse der Arbeitskampf strikt vertragsrechtlich gedeutet werden, so dass die Kampfmittelfreiheit nur die Frage betreffe, wie die arbeitsvertraglichen Hauptleistungen vorenthalten werden.²⁰¹ Allein: Eine solche Einschränkung des Arbeitskampfes auf eine vertragsrechtliche Grenze enthält die Verfassung nicht, und die internationalen Standards verhalten sich dazu völlig indifferent. Auch besteht ein wesentlicher Unterschied des Vertragsmechanismus beim Austauschvertrag einerseits und Tarifvertrag andererseits, denn bei letzterem kommt, was die Rechtsprechung schon lang erkannt hat, der Interessenausgleich generell nicht durch Einigung infolge der Möglichkeit anderweitiger Bedarfsdeckung, sondern durch

¹⁹⁷ BVerfG AP Nr. 4 zu § 116 AFG (= BVerfGE 92, 365).

¹⁹⁸ BVerfG AP Nr. 4 zu § 116 AFG (= BVerfGE 92, 365).

¹⁹⁹ BAG AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (= NZA 2009, 1347).

²⁰⁰ So etwa *Otto* (Fn. 9) § 4 Rn. 26; *Franzen*, in: Schmidt (Hrsg.), *Jahrbuch des Arbeitsrechts* 47 (2010), S. 119, 129.

²⁰¹ *Jacobs*, *ZfA* 2011, 71, 84 ff.; ähnlich *Picker*, *ZfA* 2011, 469 ff.

Schadensandrohung zustande.²⁰² Es handelt sich mithin um den untauglichen Versuch, die Beschreibung eines Rechtsprinzips in einen subsumtionsfähigen Rechtssatz umzudeuten - mit einem Ergebnis, das im geschriebenen Recht keine Entsprechung findet.

II. Welche Erscheinungsformen können als Arbeitskampf bezeichnet werden?

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass einige der bereits unter A. angesprochenen Verhaltensweisen aus rechtlicher Sicht keine wesentlichen Probleme bringen. Was grundsätzlich erlaubt ist, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung als Arbeitskampf (vgl. schon o. C. III. 6.). Zwar mag es rechtlich noch eine besondere Bedeutung haben, wenn die Ausübung der Demonstrationsfreiheit zugleich Koalitionsbetätigung ist.²⁰³ Doch ist gerade dies nicht das Problem atypischer Kampfformen. Vielmehr geht es hier darum, ob Verhaltensweisen, die im allgemeinen Rechtsverkehr Rechtsverletzungen mit sich bringen und deshalb rechtfertigungsbedürftig sind, als Arbeitskampf zulässige Koalitionsbetätigung sein können. Eben dies war die zentrale Fragestellung im Rahmen der Flashmob-Entscheidung²⁰⁴.

Die Frage nach dem Begriff beziehungsweise Begriffsinhalt des Arbeitskampfes hat ohnehin nicht die Bedeutung, subsumtionsfähige Schlüsse auf Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Verhaltensweisen zu gestatten, sondern es geht darum, das soziale Phänomen zu erfassen.²⁰⁵ Es muss daher an diesem Ort auch nicht Stellung bezogen werden zu der Frage, welcher Definitionsversuch richtig ist. Feststellen lässt sich jedenfalls, dass allgemein verlangt wird,²⁰⁶ dass

(1) ein gewisser **Druck** ausgeübt wird und

(2) ein kollektivrechtliches **Ziel** verfolgt wird. Dabei geht es in vorliegender Untersuchung ausschließlich um Verhaltensweisen, die auf den Abschluss eines Tarifvertrages zielen. Ob die Tarifvertragsbezogenheit Definitionsmerkmal des Arbeitskampfes ist, spielt daher ebenso wenig eine Rolle wie die umstrittene Frage, ob sie Rechtmäßigkeitskriterium ist (vgl. o. C. III. 2.).

(3) Darüber hinaus muss es um einen **kollektiven Konflikt** gehen. Dieses Kriterium bereitet allerdings keine Probleme im vorliegenden Untersuchungszusammenhang, da es hier um gewerkschaftliche Mittel geht.

(4) Als problematisch erweist sich das Kriterium, dass Arbeitskampf durch eine Störung der Arbeitsbeziehungen gekennzeichnet sei. Wer dies freilich überhaupt als Kriterium ansieht, räumt ein, dass dies nicht engherzig gesehen werden dürfe.²⁰⁷ Andere wollen darauf ganz verzichten²⁰⁸ oder doch zumindest schon genügen lassen, wenn ein Bezug zur abhängigen Arbeit besteht²⁰⁹. Im Grunde geht es dabei immer um dasselbe, nämlich die Anerkennung, dass ein Arbeitskampf auch anders geführt werden kann als durch Verweigerung der Arbeit beziehungsweise Verweigerung der Zulassung zur Arbeit. Dann aber kann dieses Merkmal im vorliegenden Kontext aufgegeben werden. Entscheidend ist die Frage der Druckausübung.

²⁰² Treber, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, Zur Zulässigkeit von Betriebsbesetzungen und Betriebsblockaden unter Berücksichtigung des Funktionszusammenhangs von Privatautonomie, Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht, Berlin 1996 (zugl. Mainz, Univ., Diss. 1995/96), S. 352 ff., 359 ff.

²⁰³ Zur Bedeutung der Versammlungsfreiheit bei Arbeitskämpfen vgl. Donat/Kühling, AuR 2009, 1 ff.

²⁰⁴ S.o. Fn. 85.

²⁰⁵ Otto (Fn. 9) § 1 Rn. 1.

²⁰⁶ Vgl. Otto (Fn. 9) § 1 Rn.1 ff.; Däubler-Däubler (Fn. 9), § 8 Rn. 1ff.; ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 94.

²⁰⁷ Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008, § 41 II 1 f., S. 414.

²⁰⁸ Otto (Fn. 9) § 1 Rn. 3.

²⁰⁹ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 8 Rn. 4.

Es bleibt freilich, dass es um Verhaltensweisen geht, die **nicht von vornherein erlaubt** sind.²¹⁰ Ob man dies allerdings zum Definitionselement erheben will oder allgemein erlaubte Verhaltensweisen generell als zulässige Arbeitskämpfungsmittel ansieht, ist letztlich Geschmacksache. Entscheidend ist, dass nur solche Verhaltensweisen juristischen Klärungsbedarf in Bezug auf die Frage nach einem zulässigen Kampfmittel auslösen, die grundsätzlich verboten und deshalb rechtfertigungsbedürftig sind. Eine Lichtshow vor dem Bundeskanzleramt ist damit jedenfalls, soweit dadurch nicht gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften oder privater Rechte Dritter verstoßen wird, ohne weiteres zulässig.

Dies betrifft freilich nur die Frage, ob erlaubtes Verhalten ein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel ist. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob dieses Mittel in zulässiger Weise ausgeübt wird. Geschieht dies im Rahmen eines kollektiven Konfliktes durch eine Gewerkschaft, müssen insoweit die arbeitskampfrechtlichen Grundsätze eingehalten werden, etwa die Friedenspflicht (s.u. III. 6.).²¹¹

III. Eckpunkte für die arbeitskampfrechtliche Beurteilung atypischer Kampfformen

Im Folgenden sind zunächst die Besonderheiten atypischer Arbeitskämpfformen herauszuarbeiten (1.). Im Anschluss daran sind die für die rechtliche Zulässigkeit sowie die rechtlichen Grenzen des Einsatzes atypischer Arbeitskämpfformen maßgeblichen Kriterien zu ermitteln, und zwar abgeleitet aus den unter C. herausgearbeiteten Grundsätzen (2.-6.).

1. Juristisch zu bewertende Charakteristika atypischer Kämpfformen

Die sozialwissenschaftliche Perspektive erlaubt, Charakteristika atypischer Arbeitskämpfformen zu identifizieren. Diese müssen nicht bei jeder atypischen Arbeitskämpfform zwingend auftreten, sie treten aber bei einigen auf und kennzeichnen den Unterschied zu den typischen Kämpfformen. Auf diese Charakteristika muss die juristische Bewertung fokussieren. Die Rechtswissenschaft und die Justiz müssen Antworten darauf finden, ob die jeweiligen Charakteristika rechtlich relevante Unterschiede zum typischen Arbeitskampf kennzeichnen und damit gegebenenfalls zusätzliche Rechtmäßigkeitsanforderungen verlangen oder nicht.

Folgende Charakteristika sind insoweit in den Blick zu nehmen (sie stehen freilich auch in wechselseitigen Beziehungen zueinander):

(1) **Anlass:** Offenbar sind atypische Kämpfformen häufig die Antwort der Gewerkschaften auf einen Effektivitätsverlust des Streiks. Das gilt sowohl für den Bereich der „neuen Arenen“ des Arbeitskampfes mit strukturell schlechteren Bedingungen für den Streik (A. 3.1.) als auch für den Bereich des Verlustes an Organisationsmacht (A. 3.2.).

(2) **Stoßrichtung:** Atypische Arbeitskämpfformen zielen oftmals auf Einbeziehung der Öffentlichkeit beziehungsweise Dritter (A. 2.), so etwa beim Aufruf zum Verbraucherboykott aber auch bei demonstrativen Aktionen etwa durch öffentliches Skandalisieren (während der klassische Streik ebenso wie die Aussperrung durch eigene Aktionen gegen den sozialen Gegenspieler gekennzeichnet sind). Damit einhergehen kann ein Verlust an Beherrschbarkeit durch die Gewerkschaft. Das betrifft einerseits die nicht immer prognostizierbaren situativen

²¹⁰ Vgl. ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 94, wo das Element zur Abgrenzung von grundsätzlich erlaubten Verhaltensweisen bemüht wird.

²¹¹ Vgl. etwa Rieble, NZA 2005, 1, 3 ff.

Voraussetzungen (wer folgt beispielsweise dem Kampfaufruf?). Andererseits verliert die Gewerkschaft Einfluss auf die Teilnehmer durch Individualisierung der Partizipation ohne kollektive Einbindung. Auch beim klassischen Streik ist das Verhalten einzelner nicht sicher beherrschbar. Exzesse können nicht mit letzter Gewissheit ausgeschlossen werden. Je mehr externe, außerhalb der kollektiven Arbeitsbeziehung und erst recht außerhalb der Gewerkschaft stehende Dritte einbezogen werden, umso schwerer wird es der Gewerkschaft fallen, diese zu disziplinieren und die Kontrolle über das Geschehen zu behalten.

(3) **Effekt:** Die sozialwissenschaftliche Perspektive lehrt, dass atypische Arbeitskampfformen auf ein gewisses Chaos-Element angewiesen sind. Genau genommen geht es dabei um die Unvorhersehbarkeit für die Gegenseite, um lokale Krisen erzeugen zu können. Auch hier lehrt die Flashmobfall-Entscheidung²¹² Wesentliches: wenn die Rechtsprechung den Arbeitgeber darauf verweist, dass er von seinem Hausrecht Gebrauch machen oder zum Mittel der Betriebsstilllegung greifen könne, so ist der Flashmob kein nutzbares Element, wenn der Arbeitgeber weiß, ob und wann er erfolgen soll. Die Unvorhersehbarkeit ist damit Wirkungsbedingung und macht ihn überhaupt erst zu einem brauchbaren Arbeitskampsinstrument.

(4) **Zweck:** Der Verlust an Organisationsmacht hat nicht nur Einfluss auf die Erfolgchancen klassischer Arbeitskampsinstrumente, sondern erfordert auch andere Organisierungsbemühungen der Gewerkschaften. Insoweit stehen Organizing und atypische Arbeitskampfformen nebeneinander, können aber auch einander wechselseitig in Anspruch nehmen (A. 3.3.). Aus der Sicht des Arbeitskampsrechts geht es um die Frage, ob und inwieweit neue Arbeitskampfformen als Mittel zur Mitgliedergewinnung genutzt werden können. Soweit es dabei um die Werbung mit Tarifinhalten geht, ist dies freilich nicht neu.

2. Freie Kampfmittelwahl

Es gibt, wie unter C. ausgeführt, keinen *numerus clausus* von Arbeitskampsmitteln. Es herrscht Kampfmittelerfindungsfreiheit. Dabei hat die Rechtsprechung mit der Flashmob-Entscheidung²¹³ anerkannt, dass die Kampfmittel sich nicht auf einen Entzug der jeweiligen Leistung (Arbeitskraft, Arbeitsentgelt) beschränken,²¹⁴ sondern auch aktive Betriebsstörungen umfassen. Solche Betriebsstörungen können auch auf andere Weise erfolgen. Zu nennen ist beispielsweise die Betriebsblockade, bei der etwa die Zuwege zum Betrieb versperrt werden. Die ältere Rechtsprechung hat Betriebsblockaden mit der h.M. als nicht vom Streikrecht gedeckt angesehen.²¹⁵ Mit der Flashmob Entscheidung wurde die rechtliche Beurteilung von Betriebsblockaden offen gelassen. Das lässt die Deutung zu, dass Betriebsblockaden zulässiges Arbeitskampsmittel sein könnten (zur unionsrechtlichen Zulässigkeit vgl. B. III. 1.), wengleich sie nicht als Streik anzusehen sind, sondern als aktive Betriebsstörung.²¹⁶ Dafür spricht auch, dass durch solche aktiven Betriebsstörungen im Grunde dasselbe erreicht werden soll wie durch einen Streik. Zumindest dann, wenn die Arbeitgeber aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen die Streikfolgen mühelos kompensieren können, die Produktionsbehinderung durch passive Zurückhaltung der Arbeitsleistung also ausscheidet, muss die Produktionsbehinderung auch aktiv möglich sein.²¹⁷ Deren Zulässigkeit im Rahmen der Kampfmittelerfindungsfreiheit vorausgesetzt stellt sich natürlich die Frage der Grenzen ihres Einsatzes.

²¹² S.o. Fn. 85.

²¹³ S.o. Fn. 85.

²¹⁴ So aber *Jacobs*, ZfA 2011, 71, 84 ff.; *Picker*, ZfA 2011, 469 ff. Vgl. dazu bereits o. bei Fn. 201.

²¹⁵ S.o. Fn. 104.

²¹⁶ So wohl *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 226.

²¹⁷ *Treber* (Fn. 202), S. 461 ff.; *ErfK-Dieterich* (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 277.

Letztlich zum selben Ergebnis wie Betriebsblockaden führen Betriebsbesetzungen, bei denen die Arbeitnehmer den Arbeitsplatz nicht verlassen. Solange sie friedlich sind, stehen sie nach Ansicht des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit ja auch unter dem Schutz des ILO-Übereinkommens Nr. 87 (o. B. III. 5.). Allein das infrage kommende Rechtsgut des Arbeitgebers ist ein anderes, statt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes geht es bei der Betriebsbesetzung um das Eigentumsrecht. Betriebsbesetzungen dürften im Rahmen der Kampfmittelfreiheit in denselben engen Grenzen wie Betriebsblockaden zulässig sein.²¹⁸

Die Kampfmittelerfindungsfreiheit besagt freilich noch nichts darüber, ob Gewerkschaften atypische Arbeitskampfformen auch unter allen Umständen und in beliebiger Weise einsetzen dürfen.

Ausgangspunkt ist (jedenfalls darum geht es vorliegend nur), dass der Arbeitskampf kollektives Handeln mit dem Ziel eines Tarifabschlusses ist und damit ermöglichen soll, die strukturelle Ungleichgewichtslage im einzelnen Arbeitsverhältnis zu überwinden.²¹⁹ Zumindest in diesem Rahmen sind erforderliche Arbeitskampfmaßnahmen von der Koalitionsfreiheit erfasst, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Aussperrungsentscheidung²²⁰ betont hat. Ausdrücklich hat das Gericht den Koalitionen die Wahl der Mittel, die sie für die Erreichung dieses Zwecks für geeignet halten, überlassen. Es hat dem gesetzvertretenden Richter überdies aufgegeben, die Regelungsfreiheit nicht weitergehend einzuschränken als zum Schutz kollidierender Grundrechte der Gegenseite erforderlich.

Ohnehin werden Gewerkschaften kaum in großem Stil atypische Kampfmittel einsetzen, um den klassischen Streik zu ersetzen, sondern in der Regel als begleitendes Mittel oder Notbehelf.²²¹ Die bisher bekannt gewordenen Fälle sind eher Ausdruck des Verlustes an Durchsetzungskraft als der Anarchie. Das zeigt anschaulich der Sachverhalt der Flashmob-Entscheidung²²², wo der Flashmob erst eingesetzt wurde, nachdem der Streik über längere Zeit ergebnislos geblieben war. Auch die sozialwissenschaftliche Perspektive deutet in die Richtung eines Einsatzes atypischer Arbeitskampfformen vor allem bei Gegenmachtsverschiebungen. Bisweilen mögen sie auch dort genutzt werden, wo streikungeübte Belegschaften an den Arbeitskampf herangeführt werden sollen, etwa wenn in kirchlichen Einrichtungen die „aktive Mittagspause“ wie ein Mini-Streik (vgl. unten IV. 2.) ein erster Schritt ist, bevor Belegschaften zum Streik aufgerufen werden. Das legt die Frage nahe, ob atypische Arbeitskampfformen nur dann zulässig eingesetzt werden dürfen, wenn sie zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts erforderlich sind.²²³ Dies ist auf einer theoretischen Ebene zu bejahen, weil das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt, dass nur geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Kampfmaßnahmen ergriffen werden. Ohne dass dies empirisch ohne weiteres belegbar wäre, sprechen doch veränderte Rahmenbedingungen dafür, dass sich die arbeitskampfrechtlichen Kräftegewichte in den letzten Jahren erheblich verschoben haben könnten, wenngleich dies von Branche zu Branche in unterschiedlich starkem Maße auftreten kann: Zunehmende Globalisierung und Internationalisierung der Wirtschaft erleichtern grenzüberschreitende Produktionsverlagerungen bzw. Verlagerung von Diensten. Die zunehmende Anzahl prekärer Beschäftigungen macht das Mobilisieren der Arbeitnehmer ungleich schwerer: Mit Sorge um den Arbeitsplatz streikt es sich nicht leicht.²²⁴ Hinzu kommt die sozial-

²¹⁸ Vgl. m.w.N. ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 277.

²¹⁹ Insoweit richtig Picker, ZfA 2010, 499, 512 ff.

²²⁰ S.o. Fn. 29.

²²¹ Vgl. Berg, AuR 2011, 418.

²²² S.o. Fn. 85.

²²³ So die Sichtweise von Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 345.

²²⁴ Zu nennen ist insbesondere eine Zunahme der Leiharbeit (vgl. Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 36. Aufl. 2011, Einl. III 1 zu Nr. 4), bei der die Regelung des § 11 Abs. 5 AÜG ohne praktische Wirkungen ist; ferner eine

rechtliche Regelung des § 146 SGB III, der bei Fernwirkungen des Arbeitskampfes in derselben Branche Lohnersatzleistungen weithin ausschließt. Diese Bestimmung nötigt eine Gewerkschaft, ihre Arbeitskampfstrategie daran auszurichten, dass Fernwirkungen weitgehend vermieden werden.²²⁵ Schließlich sind eine Zunahme von Selbstaflösungen der Innungen und Arbeitgeberverbände sowie die Einführung von OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden an dieser Stelle zu nennen.

Die eigentlich entscheidende Frage ist allerdings, wer beurteilt, dass eine atypische Arbeitskampfmaßnahme erforderlich ist. Insoweit hat der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26.6.1991 zur Aussperrung²²⁶ eine Einschätzungsprärogative der jeweils das Kampfmittel einsetzenden Koalition postuliert. Das liegt auf einer Linie mit dem vorausgegangenen Warnstreikurteil des BAG vom 21.6.1988²²⁷. Das Scheitern der Verhandlungen als Voraussetzung des Arbeitskampfes nach dem Ultima-Ratio-Prinzip hat das BAG in dieser Entscheidung der Einschätzung der Gewerkschaft überlassen. Diese Einschätzungsprärogative hinsichtlich der Erforderlichkeit eines Arbeitskampfes hat das Bundesarbeitsgericht dann auch in der Entscheidung zur Einbeziehung eines Arbeitgeberaußenseiters in den Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag²²⁸ und später in der Unterstützungsstreikentscheidung²²⁹ explizit auf die Wahl der Arbeitskampfmittel bezogen. Mindestens gebilligt wird diese Sicht auch durch die Kammerentscheidung des BVerfG vom 10.9.2004²³⁰ über die Einbeziehung des Außenseiter-Arbeitgebers in den Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag. Denn diese hält die arbeitsgerichtliche Intervention gegen Arbeitskampfmaßnahmen im Rahmen der Kampfmittelfreiheit nur im Falle offensichtlicher Ungeeignetheit oder Unverhältnismäßigkeit für zulässig. Wie gezeigt (C. 2. c), ist dies die Konsequenz der Korrektur Kernbereichslehre.

Auch hier ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zentral. Bedenkt man, dass eine Betriebsblockade nahezu jede Abwehrmaßnahme des Arbeitgebers gegen den Streik unterbindet, wird sie nur als kurzzeitige Zugangsbehinderung zulässig sein. Als ohne weiteres zulässig wird unter Bezugnahme auf die Flashmob-Entscheidung²³¹ ein Zeitraum von etwa 30 Minuten genannt.²³² Es spricht aber nichts dagegen, dass auch längere Blockaden von 2-3 Stunden zulässig sind. Letztlich ist hier aber jeder Zahlenwert gegriffen. Maßgeblich wird es im Einzelfall auf die Verhältnisse des Betriebes ankommen, etwa darauf, wie sehr der Betrieb außer vom Zugang der Arbeitnehmer vom Zu- und Abgang von Transporten abhängig ist.

Als *Zwischenfazit* ist festzuhalten, dass auch der Einsatz atypischer Arbeitskampfmittel den Grundsatz der freien Wahl der Arbeitskampfmittel unterliegt²³³ und die Gewerkschaft eine Einschätzungsprärogative beanspruchen kann.²³⁴ Ausgeschlossen ist der Einsatz eines atypischen Arbeitskampfmittels, wenn dieses offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist.

zunehmende Anzahl befristeter Beschäftigungsverhältnisse (fast jeder zweite neu abgeschlossene Arbeitsvertrag, vgl. FAZ v. 22.3.10, S. 13).

²²⁵ Ausführlich dazu *Deinert*, AuR 2010, 290 ff.

²²⁶ S.o. Fn. 29.

²²⁷ S.o. Fn. 71.

²²⁸ S.o. Fn. 72.

²²⁹ S.o. Fn. 78.

²³⁰ S.o. Fn. 35.

²³¹ S.o. Fn. 85.

²³² *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 31 Rn. 12; *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 227.

²³³ *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 9 Rn. 44, § 29 Rn. 18.

²³⁴ Vgl. auch *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 185.

3. Einbeziehung anderer

Die Einbeziehung anderer in den Arbeitskampf kann auf verschiedenartige Weise erfolgen. Dritte können passiv in den Arbeitskampf einbezogen werden (nachfolgend a). Das kann zunächst geschehen, indem sie als Teil der öffentlichen Meinung angesprochen sind und im Rahmen des Meinungskampfes dafür geworben wird, dass sie - auf welche Weise auch immer - Druck auf den sozialen Gegenspieler ausüben. Das kann zum anderen auch dadurch geschehen, dass Dritte Nachteile durch den Arbeitskampf erleiden. Dritte können aber auch aktiv in den Arbeitskampf einbezogen werden, in der Weise, dass sie sich als Akteure an gewerkschaftlichen Maßnahme beteiligen (nachfolgend b).

a) Passive Einbeziehung Dritter

(1) Öffentlichkeitsarbeit

Die passive Einbeziehung Dritter betrifft zunächst den Kampf um die öffentliche Meinung. Es lässt sich das Beispiel eines „Die-in“ anführen, einer Demonstrationsshow, bei der in einer Fußgängerzone Akteure Tote spielen, die in ihrer Anzahl den durch ein Unternehmen abgebauten Arbeitsplätzen entsprechen. Hier wird die Anteilnahme der Öffentlichkeit und damit Dritter in Anspruch genommen, um Druck auf den Arbeitgeber auszuüben. Insoweit gilt an sich für Gewerkschaften nichts anderes als für alle anderen auch. Der Gang in die Öffentlichkeit spielt eine besondere Rolle, wo Unternehmen für ihre Marktchancen ein besonderes öffentliches Image benötigen.²³⁵

Der Gang in die Öffentlichkeit wird nicht nur durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG),²³⁶ sondern auch durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit,²³⁷ die eben nicht nur im Kernbereich gewährleistet ist, geschützt. Das BAG hat eine Unterschriftensammlung als durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsbetätigung angesehen, im konkreten Fall allerdings angenommen, dass die Unterschriftensammlung in einem Polizeidienstgebäude mit Rücksicht auf den in Art. 20 Abs. 3 GG wurzelnden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zurücktreten müsse.²³⁸ Im Grundsatz ist damit die Inanspruchnahme der Öffentlichkeit zur Druckausübung durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt. Wenn es auch in dem Fall um die Erzeugung von Druck auf den Gesetzgeber ging, kann für die Druckausübung auf den sozialen Gegenspieler nichts anderes gelten.²³⁹ Das entspricht auch einem völkerrechtsfreundlichen Verständnis mit Rücksicht auf das ILO-Übereinkommen Nr. 87, das die klassischen bürgerlichen Rechte einschließlich der Meinungsfreiheit den Gewerkschaften garantiert.²⁴⁰ Dass die Öffentlichkeit nicht unmittelbar der gewerkschaftlichen Forderung nachgeben kann, sondern lediglich als Druckmittel wirkt, ist insoweit unerheblich. Es gilt insoweit nichts anderes als beim Unterstützungstreik.

²³⁵ Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 9), AKR Rn. 211a.

²³⁶ LG Düsseldorf AuR 2001, 194.

²³⁷ Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 9), AKR Rn. 212; Däubler-Däubler (Fn. 9), § 30 Rn. 7. Wenn Gamillscheg (Fn. 9), S. 248, meint, das Verteilen von Flugblättern an Kunden des Arbeitgebers sei (wohl) nicht mehr von Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt, bezieht sich dies auf den Kontext gewerkschaftlicher Werbung, während damit keine Aussage zur Zulässigkeit des Ganges an die Öffentlichkeit im Rahmen des Arbeitskampfes getroffen ist.

²³⁸ BAG AP Nr. 123 zu Art. 9 GG.

²³⁹ Vgl. Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 9), AKR Rn. 212a. Explizit in diesem Sinne LAG Köln AP Nr. 145 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁴⁰ Vgl. Fn. 185.

Die Grenzen der Äußerungen gegenüber der Öffentlichkeit ergeben sich aus einer Abwägung mit den beeinträchtigten verfassungskräftig verbürgten Positionen der Arbeitgeber.²⁴¹ Beachtlich ist, dass durch Hinwendung zur Öffentlichkeit Schäden in beträchtlichem Maße eintreten können. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Zufügung wirtschaftlicher Nachteile auch gerade der Sinn einer Arbeitskampfmaßnahme ist.²⁴² Auch insoweit ergeben sich Grenzen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Im Übrigen sind die allgemein für die Ausübung der Meinungsfreiheit sich ergebenden Grenzen wie Verbot der Schmähkritik²⁴³ oder des Verbots, ohne sachlichen Grund herausgreifenden Anprangern Einzelner zu nennen.²⁴⁴

(2) *Kollateralschäden des Arbeitskampfes*

Von der bloßen Adressierung an die Öffentlichkeit im Meinungskampf zu unterscheiden ist die Zufügung von Nachteilen für Dritte als Teil der Öffentlichkeit infolge des Arbeitskampfes, etwa indem die Zeitung wegen eines Druckerstreiks morgens nicht erscheint oder die Abfallentsorgung wegen eines Streiks der Müllwerker unterbleibt. Die Beispiele zeigen schon, dass es sich hier nicht um eine Besonderheit atypischer Arbeitskampfformen handelt, sondern die Problematik auch bei "normalen" Arbeitskämpfen auftritt. Gemeint sind damit freilich nur mittelbare Folgen des Arbeitskampfes für die Öffentlichkeit, bei denen auch die Öffentlichkeit Leidtragende des Arbeitskampfes ist. Demgegenüber ließen sich unmittelbar gegen Dritte gerichtete Maßnahmen, etwa Beschädigen von Autos einer bestimmten Marke, nicht als Koalitionsbetätigung rechtfertigen, ganz davon abgesehen, dass die Geeignetheit solcher Maßnahmen als Arbeitskämpfungsmittel zweifelhaft sein dürfte.

Dass Arbeitskampfmaßnahmen auch Auswirkungen auf die Allgemeinheit erzeugen, ist nicht verboten. Das BVerfG hat explizit in der Beamtenstreikentscheidung²⁴⁵ hervorgehoben, dass die Koalitionsfreiheit auch vor staatlicher Einflussnahme bei der Verwendung von Kampfmitteln mit beträchtlichen Auswirkungen auf die Allgemeinheit schützt. Dass Auswirkungen auf Dritte die Rechtmäßigkeit einer Kampfmaßnahme nicht generell in Frage zu stellen vermögen, bestätigen auch die völkerrechtlichen Gewährleistungen (vgl. o. B III. 6.). Verbreitete Empörungen, die Öffentlichkeit werde für Arbeitskampfziele in Geiselhaft genommen, sind insoweit also unberechtigt. Vielmehr hat das BAG in seiner Entscheidung vom 18.2.2003 hervorgehoben, dass die Beeinträchtigung Dritter durch den Arbeitskampf hinzunehmen ist, soweit dies im Interesse der Tarifautonomie notwendig ist.²⁴⁶ Insgesamt spielte der Druck auf Dritte in der Rechtsprechung freilich immer eine größere Rolle hinsichtlich der Einbeziehung von Außenseitern in den Arbeitskampf (auf Arbeitgeberseite wie auf Arbeitnehmerseite).

Öffentlichkeitsarbeit als Arbeitskämpfungsmittel und mittelbare Betroffenheit der Öffentlichkeit durch die Arbeitskämpffolgen gehen häufig miteinander einher. Denn die Ausübung von Druck auf den Arbeitgeber, vermittelt durch die öffentliche Meinung infolge von Beeinträchtigungen der Öffentlichkeit, kann regelmäßig nur gelingen, wenn es einer Gewerkschaft gelingt, die öffentliche Meinung unabhängig von den Arbeitskämpffolgen für sich einzunehmen, indem sie die Legitimität des Arbeitskampfes vermittelt. Insoweit ergibt sich geradezu ein Zwang zur Öffentlichkeitsarbeit, wenn Dritte von den Folgen des Arbeitskampfes betroffen sind. Schon von daher wäre die gezielte Erzeugung von Nachteilen für die Öffentlichkeit ein zweiseitiges Mittel. Für die Gewerkschaft macht sie nur Sinn, wenn sie davon ausgeht,

²⁴¹ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 30 Rn. 7.

²⁴² BAG AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 9), AKR Rn. 212.

²⁴³ BVerfG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Abmahnung.

²⁴⁴ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 30 Rn. 9.

²⁴⁵ S.o. Fn. 32.

²⁴⁶ S.o. Fn. 72.

dass es ihr gelingt, der Öffentlichkeit nahe zubringen, dass der Arbeitskampf seine Berechtigung hat.

An dieser Stelle drängt sich die Frage auf, ob der Einsatz eines Arbeitskampfmittels, bei dem Dritten als Teil der Öffentlichkeit gezielt Nachteile durch den Arbeitskampf zugefügt werden, gerechtfertigt sein kann. Wenn nach der Rechtsprechung Arbeitskämpfe durchaus auch erhebliche Auswirkungen mittelbar auf Dritte haben können, scheint es konsequent, wenn Gewerkschaften diese Auswirkungen bei der Wahl ihrer Kampfstrategie auch in die Kalkül einbeziehen dürfen und zwar nicht nur im Sinne einer Vermeidungsstrategie, sondern auch im Sinne der Strategie eines Hervorrufens von Belastungen Dritter. Auch die EMRK scheint für dieses Verständnis zu streiten, fasst man die Rechtsprechung zur Aktion „Schnecken-tempo“ ins Auge (vgl. o. C. III. 3.). Dass sie dies allenfalls machen werden, wenn sie die öffentliche Meinung auf ihrer Seite wissen, steht auf einem anderen Blatt. Im Übrigen sind bei der Belastung Dritter deren Interessen im Rahmen der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu berücksichtigen. Daraus folgt zwar noch kein generelles Arbeitskampfverbot in lebenswichtigen Versorgungsbetrieben.²⁴⁷ Eine elementare Grundversorgung mit Leistungen der Daseinsvorsorge, für deren Gewährleistung der Staat zu sorgen hat, muss aber durch so genannte Notdienste gesichert werden.²⁴⁸ Die Einzelheiten, die sowohl hinsichtlich dessen, was der Daseinsvorsorge zuzurechnen ist, als auch hinsichtlich des Maßes der Aufrechterhaltung des Betriebs umstritten und gerichtlich nicht geklärt sind,²⁴⁹ können hier freilich nicht ausgelotet werden.²⁵⁰ In der Praxis funktioniert die Sicherstellung von Notdiensten jedenfalls offensichtlich weitgehend ohne gerichtliche Auseinandersetzung.²⁵¹ Sie betreffen im Übrigen nicht spezifisch atypische Arbeitskampfstrategien, sondern auch etwa den klassischen Erzwingungsstreik.

Wie gezeigt (B. II. 3) c), ist die vom BAG anerkannte Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft hinsichtlich Geeignetheit und Erforderlichkeit des Arbeitskampfmittels nicht nur durch eine Kammer-Entscheidung des BVerfG gedeckt, sondern stellt sich auch als folgerichtige Ableitung aus der Aufgabe der Kernbereichslehre dar. Das muss folgerichtig auch hinsichtlich der Inkaufnahme oder gar bewussten Herbeiführung von Kollateralschäden Dritter gelten.

b) Aktive Beteiligung Dritter

Viel problematischer hingegen ist die Frage, ob im Rahmen atypischer Arbeitskampfstrategien auch Dritte als Akteure beliebig in das Geschehen einbezogen werden können. So handelten im Flashmobfall nicht (nur) Arbeitnehmer des kampfbeteiligten Arbeitgebers. Das BAG nahm auch keinen Anstoß daran, dass die Beteiligten möglicherweise der kämpfenden Gewerkschaft nicht angehörten.²⁵² Dies hat schon eine andere Qualität als alle bisher bekannt gewordenen Fälle der Einbeziehung Dritter. Der Streik der Belegschaft gegen den Außenseiter-Arbeitgeber im Verbandsarbeitskampf ebenso wie ein Hafendarbeiter-Boycott²⁵³ oder ein Unterstützungstreik²⁵⁴ sind jeweils dadurch gekennzeichnet, dass eine Belegschaft streikt, um einen Arbeitskampf, der seinen Schwerpunkt anderswo hat, zu effektivieren. Demgegenüber wurden beim Flashmobfall nicht nur Arbeitnehmer aktiv, sondern Kunden beziehungsweise

²⁴⁷ So allerdings Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2008, S. 438.

²⁴⁸ BAG AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ErfK-Dieterich, Art. 9 GG Rn. 134, 186; Däubler-Reinfelder (Fn. 9), § 15 Rn. 38.

²⁴⁹ Gamillscheg (Fn. 9), S. 1176 ff.

²⁵⁰ Ausführlich dazu beispielsweise Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, München 2010 (zugl. Berlin, Univ., Diss. 2009/2010), S. 57 ff., 144 ff.

²⁵¹ Ausnahme etwa LAG Berlin-Brandenburg AuR 2008, 66, 67.

²⁵² S.o. Fn. 85.

²⁵³ S.o. Fn. 84.

²⁵⁴ S.o. Fn. 78.

potentielle Kunden. Ebenso ist es beispielsweise beim Verbraucherboykott. Der Verbraucherboykott liegt allerdings an der Grenze zur passiven Einbeziehung Dritter in den Arbeitskampf durch Öffentlichkeitsarbeit. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, dass im Flashmob-Fall Dritte aktiv den Betrieb störten und nicht nur auf die Aufnahme bzw. Fortsetzung vertraglicher Beziehungen verzichteten. Diese aktive Beteiligung Dritter wird bisweilen für unzulässig gehalten.²⁵⁵

Zweifel an der Zulässigkeit können sich zunächst aus dem Partizipationsgedanken als möglichem Leitbild des Arbeitskampfes ergeben. Denn bei der Einbeziehung des Außenseiter-Arbeitgebers spielte dieser Gedanke für die Rechtsprechung noch eine wesentliche Rolle.²⁵⁶ Freilich hat das Gericht dabei mehr auf den bekämpften Arbeitgeber geschaut als auf die kämpfenden Arbeitnehmer, die ja in der dortigen Konstellation der dynamischen Verweisung des Firmentarifvertrags auf den Verbandstarifvertrag ebenfalls partizipierten. Demgegenüber spielte der Partizipationsgedanke beim Hafenarbeiter-Boykott ebenso wenig eine Rolle wie beim Unterstützungsstreik. Vielmehr hat das Gericht in der Unterstützungsstreik-Entscheidung deutlich herausgearbeitet, worauf es eigentlich ankommt, dass nämlich der Arbeitskampf Koalitionsbetätigung ist und als solche nicht nur im Kernbereich gewährleistet ist. Entscheidend ist also, dass er als Mittel zur Druckausübung genutzt wird. Zu Recht wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Zentrum der Überlegungen geschoben und der Partizipationsgedanke nicht mehr weiter verfolgt.

Im Ergebnis wird man daher davon ausgehen müssen, dass auch die Einbeziehung Dritter als Akteure in das Arbeitskampfgeschehen durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Gewerkschaft²⁵⁷ geschützt wird. Auch die völkerrechtlichen Gewährleistungen unterstützen diese Sichtweise (vgl. o. B. III. 6.). Allerdings ist auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beherrschendes Prinzip. Das betrifft weniger die Frage, ob die Einbeziehung Dritter als Akteure zur Druckausübung geeignet ist, was, wie gezeigt (oben 2.), der Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft unterliegen dürfte, als vielmehr die Frage der Abwägung der widerstreitenden Positionen in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. An dieser Stelle ist die Problematik der Beherrschbarkeit von zentraler Bedeutung. Dritte, die sich am Arbeitskampf beteiligen, sind jedenfalls, soweit sie keine Gewerkschaftsmitglieder sind, nicht in gleichem Maße der gewerkschaftlichen Einwirkung ausgesetzt wie streikende Arbeitnehmer. Hinzu kommt, dass „Flashmobber“ oder boykottierende Konsumenten regelmäßig keine vergleichbaren Opfer (Lohnverluste!) bringen müssen und damit anders als Streikteilnehmer oder - mit Einschränkungen²⁵⁸ - boykottierende Arbeitnehmer nicht notwendig ein Eigeninteresse an der Begrenzung des Kampfgeschehens haben müssen. Es drohen damit unkalkulierbare Schäden; das Kampfgeschehen kann trotz Abschlussbereitschaft der Arbeitgeberseite außer Kontrolle geraten. Dies würde im Rahmen einer Abwägung die atypische Arbeitskampfmaßnahme als unproportional erscheinen lassen.²⁵⁹ Richtig ist zwar, dass die Selbstschädigung kein begriffsnotwendiger Teil des Streiks ist.²⁶⁰ Die notwendige Selbstschädigung wirkt aber als Fliehkraftregler, der einem exzessiven Kampfverlauf entgegenwirkt und damit verhindert, dass der Arbeitskampf das notwendige Maß in Bezug auf Dauer und Intensität überschreitet. Wo es an

²⁵⁵ So etwa *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 343.

²⁵⁶ S.o. Fn. 72

²⁵⁷ Ob auch der Dritte, der sich auf diese Weise in den Dienst des Arbeitskampfes nehmen lässt, durch die Koalitionsfreiheit geschützt wird, muss hier nicht erörtert werden; vgl. zur Problematik *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 349 ff.

²⁵⁸ Vgl. zu den herabgesetzten Möglichkeiten des Eigeninteresses an der Begrenzung des Kampfgeschehens *Gamillscheg*, FS Gnade, 1992, S. 755, 763 ff.

²⁵⁹ Vgl. bereits ArbG Düsseldorf, Betriebsrat 1973, 174, 199 ff., wo der „aktive tariflose Zustand“ (Aufforderung der Gewerkschaft an die Arbeitnehmer, nach Gutdünken Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen) mangels Beherrschbarkeit für rechtswidrig erklärt wurde.

²⁶⁰ *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 31 Rn. 9.

einem solchen Korrektiv fehlt verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz seine Sicherstellung auf andere Art und Weise. Dass dies bei Einbeziehung Dritter nicht möglich sei, wurde bislang nur behauptet.²⁶¹

Es ist daher als *Zwischenfazit* zu fordern, dass die Gewerkschaft bei atypischen Kampfmaßnahmen, soweit sie Dritte aktiv in den Arbeitskampf auf ihrer Seite einbezieht, das Heft des Handelns in der Hand behält und den Einsatz des Mittels jederzeit reduzieren oder beenden kann.

Aus dieser abstrakten Erkenntnis ist für die Praxis freilich noch nicht viel gewonnen. Wer einen Arbeitskampf organisiert, muss wissen, was die Rechtsordnung von ihm verlangt. Die notwendige Beherrschbarkeit soll daher an dieser Stelle noch etwas weiter konkretisiert werden. Freilich ist es nicht möglich, für alle denkbaren Konstellationen gleichsam Handlungsanweisungen zu erarbeiten.

Wenn man die Einbeziehung Dritter als Akteure in den Arbeitskampf grundsätzlich als koalitionsmäßige Betätigung anerkennt, muss die Rechtsordnung die Grenzen dieses Einsatzes so ziehen, dass das Mittel praktisch gleichwohl nutzbar bleibt. Dies wäre dann aber nicht der Fall, wenn man den Arbeitskampf grundsätzlich mit dem Verdikt der Rechtswidrigkeit versehen würde, sowie sich ex post feststellen lässt, dass die Gewerkschaft den Einsatz des Mittels nicht beherrscht hat und nicht ? reduzieren bzw. beenden konnte. Denn den atypischen Arbeitskampfformen ist oftmals ein gewisses Schwarmverhalten der Akteure immanent, so dass niemand eine Garantie für Ausbleiben von Kontrollverlusten geben kann (übrigens auch nicht beim Streik, bei dem etwa die Stimmung umschlagen kann und ein Übergang zur Betriebsbesetzungen etc. erfolgen kann). Wegen des drohenden Schadensersatzrisikos würde keine Gewerkschaft sich auf solche Kampfmittel einlassen können, müsste sie garantieren, dass sich das Geschehen nicht verselbständigt. Andererseits muss die Gewerkschaft alles tun, was in ihrer Macht steht, um zu verhindern, dass der Arbeitskampf durch das Verhalten aktiv in den Kampf einbezogener Dritter außer Kontrolle gerät. Zwischen den beiden Extremen, einerseits der Gewerkschaft die Verantwortung für jedes unkontrollierte Geschehen zuzuweisen und andererseits die Gewerkschaft von jeder Verantwortung für ungewollte Kontrollverluste frei zu zeichnen, muss also die Lösung gesucht werden. Insoweit lässt sich zwar keine Prognose aufstellen, welche Anforderungen die Gerichte mit Blick auf die Beherrschbarkeit des Geschehens stellen werden.

An dieser Stelle soll aber ein Vorschlag unterbreitet werden, der helfen kann, das Problem eines unbeherrschbaren Arbeitskampfes in den Griff zu bekommen, ohne die Organisationspflichten der Gewerkschaften zu überspannen. Es spricht nämlich viel dafür, von den Gewerkschaften zu verlangen, dass sie nur Arbeitskämpfungsmittel einsetzen, die sie bei normalem Verlauf des Geschehens in ihren Wirkungen reduzieren oder ganz beenden können. Ein ungewöhnlicher, nach menschlichem Ermessen nicht vorhersehbarer Verlauf, fällt damit nicht in die Verantwortung der Gewerkschaft. Wo aber schon bei Einsatz des Mittels zu befürchten ist, dass die Gewerkschaft bei gewöhnlichem Verlauf die Kontrolle verlieren könnte, muss sie Abstand vom Einsatz dieses Mittels nehmen. Um dies an einem Beispiel zu verdeutlichen: Wenn über „Facebook“ eine unbegrenzte Öffentlichkeit zum Flashmob aufgerufen wird, ist auch bei gewöhnlichem Verlauf mit einer Verselbstständigung des Geschehens allein durch die Massenwirkung zu rechnen. Das ist in der Vergangenheit deutlich geworden durch Partyeinladungen via „Facebook“ an einen unbegrenzten Teilnehmerkreis. Im Gegensatz dazu hat die gezielte Ansprache Dritter in dem vom BAG entschiedenen Flashmobfall²⁶² keinen derartigen Verlauf erwarten lassen. Demgegenüber lässt sich auch nicht einwenden, dass in der

²⁶¹ Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 357

²⁶² S.o. Fn. 85.

Konstellation zwar möglicherweise kein Kontrollverlust durch Massenwirkung zu erwarten war, wohl aber durch unsachliche egoistische Motive der Teilnehmer (z.B. Spaß an der Provokation, Sachbeschädigung oder Betriebsstörung). Wer Derartiges im Schilde führt, wird nicht dem gewerkschaftlichen Aufruf per SMS an einen bestimmten Ort folgen, sondern kann viel bequemer durch eigene Aktivitäten solche Motive befriedigen. Die Gewerkschaft darf daher bei gezielter Ansprache Dritter darauf vertrauen, dass die Teilnehmer hinsichtlich Durchführung und Beendigung ebenso aus Überzeugung dem gewerkschaftlichen Anliegen gehorchen wie bei der Teilnahme an sich.

Von der Gewerkschaft nur zu verlangen, dass sie Kontrollverluste ausschließt, die bei gewöhnlichem Verlauf auftreten können, bedeutet, dass sich ein ungewöhnlicher Verlauf, bei dem die Gewerkschaft nicht mehr mäßigend auf Teilnehmer einwirken kann, als Exzess darstellt, für den sie nicht haftet.²⁶³ Dass die Gewerkschaft sich auch in diesem Fall eines ungewöhnlichen Verlaufs darum bemühen muss, auf einzelne mäßigend einzuwirken, versteht sich von selbst. Im Übrigen ist es aber gerechtfertigt, darauf zu vertrauen, dass die Gewerkschaft ohnehin aus ihrem eigenen Interesse heraus bemüht sein wird, die Kontrolle über das Kampfgeschehen zu behalten und den Einsatz von Kampfmitteln zu vermeiden, deren Beherrschbarkeit zweifelhaft ist. Das gilt nicht nur mit Blick auf die Zielsetzung, drohende Schadenersatzforderungen auszuschließen, sondern auch deshalb weil die Gewerkschaft sich bei einem unkontrollierten Verlauf von ihren Mitgliedern und den Belegschaften für schädliche Folgen verantwortlich gemacht wird. Denn dann wäre die Solidarität für den nächsten Arbeitskampf nicht mehr gewährleistet. Auch ist die Beherrschbarkeit des Kampfmittels für die Gewerkschaft eine Frage der Seriosität gegenüber den Arbeitgebern. Schließlich würde ein nicht mehr beherrschbarer Arbeitskampfverlauf die Einigungsbereitschaft der Arbeitgeber im Tarifkonflikt senken, weil die Gewerkschaft nicht gewährleisten könnte, dass der Abschluss des Tarifvertrages zum Ende des Arbeitskampfes führt.

Diese Überlegungen zeigen, dass es gerechtfertigt ist, den Arbeitskampf unter Einbeziehung dritter Akteure so lange als verhältnismäßig anzusehen, wie die Gewerkschaft beim Einsatz des Kampfmittels davon ausgehen darf, dass sie den Einsatz dieses Mittels bei gewöhnlichem Verlauf reduzieren und gegebenenfalls auch ganz beenden kann.

4. Vorhersehbarkeit und Überraschungsmoment

In engem Zusammenhang mit den soeben vorausgegangenen Erörterungen steht das in Bezug auf den Effekt der atypischen Arbeitskampfform angesprochene Chaos-Element. Grundsätzlich muss man davon ausgehen, dass der Arbeitskampf ein freies Spiel der Kräfte ist, bei der jede Seite durch Druck auf den Gegner eine Einigung zu für sie optimalen Bedingungen erstrebt. Das kann nur funktionieren, wenn die jeweilige Seite autonom über den Einsatz ihrer Mittel entscheidet und die Gegenseite nicht die Möglichkeit hat, die Wirkung des Kampfmittels im Keim zu ersticken. Arbeitskampfmaßnahmen sind daher insbesondere auf Gewerkschaftsseite oftmals von einem gewissen Überraschungsmoment abhängig. Insofern gilt nichts anderes für atypische Arbeitskampfformen als für klassische Formen.²⁶⁴ Der überraschende Einsatz eines atypischen Mittels ist dabei im Übrigen nichts anderes als die Ausübung der oben (2.) angesprochenen Kampfmittelfreiheit. Die Unvorhersehbarkeit ist damit nicht paritätsgefährdend,²⁶⁵ sondern sichert nachgerade das freie Spiel der Kräfte.

²⁶³ Zur haftungsrechtlichen Zurechnung unerlaubter Handlungen einzelner Beteiligten vgl. etwa Däubler-Nitsche (Fn. 9), § 22 Rn. 153 ff.

²⁶⁴ Vgl. auch LAG Berlin-Brandenburg AuR 2009, 47, 48.

²⁶⁵ So aber Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 359.

Überdies gewährleistet auch die Kampfmittelerfindungsfreiheit (C. II. 3. c) die Möglichkeit eines Überraschungsmoments durch Erfindung eines atypischen Arbeitskämpfungsmittels.

Von besonderem Interesse ist aber schließlich ein chaotisches Element im Rahmen der Durchführung eines atypischen Arbeitskämpfungsmittels. Die sozialwissenschaftliche Perspektive (A. 4.) hat gezeigt, dass atypische Arbeitskämpfungfformen unter Umständen gerade dann wirken können, wenn sie gleichsam aus der Masse heraus stechen, die Öffentlichkeit "infizieren", kurzum: durch Unvorhersehbarkeit des Ablaufs und Ungewöhnlichkeit des Erscheinungsbildes auffallen. Sogar der Begriff der Guerilla-Taktik ist gefallen. Hingewiesen wurde auch auf die schwierige Herausforderung, ein solches Chaos-Element zuzulassen und zugleich Eskalationen zu begrenzen.

In der Tat ist es schwierig, hier sinnvolle rechtliche Leitplanken einzuziehen. Zunächst wird man danach differenzieren müssen, auf welcher Seite das chaotische Element auftaucht. Im Ausgangspunkt wird nichts anderes zu gelten haben als auch sonst im Arbeitskämpfung, wenn es zu Exzessen kommt. Diese sind nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen zunächst den exzessiv Handelnden und unter Umständen auch dem jeweiligen Kollektiv zuzurechnen.²⁶⁶ Wo allerdings Dritte in den Arbeitskämpfung einbezogen werden, muss die Gewerkschaft nach den vorstehenden Überlegungen (3.) die Kontrolle über das Handeln behalten, es muss ihr also zurechenbar sein. Auch wenn das, wie unter (A. 4.) angedeutet, die Erfolgsaussichten der atypischen Arbeitskämpfungfform einschränkt, muss dies mit Rücksicht auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hingenommen werden.

Als *Zwischenfazit* ist daher festzuhalten, dass Gewerkschaften legitimerweise atypische Arbeitskämpfungfformen sowohl mit Blick auf die Mittelauswahl als auch mit Blick auf die Durchführung überraschend einsetzen können. Sie dürfen sich aber nicht der Kontrolle des Mittels in der Weise begeben, dass es durch das Verhalten Dritter zu einer unkontrollierten Kettenreaktion wird, die den sozialen Gegenspieler unverhältnismäßig schädigt.

5. Zieldefinition

Ein Arbeitskämpfung kann ohne Frage mobilisierend und organisierend wirken. Ein erfolgreicher Arbeitskämpfung und vor allem der daraus hervorgegangene Tarifvertrag kann wirksames Werbemittel für die Organisation sein. Ob die atypischen Arbeitskämpfungfformen auch allein zum Zweck des Organizing benutzt werden können, muss hier nicht beantwortet werden. Denn vorliegend geht es vor allem um kreative Arbeitskämpfungfformen zur Erreichung des Abschlusses eines Tarifvertrages. Damit aber ist hier ein legitimierendes Arbeitskämpfungziel vorausgesetzt. Nichts spricht dagegen, dass die Gewinnung neuer Mitglieder als Begleitziel verfolgt wird.²⁶⁷ Das findet im Übrigen eine Bestätigung in einer Kontrollüberlegung: Wenn der Gewerkschaftswettbewerb in Art. 9 Abs. 3 GG angelegt ist,²⁶⁸ darf die Rechtsordnung sich dem Bemühen der Gewerkschaften um Mitglieder nicht grundlos entgegenstellen. Das darf freilich nicht auf Kosten Dritter geschehen, etwa wenn ein Arbeitgeber grundlos bestreikt würde, nur um die Schlagkräftigkeit der Organisation gegenüber potentiellen Mitgliedern zu verdeutlichen.²⁶⁹ Denn diesem Arbeitskämpfung fehlt ein Kämpfungziel, das von Seiten der Arbeitgeber erfüllt werden könnte. Hingegen hat die Rechtsprechung etwa einfache²⁷⁰ Differenzierungsklau-

²⁶⁶ Vgl. Nachw. in Fn. 263

²⁶⁷ A.A. ohne Begründung *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 345 f.

²⁶⁸ BAG NZA 2010, 645, 656; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfungpluralität, München 2010, S. 125 ff.; *Dieterich*, FS Zachert, S. 532 ff.

²⁶⁹ Allerdings hat es in der Geschichte schon diesbezüglich provozierte Tarif-Arbeitskämpfe gegeben. Vgl. *Kittner* (Fn. 9), S. 666 f.

²⁷⁰ Nicht sog. Spannenklauseln: BAG NZA 2011, 920; krit. *Schubert*, ZTR 2011, 579 ff.

seln anerkannt,²⁷¹ was dieses tarifpolitische Ziel auch zum zulässigen Gegenstand eines Arbeitskampfes macht. Letztlich ist ja sogar die Organisierung der Arbeitgeber in Arbeitgeberverbänden, ein legitimer Begleit Zweck des Arbeitskampfes. Das wird etwa deutlich daran, dass die Rechtsprechung des BAG die Einbeziehung des Außenseiter-Arbeitgebers in den Verbandsarbeitskampf im Falle dynamischer Verweisung des Firmentarifvertrags auf den Verbandstarifvertrag billigt.²⁷² Denn ein nahe liegender Umgang des Arbeitgebers mit dem Druck des Arbeitskampfes könnte der Beitritt zum Arbeitgeberverband sein. Lediglich der unmittelbar auf den Beitritt bzw. Verbleib des Arbeitgebers zum Arbeitgeberverband gerichtete Arbeitskampf wäre unzulässig. Das wäre ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Koalitionsfreiheit.²⁷³ Gerade an letzterem wird die Grenzlinie deutlich: Organizing als (auch gewollter) Begleit Zweck eines erlaubten tarifbezogenen Arbeitskampfes ist zulässig. Demgegenüber ist der nur dem Organizing gewidmete Arbeitskampf unzulässig.

Als *Zwischenfazit* ist festzuhalten, dass atypische Arbeitskampf Formen nicht exklusiv mit dem Ziel des Organizing eingesetzt werden dürfen, dieses aber durchaus als gewollten Begleit Zweck eines zulässigen Tarifarbeitskampfes anstreben dürfen.

6. Weitere Rechtmäßigkeitskriterien

Allein der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle erwähnt werden, dass atypische Arbeitskampf Formen selbstverständlich ebenso wie die klassischen den allgemeinen von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Zulässigkeit eines Arbeitskampfes genügen müssen. Das gilt beispielsweise für den Ausschluss „wilder Streiks“²⁷⁴ oder die Einhaltung der Friedenspflicht²⁷⁵.

IV. Einzelfragen

Im Folgenden werden eine Handvoll atypischer Arbeitskampf Formen konkret in den Blick genommen und einer Bewertung anhand der vorstehenden Maßstäbe (III. 2.-6.) unterzogen. Zweck ist vor allem die Veranschaulichung. Die Beispiele sind folglich nicht abschließend.

1. „Wer später kommt, geht früher“

Eine bewusste Nutzung vertragsrechtlich bestehender Spielräume stellt die Aktion „Wer später kommt, geht früher“ dar. Es handelt sich nicht um die an sich vertragsrechtlich unzulässige und daher rechtfertigungsbedürftige Vorenthaltung der Arbeitsleistung, sondern um ein zulässiges Verhalten, bei dem flexible Arbeitszeiten in dem Maße genutzt werden, dass die Arbeitsleistung weitestgehend zurückgehalten wird²⁷⁶.

An sich bestehen nach den Überlegungen oben (II.) keine Zweifel, dass es sich um eine zulässige Maßnahme handelt.²⁷⁷ Es stellt sich nur die Frage, ob eine andere Bewertung unter dem

²⁷¹ BAG NZA 2009, 1028.

²⁷² S.o. Fn. 71.

²⁷³ Vgl. BAG AP Nr. 22 zu § 3 TVG Verbandszugehörigkeit.

²⁷⁴ S. z.B. BAG AP Nr. 106 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁷⁵ S. z.B. BAG AP Nr. 76 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁷⁶ Vgl. etwa *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 233.

²⁷⁷ In diesem Sinne *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 233.

Gesichtspunkt eines Missbrauchs durch kollektive Ausübung geboten ist. Eine vergleichbare Fragestellung hatte die Rechtsprechung bereits zu beantworten mit Blick auf kollektive Individualkündigungen. Die ältere Rechtsprechung sah in ihr einen Arbeitskampf,²⁷⁸ wenngleich die Literatur dem ablehnend gegenüber steht²⁷⁹. Ob sich diese Bewertung nach der neueren Rechtsprechung noch aufrecht erhalten lässt, wird in der Literatur allerdings bezweifelt.²⁸⁰ Das Hauptproblem der Kollektivkündigung liegt freilich darin, dass sie, wenn sie nicht von einer Gewerkschaft getragen ist, einen „wilden Streik“ darstellen könnte, ein Problem, das sich im Rahmen dieser Untersuchung, bei der es um atypische Kampfformen der Gewerkschaften geht, gerade nicht stellt. Ebenso wenig stellen sich vorliegend Probleme der tariflichen Friedenspflicht.²⁸¹ Das zentrale Problem liegt vielmehr darin, ob die kollektive Zwecksetzung die Inanspruchnahme individueller Entscheidungsspielräume rechtswidrig erscheinen lassen kann.

Nun kann man sicher Bedenken erwägen, wenn die Arbeitnehmer zweckbestimmte Rechte zu anderen als den intendierten Zwecken ausüben. So dienen Zurückbehaltungsrechte nach §§ 273, 320 BGB dazu, dem Gläubiger ein Mittel zu geben, um die Erfüllung seiner Gegenrechte zu erzwingen. Jedoch wurde sogar für solche Rechte in der Literatur angenommen, sie dürften darüber hinaus zur Verfolgung weiterer Ziele eingesetzt werden.²⁸² Ob das auch die Durchsetzung von Regelungsinteressen (Tarifvertrag) erlaubt, muss hier allerdings nicht weiter erörtert werden. Denn arbeitszeitliche Gestaltungsspielräume intendieren keine besonderen Zwecke. Sie können vielmehr grundsätzlich aus jedem egoistischen Motiv genutzt werden. Insoweit ist unerheblich, ob es um die Koordinierung von Familienpflichten oder beispielsweise um Gesellschaftsinteressen geht. Wenn aber die Rechtsausübung aus jedem Motiv gestattet ist, dann ist sie es auch, wenn damit eine bessere Regelung der Arbeitsbedingungen erstrebt wird.²⁸³ Insoweit gilt letztlich nichts anderes als bei der kollektiven Verweigerung von Überstunden.²⁸⁴ Auch beim „Dienst nach Vorschrift“ gibt es eine Parallele: Soweit er nicht über die Beachtung verbindlicher Vorschriften hinaus das bewusste Missverstehen und damit die teilweise Zurückhaltung der Arbeitskraft im Sinne eines Bummelstreiks meint,²⁸⁵ kann es nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die Arbeitnehmer die für sie verbindlichen Vorschriften außer aus Rechtstreue noch aus anderen Motiven beachten.²⁸⁶

Allerdings ist die Rechtsprechung beim Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang nach § 613a Abs. 6 BGB davon ausgegangen, dass dieses nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden dürfe.²⁸⁷ Grundsätzlich sei zwar unerheblich, aus welchen Gründen der Arbeitnehmer den Widerspruch erhebe. Die Ausübung dieses Rechts dürfe aber nicht rechtsmissbräuchlich erfolgen. Die kollektive Ausübung des Widerspruchsrechts sei allerdings noch nicht rechtsmissbräuchlich. Er dürfe aber nicht zur Erreichung unzulässiger Ziele eingesetzt werden. Letzteres sei beispielsweise der Fall, wenn es den Arbeitnehmern um die Verhinderung des Betriebsübergangs als solchen oder um Erzielung von Vorteilen, auf die kein Anspruch bestehe,²⁸⁸ gehe. Die Anwendung arbeitskampfrechtlicher Grundsätze lehnte das BAG

²⁷⁸ BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁷⁹ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 28 Rn. 11 ff.; Otto (Fn. 9) § 11 Rn. 36; Gamillscheg (Fn. 9), S. 988 ff.

²⁸⁰ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 28 Rn. 10.

²⁸¹ Vgl. allg. zu dieser Problematik bei der kollektiven Ausübung individueller Rechte ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 282.

²⁸² Däubler-Däubler (Fn. 9), § 28 Rn. 52.

²⁸³ Vgl. für die – ebenfalls nicht an intendierte Zwecke gebundene – Kündigung Gamillscheg (Fn. 9), S. 990.

²⁸⁴ Vgl. m.w.N. Däubler-Däubler (Fn. 9), § 28 Rn. 3; ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 272.

²⁸⁵ Vgl. Otto (Fn. 9) § 10 Rn. 48; Gamillscheg (Fn. 9), S. 1063 f.; ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 273.

²⁸⁶ So aber Zöllner, FS Bötticher, 1969, S. 434, Fn. 29; richtig hingegen Däubler-Däubler (Fn. 9), § 29 Rn. 26;

vgl. ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 274.

²⁸⁷ BAG AP Nr. 275 zu § 613a BGB.

²⁸⁸ Krit. dazu allerdings Krause, RdA 2006, 228, 232.

indes bei der kollektiven Ausübung des Widerspruchsrechts ab.²⁸⁹ Damit ist am Ende auch offen geblieben, ob das BAG den Einsatz des Widerspruchsrechts durch kollektiv gleichförmige Ausübung nach Aufruf durch die Gewerkschaft zur Erreichung weitergehender Zwecke billigen würde.²⁹⁰

In einer späteren Entscheidung ist das BAG davon ausgegangen, dass ein rechtsmissbräuchlicher Einsatz des Widerspruchsrechts nicht darin liege, dass neben der Verhinderung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses weitere Ziele wie die Schaffung einer Grundlage für die Verhandlung eines besseren Arbeitsvertrages mit dem Betriebserwerber verfolgt werden.²⁹¹ Offensichtlich handelt es sich um eine Klarstellung, dass der Widerspruch des Arbeitnehmers nicht schon dann missbräuchlich ist, wenn mit ihm neben einer Verhinderung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auch andere Motive verfolgt werden.²⁹² Grundsätzlich erscheint es also nicht ausgeschlossen, dass mit der Ausübung des Widerspruchsrechts weitergehende Zwecke verfolgt werden.²⁹³

Allerdings hält die Rechtsprechung es für möglich, dass der kollektive Abbau von Zeitguthaben am arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzip scheitert.²⁹⁴ Im konkreten Fall wurde das allerdings verneint, weil eine Paritätsverschiebung nicht ernsthaft in Betracht kam. Diese Heranziehung des Paritätsprinzips wurde in der Literatur als „überraschend“²⁹⁵ bezeichnet. Gemeint ist damit der Befund, dass die Ausübung individueller Rechte an einem arbeitskampfrechtlichen Grundsatz gemessen werden soll. Allerdings hat die Rechtsprechung auch bislang schon individuelle Rechte im Arbeitskampf dem kollektiven Geschehen untergeordnet, namentlich bei der Zuweisung des Arbeitskampfrisikos²⁹⁶. Eher schon ergeben sich – wie im vom BAG entschiedenen Fall - Zweifel, ob die Ausnutzung arbeitszeitlicher Gestaltungsspielräume wirklich solchen Druck zu erzeugen vermag, dass die Parität infrage gestellt ist.²⁹⁷

Nach allem spricht nichts dagegen, dass die Arbeitnehmer individuelle Gestaltungsspielräume auch als Mittel zur Entfaltung kollektiven Drucks im Rahmen von Tarifverhandlungen nutzen. Da dies eine Störung der Vertragsverhältnisse im Rahmen der kollektiven Arbeitsbeziehung darstellt, ergeben sich keine besonderen Anforderungen aus der Einbeziehung Dritter. Aus Sicht der Gewerkschaft kann dieses Instrument im Rahmen der freien Kampfmittelwahl nach kampftatktischen Opportunitätsabwägungen eingesetzt werden. Es kommt streikbegleitend wie streikersetzend in Betracht, obwohl Letzteres wahrscheinlich kaum genügend Druck erzeugen könnte, um effektiv Tarifverhandlungen führen zu können. Andererseits kann dieses Mittel recht effizient sein, da gerade die koordinierte Ausübung Engpässe beim Abruf der Arbeitskraft erzeugen kann. Der Arbeitgeber kann es auch nicht ohne weiteres unterlaufen, wie dies etwa bei der Ausübung bestehender Zurückbehaltungsrechte der Fall ist, die entfallen, wenn der Arbeitgeber das Gegenrecht respektiert, beispielsweise zu arbeitsschutzkonformen Zuständen zurückkehrt. Dass die für den Einsatz von Arbeitskampfmitteln allgemein geltenden Grenzen einzuhalten sind (vgl. o. III. 6.) ändert nichts an der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit dieser atypischen Arbeitskampfform.

²⁸⁹ A.A. *Rieble*, NZA 2005, 1, 3 ff.

²⁹⁰ Vgl. auch *Krause*, RdA 2006, 228, 234.

²⁹¹ BAG AP Nr. 368 zu § 613a BGB.

²⁹² Ersichtlich sollte diese Entscheidung auf Linie der bisherigen Rechtsprechung bleiben und nicht eine differenzierte Sichtweise für individuelle Widersprüche in Abgrenzung zu kollektiv ausgeübten Widersprüchen begründen, vgl. *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 28 Rn. 66.

²⁹³ Enger hingegen *Rieble*, NZA 2005, 1, 3 ff.

²⁹⁴ BAG AP Nr. 170 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁹⁵ So *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 28 Rn. 8.

²⁹⁶ Vgl. BAG AP Nr. 70 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁹⁷ Auch hierauf weist *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 28 Rn. 8, hin.

2. Aktive Mittagspause

Qualitativ einen Schritt weiter geht die „aktive Mittagspause“. Hier wird unter Überschreitung der Grenzen vertraglicher Spielräume die Mittagspause geringfügig überschritten.

Da dieses Instrument tatbestandlich eine Verletzung vertraglicher Pflichten bedeutet, bedarf der einzelne Arbeitnehmer einer Rechtfertigung. Diese kann nur in Betracht kommen, wenn die Aktion als zulässige Arbeitskampfmaßnahme anzusehen ist. Im Grunde genommen ist dies ja gar nicht so problematisch, hält man sich vor Augen, dass man es im Prinzip mit nichts anderem zu tun hat als mit einem minimalen Streik: Die Arbeitskraft wird zurückgehalten. Eingehalten werden müssen dann aber sämtliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Streiks, etwa die Einhaltung der Friedenspflicht. Erforderlich ist auch die Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber.

Probleme aus der Einbeziehung Dritter ergeben sich auch hier nicht. Vielmehr stellt sich ein anderes Problem, das eng mit dem Gesichtspunkt des Überraschungsmoments zusammenhängt: Die aktive Mittagspause kann sehr punktuell eingesetzt werden. Schäden werden u.U. schon durch Überziehungen der Mittagspause einzelner hervorgerufen. Auch wenn nur einzelne zur aktiven Mittagspause aufgerufen werden, ändert das nichts am Vorliegen eines kollektiven Geschehens. Der Arbeitgeber kann allerdings kaum effektiv die vertragsrechtlichen Konsequenzen ziehen. Wenn nicht die ganze Abteilung eine aktive Mittagspause eingelegt hat, wird oft gar nicht mehr erfasst werden können, wer beteiligt war, mit der Folge, dass der Arbeitgeber aus faktischen Gründen an der berechtigten Lohninbehaltung gehindert ist.

Damit versagt der „Fliehkraftregler“, der in der Selbstschädigung durch Lohnverlust bei Arbeitsverweigerung liegt, weitgehend. Dadurch ist der Arbeitgeber diesem Instrument indes nicht schutzlos ausgeliefert. Zum einen kann er durch effektive Arbeitszeitkontrolle, zu der er nach entsprechender Erklärung der Gewerkschaft durchaus Anlass hat, seine vertragsrechtlichen Reaktionen gegenüber den kampfteilnehmenden Arbeitnehmern vorbereiten. Zudem kann das Instrument nur beschränkte Wirkungen erzeugen, da die vertragsrechtlichen Instrumente nur bei geringfügigen Mittagspausenüberziehungen (unterhalb der Aufmerksamkeitsschwelle) versagen. Es handelt sich mehr um Nadelstiche als um handfeste Hiebe. Insoweit gilt an sich nichts anderes als beim Warnstreik, der faktisch auch nicht immer hinsichtlich der Entlohnung der beteiligten Arbeitnehmer sanktioniert ist.

Es bleibt allerdings eine Unwegsamkeit, die in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zum sick-out wurzelt. Der BGH hatte mit Urteil vom 31.1.1978 entschieden, dass eine solche Aktion, bei der „unter dem Deckmantel der Individualbeziehungen“ ein Arbeitskampf geführt werde, sittenwidrig sei, weil der Arbeitgeber ihr nicht wirksam begegnen könne und zudem keine ausreichende Grundlage für die Beurteilung des Kräfteverhältnisses habe.²⁹⁸ Auf Bedenken gegen diese Rechtsprechung mit Blick auf das ILO-Übereinkommen Nr. 87 sei allerdings hingewiesen.²⁹⁹ Zwar mag man für die aktive Mittagspause argumentieren, dass (insoweit anders als beim Nachweis fehlender Krankheit) bei entsprechendem Willen eine Antwort auf individualrechtlicher Ebene möglich ist. Auszuschließen ist aber nicht, dass der Sittenwidrigkeitsvorwurf gerade daraus hergeleitet wird, dass der Arbeitgeber in der kollektiven Auseinandersetzung in eine Art individualrechtlichen Häuserkampf hinein genötigt wird. An dieser Stelle mag deshalb der Hinweis genügen, dass der Einsatz der aktiven Mittagspause als gewerkschaftlich getragene³⁰⁰ atypische Arbeitskampfform nicht ohne Risiken ist.

²⁹⁸ BGH AP Nr. 61 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

²⁹⁹ S.o. bei Fn. 187.

³⁰⁰ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 28 Rn. 72, verweist für das sick-out auf die Möglichkeit, diese Instrumente der Initiative des Einzelnen zu überlassen.

3. Flashmob, Beispiel: Aktion „Dreckiger Schuh“

Blitzhafte Mobilisierungen („Flashmob“) sind in vielfältigen anderen Formen als in dem bekannten Fall der Betriebsstörungen im Lebensmitteleinzelhandel denkbar. Im Gebäudereinigungshandwerk ist eine Aktion erdnen worden, bei der Dritte als Besucher mit schmutzigem Schuhwerk ein Kaufhaus verunreinigen und einen erneuten Reinigungseinsatz erforderlich machen.³⁰¹ Auch eine solche Maßnahme ist ein finaler Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, u.U. durch die Verschmutzung auch in das Eigentumsrecht am Gebäude, und bedarf daher der Rechtfertigung. Wie in den Fällen des „Pseudo-Kaufs“, wie er der Flashmob-Entscheidung des BAG³⁰² zugrunde lag, handelt es sich um eine im Rahmen der Kampfmittelefindungsfreiheit zulässige Maßnahme der Koalitionsbetätigung. Auch ihr Einsatz unterliegt der freien Wahl der Kampfmittel (s.o. III. 2.).

Das BAG hatte in seiner Flashmob-Entscheidung dieses Kampfmittel zwar sehr zurückhaltend als „nicht generell rechtswidrig“ bezeichnet.³⁰³ Das ist freilich weniger auf die grundsätzliche Rechtswidrigkeit des Kampfmittels und eine ausnahmsweise zu begründende Rechtmäßigkeit zurückzuführen als vielmehr auf richterliche Zurückhaltung bei der generellen Bewertung von Kampfmitteln, deren konkrete künftige Gestalt nicht in allen Einzelheiten absehbar ist. Auch andere Flashmob-Aktionen, wie die hier erörterte Aktion „Dreckiger Schuh“, sind daher potentiell zulässige Koalitionsbetätigungen, die einer Bewertung anhand der Maßstäbe o. III. 2.-6. bedürfen.

Im Grundsatz ist es richtig, dass die Beteiligung Dritter am Arbeitskampf an sich nichts Unerlaubtes ist; so darf die Gewerkschaft auch Personen als Streikposten einsetzen, die nicht im bestreikten Betrieb beschäftigt sind.³⁰⁴ Anders als bei derartigen Hilfstätigkeiten unterstützen beim Flashmob Dritte aber nicht nur den Arbeitskampf der Arbeitnehmer, sondern werden selbst zu den zentralen Akteuren. Hier stellt sich das Hauptproblem der Beherrschbarkeit mit Blick auf Exzessgefahren durch aktive Beteiligung Dritter (III. 3.).³⁰⁵ Insoweit ist zu fordern, dass die Gewerkschaft das Geschehen hinsichtlich Intensität und Dauer in der Hand behält. Zu fordern ist, dass der Flashmob-Aufruf an einen beschränkten Teilnehmerkreis und nicht an eine unbegrenzte Öffentlichkeit ergeht. Darüber hinaus darf die Gewerkschaft das Heft des Handelns nicht aus der Hand geben. Dazu muss sie dafür sorgen, dass entweder die Teilnehmer auch hinsichtlich der Beendigung der Arbeitskampfmaßnahme erreicht werden können (per SMS, Lautsprecherdurchsage etc.) oder die Begrenzung auf eine punktuelle Maßnahme („flash“) von vornherein angelegt ist („Bitte nur einmal ...“). Sicher kann im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch verlangt werden, dass naheliegende Nachahmungen (Trittbrettfahrer!) ausgeschlossen werden. Das ist bei einer Aktion „Dreckiger Schuh“ indes ohnehin schon der Sache nach angelegt. Denn es muss ja um über das übliche Maß der Verunreinigung durch Straßendreck hinausgehende Beschmutzungen gehen. Das aber erfordert, dass der Einzelne sich aktiv um schmutziges Schuhwerk bemüht. Nimmt man hinzu, dass der Einzelne für eine wahrnehmbare Aktion nicht genügt, besteht die Gefahr einer Eskalation durch Trittbrettfahrer bei gewöhnlichem Verlauf nicht. Sollte es indes dennoch dazu kommen, sind derartige Exzesse der Gewerkschaft nicht mehr zuzurechnen.³⁰⁶

Die vom BAG³⁰⁷ letztlich offen gelassene Frage, ob sich eine Grenze ergeben kann, wenn ein Flashmob faktisch auf eine Betriebsblockade hinausläuft³⁰⁸, stellt sich auch bei einer Aktion

³⁰¹ Weitere Beispiele bei Däubler-Däubler (Fn. 9), § 31 Rn. 4.

³⁰² S.o. Fn. 85.

³⁰³ Krit. insoweit Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 9), AKR Rn. 216.

³⁰⁴ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 31 Rn. 9.

³⁰⁵ Grundsätzliche Zweifel insoweit bei Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 9), AKR Rn. 219.

³⁰⁶ S.o. bei Fn. Fehler! Textmarke nicht definiert..

³⁰⁷ BAG AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

„Dreckiger Schuh“ nicht.³⁰⁹ Nach hier vertretener Ansicht (s.o. III. 1.) ist die Frage zu verneinen.

Die Gewerkschaft muss erkennbar machen, dass sie Trägerin der Aktion ist.³¹⁰ Grundsätzlich muss sie aber nicht die Einzelheiten der Maßnahme im Voraus mitteilen.³¹¹ Das Überraschungsmoment (III. 4.) bleibt von zentraler Bedeutung für den Erfolg des Flashmob.

Auch wenn es in der BAG-Entscheidung um eine streikbegleitende Maßnahme ging, ist der Flashmob ohne weiteres auch ohne entsprechendes Streikgeschehen als Arbeitskämpfungsmittel zulässig.

4. Internetblockade

Während die verringerte Leistung mit Auswirkungen auf Qualität und/oder Umfang der Informationen im Internetauftritt des Arbeitgebers³¹² der Sache nach ein Bummelstreik ist, ist der Angriff auf die virtuelle Welt des Arbeitgebers anders zu bewerten. Ein solcher Angriff kann etwa durch Massen-Spammails oder durch massenhaften Zugriff auf den Internetauftritt erfolgen. Beides lässt sich durch eine einzelne Person im Wege des Erstellens und Auslösens eines Programms oder durch eine breite Öffentlichkeit im Wege paralleler Verhaltensweisen erreichen.

Die Qualität solcher Aktionen als Arbeitskämpfung wird man nicht einfach mit der Überlegung verneinen dürfen, dass jeder einzelne ohne Rechtsverletzung eine Seite aufgerufen oder eine E-Mail geschrieben habe. Denn zumindest durch den bewussten und gewollten Summierungseffekt tritt eine darüber hinausgehende Wirkung (Versagen des Systems) ein, die ihrerseits eine Rechtsverletzung darstellen kann. Umstritten ist, ob solche Blockaden Straftatbestände erfüllen.³¹³ In Betracht kommen aber auch Schadensersatz- und Beseitigungs- sowie Unterlassungsansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB. In beiden Fällen ist eine Rechtfertigung als Arbeitskämpfungsmäßnahme zu prüfen.³¹⁴

Dabei ist davon auszugehen, dass im Rahmen der Kampfmittelefindungsfreiheit die Internetblockade durch „Mail-“ oder „Zugriffsverstopfung“ als Koalitionsbetätigung vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst ist.³¹⁵ Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muss die Gewerkschaft für die Beherrschbarkeit des Mittels sorgen. Denn der bereits angesprochene „Fliehkraftregler“ in Form der notwendigen Selbstschädigung versagt hier. Das Beherrschen funktioniert sicher besser, wenn die Attacke durch Programme durchgeführt wird als durch gleichförmiges Verhalten unter Einbeziehung Dritter. Andererseits kann es auch berechtigtes Anliegen der Koalitionsbetätigung sein, die Öffentlichkeit auf diese Weise zu mobilisieren, um Druck auf den Arbeitgeber auszuüben. Kontrollverluste lassen sich insoweit weitgehend dadurch verhindern, dass nicht eine anonyme und unbeschränkte Öffentlichkeit angesprochen wird, sondern der Einzelne per Mail via Mailingliste unter Hinweis auf den begrenzten Charakter der Aktion, Aufforderung, keine beleidigenden Mails zu schreiben, Virenangriffe zu unterlassen etc. Zu fordern ist auch, dass die Gewerkschaft einem Kontrollver-

³⁰⁸ Diese wird von der h.M. für rechtswidrig gehalten, s.o. B III. 1.

³⁰⁹ Zu dieser Frage in Bezug auf den Flashmob durch Pseudokäufer vgl. Däubler-Däubler (Fn. 9), § 31 Rn. 12.

³¹⁰ BAG AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskämpfung.

³¹¹ Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen (Fn. 9), AKR Rn. 217.

³¹² Beispiel bei Däubler-Däubler (Fn. 9), § 31 Rn. 16.

³¹³ Dazu Däubler-Däubler (Fn. 9), § 31 Rn. 18 m.w.N. Verneinend für eine Online-Demonstration OLG Frankfurt/M. MMR 2006, 684

³¹⁴ Vgl. auch BAG AP Nr. 137 zu Art. 9 GG, wo es um eine Rechtfertigung der Gewerkschaftswerbung per E-Mail durch die Koalitionsbetätigungsfreiheit ging.

³¹⁵ Däubler-Däubler (Fn. 9), § 31 Rn. 19.

lust entgegentritt, der naheliegenderweise dadurch eintreten kann, dass der angesprochene Teilnehmerkreis sich seinerseits an eine unbegrenzte Öffentlichkeit wendet, etwa über soziale Netzwerke wie „Facebook“. Bei solchen Vorkehrungen ist unter normalen Umständen nicht mit einer Verselbständigung des Geschehens zu rechnen. Sollte es dennoch dazu kommen, ist das der Gewerkschaft ebenso wenig anzulasten wie sonst Exzesse beim klassischen Streik.³¹⁶

Problematisch ist, dass der Arbeitgeber kaum Möglichkeiten zur Gegenwehr haben dürfte. Das Sperren eines Internetportals³¹⁷ führt beispielsweise nicht zur Störungsbeseitigung, sondern allenfalls zu deren Vertiefung. Auch das Ausweichen auf einen anderen Server³¹⁸ wird nicht immer helfen. Allerdings hat der Arbeitgeber auch beim Vollstreik letztlich kaum Möglichkeiten der Gegenwehr. Hier kann er aber im Wege des Durchstehens auf das Nachlassen der Durchsetzungskraft der Gewerkschaft (Ausbluten der Streikkasse, Belastung der Arbeitnehmer durch Lohnverluste) warten. Eine vergleichbare Aussicht fehlt bei der Internetblockade, so dass die Verhältnismäßigkeit nur bei kurzzeitigen Blockaden (einige Stunden, gegebenenfalls an verschiedenen Tagen wiederholt) gewahrt sein dürfte.

Die notwendige Erkennbarkeit, dass die Gewerkschaft Initiator der Aktion ist, wird schon in ihrem Eigeninteresse liegen, weil die Blockade sonst kaum geeignetes Mittel zur Druckausübung ist und auch die Öffentlichkeit kaum für die Angelegenheit gewonnen werden könnte.

Ausgeschlossen sein muss, dass die Blockade weitergehende Schäden hervorruft, indem etwa Softwareschäden (Viren!) auftreten oder Daten verloren gehen.³¹⁹ Das ist aber noch nicht der Fall, wenn Internetnutzer beim Aufruf der Arbeitgeberseite vorübergehend umgeleitet werden auf eine Seite, die über den Arbeitskampf und das gewerkschaftliche Anliegen informiert. Eine solche Aktion beschränkt sich vielmehr auf Maßnahmen der Einbeziehung der Öffentlichkeit in den Arbeitskampf, die grundsätzlich zulässig sind (s.o. III. 3. a). Solange die Sachlichkeit dabei gewahrt bleibt, handelt es sich um ein verhältnismäßiges Mittel, das bei einer Interessenabwägung nicht übermäßig in die Rechte des Arbeitgebers eingreift. Innerhalb dieser Grenzen hat das LAG Köln auch die Verteilung von Informationsblättern der Gewerkschaft an Zeitungsabonnenten während des Arbeitskampfes gebilligt.³²⁰ Nicht anders ist dann auch eine Maßnahme wie der "Tag des Kunden", bei dem die im Arbeitskampf befindlichen Arbeitnehmer die Kunden des bestreikten Betriebes besuchen und so für die Legitimität ihres Arbeitskampfes werben.

5. Boykott und Verruf

Der Verruf als Aufruf an Dritte, keine Arbeitsverträge mit einem zu boykottierenden Arbeitgeber abzuschließen, wird als zulässiges Arbeitskampfinstrument angesehen.³²¹ Das BAG hat diese Ansicht jedenfalls für den Aufruf, keine Streikbrucharbeiten zu leisten, geteilt.³²²

Soweit der Verruf über die Sicherung der Effektivität des Ausstands hinaus geht, könnte ein Problem darin liegen, dass er über das Ende des Arbeitskampfes hinaus geht. Ihn deswegen als unverhältnismäßige Kampfmaßnahme anzusehen,³²³ ist gleichwohl bedenklich. Denn

³¹⁶ S.o. bei Fn. **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

³¹⁷ So der Hinweis bei *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 223.

³¹⁸ *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 223.

³¹⁹ *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 223; *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 31 Rn. 19.

³²⁰ LAG Köln AP Nr. 145 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; vgl. ferner ArbG Hamburg AuR 1993, 189, wo eine einstweilige Verfügung gegen die Verteilung eines Informations-Flugblatts an Reisende im Zugrestaurant abgelehnt wurde.

³²¹ *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 28 Rn. 73 ff.; ausführl. zu möglichen Grenzen *Otto* (Fn. 9) § 11 Rn. 28 f.

³²² BAG AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

³²³ *Otto* (Fn. 9) § 11 Rn. 29.

letztlich ist der Boykottaufruf Ausübung der Meinungsfreiheit.³²⁴ Solange er sich auf den Aufruf beschränkt, von der Privatautonomie in bestimmter Weise Gebrauch zu machen, fehlt es schon an der Rechtswidrigkeit.³²⁵ Er kann aber zumindest im Rahmen einer Abwägung mit den gegenläufigen Interessen des Boykottierten zulässig sein.³²⁶ Solange dieser also nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen unter Berücksichtigung der mittelbaren Drittwirkungen der Grundrechte als zulässig anzusehen ist, kann er nicht rechtswidrig werden, wenn er durch eine Koalition ausgeübt wird (vgl. o. I.). Die Behauptung, eine „handfeste Auseinandersetzung um Arbeitsbedingungen“ sei kein von Art. 5 Abs. 1 GG erfasster Meinungsstreit,³²⁷ entbehrt jeglicher Grundlage. Selbst wenn dem aber so wäre, wäre nicht einsichtig, warum das, was als Meinungsäußerungsfreiheit zulässig wäre, als Koalitionsbetätigung unzulässig sein soll, obwohl Art. 5 Abs. 1 GG einen Gesetzesvorbehalt kennt, der bei Art. 9 Abs. 3 GG fehlt. Einen Schutz vor der Aufforderung, in bestimmter Weise von der Vertragsfreiheit Gebrauch zu machen, gewährleistet die Rechtsordnung gerade nicht, solange nicht die Grenze der sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) erreicht ist.³²⁸

Hiervon zu unterscheiden ist der Aufruf Dritter zum Boykott. Zu denken ist etwa an den Aufruf zum Verbraucherboykott („Käuferstreik“). Konsumenten werden aufgerufen, beim Arbeitgeber keine Waren oder Dienstleistungen zu kaufen. Dadurch können in der Tat massive wirtschaftliche Nachteile für den Arbeitgeber eintreten. Dass diese generell weniger schwer wiegen als beim Streik,³²⁹ kann man auch nicht behaupten. Gerade wo der Streik als klassische Kampfform versagt, wie dies teilweise im Einzelhandel der Fall ist, kann der Boykottaufruf unter Umständen überhaupt erst nennenswerten Druck durch wirtschaftlichen Schaden entfalten.

Auch hier kann man sich fragen, ob es sich beim Boykottaufruf um ein Arbeitskämpfungsmittel handelt, oder ob dieser nicht – soweit es nicht um den Aufruf zum Vertragsbruch, sondern um die Ausübung von Kündigungsrechten bzw. negativer Vertragsfreiheit geht³³⁰ - von vornherein erlaubtes Mittel ist.³³¹ Die h.M. geht jedenfalls davon aus, dass es sich um eine von der Kampfmittelfreiheit gedeckte Arbeitskämpfmaßnahme handelt.³³² Das LG Düsseldorf hat in einem Fall des Aufrufs zum Verbraucherboykott die Meinungsfreiheit in einem Abwägungsprozess als vorrangig betrachtet.³³³

Als problematisch erweist sich die Beherrschbarkeit des Mittels mit Blick auf die Einbeziehung Dritter.³³⁴ Denn die Gewerkschaft kann sich ja nicht gut nach Ende des Arbeitskampfes hinstellen und die Konsumenten zum Kauf bei Firma XY auffordern, zumal der damit verbundene Eingriff in den Wettbewerb ja zu Lasten anderer Arbeitgeber geht und deshalb mittelbar auch zu Lasten anderer Gewerkschaftsmitglieder gehen könnte. Daraus ergibt sich allerdings ein eigenes Interesse der Gewerkschaft, den Boykottaufruf auf das Notwendige und insbesondere auf die Tarifaueinandersetzung zu beschränken. Auf diesen eigenen Antrieb der Gewerkschaft, der diese Form von Konsumentenboykottaufrufen von üblichen Boykottaufrufen gegen Unternehmen unterscheidet, sollte die Rechtsordnung im Grundsatz vertrauen. Vor

³²⁴ Vgl. für den Aufruf zum Verbraucherboykott LG Düsseldorf AuR 2001, 194.

³²⁵ Vgl. für den Verbraucherboykott *Binkert*, Anm. zu LG Düsseldorf, AuR 2001, 195.

³²⁶ BVerfGE 7, 198 - Lüth.

³²⁷ *Rieble*, NZA 2005, 1, 6.

³²⁸ *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 28 Rn. 74.

³²⁹ So *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 30 Rn. 31.

³³⁰ Die Einordnung des Aufrufs zum Vertragsbruch als zulässiges Kampfmittel ist hingegen umstr. (dafür *Gammillscheg* (Fn. 9), S. 1054; *Däubler-Däubler* (Fn. 9), § 30 Rn. 32; a.A. *Otto* (Fn. 9) § 11 Rn. 27).

³³¹ *Binkert*, Anm. zu LG Düsseldorf, AuR 2001, 195.

³³² *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 208; *ErfK-Dieterich* (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 278; *Otto* (Fn. 9) § 11 Rn. 30; a.A. *Rieble*, NZA 2005, 1, 5.

³³³ LG Düsseldorf AuR 2001, 194.

³³⁴ Vgl. *Rieble*, NZA 2005, 1, 5.

diesem Hintergrund genügt es für die Beherrschbarkeit, dass die Gewerkschaft die Erledigung des Boykottanliegens unter Hinweis auf eine erfolgte Einigung erklären kann. Die Arbeitgeber sind auch in dem dadurch beschränkten Rahmen dem Boykottaufruf nicht schutzlos ausgeliefert, sondern können sich selbst durch Öffentlichkeitsarbeit wehren und machen dies regelmäßig auch.³³⁵ Insoweit ist auch der Aufruf zum Verbraucherboykott ein grundsätzlich zulässiges atypisches Arbeitskämpfungsmittel.

6. Fairnesskampagne bei Zeitarbeit

Eine gewisse Nähe zum Verruf wiesen Elemente der sog. Fairnesskampagne der IG Metall in der Zeitarbeitsbranche auf. Leiharbeitsunternehmen wurden zum Abschluss von Fairnessabkommen aufgefordert, die u.a. eine Verpflichtung zur Einhaltung der Tarifverträge von DGB-Tarifgemeinschaft und IGZ/BZA vorsahen. Unternehmen, die kein Fairnessabkommen geschlossen hatten, wurden in einer Liste veröffentlicht, die gleichsam als „Informationsgrundlage“ dienen sollte für die Entscheidung des einzelnen Bewerbers, sich bei einem solchen Unternehmen zu bewerben, bzw. des Betriebsrats des Entleiherbetriebes im Rahmen der personellen Mitbestimmung.

Der Sache nach bedeutet dies noch keinen Boykottaufruf. Gleichwohl ist damit intendiert, dass potentielle Arbeitnehmer und Abnehmer (Entleiher) von ihrer negativen Vertragsfreiheit Gebrauch machen. So soll der Druck auf die Verleiher entstehen, damit diese bestimmte Arbeitsbedingungen anerkennen. Da ein expliziter Boykottaufruf unterblieb, kann man zunächst mit dem *argumentum de majore ad minus* darauf schließen, dass die Fairnesskampagne erst recht zulässig ist. Wenn man die intendierte Boykottwirkung ins Zentrum der Betrachtungen rückt,³³⁶ muss man allerdings, wie auch beim Boykott, verlangen, dass die Gewerkschaft die Boykottwirkungen beherrschen kann, weil es sich sonst um eine unverhältnismäßige Maßnahme handeln würde. So etwas ließe sich freilich mühelos bewerkstelligen, indem beispielsweise die Listen regelmäßig in aktualisierter Form veröffentlicht werden, ggf. unter Angabe, wer in der Zwischenzeit dem Fairnessabkommen beigetreten ist. Möglich wäre auch, eine ständig aktuelle Liste im Internet bereitzuhalten.

Vorzugswürdig scheint aber ohnehin eine Sicht, die den Schwerpunkt der Wirkung in der Mobilisierung der Öffentlichkeit sieht. Dies ist dann durch die Meinungsfreiheit gedecktes Verhalten, das zudem zulässige Koalitionsbetätigung ist (vgl. o. III 3.). In diesem Sinne hatte auch das Arbeitsgericht Stuttgart die Veröffentlichung einer Negativliste von nicht tarifgebundenen Unternehmen als einen als Koalitionsbetätigung nach Art. 9 Abs. 3 GG gerechtfertigten Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesehen.³³⁷ Auch soweit man darin der Sache nach Mitgliederwerbung für IGZ bzw. BZA sehen wollte, wäre dies nicht nach dem UWG zu beurteilen.³³⁸ Insoweit gilt nichts anderes als für die gewerkschaftliche Mitgliederwerbung.³³⁹ Bei den einzuhaltenden Grenzen ist ein herausgreifendes Anprangern von vorneherein bereits durch den Charakter der Maßnahme ausgeschlossen.

³³⁵ ErfK-Dieterich (Rn. 7), Art. 9 GG Rn. 279.

³³⁶ So wohl die Einordnung bei *Berg/Platow/Schoof/Unterhinninghofen* (Fn. 9), AKR Rn. 205.

³³⁷ ArbG Stuttgart, Urt. v. 4.4.2008 - 35 Ga 32/08.

³³⁸ ArbG Frankfurt/M. AuR 2009, 51; vgl. *M.Schmidt*, Innovative gewerkschaftliche Aktionen an der Schnittstelle von Arbeitskämpf- und Lauterkeitsrecht, Gutachterliche Stellungnahme S. 4 ff.; auch BGH AP Nr. 32 zu Art. 9 GG (betreffend Flugblatt der Eisenbahn-Gewerkschaft für den Schienenverkehr gegen den Straßenverkehr).

³³⁹ BAG AP Nr. 124 zu Art. 9 GG; vgl. auch BGHZ 42, 210, 218 (zum alten UWG).

E. Fazit

Die Koalitionsbetätigungsfreiheit umfasst die Wahl von Arbeitskämpfungsmitteln. Die Zulässigkeit einzelner Kampfmittel an sich wie die ihres Einsatzes richtet sich nach dem Arbeitskämpfungrecht, das in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung Richterrecht ist. Dieses ist kein in sich geschlossenes System, das nur noch "entdeckt" werden muss beziehungsweise dessen Ableitungen nur noch folgerichtig zu ermitteln sind. Vielmehr ist das Arbeitskämpfungrecht reaktiv, indem Gerichte auf vergangenes Geschehen rechtliche Antworten finden müssen. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind dabei offen für neue Entwicklungen. Auch das Völkerrecht enthält nur punktuelle Grenzen für die richterliche Ausgestaltung des Arbeitskämpfungrechts. Mit der vorliegenden Untersuchung wurden ein paar grundsätzliche Leitlinien für die rechtliche Beurteilung atypischer Arbeitskämpfungformen vorgeschlagen. Die abschließende Betrachtung spezieller Fallkonstellationen diene diesbezüglicher Veranschaulichung und zugleich einer Einordnung in den bisherigen Diskussionsstand.