

Entgrenzter Arbeitskampf?

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 37

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Entgrenzter Arbeitskampf?

6. ZAAR-Tagung
Hamburg, 19. September 2014



ZAAR Verlag München 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@kaar.uni-muenchen.de

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

Printed in Germany

ISSN 1863-0847
ISBN 978-3-939671-32-9

Vorwort

Im Arbeitskampfrecht lassen sich unterschiedliche Tendenzen beobachten. Nach dem Willen des Bundesarbeitsgerichts gibt es neben der Friedenspflicht kaum noch rechtliche Grenzen für Kämpfe. Darunter leidet die Rechtssicherheit. Die Verhältnismäßigkeit, die nach der neuen Rechtsprechung ohnehin keine große Rolle mehr spielt, wird in den Eilverfahren der Instanzgerichte immer wieder situationsbezogen neu gehandhabt. Ein besonderer Impuls geht vom Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 9. April 2014 aus, in dem die „Flashmob“-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts für verfassungsgemäß erklärt worden ist. Damit hat der Staat sein Gewaltmonopol teilweise preisgegeben, und es fragt sich, inwieweit man neuen Kampfmaßnahmen wie Betriebsbesetzungen noch entgegenhalten kann, es handele sich um Straftaten wie Hausfriedensbruch oder Nötigung. Auffällig ist außerdem, dass in der arbeitsteiligen Wirtschaft immer öfter unbeteiligte Dritte Hauptopfer von Arbeitskämpfen werden. Nicht ohne Grund wird bei alledem der Ruf nach dem Gesetzgeber lauter. Während man hier in der Vergangenheit eher ein allgemeines Kodifizierungsanliegen im Auge hatte, geht es mittlerweile um eine Rückkehr zu den früheren Kampfregeln des Bundesarbeitsgerichts oder um die Bewältigung ganz konkreter Probleme, nicht zuletzt um den Schutz der Daseinsvorsorge. Über all das möchten wir gern mit Ihnen diskutieren.

München, September 2014

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Matthias Jacobs

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>Hans Hanau</i>	
Wie kann man dem neuen arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßig- keitsmaßstab Kontur verleihen?	15
 <i>Rüdiger Krause</i>	
Der Flashmob-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Einladung zur Entgrenzung?	43
Diskussion	84
 <i>Markus Sprenger</i>	
Drittbetroffenheit und Drittschaden im Arbeitskampf.....	97
Diskussion	117
 <i>Karsten Gaede</i>	
Strafrechtliche Mindeststandards und strafrechtliche Gestaltungs- möglichkeiten im Arbeitskampf.....	129
Diskussion	160

Lena Rudkowski

Gesetzgeberische Optionen – von der Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge zur umfassenden Kodifizierung	169
Diskussion	183
 Diskussionsteilnehmer	 193
Sachregister	195

Autoren

Gaede, Karsten, Dr. iur., ordentlicher Professor für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Bucerius Law School Hamburg

Hanau, Hans, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht, Helmut Schmidt Universität Hamburg

Krause, Rüdiger, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Georg-August-Universität Göttingen

Rudkowski, Lena, Dr. iur., Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Versicherungsrecht, Freie Universität Berlin

Sprenger, Markus, Dr. iur., stellvertretender Geschäftsführer Kommunalen Arbeitgeberverband Hessen, Frankfurt am Main

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht	BA.....	British Airways
a.a.O.	am angegebenen Ort	BÄO	Bundesärzteordnung
ABl.....	Amtsblatt	BAG	Bundesarbeitsgericht
Abs.	Absatz, Absätze	BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)	BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
a.E.	am Ende	BB.....	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung	BBG	Bundesbeamten-gesetz
AFG	Arbeitsförderungs-gesetz	Bd.	Band, Bände
AG	Aktiengesellschaft	BeamStG	Beamtenstatus-gesetz
AHK.....	Alliierte Hohe Kommission	BeckOK.....	Beck'scher Online-Kommentar
AiB.....	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)	BeckRS	Beck-Rechtsprechung
allg.....	allgemein	BetrVG.....	Betriebsverfassungsgesetz
Alt.....	Alternative	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AöR.....	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)	BGH.....	Bundesgerichtshof
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)	BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
ArbG	Arbeitsgericht	BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
AR-Blattei.....	Arbeitsrechts-Blattei (Loseblattsammlung)	BVerfG.....	Bundesverfassungsgericht
ARS.....	Arbeitsrechts-Sammlung	BVerfGG	Bundesverfassungsgerichts-gesetz
Art.	Artikel	BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
AÜG.....	Arbeitnehmerüberlassungs-gesetz	bzw.	beziehungsweise
Aufl.	Auflage		
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)		
aus.	ausführlich		

CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift	EVG.....	Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft
CDU	Christlich Demokratische Union	EzA.....	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
CGM.....	Christliche Gewerkschaft Metall	f., ff.	folgende
CGZP	Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und PersonalService-Agenturen	FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
CSU	Christlich-Soziale Union	Fn.....	Fußnote, Fußnoten
den.	denselben	FR	Frankfurter Rundschau (Tagesszeitung)
ders.	derselbe	FSAuftrV	Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund	GdF	Gewerkschaft der Flugsicherung
Diss.	Dissertation	GDL.....	Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)	gem.	gemäß
DVBl.....	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)	GG	Grundgesetz
Ed.....	Edition	GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte	HessLVerf	Verfassung des Landes Hessen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention	HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
ErfK.....	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht	Hrsg.	Herausgeber
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift	i. Erg.	im Ergebnis
e.V.....	eingetragener Verein	i.S.d.	im Sinne des

iw.....	Institut der deutschen Wirtschaft Köln	NJW-RR.....	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
iwd.....	Informationen aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln (Zeitschrift)	Nr.	Nummer, Nummern
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts	NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
jew.	jeweils	NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
jurisPR-ArbR..	juris Praxis-Report Arbeitsrecht	NZA-RR.....	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
JuS.....	Juristische Schulung (Zeitschrift)	o.....	oben
JZ	Juristenzeitung	OLG	Oberlandesgericht
KR	Kontrollrat	OT.....	Ohne Tarifbindung
KRG.....	Kontrollratsgesetz	RAG	Reichsarbeitsgericht
krit.....	kritisch	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
LAG	Landesarbeitsgericht	RGBl.....	Reichsgesetzblatt
lit.	littera	RiStBV.....	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
LSG	Lufthansa-Service-Gesellschaft	Rn.	Randnummer, Randnummern
LuftBO.....	Betriebsordnung für Luftfahrtgerät	s., S.	siehe, Seite, Seiten
LuftPersV	Verordnung über Luftfahrtpersonal	SAE.....	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz		
LuftVG.....	Luftverkehrs-gesetz		
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)		
NJW	Neue Juristische Wochenschrift		

SchwarzArbG .	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung	ver.di.....	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
SGB	Sozialgesetzbuch	vgl.	vergleiche
SMS.....	Short Message Service	VVDStRL.....	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands	WM	Weltmeisterschaft
StGB.....	Strafgesetzbuch	ZAAR.....	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
StPO.....	Strafprozessordnung		
StV	Der Strafverteidiger (Zeitschrift)	z.B.	zum Beispiel
TVG.....	Tarifvertragsgesetz	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
u.a.	und andere, unter anderem	ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
UFO.....	Unabhängige Flugbegleiter Organisation	ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
USA	Vereinigte Staaten von Amerika	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
usw.....	und so weiter	ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
VC	Vereinigung Cockpit	ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

Wie kann man dem neuen arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsmaßstab Kontur verleihen?

Hans Hanau

Seite

A. Einleitung	19
I. Prolog	19
II. Das Neue am arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeits- maßstab des BAG	20
1. Schutzbereich: Der Zweck heiligt die Mittel	20
2. Alleinige Kontrolle durch Verhältnismäßigkeitsprinzip	21
a) Neuer Maßstab: Arbeitskampfmittel statt Parität	21
b) Nur Exzesskontrolle	22
III. Konturierung muss an allen neuen Elementen ansetzen	22
IV. Programm	22
1. Beginn mit Einführung in die Grundlagen des Verhältnis- mäßigkeitsprinzips	22
2. Dann Schutzbereich und Eingriff	23
3. Schließlich Rechtfertigung samt Verhältnismäßigkeit	23
B. Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips	23
I. Klassisches Verständnis für das Privatrecht zu undifferenziert	23
II. Bei der Angemessenheitskontrolle privater Gestaltungsmacht sind zwei Funktionen zu unterscheiden	24
1. Bestimmung der Grenzen der Selbstbindung	24
a) Fall: Unterwerfung unter fremde Gestaltungsmacht	24
b) Aufgabe: Konkretisierung der abstrakten Disposition im Einzelfall	24
2. Bestimmung der Schranken für Eingriffskompetenz – Ein- griffsrechtfertigung	25
a) Fall: Freiheitsverkürzung mangels vorgängiger Unter- werfung	25
b) Aufgabe: Bestimmung der Schranken privat- heteronomer Gestaltungsmacht	25

III. Damit korrespondieren zwei Spielarten der Verhältnismäßigkeit.....	25
1. Verbot der Unverhältnismäßigkeit – Übermaßverbot	25
a) Maßgebliche Interessenrelation: Gestaltungsinteresse darf nicht hinter Bestandsinteresse zurückbleiben.....	26
b) Gestaltungsfreiheit bleibt im Rahmen der gegnerischen Ermächtigung erhalten.....	26
c) Auf Eignung und Erforderlichkeit kommt es nicht an.....	26
d) Argumentationslast beim Gestaltungsgegner – in dubio pro libertate.....	26
e) Ausfluss der iustitia commutativa	26
2. Gebot der Verhältnismäßigkeit	26
a) Maßgebliche Interessenrelation: Überwiegen des Eingriffsinteresses gegenüber Bestandsinteresse	26
b) Dafür sind Eignung und Erforderlichkeit Voraussetzung.....	27
c) Argumentationslast beim Gestaltungsmachtinhaber – Vermutung der Unangemessenheit.....	27
d) Ausfluss der iustitia protectiva	27
C. Einordnung des Streiks in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG	27
I. Kein eigenes Grundrecht, nur Hilfsmittel der Tarifautonomie.....	28
II. Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie	28
1. Bündelung von Verhandlungsmacht	28
2. Kartellbildung zur Verschiebung des Marktpreises	28
III. Arbeitskampf nur vertragsakzessorisch – Ableitungszusammenhang	29
1. Kampfmittelfreiheit besteht nur im Rahmen dieser Bündelung von Verhandlungsmacht	29
a) Kommt nur im Gegenseitigkeitsverhältnis zum Tragen.....	29
b) Entfaltet kein Eigenleben auf kollektiver Ebene	29
2. Also: Nur Zurückhalten der eigenen Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber zur Regelung der eigenen Arbeitsbedingungen bei Scheitern der Tarifverhandlungen	30

IV. Fazit: Unterstützungstreik und Flashmob schon deshalb un- statthaft	30
D. Eingriff.....	30
I. Erste Fallgruppe: Überschreiten der Grenzen der Unterwerfung des Arbeitgebers	31
1. Streikrecht als potenzieller Eingriff.....	31
2. Arbeitgeber hat sich aber durch Abschluss des Arbeitsver- trags grundsätzlich auch den eben skizzierten arbeits- kampfrechtlichen Spielregeln unterworfen	31
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung dient hier nur der Eingriffs- prophylaxe	31
4. Fall des Übermaßverbots	32
a) Kein Gemeinwohlvorbehalt!	32
b) Nur Exzesskontrolle.....	32
5. Zwischenergebnis	32
II. Zweite Fallgruppe: Fehlende Unterwerfung Dritter (bzw. gegen- über Dritten)	32
1. Perspektiverweiterung: Dritte haben sich Arbeitskampf- maßnahmen nicht unterworfen	33
2. Unterstützungstreik und Flashmob (hilfsweise Prüfung)	33
3. Streik in der Daseinsvorsorge.....	33
a) Betroffenheit von Dritten eigentlich sozialadäquater Bestandteil von Arbeitskämpfen	33
b) Besondere Betroffenheit der Allgemeinheit in der Daseinsvorsorge	33
aa) Elementare Interessen Dritter betroffen, wenn Leistung notwendig und unersetzbar	34
bb) Ihre Beeinträchtigung ist Teil der Arbeits- kampfstrategie („Geiselhaft“)	34
cc) Zudem Leistungsstörungenrecht hier zur Kompensation weitgehend ungeeignet.....	35
dd) Staat hat Gewährleistungsverantwortung.....	35
c) Fazit: Streik in der Daseinsvorsorge bewirkt recht- fertigungspflichtigen Eingriff in solchermaßen qualifizierte Gemeinwohlbelange	35

E. Rechtfertigung	36
I. Parlamentsvorbehalt	36
1. Mangels Unterwerfung des Gestaltungsgegners kein Fall eines Interessenausgleichs unter gleichgeordneten Grund- rechtsträgern	36
2. Nur der Gesetzgeber kann Sonderopfer legitimieren	36
II. Legitimes Eingriffsinteresse	36
1. Herstellung von Parität, Beitrag zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems	37
2. Nicht: Zweckrichtung des Arbeitskampfmittels	37
III. Eignung	37
IV. Erforderlichkeit – Streik hier nur Ultima ratio!	37
1. Unterstützungstreik, Flashmob (hilfsweise Prüfung)	37
2. Streik in der Daseinsvorsorge	38
a) Unspezifische Milderungsinstrumente (nur Zeit- moment)	38
b) Spezifische Milderungsinstrumente	39
aa) Mindestversorgung	39
bb) Streiksynchronisierung bei Tarifpluralität	39
V. Proportionalität – Verhältnismäßigkeitsgebot	40
1. Unterstützungstreik, Flashmob (hilfsweise Prüfung)	40
a) Nicht nur Exzesskontrolle	40
b) Eingriff hier unzumutbar	40
2. Streik in der Daseinsvorsorge	40
a) Bei unzureichender Mindestversorgung Streik unzu- mutbar – Sonderopfer nicht durch Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen	40
b) Alternative: Paritätische Zwangsschlichtung	40
F. Fazit	42

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Entgrenzter Arbeitskampf?* (München 2015), S. 15-42

A. Einleitung

I. Prolog

Der Arbeitskampfsenat des BAG hat uns vor einigen Jahren zwei spektakuläre Entscheidungen beschert, an denen die Zunft immer noch schwer trägt. Wer auf Abhilfe durch das BVerfG gehofft hatte, sieht sich seit diesem April enttäuscht. Leider hat Karlsruhe keinerlei Problembewusstsein gezeigt. Auf absehbare Zeit werden wir also mit diesen luftigen Neuschöpfungen leben müssen.

Wenn ich die Veranstalter richtig verstehe, wollen wir deshalb heute Potenziale für eine dogmatische – und gegebenenfalls gesetzgeberische – Bändigung ausloten.

Darum sind wir unter dem Motto „Entgrenzter Arbeitskampf?“ zusammengekommen. Mein Part soll wohl darin bestehen, das Fragezeichen stark zu machen – nicht mit einer schlichten Verneinung, sondern indem der entgrenzten Dogmatik Grenzen eingezogen werden.

Da das BAG, und nun mit ihm das BVerfG, die Kontrolle von Arbeitskämpfen vor allem auf eine zurückhaltende Verhältnismäßigkeitsprüfung der gewählten Kampfmaßnahme beschränkt und ich mich sozusagen über das Verhältnismäßigkeitsprinzip habilitiert habe¹ – in Wirklichkeit habe ich über die Drittwirkung der Grundrechte geschrieben, aber das ist bislang praktisch Niemandem aufgefallen –, soll ich mich anscheinend an diesen vagen Maßstäben abarbeiten, also aus einem Fels Wasser schlagen und mit rechtstheoretischen oder semantischen Kunststücken den vom BAG verwendeten Kategorien neues Leben einhauchen.

Um es gleich deutlich zu sagen: Diese Hoffnung muss ich enttäuschen.

Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist aus sich selbst heraus nicht zu helfen. Isoliert betrachtet, kann es nichts legitimieren; es kann lediglich, aber immerhin, die Abwägung zwischen vorgegebenen Elementen strukturieren. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip schafft keine Gestaltungskompetenz, sondern setzt eine solche voraus.

Ich muss deshalb weiter ausgreifen und notgedrungen auch auf den Feldern wildern, die eigentlich meinen Mitstreitern zugedacht sind.

1 *Hans Hanau*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht – Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen, 2004.

II. Das Neue am arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsmaßstab des BAG

Bevor ich Ihnen mein heutiges Programm skizziere, möchte ich aber zunächst ganz kurz in Erinnerung rufen, mit welchen Neuschöpfungen des Arbeitskampfsenats wir es im Einzelnen zu tun haben. Die Anknüpfungspunkte liegen dann deutlich auf der Hand.

2007 ging es um einen *Unterstützungsstreik*²: Um einem Hauptarbeitskampf gegen einen Verlag Nachdruck zu verleihen, wurde von ver.di auch die Druckerei bestreikt, in der die vom Verlag verlegte Tageszeitung gedruckt wird. Druckerei und Verlag waren zwar beide Töchter im gleichen Konzern, die Druckerei aber nicht Mitglied im am Arbeitskampf beteiligten Verband.

Und 2009 hatte das BAG bekanntlich über einen *Flashmob* zu entscheiden³: Von ver.di per SMS zusammengetrommelte beliebige Passanten hatten mit wahllos vollgeladenen Einkaufswagen Gänge und Kassen eines bestreikten Einzelhändlers blockiert.

1. Schutzbereich: Der Zweck heiligt die Mittel

Ganz entscheidend für alles Weitere ist der Umgang des 1. Senats – und in seinem Gefolge der 3. Kammer des 1. Senats des BVerfG – mit dem sogenannten *Grundsatz der Kampfmittelfreiheit*. Die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitionsspezifisch ist, richtet sich grundsätzlich nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel⁴.

„Der Bedeutung des Grundrechts würde nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn sein Anwendungsbereich mit der Begründung verneint würde, das von einer Koalition zur Verfolgung eines tariflichen Ziels eingesetzte Mittel sei wegen seiner Art nicht koalitionsspezifisch.“⁵

Der Zweck heiligt also die Mittel, Hauptsache es kommen am Ende „ausgewogene Tarifabschlüsse“ heraus. Der Fantasie sind dann ja fast keine Grenzen gesetzt, auch Betriebsbesetzungen und -blockaden usw. kämen hiernach grundsätzlich in Betracht⁶. Die Kammer des BVerfG springt nun

2 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.

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

4 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 3), Rn. 34; BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 2), Rn. 19.

5 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 3), Rn. 34.

6 Diese Einschätzung teilen etwa Rieble, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506, 1509; Otto, Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG, RdA 2010, 135, 137; Säcker/Mohr, Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, JZ 2010, 440.

dem BAG bei⁷ mit einem Zitat aus der Aussperrungsentscheidung des 1. Senats des BVerfG von 1991, derzufolge kein Anhaltspunkt dafür bestehe,

„daß die überkommenen Kampfmittel in ihrer historischen Ausprägung vom Verfassungsgeber als Ausdruck eines prästabilen Gleichgewichts angesehen worden wären“⁸.

Die Kammer verschweigt aber, dass der Senat noch im Satz unmittelbar davor festgestellt hat, Art. 9 Abs. 3 GG gewährleiste nicht die uneingeschränkte Befugnis, alle denkbaren Kampfformen einzusetzen⁹. Im nächsten Satz behauptet die Kammer denn auch, Art. 9 Abs. 3 GG überlasse grundsätzlich den Koalitionen selbst die Wahl der Mittel, die sie zur Erreichung der koalitionsspezifischen Zwecke für geeignet halten¹⁰. Die zum Beleg in Bezug genommene Entscheidung des 1. Senats des BVerfG von 1995 zum Kurzarbeitergeld im Arbeitskampf schränkt jedoch im Anschluss an die richtig wiedergegebenen Ausführungen sogleich ein, Arbeitskampfmaßnahmen würden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie *erforderlich* sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen¹¹. Zu diesem Paritätsvorbehalt findet sich in der aktuellen Kammerentscheidung kein Wort. Jener Satz findet sich immerhin in den Entscheidungen des BAG¹², spielt aber dort in der weiteren Argumentation keine Rolle mehr – dazu sogleich.

2. Alleinige Kontrolle durch Verhältnismäßigkeitsprinzip

Wenn der Schutzbereich konturlos wird, bleibt als Ausübungsschranke nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung. Unter diesem Aspekt werden die BAG-Entscheidungen deswegen auch vorrangig diskutiert.

a) Neuer Maßstab: Arbeitskampfmittel statt Parität

Maßstab der Kontrolle soll aber nicht mehr wie bislang die Erzielung eines Machtgleichgewichts, also von Parität sein, sondern die Zielrichtung des Arbeitskampfmittels selbst¹³.

7 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 Rn. 23.

8 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 Rn. 50.

9 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 8), Rn. 49.

10 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 7), Rn. 23.

11 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a., NZA 1995, 754 Rn. 106.

12 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 2), Rn. 11; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 3), Rn. 33.

13 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 2), Rn. 25 ff.; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 3), Rn. 41 ff.

b) Nur Exzesskontrolle

Zudem billigt das BAG der Gewerkschaft eine weitgehende Einschätzungsprärogative hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit des Arbeitskampfmittels zu¹⁴. Der Zweck heiligt also die Mittel nicht nur im Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG, sondern weitergehend auch noch bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Weil das BAG trotz Abstellens auf die Zielrichtung des Arbeitskampfmittels nicht in den Ruch der Tarifizensur kommen darf, muss es sich schließlich auch auf der letzten Stufe, der Angemessenheitsprüfung, zurückhalten. Obwohl sich aufgrund der praktisch bedeutungslosen ersten beiden Stufen die Verhältnismäßigkeitsprüfung faktisch vollständig in die Angemessenheitsprüfung verlagert – die Ausführungen hierzu sind mit Abstand die längsten in beiden Urteilen –, stellt das Gericht nicht etwa positiv die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme fest, sondern lediglich negativ das Fehlen von Gründen für ihre Unverhältnismäßigkeit¹⁵. Etwaige Zweifel gehen zulasten des Arbeitgebers, nicht der streikenden Gewerkschaft. Insgesamt bleibt es damit bei einer Exzesskontrolle.

III. Konturierung muss an allen neuen Elementen ansetzen

Die mir von den Veranstaltern abverlangte Konturierung muss sich vernünftigerweise auf alle genannten Elemente erstrecken. Sie hängen untrennbar miteinander zusammen.

IV. Programm

1. Beginn mit Einführung in die Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Beginnen werde ich, wie mir aufgetragen, mit einer Einführung in die Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei der Angemessenheitskontrolle privater Gestaltungsmacht. Das gibt mir nicht nur Gelegenheit, Früchte meiner Habilitationsschrift ins Schaufenster zu stellen. Vielmehr ergibt sich hieraus auch eine zentrale Weichenstellung, die die gesamten weiteren Ausführungen bestimmen wird. Denn sie lässt Rückschlüsse auf die dann folgende Bestimmung von Schutzbereich und Eingriff zu.

14 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 2), Rn. 26 ff.; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 3), Rn. 42 f.

15 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 2), Rn. 37 ff.; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 3), Rn. 44 ff.

2. Dann Schutzbereich und Eingriff

Dem Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG werde ich mich sodann widmen. Denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist von Haus aus beliebigen Zielen dienstbar. Es kommt also entscheidend auf seine Justierung an. Es wird zu fragen sein, ob sich aus Art. 9 Abs. 3 GG tatsächlich keine Restriktionen für die Wahl des Arbeitskampfmittels ergeben.

Derart orientiert ist zu klären, inwieweit es durch das Streikrecht zu Eingriffen in konfligierende verfassungsrechtlich geschützte Güter kommt. Dabei wird besagte Weichenstellung eine zentrale Rolle spielen.

3. Schließlich Rechtfertigung samt Verhältnismäßigkeit

Und schließlich wird es um die Rechtfertigung von Eingriffen samt damit verbundener Verhältnismäßigkeitsprüfung gehen.

B. Struktur des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Also zunächst zum Verhältnismäßigkeitsprinzip:

I. Klassisches Verständnis für das Privatrecht zu undifferenziert

Sein klassisches Verständnis – Prüfung von Legitimität des Eingriffsinteresses, Eignung, Erforderlichkeit und schließlich Angemessenheit (bzw. je nach Sprachgebrauch Proportionalität oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)¹⁶ – ist entgegen landläufiger Ansicht für das Privatrecht zu undifferenziert. Denn es bezieht sich nur auf die – vertikale – Perspektive der Rechtfertigung eines Eingriffs; im öffentlichen Recht ein Standardfall, im Privatrecht aber zum Glück nur die Ausnahme. Im Privatrecht geht es ja überwiegend um einen Interessenausgleich im Gleichordnungsverhältnis, also um horizontale Konstellationen; das Anwendungsfeld ist deshalb deutlich breiter.

Außerdem ist die herkömmliche Praxis weitgehend ohne Problembewusstsein, was die Beweislast – oder richtiger Argumentationslast¹⁷ – angeht: Kommt es eigentlich positiv auf die Verhältnismäßigkeit oder lediglich negativ darauf an, dass die Gestaltung nicht unverhältnismäßig ist?

16 Statt aller *Kingreen/Poscher/Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, § 6 IV 3 Rn. 283.

17 Dazu *Krebs*, Die Begründungslast, AcP 195 (1995), 171.

II. Bei der Angemessenheitskontrolle privater Gestaltungsmacht sind zwei Funktionen zu unterscheiden:

Im Normalfall erfordert private Gestaltungsmacht keine Kontrolle, weil in der Privatrechtsgesellschaft die Wirtschaftssubjekte ihre Angelegenheiten selbst – vertraglich – untereinander regeln. Es gilt dann nur das, was man – privatautonom – selbst gewollt hat.

Die Angemessenheitskontrolle tritt jedoch immer dann auf den Plan, wenn es bei der Selbstbindung Defizite gibt – entweder weil die Selbstbindung unvollständig erfolgt oder weil sie sogar ganz unterblieben ist.

Dabei sind richtigerweise zwei Funktionen, zwei Stoßrichtungen der Kontrolle zu unterscheiden:

1. Bestimmung der Grenzen der Selbstbindung

Zum einen geht es – in der Horizontalen – um die Feststellung der Grenzen privatautonomer Selbstbindung¹⁸.

a) Fall: Unterwerfung unter fremde Gestaltungsmacht

Durch Vertrag unterwirft man sich insbesondere in Dauerschuldverhältnissen häufig notwendig der Gestaltungsmacht des Vertragspartners, etwa dem arbeitgeberischen Weisungsrecht im Arbeitsverhältnis.

Dann bezieht sich die vertragliche Ermächtigung nicht auf einen konkreten Einzelfall, sondern der Vertragspartner wird abstrakt zu einer künftigen Gestaltung ermächtigt. Wird das Weisungsrecht ausgeübt, kann sich der Arbeitgeber zwar auf die vertragliche Einigung berufen, nicht aber auf einen Konsens im Einzelfall.

Der vertragliche Bindungswille ist also in diesen Fällen gleichsam „ausgedünnt“, die Gestaltungsmacht enthält ein potenziell überschießendes Moment.

b) Aufgabe: Konkretisierung der abstrakten Disposition im Einzelfall

Deshalb brauchen wir einen Mechanismus, der es erlaubt, im Einzelfall festzustellen, wie weit das Einverständnis des Betroffenen auch im konkreten Einzelfall reicht. Damit ist dann *vice versa* zugleich die Schranke der Gestaltungsmacht der Gegenseite bestimmt. Der Mechanismus dient also gewissermaßen der *Eingriffsprophylaxe*.

18 Zum Folgenden Hans Hanau (Fn. 1), S. 78 ff.

2. Bestimmung der Schranken für Eingriffskompetenz – Eingriffsrechtfertigung

Zum anderen geht es bei der Angemessenheitskontrolle tatsächlich klassisch um die Rechtfertigung von Eingriffen – in der Vertikalen¹⁹.

a) Fall: Freiheitsverkürzung mangels vorgängiger Unterwerfung

Wenn also Gestaltungsmacht ohne jede vorgängige Unterwerfung des Gestaltungsgegners ausgeübt wird, kommt es zu einem Eingriff in dessen Freiheitsrechte. Das ist beispielsweise bei einer Betriebsvereinbarung oder einer tarifvertraglichen Betriebsnorm der Fall. Aus Privatautonomie wird dann Privatheteronomie.

b) Aufgabe: Bestimmung der Schranken privatheteronomer Gestaltungsmacht

Das bedarf der Rechtfertigung. Gesucht sind hier also die Schranken privatheteronomer Gestaltungsmacht.

III. Damit korrespondieren zwei Spielarten der Verhältnismäßigkeit²⁰

In beiden Fällen, den Grenzen der Selbstbindung und der Eingriffsrechtfertigung, müssen mithin die kollidierenden Interessen so miteinander abgewogen werden, dass sich am Ende eine Vorrangrelation ergibt – dass also klar wird, ob und inwieweit sich das Interesse des Gestaltungsmachtinhabers oder das seines Gegners durchsetzt. Inhaltliche Konturierung erhält dieser Vorgang durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Es begegnet uns hier – entsprechend seinen beiden Funktionen – in zwei Spielarten: Dem Verbot der Unverhältnismäßigkeit und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit.

1. Verbot der Unverhältnismäßigkeit – Übermaßverbot

Für die Bestimmung der Grenzen der Selbstbindung, unsere erste Fallgruppe, gilt das Verbot der Unverhältnismäßigkeit, ein Übermaßverbot – gewissermaßen die privatrechtliche Form des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

¹⁹ Zum Folgenden *Hans Hanau* (Fn. 1), S. 84 ff.

²⁰ Zum Folgenden *Hans Hanau* (Fn. 1), S. 93 ff.

a) Maßgebliche Interessenrelation: Gestaltungsinteresse darf nicht hinter Bestandsinteresse zurückbleiben

Da hier der Gestaltungsgegner immerhin die gegnerische Gestaltungskompetenz durch den Vertragsschluss – im Vertrauen auf eine angemessene Ausübung – mitbegründet hat, besteht für die Gestaltung zunächst eine Vermutung der Angemessenheit. Die Gestaltung hält deshalb der Kontrolle stand, solange das Gewicht des Gestaltungsinteresses nicht hinter dem Bestandsinteresse des Gestaltungsgegners zurückbleibt.

b) Gestaltungsfreiheit bleibt im Rahmen der gegnerischen Ermächtigung erhalten

Innerhalb der vertraglichen Ermächtigung verfügt der Gestaltungsmachtinhaber damit immer noch über einen erheblichen Gestaltungsspielraum.

c) Auf Eignung und Erforderlichkeit kommt es nicht an

Auf Eignung und Erforderlichkeit der Gestaltung kommt es deshalb nicht an. Es gilt kein Gebot der Belastungsminimierung, sondern lediglich ein Übermaßverbot.

d) Argumentationslast beim Gestaltungsgegner – *in dubio pro libertate*

Die Argumentationslast liegt beim Gestaltungsgegner. Kommt die Abwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis, gilt die Gestaltung also als verhältnismäßig – *in dubio pro libertate*!

e) Ausfluss der *iustitia commutativa*

Diese Spielart der Verhältnismäßigkeit ist ein Ausfluss der *iustitia commutativa*. Es geht hier um Vertragsgerechtigkeit: um die Feinjustierung des vertraglichen Interessenausgleichs.

2. Gebot der Verhältnismäßigkeit

Grundlegend anders verhält es sich bei der zweiten Fallgruppe.

a) Maßgebliche Interessenrelation: Überwiegen des Eingriffsinteresses gegenüber Bestandsinteresse

Da der Gestaltungsgegner die Gestaltung in keiner Weise legitimiert hat, ist hier die umgekehrte Interessenrelation maßgeblich: Das Eingriffsinteresse muss das Bestandsinteresse überwiegen, es gilt ein Gebot der Verhältnismäßigkeit, die Angemessenheit muss mithin positiv festgestellt werden.

b) Dafür sind Eignung und Erforderlichkeit Voraussetzung

Weil sich der Gestaltungsmachtinhaber auf keinerlei Form der Unterwerfung auf der Gegenseite stützen kann, ist eine weitestmögliche Schonung der gegnerischen Interessen geboten. Der Eingriff muss also engmaschig auf Eignung und Erforderlichkeit geprüft werden. Nur dann kann der Eingriff auf der letzten Stufe auch proportional, angemessen, verhältnismäßig im engeren Sinne – oder wie auch immer man diese Relation bezeichnen möchte – sein.

c) Argumentationslast beim Gestaltungsmachtinhaber – Vermutung der Unangemessenheit

Die Argumentationslast liegt beim Gestaltungsmachtinhaber. Es gilt eine Vermutung der Unangemessenheit; im Zweifelsfall ist die Gestaltung damit unverhältnismäßig.

d) Ausfluss der *iustitia protectiva*

Diese Spielart der Verhältnismäßigkeit ist die Gerechtigkeitsform, die im Unter-/Überordnungsverhältnis zur Anwendung kommt: die *iustitia protectiva*²¹. Sie verkörpert das Prinzip der Machtbegrenzung; sie ist das Schutzprinzip.

C. Einordnung des Streiks in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG

Nach diesem gedanklichen Aufgalopp stellt sich nun die Gretchenfrage: Wie hast du's mit dem Arbeitskampf? Wie ist er in dieses System einzuordnen?

Prima facie haben wir es ja beim Arbeitskampf mit einem gleichsam archaischen Phänomen zu tun: Man geht sich so lange gegenseitig an die Gurgel, bis eine Seite nicht mehr kann und nachgibt. Wenn das kein Eingriff ist – so sollte man meinen –, wann denn dann überhaupt?

Beantworten können wir die Frage aber trotzdem erst, wenn wir uns Gedanken zur Einordnung des Arbeitskampfs in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG gemacht haben. Ohne genaue Schutzbereichsbestimmung lässt sich ein Eingriff nicht ermitteln.

21 Hans Hanau (Fn. 1), S. 102. Der Begriff geht so weit ersichtlich auf Coing zurück (Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, S. 48; ders., Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Aufl. 1985, S. 220 ff., 5. Aufl. 1993, S. 197).

I. Kein eigenes Grundrecht, nur Hilfsmittel der Tarifautonomie

Das Streikrecht (wie auch die Aussperrung) ist kein eigenständiges Grundrecht, das sich unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ergäbe. Es ist vielmehr, was oft nicht gesehen wird, nur ein Hilfsinstrument der Tarifautonomie²², hat also insofern keinen Eigenwert. Es ist keine natürliche Freiheit²³, sondern hat *a priori* eine klare inhaltliche Ausrichtung.

II. Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie

Tarifautonomie ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie²⁴.

1. Bündelung von Verhandlungsmacht

Die Gewerkschaft bündelt die Verhandlungsmacht ihrer Mitglieder. Ziel ist die Regelung des Vertragsinhalts – durch Beugung des gegnerischen Willens mittels Vorenthaltens der eigenen Arbeitsleistung. Das Arbeitsverhältnis wird gleichsam auf Null zurückgestellt und neu justiert. Weil das im arbeitsvertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnis geschieht, ist ein Element der Selbstschädigung untrennbar mit der Arbeitskampfmaßnahme verbunden²⁵.

2. Kartellbildung zur Verschiebung des Marktpreises

Die Mitglieder bilden ein Kartell zur Verschiebung des Marktpreises im Arbeitsverhältnis zu ihren Gunsten. Nach herrschender Meinung dient das der Herstellung von Parität, der Schaffung eines Machtgleichgewichts zwi-

22 Explizit BAG 5.3. 1985 – 1 AZR 468/83, NZA 1985, 504 unter II 3b. Sinngemäß ständige Rechtsprechung seit BAG 21.4. 1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Siehe auch BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 8), Rn. 35.

23 *Thüsing/Waldhoff*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsrechtskampf, ZfA 2011, 329, 342, 345: „Tarifautonomie bedeutet nicht auch Arbeitskampfautonomie.“

24 Aus der Rechtsprechung etwa BAG 14.10. 1997 – 7 AZR 811/96, NZA 1998, 778 unter 3a; BAG 25.2. 1998 – 7 AZR 641/96, NZA 1998, 715 unter 3a; BAG 27.11. 2002 – 7 AZR 414/01, NZA 2003, 812 unter B I 3a. Aus der Literatur siehe nur *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 15. Aufl. 2015, Art. 9 GG Rn. 55 f. und die Nachweise bei *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, 2014, S. 6 Fn. 21.

25 So auch *Jacobs*, Das neue Arbeitskampfrecht des Bundesarbeitsgerichts, ZfA 2011, 72, 85; *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 367 ff.; *Rüthers/Höpfner*, Über die Zulässigkeit von Flashmobs als Arbeitskampfmaßnahme, JZ 2010, 261, 262.

schen den Tarifvertragsparteien, was wiederum erst die Herstellung von Vertragsgerechtigkeit erlaube²⁶.

III. Arbeitskampf nur vertragsakzessorisch – Ableitungszusammenhang

Der Arbeitskampf ist vertragsakzessorisch²⁷, er kommt also nur im Gegenseitigkeitsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien zum Tragen und ist inhaltlich darauf ausgerichtet.

1. Kampfmittelfreiheit besteht nur im Rahmen dieser Bündelung von Verhandlungsmacht

a) Kommt nur im Gegenseitigkeitsverhältnis zum Tragen

Zwischen der Tarifautonomie und der Arbeitskampfmittelfreiheit besteht ein Ableitungszusammenhang: Die Gewerkschaft kann nur über die Kampfmittel verfügen, die den Mitgliedern zu Gebote stehen und von ihnen gebündelt dem Verband zur Verfügung gestellt werden²⁸. Die Bündelung der Verhandlungs- bzw. Verweigerungsmacht ist Grund und zugleich Grenze des Mandats! Von dieser naheliegenden Erkenntnis ist der Arbeitskampfsenat leider weitgehend abgerückt.

b) Entfaltet kein Eigenleben auf kollektiver Ebene

Die Kampfmittelfreiheit entfaltet also kein Eigenleben auf kollektiver Ebene. Der Verband ist gerade nicht frei in der Wahl seiner Mittel²⁹. Er bündelt und organisiert nur die eigenen Mitglieder³⁰, er führt sie in die

26 Siehe nur BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 8), Rn. 48 f.; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 17 Rn. 8 ff.; Rieble, Arbeitsniederlegung zur Standorterhaltung, RdA 2005, 200, 204.

27 Jacobs, ZfA 2011, 72, 83: „vertragsrechtliche Deutung“; Rieble, RdA 2005, 200, 204 f.: „Vertragsfunktionalität des kollektiven Drucks“, „Vertragsbezogenheit des Arbeitskampfrechts“; Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 341: Keine „Privatautonomie des Kampfes“.

28 E. Picker, Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, Teil III: Grundsätze eines systemhomogenen Arbeitskampfrechts, ZfA 2011, 443, 469 ff.: „Nur eine Zwangsausübung in Form der Disposition über das eigene Leistungsobjekt“.

29 Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 337: „Gewollt ist die freie Wahl unter zulässigen Kampfmitteln – das Arbeitskampfmittel wird aber nicht zulässig durch die freie Wahl“; Rüthers/Höpfner, JZ 2010, 261: „Die Wahl besteht nur zwischen den rechtmäßigen Kampfmitteln.“

30 Dazu, dass außenstehende Dritte nicht an Arbeitskämpfen beteiligt werden dürfen, Rüthers, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG – Beschluss vom 26.03.2014 (1 BvR 3185/09), JZ 2014, 736 – Zur Frage der Zulässigkeit sogenannter Flashmob-Aktionen als Mittel im Arbeitskampf, JZ 2014, 738, 740

Schlacht gegen den eigenen Arbeitgeber. Der Verband hat kein Mandat, außerhalb dieser Sachwalterfunktion mit beliebigen Mitteln den Willen eines beliebigen Gegners zu brechen³¹.

Träger des Arbeitskampfs bleibt also der einzelne Arbeitnehmer³²; *geführt* wird der Arbeitskampf von der Gewerkschaft³³. Nur insofern ist Art. 9 Abs. 3 GG ein „Doppel-Grundrecht“.

2. Also: Nur Zurückhalten der eigenen Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber zur Regelung der eigenen Arbeitsbedingungen bei Scheitern der Tarifverhandlungen

Art. 9 Abs. 3 GG schützt also nur das Zurückhalten der eigenen Arbeitsleistung gegenüber dem Arbeitgeber zur Regelung der eigenen Arbeitsbedingungen – bei Scheitern der Tarifverhandlungen.

IV. Fazit: Unterstützungstreik und Flashmob schon deshalb unstatthaft

Flashmob und Unterstützungstreik sind richtigerweise schon deshalb unstatthaft³⁴. Sie fallen bereits aus dem Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG heraus.

D. Eingriff

Nun ist nicht zu erwarten, dass das BAG aufgrund dieser Feststellung sofort seine Rechtsprechung umwerfen wird. Deshalb ist hilfsweise weiter zu fragen, ob es durch Arbeitskampfmaßnahmen zu einem Eingriff in ent-

(unter Hinweis auf die Grundsatzentscheidungen des Großen Senats des BAG von 1955 und 1971 [BAGE 1, 291; 23, 292]; in der Nichtvorlage an den Großen Senat des BAG sieht er einen Entzug des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG); *Lembke*, Arbeitskampfrecht – Quo vadis?, NZA 2014, 471, 472; *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 343, 349 ff.

31 *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 450: „Das BAG hat mit seinem Flashmob-Urteil ... den Arbeitskampf als trojanisches Pferd gegen eine als ungerecht empfundene Wirtschaftsordnung entdeckt.“

32 *E. Picker*, Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, Teil III: Grundsätze eines systemhomogenen Arbeitskampfrechts, ZfA 2011, 557, 582.; *Richardi*, Tarifeinheit als Placebo für ein Arbeitskampfverbot, NZA 2014, 1233, 1236.

33 Siehe schon *Scholz*, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, 1971, S. 137: „Nichts anderes als die summierte Ausübung der individualrechtlichen Wettbewerbsfreiheiten“.

34 Umfangreiche Nachweise zu gleichfalls ablehnenden Stimmen bei *Jacobs*, ZfA 2011, 72 in Fn. 21 und 22.

gegenstehende grundrechtlich geschützte Positionen Dritter kommt und inwieweit sich gegebenenfalls ein solcher Eingriff rechtfertigen lässt.

Dabei ist unbedingt zwischen der Betroffenheit des Arbeitgebers und der Betroffenheit Dritter zu unterscheiden! Dem wird meist viel zu wenig Beachtung geschenkt.

I. Erste Fallgruppe: Überschreiten der Grenzen der Unterwerfung des Arbeitgebers

Zunächst zum Arbeitgeber:

1. Streikrecht als potenzieller Eingriff

Das Streikrecht scheint, wie gesagt, ja der Prototyp eines Eingriffs in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers zu sein. Dieser Schluss ist indes zumindest in dieser Pauschalität voreilig!

2. Arbeitgeber hat sich aber durch Abschluss des Arbeitsvertrags grundsätzlich auch den eben skizzierten arbeitskampfrechtlichen Spielregeln unterworfen

Denn wenn das Streikrecht im Rahmen der eben skizzierten arbeitskampfrechtlichen Spielregeln ausgeübt wird, bewirkt es tatsächlich keinen Eingriff. Der Arbeitgeber hat sich nämlich mit Abschluss des Arbeitsvertrags diesen Spielregeln unterworfen³⁵. Wer sich auf dem Arbeitsmarkt umtut, muss gegebenenfalls auch mit Arbeitskampfmaßnahmen rechnen, solange – und jetzt kommt die entscheidende Voraussetzung – sie sich strikt auf das arbeitsvertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis beziehen und beschränken. Denn bei solchen Maßnahmen handelt es sich genau genommen ja nur um eine Verfahrensmodalität zur allfälligen Neujustierung des Äquivalenzverhältnisses, die auch insofern im Bild der kollektiv ausgeübten Privatautonomie ihren plastischen Ausdruck findet.

3. Verhältnismäßigkeitsprüfung dient hier nur der Eingriffsprophylaxe

Diese Unterwerfung ist natürlich nicht unlimitiert. Auch hier hat der Arbeitgeber, wie oben schon beschrieben, nur abstrakt disponiert. Sollten

35 Vgl. schon BAG 28.1. 1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 300: „Unterbrechungen der betrieblichen Arbeitstätigkeit durch einen solchen Arbeitskampf sind sozialadäquat, da die beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit solchen kampfwesen Störungen auf Veranlassung und unter der Leitung der Sozialpartner von jeher rechnen müssen und die deutsche freiheitliche Rechtsordnung derartige Arbeitskämpfe als ultima ratio anerkennt.“

die Grenzen dieser Selbstbindung im Einzelfall überschritten werden, haben wir es doch mit einem Eingriff zu tun.

Gemäß dem oben entwickelten Programm ist also durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung die Reichweite der Unterwerfung auszuloten. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung dient in diesem Kontext mithin der Eingriffsprophylaxe.

4. Fall des Übermaßverbots

Es gilt das Übermaßverbot; die Arbeitskampfmaßnahme darf also nicht unverhältnismäßig sein. Die Argumentationslast liegt beim Arbeitgeber; im Zweifel ist die Vorenthaltung der Arbeitsleistung rechtmäßig.

Der Streik muss hier nicht die *Ultima ratio* sein; Schlichtung oder eine Urabstimmung sind insoweit nicht obligatorisch.

a) Kein Gemeinwohlvorbehalt!

Ein solcher Streik steht nicht unter einem Gemeinwohlvorbehalt; die Gewerkschaft darf also eigennützigen Zielen frönen.

b) Nur Exzesskontrolle

Allerdings muss sie ein Exzessverbot beachten. Ruinöse und schikanöse Maßnahmen scheiden aus, Erhaltungsarbeiten sind sicherzustellen.

Diese Hürde scheint mir aber für den Regelfall nicht allzu hoch. Schließlich haben die Gewerkschaften kein Interesse daran, die Kuh zu schlachten, die sie eigentlich melken wollen. Auch insofern ist das Gegenseitigkeitsverhältnis ein zentrales Regulativ.

5. Zwischenergebnis

Ich komme damit zu einem Zwischenergebnis, das (noch) auf erstaunliche Weise der Vorgehensweise des Arbeitskampfsenats gleicht: Eine stark zurückgenommene, eine „privatrechtliche“ Verhältnismäßigkeitsprüfung. Eignung und Erforderlichkeit, die der Senat ja äußerst stiefmütterlich behandelt hat, tauchen bei mir (bislang) gar nicht erst auf.

Mein Konzept gilt allerdings nur für den arbeitskampfrechtlichen „Normalfall“: die Engführung im Gegenseitigkeitsverhältnis. Wird dieser Rahmen verlassen, sind richtigerweise ganz andere Saiten aufzuziehen.

II. Zweite Fallgruppe: Fehlende Unterwerfung Dritter (bzw. gegenüber Dritten)

Und damit sind wir bei der Konstellation, die die meisten Bauchschmerzen bereitet.

1. Perspektiverweiterung: Dritte haben sich Arbeitskampfmaßnahmen nicht unterworfen

Der Streik erschöpft sich ja in aller Regel nicht im Binnenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. zwischen den Verbänden. Vielmehr sind meist Dritte betroffen, die sich den Arbeitskampfmaßnahmen nicht unterworfen haben, ja nicht einmal Gelegenheit dazu hatten.

2. Unterstützungstreik und Flashmob (hilfsweise Prüfung)

Sofern man Unterstützungstreik und Flashmob nicht, wie hier vertreten, schon aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ausnimmt und damit schon grundlegend die Legitimität abspricht, bewirken diese Kampfmittel jedenfalls einen rechtfertigungspflichtigen Eingriff in die Berufsfreiheit der betroffenen Arbeitgeber. Beim Unterstützungstreik steht der Adressat außerhalb des vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnisses. Gleiches gilt für das Kampfmittel beim Flashmob.

3. Streik in der Daseinsvorsorge

Auch bei einem Streik in der Daseinsvorsorge haben sich die in großer Zahl betroffenen unbeteiligten Dritten nicht den Arbeitskampfmaßnahmen unterworfen.

a) Betroffenheit von Dritten eigentlich sozialadäquater Bestandteil von Arbeitskämpfen

Zwar ist die Betroffenheit von Dritten eigentlich sozialadäquater Bestandteil von Arbeitskämpfen. Leistungsstörungen aufseiten des Arbeitgebers haben Einfluss auf das Kräfteverhältnis; der eigentliche Streikdruck baut sich ja meist erst auf, wenn die Abnehmer zu murren beginnen. Das Leistungsstörungsrecht kann hier aber in der Regel für hinreichende Abhilfe, für eine angemessene Risikoverteilung sorgen, die Dritten bleiben dann nicht schutzlos. Prototyp ist etwa ein Streik in der Automobilindustrie.

b) Besondere Betroffenheit der Allgemeinheit in der Daseinsvorsorge

Grundlegend anders liegen die Dinge hingegen bei dem berühmt-berüchtigten Streik in der Daseinsvorsorge. Da er uns ja heute noch mehrfach beschäftigen wird, hier nur einige Anmerkungen:

aa) Elementare Interessen Dritter betroffen, wenn Leistung notwendig und unersetzbar

Der Begriff der Daseinsvorsorge schillert. Mit einer Anleihe im Wettbewerbsrecht, bei der *Essential-Facilities*-Doktrin³⁶, die sich im deutschen Recht in § 19 Abs. Nr. 4 GWB niedergeschlagen hat und im europäischen Recht in Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV angesiedelt wird³⁷, sollte man sich aber darüber verständigen können, dass sich dann von Daseinsvorsorge sprechen lässt, wenn wir es mit 1.) *notwendigen*, also für die Bedürfnisse der Allgemeinheit existenziellen und 2.) *unersetzbaren* (oder zumindest nur mit unverhältnismäßigem Aufwand duplizierbaren oder substituierbaren) Leistungen zu tun haben³⁸ – Gas, Strom, Wasser, Transport, medizinische Versorgung, Feuerwehr, Kinderbetreuung, Bildung usw.

Wenn solche Leistungen streikbedingt ausbleiben, ist die Allgemeinheit in nicht nur elementaren, sondern auch grundrechtlich geschützten Interessen betroffen³⁹.

bb) Ihre Beeinträchtigung ist Teil der Arbeitskampfstrategie („Geiselhaft“)

Bemerkenswerterweise ist dieser Umstand meist nicht nur eine Nebenfolge der Streiktaktik, sondern im Gegenteil oft zentraler Bestandteil. Die Allgemeinheit wird quasi in Geiselhaft genommen. Dadurch baut sich nicht zuletzt politischer Druck auf, der den Arbeitgeber besonders schnell mürbe machen kann. Teilweise hat der Arbeitgeber nicht einmal einen Schaden, gelegentlich scheint er sogar finanziell von Streikausfällen zu profitieren. Dem Vernehmen nach soll beim Streik der Vorfeldlotsen in Stuttgart 2009 die Deutsche Flugsicherung höhere Einnahmen erzielt ha-

36 Im Rahmen des Wettbewerbsrechts geht es Dabei um den Zugang zu Infrastruktureinrichtungen, deren Inhaber über diese Einrichtungen den Zugang zu vor- oder nachgelagerten Märkten beherrschen, um auf diesen Märkten Wettbewerb zu gewährleisten. Ausführlich *Hohmann*, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2001.

37 Dazu *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 10 Rn. 34 ff., § 27 Rn. 127 ff.

38 Zum Zusammenhang von Wettbewerbsrecht und Daseinsvorsorge *Ronellenfitsch*, Daseinsvorsorge und Wirtschaftlichkeit des Eisenbahnwesens, DVBl 2008, 201, 204. Zur Übertragbarkeit dieser Kriterien auf die Bestimmung der Daseinsvorsorge demnächst mein Schüler *Jan Green*, Arbeitskämpfe zu Lasten der Allgemeinheit, Diss. Hamburg 2015.

39 Zu den vielfältigen im Einzelnen betroffenen grundrechtlichen Schutzbereichen *Hufen*, Gesetzliche Tarifeinheit und Streiks im Bereich der öffentlichen Infrastruktur: Der verfassungsrechtliche Rahmen, NZA 2014, 1237, 1239 unter besonderer Betonung, dass es hier „nicht nur um Grundrechte als individuelle Ansprüche, sondern um deren objektive und Teilhabefunktion sowie die Schutzpflicht des Staates“ geht.

ben als üblich, weil die Flugzeuge streikbedingt von Frankfurt auf umliegende Flughäfen umgeleitet werden mussten und für die nunmehr längeren Flugstrecken höhere Gebühren anfielen.

cc) Zudem Leistungsstörungenrecht hier zur Kompensation weitgehend ungeeignet

Hinzu kommt, dass hier typischerweise das Leistungsstörungenrecht versagt: Weil es wegen Haftungsausschlüssen nicht greift, weil sich bei sogenannten Streuschäden der Rechtsverfolgungsaufwand nicht lohnt⁴⁰, weil hier immaterielle Interessen im Spiel sind, die sich pekuniär gar nicht adäquat ausdrücken lassen (Immobilität, Kälte, Dunkelheit usw.).

dd) Staat hat Gewährleistungsverantwortung

Für die angesprochenen Gemeinwohlbelange trägt der Staat typischerweise eine sogenannte Gewährleistungsverantwortung⁴¹, die er auch nicht durch Privatisierung abstreifen kann⁴². Exemplarisch sei auf Art. 87e Abs. 4 Satz 1 (Bahn) und Art. 87f Abs. 1 GG (Post, Telekommunikation) verwiesen.

c) Fazit: Streik in der Daseinsvorsorge bewirkt rechtfertigungspflichtigen Eingriff in solchermaßen qualifizierte Gemeinwohlbelange

Wie man es dreht und wendet, der Streik in der Daseinsvorsorge sprengt das arbeitsvertragliche Gegenseitigkeitsverhältnis in signifikanter Weise. Er greift – in rechtfertigungspflichtiger Weise – in verfassungsrechtlich besonders geschützte Gemeinwohlbelange ein. Ob und inwieweit das Streikinteresse mit ihnen zu einem Ausgleich gebracht werden kann, ist fraglich.

40 Rudkowski, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 282: „rationale Apathie“.

41 Franzius, Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den Wandel des Staates?, Der Staat 42 (2003), 493; Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, 241; Voßkuhle, Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266, 285; Hufen, NZA 2014, 1237, 1238 f.

42 Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 43 f., Hufen, NZA 2014, 1237, 1238 f.; Ronellenfitsch, DVBl 2008, 201, 204 f. Siehe auch Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 1177: „Deshalb steht die Aufrechterhaltung der Daseinsvorsorge der Privatisierung solcher Leistungen nicht im Wege“. Zur Bedeutung der Gewährleistungsverantwortung für den verfassungsrechtlichen Schutz der Daseinsvorsorge als Gegengewicht zur Koalitionsfreiheit wiederum Green (Fn. 38).

E. Rechtfertigung

Wie wir gerade gesehen haben, bedarf der Streik außerhalb des Gegenseitigkeitsverhältnisses also einer besonderen Rechtfertigung⁴³.

I. Parlamentsvorbehalt

Nun ist eine privatheteronome Gestaltung aus sich selbst heraus eigentlich nicht zu rechtfertigen. Legitimieren kann sie nur der Gesetzgeber; insoweit gilt ein Parlamentsvorbehalt⁴⁴.

1. Mangels Unterwerfung des Gestaltungsgegners kein Fall eines Interessenausgleichs unter gleichgeordneten Grundrechtsträgern

Dieser Erkenntnis verschließt sich das BVerfG zwar hartnäckig, indem es darauf verweist, der Parlamentsvorbehalt gelte nicht für einen Interessenausgleich unter gleichgeordneten Grundrechtsträgern⁴⁵. Wie eben gezeigt, sind die Grundrechtsträger hier aber gerade nicht gleichgeordnet. Vielmehr befinden wir uns mangels einer Unterwerfung des Arbeitskampfgegners in einer vertikalen Eingriffssituation.

2. Nur der Gesetzgeber kann Sonderopfer legitimieren

Also kann eigentlich nur der Gesetzgeber das hier geforderte Sonderopfer legitimieren.

II. Legitimes Eingriffsinteresse

Dessen ungeachtet muss der Eingriff darüber hinaus jedenfalls einer umfassenden *Verhältnismäßigkeitsprüfung* standhalten. Hier gilt ein Verhältnismäßigkeitsgebot. In der Eingriffssituation muss die streikende Gewerkschaft über ein legitimes Eingriffsinteresse verfügen, die Maßnahme muss zudem, daran gemessen, geeignet, erforderlich und proportional sein. Die Argumentationslast liegt bei der streikenden Gewerkschaft.

43 Zur Notwendigkeit einer besonderen Legitimation bei einem „Kampf gegen Dritte“ *Rieble*, BB 2008, 1506, 1511.

44 Siehe etwa BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 347 f. Dazu *Hans Hanau* (Fn. 1), S. 85 f.

45 BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 8), Rn. 41; BVerfG 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, AP Nr. 126 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Rn. 48. Dazu, dass hier eigentlich die Wesentlichkeitslehre einschlägig ist, *Lembke*, NZA 2014, 471, 472.

1. Herstellung von Parität, Beitrag zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems

Richtigerweise kann sich das legitime Eingriffsinteresse vorliegend nur aus dem geleisteten Beitrag zur Herstellung von Parität und damit zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems ergeben.

2. Nicht: Zweckrichtung des Arbeitskampfmittels

Entgegen dem BAG ist der Eingriff nicht an der Zweckrichtung des Arbeitskampfmittels zu messen⁴⁶. Der Ansatz des Arbeitskampfsenats verkennt zum einen die dienende Funktion des Arbeitskampfs. Außerdem besteht die Gefahr einer Tarifizensur, wenn die inhaltliche Stoßrichtung zum Gegenstand der Prüfung wird⁴⁷.

III. Eignung

Hinsichtlich Eignung und Erforderlichkeit der Streikmaßnahme hat die Gewerkschaft in der Eingriffskonstellation keine Einschätzungsprärogative⁴⁸.

Unterstützungstreiks sind in aller Regel ungeeignet, weil sie an einen untauglichen Adressaten gerichtet sind, der die Tarifforderung gar nicht erfüllen kann.

IV. Erforderlichkeit – Streik hier nur Ultima ratio!

1. Unterstützungstreik, Flashmob (hilfsweise Prüfung)

Unterstützungstreik und Flashmob sind zudem nie erforderlich, es sind immer milder wirkende Arbeitskampfmittel vorhanden.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass den Gewerkschaften aufgrund ihres geringen Organisationsgrads gar nichts anderes übrig bleibe, als zu kreativen Arbeitskampfinstrumenten zu greifen. Der Ausgleich von Organisationsschwäche auf Arbeitnehmerseite ist nicht vom Arbeitgeber zu

46 Kersten, Neues Arbeitskampfrecht, 2012, S. 73; Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 347; Jacobs, ZfA 2011, 72, 80; Konzen, Die erweiterte Zulassung des Unterstützungstreiks, SAE 2008, 1; Bieder, Paradigmenwechsel im Arbeitskampf: Neue Bezugspunkte für die Verhältnismäßigkeitskontrolle von Sympathiestreiks, NZA 2008, 799, 800 f.

47 Vgl. BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 8), Rn. 52: „Bei einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die schon bei den Angriffskampfmitteln ansetzte, wäre eine gerichtliche Kontrolle der Tarifziele kaum zu vermeiden. Eine solche Kontrolle widerspräche aber dem Grundgedanken der Tarifautonomie.“

48 So auch Jacobs, ZfA 2011, 72, 90; Kersten (Fn. 46), S. 77; Konzen, SAE 2008, 1, 7 f.; Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 368 f.; Rüthers/Höpfner, JZ 2010, 261, 263.

tragen⁴⁹. Die kollektive Koalitionsfreiheit kann nicht stärker sein als die Summe der sie konstituierenden individuellen Koalitionsfreiheiten⁵⁰.

2. Streik in der Daseinsvorsorge

Beim Streik in der Daseinsvorsorge muss zunächst jedenfalls Sorge dafür getragen werden, dass sich der Eingriff auf ein unerlässliches Maß beschränkt.

a) Unspezifische Milderungsinstrumente (nur Zeitmoment)

In einem ersten Schritt sind deshalb sämtliche Instrumente zu nutzen, die die Chancen für eine einvernehmliche Lösung erhöhen und den Streikbeginn von einer umfänglichen Selbstvergewisserung der Gewerkschaftsmitglieder abhängig machen oder zumindest Streikvorkehrungen ermöglichen. Hierzu werden ja verschiedene Maßnahmen diskutiert, die mir bereits *de lege lata qua* Verhältnismäßigkeitsgebot erforderlich zu sein scheinen. Diese Maßnahmen schließen übrigens vielfach an ausländische Vorbilder an, die aufgrund einschlägiger Erfahrungen zu teilweise recht einschneidenden Regulierungen gegriffen haben. Insofern fehlt es dem deutschen Arbeitsrecht bislang an „Weltniveau“.

- Einem Streik in der Daseinsvorsorge muss ein obligatorischer Schlichtungsversuch vorangehen, es besteht also *Schlichtungszwang*⁵¹ (nicht zu verwechseln mit einer Zwangsschlichtung, zu Letzterer sogleich).
- Einem Streik in der Daseinsvorsorge muss eine *Urabstimmung* vorausgehen⁵².
- Und ein Streik in der Daseinsvorsorge muss rechtzeitig angekündigt werden. Nur mit einer solchen *Ankündigungspflicht* lässt sich eine Mindestversorgung aufrechterhalten⁵³.

49 Kersten (Fn. 46), S. 79 f.

50 Dazu, dass die kollektive Koalitionsfreiheit ausschließlich im Dienst der individuellen Koalitionsfreiheit steht, *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 150 f. Gegen ein Verständnis der Gewerkschaften als intermediäre Instanzen mit „autonomer“ Regelsetzung *Hartmann* (Fn. 24), S. 108 ff.

51 So auch etwa *Franzen/Thüsing/Waldhoff* (Fn. 42), S. 100 f. (mit „rechtsvergleichender Umschau“ S. 98) sowie *Henssler*, Ende der Tarifeinheit – Eckdaten eines neuen Arbeitskampfrechts, RdA 2011, 65, 72 und *Hufen*, NZA 2014, 1237, 1240 *de lege ferenda*; *Rudkowski* (Fn. 40), S. 105 ff. (zu anderen Rechtsordnungen S. 103 f.) *de lege lata*.

52 *Franzen/Thüsing/Waldhoff* (Fn. 42), S. 120 f. (mit „rechtsvergleichender Umschau“ S. 119) *de lege ferenda*.

Vorher darf nicht gestreikt werden. Deshalb kommen sogenannte *Warnstreiks*, die ohnehin meist nicht mehr von Erzwingungsstreiks zu unterscheiden sind, in der Daseinsvorsorge nicht in Betracht.

b) Spezifische Milderungsinstrumente

Neben diesen unspezifischen, weil lediglich das Zeitmoment erfassenden Milderungsinstrumenten sind zudem spezifisch, unmittelbar an den Streikfolgen ansetzende Maßnahmen zu ergreifen.

aa) Mindestversorgung

Zentrale Bedeutung hat dabei die Einrichtung von Notdiensten. Soweit ersichtlich lassen die in der Praxis aber häufig zu wünschen übrig. Um den Streik für die Allgemeinheit zumutbar zu machen, müsste es sich im Übrigen sogar um eine echte Mindestversorgung handeln; die Leistung müsste also für sämtliche Nachfrager in noch zumutbarer Weise zugänglich sein⁵⁴. Das dürfte aber regelmäßig das Interesse der Gewerkschaft an einem möglichst durchschlagskräftigen Streik konterkarieren.

bb) Streiksynchronisierung bei Tarifpluralität

Bei der zunehmenden Tarifpluralität, die uns ja vornehmlich in der Daseinsvorsorge begegnet, scheint mir zudem eine Synchronisierung der Streikmaßnahmen unterschiedlicher Belegschaftsgruppen geboten.

Streikkaskaden⁵⁵ aufgrund von Verteilungskämpfen innerhalb der Belegschaft sind der Allgemeinheit bereits *de lege lata* unzumutbar.

Die Tarifeinheit haben wir zwar hinter uns gelassen. Aber eine wie auch immer geartete Form der *Arbeitskampfeinheit* muss nunmehr an ihre Stelle treten⁵⁶ – wenn man sich nicht ohnehin ein intelligenteres Verfahren jenseits des Arbeitskampfs einfallen lässt. Dazu sogleich.

53 Franzen/Thüsing/Waldhoff (Fn. 42), S. 112 (mit „rechtsvergleichender Umschau“ S. 108 ff.) *de lege ferenda*; Rudkowski (Fn. 40), S. 99 ff. (zu anderen Rechtsordnungen S. 100) *de lege lata*.

54 Franzen/Thüsing/Waldhoff (Fn. 42), S. 130 ff. („rechtsvergleichende Umschau“ S. 125 ff.) plädieren für eine gesetzliche Regelung der Aufrechterhaltung einer Grundversorgung einschließlich einer Schlichtungsregelung für den Fall der Nichteinigung über den Umfang der Grundversorgung. Rudkowski (Fn. 40), S. 123 (zu anderen Rechtsordnungen S. 117) hält eine Grundversorgung für einige Branchen bereits *de lege lata* für geboten.

55 Dazu Schliemann, Streikkaskaden in der Daseinsvorsorge?, Festschrift Bauer, 2010, S. 923 ff.

56 Ansätze etwa bei Kamanabrou, Der Streik durch Spartengewerkschaften – Zulässigkeit und Grenzen, ZfA 2008, 241, 262 ff., 273 ff.; Franzen, Das Ende der

V. Proportionalität – Verhältnismäßigkeitsgebot

Auf der letzten Prüfungsstufe ist zudem positiv die Angemessenheit der Streikmaßnahme festzustellen. Das Eingriffsinteresse muss das Bestandsinteresse überwiegen.

1. Unterstützungstreik, Flashmob (hilfsweise Prüfung)

a) Nicht nur Exzesskontrolle

Die Proportionalitätsprüfung beschränkt sich hier also nicht auf eine Exzesskontrolle.

b) Eingriff hier unzumutbar

Unterstützungstreik und Flashmob sind generell unzumutbar. Es sind keine Gemeinwohlgründe ersichtlich, die es rechtfertigen, einen Arbeitgeber in Sippenhaft zu nehmen oder seinen Betrieb zu blockieren.

2. Streik in der Daseinsvorsorge

a) Bei unzureichender Mindestversorgung Streik unzumutbar – Sonderopfer nicht durch Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen

Schlägt die Gewährleistung einer Mindestversorgung fehl, ist auch ein Streik in der Daseinsvorsorge unzumutbar. Das von der Allgemeinheit zu erbringende Opfer ist nicht durch hinreichende Gemeinwohlbelange zu rechtfertigen, das Koalitionsinteresse muss insofern zurückstehen. Der Streik ist dann verboten.

b) Alternative: Paritätische Zwangsschlichtung

Sollen die Arbeitnehmerinteressen nicht leerlaufen, muss für den Fall eines solchen Streikverbots – aber auch für den Fall, dass die Notwendigkeit der Gewährleistung einer Mindestversorgung einem Streik die erforderliche Durchschlagskraft nimmt – in der Daseinsvorsorge dringend über eine Alternative zum überkommenen Arbeitskampf nachgedacht werden. Meines Erachtens bleibt dann notfalls nur eine Zwangsschlichtung – im Sinne einer verbindlichen, paritätisch besetzten Schlichtung mit Eini-

Tarifeinheit und die Folgen, RdA 2008, 193, 201 ff.; *Henssler*, RdA 2011, 65, 71 ff. *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfppluralität, 2010, S. 474 ff. setzt hingegen auf eine Schärfung von Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite, insbesondere „durch eine sehr begrenzte Zulassung der Angriffsaussperrung“.

gungszwang. Eine Zwangsschlichtung hat zwar seit Weimarer Zeiten einen schlechten Leumund⁵⁷, lohnt aber näheres Nachdenken⁵⁸.

Immerhin wissen wir seit den Entscheidungen zum Arbeitskampf in kirchlichen Einrichtungen zum Zweiten und Dritten Weg, dass auch nach Auffassung des Arbeitskampfsenats ein Streikverbot die Koalitionsfreiheit nicht notwendig verletzt und die Tarifautonomie durchaus auch ohne Streikoption funktionieren kann, solange der Gewerkschaft bei der an die Stelle des Streiks tretenden Zwangsschlichtung ein hinreichendes Maß an Einflussnahme bleibt⁵⁹. So weit die staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Daseinsvorsorge reicht, so weit ist auch von einer verfassungsrechtlichen Gleichwertigkeit der Daseinsvorsorge mit dem Kirchenarbeitsrecht auszugehen⁶⁰.

Diese Erkenntnis hat eine geradezu systemsprengende Dimension: Die (Kollateral-) Schäden von klassischen Arbeitskämpfen sind innerhalb solcher verfassungsrechtlich privilegierter Schutzbereiche zu belastend; hier kommen nur schonendere Konfliktlösungsmechanismen in Betracht. Damit wäre übrigens auch dem Streit um die Tarifeinheit zumindest die Spitze genommen: Die einschlägig in Erscheinung getretenen Spartengewerk-

57 *Vielmeier*, Tarifzensur, 2013, S. 108 ff., 187 ff.; *Rudkowski* (Fn. 40), S. 80 ff.; *Franzen/Thüsing/Waldhoff* (Fn. 42), S. 101 ff.

58 Etwa *Rüthers*, FAZ vom 13.11.2014, S. 8 unter Verweis auf das Schweizer „Friedensabkommen“ zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberverband der Metallindustrie vom 19.7.1937 (das Abkommen ist abgedruckt in: Schweizerische Bauzeitung, Bd. 109/110 [1937], Nr. 26, S. 318 [persistenter Link: <http://dx.doi.org/10.5169/seals-49166>]); *Hufen*, NZA 2014, 1237, 1240, der in Fn. 43 ebenfalls auf das „Schweizer Modell“ verweist. Siehe auch *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, Grundl. Rn. 467: „Zum anderen folgt aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die Pflicht, die Mindestversorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen aufrechtzuerhalten. Ist die Mindestversorgung gefährdet, ist nicht bloß die Zwangsschlichtung zulässig, sondern auch der Arbeitskampf rechtswidrig.“

59 BAG 20.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Rn. 44 ff.; BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, NZA 2013, 448 Rn. 106 ff.

60 Für die Übertragbarkeit der Regeln aus dem kirchlichen Bereich auf den Streik in der Daseinsvorsorge plädiert auch *Greiner*, EMRK, Beamtenstreik und Daseinsvorsorge oder: Was der öffentliche Dienst vom kirchlichen Arbeitsrecht lernen kann, DÖV 2013, 623, 628 ff.: „Eine Verhandlungs- und Schlichtungslösung unter Einschluss der Gewerkschaften stellt sich daher als ein über den kirchlichen Bereich hinaus zu verallgemeinerndes, vermittelndes Modell zur Findung angemessener und marktkonformer Arbeitsbedingungen dar.“ *Greiner* setzt auf den Übergang von einer status- zu einer funktionsbezogenen Betrachtungsweise: Strengere Arbeitskampfbregeln müssten überall dort zur Anwendung kommen, wo unmittelbar hoheitliche oder unmittelbar der Daseinsvorsorge dienende Funktionsbereiche betroffen sind.

schaften tummeln sich durchweg in der Daseinsvorsorge; ein Schlichtungsverfahren lässt sich, koordiniert oder getrennt, mit sämtlichen in einem tarifpluralen Betrieb vertretenen Gewerkschaften durchführen – ohne die sonst für tarifplurale Betriebe zu befürchtenden vervielfachten Arbeitskampffraktionen⁶¹.

F. Schluss

Es gibt überragend gute Gründe, sich auf die Engführung des Arbeitskamps auf das Gegenseitigkeitsverhältnis zu besinnen. Das legt schon der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG nahe; die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat es eindrücklich bestätigt.

61 Das gerade vorgestellte Verfahren folgt übrigens einem modernen Trend: Auch in der neuen Mindestlohngesetzgebung hat der Gesetzgeber den Gewerkschaften bei den erforderlichen Anpassungsentscheidungen die Mitwirkung an einer Zwangsschlichtung zgedacht (so auch *Bepler*, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. B 107; *Reichold*, Stärkung in Tiefe und Breite – wie viel Staat verkraftet die Tarifaufonomie?, NJW 2014, 2534, 2535) – zugegebenermaßen in ihrer von mir wenig goutierten Rolle als intermediäre Gewalt.

Der Flashmob-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Einladung zur Entgrenzung?

Rüdiger Krause

Seite

I. (K)eine neue Runde im Kampf um das „neue Arbeitskampf- recht“	45
II. Die Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands als Prüfungs- gegenstand	50
1. Anerkannte Ausgangspunkte	50
2. Perspektivenwechsel zur Koalitionsfreiheit der Gewerk- schaft	52
III. Sachlicher Schutzbereich der Koalitionsfreiheit	54
1. Das aktuelle Schutzbereichsverständnis des BVerfG	54
2. Heteronomiekonzept versus Autonomiekonzept	57
a) Bisherige Argumentationslinien des BVerfG	57
b) Zivilrechtspräformierung kontra Verfassungsunmittel- barkeit	61
c) Konsequenzen des Autonomiekonzepts	66
3. Schutzbereichsbegrenzungen	69
a) Ausklammerung der Privatsphäre	69
b) Friedlichkeitsvorbehalt	70
c) Absolute Rechte und Rechtsgüter des Arbeitgebers als Grenze?	71
IV. Persönlicher Schutzbereich der Koalitionsfreiheit: Einbeziehung Dritter?	74
V. Die gewandelte Rolle und (Neu-) Interpretation des Verhältnis- mäßigkeitsgrundsatzes	78
VI. Folgerungen	80
1. Flashmob-Aktionen	80
2. Andere Formen aktiver Produktionsbehinderung	81

VII. Schlussbemerkungen.....	82
Diskussion	84

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Entgrenzter Arbeitskampf?*
(München 2015), S. 43-83

I. (K)eine neue Runde im Kampf um das „neue Arbeitskampfrecht“

Kaum ein anderes Thema hat die arbeitsrechtliche Community in den letzten Jahren so in Bewegung gesetzt wie das so genannte Flashmob-Urteil des BAG vom 22.9. 2009¹. Hierbei hielt sich die Zahl der Verteidiger in engen Grenzen². Dagegen stieß die Entscheidung überwiegend auf zum Teil herbe Kritik³. Nun wird der „Kampf um den Arbeitskampf“⁴ seit jeher

- 1 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140 = AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Frühzeitige vehemente Kritik an Flashmob-Aktionen durch *Rieble*, Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796 ff. („Sabotage“).
- 2 *Berg/Kocher/Platow/Schoof/Schumann*, Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 216 ff.; *Däubler*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 31 Rn. 6 ff.; *Rehder/Deinert/Callsen*, Atypische Arbeitskampfformen der Arbeitnehmerseite – sozialwissenschaftliche Grundlagen und rechtliche Rahmenbedingungen, AuR 2012, 103, 107 ff.; tendenziell wohlwollend auch *Fischer*, Das BVerfG als Superrevisionsinstanz der Arbeitsgerichtsbarkeit in Arbeitskampsachen? – Der Flashmobfall in Karlsruhe, RdA 2011, 50, 53 ff.; ferner *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 9 Rn. 116; *Schmitz-Scholeermann*, Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2012, 1001, 1004 f.
- 3 *Franzen*, Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senats des BAG zum Arbeitskampfrecht, JbArbR 47 (2010), S. 119, 131 ff.; *Giesen*, Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampsrisikos, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Neues Arbeitskampfrecht, 2010, S. 95, 100 ff.; *Jacobs*, Das neue Arbeitskampfrecht des Bundesarbeitsgerichts – Kritische Überlegungen zur Akzentuierung der Kampfmittelfreiheit und zur Entwertung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der neuen Rechtsprechung des Ersten Senats, ZfA 2011, 71, 81 ff.; *Kersten*, Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – Zugleich ein Beitrag zur „Governance der Schwärme“, in: *Rieble/Junker/Giesen*, a.a.O., S. 61, 77 ff.; *ders.*, Neues Arbeitskampfrecht, 2012, S. 70 ff.; *Konzen*, Kampfmittelfreiheit und Flash mob-Aktionen, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 609 ff.; *Krieger/Günther*, Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt!?, NZA 2010, 20, 21 ff.; *Otto*, Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG – Vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit?, RdA 2010, 135, 137 ff.; *Picker*, Zur Zukunft des Kollektivarbeitsrechts, Festschrift Bauer, 2010, S. 811, 823 ff.; *ders.*, Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, ZfA 2010, 499, 525 ff., 527 ff., 535 ff., 548 ff., 582 ff. („Dammbruch“); *Richardi*, Arbeitskampf und Deliktsschutz, Festschrift Säcker, 2011, S. 285, 286 ff.; *Rieth*, „Flashmob“ – ein Arbeitskampsmittel?, SAE 2010, 37, 40 f.; *Rüthers*, Arbeitskampf in einer veränderten Wirtschafts- und Arbeitswelt, NZA 2010, 6, 12 („weltanschaulich bedingte Wahrnehmungshindernisse“); *Rüthers/Höpfner*, Über die Zulässigkeit von Flashmobs als Arbeitskampsmaßnahme, JZ 2010, 261, 262 ff.; *Säcker*, Von der offenen Arbeitseinstellung zur verdeckten Betriebsblockade – Der Arbeitskampf im Wandel zum Partisanenkampf, NJW 2010, 1115 ff. („Partisa-

mit harten Bandagen ausgefochten. Dennoch kommt es nicht gerade häufig vor, dass sich große Teile des arbeitsrechtlichen Schrifttums bereits im Ansatz gegen die Konzeption der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung wenden. Die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde gegen das Flashmob-Urteil des BAG als vorläufiger Höhepunkt des „neuen Arbeitskampfrechts“⁵ wurde deswegen mit besonderer Spannung erwartet.

Am 26.3. 2014 hat das BVerfG nach mehr als vier Jahren endlich entschieden und es wird alle diejenigen enttäuscht haben, die gehofft hatten, dass das BVerfG dem BAG bei dessen Erweiterung des gewerkschaftlichen Kampfmittelarsenals stoppen würde. Mehr noch: Das BVerfG hat von einer Senatsentscheidung abgesehen. Die grundlegende Trilogie zum Arbeitskampfrecht aus den 1990er Jahren⁶ wird nicht fortgesetzt. Vielmehr hat das BVerfG die Verfassungsbeschwerde gegen das Flashmob-Urteil des BAG sowie die Urteile der Vorinstanzen⁷ durch schlichten Kammerbeschluss nicht zur Entscheidung angenommen⁸. Zur Begründung verweist das BVerfG zum einen auf die fehlende grundsätzliche Bedeutung der Verfassungsbeschwerde, zum anderen auf ihre mangelnde Erfolgsaussicht.

An sich bedeuten Nichtannahmebeschlüsse nur, dass der Zugang zu einer Sachentscheidung des BVerfG verwehrt wird⁹. Allerdings hat ein begründeter Nichtannahmebeschluss mindestens die faktische Wirkung, dass

nenkampf“); *Säcker/Mohr*, Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte, JZ 2010, 440 ff.; *von Steinau-Steinrück/Brugger*, Arbeitskampfrecht quo vadis?, NZA Beilage 3/2010, S. 127, 129 f.; *Willemsen/Mehrens*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Wolf*, Deutsches Tarifrecht – zwischen Erfolg und Bewährungsprobe, Festschrift Kempfen, 2013, S. 59, 61 ff.; monografisch *Rosenau*, Die Koalitionsbetätigungsfreiheit im gewandelten Kontext, 2013, S. 234 ff.; zurückhaltend auch *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

4 Vgl. *Kissel*, Der Kampf um den Arbeitskampf, RdA 1988, 321 ff.; *Lieb*, Der Kampf um den Arbeitskampf, RdA 1988, 327 ff.

5 Dazu grundsätzlich ablehnend bereits *Rieble*, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506 ff.

6 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212; BVerfG 2.3. 1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365.

7 ArbG Berlin 1.4. 2008 – 34 Ca 2402/08, juris; LAG Berlin-Brandenburg 29.9. 2008 – 5 Sa 967/08, NZA-RR 2009, 149.

8 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493.

9 Vgl. *Graßhoff*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Loseblatt-Kommentar, Stand: 2014, § 93a Rn. 47: Nichtannahmeentscheidungen sind „Nichtentscheidungen“.

eine auf einen vergleichbaren Sachverhalt gestützte Verfassungsbeschwerde bei unveränderter Rechtslage künftig voraussichtlich ebenfalls erfolglos bleiben wird¹⁰. Damit steht jedenfalls für die Praxis fest, dass die Entscheidung des BAG, nach der „eine streikbegleitende Aktion, mit der eine Gewerkschaft in einem öffentlich zugänglichen Betrieb kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen will, um zur Durchsetzung tariflicher Ziele Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben, ... nicht generell unzulässig (ist)“¹¹, ihrerseits nicht die Verfassung verletzt. Die Verfassungsbeschwerde war zwar nur vom Arbeitgeberverband erhoben worden, in dem das Einzelhandelsunternehmen organisiert ist, in dessen Filiale die Flashmob-Aktion stattgefunden hatte. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass auch eine von dem unmittelbar betroffenen Unternehmen eingelegte Verfassungsbeschwerde zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte¹².

Durch die Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gibt das BVerfG zu erkennen, dass die Billigung einer einstündigen Flashmob-Aktion durch das BAG keine verfassungsrechtlichen Fragen aufwirft, die sich nicht ohne weiteres durch die Heranziehung der bereits entwickelten Grundsätze beantworten ließen¹³. Dies gilt unmittelbar für den Annahmegrund der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedeutung¹⁴, der nur dann vorliegt, wenn die aufgeworfene Frage durch die bisherige Verfassungsrechtsprechung nicht schon geklärt ist oder durch veränderte Verhältnisse erneut klärungsbedürftig geworden ist¹⁵. Dies gilt aber auch im Hinblick auf den Annahmegrund der objektiven oder subjektiven Wichtigkeit¹⁶ der Durchsetzung der vom Beschwerdeführer gerügten Grundrechte¹⁷, der bei mangelnder Erfolgsaussicht zu verneinen ist¹⁸. Kammerentscheidungen sollen nämlich lediglich den gesicherten Bestand des Verfassungsrechts

10 Siehe Zuck, Die Bedeutung der Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Verfassungsbeschwerdesachen, EuGRZ 2013, 662, 667.

11 So der Leitsatz von BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1).

12 Das betroffene Unternehmen hatte allerdings insgesamt davon abgesehen, gegen die Flashmob-Aktion gerichtlich vorzugehen; vgl. Fischer, RdA 2011, 50, 52.

13 Siehe dazu auch die Bewertung der Entscheidung des BAG durch BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 37: „Das Bundesarbeitsgericht hat die Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht nicht in Frage gestellt, sondern für einen konkreten Sachverhalt weiterentwickelt.“

14 § 93a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG.

15 Vgl. BVerfG 8.2. 1994 – 1 BvR 1693/92, BVerfGE 90, 22, 24 f.

16 Zur Terminologie siehe Uerpmann, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Erster Band, 2001, S. 673, 678.

17 § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG.

18 Vgl. BVerfG 8.2. 1994 – 1 BvR 1693/92 (Fn. 15), 25 f.

auf einen konkreten Fall zur Anwendung bringen. *Zuck* spricht anschaulich von einer „verfassungsgerichtlichen Amtsgerichtsbarkeit“, die „das Recht vom Papier in die Welt transferieren“ soll¹⁹. Dagegen sollen sie bei der Feststellung der mangelnden Erfolgsaussicht einer Verfassungsbeschwerde, bei der es sich der Sache nach um eine Prognose über den wahrscheinlichen Ausgang einer Senatsentscheidung handelt²⁰, den verfassungsrechtlichen Raum nicht erstmals abmessen oder angesichts geänderter Umstände erneut durchdenken²¹. Dass es im vorliegenden Fall nur zu einer Kammerentscheidung gekommen ist, bringt somit die Auffassung des BVerfG zum Ausdruck, dass es für die verfassungsrechtliche Würdigung des Flashmob-Urteils des BAG nicht erforderlich ist, das konstitutionelle Koordinatensystem für die Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen ein weiteres Mal umfassend neu zu justieren.

Erste Bewertungen der Entscheidung des BVerfG weisen dagegen in eine völlig andere Richtung. So heißt es bei *Rüthers*, dass der Kammerbeschluss das Arbeitskampfrecht und damit die normative Preisbildung am Arbeitsmarkt mit verfassungsrechtlicher Wirkung einschneidend verändert habe und einen folgenreichen Eingriff in die Grundlagen der Arbeits- und Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland darstelle²². Für *Boemke* hat das BAG die Weichen im Arbeitskampfrecht neu gestellt, so dass es in Wirklichkeit um verfassungsrechtliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung gehe, die nach wie vor einer Klärung durch das BVerfG harren²³. Darüber hinaus dürfte es viele irritiert haben, dass die zahlreichen Argumente, die dem BAG entgegengehalten worden sind, am BVerfG scheinbar spurlos abgeprallt sind²⁴. Dabei ermöglichen es insbesondere

19 *Zuck*, EuGRZ 2013, 662, 668.

20 Siehe *Benda*, Kammermusik, NJW 1995, 429, 430.

21 Vgl. *Domgörgen*, Res gestae Dieter Hömig – eine verfassungsrechtliche Chronik – Dem Richter des Bundesverfassungsgerichts zum Abschied aus dem Amt, EuGRZ 2006, 233, 236: „Weiterentwicklung der Verfassungsrechtsprechung ist den Kammern versagt“.

22 *Rüthers*, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG – Beschluss vom 26.3. 2014 (1 BvR 3185/09, JZ 2014, 736) – Zur Frage der Zulässigkeit sogenannter Flashmob-Aktionen als Mittel im Arbeitskampf, JZ 2014, 738.

23 *Boemke*, Kein Verfassungsverstoß durch arbeitsgerichtliche Entscheidungen, die gewerkschaftlichen Aufruf zu einer streikbegleitenden Flashmob-Aktion billigen, jurisPR-ArbR 24/2014 Anmerkung 1. Anders aber *Bertke*, BVerfG und Flashmob-Rechtsprechung, NJW 2014, 1852, für die der Beschluss des BVerfG nicht über dessen frühere Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht hinausgeht.

24 Vgl. *Boemke*, jurisPR-ArbR 24/2014 Anmerkung 1: „Kammerentscheidung ignoriert glattweg die Diskussion“; siehe auch *Lembke*, Arbeitskampfrecht – Quo vadis?, NZA 2014, 471, 472: „dogmatische Schwächen“.

die Ausführungen von *Thüsing/Waldhoff*²⁵, die im Wesentlichen auf der Begründung der Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BAG beruhen, detailliert nachvollziehen zu können, welche Argumente vorgebracht und vom BVerfG zurückgewiesen worden sind beziehungsweise zu welchen Argumenten erst gar nicht Stellung bezogen worden ist.

Damit ist zugleich das Untersuchungsprogramm abgesteckt. So soll es im Folgenden schwerpunktmäßig um die verfassungsrechtliche Dimension der Flashmob-Problematik gehen. Hierbei ist zum einen – vergangenheitsorientiert – danach zu fragen, ob sich der Kammerbeschluss entsprechend seinem Selbstverständnis als konkretisierende Anwendung gesicherter verfassungsrechtlicher Maßstäbe darstellt oder ob er, wie es die zitierte Einschätzung von *Rüthers* nahelegt, „verdeckt Verfassungsneues“²⁶ enthält. Dies ist nicht zuletzt deshalb von Interesse, weil die verfassungsrechtlichen Ausführungen in Nichtannahmeentscheidungen dem BVerfG zuweilen als Grundlage für spätere Judikate dienen²⁷. Zum anderen geht es – zukunftsorientiert – um die Frage, welchen Argumenten bei der Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen unter einem verfassungsrechtlichen Blickwinkel nach Ansicht des BVerfG weiterhin Überzeugungskraft zukommt und welche Argumente „vom Tisch genommen“ sind und künftig wohl keine Chance mehr haben, Gehör zu finden. Dieser zweitgenannte Blickwinkel soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Gerichte gerade im Arbeitskampfrecht funktional häufig nicht nur über einen zurückliegenden Konflikt entscheiden, sondern zugleich Maßstäbe für künftiges Arbeitskampfverhalten setzen²⁸. Plakatativ formuliert geht es insoweit darum, ob das BVerfG tatsächlich eine „Einladung zur Entgrenzung“ an die Kampfparteien ausgesprochen hat. Allerdings genügt es hierfür nicht, sich ausschließlich auf die verfassungsrechtliche Ebene zu konzentrieren. Um den Kammerbeschluss zu verstehen, ist vielmehr zumindest bis zu einem gewissen Grad auch auf die vom BAG entwickelte Argumentation einzugehen, zumal es angesichts der Normenleere des Arbeitskampfrechts keinen anderen Bereich gibt, in dem Verfassungsrecht und einfaches Arbeitsrecht so stark miteinander verschränkt sind.

Eine letzte Vorbemerkung: Thematisch soll der Fokus auf der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG und den daraus erwachsenden Folgen für das einfache Arbeitskampfrecht liegen. Dies entspricht dem Schwerpunkt der Verfassungsbeschwerde, der Kammerentscheidung des BVerfG, des

25 *Thüsing/Waldhoff*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsrechtskampf – Eine verfassungsrechtliche Positionsbestimmung der Flashmob-Entscheidung des BAG, ZfA 2011, 329 ff.

26 Vgl. *Scholz*, Verdeckt Verfassung neues zur Mitbestimmung?, NJW 1986, 1587.

27 Näher *Graßhoff*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge* (Fn. 9), § 93a Rn. 51 ff.

28 *Kissel*, RdA 1988, 321, 322.

Flashmob-Urteils des BAG wie auch der sonstigen einschlägigen Diskussion. Dagegen sollen die eigenständigen Fragen nach den verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Arbeitskampfrecht und nach der Notwendigkeit einer Anrufung des Großen Senats des BAG hier nicht entfaltet werden.

II. Die Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands als Prüfungsgegenstand

Da ein Beschwerdeführer im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde nur die Verletzung eigener Grundrechte, nicht aber eine aus seiner Sicht zu extensive Interpretation der Grundrechte eines Dritten rügen kann²⁹, bildet die Koalitionsfreiheit des Arbeitgeberverbands – und nicht die Koalitionsfreiheit der die Flashmob-Aktion durchführenden Gewerkschaft – den Ausgangspunkt der Überlegungen³⁰.

1. Anerkannte Ausgangspunkte

Stellt man bei der Analyse des sogenannten Maßstäbeteils³¹ die auf die Kampfmittel bezogenen Ausführungen bewusst einen Augenblick zurück, trifft das BVerfG im Hinblick auf die prinzipielle Interpretation der Koalitionsfreiheit folgende drei Feststellungen, die in der aktuellen Diskussion zur Flashmob-Problematik soweit ersichtlich unstrittig sind oder doch zumindest auf durch eine lange Rechtsprechungslinie abgesicherten Grundsätzen³² beruhen³³.

Erstens enthält Art. 9 Abs. 3 GG ein Doppelgrundrecht, das neben der individuellen Koalitionsfreiheit auch die kollektive Koalitionsfreiheit als solche schützt. Allerdings sei schon an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass das vom BVerfG nicht näher beleuchtete Verhältnis beider Freiheiten zueinander erhebliches Streitpotenzial in sich birgt, was sich auch in der Auseinandersetzung um Flashmob-Aktionen niederschlägt³⁴.

29 Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG.

30 Vgl. BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 22.

31 Zur prinzipiellen Aufteilung der materiellen Verfassungsinterpretation durch das BVerfG in einen „Maßstäbeteil“ und einen „Subsumtionsteil“ siehe *Lepsius*, in: *Möllers/Schönberger/Jestaedt*, Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159, 168 ff.

32 Zu den allgemeinen koalitionsverfassungsrechtlichen Grundlagen siehe etwa *Krause*, in: *Jacobs/Krause/Oetker/Schubert*, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl. 2013, § 1 Rn. 16 ff., 33 ff.

33 Insoweit auch *Boemke*, jurisPR-ArbR 24/2014 Anmerkung 1: „abstrakten Rechtssätzen ... kann ... uneingeschränkt und vollumfänglich beigespflichtet werden“.

34 Dazu noch unten sub IV.

Zweitens schützt Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur die Bildung und den Bestand, sondern auch die Betätigung einer Koalition. Dabei beschränkt sich die grundrechtlich geschützte Betätigungsfreiheit nach der in den 1990er Jahren vollzogenen Kehrtwende in der Judikatur des BVerfG nicht auf einen Kernbereich im Sinne derjenigen Tätigkeiten, die für die Erhaltung und Sicherung des Bestands der Koalition unerlässlich sind, sondern erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen.

Drittens bedarf die Koalitionsfreiheit der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit es um die Abgrenzung der beiderseitigen Freiheitssphären von Arbeitgeberseite und Arbeitnehmerseite als Träger widerstreitender Interessen geht.

Mit dem Begriff der Ausgestaltung wird freilich eine höchst schillernde grundrechtsdogmatische Kategorie angesprochen, die gerade im Gegenstandsbereich der Koalitionsfreiheit zu einer erheblichen Unsicherheit bei den verfassungsrechtlichen Maßstäben führt. Als Ausgangspunkt³⁵ empfiehlt sich zunächst eine strikte Trennung zwischen Eingriff und Ausgestaltung. Während bei Eingriffen der abwehrrechtliche Gehalt eines Grundrechts mobilisiert wird, geht es bei der Ausgestaltung um sonstige Formen der Grundrechtsbetroffenheit. Die abwehrrechtliche Grundrechtsdimension zielt in erster Linie auf den Schutz von sogenannten natürlichen Freiheiten ab, also von solchen Handlungen, die vom Grundrechtsträger auch ohne ein staatliches Zutun faktisch vorgenommen werden können. Dagegen liegt eine Ausgestaltung zum einen dann vor, wenn ein staatliches Handeln in Rede steht, das Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Freiheitsrechts ist³⁶. Konkret geht es um die Erzeugung von Freiheiten durch Kompetenznormen³⁷ und damit um die Gewährleistung zivilrechtlicher Rechtsinstitute, so dass die hiervon betroffenen Grundrechte den Charakter so genannter normgeprägter Freiheiten erhalten. Zum anderen kann von einer Ausgestaltung gesprochen werden, wenn und soweit durch staatliches Handeln eine grundrechtliche Schutzpflicht erfüllt werden soll, indem rechtliche Instrumente zur Abwehr von Übergriffen nichtstaatlicher Provenienz geschaffen werden. Dabei kann sich aus verfassungsrechtlicher Sicht in beiden Fällen die Frage stellen, ob

35 Zum Folgenden insbesondere *Burkiczak*, Grundgesetz und Deregulierung des Tarifvertragsrechts, 2006, S. 152 ff.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 494 ff., *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, 2008, S. 257 ff.; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande, 2000, S. 81 ff.; *Kemper*, Die Bestimmung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), 1990, S. 13 ff., 60 ff.; ferner *Cremer*, Freiheitsgrundrechte – Funktionen und Strukturen, 2003, S. 89 ff.

36 Im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit insoweit klar auch BVerfG 25.10. 1994 – 1 BvF 1/90 u.a., BVerfGE 92, 26, 41.

37 Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 211 ff., 303.

der Staat in Gestalt des Gesetzgebers oder der Gerichte den Direktiven einer Institutsgarantie beziehungsweise einer Schutzpflicht hinreichend nachgekommen ist. Im Übrigen können die auf diese Weise geschaffenen normgeprägten Freiheiten ihrerseits wieder unter bestimmten Voraussetzungen Gegenstand von Abwehrrechten sein. Die insoweit diskutierten Fallgruppen³⁸ spielen im vorliegenden Kontext allerdings keine Rolle.

2. Perspektivenwechsel zur Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war hauptsächlich die Rüge einer Verletzung der Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite. Bei der konkreten Prüfung dieser Rüge schwenkt das BVerfG indes sofort auf die Frage um, ob die von der Gewerkschaft ver.di durchgeführte Flashmob-Aktion durch Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt ist³⁹. Diese Gedankenführung, die im Übrigen auch den Ausführungen von *Thüsing/Waldhoff* zugrunde liegt⁴⁰, verdient eine nähere Betrachtung.

Sicherlich trifft es auf verfassungsrechtlicher Ebene zu, dass die fachgerichtliche Billigung einer durch die Koalitionsfreiheit konkret geschützten gewerkschaftlichen Kampfhandlung nicht gleichzeitig die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite verletzen kann. Umgekehrt stellt aber nicht jede fachgerichtliche Akzeptanz einer Kampfmaßnahme, die nach einfachem Recht unzulässig ist und die deshalb von den Fachgerichten an sich hätte unterbunden werden müssen, zugleich einen Verfassungsverstoß dar. Ein solcher Schluss wäre nur dann statthaft, wenn die Verfassung alle Einzelheiten der rechtlichen Beziehungen zwischen den Koalitionen, die sich auf eine noch so entfernte Weise auf die Kräfteverteilung in einer Verhandlungssituation auswirken⁴¹, abschließend vorgeben würde, so dass dem einfachen Recht lediglich die Funktion zukommen würde, die verfas-

38 Dazu etwa *Burkiczak* (Fn. 35), S. 168 ff.; *Engels*, Die verfassungsrechtliche Dogmatik des Grundsatzes der Tarifeinheit, RdA 2008, 331, 334 f.

39 Vgl. BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 26 ff.

40 *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 332.

41 Eine Verletzung der Koalitionsfreiheit eines Verbands kommt von vornherein nur dann in Betracht, wenn eine Kampfmaßnahme gegen deren koalitionsspezifische Betätigung (regelmäßig in Gestalt von Tarifverhandlungen) gerichtet ist. Geschützt ist letztlich die kollektive Selbstbestimmung vor unzulässigem Druck. Rechtswidrige Kampfmaßnahmen, mit denen nicht auf die Willensbildung beim Arbeitgeberverband eingewirkt werden soll (etwa ein rein politischer Streik), sind hiervon nicht erfasst, können aber gegebenenfalls vom einzelnen Arbeitgeber deliktisch abgewehrt werden. Daher greift es zu weit, wenn man jede Überdehnung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit zugunsten der Gewerkschaft als Eingriff in die Arbeitskampffreiheit der Gegenseite qualifiziert, so aber *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 332.

sungsunmittelbaren Grenzen der Kampfbefugnisse der Koalitionen nachzuzeichnen. In diesem Fall wäre die Rechtsprechung des BAG in Arbeitskampsachen reine Verfassungsinterpretation und könnte beziehungsweise müsste vom BVerfG umfassend überprüft werden⁴². Eine derartige Sichtweise passt indes nicht zu der Aussage, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts ein weiter Handlungsspielraum zustehen soll⁴³ und es Sache der Rechtsprechung ist, bei unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht aus allgemeinen Rechtsgrundlagen abzuleiten⁴⁴. Es ist daher nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Arbeitsgerichtsbarkeit bei der Beurteilung einer Arbeitskampsmaßnahme auf der einfachrechtlichen Ebene ein Rechtsfehler unterläuft, der sich nicht zugleich als Grundrechtsverstoß darstellt⁴⁵. Anders gewendet stoßen die gegenläufigen grundrechtlichen Freiheitssphären der Arbeitskampsparteien nicht in dem Sinne nahtlos aneinander, dass jede Verschiebung des Grenzverlaufs, die auf der Ebene des einfachen Rechts nicht überzeugen kann, automatisch auch die Verfassung verletzt. Umgekehrt bedeutet die verfassungsrechtliche Billigung der fachgerichtlichen Würdigung einer Kampfsmaßnahme keine abschließende Stellungnahme zur einfachrechtlichen Zulässigkeit.

Aus der verfassungsrechtlichen Argumentation des Nichtannahmebeschlusses lässt sich somit nur folgern, dass die mit der Urteilsverfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung des BAG nach der Einschätzung der Kammer nicht die Verfassung verletzt hat, indem sie eine bestimmte Kampfsmaßnahme nicht für rechtswidrig erklärt hat. Ob das Urteil des BAG nach einfachem Recht zutreffend ist, wird vom BVerfG vor dem Hintergrund der grundgesetzlichen Aufteilung der Kompetenzen zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit dagegen nicht geprüft⁴⁶. Das BVerfG ist bekanntlich keine Superrevisionsinstanz. Aus der verfassungsrechtlichen Erlaubnis der Flashmob-Entscheidung des BAG

42 Vgl. *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 23.

43 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 25; ebenso BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 6), 394.

44 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 6), 226 f.

45 Den Unterschied zwischen einfachrechtlicher Arbeitskampsordnung und Grundrechtsverstoß hervorhebend auch *Otto*, RdA 2010, 135, 137; ebenso *Bertke*, NJW 2014, 1852, 1853.

46 Zur Reichweite der Überprüfungskompetenz des BVerfG gegenüber fachgerichtlichen Entscheidungen siehe nur *Jestaedt*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, DVBl. 2001, 1309 ff.; *Roth*, Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, AöR 121 (1996), 544 ff.; *Starck*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, JZ 1996, 1033 ff.; monografisch *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006.

kann daher nicht abgeleitet werden, dass das konkrete Ergebnis der Rechtsgewinnung auf der einfachrechtlichen Ebene verfassungsrechtlich geboten ist. Ein solcher Schluss wäre nur dann gerechtfertigt, wenn das BAG die Flashmob-Aktion hypothetisch für rechtswidrig erklärt hätte, die Gewerkschaft ihrerseits dagegen im Wege der Urteilsverfassungsbeschwerde vorgegangen wäre und das BVerfG die Entscheidung des BAG aufgehoben hätte.

III. Sachlicher Schutzbereich der Koalitionsfreiheit

1. Das aktuelle Schutzbereichsverständnis des BVerfG

Folgt man der gedanklichen Vorgehensweise des BVerfG, besteht die erste Frage darin, ob Flashmob-Aktionen in den sachlichen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit fallen. Dieser Komplex lässt sich von der zweiten Frage der Einbeziehung Dritter in solche Aktionen durchaus trennen, weil es denkbar ist, dass eine Flashmob-Aktion ausschließlich von organisierten und unternehmensangehörigen Arbeitnehmern durchgeführt wird⁴⁷. Dabei ist von vornherein zu bedenken, dass Gegenstand der Verfassungsbeschwerde nur die fachgerichtliche Abweisung einer auf die Unterlassung einer ganz bestimmten Kampfmaßnahme gerichteten Klage gewesen ist, nicht aber etwaige Weiterungen, zu denen es bei einer Akzeptanz der konkreten Flashmob-Aktion durch die Gerichte künftig kommen könnte.

Im Übrigen empfiehlt es sich, zwischen einer Flashmob-Aktion und der mit ihr automatisch verbundenen Störung des betrieblichen Ablaufs einerseits und der zusätzlichen Inanspruchnahme von Eigentum und/oder Besitz des Arbeitgebers (im konkreten Fall Einkaufswagen und Waren) andererseits zu unterscheiden. Beides muss nicht zwangsläufig zusammenfallen. Wenn sich die am „Schwarm“ Beteiligten beispielsweise nur auf mitgebrachten Matten eine Stunde lang zwischen den Einkaufsregalen auf den Boden gelegt und anschließend die Filiale wieder verlassen hätten, läge infolge der Beeinträchtigung des Betriebs begrifflich ebenfalls eine „Kampfmaßnahme“ vor, die einer rechtlichen Bewertung bedarf, bei der es aber jedenfalls nicht zu einem Zugriff auf bewegliche Gegenstände im Eigentum und/oder Besitz des Arbeitgebers gekommen wäre.

Das BVerfG beantwortet die im Zentrum der Auseinandersetzung stehende Frage nach dem gegenständlichen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit

47 *Fischer*, RdA 2011, 50, 53, hat zwar zu bedenken gegeben, dass man die – wie er es ausdrückt – „kommunikative Gesamtbedeutung“ der Flashmob-Aktion nicht in ihre einzelnen Bestandteile zerlegen dürfe, um ihnen hierdurch einen völlig anderen Sinn zu geben, der dann geradewegs zur Unzulässigkeit führt. Diese Überlegung steht einer in grundrechtsdogmatischer Hinsicht geradezu selbstverständlichen Unterscheidung zwischen dem sachlichen und dem persönlichen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit indes nicht entgegen.

mit einem weiten Verständnis von Art. 9 Abs. 3 GG. Dabei bestätigt es die zentrale Weichenstellung des BAG⁴⁸, dass es für die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG im Grundsatz nur auf das von der Koalition verfolgte Ziel, nicht aber auf die Art des hierfür eingesetzten Mittels ankommen soll⁴⁹.

Nimmt man allein diese Formel zum Maßstab, liefert man die gegenständliche Reichweite der Koalitionsfreiheit zwar nicht vollständig dem Selbstverständnis der Koalition aus. Die Koalition hat auch nach dieser Formel keine Qualifikationskompetenz in dem Sinne, dass sie beliebige Zwecke (etwa die Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr) für koalitionspezifisch erklären kann, um alle damit verbundenen Handlungen (etwa Geschwindigkeitsüberschreitungen) unter den Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG fallen zu lassen. Vielmehr geht es „nur“ darum, dass es für die Eröffnung des gegenständlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit genügen soll, wenn eine bestimmte Handlung bei objektiver Betrachtung einen inhaltlichen Bezug zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen aufweist. Auch mit dieser Klarstellung ist der sachliche Schutzbereich aber noch sehr weit abgesteckt.

Obwohl die Wendung als solche im Kammerbeschluss nicht auftaucht, wird damit in der Sache eine freie Wahl der Arbeitskämpfungsmittel postuliert. Das BVerfG knüpft damit an eine schon seit Jahrzehnten immer wieder diskutierte Thematik⁵⁰ an, bei der es schlagwortartig darum geht, ob die Kampfparteien nur die Freiheit der Typenauswahl oder auch die Freiheit der Typenbildung haben⁵¹. Allerdings leidet die Frage, wie der Bestand an Typen zu bestimmen ist, auf die sich die Wahlfreiheit nach der engeren Sichtweise beschränken soll, an einer gewissen Unschärfe. Der Große Senat des BAG hatte seinerzeit auf die historisch überkommenen Kampfmittel abgestellt⁵². Streng genommen nimmt eine solche Konzeption damit Bezug auf die soziale Realität. Sie legt es im Ausgangspunkt in die Hände der Koalitionen, Ausdrucksformen der Auseinandersetzung zwischen den Sozialpartnern zu entwickeln, die dann – nach einer gewissen Zeit – als „historisch überkommen“ zu den Kampfinstrumenten gehören, auf die in Arbeitskonflikten zurückgegriffen werden darf. Im Hinblick auf die grund-

48 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1) Rn. 34.

49 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 27.

50 Siehe dazu etwa *Picker*, Der Warnstreik und die Funktion des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, 1983, S. 71 ff.; *Seiter*, Streikrecht und Aussperungsrecht, 1975, S. 140 ff.; *Zöllner*, Die Zulässigkeit neuer Arbeitskämpfformen, Festschrift Bötticher, 1969, S. 427 ff.

51 Prägnante Gegenüberstellung durch *Zöllner*, Festschrift Bötticher, 1969, S. 427, 430.

52 BAG 28.1. 1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, 309 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

sätzlich zur Verfügung stehenden Typen besteht die Aufgabe der Gerichte somit allein darin, das Vorhandensein einer entsprechenden Praxis im Arbeitsleben zu konstatieren. Aus Faktizität wird Geltung. Ein neues Arbeitskämpfungsmittel wie eine Flashmob-Aktion müsste nach diesem Ansatz nur beharrlich genug eingesetzt werden, um alle Fragen nach seiner grundsätzlichen Rechtmäßigkeit zum Schweigen zu bringen. Anders wäre dies nur dann, wenn man den Verweis auf die historisch überkommenen Arbeitskämpfungsmittel nicht als dynamische, sondern als statische Bezugnahme verstehen und die Auswahl von vornherein auf diejenigen Instrumente begrenzen würde, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 9 Abs. 3 GG bereits bekannt und grundsätzlich anerkannt waren. Der Herausbildung neuer Arbeitskämpfformen wäre dadurch ein für alle Mal ein Riegel vorgeschoben. Warum in einer sich ständig verändernden Arbeitswelt das Kampffarsenal aber auf diejenigen Verhältnisse eingefroren werden sollte, die vor mittlerweile mehr als 65 Jahre bestanden haben, erschließt sich indes nicht. Auch die schärfsten Kritiker von BAG und BVerfG postulieren nicht, dass die Rechtslage um ihrer selbst willen versteinern sollte.

Bezugspunkt der freien Wahl der Arbeitskämpfungsmittel kann nach alledem nicht die schlichte Faktizität sein, sondern nur die Rechtsordnung, also eine normative Größe. Dabei ist der Satz, das sich die Wahlfreiheit der Koalitionen nur auf rechtmäßige Kämpfungsmittel beziehen kann⁵³, für sich genommen unbestreitbar richtig. Wenn eine Flashmob-Aktion rechtswidrig wäre, wird sie gewiss nicht dadurch rechtmäßig, dass sie von einer Gewerkschaft als Instrument gewählt wird, um in einer Tarifauseinandersetzung den Druck auf die Arbeitgeberseite zu erhöhen. Auch ein weites Verständnis des Grundsatzes der freien Wahl der Arbeitskämpfungsmittel liefert daher für sich genommen kein Argument für die prinzipielle Zulässigkeit von Flashmob-Aktionen. Allerdings gilt dieser Gedanke auch in umgekehrter Richtung. Sofern Flashmob-Aktionen als Kämpfform nicht von vornherein ausgeschlossen sind, können sie von einer Gewerkschaft jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen auch gewählt werden. Daran könnte auch eine engere Fassung des Grundsatzes der freien Wahl der Arbeitskämpfungsmittel nichts ändern.

Einen Sinn ergibt die Gegenüberstellung beider Positionen dann, wenn man sie als Ausdruck der Zuerkennung unterschiedlicher Freiheitsgrade der Koalitionen rekonstruiert und bei der Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf Arbeitskämpfmaßnahmen zwei Konzeptionen unterscheidet, die im Folgenden als *Heteronomiekonzept* und als *Autonomiekonzept* bezeichnet werden sollen. Das Heteronomiekonzept zeichnet sich dadurch aus, dass es den sozialen Konflikt von vornherein einhegen und

53 Picker (Fn. 50), S. 78; zustimmend Otto (Fn. 42), § 4 Rn. 26.

ihn in bestimmte institutionelle Kanäle lenken will. Die spätere Bundesverfassungsrichterin *Lübbe-Wolff* hat insoweit anschaulich von einer „präformierten“ Schutzbereichsauffassung gesprochen⁵⁴. Demgegenüber legt es das Autonomiekonzept im Ausgangspunkt in die Hände der Koalitionen, mit welchen Verhaltensweisen sie einen sozialen Konflikt eskalieren lassen und ob sie sich dabei auch auf ein „neues Arbeitskämpfungsmittel“⁵⁵ wie eine Flashmob-Aktion stützen wollen.

Das BVerfG und ebenso das BAG benutzen in den beiden Entscheidungen zwar an zahlreichen Stellen den Begriff der Ausgestaltung⁵⁶, was *prima facie* auf ein „präformiertes“ Schutzbereichsverständnis im Sinne des Heteronomiekonzepts hindeutet. Mit dem Grundansatz, für den sachlichen Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nicht auf das gewählte Mittel, sondern auf das von der Koalition verfolgte Ziel abzustellen, vertreten beide Gerichte der Sache nach aber das Autonomiekonzept.

2. Heteronomiekonzept versus Autonomiekonzept

a) Bisherige Argumentationslinien des BVerfG

Das BVerfG greift im Rahmen seiner Ausführungen auf zwei verfassungsgerichtliche Argumentationslinien zurück: erstens auf seine arbeitskampfrechtliche Entscheidungstrilogie der Jahre 1991 bis 1995 und zweitens auf die 1995 einsetzende Ausdehnung des sachlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen.

In der Tat sind ältere Aussagen des BVerfG zur gegenständlichen Reichweite von Art. 9 Abs. 3 GG für den vorliegenden Zusammenhang letztlich unergiebig, auch wenn es schon früher einzelne Stimmen gab, die aus ihnen Schlüsse ziehen wollten⁵⁷. So heißt es in der Entscheidung zur Tariffähigkeit des katholischen Hausgehilfenverbands aus dem Jahr 1964 pauschal, dass die Koalitionsfreiheit den Koalitionen grundsätzlich die Wahl der Mittel überlässt, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten, wobei es dann dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleiben soll, ob sie mit den gewählten Mitteln den erstrebten Erfolg erreichen⁵⁸. Allerdings bezieht sich diese Aussage ersichtlich nur auf den Verzicht des Hausgehilfenverbands auf den Streik als Konfliktaustragungsinstru-

54 *Lübbe-Wolff*, Zur verfassungskonformen Interpretation des § 823 BGB im Zusammenhang mit aktiv produktionsbehindernden Arbeitskämpfmaßnahmen, DB 1988, Beilage Nr. 9, S. 2.

55 So ausdrücklich BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1).

56 Vgl. BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 24, 25 und 39; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 31, 36, 37 und 39.

57 So etwa *Bieback*, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskämpfrecht, 2. Aufl. 1987, Rn. 320.

58 BVerfG 6.5. 1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 32.

ment, so dass sie nicht gerade umgekehrt für die Entwicklung neuer Kampfformen herangezogen werden kann⁵⁹. Die Entscheidung über das vom BAG ausgesprochene Verbot der lösenden Aussperrung von Betriebsratsmitgliedern aus dem Jahr 1975 vermeidet sorgsam jede allgemeine Aussage über die verfassungsrechtliche Gewährleistung von Arbeitskampfmaßnahmen⁶⁰. Die Entscheidungen zum Mitbestimmungsgesetz⁶¹ und zur Tariffähigkeit des Deutschen Arbeitnehmer-Verbands⁶² wiederholen jeweils die Aussage, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen grundsätzlich die Wahl der Mittel überlässt, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten, ohne indes einen wie auch immer gearteten Bezug gerade zum Arbeitskampf herzustellen⁶³.

Belastbare Erkenntnisse liefert erst der Aussperrungsbeschluss des BVerfG aus dem Jahr 1991. In dieser Entscheidung beginnt die maßgebliche Passage⁶⁴ wiederum mit dem Bekenntnis zur grundsätzlichen Freiheit der Koalitionen zur Wahl der für die Zweckerreichung geeigneten Mittel, um dann – bei genauer Lektüre nicht ganz stimmig – fortzufahren, dass der Grundrechtsschutz den Einsatz bestimmter Mittel umfasst, soweit die Verfolgung des Vereinigungszwecks hiervon abhängt. Anschließend heißt es, dass zu den geschützten Mitteln auch Arbeitskampfmaßnahmen zählen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, wobei diese von der Koalitionsfreiheit jedenfalls insoweit erfasst werden, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen. Auf dieser Grundlage werden *in concreto* suspendierende Abwehraussperrungen, mit denen die Verhandlungsparität wiederhergestellt werden soll, als vom Schutzbereich umfasst bezeichnet. An späterer Stelle ist dann davon die Rede, dass Art. 9 Abs. 3 GG nicht die uneingeschränkte Befugnis gewährleistet, alle denkbaren Kampfformen einzusetzen⁶⁵. Im Übrigen bringt das BVerfG in der Entscheidung bemerkenswerterweise seine Skepsis gegenüber einer Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Angriffskampfmittel der Arbeitnehmerseite zum Ausdruck⁶⁶.

In der Entscheidung von 1993 zum Beamteneinsatz auf den Arbeitsplätzen streikender Arbeitnehmer werden erneut ähnliche Formulierungen gewählt und nunmehr ausdrücklich auch der Streik zu denjenigen Kampfmaßnahmen gerechnet, die jedenfalls erforderlich sind, um eine funktio-

59 Ebenso *Otto* (Fn. 42), § 4 Rn. 26.

60 BVerfG 19.2. 1975 – 1 BvR 418/71, BVerfGE 38, 386, 393 f.

61 BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532/78 u.a., BVerfGE 50, 290, 368.

62 BVerfG 20.10. 1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 247.

63 Ebenso *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, § 21 I, S. 984.

64 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 6), 224 f.

65 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 6), 229.

66 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 6), 231.

nierende Tarifautonomie sicherzustellen⁶⁷. Zudem findet sich soweit ersichtlich erstmals die wichtige Aussage, dass Art. 9 Abs. 3 GG die Koalitionen auch insoweit vor staatlicher Einflussnahme schützt, als sie zum Austragen ihrer Interessengegensätze Kampfmittel mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner und die Allgemeinheit verwenden⁶⁸.

Das Urteil von 1995 zum Streikparagrafen des Arbeitsförderungsrechts (seinerzeit § 116 AFG) bestätigt die Ausführungen zum grundrechtlichen Schutz des Streiks als einer allgemein erforderlichen Arbeitskampfmaßnahme und fährt fort, dass die Koalitionsfreiheit keine Optimierung der Kampfbedingungen durch den Gesetzgeber verlangt. Vielmehr sei es grundsätzlich den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen. Allerdings sei der Gesetzgeber nicht daran gehindert, die Rahmenbedingungen von Arbeitskämpfen aus Gründen des Gemeinwohls oder zur Wiederherstellung einer gestörten Parität zu ändern⁶⁹. Wenig später heißt es schließlich, dass keine Pflicht des Gesetzgebers besteht, schwachen Verbänden zu Durchsetzungskraft bei Tarifverhandlungen zu verhelfen⁷⁰.

Die zweite Argumentationslinie stützt sich, wie bereits angedeutet, auf die Neudimensionierung des sachlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit, die mit der Entscheidung zur gewerkschaftlichen Mitgliederwerbung durch ein freigestelltes Betriebsratsmitglied während der Arbeitszeit eines Arbeitskollegen aus dem Jahr 1995 ihren Anfang genommen hat. Dort heißt es lapidar, dass sich der Grundrechtsschutz auf alle Verhaltensweisen erstreckt, die koalitionsspezifisch sind⁷¹, eine in der Folgezeit in zahlreichen Entscheidungen bestätigte Sichtweise⁷².

Für die weitere Entwicklung wichtig ist schließlich ein Kammerbeschluss aus dem Jahr 2004 zur Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des BAG, das die Einbeziehung eines nicht verbandsangehörigen Außenseiters in einen Verbandsarbeitskampf unter bestimmten Voraussetzungen gebilligt hatte⁷³. In diesem Beschluss werden beide Argumentationslinien erstmals zusammengeführt, wobei sich als Quint-

67 BVerfG 2.3. 1993 – 1 BvR 1213/85 (Fn. 6), 114.

68 BVerfG 2.3. 1993 – 1 BvR 1213/85 (Fn. 6), 115.

69 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 6), 393 f.

70 BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 6), 396.

71 BVerfG 14.11. 1995 – 1 BvR 601/92, BVerfG 93, 352, 358.

72 BVerfG 24.4. 1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268, 283; BVerfG 27.4. 1999 – 1 BvR 2203/93 u.a., BVerfGE 100, 271, 282; BVerfG 3.4. 2001 – 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293, 304; ferner BVerfG 11.7. 2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 219, BVerfG 6.2. 2007 – 1 BvR 978/03, NZA 2007, 393, 394.

73 BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03, NZA 2004, 1338.

essenz aus der Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 GG als Freiheitsrecht der Koalitionen und der Staatsferne der Koalitionsfreiheit ergeben soll, dass die Wahl der Mittel, die die Koalitionen zur Erreichung des Zwecks der Regelung von Arbeitsbedingungen durch Tarifvertrag für geeignet halten, den Koalitionen selbst obliegt. Weiter findet sich, soweit ersichtlich, zum ersten Mal die Aussage, dass eine fachgerichtliche Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen als rechtswidrig grundsätzlich nur dann in Betracht kommt, wenn eine Arbeitskampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist. Allerdings enthält die Entscheidung zugleich auch noch die im Aussperrungsbeschluss entwickelte „jedenfalls“-Formel.

Welche Schlüsse lassen sich aus dem zusammengetragenen Entscheidungsmaterial ziehen? Handelt es sich bei dem im Kammerbeschluss zum Ausdruck kommenden Votum für eine koalitionsautonome Bestimmung der in Tarifauseinandersetzungen zur Druckausübung zum Einsatz zu bringenden Mittel um eine letztlich wenig spektakuläre Fortschreibung der bereits existierenden Linien der verfassungsgerichtlichen Judikatur? Oder geht es inhaltlich um einen Quantensprung, der – wenn überhaupt – besser einer Senatsentscheidung vorbehalten worden wäre?

Hierzu lassen sich folgende Feststellungen treffen: Eine ausdrückliche Anerkennung von nicht historisch überkommenen Arbeitskampfmitteln als Gewährleistungsgehalt der Koalitionsfreiheit ist in der älteren Rechtsprechung des BVerfG nicht auszumachen. Allerdings bestand in den früheren Entscheidungen auch noch kein Anlass zu entsprechenden Stellungnahmen. Neuartige und atypische Kampfformen wurden vom BVerfG in der bisherigen Judikatur also nicht etwa ausdrücklich aus dem Schutzbereich ausgeklammert. Im Übrigen kann man die aufgelisteten Entscheidungsfragmente auf der einen Seite durchaus dahin deuten, dass die auf den Arbeitskampf bezogenen Wendungen „jedenfalls“ und „allgemein erforderlich“ im Sinne eines prinzipiellen „nur“ zu verstehen seien⁷⁴, während sich die vom BVerfG erst später eingeleitete Ausdehnung des Grundrechtsschutzes auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen nicht auf Kampfmaßnahmen beziehe. Nach dieser Lesart bedürfte es mindestens des positiven Nachweises, dass ohne die Zulassung neuer Arbeitskampfinstrumente die Tarifaautonomie funktionsunfähig wird. Solange es an einem solchen – praktisch schwer zu erbringenden – Nachweis fehlt, bleiben die Koalitionen folglich auf diejenigen Instrumente beschränkt, die

74 Exemplarisch Konzen, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 604, 613 f., der die Formulierung aus BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 73), 1339 („Arbeitskampfmaßnahmen ... werden *jedenfalls insoweit* von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie *erforderlich* sind, um eine funktionierende Tarifaautonomie sicherzustellen“ in der Weise wiedergibt, dass das BVerfG „Kampfmaßnahmen *nur* von der Koalitionsfreiheit für gedeckt hält, wenn sie zur Sicherung der Tarifaautonomie *erforderlich* sind“ (Hervorhebungen nur hier).

ihnen die einfache Rechtsordnung zur Verfügung stellt, um mit ihnen in einer Tarifauseinandersetzung die eigenen Interessen verfolgen können. Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG wird damit als Bestätigung des Heteronomiekonzepts aufgefasst. Auf der anderen Seite ist eine alternative Deutung der Entscheidungsfragmente aber ebenfalls möglich. Danach wird den unmittelbar auf den Arbeitskampf bezogenen Aussagen in einem ersten Schritt die grundsätzliche verfassungsrechtliche Gewährleistung von Kampfmitteln entnommen. Hierzu gesellt sich in einem zweiten Schritt die Erweiterung des grundrechtlichen Schutzes auf alle koalitions-spezifischen Verhaltensweisen mitsamt der stereotyp betonten allgemeinen Freiheit der Koalitionen zum Ergreifen aller zweckdienlichen Mittel. Aus der Kombination beider Elemente ergibt sich dann zwanglos das Autonomiekonzept.

Wenn sich das BVerfG in seinem aktuellen Kammerbeschluss zu einer Flashmob-Aktion durch die Zusammenführung der beiden genannten Argumentationslinien in der Sache auf den Standpunkt stellt, dass Art. 9 Abs. 3 GG es dem BAG gestattet, die Koalitionen nicht auf einen *numerus clausus* von Kampfmitteln festzulegen, sondern ihnen grundsätzlich eine „Kampfmittelerfindungsfreiheit“⁷⁵ zuzubilligen, ist dies somit nicht unplausibel oder gar aus der Luft gegriffen. Die schlichte Zusammenstellung von Entscheidungsfragmenten aus der bisherigen Judikatur des BVerfG liefert also weder in die eine noch in die andere Richtung eindeutige Ergebnisse.

b) Zivilrechtspräformierung kontra Verfassungsunmittelbarkeit

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die konkurrierenden Konzeptionen noch etwas näher, zeigt sich, dass große Teile des Schrifttums dem Arbeitskampf eine arbeitsvertragsakzessorische Funktion zuweisen. Danach hält sich ein Kampfgeschehen nur dann innerhalb der Rechtsordnung, wenn sich die Kampfparteien beziehungsweise ihre Mitglieder auf eine kollektive Vorenthaltung der eigenen arbeitsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen beschränken⁷⁶ und dabei das Ziel verfolgen, die tarifvertraglichen Bedingungen, die den Austausch von Arbeit gegen Entgelt normativ regulieren, im eigenen Interesse zu verändern beziehungsweise – soweit es um Abwehrkämpfe geht – beizubehalten⁷⁷. Der Arbeitskampf

75 So Rehder/Deinert/Callsen, Arbeitskampffreiheit und atypische Arbeitskampf-formen, 2012, S. 91.

76 Zuweilen (etwas abschätzig) „Streik auf dem Sofakissen“ oder „Tapezierstreik“ genannt; vgl. Wolter, in: Däubler (Fn. 2), § 16 Rn. 16.

77 Jacobs, ZfA 2011, 71, 83 ff.; Rieble, NZA 2008, 796, 797; Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 343. Umfassende Systembildung als Summe zahlreicher früherer Veröffentlichungen zum Arbeitskampfrecht nunmehr vor allem durch

wird insbesondere im Hinblick auf die Arbeitnehmerseite ausschließlich als passive kollektive Kooperationsverweigerung begriffen, die dem Umstand geschuldet ist, dass die in einem marktwirtschaftlichen System bei Unzufriedenheit mit den angebotenen Vertragskonditionen idealtypische Reaktion, nämlich abzuwandern und auf einen anderen Vertragspartner mit besseren Konditionen umzuschwenken, den Beschäftigten auf dem Arbeitsmarkt aus strukturellen Gründen im Allgemeinen nicht möglich ist. Dass ein solches Modell gedanklich stringent entwickelt werden kann, steht außer Zweifel. Aus einer zivilrechtlich strikt am Einzelarbeitsverhältnis ansetzenden Perspektive, nach der das einzig zu lösende Problem in der Ermittlung angemessener Austauschbedingungen in der bipolaren Beziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer besteht, gelangt man folgerichtig zu einem arbeitsvertragsakzessorischen Arbeitskampfmodell.

Grundrechtstheoretisch wird die spätestens seit dem Aussperrungsbeschluss nicht mehr bestreitbare prinzipielle Verortung des Arbeitskamps als Konfliktlösungsmechanismus damit als eine normgeprägte Freiheit verstanden, die auf eine einfachrechtliche Infrastruktur angewiesen ist und nur nach Maßgabe dieser einfachrechtlichen Vorgaben ausgeübt werden darf. Die Verfassung gewährleistet zwar auch nach diesem Ansatz den Arbeitskampf als Institut und darüber hinaus als Grundrecht⁷⁸. Soweit es um die konkrete Reichweite der Arbeitskampfbefugnis geht, spielt sie den Ball dann aber wieder auf das Feld des einfachen Rechts zurück, weil der Arbeitskampf danach erst durch die Ausgestaltung, die er durch das Zivilrecht im Einzelnen erfährt, zu einem funktionsfähigen Instrument wird, das den Koalitionen zur Verfügung gestellt werden kann. Anders gewendet verschafft das (richterrechtliche) Arbeitskampfrecht den Koalitionen beziehungsweise den einzelnen Arbeitskampfteilnehmern als „*enabling law*“ sonst nicht bestehende Handlungsmöglichkeiten⁷⁹, wie insbesondere die Befreiung von der arbeitsvertraglichen Bindung und der deliktischen Haftung⁸⁰. Kampfmaßnahmen werden primär als Beeinträchtigungen bestehender Rechte konstruiert, die von der einfachen Rechtsordnung zunächst gesetzlich oder zumindest richterrechtlich zugelassen werden müs-

Picker, ZfA 2010, 499 ff., 586 ff. Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung - Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, ZfA 2011, 443 ff., 557 ff. Insoweit im Ansatz allerdings offener *Konzen*, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 610, 617.

78 Vgl. *Otto* (Fn. 42), § 4 Rn. 32 ff.

79 Zu dieser Funktion von Recht *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 2. Aufl. 1997, S. 136.

80 Dazu klar *Otto* (Fn. 42), § 4 Rn. 29 Fn. 92. Dezidiert gegen eine Einordnung des schlichten Streiks als Eingriff in den Gewerbebetrieb aber *Picker*, ZfA 2010, 499, 573 ff.

sen, um durchgeführt werden zu können⁸¹. Bei der Erfüllung dieser Ausgestaltungsaufgabe muss das einfache Recht selbstverständlich darauf achten, dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gewahrt bleibt. Die Frage, auf welche Kampfformen die Koalitionen für den Abschluss von Tarifverträgen angewiesen sind, wird nach dieser Konzeption freilich heteronom beantwortet⁸² und nicht in die autonome Einschätzung durch die Kampfparteien gestellt. Wenn bestimmte Aktionsformen der Auseinandersetzung aus einer externen Perspektive nicht erforderlich sind, damit es überhaupt zu Tarifabschlüssen kommt, kann die Rechtsordnung sie danach von vornherein aus dem Kampfmittelarsenal ausklammern, ohne dass Art. 9 Abs. 3 GG dem entgegensteht⁸³.

Demgegenüber legen das BAG in seiner neueren Judikatur wie auch das BVerfG das Hauptgewicht auf das Verfassungsrecht. Danach geht es bei der Koalitionsfreiheit vor dem Hintergrund der sozialgeschichtlichen Entwicklung um die konstitutionelle Gewährleistung einer freien und staatsfernen Austragung von Interessengegensätzen zwischen der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite auf kollektiver Ebene mit dem Ziel einer autonomen Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Mit der Koalitionsfreiheit wird ein kollektives Verhandlungs- und Regulationssystem als Ausdruck einer gesellschaftlichen Selbstorganisation von Arbeit und Wirtschaft installiert⁸⁴. Die Existenz von kollektiven Konflikten

-
- 81 Deutlich *Konzen*, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 610 f.; ebenso bereits *Richardi*, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Aussperrung und seine Folgen für das Arbeitskampfrecht – Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BVerfG vom 16.6.1991 – 1 BvR 779/85, JZ 1992, 27, 32; *Schwarze*, Die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes – BVerfGE 84, 212, JuS 1994, 653, 656 f.; in diesem Sinne auch *Butzer*, Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Verhältnis zwischen Gesetzgebungshoheit und Tarifautonomie, RdA 1994, 375, 379 ff.
- 82 Deutlich *Picker*, ZfA 2010, 499, 538: Beschränkung auf bestimmte Aktsformen und -typen.
- 83 Statt vieler *Konzen*, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 614 ff.; *Otto*, RdA 2010, 135, 137 ff.
- 84 Siehe *Ladeur*, Methodische Überlegungen zur gesetzlichen „Ausgestaltung“ der Koalitionsfreiheit – Zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen der Flexibilisierung des Tarifvertragssystems, AöR 131 (2006), 643, 648. Ein solches Verständnis führt in die Nähe einer systemtheoretischen Deutung der Koalitionsfreiheit (zu diesem Ansatz grundlegend *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 2. Aufl. 1974), die freilich um normative Komponenten zu ergänzen ist (vgl. *Ladeur*, Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie – Zur Verteidigung der Dominanz der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte, Der Staat 50 [2011], 493, 506 Fn. 79; *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, S. 157 ff., 180 ff.).

und ihre Austragung mit den Mitteln des wirtschaftlichen Kampfs wird als Teil dieses Systems begriffen, die nach dessen Logik grundsätzlich auch dann hinzunehmen sind, wenn sie zu erheblichen Auswirkungen auf den Arbeitskampfgegner oder die Allgemeinheit führen⁸⁵, weil dies auf lange Sicht der Stabilisierung des Arbeits- und Wirtschaftslebens dient⁸⁶. Die programmatische Aussage des Großen Senats des BAG aus dem Jahr 1955, die *Rüthers/Höpfner* nicht umsonst ihrer ablehnenden Besprechung des Flashmob-Urteils des BAG als „aktueller denn je“ vorangestellt haben⁸⁷, dass Arbeitskämpfe im Allgemeinen unerwünscht sind, weil sie volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringen und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen⁸⁸, gilt nach dem Autonomiekonzept gerade nicht. Zwar betrachtet auch das BAG eine Arbeitsk Kampfmaßnahme in konstruktiver Hinsicht nach wie vor als einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, der einer Rechtfertigung bedarf⁸⁹. Dieser Ausgangspunkt wird aber von vornherein verfassungsrechtlich überlagert. Danach sind Arbeitskämpfe nicht als zivilrechtlich „eigentlich“ unzulässig und als ein in die Rechtsordnung nur schwer zu integrierender Fremdkörper anzusehen⁹⁰, sondern stellen eine Funktionsbedingung der sozialen Ordnung dar. Der den sozio-strukturellen Gegebenheiten geschuldete Umstand, dass es üblicherweise die Arbeitnehmerseite ist, die durch von ihr initiierte Maßnahmen die Kooperation zwischen „Kapital“ und „Arbeit“ stört, um zu einer Neuformulierung der Austauschbedingungen zu gelangen, wird nach der Autonomiekonzeption verfassungsrechtlich nicht in einer Weise übersetzt, durch die der Schutzbereich der auf eine Veränderung des Inhalts der Arbeitsbeziehungen abzielenden grundrechtlichen Freiheit zugunsten der auf eine Beibehaltung der Arbeitsbeziehungen gerichteten grundrechtlichen Freiheit von vornherein eng gefasst wird.

In grundrechtstheoretischer Sicht werden Arbeitsk Kampfmaßnahmen damit im Ergebnis als natürliche Freiheiten angesehen, die auf keine Ver-

85 In diese Richtung auch die Analyse von *Franzen*, JbArbR 47 (2010), S. 119, 127 f.: „selbstreferentielles System“.

86 Zur Einordnung von Art. 9 Abs. 3 GG als Verfassungsbestimmung mit Stabilisierungsfunktion siehe *Sachs*, Normtypen im deutschen Verfassungsrecht, ZG 1991, 1, 23 f.

87 *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261.

88 BAG 28.1. 1955 – GS 1/54 (Fn. 52), 300.

89 So ausdrücklich BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 20 ff.

90 Eine hiervon abweichende Einschätzung des Arbeitskamps findet sich freilich auch im verfassungsrechtlichen Schrifttum; vgl. etwa *Isensee*, Die verfassungsrechtliche Verankerung der Tarifautonomie, in: Walter-Raymond-Stiftung (Hrsg.), Die Zukunft der sozialen Partnerschaft, 1986, S. 159, 161: „atavistischer Fremdkörper in der Rechts- und Friedensordnung des modernen Staates“, „negative Gewalt“, „Rückstand der mittelalterlichen Fehde“.

mittlung durch die einfache Rechtsordnung angewiesen sind, um durchführbar zu sein⁹¹. Wie bereits erwähnt, betonen zwar beide Gerichte die Notwendigkeit einer Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts. Dies ist indes nicht dahin zu verstehen, dass neuartige Kampfinstrumente erst den Filter der Anerkennung durch das einfache Recht durchlaufen müssen, um zum Kreis der grundsätzlich zur Verfügung stehenden Handlungsformen dazuzugehören. Vielmehr wird, wie schon im Aussperrungsbeschluss anklings⁹², die Ausgestaltung als eine der Bestimmung des Schutzbereichs nachgelagerte Prüfungsstufe verstanden, die sich lediglich auf den Einsatz von verfassungsrechtlich grundsätzlich geschützten Kampfmitteln bezieht⁹³. Hiervon ausgehend sind gerichtliche Entscheidungen, die solche Arbeitskampfmaßnahmen untersagen, die prinzipiell vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit umfasst sind, an der abwehrrechtlichen Dimension des Art. 9 Abs. 3 GG zu messen. Dieses Verständnis tritt spätestens seit 1993 in der Judikatur des BVerfG hervor, dass nicht oder doch zumindest nicht in erster Linie die Aussetzung einfachrechtlicher Regelungen der (verfassungs-) rechtlichen Legitimation bedarf, sondern gerade umgekehrt die Koalitionen auch bei der Verwendung von Arbeitskampfmitteln im Grundsatz vor staatlicher Einflussnahme geschützt sind. Noch einmal anders gewendet stehen sich eine zivilrechtspräformierte und eine verfassungsunmittelbare Herangehensweise an das Phänomen Arbeitskampf gegenüber. Das „neue Arbeitskampfrecht“ des BAG und seine Bestätigung durch das BVerfG sind daher letztlich als Plädoyer für ein verfassungsdominiertes und nicht durch zivilrechtliche Strukturen präjudiziertes Denken zu begreifen.

Treten die Fachgerichte einer Arbeitskampfmaßnahme nicht entgegen, ist dies – wie klarstellend erwähnt sei – verfassungsrechtlich nicht etwa irrelevant. Allerdings ist in einem solchen Fall nicht der abwehrrechtliche Gehalt der Koalitionsfreiheit betroffen. Vielmehr geht es angesichts des Umstands, dass durch die Arbeitskampfmaßnahme ein Übergriff in Grundrechte mindestens des Kampfgegners⁹⁴ erfolgt, dann um die Frage,

91 So ausdrücklich *Engels* (Fn. 35), S. 261 f.; *Höfling/Engels*, Grundrechtsausübung unter richterlichem Gemeinwohlvorbehalt? – Zur gesetzgeberischen Verantwortung im Arbeitskampfrecht, ZG 2008, 250, 256 f.; ferner *Kemper* (Fn. 35), S. 64 f.; insoweit etwas zurückhaltender *Höfling*, Grundelemente einer Bereichsdogmatik der Koalitionsfreiheit – Kritik und Reformulierung der sog. Kernbereichslehre, Festschrift Friauf, 1996, S. 377, 386 ff.; anders dagegen *Gellermann* (Fn. 35), S. 169 ff.; ferner *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 342.

92 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 6), 225.

93 Vgl. BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 36 ff.; BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 29 ff.

94 Die Beeinträchtigung der Grundrechte Dritter durch Arbeitskampfmaßnahmen soll an dieser Stelle nicht problematisiert werden.

ob die aus der Schutzpflichtdimension folgende grundrechtliche Ausgestaltungspflicht hinreichend erfüllt worden ist⁹⁵.

c) Konsequenzen des Autonomiekonzepts

Die mit der Betonung der Freiheitselemente von Art. 9 Abs. 3 GG verbundene Ausrichtung des arbeitskampfrechtlichen Koordinatensystems durch BAG und BVerfG bedeutet in der Sache eine Zurückdrängung der Regulierungen, mit denen der Große Senat des BAG in seinen Entscheidungen von 1955⁹⁶ und 1971⁹⁷ seinerzeit versucht hat, das Arbeitskampfgeschehen normativ zu strukturieren. Indem das Autonomiekonzept die mehr oder weniger strikte Bindung an bestimmte Ausübungsformen der Konfliktaustragung verabschiedet, führt es im Ergebnis zu einer stärker einzelfallbezogenen Beurteilung von Kampfmaßnahmen, bei der die gerichtliche Überprüfung im Wesentlichen auf eine individuelle Ausübungskontrolle hinausläuft. Die damit verbundenen Abwägungsvorgänge lassen die Rechtslage im Arbeitskampfrecht daher künftig in der Tendenz unübersichtlicher erscheinen.

Aus der prinzipiellen Schutzbereichseröffnung für alle koalitionsspezifischen Aktivitäten ergibt sich weiter, dass zumindest bestimmte Argumente gegen das grundsätzliche Recht der Koalitionen zur Erfindung neuer Kampfinstrumente nach Ansicht des BVerfG nicht mehr ins Feld geführt werden können. Dies gilt zunächst für die Überlegung, dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie auf die Einführung neuer Kampfformen nicht angewiesen ist⁹⁸. Da der Kerngedanke der Autonomiekonzeption gerade darin besteht, die allgemeine Freiheit zu koalitionsspezifischer Betätigung gegenständlich in den Bereich des Arbeitskampfs zu verlängern, kommt es konsequenterweise nicht positiv auf den Nachweis an, dass es ohne die Zulassung von Flashmob-Aktionen insbesondere aufgrund veränderter Arbeitsstrukturen künftig nicht mehr zu (angemessenen) Tarifabschlüssen kommen würde. Auch kann aus einem möglicherweise dysfunktionalen Einsatz von Flashmob-Aktionen ohne Bezug zu einer Tarifbewegung (reine Machtdemonstration, Mitgliedergewinnung) im Einzelfall schwerlich auf die generelle verfassungsrechtliche Unzulässigkeit dieses Instruments geschlossen werden.

Entsprechendes gilt für weitere grundsätzliche Einwände, die an den nunmehr im Mittelpunkt der rechtlichen Beurteilung von Kampfmaßnahmen stehenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anknüpfen. Insoweit fin-

95 Vgl. Höfling/Engels, ZG 2008, 250, 257.

96 BAG 28.1. 1955 – GS 1/54 (Fn. 52).

97 BAG 21.4. 1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292 = AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

98 So Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 345 f.

den sich allerdings disparate Aussagen. So wird zum einen moniert, dass ein nur noch durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzter Kampfmitteleinsatz die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zerstöre und potenziell zu einer den sozialen Frieden infrage stellenden Verrohung des Arbeitskamps führe⁹⁹. Dieses Argument zielt darauf ab, dass das Autonomiekonzept den künftigen Abschluss von Tarifverträgen zumindest massiv beeinträchtigt, wobei diese Vorhersage im Hinblick auf ihre empirische Grundierung aber doch zu vage bleibt und durch die Entwicklung seit der Zulassung von Flashmob-Aktionen durch das BAG im Jahr 2009 zumindest nicht bestätigt worden ist¹⁰⁰. Zum anderen geht es um die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf Angriffsmittel, die von der Rechtsprechung des BVerfG nicht gedeckt sei¹⁰¹. Dieses Argument, das gewissermaßen gerade umgekehrt dem Autonomiekonzept die Gefahr einer Einschränkung von Kampfmaßnahmen anlastet¹⁰², hat beim BVerfG ebenfalls kein Gehör gefunden und steht zudem nicht im Einklang mit der generellen Aussage des BVerfG von 2004, nach der eine Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen als unzulässig in Betracht kommt, wenn sie offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist¹⁰³. Schließlich wird für sich genommen zutreffend vorgebracht, dass aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke für die Durchführung anerkannter Kampfinstrumente nicht auf die Existenz neuer Kampfmittel geschlossen werden kann, sofern diese nur nicht unverhältnismäßig sind¹⁰⁴. Allerdings leiten weder das BAG noch das BVerfG die postulierte Arbeitskammittelfreiheit aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz selbst ab, sondern sprechen sich stattdessen für eine weite Interpretation des sachlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit aus.

Ein weiteres Argument gegen eine extensiv verstandene Kampfmittelfreiheit betont den kategorialen Unterschied zwischen passiver Arbeitsverweigerung und aktiver Störung betrieblicher Abläufe¹⁰⁵. Das BVerfG nimmt diesen Aspekt durchaus wahr, indem es die Beeinträchtigung des Betriebs als an sich gewichtig, wenn auch im konkreten Fall nicht umfassend und nur von vergleichsweise kurzer Dauer qualifiziert¹⁰⁶. Allerdings verdeutlichen diese Ausführungen im Umkehrschluss, dass die Arbeitskammittelfreiheit vom BVerfG im Ausgangspunkt nicht nur als Befugnis

99 Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 347.

100 Siehe dazu (aus Arbeitgebersicht) Herbert, Flashmob im öffentlichen Dienst – ein „stumpfes Schwert“ in den Händen der Gewerkschaft, ZTR 2014, 639, 640.

101 Thüsing/Waldhoff, ZfA 2011, 329, 345, 347.

102 Vgl. Picker, ZfA 2010, 499, 541: „inverser Effekt“.

103 BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 73), 1340.

104 Otto, RdA 2010, 135, 140.

105 Otto, RdA 2010, 135, 141.

106 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 31.

zum Unterlassen von an sich vertraglich geschuldeten Handlungen, sondern auch als Befugnis zum positiven Tun von (zivilrechtlich) an sich zu unterlassenden Handlungen konzipiert wird.

Ein anderer allgemeiner Einwand geht dahin, dass das neue Arbeitskampfmodell die verfassungsrechtlich gebotene Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit verweigert¹⁰⁷ beziehungsweise den Ausgestaltungsauftrag nicht ordnungsgemäß ausführt¹⁰⁸. Nun hat sich das BVerfG in seinem Kammerbeschluss vom Grundsatz der Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit nicht verabschiedet und darin auch den Bereich des Arbeitskampfs einbezogen. Allerdings begreift es die vom BAG sanktionierte und nur durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konditionierte Zulassung neuer Kampfmittel als eine verfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltung von Art. 9 Abs. 3 GG. Hierin kommt das bereits erwähnte Grundverständnis des BVerfG zum Ausdruck, die Ausgestaltung nicht schon auf der Ebene der grundsätzlich geschützten Handlungsformen, sondern erst auf der Ebene des Einsatzes dieser Handlungsformen greifen zu lassen.

Soweit schließlich moniert wird, dass bereits bei der Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaft die gegenläufigen Rechte der Arbeitgeberseite stärker hätten in Rechnung gestellt werden müssen¹⁰⁹, wird damit in der Sache dafür geworben, den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG von vornherein enger zu fassen. Diese Sichtweise kann sich auf eine beachtliche Strömung in der neueren Grundrechtsdogmatik berufen. Danach sollen weite Schutzbereiche von Grundrechten durch engere Gewährleistungsgehalte konkretisiert werden, um zu verhindern, dass durch einen expansiven Grundrechtsschutz praktisch alle gegenläufigen Interessen ausschließlich auf die Ebene der Grundrechtsschranken geschoben werden und hierdurch letztlich nur noch einzelfallbezogene richterliche Abwägungsprozesse die Verfassungsmäßigkeit staatlicher Maßnahmen, einschließlich gerichtlicher Entscheidungen, über private Streitigkeiten steuern¹¹⁰. Soweit ersichtlich hat

107 So *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 340 f.

108 *Otto*, RdA 2010, 135, 138 ff.

109 Zum Beispiel *Kersten*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 3), S. 61, 78.

110 Hierfür etwa *Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken – Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 42 (2003), 165 ff., 174 ff.; *Volkman*, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, *JZ* 2005, 261, 265 ff.; gleichsinnig *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, *Festschrift Isensee*, 2007, S. 253, 260 ff.; *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004, S. 31 ff.; monografisch *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 111 ff.; dagegen aber *Höfling/Engels*, *ZG* 2008, 250, 255 f.; *Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt – Kritik einer neuen Richtung der

sich das BVerfG in seiner Grundrechtsjudikatur von derartigen Vorstößen nicht nur im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit allerdings nicht beeindrucken lassen. Freilich darf nicht übersehen werden, dass das mit dem Autonomiekonzept verbundene weite Verständnis von Art. 9 Abs. 3 GG zunächst nur zu einem „*prima facie*-Schutz“¹¹¹ von Kampfmaßnahmen führt, der durch kollidierende Grundrechtspositionen durchaus noch relativiert werden kann.

Zahlreiche Argumente, die gegen die Neuausrichtung des BAG erhoben worden sind, erweisen sich damit zwar innerhalb des arbeitskampfrechtlichen Heteronomiekonzepts als stimmig, haben aber auf der Basis des von der Judikatur nunmehr durchgängig präferierten Autonomiekonzepts ihre Bedeutung eingebüßt.

3. Schutzbereichsbegrenzungen

Die bisherigen Ausführungen können den Eindruck erwecken, als würde das Autonomiekonzept in Bezug auf Arbeitskämpfungsmittel keine wie auch immer gearteten Beschränkungen des sachlichen Schutzbereichs mehr kennen und nur noch auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausübungsschranke setzen, um gegenläufige Rechte insbesondere der Arbeitgeberseite in Stellung zu bringen. Verstärkt wird dieser Eindruck durch die Aussage des BVerfG, dass vorliegend die Frage nicht beantwortet werden müsse, ob strafbare Handlungen von vornherein aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit ausgeschlossen sind¹¹², was manche sogleich zu Spekulationen über eine Befugnis der Koalitionen zum Anheuern gewaltbereiter Gangs veranlasst hat¹¹³. Tatsächlich ist auch nach dem Autonomiekonzept bereits der gegenständliche Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG in mehrfacher Hinsicht beschränkt.

a) Ausklammerung der Privatsphäre

Als erste Grenze ist aus funktionalen Gründen eine Ausklammerung der Privatsphäre der Kampfparteien unverzichtbar. Der soziale Konflikt, der durch Arbeitsk Kampfmaßnahmen einer Lösung zugeführt werden soll, bezieht sich auf das Wirtschafts- und Arbeitsleben, nicht aber auf die private Sphäre. Alle Kampfaktionen dürfen sich daher von vornherein nur auf die

deutschen Grundrechtsdogmatik, Der Staat 43 (2004), 167, 184 ff.; ders., Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik – Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, AöR 131 (2006), 579, 607 ff.; ferner Klatt/Meister, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, Der Staat 51 (2012), 159, 184 ff.

111 Vgl. Alexy (Fn. 37), S. 273.

112 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 28.

113 Vgl. Lembke, NZA 2014, 471, 472.

betriebliche Sphäre beziehen, weil es nur in diesem gesellschaftlichen Raum zu denjenigen Kooperationsbeziehungen kommt, um deren Gestaltung gestritten wird. Kein Arbeitgeber oder Arbeitnehmer soll befürchten müssen, in seiner Privatsphäre Opfer von Attacken zu werden¹¹⁴. Wer aus der sozialen Rolle als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer heraustritt und in den privaten Bereich überwechselt, muss die Möglichkeit haben, den Konflikt hinter sich zu lassen. Eine solche Begrenzung lässt sich, gestützt auf den Normtext sowie die sozialgeschichtliche Entwicklung, ohne weiteres aus der Beschränkung des Schutzes auf koalitionspezifische Betätigungen ableiten.

b) Friedlichkeitsvorbehalt

Ein zweiter unverrückbarer Grundsatz ist der Friedlichkeitsvorbehalt, der zwar nicht vom BVerfG, dafür aber vom BAG in seiner Entscheidung erwähnt worden ist¹¹⁵. Gewalt ist kein Instrument der Auseinandersetzung in Tarifkonflikten. Daran ändert auch das Autonomiekonzept nichts. Allerdings ist es abwegig, dem BVerfG eine abweichende Tendenz zu unterstellen, weil es nicht prophylaktisch alle strafbaren Handlungen aus dem Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ausgeklammert hat. Gerade an diesem sehr sensiblen Punkt muss freilich noch weiter nachgefasst werden.

Dies gilt zunächst für die Interpretation des Friedlichkeitsvorbehalts. Insoweit kann an die gefestigte Judikatur des BVerfG zur Friedlichkeit beziehungsweise Unfriedlichkeit von Versammlungen angeknüpft werden. Danach liegt Unfriedlichkeit dann vor, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden. Dagegen genügt es nicht, wenn es zu Behinderungen Dritter etwa durch die bloße körperliche Anwesenheit einer Gruppe von Menschen kommt¹¹⁶. Vor diesem Hintergrund geht es zu weit, wenn man durch eine „Entgrenzung“ des Begriffs der Unfriedlichkeit in einem ersten Schritt auch das schlichte Befüllen und Verstellen von Einkaufswagen als „unfriedlich“ klassifiziert, um aus dieser Qualifikation sodann in einem zweiten Schritt auf die durchgängige Rechtswidrigkeit von Flashmob-Aktionen zu schließen¹¹⁷.

114 Hierdurch wird den berechtigten Bedenken von *Jacobs*, ZfA 2011, 71, 82 Rechnung getragen.

115 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1) Rn. 34 a.E.

116 Vgl. BVerfG 11.11. 1986 – 1 BvR 713/83 u.a., BVerfGE 73, 206, 248 f.; BVerfG 1.12. 1992 – 1 BvR 88/81 u.a., BVerfGE 87, 399, 406; BVerfG 24.10. 2001 – 1 BvR 1190/90 u.a., BVerfGE 104, 92, 106.

117 So *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 443 ff.

Damit ist freilich nicht umgekehrt gesagt, dass alle nicht in dieser Weise unfriedlichen Handlungen *prima facie* oder sogar abschließend durch die Koalitionsfreiheit gewährleistet sind. So hat das BVerfG lediglich ausgesprochen, dass es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, wenn das BAG bei der Beurteilung der konkreten Kampfmaßnahmen zu der auf bestimmte Umstände des Sachverhalts gestützten, rechtstatsächlichen Einschätzung gelangt ist, dass es jedenfalls nicht typischerweise zu (leichteren) Straftaten kommen wird¹¹⁸. „Neue“ Arbeitskampfformen, die auch unterhalb der Schwelle der regelrechten Gewalttätigkeit in der gezielten Begehung von Straftaten (etwa massenhafte Ladendiebstähle) bestehen, deckt die Koalitionsfreiheit dagegen von vornherein nicht. Dies bringt der Kammerbeschluss zwar nicht ausdrücklich zur Sprache, kann aber nicht ernstlich zweifelhaft sein. Allerdings müssen die Strafgesetze im Lichte von Art. 9 Abs. 3 GG interpretiert werden¹¹⁹, was etwa bei Beleidigungsdelikten eine Rolle spielen kann, wenn in einer möglicherweise aufgeheizten Atmosphäre ein Wort das andere gibt. Im Übrigen kann man die Aussage des BVerfG zur Frage der Reichweite von Art. 9 Abs. 3 GG im Hinblick auf Straftaten möglicherweise auch in Anlehnung an seine Judikatur zur Versammlungsfreiheit interpretieren. Dort kann ein Verhalten dem Schutzbereich des Grundrechts zugeordnet werden, während eine dabei begangene Handlung strafbar bleibt, weil die Versammlungsfreiheit keinen allgemeinen Rechtfertigungsgrund für die Begehung von Straftaten darstellt¹²⁰. Vor diesem Hintergrund kann etwa eine Exzesstat ohne weiteres rechtswidrig sein, ohne dass die kollektive Aktion als solche hierdurch aus dem gegenständlichen Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG herausfällt. Sofern Exzesstaten dagegen überhand nehmen, steht die Kampfmaßnahme nicht (mehr) unter grundrechtlichem Schutz.

c) Absolute Rechte und Rechtsgüter des Arbeitgebers als Grenze?

Praktisch noch wichtiger als der Umgang mit Straftaten dürfte die Frage sein, ob jede Inanspruchnahme von Sachen, die im Eigentum und/oder Besitz des Arbeitgebers stehen, von vornherein außerhalb des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit angesiedelt ist. Auch wenn nicht jede Flashmob-Aktion zwangsläufig mit entsprechenden Übergriffen verbunden ist, kann es hierzu, nicht zuletzt vor dem Hintergrund eines weiten zivilrechtlichen Verständnisses von Eigentum und Besitz, doch häufig kommen. So wird etwa die nicht nur kurzfristige Beeinträchtigung des bestimmungs-

118 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 28.

119 Siehe etwa *Gamillscheg* (Fn. 63), § 23 II 1 a, S. 1118 ff.

120 BVerfG 24.10. 2001 – 1 BvR 1190/90 u.a. (Fn. 116), 107.

gemäßen Gebrauchs einer Sache zivilrechtlich als Eigentumsverletzung qualifiziert¹²¹.

Das BAG sorgt gleich am Anfang seines Flashmob-Urteils für einige Unklarheit, indem es davon spricht, dass Verletzungen der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Rechte wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum (nur) „regelmäßig“ unangemessen sein sollen¹²², was bei wörtlicher Auslegung den Umkehrschluss erlauben würde, dass die genannten Rechte und Rechtsgüter in besonderen Situationen durchaus verletzt werden dürften. Die Auflistung der ersten vier Rechtsgüter muss man indes als schlichtes Redaktionsversehen einstufen¹²³. Dies gilt auch für Beeinträchtigungen der körperlichen Bewegungsfreiheit im Sinne eines Einsperrens (in Abgrenzung zu Zugangssperren). Schließlich ist auch die Zerstörung oder Beschädigung von Eigentum des Arbeitgebers keine von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigung.

Dagegen ist in aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass neben dem BAG¹²⁴ auch das BVerfG¹²⁵ in dem Beladen der Einkaufswagen mit Waren sowie der vorübergehenden Erschwerung des Zugangs zu den Kassen keine Handlungen gesehen hat, die deshalb von vornherein aus dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit herausfallen, weil sie an beziehungsweise mit Gegenständen im Eigentum und/oder Besitz des Arbeitgebers vorgenommen worden sind. In dieser Hinsicht scheint der Kammerbeschluss zumindest partiell weitergehen zu wollen als eine ältere Entscheidung zur Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, deren Gewährleistung sich von vornherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme fremden Eigentums erstrecken soll¹²⁶. Allerdings hat das BVerfG den Streitfall nur unter dem Blickwinkel von Art. 9 Abs. 3 GG gewürdigt, so dass es streng genommen lediglich darum ging, ob die konkrete Aktion in einer übermäßigen Weise auf die Tarifverhandlungsposition beim Arbeitgeberverband eingewirkt hat. Über die gerichtliche Aberkennung eines auf die Durchführung der Aktion gestützten Schadensersatzanspruchs des konkreten

121 Vgl. *Picker*, ZfA 2010, 499, 548 f.; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, 441 ff.; zu Einzelheiten und Abgrenzungsfragen *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 180 ff.; siehe auch BGH 26.2.1980 – VI ZR 53/79, BGHZ 76, 216, 219 f.: Durcheinanderbringen einer organisatorischen Sacheinheit als Eigentumsverletzung.

122 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 8.

123 Siehe auch *Volter*, in: Däubler (Fn. 2), § 16 Rn. 34: Art. 9 Abs. 3 GG schützt nicht Angriffe auf die Integrität von Körper und Persönlichkeit.

124 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 62.

125 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 31.

126 BVerfG 19.3.1984 – 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293, 1294 („Sprayer von Zürich“); tendenziell anders – im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht Dritter – aber BVerfG 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1, 23 („Esra“).

Unternehmens gegen die Gewerkschaft oder gegen einzelne Teilnehmer war nicht zu entscheiden. Dennoch besteht kaum ein Zweifel daran, dass innerhalb des Autonomiekonzepts kein Raum für Schadensersatzansprüche des einzelnen Arbeitgebers ist, die sich auf Beeinträchtigungen von Eigentum und Besitz im zivilrechtlichen Sinne stützen, sofern die kollektive Maßnahme als solche durch Art. 9 Abs. 3 GG gedeckt ist und es sich nicht um eine Exzesstat handelt.

Nun geht das BVerfG¹²⁷ in Übereinstimmung mit den Ausführungen des BAG¹²⁸ davon aus, dass der Arbeitgeber jederzeit einschreiten und die Anwesenheit der Aktionsteilnehmer in der Einzelhandelsfiliale durch Ausübung seines Hausrechts oder durch eine Betriebsstilllegung beenden kann. Hierdurch würde dann auch der (weitere) Zugriff auf Eigentum und Besitz an den Einkaufswagen sowie den Waren sein Ende finden. Dies soll den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Arbeitgeberseite offenbar genügen. Die Koalitionsfreiheit würde damit zwar die Einwirkung auf dem Arbeitgeber zuzuordnende Gegenstände im Rahmen einer Tarifauseinandersetzung umfassen, allerdings nur, wenn dies nicht gegen den artikulierten Willen des Arbeitgebers beziehungsweise seiner Vertreter geschieht. Eine solche Grenzziehung verdeutlicht, dass Art. 9 Abs. 3 GG keinesfalls einen Titel für den unmittelbaren körperlichen Streit um die tatsächliche Sachherrschaft über einzelne betrieblich genutzte Gegenstände als Instrument zur Lösung von Arbeitskonflikten schaffen und damit einem „Rückfall in die Steinzeit des kollektiven Arbeitsrechts“¹²⁹ den Weg bereiten will. Das Autonomiekonzept führt damit auf der einen Seite dazu, dass sich das formale Eigentum des Arbeitgebers um der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie willen eine gewisse Beschränkung kraft Sozialbindung gefallen lassen muss. Dieses Konzept geht auf der anderen Seite aber nicht so weit, dass es um der Effektivität der Koalitionsfreiheit willen den grundsätzlichen Charakter der Rechtsordnung als eine Friedensordnung beiseiteschiebt. Weiter ließe sich daran denken, die Zugriffsbefugnis von vornherein auf eher symbolische Handlungen mit einer geringen Eingriffstiefe zu beschränken, darüber hinausgehende Handlungen aber für unzulässig zu halten. Wenn etwa bei der Aktion „Pflege am Boden“ Liegematten vorübergehend aus einem Schrank genommen und hernach wieder ordnungsgemäß verstaut werden, wäre dies gedeckt, nicht aber die Zweckentfremdung von Gabelstaplern, um damit auf dem Werksgelände herumzufahren und den Werksverkehr lahmzulegen¹³⁰. Im Übrigen kann die insoweit großzügige Haltung von BAG und BVerfG im kon-

127 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 30.

128 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 55 ff.

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

130 Gegen Letzteres bereits Rieble, NZA 2008, 796, 798.

kreten Flashmob-Fall wohl noch am ehesten dadurch erklärt werden, dass es um Sachen ging, die frei zugänglich waren, in einer Weise bewegt wurden, die äußerlich ihrer Bestimmung entsprach und offenbar ohne größere Probleme wieder an ihren ursprünglichen Platz verbracht werden konnten. Die Besonderheiten des zur Beurteilung gestellten Sachverhalts sprechen dafür, sich mit Verallgemeinerungen zurückzuhalten. Dies ist nicht zuletzt deshalb zu betonen, weil das BAG in anderen Gestaltungen eine Nutzung von Arbeitgebereigentum für Zwecke des Arbeitskampfs¹³¹ bzw. für sonstige Koalitionsziele¹³² abgelehnt hat.

IV. Persönlicher Schutzbereich der Koalitionsfreiheit: Einbeziehung Dritter?

Der zweite große Problemkomplex betrifft die Einbeziehung Dritter in Flashmob-Aktionen. Allerdings ist bereits der rechtstatsächliche Ausgangspunkt im konkreten Fall umstritten. Nach dem Vortrag des Arbeitgebers war ungefähr die Hälfte der Teilnehmer an den Flashmob-Aktionen weder Gewerkschaftsmitglied noch Arbeitnehmer eines Mitgliedsunternehmens. Demgegenüber hatte die Gewerkschaft vorgetragen, dass es sich bei allen Aktionsteilnehmern ausschließlich um Mitglieder und Arbeitnehmer¹³³ aus Mitgliedsunternehmen gehandelt habe. Unstreitig ist allerdings, dass sich der Aufruf im Internet nicht nur an Gewerkschaftsmitglieder, sondern auch an dritte Personen („Unterstützer“) richtete.

Das BAG spricht das Thema in seiner Entscheidung an zwei Stellen an: Zum einen heißt es, dass der Zugang zum Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG nicht deshalb versperrt ist, weil nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass sich an der Aktion auch Dritte beteiligen¹³⁴. Zum anderen werden im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Hinblick auf Dritte das Fehlen einer unmittelbaren Selbstschädigung in Gestalt der Einbuße des Arbeitsentgeltanspruchs sowie die geringere Beherrschbarkeit des Geschehens durch die Gewerkschaft angesprochen¹³⁵. Vor allem

131 BAG 15.10. 2013 – 1 ABR 31/12, BAGE 146, 189 = AP Nr. 181 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (Streikaufruf im Intranet unzulässig); in diesem Sinne grundsätzlich auch LAG Köln 3.2. 1995 – 12 Sa 1073/94, AP Nr. 145 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter 2 b).

132 BAG 23.9. 1986 – 1 AZR 597/85, BAGE 53, 89 = AP Nr. 45 zu Art. 9 GG (Nutzung eines hausinternen Postverteilungssystems für gewerkschaftliche Werbung unzulässig); siehe aber auch BAG 20.1. 2009 – 1 AZR 515/08, BAGE 129, 145 = AP Nr. 137 zu Art. 9 GG (Versendung von gewerkschaftlichen Werbe-Mails an betriebliche E-Mail-Adressen zulässig).

133 Hierbei lässt der Sachverhalt allerdings nicht erkennen, ob die Kriterien kumulativ oder alternativ gemeint sind.

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

135 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 52.

an der ersten Stelle wird allerdings nicht recht deutlich, ob das BAG als Grundlage seiner rechtlichen Ableitungen in rechtstatsächlicher Hinsicht lediglich davon ausgeht, dass sich Dritte aufgrund der Eigenheit der gewerkschaftlichen Aktion dem Flashmob (spontan) anschließen, ohne dass dies von der Gewerkschaft verhindert werden könne. Eine Beteiligung durch einen ungebetenen, wenn auch vielleicht nicht unwillkommenen Dritten erscheint vergleichsweise unproblematisch und kann jedenfalls nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit der gewerkschaftlichen Aktion führen. Insoweit kann nichts anderes gelten, als wenn sich ein Passant während eines Streiks zu Streikposten gesellt, ihnen Durchhaltevermögen wünscht und durch seine körperliche Anwesenheit Arbeitswillige davon Abstand nehmen lässt, ihre Arbeit aufzunehmen.

Die eigentlich brisante Frage besteht darin, ob eine Gewerkschaft auch gezielt außenstehende Dritte in kollektive Aktion einbeziehen und dabei insbesondere auch den Schulterschluss mit den Mitgliedern sozialer (globalisierungs- beziehungsweise kapitalismuskritischer) Bewegungen herstellen kann, um hierdurch in einer Tarifauseinandersetzung zusätzlichen Druck zu entfalten. Auch wenn es insoweit an letzter Klarheit fehlt, wird man den Ausführungen des BAG doch entnehmen können, dass es ein solches Verhalten als von der Koalitionsfreiheit gedeckt ansieht, sofern die Kampfmaßnahme erkennbar von der Gewerkschaft getragen und grundsätzlich auch gesteuert wird. Diese Sichtweise wiederum wird vom BVerfG nicht beanstandet¹³⁶. Eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage des personellen Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG findet sich indes nicht, obwohl gerade hier ein ganz erheblicher Teil der ablehnenden Stellungnahmen zum Flashmob-Urteil des BAG angesetzt hatte. Ausgangspunkt der Kritik war insoweit gewesen, dass sich Dritte als solche unstreitig nicht auf die Koalitionsfreiheit zur Legitimation berufen können, wenn sie in einer Tarifauseinandersetzung die Arbeitnehmerseite durch Aktionen unterstützen, die sich nicht im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung bewegen¹³⁷.

Das dadurch aufgeworfene Problem zu „lösen“, indem die Teilnahme Dritter an Arbeitskampfmaßnahmen als eine Selbstverständlichkeit bezeichnet wird, die es immer schon gegeben habe, die bislang aber offenbar noch niemandem aufgefallen sei¹³⁸, ist sicherlich zu einfach. Auch kann es nicht überzeugen, eine Parallele zum unbestrittenen Recht von Familienangehörigen zu ziehen, sich zu einem Arbeitskampf zu äußern oder in der Öff-

136 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 30.

137 Siehe etwa *Jacobs*, ZfA 2011, 71, 85; *Konzen*, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 609 ff.; *Rüthers/Höpfner*, JZ 2010, 261, 262 f.; *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 349 ff.; *Willemsen/Mehrens*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter II 2 bb [1] [a]).

138 So *Fischer*, RdA 2011, 50, 54.

fentlichkeit zu demonstrieren. Gleiches gilt für den Versuch, die Existenz einer bürgerlichen Rechtsordnung schlicht zu übergehen, und das „Dogma“ eines Verbots einer unmittelbaren Beteiligung Dritter an Arbeitskampfmaßnahmen als einen „Widerspruch zur freiheitlichen Grundordnung“ zu klassifizieren¹³⁹. Derartige Begründungen übergehen den Umstand, dass die Beteiligung Dritter an einer Flashmob-Aktion als eine Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen des Arbeitgebers eine andere Qualität als alle bisher bekannt gewordenen Fälle der Einbeziehung Dritter aufweist¹⁴⁰. Daher hilft es letztlich auch nicht weiter, eine Parallele zu Streikposten zu ziehen¹⁴¹, zumal es ohnehin umstritten ist, ob man hierfür beliebige Personen heranziehen kann oder ob es sich (neben betriebsangehörigen Arbeitnehmern) zumindest um Gewerkschaftsfunktionäre oder Gewerkschaftsmitglieder handeln muss¹⁴².

Das BAG sowie das BVerfG liefern keine nähere Begründung für die Statthaftigkeit der Einbeziehung Dritter in das Kampfgeschehen. Der Kontext lässt allerdings erkennen, dass beide Gerichte maßgeblich auf die kollektive Koalitionsfreiheit abstellen und es dementsprechend entscheidend auf die gewerkschaftliche Führerschaft ankommen soll, nicht aber darauf, ob die einzelnen Störer allesamt Arbeitnehmer beziehungsweise Koalitionsmitglieder sind. Zwei Bestimmungsgründe dürften hierfür ausschlaggebend sein: Zum einen die in die Frühphase der Judikatur des BVerfG zurückreichende Vorstellung, dass Art. 9 Abs. 3 GG die kollektive Koalitionsfreiheit als eigenständige Gewährleistung und nicht nur als Verlängerung der individuellen Koalitionsfreiheit enthält¹⁴³. Zum anderen der Gedanke, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Koalitionen einräumt, einen wirkungsvollen Arbeitskampf zu führen, so dass gegebenenfalls auch auf Hilfe von außen zurückgegriffen werden kann.

So recht befriedigen vermag der zweite Begründungsansatz allerdings nicht. Auch wenn keine „*labor wars*“ an die Wand gemalt werden sollten, in denen – wie in New York zu Beginn des 20. Jahrhunderts – von beiden Seiten angeheuerte Gangs sich gegenseitig verprügelten¹⁴⁴, wäre die Vor-

139 Fischer, RdA 2011, 50, 56.

140 Insoweit auch Rehder/Deinert/Callsen (Fn. 75), S. 98. Nicht überzeugend deshalb Däubler, in: Däubler (Fn. 2), § 31 Rn. 9 Fn. 20, wenn er eine Parallele zur unbestrittenen Befugnis der Gewerkschaft zieht, in der Bevölkerung Unterschriften zu sammeln.

141 So aber Däubler, in: Däubler (Fn. 2), § 31 Rn. 9.

142 So Otto (Fn. 42), § 12 Rn. 4; anderer Ansicht Gamillscheg (Fn. 63), § 21 II 5 f (1), S. 1014.

143 Grundlegend BVerfG 18.11. 1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96.

144 Nachweis: http://de.wikipedia.org/wiki/Labor_Slugger_War (abgerufen am 5.4. 2015); in diese Richtung aber Lembke, NZA 2014, 471, 472; ähnlich Picker, ZfA 2010, 499, 585: „Gewalt, Chaos und Rechtlosigkeit“.

stellung arbeitnehmerloser Kampfmaßnahmen, bei denen ausschließlich außenstehende Dritte im Auftrag einer Gewerkschaft agieren, doch befremdlich, selbst wenn man bei diesen Dritten durchgängig von altruistischen Motiven ausgehen kann¹⁴⁵. Die Koalitionsfreiheit ist als sozialgeschichtlich gewachsene Freiheit der Arbeitnehmerseite zu begreifen, kollektiv und gegebenenfalls durch Kampfmaßnahmen die eigenen Vorstellungen über eine angemessene Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegen die Arbeitgeberseite durchzusetzen, nicht aber als eine generelle Befugnis, Betriebsabläufe zu stören, um dem eigenen Unmut über das bestehende Wirtschaftssystem oder auch über konkrete Missstände in der Arbeitswelt Ausdruck zu verleihen. Deshalb wird man verlangen müssen, dass eine aktive Kampfmaßnahme nicht nur in einem formalen, sondern auch in einem materiellen Sinne von einer Gewerkschaft getragen wird. In eine allgemeine Formel gekleidet muss die Druckwirkung auf die Arbeitgeberseite im Wesentlichen von der Gewerkschaft und ihren eigenen Mitgliedern selbst und nicht von außenstehenden Dritten ausgehen, damit Art. 9 Abs. 3 GG zum Zug kommen kann. Dass die Gewerkschaften versuchen, bei der Entwicklung alternativer Kampfstrategien Verbindungen zu neuen sozialen Bewegungen zu knüpfen, ist für sich genommen nicht zu beanstanden. Der – noch dazu aktive – kampfwise Eingriff in bestehende Arbeitgeberrechte setzt indes nach geltendem Verfassungsrecht wie auch nach einfachem Recht voraus, dass es im Schwerpunkt die Gewerkschaft und ihre Mitglieder sind, die den Kampf führen.

Im Übrigen kann in diesen Situationen der Paritätsgedanke weiterhelfen¹⁴⁶: Wenn der Arbeitgeber außenstehende Dritte vor allem in Gestalt von Leiharbeitnehmern herbeizieht, um die Streikfolgen wirtschaftlich zu neutralisieren, lässt sich begründen, dass auch die Gewerkschaft außenstehende Dritte mobilisieren kann, um die Druckwirkung aufrechtzuerhalten. Hierzu muss man sich vor Augen halten, dass die rechtstatsächliche Ausgangssituation in Arbeitskampszenarien auf Arbeitgeberseite und Arbeitnehmerseite nicht völlig symmetrisch ist. So hat die Arbeitnehmerseite, die sich typischerweise in der Angreiferrolle befindet, regelmäßig ein Interesse an einer – dosierten – Eskalation des Konflikts, weil sie nur auf diesem Wege Verhandlungsdruck aufbauen kann. Demgegenüber hat die Arbeitgeberseite zumindest heutzutage regelmäßig kein Interesse daran, den Konflikt durch einen Gegenangriff weiter anzuheizen, sondern will die Störungen gerade umgekehrt möglichst gering halten und den Angriff da-

145 Unpassend daher *Picker*, Festschrift Bauer, 2010, S. 811, 824: „jederzeit abrufbare(n) Fremdenlegion“; *Rieth*, SAE 2010, 37, 41: „Söldnertruppen“.

146 Ebenso *Franzen*, JbArbR 47 (2010), 119, 135 f.; *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter IV 3 e bb [3]).

durch leerlaufen lassen. Sofern dem Arbeitgeber dies schlicht dadurch gelingt, dass die Belegschaftsmehrheit dem Streikaufruf nicht folgt, muss es damit sein Bewenden haben. Es besteht kein Anlass, einer Belegschaftsminderheit unter die Arme zu greifen und es ihr zu ermöglichen, durch fremde Hilfstruppen die eigene Organisationsschwäche zu kompensieren. Eine solche Arbeitskampfkonzption würde vor allem bei Gewerkschaftspluralität im Betrieb zu erheblichen Friktionen führen, wäre dann doch jede noch so kleine Gruppe berechtigt, die Betriebsabläufe mit Hilfe Dritter effektiv zu stören, um ihren partikularen Anliegen zum Durchbruch zu verhelfen. Wenn der Arbeitgeber dagegen gleichsam selber neue Truppen ins Feld führt, die vorher nicht unter Arbeitsvertrag standen, entspricht es dem Paritätsgedanken, wenn die Gewerkschaft gleichziehen kann.

Alles andere verkennt den Umstand, dass es letztlich auf das Verhandlungsgleichgewicht, nicht aber darauf ankommt, dass beide Seiten die Arbeitsbeziehungen gleichermaßen intensiv stören können. Wer ausschließlich auf diejenigen Verhaltensweisen abstellt, die in bestehende Rechte eingreifen und das gesamte Arbeitskampfrecht nur um die Frage zentriert, wie derartige Eingriffe als Abweichungen vom bürgerlichen Recht legitimiert werden können, verfehlt den Kern des Ordnungsproblems, der darin besteht, welche Handlungsoptionen die Rechtsordnung den Kollektivparteien in einer Auseinandersetzung insgesamt zur Verfügung stellen muss, damit der Staat den Koalitionen die eigenverantwortliche Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen überlassen kann.

V. Die gewandelte Rolle und (Neu-) Interpretation des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Als zentraler Maßstab für die Beurteilung von Arbeitskämpfen wird im Flashmob-Urteil des BAG der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herausgestellt¹⁴⁷. Dies entspricht dem ausdrücklich in Bezug genommenen Unterstützungstreik-Urteil des BAG als eigentlicher Ausgangspunkt der neueren Arbeitskampfkonzption¹⁴⁸ und lässt sich verbal auf die vom Großen Senat des BAG im Jahr 1971 entwickelte Systematik¹⁴⁹ zurückführen. Demgegenüber ist das Paritätsprinzip als genereller Maßstab in den Hintergrund getreten. Tatsächlich lässt sich regelmäßig (das heißt vorbehaltlich des soeben skizzierten Neutralisierungseinsatzes außenstehender Dritter) nicht feststellen, wie die beiderseitigen Kampfinstrumente rechtlich dimensioniert sein müssen, um materielle Parität zwischen den Ver-

147 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 41.

148 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134 = AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Rn. 22 ff. Zur Rückführung des „neuen“ Arbeitskampfrechts des BAG auf die Aufgabe der Kernbereichslehre durch das BVerfG siehe Kreft, Zur Zulässigkeit von Unterstützungstreiks, BB-Special 2008 Nr. 4, S. 11, 12.

149 BAG 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 97), 306 ff.

handlungsparteien herzustellen. Der Paritätsgedanke sollte deshalb nur als Grenze für die rechtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts dahingehend dienen, dass ein vorhandenes Gleichgewicht nicht gestört oder ein Ungleichgewicht verstärkt werden darf¹⁵⁰.

Bei der Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes weicht das BAG in seiner neuen Judikatur allerdings stark von dem Modell ab, das dem Großen Senat des BAG seinerzeit vorschwebte¹⁵¹. So gilt gerade kein strenges *Ultima ratio*-Prinzip mehr. Vielmehr wird den Koalitionen hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Kampfmittels eine Einschätzungsprärogative eingeräumt und auf diesen Stufen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lediglich eine Rechtsmissbrauchskontrolle durchgeführt. Erst auf der letzten Stufe soll eine strengere Überprüfung einsetzen, bei der nach Ansicht des BAG je nach dem konkret eingesetzten Arbeitskampfmittel zahlreiche Elemente einfließen sollen. In diesem Zusammenhang soll es insbesondere darauf ankommen, ob dem Gegenspieler wirksame Reaktionsmöglichkeiten verbleiben.

Die vor allem mit dem Stichwort der Einschätzungsprärogative verbundene Verringerung der Kontrolldichte von Kampfmaßnahmen, die bis auf das letzte Warnstreikurteil des BAG aus dem Jahr 1988¹⁵² zurückgeführt werden kann, hat zahlreiche Kritiker auf den Plan gerufen, die eine Entkernung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes monieren¹⁵³. Im aktuellen Kammerbeschluss gibt das BVerfG freilich zu erkennen, dass es den Ansatz des BAG verfassungsrechtlich akzeptiert, auch wenn es den Terminus Einschätzungsprärogative in seiner Begründung nicht verwendet. Das BVerfG bewegt sich damit durchaus in früheren Bahnen. So wollte es im Aussperrungsbeschluss den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf Angriffsmittel erst gar nicht anwenden¹⁵⁴, während es im Kammerbeschluss zum Partizipationsstreik heißt, dass eine Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen als rechtswidrig grundsätzlich nur dann in Betracht kommt, wenn eine Kampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder unverhältnismäßig ist¹⁵⁵, wobei sich der Maßstab der Offensichtlichkeit auf beide Prüfungsebenen (Geeignetheit und Unverhältnismäßigkeit) beziehen dürfte.

150 Vgl. BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 6), 395 f.; BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 148), Rn. 21.

151 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 41 ff.

152 BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86, BAGE 58, 364 = AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

153 Konzen, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 613 ff.; Otto, RdA 2010, 135, 136, 140; Picker, ZfA 2010, 499, 539.

154 BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 6), 231.

155 BVerfG 10.9. 2004 – 1 BvR 1191/03 (Fn. 73), 1340.

Mit dieser Rechtsprechungsentwicklung bewegen sich BAG und BVerfG auf eine Konzeption zu, nach der beim Verhältnis von Streikrecht auf der einen Seite und den Arbeitgeberrechten (Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit, Koalitionsfreiheit) auf der anderen Seite nicht mehr in Eingriffskategorien zu denken ist¹⁵⁶, die nach einem eher strengen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz rufen, sondern nach der es um die praktische Konkordanz zwischen verschiedenen Grundrechten geht, wie dies von Teilen der Literatur, namentlich auch im staatsrechtlichen Schrifttum¹⁵⁷, schon seit längerem gefordert wird¹⁵⁸.

VI. Folgerungen

1. Flashmob-Aktionen

In seinem Flashmob-Urteil hatte das BAG im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne großes Gewicht auf die verbleibenden Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers gelegt, während zwei sonstige im Leitsatz herausgestellte Umstände, nämlich der streikbegleitende Charakter der Aktion und ihre Durchführung in einem öffentlich zugänglichen Raum, nicht näher thematisiert worden sind. Konkret ging es bei den Abwehrmitteln um die Ausübung des Hausrechts sowie die Option einer Betriebsstilllegung. Beiden Instrumenten attestiert das BAG hinreichende Wirksamkeit, wofür es gerade insoweit von großen Teilen des Schrifttums heftig gescholten worden ist¹⁵⁹. Das BVerfG nimmt keine inhaltliche Prüfung der praktischen Wirksamkeit der vom BAG diskutierten Gegenreaktionen des Arbeitgebers vor, sondern lässt es insoweit genügen, dass die Überlegungen des BAG jedenfalls nicht auf einer deutlichen Fehleinschätzung beruhten beziehungsweise offensichtlich unrichtig seien¹⁶⁰.

Während sich die Diskussion vielfach darum dreht, welche konkreten Vorkehrungen der Arbeitgeber treffen kann, um sein Hausrecht durchzusetzen, muss man sich fragen, ob eigentlich die ganze Konstruktion stimmig ist, nach der eine Kampfmaßnahme zunächst rechtmäßig ist, der Arbeitgeber sie aber jederzeit verbieten kann („schwebende Rechtswidrig-

156 So aber statt vieler *Richardi*, Festschrift Säcker, 2011, S. 285, 295 ff.

157 Vgl. *Höfling*, Festschrift Friauf, 1996, S. 377, 387 f.

158 Siehe etwa *Deinert/Kittner*, Richterrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitskampf und völkerrechtliche Vorgaben, Festschrift Lörcher, 2013, S. 283, 299 ff.; *Hensche/Wolter*, Die verhältnismäßige Freiheit – zum Übermaßverbot des Streiks, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 544, 557 ff.

159 Statt vieler *Konzen*, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 622 f.; *Otto*, RdA 2010, 135, 136, 145; *Picker*, ZfA 2010, 499, 554 ff.; *Thüsing/Waldhoff*, ZfA 2011, 329, 361 ff.

160 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 30.

keit“)¹⁶¹. Konsequenter wäre eine aus der Koalitionsfreiheit abzuleitende Duldungspflicht kurzfristiger Beeinträchtigungen. Immerhin wird das Hausrecht auch in den Fällen gewerkschaftlicher Werbetätigkeit bis zu einem gewissen Grad durch Art. 9 Abs. 3 GG überlagert¹⁶², wobei nicht verkannt werden soll, dass zwischen bloßer Werbung und aktiver Betriebsstörung nicht nur ein gradueller Unterschied besteht¹⁶³.

2. Andere Formen aktiver Produktionsbehinderungen

Für die Zukunft ist nicht auszuschließen, dass nicht nur Flashmob-Aktionen, sondern auch andere Formen aktiver Produktionsbehinderung den gewerkschaftlichen Instrumentenkasten bereichern¹⁶⁴. Das BAG grenzt Flashmob-Aktionen ausdrücklich von den bislang als rechtswidrig eingestuften Betriebsblockaden¹⁶⁵ ab und lässt im Übrigen offen, wie diese zu beurteilen sind¹⁶⁶. Dass bei „friedlichen“ Blockaden der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit eröffnet ist¹⁶⁷, liegt in der Konsequenz des Autonomiekonzepts, so dass letztlich alles von der dritten Stufe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abhängt¹⁶⁸. In diesem Sinne hat sich vor einiger Zeit auch das LAG Hamburg positioniert¹⁶⁹.

161 Vgl. *Greiner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, EzA Nr. 143 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter IV 3 e bb [2] [b]); insoweit skeptisch auch *Konzen*, Festschrift Reuter, 2010, S. 603, 623.

162 Siehe nur BAG 22.6. 2010 – 1 AZR 179/09, BAGE 135, 1 = AP Nr. 142 zu Art. 9 GG.

163 Wenig Bedenken dürften beispielsweise gegen die Kampagne „Pflege am Boden“ bestehen, die seit einiger Zeit an verschiedenen Orten Deutschlands stattfindet. So hatten sich am 7.2. 2014 mehr als 100 Beschäftigte des Klinikums Leverkusen sowie anderer Pflegeeinrichtungen im Eingangsbereich des Klinikums demonstrativ auf den Boden gelegt und dabei eine mit brauner Wundsalbe beschmierte Windel sowie den Spruch „Der Pflege geht’s beschissen“ hochgehalten. Nachweis: <http://www.rp-online.de/nrw/staedte/leverkusen/pflegekraefte-am-boden-protest-im-klinikum-aid-1.4019931> (abgerufen am 5.4. 2015).

164 Dazu umfassend bereits *Treber*, Aktiv produktionshindernde Maßnahmen, 1996; ferner (ausnahmslos ablehnend) *Richter*, Grenzen aktiver Produktionsbehinderung im Arbeitskampf, 2005.

165 Vgl. BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86 (Fn. 152), 389; BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86, BAGE 60, 101, 110 = AP Nr. 111 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; siehe auch BAG 11.7. 1995 – 1 AZR 161/95, BAGE 80, 277, 285 = AP Nr. 139 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

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

167 Ebenso *Engels* (Fn. 35), S. 254.

168 Folgerichtig vorhergesehen von *Rieble*, NZA 2008, 796, 797.

169 LAG Hamburg 6.2. 2013 – 5 SaGa 1/12, juris; anders aber noch ArbG Berlin 23.6. 2008 – 2 Ga 9993/08, juris.

Zumindest längerfristige Blockaden dürften beim BVerfG aber nicht auf Wohlgefallen stoßen, wenn es schon die Erschwerung des Zugangs zu den Kassen durch beladene Einkaufswagen als eine „an sich durchaus gewichtige Beeinträchtigung des Betriebs“ angesehen hat, die lediglich im konkreten Fall nicht umfassend und nur von vergleichsweise kurzer Dauer gewesen sei¹⁷⁰. Kurzfristige „symbolische“ Blockaden wären dagegen vermutlich noch gedeckt, wobei es möglicherweise eine Rolle spielt, ob sich der Arbeitgeber zuvor gegen geringfügigere Formen aktiver Betriebsstörungen sogleich massiv zur Wehr gesetzt hat. Auch kann kaum ausgeblendet werden, ob der Kampfgegner über zahlreiche Betriebsstätten verfügt, von denen nur eine einzige vorübergehend abgesperrt wird oder ob ein kleineres Unternehmen Ziel einer solchen Attacke ist. Gerade aus der verfassungsrechtlichen „Vogelperspektive“ dürfte es bei der Abwägung durchaus erheblich sein, wie stark die Arbeitgeberseite ökonomisch tatsächlich getroffen wird. Die Zulassung einer regelrechten Betriebsbesetzung kann man sich nach den deutlichen Worten des BAG zum Hausrecht des Arbeitgebers dagegen schon nach einfachem Recht nicht ernsthaft vorstellen. Sonstige aktive Störungen betrieblicher Prozesse (zum Beispiel Internetblockaden) würden nach denselben Regeln zu beurteilen sein.

VII. Schlussbemerkungen

Die traditionelle Engführung des Arbeitskampfgeschehens ist im Zusammenspiel von BAG und BVerfG einer Ausdehnung der Grenzen für Kollektivmaßnahmen gewichen. Die Ursachen sind in einer stärkeren Betonung des Freiheitscharakters der Koalitionsfreiheit sowie in der Vorstellung zu sehen, dass die eigenverantwortliche Regulierung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Koalitionen ein soziales System darstellt, das zu gesellschaftlich wünschenswerten Ergebnissen führt und in das staatlicherseits nur bei Verwerfungen einzugreifen ist. Die frühere Leitlinie, dass die Arbeitgeber und die Allgemeinheit vor Arbeitskämpfen tunlichst zu verschonen sind, ist von einer gegenüber der Austragung von Arbeitskonflikten offeneren Haltung abgelöst worden. Ob dies auch der Arbeitgeberseite zugutekommt oder ob die neueren Entwicklungen eher Ausdruck einer fördernden Neutralität sind, die sich durch die Einschätzung speist, dass sich die Verhandlungssituation der Arbeitnehmerseite in den letzten Jahrzehnten durch verschiedene Entwicklungen verschlechtert hat¹⁷¹, ist derzeit noch schwer auszumachen.

Das BVerfG hat die neue Arbeitskampfkonzption des BAG sanktioniert und das Flashmob-Urteil nicht als verfassungswidrig qualifiziert. Von einer regelrechten „Einladung zur Entgrenzung“ sollte nicht gesprochen

170 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 8), Rn. 31.

171 So *Rosenau* (Fn. 3), S. 287.

werden, wohl aber von einer verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung derjenigen Grundsätze, von denen sich das BAG bei seinem „neuen Arbeitskampfrecht“ leiten lässt. Wenn man schon nach einem Schlagwort sucht, könnte man das Autonomiekonzept eher als „Befreiung des Arbeitskampfrechts von zivilistischem Denken“ charakterisieren. Eine restriktivere – vertragsakzessorische – Konzeptualisierung des Arbeitskampfrechts im Sinne des Heteronomiekonzepts ist als in sich stimmiges Modell denkbar. Das Autonomiekonzept ist gewiss nicht die einzig richtige Interpretation¹⁷² der normtextlichen und entstehungsgeschichtlichen Vorgaben der Verfassung. Von der zur verbindlichen Entscheidung berufenen Rechtsprechung kann aber auch und gerade im Arbeitskampfrecht nicht mehr verlangt werden, als ein Gewebe von kohärenten Gründen zu entwickeln, das einen kritischen Diskurs ermöglicht.

Dass die Arbeitgeberrechte durch eine Erweiterung gewerkschaftlicher Kampfbefugnisse zurückgedrängt werden, ist nicht zu bestreiten. Damit dürfte sich in Einzelfällen ihre tatsächliche Verhandlungsposition verschlechtern, auch wenn dies letztlich schwer abzuschätzen ist. Umso wichtiger ist es, dass die Gewerkschaften mit ihren zusätzlichen Handlungsoptionen verantwortungsbewusst umgehen. Zu Kassandraruhen besteht freilich kein Anlass.

172 Für ein solches Auslegungsziel *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1977 (deutsch: Bürgerrechte ernstgenommen, 1984) mit seiner „right answer“-These; hierzu erhellend *Poscher*, *Wozu Juristen streiten*, JZ 2013, 1 ff.

Diskussion

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School Hamburg:

Vielen Dank, lieber *Hans*, für diesen wunderschönen Vortrag. Beide Vorträge waren sehr gehaltvoll, und sie fordern zum Nachdenken heraus. Wir haben Glück gehabt: Beide Vorträge waren kontrovers. Das war vorher so gar nicht abgesprochen. Ich vermute einmal, es gibt Wortmeldungen. Ich muss vorher aber noch einen Hinweis geben. Bei den ZAAR-Veranstaltungen ist es üblich, dass die Diskussion aufgezeichnet wird, weil die Diskussionsbeiträge hinterher veröffentlicht werden. Die Diskussions Teilnehmer dürfen natürlich vorher noch einmal drübersehen. Sie sollten trotzdem wissen: Alles was Sie jetzt sagen, wird gespeichert und nach der Tagung, wenn es ins Schriftliche umgesetzt wurde, wieder gelöscht.

Professor Dr. Lena Rudkowski, Freie Universität Berlin:

Ich hätte eine Frage an Herrn *Hanau* direkt und zwar zur Zwangsschlichtung. Das konnten wir aus Zeitgründen ja nur anreißen. Mich interessiert, wie man zur Zulässigkeit kommen kann, was die Vorteile sind, ob Sie vielleicht nicht doch irgendwelche Bedenken hätten.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Die Bedenken liegen wahrscheinlich – zumindest aus Gewerkschaftssicht – auf der Hand. Ich vermute, dass die Gewerkschaften, was die Mobilisierung der Mitgliedschaft oder die Neuwerbung von Mitgliedern betrifft, Schwierigkeiten bekommen werden. Auch soweit es auf die Beteiligung an Streiks in anderen Bereichen ankommt, auf Präsenz auf der Straße und Präsenz im Betrieb, wird es den Gewerkschaften organisationspolitisch wahrscheinlich nicht besonders gut tun. Das würde ich schon annehmen. Umgekehrt muss man sehen: In der Daseinsvorsorge – ich habe nur ein paar Punkte genannt – profitieren die Gewerkschaften umgekehrt auch wieder ungeheuer von der rechtlichen Regulierung. Sie müssen sehen, dass die Gewerkschaft oft überhaupt erst aufgrund staatlicher Vorgaben eine starke Position erlangt. Ein Beispiel: wenn Piloten streiken. Sie können lauter hochbegabte Jungpiloten um sich versammeln. Die dürfen aber alle nicht statt der Streikenden fliegen, weil sie für die Maschine eine besondere Lizenz brauchen, Tauglichkeitsuntersuchungen und dergleichen mehr, alles eng reguliert. Wenn Sie die wenigen Schlüsselfiguren abziehen, bricht der ganze Betrieb zusammen. Das hat zu tun mit staatlichen Vorgaben. Wenn man den Gewerkschaften jetzt bestimmte Möglichkeiten

nimmt, sammelt das für meine Begriffe nur das ein, was der Staat vorher selber gegeben hat.

Im Übrigen, wenn wir sagen: Tarifaautonomie ist nicht nur befeuerbar durch Arbeitskampf, sondern auch durch eine effektive Form von Verhandlungen durch Einflussnahme auf das Gegenüber in anderer Weise, sollten wir uns intelligente Gedanken machen, wie ein Schlichtungsverfahren aussehen könnte. Entweder man wird sich einig über die Person des – notfalls streitentscheidenden – Vorsitzenden. Oder man könnte etwa auch spieltheoretische Modelle bemühen. Zumindest anregend sind Modelle, in denen, wenn man sich nicht einigt, am Ende gewürfelt wird. Entweder gehe ich dann aufs Ganze, oder ich muss antizipieren, wie der Gegner tickt, und ich werde mich dann schon kompromissbereit zeigen, um dem Losglück zu entgehen oder eben dem Lospech. Ich glaube schon, dass so etwas ginge. Wie auch immer, wenn Sie sich den zweiten oder dritten Weg im Kirchenarbeitsrecht ansehen, haben wir es im Grunde jedenfalls mit Zwangsschlichtungen zu tun.

Matthias Jacobs:

Herr *Schäfer* als Nächstes. Es würde mich auch interessieren, was Sie vom Würfeln halten. Bitte kurz darauf eingehen.

David Schäfer, Weißmantel & Vogelsang, Bremen:

Unser Büro vertritt unter den Spartengewerkschaften unter anderem die Gewerkschaft der Flugsicherung. Ich komme gerade vom Juristentag. Dort wurde auch über die Frage diskutiert, was die dogmatische Begründung für die Tarifaautonomie ist: Geht es wirklich darum, dass die Arbeitnehmer sich zusammentun, wie wenn man gemeinsam zum Autohändler geht, um einen Rabatt auszuhandeln und das ist dann kollektiv ausgeübte Privatautonomie oder ist es nicht doch ein bisschen mehr? Dem möchte ich mich an dieser Stelle gar nicht widmen, aber wenn man davon ausgeht, dass es um kollektiv ausgeübte Privatautonomie geht, kann ich nicht ansatzweise verstehen, wie man sich in einem bestimmten Bereich – nämlich der Daseinsvorsorge – von dieser Idee komplett abwenden kann und dann bis zum Glücksspiel kommt. Was Ihren Vorschlag mit dem Würfeln in der Daseinsvorsorge angeht, begehen Sie meines Erachtens einen ganz klaren dogmatischen Systembruch, indem Sie sagen: „Obwohl ich hingehe und alle Einschränkungen und Verhältnismäßigkeitsüberlegungen, die ich an sich im Arbeitskampf anstelle, aus der kollektiv ausgeübten Privatautonomie herleite, tue ich das in der Daseinsvorsorge nicht mehr.“ Die Begründungen, die Sie dafür genannt haben, sind allesamt Gründe, die dagegen sprechen, in den entsprechenden Bereichen überhaupt zu privati-

sieren. Der Staat hat sich anders entschieden. Dann aber hinzugehen und zu sagen: „Lieber würfeln als ganz normal den Gang der Dinge laufen zu lassen“, das kann ich rechtsdogmatisch nicht mehr nachvollziehen.

Hans Hanau:

Ich finde, dass bei einem Streik in der Daseinsvorsorge die Gegeninteressen besonders gravierend sind. Das mit dem kollektiven Würfeln war natürlich eine polemische Zuspitzung. Es ist doch die Frage, wie man hier priorisiert. Nichts anderes macht man bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Sie haben völlig Recht, aus meiner Warte hätte der Staat wahrscheinlich die Flugsicherung nicht privatisieren sollen. Und dass die Arbeitnehmer durch mich jetzt quittiert bekommen, auf der einen Seite seid ihr gewerbliche Arbeitnehmer und gleichzeitig soll euch das Streikrecht genommen werden, das ist natürlich ein starkes Stück, das ist völlig klar. Beamte dürfen sowieso nicht streiken, dann hätten wir das Problem nicht. Gleichwohl meine ich, dass der Staat aus dieser Gewährleistungsverantwortung nicht herauskommt. Man kann nicht sagen, unterstellt, es sei eine vorzeitige oder falsche Privatisierung, das muss dann die Allgemeinheit ausbaden.

Matthias Jacobs:

Die spannende Frage ist vielleicht auch: Was ist Daseinsvorsorge? Dazu kommen wir später noch. Vielleicht sind Sie gar nicht betroffen, Herr Schäfer, aber das werden wir nachher sehen.

Professor Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School Hamburg:

Zunächst einmal herzlichen Dank für die beiden Vorträge. Damit ich es mir persönlich auch noch besser herleiten kann, eine Frage zum vertragsrechtlichen Verständnis der Koalitionsfreiheit, das mit der jetzigen Deutung durch BAG und BVerfG kollidiert. Ich frage mich, ob man BAG und BVerfG das vertragliche Verständnis anhand der Normgrundlagen, die wir im deutschen Recht und auch in der EMRK finden, tatsächlich entgegenhalten kann, so wie Sie es getan haben. Schon wenn ich mir den Wortlaut ansehe, geht es darum, ein Recht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu schaffen. Das ist nicht so klar auf eine schon bestehende ausdifferenzierte Vertragsbeziehung zugeschnitten. Art. 11 EMRK spricht davon, dass es legitim ist, zur Durchsetzung seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen. Ist das nicht letzten Endes doch ein Grund, warum das BVerfG wahrscheinlich die „besseren Karten“ hat,

wenn es von einem weiteren, nicht rein vertragsrechtlichen Ansatz ausgeht?

Hans Hanau:

Ich meine, dass man diese EMRK-Artikel anders lesen kann und auch anders lesen muss. Wenn man sich Gedanken darüber macht, was Koalitionsfreiheit im Kern eigentlich bedeutet, wenn man vom Gedanken der Assoziation, der Bündelung von Verhandlungsmacht ausgeht, wie ich es darzustellen versucht habe, kann man, meine ich, vernünftigerweise systematisch auch zu gar keinen anderen Ergebnissen kommen, als ich sie hier präsentiert habe. Es sei denn, man macht es so wie *Rüdiger Krause*, so wie er es uns gerade faszinierend vorgestellt hat, der sagt, die Verbände sind intermediäre Gewalten aus eigenem Recht. Darauf läuft es doch hinaus. Du hast sehr schön formuliert, *Rüdiger*, – wenn ich es richtig begriffen habe –, es gehe hier um kollektive Gewalten, die kollektive Interessen kollektiv verfechten. Ich frage mich: Was ist das Kollektive? Wo kommt es her, wer bestimmt das eigentlich inhaltlich? Wieso sollen die Verbände das Recht haben, es selber zu kreieren? Sind sie in Wirklichkeit nicht nur Sachwalter der Summe ihrer Mitgliederinteressen? Letzteres wäre nach wie vor meine These. Wenn es anders wäre, dass sie Sozialpolitik aus eigenem Recht betreiben könnten, mit Eingriffskompetenz usw., dann aber bitte schön nur aufgrund eines hinreichend präzisen Gesetzesvorbehalts. Dann, wenn der Gesetzgeber es tatsächlich so will, muss man es grundrechtlich puffern, dann soll es meinetwegen so sein. Aber das haben wir so nicht und ich lese nach wie vor Art. 9 Abs. 3 GG anders. Die kollektive Koalitionsfreiheit ist nur eine Ableitung aus der individuellen, nicht mehr – alles andere ist aus meiner Wahrnehmung hypertroph. In der Gegenansicht hat sich etwas verselbständigt; man mag den EMRK-Artikel so lesen, das will ich gerne einräumen, aber ich meine gleichwohl, dass man bei systematischer Betrachtung es auch anders sehen kann und muss. Und ich finde, dass wir in Deutschland mit unserem bewährten Modell auch genau dafür werben sollten, statt zu sagen: „Weil aus Straßburg jetzt etwas kommt oder auch schon gekommen ist, kapitulieren wir gleich, weil wir anschlussfähig werden wollen.“ Davor würde ich warnen.

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

Dazu würde ich auch gerne noch etwas sagen. Ich will gar nicht die Sichtweise von BAG und BVerfG apologetisch vorstellen, sondern mir geht es darum, erst einmal zu verstehen. Was sagen die? Wobei vieles auch nicht explizit gesagt wird. Es geht mir um eine – ich habe es vorhin versucht an-

zudeuten – rationale Rekonstruktion dieses Sozialmodells, das eben von dem vertragsakzessorischen Modell abweicht und zwar bereits im Grundsätzlichen und nicht an irgendeiner Stellschraube auf der dritten Ebene. Das war meine Herangehensweise, weniger die Judikatur des BAG *en detail* zu analysieren, sondern eher die verfassungsrechtliche Sicht auf diese Dinge. Hier scheint es mir doch so zu sein, dass das BVerfG schon sehr frühzeitig – und das zeigt sich schon in der Entscheidung im Vierten Band – von einer Eigenständigkeit der kollektiven Koalitionsfreiheit ausgeht, wenn auch ohne eine umfassende rechtsdogmatische Ableitung. Das ist zweifellos ein Stück Setzung, wenn man so will. Ein Stück Setzung vor dem Hintergrund eines sehr überschaubaren Wortlauts. Aber – und da stoßen wir natürlich an Grundfragen – was ist und zu welchen Zwecken wird überhaupt Verfassungsinterpretation vorgenommen? Ich bin kein Staatsrechtler und kann dazu auch nicht sämtliche Ableitungen präsentieren, wohl aber glaube ich, dass das BVerfG für sich ein Stück weit in Anspruch nimmt, nicht einfach nur Normtexte zu interpretieren und lediglich zu fragen, was sagen Wortlaut sowie die Väter und Mütter des Grundgesetzes – in diesem Sinne offenbar der *Originalism*-Ansatz des amerikanischen Supreme Court –, sondern welche Art der Sozialgestaltung und überhaupt der Gestaltung unserer staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung soll mit dem grundrechtlichen Wertesystem zum Ausdruck gebracht werden? Das kommt in vielen Bereichen zum Vorschein, nämlich ein relativ starkes Freiheitsverständnis der Grundrechte, die auf die gesamte Rechtsordnung Einfluss nehmen und Vorgaben machen, wie wir das einfache Recht zu strukturieren haben. Dazu tritt – speziell auf Art. 9 Abs. 3 GG bezogen – die Vorstellung, dass wir es hier mit einem sozialgeschichtlich gewachsenen System des kollektiven Interessenausgleichs zu tun haben, ohne dessen Existenz der Staat die Preisfestsetzung auf dem Arbeitsmarkt betreiben würde und viele Dinge mehr, die jedenfalls von Haus aus erst einmal von den Tarifvertragsparteien wahrgenommen werden sollten. Vielleicht kann man auch sagen – auch wenn man das der Entscheidung so nicht entnehmen kann – der Umstand, dass der Staat in stärkerem Maße als dies in früheren Jahren der Fall war, in dieses System eingreift – Mindestlohn ist das beste Beispiel – bringt zum Ausdruck, dass der Staat in dem Augenblick interveniert, in dem das System nicht mehr aus sich selbst heraus soziale Ergebnisse hervorbringt, die als allgemein wünschenswert angesehen werden. Dann kommt der Staat wieder ins Spiel. Aber solange das System selbstreferenziell funktioniert, zieht sich der Staat zurück, wobei die Verfassung nur auf Verwerfungen und auf eine Überschreitung der Grenzen des Spielfelds achtet. Das ist jedenfalls die Aufgabe des BVerfG. Dass auf dem Spielfeld – ich hatte mir im Vorfeld schon überlegt, bringe ich die Fußballmetapher, weil die WM ja schon eine ganze Zeit zurückliegt – der Schiedsrichter vielleicht hier und da einmal abpfeifen muss, ist ein anderes Problem. Mir ging es um die Perspektive,

was passiert am Spielfeldrand. Da, meine ich, ist die Konzeption des BVerfG – ich sage vorsichtig – plausibel, nachvollziehbar. Jedenfalls handelt es sich um eine freiheitliche oder zumindest um eine stärker freiheitliche als diejenige Konzeption, die der vertragsakzessorischen Sichtweise zugrunde liegt.

Letzter Punkt: die Eingriffssemantik. Wiederum aus der verfassungsrechtlichen Sicht betrachtet haben wir eine Situation, bei der private Grundrechtsträger ihre gesellschaftlichen Konflikte austragen. Wenn ein Bürger einen anderen schädigt, ist dies zunächst einmal die Ausübung einer natürlichen Freiheit, das heißt man benötigt keine Rechtsordnung, um eine solche Handlung vornehmen zu können. Die Frage ist: Wie reagiert die Rechtsordnung auf den Umstand, dass der eine in Freiheiten des anderen eingreift oder besser übergreift. Der Begriff „Eingriff“ ist an sich reserviert für die Situation, dass durch staatliches Handeln grundrechtlich geschützte Freiheiten beeinträchtigt werden. Das andere sind Kollisionen oder Konflikte zwischen prinzipiell gleichgeordneten Grundrechtsträgern. Da gibt es „Übergriffe“ und selbstverständlich muss der Staat Schutzmaßnahmen ergreifen, um bestimmte Übergriffe zu verhindern, sonst würden wir uns in der freien Wildbahn bewegen. Aber ich kann es jedenfalls nachvollziehen, dass aus der Perspektive des BVerfG nicht mit der Eingriffssemantik gearbeitet, sondern gesagt wird: „Wir müssen die einfachrechtliche Rechtsordnung so ausgestalten, dass die Freiheitssphären der aus der staatlichen Perspektive prinzipiell gleichgeordneten Grundrechtsträger durch praktische Konkordanz abgewogen werden.“ Nicht mehr aber auch nicht weniger.

**Peter Berg, ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft,
Düsseldorf:**

Ich wollte eine Frage an Herrn *Hanau* richten und eine Bemerkung machen. Zunächst zu der Frage: Das bezieht sich auf Ihre Ausführungen zum Unterstützungstreik. Sie haben im Grunde genommen ausgehend von der Vertragsakzessorietät des Arbeitskampfs und des Drittbezugs auf einen vermeintlich nicht beteiligten Arbeitgeber gesagt, dass der Unterstützungstreik als zulässige Arbeitskampfmaßnahme und Arbeitskampfausrichtung aus Ihrem Modell herausfällt. Es ist interessanterweise ja so, dass bei einer noch engeren Führung der Kampfmittelfreiheit durch das BAG in den 1980er Jahren genau der Sachverhalt, der der Unterstützungstreikentscheidung von 2007 zugrunde lag, auch unter der sogenannten alten Rechtsprechung des BAG noch als Ausnahmefall der Zulässigkeit qualifiziert worden ist. Mich würde einmal interessieren, ob Sie unter dem Gesichtspunkt fehlender unmittelbarer Betroffenheit des Arbeitgebers, also wegen der Einbeziehung von Dritten, auch bei dieser

Fallkonstellation einen Unterstützungstreik als zulässiges Kampfmittel ablehnen. In den 1980er Jahren ist das BAG von weiteren Ausnahmefällen zulässiger Solidaritätstreiks ausgegangen. Neben dem Fall der Konzernverflechtung – beispielsweise, wenn die Konzernmutter entscheidet, ob im Tochterunternehmen ein Tarifvertrag abgeschlossen wird oder nicht – gab es den anderen, noch viel signifikanteren Ausnahmefall, dass sich der eigentlich vom Hauptarbeitskampf nicht betroffene Arbeitgeber aus seiner neutralen Position heraus begibt und sich beispielsweise durch Übernahme der Produktion oder andere Hilfsleistungen für den bestreikten Arbeitgeber faktisch als Partei in den Arbeitskampf hineinbegibt. Würden Sie auch für diese Fälle sagen: „Das fällt natürlich auch aus meinem Modell heraus, weil sich, zumindest formal betrachtet, der Unterstützungstreik immer noch gegen einen Drittbetroffenen richtet.“ Herr Krause hatte interessanterweise im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zum Flashmob auch darüber nachgedacht oder angedeutet, wie der Einbezug Dritter auf Gewerkschaftsseite zu beurteilen ist, wenn der Arbeitgeber selbst sich Dritter bedient, um quasi seine Arbeitskampffähigkeit zu erhöhen. Das ist der erste Punkt.

Was die Frage der Zwangsschlichtung angeht, ist auch mir unabhängig von meiner grundsätzlichen Ablehnung und der damit verbundenen Schwächung der Gewerkschaften bei der Analyse der Kirchenentscheidungen des BAG die Idee und Befürchtung gekommen, dass man sie zumindest als Widerspruch zu der sonstigen Grundausrichtung der Arbeitskampfrechtsprechung des BAG (Tarifverhandlungen ohne Streik sind kollektives Betteln) interpretieren und die Übertragbarkeit des Schlichtungsmodells auf die Daseinsvorsorge in die Diskussion bringen wird. Obwohl das BAG sicherlich argumentativ sehr eng geführt und zielgerichtet auf die besondere verfassungsrechtliche Privilegierung der Kirche abgestellt hat, hat unter anderem auch die Übertragungsproblematik veranlasst, mit dem Weg nach Karlsruhe das gewerkschaftliche Streikrecht zu sichern.

Hans Hanau:

Es freut mich, dass wir die gleiche Fantasie haben. Man wird sehen, wie es weitergeht. Das BAG mag sich über sich selbst erschrecken, was es da für ein Tor aufgemacht hat. Es ist alles eine Frage der Abwägung und der Gewichtung. Wenn wir die Daseinsvorsorge als so gewichtig betrachten, dass wir sagen können, sie erreicht verfassungsrechtlich die gleiche Qualität wie die Kirche, hätten wir genau die gleiche Situation und ein Streikabschluss wäre gleichermaßen begründbar.

Zum Unterstützungstreik: Sie haben völlig recht. Mir scheint das Spektakuläre an der Entscheidung von 2007 zu sein, dass man sich nicht mit

dem Ausgangssachverhalt begnügt hat. Man hätte sagen können, durch den Konzernverbund gibt es eine Einflussmöglichkeit – ob das immer so passt, wäre die Frage, aber man hätte es so machen können –, aber der Ehrgeiz des 1. Senats ging offensichtlich weiter, weil die Richter ohne Not zu diesen grundsätzlichen Ausführungen gegriffen haben. Dagegen wollte ich angehen.

Die Frage der Einbeziehung von Dritten ist eine spannende. Darauf habe ich noch keine abschließende Antwort. Der Arbeitgeber hat in einer Marktwirtschaft grundsätzlich verschiedene Möglichkeiten, sich die erforderlichen Betriebsmittel auf dem Markt zu beschaffen. Fallen die eigenen Arbeitnehmer aus, kann er sie grundsätzlich durch Leiharbeiter ersetzen. Ich frage mich schon, ob man sagen kann, dass, wenn er von diesem Marktverhalten bei Streik Gebrauch macht, dies sofort ein Punkt wäre, der die Gewerkschaft berechtigt, zu Krawall zu greifen. Flashmob ist unseriös. Ich finde, das geht überhaupt nicht, jedenfalls so wie man es im Tatbestand liest. Kann man Dritte gegeneinander aufrechnen? Ich habe Zweifel. Wenn die Gewerkschaften – so bitter das jetzt klingt – so schwach sind, dass sie einfach nicht mehr Gewicht auf die Waage bringen, dann ist das eben so. Dann müssen sie zusehen, wie sie wieder stärker werden, dass sie mehr Mitglieder werben, dass sie stärker mobilisieren. Wenn ihnen das nicht gelingt, wird es allerdings neuerdings politisch, dann wird die Politik zu Hilfe gerufen. Dann weicht man aus auf Tarifnormerstreckung, auf Mindestlohn und dergleichen und befeuert damit in der Tat dieses Modell einer intermediären Gewalt – als objektiver Sachwalter mit besonderem Sachverstand gesegnet, der ein Privileg hat bei der Ausgestaltung von Arbeitsbedingungen, bei der Ordnung des Arbeitsmarkts. Mit dem Gedanken tue ich mich mit Verlaub schwer. Weil ich nicht sehe, dass die Gewerkschaften diesen neutralen Sachwalterstandpunkt wirklich einnehmen können. Das sind Interessenverbände. Es ist auch gut, dass wir sie haben. Man sollte ihnen nur nicht so weitgehende Privilegien geben, sondern sie immer rückbinden an die Freiheit der Vertretenen. Auch da gibt es Wettbewerb, da gibt es *up's* und *down's*. Und wenn es der Gewerkschaft organisationspolitisch nicht gut geht, muss sie das hinnehmen und sich Gedanken machen, wie sie sich fitter macht.

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

Ich habe eine Frage an *Rüdiger Krause*. Das Autonomiekonzept bewerte ich als axiomatische Sicht auf Art. 9 Abs. 3 GG im Sinne einer Freiheit, einfach etwas zu tun ohne einen funktionsbezogenen Hintergrund, den sie beim Heteronomiekonzept hat: Entfernen wir uns da nicht von der Sichtweise auf Art. 9 Abs. 3 GG als Grundrecht? Wenn ich es vergleiche mit

dem Eigentumsgrundrecht, das soll Herrschaft sichern, um Freiheitsausübung zu ermöglichen, geht es hierbei Art. 9 Abs. 3 GG um die Ermöglichung von Herrschaft. Damit wäre Art. 9 Abs. 3 GG eher eine Art Art. 20 Abs. 5 GG im Sinne des gesellschaftlichen Subsystems, als welches Du es ja auch bezeichnet hast, oder einfach als gesellschaftliches, wenn auch nicht demokratisches, System. Damit müssten wir die Koalitionäre als staatliche Gewalten anerkennen und hätten dann noch sehr viel weniger Probleme, die Gewalt, die mit dem Flashmob ja auch verbunden ist – das wäre eine Art Privatpolizei, der wir uns im Bereich ihrer Herrschaft aussetzen hätten –, uns damit anzufreunden. Wäre das nicht endlich eine konsequente Schlussüberlegung für diese Neubestimmung von Art. 9 Abs. 3 GG durch das BVerfG, wie Du sie mit der eben als Schnitzelzusammenstellung von *Hans Hanau* bezeichneten Konstruktion uns vorgestellt hast?

Rüdiger Krause:

Eine gute Frage. Das ist jetzt natürlich extrem zugespitzt. Sicherlich nicht Ausübung staatlicher Gewalt. Das ist gar keine Frage, weil es nicht darum geht, dass rechtsverbindlich Anweisungen getroffen werden können entsprechend den Handlungsformen, die dem Staat zur Verfügung stehen, Gesetze, Verwaltungsakte und was auch immer. Wohl aber – und das ist auch die Doppelformel, die ich versucht habe, den verschiedenen Entscheidungen zu entnehmen – nämlich Freiheitsrecht und staatsferne Austragung von kollektiven Interessenkonflikten, natürlich immer mit dem Ziel, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern. Der Funktionszusammenhang ist somit immer da. Es geht nicht um die Gestaltung der gesamten gesellschaftlichen Wirklichkeit durch die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, sondern nur um einen bestimmten Zuständigkeitsbereich. Ich versuche herauszufinden, was ist innerhalb dieser neuen Konzeption stimmig und schlüssig, und mir scheint es so zu sein, dass diese beiden Elemente zusammenkommen. Hier wird nach dem Verständnis des BVerfG – das BAG ist noch einmal ein Thema für sich – durch Art. 9 Abs. 3 GG ein gesellschaftliches System installiert, das auf dem Gebiet der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für bestimmte soziale Ergebnisse sorgen soll. Solange dieses System funktioniert, keine Verwerfungen zeigt, keine Auswüchse – und das ganze Thema Daseinsvorsorge habe ich gar nicht thematisiert, das ist eine Geschichte für sich –, soll das laufen können, ohne dass der Staat von außen eingreift. Ich glaube aber nicht, dass wir es hierfür in irgendeiner Form nötig haben, den Begriff „intermediäre Gewalten“ zu benutzen, der immer wieder gerne verwendet wird, um aus dem Begriff verschiedene Schlüsse zu ziehen. Ich meine, dass die Akteure des Arbeitslebens von staatlicher Seite aus gewissermaßen in Ruhe gelassen werden sollen, solange dieses System im Gro-

ßen und Ganzen funktioniert. Aber das bedeutet nicht, dass sie selber Staat sind. Sie üben Funktionen aus, die, gäbe es sie nicht, entweder dem Markt überantwortet würden – mit der Folge der Individualautonomie – oder dass – und das ist nun einmal die Konsequenz jedenfalls in Deutschland, vielleicht auch noch in anderen Ländern – der Staat aktiv wird. Stichwort wieder: Mindestlohn. Von daher hat das System auch eine staatsentlastende Funktion. Ich würde aber nicht sagen, dass die Koalitionen dadurch selber zu Funktionären des Staats, zu staatlichen Organen oder zu was auch immer werden. Das schiene mir zu hoch gegriffen. Vielleicht ist das eine halbwegs befriedigende Antwort.

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

Mir scheint die Divergenz zwischen den beiden Rednern im Wesentlichen darin begründet, wie man Art. 9 Abs. 3 GG auffasst. Ist das ein Doppelgrundrecht mit intermediärer Machtstellung der Koalitionen, unabhängig von den eigenen Mitgliedern? Dann ist es völlig in Ordnung, dass ver.di, wenn sie bei Amazon nur wenige streikbereite Mitarbeiter finden, einfach 3.000 Leute von woanders mit dem Bus hinkarren, alle Eingänge blockieren und dann sagen: „Uns ist es völlig egal, wie die Arbeitnehmer in dem Betrieb denken, sondern wir als intermediäre Macht haben das Recht zur Intervention.“ Wenn man das privatautonom sieht und denkt, ist es klar, dass die Gewerkschaft die auf sie übergeleiteten Individualvertragsrechte geltend macht, und wenn die Arbeitnehmer mit den Füßen abstimmen und nicht streiken, hat die Gewerkschaft eben einen Misserfolg und kann diesen nicht mit einer Intervention übertünchen. Also muss man sich entscheiden. Ich glaube, *Rüdiger Krause* macht es sich ein bisschen zu einfach, wenn er auf die Entscheidung des BVerfG im Vierten Band als Setzung zurückgreift. Es gibt so viele missverständliche BVerfG-Äußerungen: Im Mitbestimmungsurteil wird auch die Unternehmensmitbestimmung als Form der Koalitionsbetätigung wahrgenommen, in der Heimarbeitsentscheidung hat das BVerfG – daraus könnte jetzt sofort *Hans Hanau*, wenn er sein Paradigma wechselt, die Zwangsschlichtung rechtfertigen – gesagt, der Heimarbeitsausschuss sei eine Art von Tarifautonomiesubstitution, denn dort saßen die Beisitzer von beiden Seiten und der Staat vermittelt das. Das ist irgendwie auch Tarifautonomie. Von da bis zur Zwangsschlichtung ist es jetzt wirklich überhaupt nicht mehr weit. Ich habe auch keine Antwort, was richtig ist. Meine Auffassung ist klar: Ich bin für die privatautonome Deutung, ich kann nichts herleiten.

Ich will aber noch ein bisschen auf die totale Beliebigkeit der Argumentation hinweisen. Im Arbeitskampf, in dem es um Machtentfaltung geht: sagen wir Doppelgrundrecht, Intermediarität. Bei der Mitgliederwerbung,

wenn die Gewerkschaft gern das E-Mail-System des Arbeitgebers nutzen möchte, sagen wir Intermediarität. Wenn die Gewerkschaft kämpfen will, sagen wir Kampfmittelfreiheit, Machtbefugnis. Im Tarifsystem sagen wir aber auf einmal Mitgliedschaftsbindung, Belastungseinwilligung. Warum? Damit wir keine harte, sondern nur eine abgeschwächte Grundrechtsbindung haben. Im Arbeitskampf kann ich mithilfe von Notdienstvereinbarungen nicht organisierte Arbeitnehmer um ihren Arbeitsplatz bringen wie in der Busfahrerentscheidung und diese Plätze mit Organisierten besetzen, was ich tarifrechtlich niemals könnte. Es wird immer ganz gezielt die Begründung benutzt, die das gewünschte Ergebnis trägt, und deswegen habe ich das Gefühl, dass wir anfangen müssen, politischer zu argumentieren und weniger dogmatisch. Die dogmatische Diskussion findet nur zum Schein statt. Es ist aber eine politische Diskussion. Wenn Sie anfangen, Kampfmittelfreiheit zu postulieren, wer hat in den letzten zehn Jahren etwas zur Kampfmittelfreiheit der Arbeitgeberseite gesagt? Dürften Arbeitgeber wirklich kampfmittelfrei umfassend aussperren? Nein, sie dürfen nur den Betrieb schließen aber nur im Umfang des Streikbeschlusses, also so weit, wie es ihnen die Gewerkschaft zubilligt. Der Große Senat des BAG hat 1955 noch gesagt, die sogenannte Politik der offenen Tür, also das Einstellen von Ersatzkräften für streikende Mitarbeiter, sei ein ganz normales legitimes Kampfmittel der Arbeitgeberseite. Für *Rüdiger Krause* ist das schon eine Intervention, die ausnahmsweise Blockadeaktionen rechtfertigt. Da fehlt einfach der Ausgangspunkt. Ich kann auch sagen, die Diskussion wendet sich auch vom Arbeitsrecht ab, weil viele Unternehmen das Gefühl haben, es sei sowieso egal, wie sie argumentieren, es kommt doch das heraus, was sozialpolitisch für sinnvoll erachtet wird und über Sozialpolitik kann man juristisch nicht streiten. Deswegen sind Unternehmen derzeit nicht frustriert, aber sie besinnen sich auf ihre außerrechtlichen Interventionsmöglichkeiten, und das scheint mir auch das richtige Instrument zu sein. Wir können in der Zeitung lesen, dass die BASF ihre Forschungsspitze nach Asien und in die USA verlagert, die findet nicht mehr in Deutschland statt. Das ist schon einmal ein Statement. Das hat etwas mit Amflora zu tun, das hat aber auch viel mit anderen Dingen zu tun. Es hat nicht unmittelbar mit Arbeitskampf zu tun, aber es hat etwas damit zu tun, dass Arbeitsbedingungen in Deutschland teurer und unflexibler werden. Viele Unternehmen, die sehr streikbetroffen sind, handeln rational und orientieren ihr Investitionsverhalten am denkbar schlechtesten Ausgang arbeitsrechtlicher Entwicklungen. Das heißt eben auch – da können Sie die IW-Statistiken nachlesen – wir haben derzeit ein Investitionsvolumen das hinter den Abschreibungswerten zurückbleibt. Es kann auch jeder damit machen, was er will. Aber ich glaube, dass die Arbeitgeber eigentlich relativ klug sind, wenn sie sagen: „Wir lassen uns auf diese Spielchen, bei der Argumente völlig beliebig hin- und hergeworfen werden, gar nicht mehr ein, sondern, beginnend beim großen Mittel-

stand, wir nutzen einfach den Bereich, in dem wir unternehmerische Entscheidungen treffen können.“ Das ist auch eine Form von wirtschaftlichem Druck und Kampf und dort machen wir einfach, was wir wollen, denn da kann auch das BAG nicht mehr hineingrätschen. Ob das eine gute Entwicklung ist oder nicht, das können dann wieder Sozialpolitiker beurteilen.

Matthias Jacobs:

Das war jetzt natürlich keine Frage an die Referenten. Möchten Sie trotzdem gern noch Stellung nehmen? Sonst schlage ich vor, dass wir wegen der fortgeschrittenen Zeit jetzt einen Cut machen. Ich bedanke mich bei den Teilnehmern der Diskussion.

Drittbetroffenheit und Drittschaden im Arbeitskampf

Markus Sprenger

Seite

I. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Einbettung des Streiks	99
II. Betroffenheit des Gegners und Dritter	99
1. Etymologie des „Streiks“	99
2. Formen der Drittbetroffenheit und Drittbeteiligung.....	99
a) Klassischer Wirtschafts- und moderner Meinungs-	
kampf	99
b) Sonderfall „Flashmob“	100
c) Konkurrenzkampf.....	100
3. Schädigungs- und Schadenspotenzial für Dritte	101
a) Streik und Meinungskampf	101
b) Streikankündigung.....	101
c) Drittgerichteter Streik	102
aa) Privatautonome Betriebsorganisation	102
bb) Vorgeschiedene Betriebsorganisation.....	103
d) Verschärfung durch Entsolidarisierung.....	104
III. Rechtliche Einordnung der Drittbetroffenheit.....	105
1. Gewerkschaftsfreundliche Ausgangslage.....	105
2. Geschwächter Primärrechtsschutz und Streikfreundlichkeit	
als Folgen.....	106
3. Handlungsoptionen betroffener Dritter.....	106
a) Absolutes Recht als Voraussetzung für Rechtsschutz	106
b) Eigentumsrecht des Dritten	107
c) Recht des Dritten am eingerichteten und ausgeübten	
Gewerbebetrieb.....	108
aa) Grundsatz der subjektiven Betriebsbezogen-	
heit	108
bb) Relevante objektive Betriebsbezogenheit.....	109
d) Übrige Haftungsvoraussetzungen.....	110
aa) Verschulden	110
bb) Rechtmäßiges Alternativverhalten	111
cc) Mitverschulden	112
e) Folgerungen	112
IV. Rechtspolitische Fragen	113
1. Kein Zivilrechtsschutz für die Allgemeinheit.....	113
2. Alternative Schutzregime	114

a) Schutz durch das Ordnungswidrigkeitenrecht?	114
b) Schutz durch ordnungspolitische Maßnahmen	114
V. Schlussthesen.....	116
Diskussion	117

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Entgrenzter Arbeitskampf?*
(München 2015), S. 97-116

I. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Einbettung des Streiks

Tarifkonflikte haben nie fernab des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Geschehens stattgefunden. Im stillen Kämmerlein können Arbeitgeber und Gewerkschaft nur verhandeln und zum Tarifabschluss kommen. Geht es darum, Widerstände aufzulösen, sieht das Arbeitsrecht in allen westlichen Demokratien den Arbeitskampf vor. Er ist als Hilfsrecht der Koalitionen wichtig, wenn freie kollektive Normsetzung funktionieren soll¹.

II. Betroffenheit des Gegners und Dritter

1. Etymologie des „Streiks“

In der englischen Sprache fasst das Verb „*to strike*“, aus dem sich der eingedeutschte „Streik“ ableitet, das Gesamtgeschehen wunderbar zusammen. Der Ausstand soll in den verschiedenen Bedeutungen des Worts den Arbeitgeber „treffen“ und der Öffentlichkeit „auffallen“. Das alles soll möglichst viele Menschen „beeindrucken“ und sie im Sinne der verfolgten Zielsetzung „betroffen machen“.

2. Formen der Drittbetroffenheit und Drittbeteiligung

a) Klassischer Wirtschafts- und moderner Meinungskampf

Betroffenheit herzustellen, hat dabei viele Gesichter. Sie mag durch die bloße Beobachtung des öffentlichen Ausstands von Arbeitnehmern entstehen. Hier bleiben Gewerkschaft und Arbeitnehmer Dritten gegenüber weitestgehend passiv² und konzentrieren sich auf die zweckgerichtete Störung der Betriebsabläufe. Dieses Szenario gehört aber eher in die Geschichtsbücher.

Der Arbeitskampf ist heute mehr denn je auch ein Meinungskampf. Wir leben in einer Welt medialer Omnipräsenz und fügen dem eigenen Eindruck vielfältige Informationen hinzu. Weil Menschen in einer Informationsgesellschaft mediale Verstärkung gewohnt sind, reicht die aus der Industriegesellschaft herrührende Konzentration auf die wirtschaftliche Schädigung nicht mehr aus. Mit vielfältigen Aktivitäten – wie Kundgebungen, Demonstrationen und einer umfassenden Öffentlichkeitsarbeit – zielen Gewerkschaften darauf ab, auch unbeteiligte Personen anzusprechen.

1 Grundlegend BAG 21.4. 1971 – GS 1/68, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 12.3. 1985 – 1 AZR 636/82, NZA 1985, 537 ff.

2 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, 1353.

Die zurückliegenden Streiks im öffentlichen Dienst des Bundes und der Kommunen sind dafür ein Beispiel. Neben der Verteilung der üblichen Materialien an ihre Mitglieder stieß die Gewerkschaft ver.di auch eine Werbekampagne an. Auf tausendfach geklebten Plakaten erschien beispielsweise eine Erzieherin mit dem Hinweis „Wir sind die Guten“. Plakatwerbung dient nun offensichtlich nicht der Mobilisierung der Mitglieder. Dritte sollen ganz persönlich angesprochen und für die Gewerkschaft gewonnen werden. Sie sollen sich einmischen, indem sie beispielsweise mitdemonstrieren, sich in den Medien mit Kritik oder Lösungsvorschlägen äußern oder idealerweise Gewerkschaftsmitglied werden.

b) Sonderfall „Flashmob“

Damit komme ich zur aktivsten Form der Einbeziehung von Dritten: dem Flashmob³. Im Arbeitskampf gibt es nunmehr sogar die direkte Drittbeteiligung. Unter dem großen Deckmantel eines entgrenzten Art. 9 Abs. 3 GG hat sogar der politische Aktivist Platz, wenn er sich der arbeitskampfführenden Gewerkschaft anschließt⁴.

Das erhöht auf der Verursacherseite das Schädigungspotenzial, da Störungen des Betriebsablaufs nicht mehr nur über die Arbeitnehmer, sondern je nach Zutrittsmöglichkeit auch oder ausschließlich über sympathisierende Dritte organisiert werden können.

c) Konkurrenzkampf

Das alles gibt dem Arbeitskampf das Potenzial einer politischen Auseinandersetzung zur aktiven Mitgliederwerbung. Unter neuer gewerkschafts- und tarifpolitischer Zeitrechnung, die mit der Aufgabe der Tarifeinheit⁵ begonnen hat, dient der Arbeitskampf auch der Sicherung von Marktanteilen.

Gewerkschaften akzentuieren mehr als früher die Dienstleistung fürs Mitglied und die Mitgliederwerbung. Ein Arbeitskampf ist jetzt auch Konkurrenzkampf. Aber er ist strukturell bedingt kein Unterbietungswettbewerb um den günstigsten Gewerkschaftsbeitrag, sondern eine Konkurrenz zu Lasten der Arbeitgeber und Dritter, die von Ausfallschäden und den Folgekosten aus Überbietungstarifverträgen betroffen sind.

Dieses Szenario erhöht auch in diesen Wochen das Schädigungspotenzial aus Arbeitskämpfen. Bei der Deutschen Bahn ist der Machtkampf voll entbrannt. Nach dem Auslaufen eines koordinierenden „Grundlagentarif-

3 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), 1347 ff., bestätigt durch BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493 ff.

4 Vgl. BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), 1353.

5 BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068 ff.

vertrages“ wollen die Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) und die Eisenbahn- und Verkehrsgewerkschaft (EVG) nun auch für Berufsgruppen verhandeln, für die vorher allein die Konkurrenz zuständig sein sollte. So überschlagen sich die Forderungen: 5 % mehr und zwei Wochenstunden weniger fordert die GDL. 6 % mehr und Änderungen im Entgeltsystem will die EVG. Beide buhlen um die Gunst des Zugpersonals, das die GDL schon mehrheitlich organisiert haben und die EVG nicht ziehen lassen will. Der GDL-Streik erwischte die Fahrgäste am 6.9. 2014 pünktlich zum Ferienende.

3. Schädigungs- und Schadenspotenzial für Dritte

a) Streik und Meinungskampf

Das elementare Prinzip des Streiks ist, dass über wirtschaftliche Schäden die Einigung gefördert werden soll. Dem begleitenden Meinungskampf sind grundsätzlich auch nur die allgemeinen Grenzen gesetzt. Denn ob Dritte Meinungsäußerungen der Gewerkschaft oder der Arbeitgeberseite teilen oder ablehnen, fügt ihnen keinen Schaden zu.

b) Streikankündigung

Das erste Problem tritt auf, wenn die Medien nicht mehr nur genutzt werden, um die eigene Position darzustellen und Unbeteiligte als Unterstützer und Multiplikatoren zu gewinnen. So haben beispielsweise die Gewerkschaft der Flugsicherung (GdF) oder die Vereinigung Cockpit (VC) auch Streiks angekündigt, die kurzfristig wieder abgesagt wurden⁶.

Soweit der angekündigte Streik tatsächlich durchgeführt wurde, konnten Reisende ausweichen, da sie rechtzeitig umdisponieren konnten. Soweit der Streik ausfiel, war jedoch der Schaden maximiert, da der Flugverkehr an das angekündigte Streikszenario angepasst war. Gerade im Verkehrsbereich, wo es auf die Durchführung ganzer Umläufe ankommt, können Ankündigungen denselben Schaden anrichten wie der Streik selbst.

Treffend werden sie auch als „kalte Streiks“ umschrieben⁷ und bilden eine eigenständige Kategorie des Arbeitskampfs⁸. Streikankündigungen haben

6 Siehe zum Beispiel die Absage zum Unterstützungstreik der GdF für den (politischen) Hauptstreik der französischen Fluglotsen („ATCEUC Action Day“), <https://www.gdf.de/index.php/de/component/content/article?id=158>, und zum Pilotenstreik am 16.9. 2014, <http://www.vcockpit.de/presse/pressemitteilungen/detailansicht/news/morgen-kein-streik-bei-lufthansa.html>.

7 *Ubber*, Aktuelle Formen des Arbeitskampfes – Ankündigungstreik, Unterstützungshauptstreik, Streik mit Drittwirkung, indirekter Streik und Mogelstreik, in: *Lehmann* (Hrsg.), Deutsche und europäische Tariflandschaft im Wandel, 2013, S. 139 ff.

als Zwischen- oder Fehlinformationen im Arbeitskampf ihre Zweckbestimmung.

c) Drittgerichteter Streik

aa) Privatautonome Betriebsorganisation

Es gibt heute auch Arbeitskampsituationen, in denen nicht der Gegner, sondern Dritte den größten Schaden davontragen. Das kann an der privatautonomen bestimmten Betriebsorganisation und Arbeitsteilung liegen. Häufiges Beispiel ist hierfür die Produktion mit *Just-in-time*-Lieferung der benötigten Grundstoffe, Teile und Halbzeuge⁹. Im Normalfall begrenzt diese Arbeitsorganisation die Kosten der Lagerhaltung auf das Mindeste, weshalb im Arbeitskampf schnell der Nachschub ausgeht.

Dass diese Anfälligkeit für Arbeitskämpfe auf eine privatautonome Entscheidung zurückgeht, könnte nun zu der Schlussfolgerung führen, dass sich im Falle arbeitskampfbedingter Verzögerungen von *Just-in-time*-Lieferungen letztlich eine selbstverantwortliche Risikoerhöhung realisiere.

In dieser Sichtweise wird allerdings außer Acht gelassen, dass privatautonome Organisationsentscheidungen ja nicht ganz aus freien Stücken gefällt werden. Auf deutschen Unternehmen lastet heute ein enormer Kostendruck. Internationaler Konkurrenz müssen sie schlanke Betriebsorganisationen und internationale Geschäftsbeziehungen entgegensetzen – auch zur Beschäftigungs- und Standortsicherung. Arbeitsteilung und lange Verkehrswege machen die moderne Wirtschaft insgesamt komplexer und anfälliger. Erreicht deshalb eine Gewerkschaft mit denselben Streiks heute eine noch größere Wirkung als früher, muss dem spiegelbildlich eine umso verantwortungsvollere Einschätzung der Auswirkungen gegenüberstehen.

Diese Betrachtung ist dem Unterstützungsstreik auch in der neuen Lesart des BAG¹⁰ immanent. Wird anders als früher der Unterstützungsstreik als grundsätzlich zulässig angesehen, haben die Erfurter Richter doch auch Grenzen gezogen. Die Kernaussage ist: Der Betrieb des Dritten darf nicht zum Hauptschauplatz der Auseinandersetzung werden¹¹. Und zwar nicht in einer mathematischen Gegenüberstellung von Hauptstreikenden und Unterstützern, sondern in einer funktional-wertenden Betrachtung der

8 Vgl. *Sprenger*, Haftung der Gewerkschaft für Gegner- und Drittschäden aus rechtswidrigen Streiks, BB 2013, 1146, 1149; *Ubber*, Standpunkt: Lotsenstreiks sollen keine Flugausfälle verursachen?, BB 2012, 2303.

9 *Auktor*, (Un-) erwünschte Fernwirkung im Arbeitskampf – Ein Fall für den Gesetzgeber?, ZRP 2003, 395 ff.

10 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055 ff.

11 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 10), 1061.

Auswirkungen auf den Betrieb. Zu prüfen ist das im Rahmen der Verhältnismäßigkeit¹².

Das muss auch für andere Arbeitskämpfe mit erheblichem Drittschädigungspotenzial gelten. Nur der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unter Berücksichtigung aller Auswirkungen gewährleistet und erzwingt die Vermeidung übermäßiger Drittschäden. So lässt die heutige Gesetzeslage eine Eindämmung des Arbeitskampfs auf das Nötige zu und sich eine weitere Entgrenzung vermeiden.

bb) Vorgeschriebene Betriebsorganisation

Nun gibt es auch Betriebsabläufe, die deshalb besonders anfällig sind, weil öffentlich-rechtliche Bestimmungen einer privatautonomen Betriebsorganisation entgegenstehen. Vergewärtigen wir uns das am Beispiel eines Flugs. Gesetzliche Regelungen, die eine besondere Sicherheit gewährleisten sollen, schreiben vor, dass bestimmte Tätigkeiten nur von Menschen ausgeübt werden, die über eine spezielle Ausbildung, Lizenz und ständige Berufspraxis verfügen: Ein lizenziierter Flugzeugingenieur muss die Maschine freigeben, bevor sie eingesetzt werden darf¹³. Zwei Piloten für die jeweilige Flugzeugklasse müssen sie steuern¹⁴. Eine Kabinen-Crew aus Flugbegleitern muss die Passagiere betreuen und im Notfall für deren Sicherheit sorgen¹⁵. Besonders geschultes Personal muss die Sicherheitskontrollen durchführen¹⁶. Die Verkehrszentrale, die zur nachzuweisenden Organisation des Flughafens zählt, ist für das *Push-back*-Verfahren zuständig, danach übernimmt die ebenfalls geforderte Vorfeldkontrolle den Rollvorgang des Flugzeugs. Für den Taxiway und die Piste darf wiederum nur der lizenzierte Fluglotse Anweisungen erteilen¹⁷.

Hier mag man sagen, dass die Fliegerei eben ein komplexes Gebilde ist. Aber es fängt ja schon viel früher an. Auch im Krankenhaus darf nur der approbierte Arzt behandeln¹⁸. Verstehen Sie mich jetzt nicht falsch. Das

12 BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 10), 1061.

13 Siehe zum Beispiel Verordnung (EG) Nr. 2042/2003 der Kommission vom 20.11. 2003 über die Aufrechterhaltung der Lufttüchtigkeit von Luftfahrzeugen und luftfahrttechnischen Erzeugnissen, Teilen und Ausrüstungen und die Erteilung von Genehmigungen für Organisationen und Personen, die diese Tätigkeiten ausführen (Amtsblatt EG 2003 L 315/1), §§ 37, 38 LuftBO und §§ 104 ff. LuftPersV.

14 Siehe §§ 32 Abs. 2, 40 LuftBO.

15 Siehe § 41 Abs. 4 LuftBO.

16 Siehe § 9 LuftSiG; zu § 29c LuftVG a.F. BAG 13.6. 2006 – 8 AZR 271/05, NZA 2006, 1101 ff.

17 Siehe vor allem §§ 21a ff. LuftVO und § 27c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 31b Abs. 1 LuftVG in Verbindung mit § 1 FSAuftrV.

18 Vgl. § 2 Abs. 2 und 5 BÄO.

alles hat ja gute Gründe. Niemand soll mit einem notdürftig gecheckten Flugzeug irgendwie abheben oder von einer x-beliebigen Person verarztet werden.

Worum es mir geht, ist die Folgewirkung für den Arbeitskampf. Sicherheitsbestimmungen und Betätigungsvorbehalte zugunsten einzelner Berufe erhöhen das Schadenspotenzial. Denn in der Logik des Arbeitskampfs schaffen solche Vorschriften „Funktionseliten“¹⁹. Der Begriff passt deshalb ganz gut, weil die Nadelöhrfunktion diese Arbeitnehmer zur Elite macht und schon mit wenigen Streikenden den Betriebsablauf insgesamt zum Erliegen bringt.

d) Verschärfung durch Entsolidarisierung

Heute beobachten wir, dass diese Funktionseliten oftmals aus größeren Tarifverbünden ausscheren. Piloten, Flugzeugingenieure, Fluglotsen, Ärzte, Lokomotivführer, Feuerwehrleute – sie alle haben Berufsgruppengewerkschaften gegründet²⁰. Positiv daran mag sein, dass sie für ihre berufsspezifischen Belange eine passgenaue Vertretung gefunden haben. Negativ fällt auf, dass im Arbeitskampf auf die Funktionselite eine kleine, sehr mitgliedernahe Gewerkschaft nicht mehr moderierend, sondern verstärkend wirkt²¹. Paaren sich eine so optimierte Tarifmacht und eine besondere betriebliche Anfälligkeit, geht das an den Dritten, die von der Funktionsfähigkeit des bestreikten Betriebs abhängig sind, nicht spurlos vorüber.

Der bestreikte Flughafen oder die bestreikte Flugsicherung unterstützen nur die eigentliche Verkehrsdienstleistung. Ein Streik trifft vor allem die

19 Früh zum Begriff Artikel „Bummelstreik: Flugleiter, Flugleiden, Flüche“, Die Zeit vom 8.7.1973, archiviert unter <http://www.zeit.de/1973/24/flugleiter-flugleiden-flueche>; in der Selbstsicht einer Spartengewerkschaft *Vogelsang*, „Quo vadis, GdF? Eine Organisation im Spagat zwischen Beute- und Solidargemeinschaft“, *Der Flugleiter*, Heft 6/2009, S. 6, 7.

20 Vereinigung Cockpit e.V. (VC, gegründet 1968, Gewerkschaft seit 2000), Technik-Gewerkschaft Luftverkehr e.V. (TDL, gegründet 2013), Gewerkschaft der Flugsicherung e.V. (GdF, gegründet 2003, zuvor mehrere Berufsverbände), Marburger Bund – Verband der angestellten und beamteten Ärzte Deutschlands e.V. (MB, gegründet 1947, Gewerkschaft seit 2005), Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL, gegründet 1867, Gewerkschaft seit 1919), Deutsche Feuerwehr-Gewerkschaft e.V. (DFeuG, gegründet 2011).

21 Symptomatisch sind die massiven Forderungen der VC gemäß dem Artikel „Lufthansa und Bahn steuern auf Streiks zu“, FAZ.NET vom 25.8.2014, abzurufen unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/lufthansa-und-bahn-steuern-auf-streik-zu-13114653.html>; siehe auch schon Greiner, Der Arbeitskampf der GDL – Überlegungen zur Parität im Sparten- und Spezialistenarbeitskampf, NZA 2007, 1023, 1024.

Fluggäste und die Fluggesellschaft, deren Flugzeug nicht starten oder nicht landen kann. Die gemeinnützige GmbH, die das regional bedeutsame Krankenhaus betreibt, folgt einem öffentlichen Auftrag. Sie verfolgt keine Erwerbsinteressen. Streiken die Ärzte, geschieht das auf dem Rücken der Patienten und des übrigen Klinikpersonals.

III. Rechtliche Einordnung der Drittbetroffenheit

1. Gewerkschaftsfreundliche Ausgangslage

Wie reagiert nun das Recht auf diese Tatsachen?

Dass sich Dritte einem Demonstrationszug anschließen oder auch vor dem Werksgelände mit Streikenden protestieren dürfen, konnte nie in Zweifel stehen. Sie machen damit letztlich von ihrem Versammlungsrecht Gebrauch. Von ihrer Meinungsfreiheit sind auch zugespitzte Äußerungen und Kraftausdrücke gedeckt, wenn sie nicht zur Schmähkritik geraten²².

Dass nun über einen Flashmob Dritte von der Gewerkschaft zweckgerichtet in die Arbeitskampfmaßnahme einbezogen werden dürfen, ist neu. Nach der aktuellen Arbeits-²³ und Verfassungsrechtsprechung²⁴ soll das alles von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst sein. Das Pikante ist, dass der Flashmob keinen Hauptstreik voraussetzt und sich die Teilnehmer sogar im Betrieb aufhalten dürfen, bis der Arbeitgeber von seinem Hausrecht Gebrauch macht²⁵.

Schließlich hat das LAG Hamburg 15-minütige Betriebsblockaden zum zulässigen Kampfmittel erklärt. Dürfte nur eine Gasse gebildet werden, gebe es keine Möglichkeit, auf Arbeitswillige und Neueingestellte „einzuwirken, sich zu solidarisieren oder sie jedenfalls über das Streikgeschehen zu informieren“²⁶. Die Betriebsblockade soll quasi ein Hilfsrecht des Streiks – der seinerseits schon ein Hilfsrecht der Tarifaautonomie ist – sein, damit auch ja keiner dem Mitteilungsbedürfnis der Streikenden entrinnen möge.

Gleichzeitig hat das BAG seit dem „Aussperrungsbeschluss“ des Großen Senats²⁷ die Kontrolllichte generell zurückgefahren. In einer streikarmen Tariflandschaft mit Branchengewerkschaften und Tarifeinheit hielt man eine gerichtliche Prüfung, ob ein Arbeitskampf zur Erreichung eines Tarifkompromisses geeignet und erforderlich war, für überflüssig²⁸. Diese

22 LAG Düsseldorf 17.8. 2012 – 8 SaGa 14/12, juris.

23 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), 1350 ff.

24 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 3), 493 ff.

25 Vgl. BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), 1353 f.

26 LAG Hamburg 6.2. 2013 – 5 SaGa 1/12, AiB 2013, 726, 727.

27 BAG 21.4. 1971 – GS 1/68 (Fn. 1).

28 BAG 18.2. 2003 – 1 AZR 142/02, NZA 2003, 866, 869; BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 10), 1058; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), 1352.

weitmaschige Kontrolle trifft nun aber auf eine Tarif- und Gewerkschaftslandschaft, die sich diversifiziert und multipliziert.

2. Geschwächter Primärrechtsschutz und Streikfreundlichkeit als Folgen

Als Prüfungsmaßstab blieb im Laufe der Jahre nur die Angemessenheitskontrolle übrig. Ihre Stärke ist die Einzelfallbetrachtung, ihre Schwäche die mangelnde Trennschärfe zwischen Erlaubtem und Verbotenem. Daher eignet sie sich denkbar schlecht für den Eilrechtsschutz. Das praktische Ergebnis ist, dass es, abgesehen vom Sonderfall offensichtlicher Friedenspflicht- oder Gesetzesverstöße²⁹, keine Prävention gegen rechtswidrige Arbeitskämpfe gibt.

Diese Streikfreundlichkeit verlangt von Gewerkschaften ein großes Verantwortungsbewusstsein. Denn wessen Handeln nur einer geringen Kontrolle unterliegt, muss selbst willens und in der Lage sein, seine Macht nicht im Übermaß auszuspielen. Es darf bezweifelt werden, dass dies Gewerkschaften besser als anderen Institutionen gelingt.

Hier kommt dann oft der Einwand, dass in Deutschland doch so wenig gestreikt werde. Doch geben Statistiken, die Streiktage zugrunde legen, natürlich keine Auskunft über „kalte Streiks“ und Tarifparität³⁰. Sie sind wie jeder andere Ausschnitt der Lebenswirklichkeit nicht aussageelos, aber auch nicht sehr aussagekräftig.

Unter Rechtsschutzgesichtspunkten ergibt sich eine Verschiebung vom Primärrechtsschutz hin zu sekundären Schadensersatzansprüchen gegen die kampfführende Gewerkschaft³¹.

3. Handlungsoptionen betroffener Dritter

a) Absolutes Recht als Voraussetzung für Rechtsschutz

Freilich vermittelt allein die tatsächliche Betroffenheit Dritten keinen Rechtsschutz. Voraussetzung ist eine normativ anerkannte Drittbetroffenheit, ein absolutes Recht. Nur dann kommen Ansprüche auf Schadens-

29 Vgl. Hessisches LAG 9.8. 2011 – 9 SaGa 1147/11, juris Rn. 30 ff.; Hessisches LAG 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13, juris Rn. 143 ff.

30 Vgl. Artikel „Arbeitskampf: Lückenhafte Streikstatistik“, Informationen aus dem Institut der deutschen Wirtschaft Köln (iwd) Nr. 10/2009, S. 2; Artikel „Die Streikstatistik verrät nur die halbe Wahrheit“, Welt-online vom 3.3. 2009, abzurufen unter <http://www.welt.de/wirtschaft/article3312044/Die-Streikstatistik-verraet-nur-die-halbe-Wahrheit.html>.

31 Vgl. BAG 10.12. 2002 – 1 AZR 96/02, BB 2003, 1125 ff.; BAG 19.6. 2012 – 1 AZR 775/10, NZA 2012, 1372 ff.; Hessisches LAG 25.4. 2013 – 9 Sa 561/12, juris; siehe auch Sprenger, BB 2013, 1146 ff.

ersatz aus § 823 BGB und auf Unterlassung aus der direkten oder entsprechenden Anwendung des § 1004 BGB in Betracht³².

Unter den Rechtspositionen des § 823 Abs. 1 BGB sind am ehesten das Eigentum an Betriebsmitteln und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb betroffen. Leben und Gesundheit von Dritten zu schädigen, ist von keinem Arbeitskampf in Deutschland berichtet. Dass Ärzte heilen sollen und es bisweilen Diskussionen um die Aufschiebbarkeit von Operationen gibt, verletzt kein absolutes Recht. Auch gibt es kein absolutes Recht einzukaufen, zu reisen oder Behördengänge oder Bankgeschäfte zu erledigen.

Das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Daseinsvorsorge ist von § 823 Abs. 1 BGB nicht geschützt. Gleiches gilt für die Erwerbsinteressen an sich unbeteiligter, aber streikbedingt erwerbsloser Arbeitnehmer. Ihr „Recht am Arbeitsplatz“ ist kein absolut geschütztes sonstiges Recht³³.

b) Eigentumsrecht des Dritten

Das Eigentumsrecht umfasst bekanntlich nicht nur die Substanz, sondern auch die Nutzung der Sache. Allerdings führt nicht jede arbeitskampfbedingte Nutzungsbeeinträchtigung zu einem Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch.

Generell nicht geschützt ist die auf bestimmte Zwecke konkretisierte Nutzung des Eigentums. Der Schiffseigner hat kein geschütztes Recht auf Nutzung einer bestimmten Wasserstraße³⁴, der Eisenbahneigentümer keines auf Nutzung einer bestimmten Bahnstrecke³⁵, die Fluggesellschaft keines auf Nutzung einer bestimmten Flugroute zum Anflug einer bestimmten Destination. Genauso wenig kann sich ein Zulieferer darauf berufen, dass er mit seinen Maschinen Teile nur für eine bestimmte Automarke fertigt.

Abgesehen davon muss die Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Nutzung ein erhebliches Maß erreichen³⁶. Das Hessische LAG hat eine streikbedingte Eigentumsverletzung für Luftfahrzeuge abgelehnt, wenn bei einer Streikdauer von fünf Stunden und neun Minuten aufgrund einer Notdienstquote von 25 % noch ein – wenn auch stark eingeschränktes –

32 LAG Düsseldorf 17.8. 2012 – 8 SaGa 14/12 (Fn. 22).

33 OLG Koblenz 23.1. 2003 – 5 U 13/03, NJW 2003, 1673 f.; *Sprau*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. 2014, § 823 Rn. 20; siehe auch BAG 4.6. 1998 – 8 AZR 786/96, NJW 1999, 164, 165 f.

34 BGH 21.12. 1970 – II ZR 133/68, BGHZ 55, 153, 160.

35 BGH 11.1. 2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

36 *Sprau*, in: *Palandt* (Fn. 33), § 823 Rn. 7; vgl. BGH 21.12. 1970 – II ZR 133/68 (Fn. 34), 159.

Nutzungsfenster blieb³⁷. Im Rechtssinne sei das nur eine lästige Verzögerung, aber keine Vereitelung des Gebrauchs.

c) Recht des Dritten am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

aa) Grundsatz der subjektiven Betriebsbezogenheit

Seit *Hans Carl Nipperdey*³⁸ ist anerkannt, dass Streiks einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen können³⁹. Klar ist die Sachlage aber nur für den bestreikten Betrieb. Der Streik beeinträchtigt die Wertschöpfung im Betrieb, was auch zweifelsohne der subjektiven Willensrichtung der kampf führenden Gewerkschaft entspricht⁴⁰.

Schwieriger wird das Ganze, wenn es um die wirtschaftlichen Streikfolgen für Dritte geht. Denn den Zusammenhang zwischen dem Arbeitskampf und diesen Schäden kann man nicht ohne weiteres als von der subjektiven Willensrichtung der Gewerkschaft umfasst ansehen. Es bedarf daher grundsätzlich der positiven Feststellung, dass die Gewerkschaft die Drittschädigung ebenfalls bewusst in ihr Kalkül zur Zielerreichung im Arbeitskampf aufgenommen hat⁴¹.

Ein Vergleich mit dem Unterstützungstreik veranschaulicht das. Sein Grundgedanke ist, dass über unterstützende Arbeitsniederlegungen ein Drittunternehmen zur Einflussnahme auf den Kampfgegner veranlasst wird. Damit das funktioniert, muss zwischen Kampfgegner und Drittem

37 Hessisches LAG 25.4. 2013 – 9 Sa 561/12 (Fn. 31), Rn. 44.

38 *Nipperdey*, Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung – Grundsätzliches zur Frage seiner Rechtswidrigkeit, Festschrift Sitzler, 1956, S. 79, 84 ff.

39 Ständige Rechtsprechung seit BAG 28.1. 1955 – GS 1/54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG 20.12. 1963 – 1 AZR 429/62, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *Reim/Ahrendt*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 TVG Rn. 1181; *Dieterich*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 12. Aufl. 2012, Art. 9 GG Rn. 224 und 226; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 7. Aufl. 2012, § 823 Rn. 100 mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht *Picker*, Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, ZfA 2010, 499, 573 ff.; *Richardi*, in: von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, 2010, Vorbemerkungen zu § 611 Rn. 873.

40 BAG 19.6. 2012 – 1 AZR 775/10 (Fn. 31), 1378; anschaulich BGH 16.6. 1977 – III ZR 179/75, AP Nr. 53 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

41 BGH 16.6. 1977 – III ZR 179/75 (Fn. 40); BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 2), 1378.

eine wirtschaftliche Nähebeziehung oder Verflochtenheit existieren, die den Unterstützungstreik als wirksam und angemessen erscheinen lässt⁴².

Doch auch ohne einen Unterstützungstreik kann eine vergleichbare Drucksituation entstehen. In diesem Sinne könnte man beispielsweise die folgende Äußerung eines Gewerkschaftsvorstands verstehen, als es um den Vorfeldstreik am Frankfurter Flughafen Ende 2012 ging⁴³:

„Naja, es läuft mehr Verkehr, als wir erwartet haben. Aber der Streik ist trotzdem ein Erfolg. Es geht doch um mehr als um annullierte Flüge. Dazu kommen die Verspätungen und noch wichtiger: Die Buchungszahlen bei den Airlines sind eingebrochen.“

Im Kern ist die Aussage natürlich eine Frage tatrichterlicher Sachverhaltswürdigung. Das Hessische LAG sah darin nicht mehr als die Beschreibung der Streikfolgen für die Fluggesellschaften⁴⁴. Wäre es dagegen zu der Feststellung gelangt, dass auch die Fluggesellschaften geschädigt werden sollten, um den Einigungsdruck auf den Flughafenbetreiber zu steigern, hätte auch ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Fluggesellschaften vorgelegen. Anders als das LAG ausführt⁴⁵, besteht dann nämlich eine deliktsrechtlich relevante Parallele zum Unterstützungstreik. Die Betriebsbezogenheit hätte nicht erst durch gesonderte Arbeitskampfmaßnahmen gegen den Dritten vermittelt werden müssen⁴⁶.

bb) Relevante objektive Betriebsbezogenheit

Mitunter kann es ausreichen, wenn objektive Umstände zu einer spezifischen Drittbetroffenheit führen⁴⁷. Das Drittunternehmen muss dann von dem Schädigungspotenzial in solcher Weise und durch solche Umstände betroffen sein, dass es nicht nur als Teil der breiten Öffentlichkeit erscheint. Die geforderte⁴⁸ Unmittelbarkeit des Eingriffs ist dann gegeben, wenn der Arbeitskampf das Unternehmen in einer spezifischen und für die

42 Vgl. BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06 (Fn. 10), 1059 und 1061; *Lesch*, Unterstützungstreik – Streikform mit Tücken, iwd Nr. 3/2012, S. 3.

43 Hessisches LAG 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13 (Fn. 29), Rn. 66.

44 Hessisches LAG 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13 (Fn. 29), Rn. 136 ff.

45 Hessisches LAG 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13 (Fn. 29), Rn. 138.

46 Vgl. BGH 16.6. 1977 – III ZR 179/75 (Fn. 40).

47 BAG 20.1. 2009 – 1 AZR 515/08, AP Nr. 137 zu Art. 9 GG mit weiteren Nachweisen.

48 BGH 9.12. 1975 – VI ZR 157/73, BGHZ 65, 325, 340; BGH 11.1.2005 – VI ZR 34/04 (Fn. 35), 675; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 39), § 823 Rn. 83; *K. Schmidt*, Integritätsschutz von Unternehmen nach § 823 BGB – Zum „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“, JuS 1993, 985, 988.

Gewerkschaft erkennbaren Weise mindestens ebenso trifft wie den eigentlichen Kampfgegner⁴⁹.

Das Sächsische OLG hat etwa eine Haftung bejaht, als aufgebrachte Milchbauern die Zufahrt zu einem Betriebsgelände blockiert hatten, auf dem nicht nur die Molkerei, sondern auch andere Unternehmen angesiedelt waren⁵⁰. Dies lässt sich auch auf Fälle staatlich reglementierter Aufgabenteilung übertragen, beispielsweise wenn ein Streik aufgrund der gesetzlichen Aufgabenteilung für einen funktional abhängigen und abgrenzbaren Kreis von Luftraumnutzern zur Sperrung des Luftraums führt⁵¹.

d) Übrige Haftungsvoraussetzungen

Hinsichtlich der übrigen Haftungsvoraussetzungen aus § 823 Abs. 1 BGB hat das BAG klare Grundsätze formuliert. Ich gehe hierauf noch punktuell ein.

aa) Verschulden

Das haftungsrelevante Verschulden richtet sich nach § 276 BGB. Auch leichteste Fahrlässigkeit genügt⁵². Die Gewerkschaft trifft eine doppelte Sorgfaltspflicht, um rechtswidrige Arbeitskämpfe nach Möglichkeit auszuschließen oder jedenfalls den Schaden daraus zu begrenzen⁵³:

- Vor Streikbeginn muss sie zunächst gewissenhaft prüfen, ob die von ihr erhobenen Tarifforderungen rechtmäßig sind.
- Verbleiben Zweifel und ist eine endgültige Klärung nicht rechtzeitig möglich, darf sie nur „maßvoll“ streiken – was immer im Einzelfall „maßvoll“ sein möge.

49 Vgl. BGH 9.12. 1958 – VI ZR 199/57, BGHZ 29, 65, 74; BGH 10.12. 2002 – VI ZR 171/02, NJW 2003, 1040, 1041; *Löwisch/Krauß*, Zivilrechtlicher Schutz bei rechtswidrigen Kampfmaßnahmen, AR-Blattei SD 170.3.3, Stand 11/2004, Rn. 35.

50 Sächsisches OLG 16.11. 2010 – 9 U 765/10, juris.

51 *Heinze*, Streikrecht der deutschen Fluglotsen als Angestellte der privatisierten Flugsicherung, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 493, 506 ff.; *K. Schmidt*, JuS 1993, 985, 989; *Ubber*, in: *Lehmann* (Fn. 7), S. 139, 147 ff.; ähnlich *Buchner*, Turbulenzen im Arbeitskämpfrecht, BB 2008, 106, 108; kritisch auch *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 16 III 1; anderer Ansicht *Hessisches LAG* 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13 (Fn. 29), Rn. 135.

52 *Hessisches LAG* 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13 (Fn. 29), Rn. 155.

53 BAG 21.3. 1978 – 1 AZR 11/76, BB 1978, 1466; BAG 10.12. 2002 – 1 AZR 96/02 (Fn. 31), 1131; BAG 19.6. 2012 – 1 AZR 775/10 (Fn. 31), 1378.

cc) Rechtmäßiges Alternativverhalten

Das ArbG Frankfurt ging einmal davon aus, dass der streitgegenständliche Streik unabhängig von der Rechtswidrigkeit einzelner Forderungen so oder so stattgefunden hätte⁵⁴. Es ging dort um einen Streik, der nach einer erfolglosen Schlichtung wochenlang andauert hatte. Das Hessische LAG ist dem gefolgt und hat dazu in seiner Begründung umfänglich ausgeführt⁵⁵:

Im Interesse der Vertragstreue, die ein oberster Grundsatz unserer Rechtsordnung sei, habe nach dem BAG das Prinzip der zivilrechtlichen Prävention, also die Schutz- und Sanktionsfunktion, Vorrang vor Überlegungen zu einem rechtmäßigen alternativen Kausalverlauf.

Obwohl der Streik die tarifvertragliche Friedenspflicht verletzt hatte, ließ das Hessische LAG den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zu:

Der wesentliche Unterschied bestehe darin, dass hier dem Streik eine Schlichtung vorausgegangen sei und sich die Streikgegnerin dort auf die friedenspflichtwidrigen Forderungen eingelassen habe.

Daraus zieht das LAG den Schluss, dass es hinsichtlich der erlaubten Forderungen ohnehin zum Streik gekommen wäre.

Das ist eine sehr mechanistische, ja realitätsfremde Sichtweise. Um das hier einmal zu vertiefen:

Eine Gewerkschaft streikt. Der Arbeitgeber ruft die Schlichtung an. Aus der Erfahrung kann ich Ihnen sagen, dass kein Schlichter die Gewerkschaftsforderungen nach „rechtmäßig“ und „rechtswidrig“ trennt. Das ist auch nur logisch, weil er, um schlichten zu können, das Vertrauen und die Mitwirkung beider Seiten braucht. Seine Rolle ist eben die des Schlichters, nicht des Richters.

In die Schlichtung gehen also alle Forderungen ein. Im Sinne eines Gesamtergebnisses lässt sich der Arbeitgeber – vielleicht sogar auf Drängen des Schlichters – auf friedenspflichtwidrige Forderungen ein.

Nun scheitert die Schlichtung. Aber laut Hessischem LAG ist nun die Friedenspflicht quasi entwertet. Die Gewerkschaft kann jetzt sogar für rechtswidrige Forderungsteile streiken und legal den Gegner und Dritte schädigen.

54 ArbG Frankfurt 25.3. 2013 – 9 Ca 5558/12, juris.

55 Hessisches LAG 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13 (Fn. 29), Rn. 157 f.

dd) Mitverschulden

In derselben Entscheidung⁵⁶ erkennt das Hessische LAG schließlich ein erhebliches Mitverschulden des Geschädigten darin, dass er es unterlassen hat, per einstweiliger Verfügung den Schaden aus einem Streik abzuwenden, wenn er auch auf rechtswidrige Forderungen gestützt war.

Diese Bewertung des Hessischen LAG bricht mit dem Grundsatz, dass sich ein Arbeitgeber gegen einen rechtswidrigen Streik mindestens mit denselben Mitteln zur Wehr setzen darf wie gegen einen rechtmäßigen Streik⁵⁷. Darüber hinaus sind die Folgen für Arbeitskämpfe fatal. Der Geschädigte muss per einstweiliger Verfügung die Forderungen zunächst rechtlich optimieren mit der Folge, dann der vollen Wucht eines rechtmäßigen Arbeitskamps ausgeliefert zu sein. Schadensersatz würde er auf diesem vorgezeichneten Weg nie bekommen.

e) Folgerungen

Meines Erachtens muss dies alles zu folgenden Schlussfolgerungen führen:

Allgemeines Schadensersatz- und Deliktsrecht schützen auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von Dritten, die entweder nach der Willensrichtung der Gewerkschaft oder sonst anders als die breite Öffentlichkeit vom Arbeitskampf getroffen werden.

Anders als dies das Hessische LAG bewertet, verbieten sich Überlegungen zu einem rechtmäßigen Alternativverhalten⁵⁸ in aller Regel. Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe sind komplexe Vorgänge, denen vielerlei und auch wechselnde Gedanken- und Entscheidungsgänge zugrunde liegen. Es ist daher grundsätzlich ausgeschlossen, aus dem Hinzutreten oder dem Wegfall einer bestimmten Tarifforderung zu schließen, dass es bei einer anderen Forderungs- oder Verhandlungslage zur selben Schadensfolge gekommen wäre.

Die dargestellten Haftungsgrundsätze gelten im Übrigen auch für Streikankündigungen. Anders als ein Boykottaufruf⁵⁹ ist eine Streikankündigung keine geschützte Meinungsäußerung. Ihr Mitteilungsgehalt gegenüber der Öffentlichkeit erschöpft sich darin, dass ein Streik stattfinden (können) wird. Dürfte auch der klassische Streik nicht stattfinden und ist damit die

56 Hessisches LAG 5.12. 2013 – 9 Sa 592/13, (Fn. 29), Rn. 156.

57 RAG 8.1. 1930 – RAG 356/29, ARS 8, 101 ff. mit Anmerkung *Nipperdey*; BAG 21.4.1971 – GS 1/68 (Fn. 1).

58 Vgl. BGH 20.7. 2006 – IX ZR 94/03, NJW 2006, 2767 ff.; *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Fn. 39), § 249 Rn. 57.

59 OLG München 30.11. 2001 – 21 U 4137/01, juris.

Streikankündigung falsch, gebührt ihr auch nicht der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Der schuldhaft verursachte Schaden ist dann zu ersetzen⁶⁰.

War die Ankündigung ohne weiteres Kalkül einfach objektiv falsch, kommt auch eine Deliktshaftung infrage. Die Rechtsprechung hat in anderem Zusammenhang⁶¹ Schadensersatz auch für falsche öffentliche Äußerungen zuerkannt. Anspruchsgrundlage ist neben § 824 BGB auch § 823 Abs. 1 BGB.

IV. Rechtspolitische Fragen

1. Kein Zivilrechtsschutz für die Allgemeinheit

Soweit meine Überlegungen zum deliktischen Rechtsschutz für Drittunternehmen, die durch rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen geschädigt worden sind. Es bleibt festzuhalten, dass das geltende Zivilrecht unbeteiligte Arbeitnehmer und die breite Öffentlichkeit nicht vor Schädigungen schützt.

Dennoch ist die Betroffenheit auch der Allgemeinheit nicht zu leugnen. Die Ereignisse der letzten Wochen haben es gezeigt: Streiks im Fernverkehr – ob Luft oder Schiene – betreffen ungeheuer viele Menschen. Zum Urlaubsende ist das umso schlimmer, weil für Spätrückkehrer nicht nur die Erholung dahin sein kann, sondern ihnen auch Entgelt abgezogen wird.

Egal, ob rechtmäßig oder rechtswidrig – das Zivilrecht ordnet für die breite Öffentlichkeit die Schädigungen durch Arbeitskämpfe letztlich genauso ein wie etwa einen Verkehrsstau⁶² oder einen Stromausfall⁶³. Grundsätzlich ist das auch richtig. In zivilrechtlichen Kategorien ist auch der Arbeitskampf Teil des Lebensrisikos in einer hoch entwickelten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung⁶⁴.

60 Siehe auch *Ubber*, BB 2012, 2303; *Sprenger*, BB 2013, 1146, 1149; vgl. LAG Düsseldorf 17.8. 2012 – 8 SaGa 14/12 (Fn. 22).

61 BGH 24.1. 2006 – XI ZR 384/03, NJW 2006, 830, 839 ff.; BGH 22.2. 2011 – VI ZR 120/10, BB 2011, 1169, 1170; OLG München 30.11. 2001 – 21 U 4137/01 (Fn. 59).

62 AG Menden 20.7. 2005 – 4 C 53/05, NJW-RR 2005, 1337, 1338.

63 Ausführlich *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 506 ff.

64 Zu den engen Grenzen einer Gemeinwohlbindung *Greiner*, NZA 2007, 1023, 1028.

2. Alternative Schutzregime

a) Schutz durch das Ordnungswidrigkeitenrecht?

Der klassische Schutz von Allgemeininteressen erfolgt über gesetzliche Sanktionen. Dementsprechend könnte man daran denken, den schuldhaft rechtswidrigen Arbeitskampf als Ordnungswidrigkeit zu definieren und mit einer Geldbuße zu belegen. Anstößig oder ungewöhnlich wäre das nicht. Und auch dem Arbeitsleben nicht fremd. Arbeitgeberverstöße wie Schwarzarbeit⁶⁵ und die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen⁶⁶ werden zuhauf ordnungswidrigkeiten- oder sogar strafrechtlich verfolgt.

Gleichwohl sollte man im Ordnungswidrigkeitenrecht aus anderen Gründen nicht so schnell die Lösung sehen. Rechtswidrige Arbeitskämpfe sind doch nur die Spitze der eigentlichen Problemlage.

b) Schutz durch ordnungspolitische Maßnahmen

Führen wir uns noch einmal die Ereignisse der letzten Wochen vor Augen. Nie wurde die Überbietungskonkurrenz zweier Gewerkschaften je so deutlich wie im Tarifkonflikt bei der Deutschen Bahn. Wer zuvor noch glaubte, die Gewerkschaften ließen sich freiwillig auf eine dauerhafte Koordination ihres Vertretungsanspruchs ein, wurde eines Besseren belehrt.

Und weil es ein Überbietungswettbewerb auf dem Rücken von Bahn und Bahnkunden ist, liegt eben auch der GDL-Vorsitzende *Claus Weselsky* falsch, wenn für ihn diese Gewerkschaftskonkurrenz zum Wirtschaftssystem gehört⁶⁷. *Laissez-faire*-Politik entspricht nicht ordnungspolitischen Grundsätzen der sozialen Marktwirtschaft Deutschlands.

Was also tun? – Nichts, sagen Verfechter des *Laissez-faire*. Allerlei Argumente müssen dafür herhalten: Das sei die Revanche für unlautere Tarifpolitiken der Arbeitgeber⁶⁸. Das Streikrecht könne von Verfassungs wegen nicht beschränkt werden⁶⁹. Und so weiter und so fort.

65 Siehe § 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 bis 5 und §§ 10 und 11 SchwarzArbG.

66 Siehe § 266a StGB.

67 Vgl. den Artikel „Lokführer protestieren in Fulda“, FAZ.NET vom 27.8. 2014, abzurufen unter <http://www.faz.net/aktuell/rhein-main/hessen/fuenf-prozent-mehr-lohn-lokfuehrer-protestieren-in-fulda-13120091.html>; für uneingeschränkte Gewerkschaftskonkurrenz auch *Bepler*, Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages (DJT), Bd. I Teil B, 2014, S. B 88 ff.; *Reichold*, Stärkung in Tiefe und Breite – wie viel Staat verkraftet die Tarifautonomie?, NJW 2014, 2534, 2537.

68 So etwa *Bepler*, in: Verhandlungen des 70. DJT (Fn. 67), S. B 97.

69 *Bepler*, in: Verhandlungen des 70. DJT (Fn. 67), S. B 91 f.

Um es deutlich zu sagen: Wir befinden uns seit dem 7.7. 2010, seit der Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit im Betrieb, in einer grundlegenden Neuorientierung. Fehlen uns schon juristische Antworten auf Fragen der Tarifpluralität, gibt es erst recht noch keine Antwort auf die politischen Fragen. Tarifpluralität kann Belegschaften spalten⁷⁰ und den Arbeitsfrieden gefährden. Neue Verteilungsfragen stellen sich⁷¹, die der Arbeitgeber mitnichten lösen kann⁷².

Eine schlichte Rückkehr zur alten Tarifeinheit sähe sich immer dem Vorwurf ausgesetzt, nur der Mehrheitsgewerkschaft und ihrer Tarifpolitik Raum zu lassen. Die Tarifgeltung im Betrieb hinge auch von Zufällen ab und bürge überdies die Gefahr, dass irgendwann die Mehrheit kippe und die Zuständigkeit zwischen den Gewerkschaften quasi über Nacht wechselse⁷³. Allerdings spricht meines Erachtens nichts gegen eine neue Form der Tarifeinheit. Die aktuelle offene Gewerkschaftskonkurrenz zu kanalisieren, halte ich im Interesse der Wertschöpfung, des Arbeitsfriedens und der Drittbetroffenen für geboten.

Ein Gesetz könnte dafür sorgen, dass die Gewerkschaftskonkurrenz in einen gesamtheitlichen Willensbildungsprozess eingebettet wird. Ich könnte mir etwa gesetzliche Tarifgemeinschaften sehr gut vorstellen, die in der tarifvertraglichen Normsetzung dem Mehrheitsprinzip folgen⁷⁴, aber auch in der Tarifpolitik durch Verfahrensregeln Minderheitenrechte sichern⁷⁵. Unterstützen solche gesetzlichen Tarifgemeinschaften die Ordnung des Arbeitslebens, rechtfertigt dies auch einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Einzelorganisationen.

Ich gelange damit zu folgenden

70 Vgl. Artikel „Bahn-Betriebsräte warnen vor Spaltung der Belegschaft“, FAZ.NET vom 8.9. 2014, abzurufen unter <http://www.faz.net/agenturmeldungen/unternehmensnachrichten/bahn-betriebsraete-warnen-vor-spaltung-der-belegschaft-13141737.html>; zum früheren GDL-Streik schon Artikel „Streik spaltet Gewerkschaften“, FR-online vom 10.3. 2011, abzurufen unter <http://www.fr-online.de/mobilitaet/bahn-streik-spaltet-gewerkschaften,1473636,8030202.html>.

71 Vgl. Rede von Bundesministerin *Nahles* am 11.9. 2014 im Deutschen Bundestag, abzurufen unter <http://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Reden/Andrea-Nahles/rede-14-12-09.html>.

72 So aber *Bepler*, in: Verhandlungen des 70. DJT (Fn. 67), S. B 94 f.

73 Sehr schnell hat zum Beispiel in den Jahren 2003/2004 die „Hausmacht“ bei der bundeseigenen DFS Deutsche Flugsicherung GmbH von ver.di zur neu gegründeten GdF gewechselt.

74 Vgl. *Feudner*, Tarifverträge für „Funktionseliten“?, BB 2007, 2459, 2462.

75 Ich halte das für eine Ausgestaltung, die dem Regierungsziel von CDU, CSU und SPD im Kapitel 2.2 Abschnitt „Tarifeinheit gesetzlich regeln“ des Koalitionsvertrags vom 14.12. 2013 entspricht.

V. Schlussthesen:

1. Arbeitskämpfe sind heute nicht mehr nur Wirtschafts- und Meinungskampf. Sie sind auch immer mehr ein Konkurrenzkampf unter Gewerkschaften. Da es sich um einen Überbietungswettbewerb zulasten der Arbeitgeber und Drittbetroffenen handelt und neben den Arbeitnehmern auch politische Aktivisten rekrutiert werden können, ist das Schädigungspotenzial von Arbeitskämpfen erheblich gestiegen.
2. Zugleich ist die moderne, stark arbeitsteilige und globalisierte Wirtschaft anfälliger geworden. Besondere Probleme aus einer teils privat-autonomen, teils gesetzlich vorgeschriebenen Betriebsorganisation (zum Beispiel *Just-in-time*-Lieferung, Lizenzierungswesen im Luftverkehr) müssen in die arbeitskampfrechtliche Betrachtung mit einbezogen werden. Streiks und Streikankündigungen können sich in erheblichem Maße auch gegen Dritte richten.
3. Zivilrechtliche Sanktionen können regelmäßig erst im Hauptsacheverfahren ausgesprochen werden und greifen nur beim schuldhaft rechtswidrigen Arbeitskampf. Der arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist für einen Verschuldensvorwurf (mittlerweile) zu konturlos. Gleiches müsste für einen Ordnungswidrigkeitstatbestand zum Schutz von Allgemeininteressen gelten.
4. Die Lösung liegt in ordnungspolitischen Maßnahmen. Eine Rückkehr zur alten Tarifeinheit, die Minderheitsgewerkschaften kaum Betätigungsmöglichkeiten für ihre Mitglieder ließe, wäre wohl verfassungsrechtlich problematisch. Gesetzliche Tarifgemeinschaften könnten jedoch kanalisieren, versachlichen und binden in größere Zusammenhänge ein. Nach meiner Einschätzung wären sie zulässig und ein gutes Mittel, um die derzeitigen Entgrenzungen und Entgleisungen zulasten von Arbeitgebern und Drittbetroffenen zu korrigieren.

Diskussion

Professor Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School Hamburg:

Vielen Dank, *Markus Sprenger*. Dass er jetzt noch den Schlenker über die Tarifgemeinschaft gemacht hat, wundert mich nicht, denn er hat einmal selbst einen Gesetzentwurf dazu geschrieben, der, glaube ich, nicht veröffentlicht worden ist. Auch wenn ich das Ergebnis von ihm nicht geteilt habe, war es auf jeden Fall ein sehr schöner und durchdachter Entwurf. Ich zweifle ein wenig, ob die Drittbezogenheit oder die Drittschäden, die heutzutage entstehen, wirklich so minimiert würden, wenn wir eine Tarifgemeinschaft hätten. Zum Beispiel bei Streiks bei der Flugsicherung bringt das gar nichts, da gibt es nur eine Gewerkschaft. Ich möchte aber der Diskussion nicht vorgreifen. Sie haben sicherlich Fragen und Diskussionsbeiträge.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, Herr *Sprenger*, für diesen klaren und konzisen Vortrag, zu dem ich drei Bemerkungen machen möchte. Die erste ist eine Fußnote zur Etymologie des Worts „Streik“. Es ist sicher richtig, dass man heute Streik im Sinne des englischen Wortes „*to strike* – zuschlagen“ versteht, wiewohl eben das plötzliche Zuschlagen, das mit dem englischen Wort „*strike*“ verbunden ist, eigentlich nicht das Wesensmerkmal des Streiks ist und in vielen Fällen auch nicht vorkommt. Die Etymologen sagen überwiegend, dass die richtige Herkunft dieses Worts von „*to strike* = streichen“ kommt, und zwar vom Streichen der Segel. Das kommt aus Großbritannien und die ersten „*strikes*“ bezogen sich auf „*to strike sails*“, das heißt auf Seeleute, die sich einfach geweigert haben, aus dem Hafen herauszufahren und dann die Segel eingezogen haben. Das aber nur als Randnotiz.

Zweitens würde ich Ihnen darin zustimmen, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht mehr Probleme und Fragen aufweist als Lösungen, ganz zu schweigen von der fehlenden Durchsetzbarkeit einer solchen Lösung.

Drittens möchte ich bei dem Modell „Tarifgemeinschaft“ daran erinnern, dass eigentlich in allen Nachbarrechtsordnungen, die keine Tarifeinheit kennen, gesetzliche Tarifgemeinschaften vorgesehen sind. Das funktioniert unterschiedlich gut. In Italien funktioniert es gar nicht, weil sich das anarchische Gewerkschaftssystem nicht kanalisieren lässt. In anderen Ländern ist es aber auch nur eine Notlösung. Meine These wäre, dass von der Praktikabilität her gesehen die Tarifeinwirkung *erga omnes*, wie wir sie in Österreich finden, das Mittel der Wahl wäre, und vielleicht nicht

alle, aber einen Teil der Probleme lösen würde, die Sie angesprochen haben. Ich glaube auch, Herr *Jacobs*, dass das Thema von Herrn *Sprenger* weiter gefasst ist. Ich denke, man muss immer wieder als *ceterum censeo* daran erinnern, dass außerhalb Italiens und Rechtsordnungen wie Griechenland oder Zypern der Gewerkschaftskonkurrenz Grenzen gesetzt werden.

Dirk Vogelsang, Weißmantel & Vogelsang, Bremen:

Ich bin Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht sowie langjähriger Verhandlungsführer sowohl bei Vereinigung Cockpit als auch Unabhängige Flugbegleiter und Gewerkschaft der Flugsicherung, also sind wir mit diesen ganzen bösen Buben und Damen zusammen seit längerer Zeit. Ich weiß gar nicht, wo ich anfangen soll. Man ist fast versucht, in Anlehnung an ein altes bekanntes Manifest zu sagen, ein Gespenst geht um in Deutschland: der entgrenzte Arbeitskampf. Dort gibt es auch einen Überbietungswettbewerb, nämlich in der Begrifflichkeit: Geiselhaft, Sippenhaft, Exzess. Mit dem entgrenzten Arbeitskampf als Hingucker ist das Ganze nicht. Ich habe mich gefragt, was ist das Gegenteil? Bei der entarteten Kunst wusste man das, beim entgrenzten Arbeitskampf ist es etwas schwieriger. Was ist denn dann der begrenzte oder eingegrenzte – wie soll man es formulieren – Arbeitskampf? Das ist die Antwort, um die wir anscheinend die ganze Zeit ringen und wo es einen munteren Basar von Vorstellungen gibt, weite Skala, zivilrechtliche Kasernierung des Arbeitsrechts bis hin zu Vorstellungen, die ähnliche Konstruktionen wie im Schadensersatzrecht anvisieren, aber auch natürlich verfassungsrechtliche Begründungsversuche, praktische Konkordanz usw. Ich sage einmal als These, das habe ich den Beiträgen entnommen: Auf relativ sicherem Grund wäre man dann, wenn man sagt: „Worum geht es denn?“ Es geht um massive Paritätsstörungen offensichtlich. Es geht um die viel beschworene Funktionsfähigkeit der Tarifaautonomie, von der ein langjähriger Präsident unseres BAG gesagt hat, sie stünde gar nicht in Art. 9 Abs. 3 GG, das ist eine Schimäre, hinter der wir immer herjagen. Es ist ein Ding, ja, das weiß man nicht genau. Irgendetwas ist es, aber keiner kann es richtig beschreiben.

Greifen wir das einmal auf: Paritätsstörung, Funktionsstörungen der Tarifaautonomie. Da müssen wir ein bisschen vorher anfangen, nicht erst bei den Sparten-Berufsgewerkschaften. Die grundlegendste Abschaffung der Funktionsfähigkeit der Tarifaautonomie ist die Abschaffung der Tarifverträge. Daran sind die Arbeitgeber seit 20 Jahren intensiv beteiligt. Sie betreiben das nachdrücklich mit Leiharbeit, mit Ausflagging, mit Zweitem Register, mit Befristung, mit Schaffung prekärer Arbeitsverhältnisse, mit Erodierung des Flächentarifvertrags und, und, und. Die Tarifeinheit, mei-

ne Damen und Herren, war längst kaputt, bevor die Spartengewerkschaften die Bühne betreten haben. Das war längst passiert. Da war der Unterbietungswettbewerb längst im Gange. Den gab es schon lange vor dem Überbietungswettbewerb. Als dann die Spartengewerkschaften die Szenerie betraten – zugegebenermaßen auch getrieben durch immanente Entwicklungen der Gewerkschaftslandschaft, dieses ständige Aushandeln von unzureichenden Kompromissen der DGB-Gewerkschaften, das will ich gar nicht beurteilen – es war jedenfalls ein Reflex auf tiefe Frustrationen in fachlichen anderen Bereichen. Da hat es sich Bahn gebrochen und natürlich seinen Ausdruck darin gefunden, dass erstmals seit langer Zeit wieder das passiert ist, was es zuletzt unter *Wulf-Mathies* oder *Kluncker* in den 1970er oder 1980er Jahren gab. Ich zitiere einmal einen weiteren bekannten Rechtsgelehrten, den Herrn *Däubler*, der sagt: „Was damals die Müllleute und die Drucker, die Hafenarbeiter waren“, dort ging es zum Teil um 50 %-ige Lohnerhöhungen, „das sind heute die Fluglotsen, Ärzte oder wer auch immer“. Da mittlerweile auch bei den geneigten Vertretern eines eingeschränkten Streikrechts durchgedrungen ist, dass man es empirisch nicht nachweisen kann, wird jetzt mit indirekten oder irgendwo auch gesellschaftlichen Schäden mit legitimatorischen Prozessen gearbeitet. Man ist dort wirklich – ich kann nur Herrn *Rieble* von eben zitieren – in der Begründungswahl und in der Begründungsargumentation alles andere als stringent, und auch Sie, Herr *Sprenger*, den Vorwurf kann ich Ihnen nicht ersparen, äußerst beliebig. Ja, wir hatten eine Schlichtung mit Herrn *Ole von Beust*. Ja, die Schlichtung war fertig, wir wollten sie annehmen, der Arbeitgeber nicht. Ob in dieser Schlichtung auch Positionen enthalten waren, die – wenn man versucht, aus einem alten Tarifvertrag einen neuen zu machen, was immer etwas schwierig ist – irgendwo Friedenspflichtverstöße beinhaltet haben, mag dahingestellt sein. Ich konzedere das einmal als unterstellt. Fakt war: Es hätte in der ganzen Auseinandersetzung überhaupt keine Rolle gespielt. Fakt war auch, dass der nachfolgende Streik ausschließlich darum geführt wurde, genau das herzustellen, was in der Schlichtung Rechtsfrieden begründend eigentlich hätte passieren sollen. Das war eine Geschichte, in der der Arbeitskampf ganz deutlich von der Arbeitgeberseite provoziert wurde.

Zweites Beispiel: Notdienstvereinbarungen; dazu werden wir nachher noch etwas hören. Die Gewerkschaft der Flugsicherung hat sich gedacht, wie führen wir einen Arbeitskampf berechenbar, möglichst rechtssicher und so, dass sie die Allgemeinheit wegen unserer vermeintlichen Schlüssel- und Elitefunktion nicht schädigt? Sie haben gesagt: „Wir kündigen das an. Wir machen auch freiwillig Notdienstvereinbarungen.“ Sie kennen die Problematik. Wir durften uns vor Gericht von den Arbeitgebern anhören, im Luftfahrtarbeitskampf tritt der Schaden eigentlich schon dann ein, wenn die Aufforderung heraus ist, die Ankündigung. Konsequenz wäre: Man kündigt in Zukunft nicht mehr an. Eine 24-stündige Ankün-

digung ist völlig albern, weil sie dazu führt, dass Lufthansa sagt: „Der hypothetische Schaden – auch der rechtliche, der tatsächliche – ist schon eingetreten durch eure bloße Ankündigung.“ Im Luftfahrtbereich muss man gar nicht arbeitskämpfen. Dort reicht die Ankündigung schon aus. Konsequenz wäre, dass ich beziehungsweise unser Büro als Berater von den Gewerkschaften gefragt würde: „Dann kündigen wir in Zukunft nicht mehr an.“ Das zerrt uns vor das BAG mit Millionenklagenforderungen.

Quintessenz aus meiner Sicht ist: Tarifeinheit, egal wie man sie versteht, ist kein Gut, was den Spartengewerkschaften oder anderen in seinem Grundgedanken fremd ist. Das ist eine Angelegenheit, die auch diese Gewerkschaften sich in ganz anderer Weise auf die Fahnen geschrieben haben, indem man nämlich in den Bereichen, für die sie zuständig sind und satzungsgemäß Mitglieder organisieren, längst die Mehrheit sind. Eine Realität, mit der sich auch die Gesetzgeber in Berlin sehr schwer tun, weil – viele haben darauf hingewiesen – es zu sehr merkwürdigen Ergebnissen führen würde. Dann wären auf einmal diejenigen in der Mehrheit, die man eigentlich ausgrenzen wollte. Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie: Alles das, was seit 2010 stattgefunden hat, seit dem BAG, ist nichts weiter als die erstmalige Herstellung der Tarifautonomie und nicht deren Beseitigung oder gar deren Angriff. Alles was mit rustikalem Richterrecht damals begründet worden ist, ist weder verfassungsrechtlich (Art. 9 Abs. 3 GG) noch sonstwie irgendwie dogmatisch sauber herleitbar. Jetzt haben wir erstmalig verfassungsgerechte Zustände und es hebt ein Riesengeschrei an. Wir sind im Grunde daran beteiligt, das kann man für all diese betroffenen Gewerkschaften sagen, die Tarifautonomie im besten Sinne praktisch herzustellen und das mit Folgen, die für alle Seiten durchaus handhabbar sind. Es ist ja nicht so, dass die Gerichte in der Vergangenheit nicht bewiesen haben – sie waren auch daran beteiligt –, dass man über Verhältnismäßigkeits- und andere Betrachtungen durchaus auch in der Lage ist, wenn Exzesse sein sollten, diese deutlich zu beschränken. Das, was jetzt versucht wird in Berlin, nämlich einen Entwurf zu machen, der es nicht mehr hineinschreibt, dass die Sekundärmotivation zur Hauptmotivation geworden ist – nämlich das Streikrecht zu restringieren –, sondern sagt: „Wir machen hier unsere Arbeit, ab nach Karlsruhe. Sollen die doch klagen, Marburger Bund und andere, und dann bitte sollen die Gerichte einmal entscheiden“, da sind dann wieder Leute wie Sie aufgerufen, das zu befeuern, wo links und rechts ist und was gerade noch geht oder nicht mehr geht. Das ist so ziemlich die armseligste Übung, die ich seit langem erlebt habe.

**Dr. Markus Sprenger, Kommunal Arbeitgeberverband
Hessen, Frankfurt am Main:**

Ich probiere es jetzt auch einmal mit einer „armseligen Übung“, Herr *Vogelsang*: Es liegt die Grenze dort, wo rechtswidrig und rechtmäßig auseinanderfallen. Es macht eben einen Unterschied, ob sich jemand freiwillig auf etwas einlässt, was Sie fordern, oder nicht freiwillig darauf einlässt. Das mag eine lästige Grenze sein, aber ich glaube die Grenze kann nicht diskutiert werden, sie ist gesetzt.

Was häufig in der Diskussion auch auftaucht – das hat ideologische Züge –, dass nämlich von „den“ Arbeitgebern geredet wird. Ich finde auch den Vergleich sehr treffend, will auch den gern aufgreifen: „Die Fluglotsen von heute sind die Müllmänner von gestern.“ Die Müllmänner sind vielleicht wirklich von Ausgliederung betroffen. Zugestanden: Da mag es Zeitpersonal geben, da mag es die Absenkung von Arbeitsbedingungen geben, die die Gewerkschaften nicht gern sehen. Nur: Berufsgruppengewerkschaften, die gezielt Müllmänner organisieren, sind mir noch nicht über den Weg gelaufen – vielleicht kommt das noch. Was mir über den Weg gelaufen ist, ist, dass sich Berufsgruppenorganisationen dort gebildet haben, wo es vielfach – nicht ausschließlich, das will ich überhaupt nicht in Rede stellen – schon sehr gute Arbeitsbedingungen gibt, aber wo es – und deswegen tauchen sie auf an diesen Stellen – Nischen gibt, wo man mit einer solchen Organisation Geschäftsmodelle entwickeln kann. In der Tat: Nach heutigem Verständnis – und an der Stelle pflichte ich Ihnen bei – befinden wir uns mit dem, was wir jetzt vorfinden, auf gesichertem verfassungsrechtlichem Boden. Aber: Wenn jetzt behauptet wird in der ganzen Diskussion, erstens, es gäbe kein Verteilungsproblem in Deutschland, und zweitens, es sei gar nichts anderes vorstellbar, als das, was es heute gibt, nämlich freies Schießen, dann muss ich sagen, so versteht kein Verfassungsrechtler irgendein anderes Grundrecht, das – zugegebenermaßen Art. 9 Abs. 3 GG – keine geschriebenen Schrankenbestimmungen kennt. Es gibt auch für Art. 9 Abs. 3 GG Grenzen, und diese mögen auch darin begründet sein, wie der privatautonome, tarifautonome Verteilungsprozess oder die Beteiligung verschiedener Gewerkschaften, die sich im selben Feld für dieselben Beschäftigten betätigen koordiniert werden können. Ich sehe sehr wohl als Aufgabe des Gesetzgebers, dass er sich dieser politischen Frage stellt, die man so oder so beantworten kann –, aber dass er sich dieser Frage stellt, dass sie diskutiert wird und dass im Grunde an der Stelle auch darüber nachgedacht wird – so war heute auch schon eine Aufforderung zu vernehmen an anderer Stelle –, ob wir die heutigen Verhältnisse so dauerhaft hinnehmen wollen und können. Das ist eine politische Frage. Und es mag auch nicht von vielfacher Seite – auch nicht über Auftragsgutachten – der Eindruck vermittelt werden, die Verfassung kenne kein anderes Modell und lasse kein anderes Modell zu.

Matthias Jacobs:

Eine kurze Bemerkung noch zu Herrn *Junker*, Verhältnis Tarifgemeinschaft – Tarifeinheit?

Markus Sprenger:

Ja, ich finde eine Tarifgemeinschaft, eine sinnvoll ausgestaltete Tarifgemeinschaft – und dort kann durchaus auch eine spezielle Organisation eine Mehrheitsorganisation sein und bleiben – zumindest einen bedenkenswerten Ansatz, um zu fragen: „Kommen wir über solche Koordinationsregeln, gesetzliche Koordinationsregeln zu einem vernünftigen Ordnungswillensbildungsprozess?“ Das, was wir heute in Deutschland beobachten, ist, dass es ganz unterschiedliche Strömungen gibt, ganz unterschiedliche Willensbildungsprozesse, die aber dieselbe Beschäftigtengruppe und – was noch wichtiger ist – denselben Arbeitgeber oder dasselbe Kollektiv von Arbeitgebern betreffen. Und da muss die Frage erlaubt sein und auch diskutiert werden, ob man hier zu gesetzlichen Tarifgemeinschaften oder zumindest zu einer Form von Tarifeinheit oder etwas Ähnlichem kommt, die verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

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

Ich habe zwei Bemerkungen: Das eine ist, dass ich darum bitten würde, dass wir uns noch ein bisschen stärker auf das eigentliche Thema konzentrieren und nicht aus einem Vortrag über Drittbetroffenheit und Drittschaden die wirklich ausgekaute Diskussion zur Tarifeinheit umfassend wiederholen.

Zur Tarifeinheit will ich nur sagen: Herr *Sprenger*, die Tarifeinheit wird Sie nicht retten. Bei den Fluglotsen sowieso nicht, denn das ist ein Betrieb und da gibt es eine Gewerkschaft und die hat die Mehrheit. In der Luftfahrt nicht, weil sich nur VC und UFO zusammenschließen wollen. Wenn sie böse sind, schließen sie sich noch mit der GDL zu einer Verkehrsgewerkschaft zusammen und massakrieren die EVG, die wenig schlagkräftig ist. Kurz: Die Tarifeinheit ist die Einladung für den Kampf um die Mehrheit gerade mit kampfstarken Gruppen. Deswegen ist es ein bisschen eine Illusion zu glauben, man könne über die Tarifeinheit die Vorteile und Nachteile, vor allem, dass sie verfassungswidrig ist, heilen.

Die Grundfrage, die Sie gestellt haben, dass Sie sagen: „Ich will, wenn der Arbeitskampf rechtswidrig ist, auch drittbetroffenen Unternehmen in der Wertschöpfungskette einen Schadensersatzanspruch zubilligen.“ Das ist natürlich aus zivilrechtlicher Sicht äußerst problematisch, weil der Ein-

griff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Unmittelbarkeit oder Finalität verlangt. Da müssten Sie also einen Vortrag in Karlsruhe beim BGH halten, damit dieser erst einmal die Rechtsprechung zum Deliktsschutz des Unternehmens noch einmal deutlich relativiert, und mit § 826 BGB würden Sie auch nicht weit kommen. Ich warne auch davor hinzugehen und letztlich die von den Unternehmen wegen vielfacher Vorteile herbeigeführte Dezentralisierung der Wertschöpfung, für die sie alle Vorteile mitnehmen, ihnen dann den Nachteil der arbeitskampfrechtlichen Enthftung zu ersparen. Das ist ein altes Gefahrtragungsprinzip: Wer den guten Tropfen hat, muss auch den bösen schlucken. Da fehlt mir noch der tiefere zivilrechtsdogmatische Grund.

Was mir bislang noch völlig undiskutiert bleibt, ist ein ganz anderer Aspekt: Wenn eine Gewerkschaft – ob das nun eine Spartengewerkschaft oder eine andere ist – zielgerichtet einen Arbeitgeber bestreikt und dabei selbstverständlich – die Gewerkschaft ist ja nicht dumm – die Fortpflanzung der Leistungsstörungen in der Wertschöpfungskette mit einkalkuliert: Ich bestreike den Zulieferer, dann kann Daimler keine Autos herstellen usw. Dann muss man sich aber einmal überlegen, was das eigentlich für die tarifliche Willensbildung heißt. In der OT-Rechtsprechung hat der 4. Senat des BAG massiv gesagt: „Wir wollen jeglichen Dritteinfluss ausschalten.“ Aber selbstverständlich ist das so, dass wenn die Flugsicherung bestreikt wird, dass dann die Lufthansa auf der Matte steht und sagt: „Ihr tarifiert jetzt gefälligst, denn wir brauchen für unser Betriebsergebnis eine funktionierende Flugsicherung.“ Da nehmen wir also auf einmal einen Dritteinfluss hin. Das BAG sagt ja sogar, der Unterstützungskampf gegen Drittunternehmen, die gar nicht an der tariflichen Willensbildung beteiligt sind, sei auch zulässig, weil sie irgendwie telefonieren können. Da sehe ich auch wieder einen Systembruch und eine Beliebigkeit. Ich würde allerdings sagen, dass solche Fernwirkungen von Arbeitskämpfen systemimmanent sind. Sie sind ja auch im SGB III aufgegriffen und letztlich hingenommen, und man muss dann vielleicht eher umgekehrt sagen, ob nicht die OT-Rechtsprechung letztlich einer Ideologie folgt, dass es so etwas wie drittbeflussungsfreie Arbeitskämpfe überhaupt geben kann. Ich glaube nämlich nicht, dass es das gibt. Sie sehen es ja sehr schön bei den Zuschlagstarifverträgen in der Leiharbeit. Diese werden zwar tarifrechtlich formal richtig vom Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister geführt, aber ich verrate jetzt kein Geheimnis, dass die Tarifynhalte von den jeweiligen Fachbranchentarifverbänden letztlich diktiert worden sind. Nach dem Maßstab des BAG wäre das dann wieder unzulässige Drittbeflussung, aber ich wage einmal zu behaupten, dass das BAG die Zuschlagstarifverträge nicht deshalb für unwirksam halten wird.

Markus Sprenger:

In der Tat: Eine Trennschärfe! Wir können auch sagen, eine fehlende Trennschärfe, eine Beliebigkeit ist gerade § 823 BGB immanent mit dem Begriff der Unmittelbarkeit. Finalität – die kann ich feststellen: „zweckgerichtet oder nicht zweckgerichtet?“ Natürlich ist das auch Tatsachenwürdigung, aber abgesehen davon ist sie feststellbar. Wenn ich an die objektive Unmittelbarkeit des Eingriffs denke: Da wird es natürlich vage.

Deswegen ging es mir an dieser Stelle auch darum, darzustellen, dass es infrage kommt, hier Drittschadensersatz zu gewähren. Aber ich kam so genau auch auf das Thema Tarifeinheit – oder was auch immer es sein möge –, jedenfalls eine politische Diskussion, eine offene politische Diskussion, die ich für nötig halte, idealerweise mit einer vernünftigen gesetzlichen Regelung danach, dass man sich seitens des demokratischen Gesetzgebers, der sich sonst im Arbeitskampfrecht immer zurückgehalten hat in der Geschichte der Bundesrepublik – die Frage stellt: Brauchen wir Regeln? Brauchen wir Regeln, die in der veränderten Tarifgewerkschaftslandschaft hier Abhilfe schaffen?

Genau diese Beliebigkeit und auch die mangelnde Verlässlichkeit, die heutigen Regelungen vielfältig innewohnt – der Unmittelbarkeit des Eingriffs beim rechtswidrigen Arbeitskampf, bei der Feststellung der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit allen Wertungsfragen, die darinstecken – das sorgt heute dafür, dass keiner der Beteiligten so richtig weiß, woran er ist. Teilweise sind es die Gewerkschaften, die vielleicht noch ein bisschen auf der sicheren Seite sind – rein faktisch; die Arbeitgeberseite weiß es oft nicht. Dann kommt es zu Reaktionen – und ich halte sie für nachvollziehbar, das ist auch schon dargestellt worden –, dass Arbeitgeber sagen: „Wollen wir uns eigentlich diesen ganzen Quatsch noch gönnen oder lagern wir nicht aus Deutschland aus?“ Ich meine, dass das für uns, die wir hier in Deutschland sitzen und arbeiten, die denkbar schlechteste Lösung ist.

Matthias Jacobs:

Ich sehe noch eine Wortmeldung von *Rüdiger Krause*. Da er meiner Erinnerung nach das Deliktsrecht kommentiert, vermute ich, dass noch einmal nachgebohrt wird bei der Betriebsbezogenheit des Eingriffs.

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

Nein, das macht ein anderer Kollege im Soergel.

Drei Bemerkungen. Eine, zu der mich die Ausführungen von Herrn *Junker* angeregt haben. Stichwort: *to strike the sails*, ob das eigentlich jetzt bedeutet, dass man in der Tat nur nicht die Segel aufzieht oder ob die Seeleute sie vielleicht sogar aktiv herunterziehen. Das müsste man einmal klären; die Bemerkung ist aber nicht ganz ernst gemeint.

Stichwort: Drittbeteiligte. Das spielt bei den Berufsgewerkschaften, denke ich, keine Rolle, dass sie Dritte heranziehen, im Sinne von „Unterstützern“. Das ist, glaube ich, eine spezifische Situation, die wir im Einzelhandel haben. Ich kann mir ehrlich gesagt nicht vorstellen, dass die Piloten, Fluglotsen oder Lokführer auf die Idee kommen, andere einzuschalten. Ich will nicht nachkarten, aber meine Position war nicht, dass dies beliebig zulässig ist, das hoffe ich verdeutlicht zu haben, sondern mir ging es nur darum, dass eine Art Neutralisierung stattfinden kann.

Dritte Bemerkung, auch hier nicht im Sinne eines „Da hat jemand etwas gesagt, ich muss unbedingt erwidern“, aber ich würde doch gern noch einmal auf das eingehen, Herr *Rieble*, was Sie vorher gesagt haben, weil es mir wichtig erscheint. Es ist eine konsequentialistische Argumentation. Sie sagen – und das ist erst einmal eine wichtige Aussage –, die ganze Summe, die Entwicklung, die es in Deutschland gibt – Stichwort: Kündigungsschutz, Mitbestimmung betrieblich, unternehmerische, Mitbestimmung plus Arbeitskampf – alles das führt in der Summe dazu, dass in der Wirtschaft eine Haltung entsteht, dass es bei uns nicht in die richtige Richtung geht und man deshalb daran denkt, wir wandern ab. Das haben Sie noch einmal skizziert. Ich bin der Letzte, der sagen würde: „Was soll's, das interessiert mich nicht.“ Nein, das ist schon wichtig, dass wir uns über diese Fragen unterhalten. Es ist jetzt aber die Frage: Wie kann man das operationalisieren? Wie ist das fassbar? Wenn ich mich noch einmal zurückziehe auf die verfassungsrechtliche Ebene, und das war mein Ausgangspunkt, nämlich die Abgrenzung von Freiheitssphären – auf der einen Seite Gewerkschaften, auf der anderen Seite die Arbeitgeber, damit das Subsystem Tarifautonomie funktioniert – wie weit oder welche Weiterungen das insgesamt in der Wirtschaft und in der Gesellschaft hat, ist gewissermaßen – das gebe ich zu – außerhalb des Fokus. Das wird dabei nicht in Rechnung gestellt. Die Frage ist nur: Können wir das in Rechnung stellen? Greift das nicht zu weit, weil wir plötzlich ein Stück Gesellschaftstheorie betreiben oder uns über empirische Zusammenhänge unterhalten müssen, die möglicherweise nicht valide sind? An dieser Stelle müsste man weiterarbeiten. Das ist gar nicht einmal allgemeine Sozialpolitik, sondern die Frage: Welche Konsequenzen hat eine bestimmte Dimensionierung des institutionellen Regelwerks auf die Wirtschaft insgesamt? Dass wir – auch die Gewerkschaften, glaube ich – insgesamt kein Interesse an der Deindustrialisierung Deutschlands haben, ist völlig klar. Sie sehen das möglicherweise anders, welche Konsequenzen die gegenwärti-

gen Entwicklungen haben. Dort noch mehr Empirie hineinzubringen, wäre wichtig, so schwierig dies auch ist und so sehr es im Grunde genommen auch jenseits unserer arbeitsrechtlichen Kompetenz liegt, weil wir dann plötzlich in eine volkswirtschaftliche Diskussion hineinkommen. Ich selber muss sagen, da bin ich ein Stückchen überfragt. Mir war es aber wichtig, diesen Punkt noch einmal klarzustellen.

Peter Berg, ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Düsseldorf:

Ganz kurz zu Herrn *Krause*. Vom Grundsatz her teile ich das. Das ist natürlich ein wesentlicher Gesichtspunkt, unter dem man Arbeitssysteme und generell Regulationen in einem Staat beurteilen und überprüfen muss. Ich halte auch sehr viel davon, dass man es empirisch betreibt und sich nicht in Annahmen über Motivationen von Ausweichverhalten oder Sonstigem ergeht. Ich glaube aber, dass man nicht allzu viele finanzielle Mittel in empirische Forschung stecken muss, um herauszubekommen, dass es relativ wenig bedeutende Investoren gibt, die Deutschland verlassen haben oder nicht nach Deutschland gekommen sind, weil sie befürchten, durch Dritteinbeziehung von Arbeitskämpfen durch Flashmobs oder ununterbrochene Arbeitskämpfe überzogen zu werden. Das scheint mir auch beim Blick auf die gesicherten empirischen Erkenntnisse über das Streikvolumen in Deutschland nicht der Fall zu sein. Ich denke, es gibt möglicherweise andere Bereiche im Arbeitsrecht, die in diesem Zusammenhang eine größere Rolle spielen. Der Gegenstand unserer heutigen Diskussion, der Arbeitskampf, kann nicht Hauptadressat für solche Überlegungen sein.

Matthias Jacobs:

Das glaube ich übrigens auch, weil die Lufthansa, die Deutsche Bahn und die Krankenhäuser hier sicherlich nicht weggehen werden.

Volker Rieble:

Sie können mit sozialwissenschaftlichen Mitteln feststellen, wohin Investitionen gehen, aber Sie können überhaupt nicht feststellen, woran das liegt. Motive sind sozialwissenschaftlich nicht zuverlässig abfragbar, vor allem weil es immer Multimotivbündel gibt. Im Moment sind für viele Unternehmen die Energiekosten bei energieintensiver Produktion ein wesentliches Standortmotiv. Diese Standortdiskussionen kommen in Wellen immer wieder und immer auf die gleiche langweilige Weise. Es gab schon in den 1970er und 1980er Jahren Unternehmensbefragungen. Da

war ich noch ganz jung als Wissenschaftler. Ich habe dort einmal mitgemacht und habe einen Fragebogen entworfen und ich hatte die Gelegenheit, bei qualitativen Interviews nachzufragen. Dabei stellte sich Folgendes heraus: Erstens, den offiziellen Fragebogen hat der Unternehmer zusammen mit seinem Betriebsrat ausgefüllt. In Wahrheit sei es anders, aber das könne er nicht laut sagen. Dann sagte aber der Mitgeschäftsführer: „Moment mal, wir haben die Frage doch lange diskutiert. Du sagst jetzt nur Deine Sicht der Dinge. Ich habe der Entscheidung zugestimmt, aber aus ganz anderen Gründen.“ Die wirkliche wahre Motivation lässt sich aus meiner Sicht nur schwer ergründen. Aber selbstverständlich gibt es gerade bei der Lufthansa deutliche Absetzbewegungen. Absetzbewegungen in die Eurowings- und Germanwings-Gesellschaften, Absetzbewegungen mit der LSG ins Ausland. Die Deutsche Flugsicherung kann nicht so leicht weglaufen, die müsste in einer europäischen aufgehen, die dann nicht in Deutschland sitzen dürfte, damit man sie dem deutschen Tarifsysteem entziehen kann, Krankenhäuser und andere ortsgebundene Dienstleistungen können auch nur begrenzt weglaufen. Es gibt natürlich Leute, die in die Türkei für die Zahnbehandlung fahren, wegen der Preise.

Ich glaube auch nicht, dass das Arbeitskampfrisiko für sich genommen überhaupt ein wichtiger Punkt für solche Standortentscheidungen ist, aber die Rechtssicherheit ist es schon. Das kann man auch sehen bei all diesen internationalen Standortrankings, bei denen immer die Schweiz ganz oben steht, dort wird die Rechtssicherheit, also die Vorhersagbarkeit des Ausgangs von gerichtlichen Entscheidungen, als ein wesentlicher Schwerpunkt genannt. Ich habe einmal ein Gutachten gemacht für einen Investor aus dem Ausland. Dort sollte ich anhand eines Fragenkatalogs beantworten, wie vorhersagbar Rechtsstreitigkeiten in Deutschland entschieden werden. Dabei kam heraus, dass das im Arbeitsrecht insgesamt wegen der vielen Generalklauseln eben kaum der Fall ist.

Matthias Jacobs:

Das ist jetzt nicht mehr so ganz nah am Thema. Ich finde, dass wir in Deutschland insgesamt eine sehr vorhersehbare Rechtsprechung haben in vielen Bereichen. Man kann sie im Ergebnis kritisieren, aber dass sie unberechenbar oder rechtsunsicher wäre, ist nicht meine Beobachtung.

Sven Schneider, Bucerius Law School Hamburg:

Ich wollte nur zwei Dinge kurz relativieren. Zum einen hatten Sie das rechtmäßige Alternativverhalten angesprochen, das den Schadensersatz einer Gewerkschaft ausschließen kann. Da geht es, glaube ich, weniger darum, dass Forderungen, die gegen die Friedenspflicht verstoßen, legiti-

miert werden sollen, sondern darum, dass man sich einfach vom Schadensrecht her fragt, ob nicht der Schaden genauso eingetreten wäre, wenn die Gewerkschaft nicht gegen die Friedenspflicht verstoßen hätte.

Das andere, was sehr komisch anmutet, ist, dass der Arbeitgeber quasi gezwungen wird, eine einstweilige Verfügung einzulegen, weil ihm das sonst vorgehalten wird: Das mutet in der Tat erst komisch an, wird aber ein bisschen nachvollziehbarer, wenn man sich vor Augen führt, dass eine einstweilige Verfügung nur erlassen wird, wenn der Arbeitskampf offensichtlich rechtswidrig ist. Wenn der Arbeitgeber sieht, dass der Arbeitskampf offensichtlich rechtswidrig ist und nichts dagegen unternimmt, muss man sich schon fragen, warum er diesen Schaden dann überhaupt billigend in Kauf nimmt und ob er dort eine gewisse Mitverantwortung trägt. Das ist zumindest etwas, worüber man diskutieren kann und was nicht so ganz abwegig ist, wie es hier dargestellt wurde.

Markus Sprenger:

Rechtlich betrachtet ist es genau richtig, was Sie sagen. Dieses Ergebnis, das bedeutet, eine Forderung optimieren zu müssen, scheint ein super Service für Gewerkschaften zu sein. Dann würde man immer zusehen können, dass der Arbeitgeber zu Gericht geht, dann die Forderung optimiert oder ein bisschen nachjustiert und dann läuft der Arbeitskampf. Das ist eine ganz komische Erscheinung. Rechtsdogmatisch kann man sicherlich ganz unterschiedlicher Meinung dazu sein. Ich habe auch nicht gesagt, dass das LAG in unvertretbarer Weise entschieden hat. Aber was die Folge angeht, die daraus hervorgeht, ist es ein Ergebnis, das doch irgendwie unbefriedigend ist aus meiner Sicht. Zum Alternativverhalten: In der Tat ist es so, dass dadurch ja nicht die Friedenspflicht quasi gestrichen wird als Kriterium. Die Forderung bleibt immer noch friedenspflichtwidrig. Aber das Ergebnis ist dann natürlich auch, dass keine Sanktion mehr nachfolgt bei dieser Überlegung, keine schadensersatzrechtliche und auch keine sonstige. Ich glaube, das ist auch ein Aspekt, den man in diese Justierung des Systems und in die Frage zu den Problemen, die sich stellen, einbeziehen sollte.

Strafrechtliche Mindeststandards und strafrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten im Arbeitskampf

Karsten Gaede

	Seite
I. Verhältnis zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht	132
II. Die Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB	134
1. Schutzrichtung und Normprogramm	134
a) Tatbestand	135
b) Rechtswidrigkeit	136
2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf	137
a) Sachbeschädigung im Arbeitskampf.....	137
b) Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen.....	138
3. Hinweis: Computersabotage gemäß § 303b StGB bei Massen-E-Mails	140
III. Der Hausfriedensbruch gemäß § 123 StGB.....	141
1. Schutzrichtung und Normprogramm	141
a) Tatbestand	142
b) Rechtswidrigkeit	143
2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf	144
a) Hausfriedensbruch im Arbeitskampf.....	144
aa) Denkbare Ausnahmen bei Demonstrations- besetzungen und Flashmobs.....	145
bb) Bisher absehbare Zurückweisung auch durch die Strafjustiz	147
b) Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen.....	149
IV. Die Nötigung gemäß § 240 StGB.....	150
1. Schutzrichtung und Normprogramm	150
a) Tatbestand	151
b) Rechtswidrigkeit	152
2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf	153
a) Nötigung im Arbeitskampf	153
b) Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen.....	155
3. Besonderheit: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB)	157

V. Fazit	158
Diskussion	160

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Entgrenzter Arbeitskampf?*
(München 2015), S. 129-159

Die jüngere Rechtsprechung hat – so viel lässt sich nüchtern sagen – die Mittel des Arbeitskampfs zunächst aufseiten der Gewerkschaften ausgedehnt¹. Die Verhältnismäßigkeitsabwägung, die in allen Säulen unserer Rechtsordnung als fragiler Rechtsmaßstab bekannt ist, hat für das Arbeitskampfrecht abermals an Bedeutung gewonnen².

Beide Befunde werfen die Frage auf, welche sicheren Grenzen des Kampfes sich noch angeben lassen. Hier kommen die Strafgesetze ins Spiel. Kann vielleicht das Strafrecht dem Arbeitskampf verloren geglaubte Grenzen zurückgeben? Können Arbeitgeber gezielt den Schutz des Strafrechts suchen und damit bisher ungewöhnliche Kampfmittel eindämmen?

Für eine Antwort auf diese Fragen muss ich eingangs *römisch erstens* einige Überlegungen zum Verhältnis zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht vorausschicken. *Römisch zweitens bis viertens* werde ich diejenigen Straftatbestände erörtern, die im Arbeitskampf von besonderer Bedeutung sein können. Ich werde damit die Sachbeschädigung, den Hausfriedensbruch und die Nötigung beleuchten. Meine Erkenntnisse fasse ich *römisch fünftens* in meinem Fazit zusammen.

Dabei möchte ich vorab einräumen, dass die vorgegebene Thematisierung des gesamten Strafrechts bei einer begrenzten Redezeit notwendig einen Überblickscharakter haben muss. Ich kann Kernprobleme identifizieren, bei weitem aber nicht stets umfassend zu lösen versuchen. Überdies werde ich nicht alle Delikte ansprechen, die sich im Arbeitskampf bei einer

1 Zum Sympathie- bzw. Unterstützungstreik siehe insbesondere BAG 19.6. 2007 – 1 AZR 396/06, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2007, 1055 ff.; zum Flashmob BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347 ff. und BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09, NJW 2014, 1874 ff.

2 In diesem Sinne und zu gerade jener Entwicklung, die etwa einen belastbaren einstweiligen Rechtsschutz regelmäßig vereitelt, mit weiteren Nachweisen kritisch etwa *Jacobs*, Das neue Arbeitskampfrecht des Bundesarbeitsgerichts – Kritische Überlegungen zur Akzentuierung der Kampfmittelfreiheit und zur Entwertung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der neuen Rechtsprechung des Ersten Senats, ZfA 2011, 71, 79 ff.; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2014, Rn. 612; *Kersten*, Koalitionsfreiheit als Kampfmittelfreiheit? – Zugleich ein Beitrag zur „Governance der Schwärme“, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Neues Arbeitskampfrecht?, 2010, S. 61, 69 ff.; *Rieble*, Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796 ff.; die Entwicklung begrüßend *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 15. Aufl. 2015, Art. 9 GG Rn. 271 ff.; *Höfling*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 9 GG Rn. 74 ff., 106 ff., 111 ff., nun auch zum Flashmob zustimmend in Rn. 116.

blühenden Phantasie denken ließen³. Um es krass zu formulieren: Mit Fälen, in denen etwa die Chefsekretärin des Verhandlungsführers entführt wird, um Arbeitnehmerforderungen durchzusetzen, brauchen wir uns auch bei einer zugrunde zu legenden Kampfmittelfreiheit in Deutschland kaum ernsthaft zu befassen. Ich werde mich deshalb vor allem am Flashmob-Fall und an etwaigen Betriebsbesetzungen bzw. Betriebsblockaden orientieren.

I. Verhältnis zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht

Nun also zunächst *römisch erstens* zum Verhältnis zwischen Strafrecht und Verfassungsrecht. Hinter dem Gedanken der Veranstalter, dass das Strafrecht für neue Mittel des Arbeitskampfs Grenzen bereithalten könnte, steht im Kern folgende, grundsätzlich zutreffende Annahme:

Im Kernstrafrecht des StGB, um das es hier heute gehen wird, ist das „rechtsethische Minimum“ des zwischenmenschlichen Zusammenlebens gespeichert⁴. „Das Strafrecht wird [hier] als ‚ultima ratio‘ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.“⁵ Wenn das Strafrecht damit einen besonders dringlichen Rechtsgüterschutz verfolgt, ist zugleich die Annahme plausibel, dass sich die hier geschützten Rechtspositionen auch gegen Wünsche zu einem ausgedehnten Arbeitskampf durchsetzen werden.

Dieser Ausgangspunkt ist aber nur der erste Schritt zu einer angemessenen Problemeinordnung: Auch die gesetzlich angeordnete Strafbarkeit muss sich ihrerseits verfassungsrechtlich rechtfertigen. Selbst Tatbestände wie die Sachbeschädigung oder die Nötigung sind an der Verfassung zu messen. Sie müssen vor allem mit den Grundrechten vereinbar sein. Hierbei gibt das BVerfG dem Strafgesetzgeber und in der Folge den Gerichten zwar grundsätzlich einen weiten Entscheidungsspielraum⁶. Dieser Spielraum hängt jedoch auch in der gerichtlichen Praxis davon ab, *welches Grundrecht von einer Strafnorm betroffen* ist. Greift das Strafrecht in ein stark ausgeprägtes Grundrecht ein, gibt das BVerfG für prin-

3 Siehe auch einordnend *Linsenmaier*, in: ErfK (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 277b: unrealistische Annahme grenzenloser Ausweitung etwa von Flashmobs, Unterschätzung der richterrechtlichen Grenzen.

4 BVerfG 30.6. 2009 – 2 BvE/08 u.a., BVerfGE 123, 267, 410.

5 BVerfG 26.2. 2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 239 f.

6 Statt vieler nur problematisch BVerfG 26.2. 2008 – 2 BvR 392/07 (Fn. 5), 240 ff. (mit zutreffendem ablehnenden Sondervotum *Hassemer* ab S. 255); zur eigenen ablehnenden Position *Gaede*, *Der Steuerbetrug* (im Erscheinen), Kapitel C III.

ziell verfassungskonforme Tatbestände regelmäßig eine einschränkende Tatbestandsauslegung vor⁷. Das Leitbeispiel hierfür liegt in der Einschränkung der Ehrdelikte durch die Meinungsfreiheit. Jene Delikte wurden durch freiheitsschützende Darlegungs- und Verhältnismäßigkeitsanforderungen deutlich begrenzt⁸.

Wie sieht es nun aber im Arbeitskampf konkret aus, wenn wir die heutige Position des BVerfG zum Maßstab nehmen? Hier treffen wir gerade auf ein vergleichsweise starkes Grundrecht: Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet mit der Koalitionsfreiheit ein Grundrecht, das sich nicht über einen weiten Gesetzesvorbehalt beschränken lässt⁹. Und aus diesem Grundrecht folgt bekanntlich das Recht zum Arbeitskampf als Prämisse der Tarifautonomie¹⁰. BAG und BVerfG haben den Koalitionen in diesem Rahmen im Sinne eines effektiven Grundrechtsschutzes eine grundsätzliche Freiheit der Kampfmittel zugestanden, solange das herangezogene Kampfmittel zur Sicherung der Tarifautonomie erforderlich ist¹¹. Überdies gehen die Gerichte davon aus, dass den Gewerkschaften eine breite Einschätzungs-

-
- 7 Neben den folgenden Beispielen siehe zum Beispiel auch BVerfG 30.3. 2004 – 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01, BVerfGE 110, 226 zur Berufsfreiheit und zum Recht auf ein faires Verfahren; dazu *Mühlbauer*, Strafrechtliche Überprüfung der Angemessenheit von Anwaltshonoraren?, HRRS 2004, 132 ff.
 - 8 Aus jüngerer Zeit BVerfG 28.7. 2014 – 1 BvR 482/13, HRRS 2014, Nr. 983; grundlegend zum Beispiel BVerfG 10.10. 1995 – 1 BvR 1476/91 u.a., BVerfGE 93, 266, 294 f.; BVerfG 13.2. 1996 – 1 BvR 262/91, BVerfGE 94, 1, 8 ff.; BVerfG 19.4. 1990 – 1 BvR 40/86, 1 BvR 42/86, BVerfGE 82, 43, 52 f.; auch Parallelen bereits herstellend *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2014, Rn. 733. Vorbehalte der Strafrechtspraxis und der Strafrechtstheorie haben sich im Rückblick insoweit als unbegründet erwiesen, dazu und zusammenfassend mit weiteren Nachweisen *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2013, § 185 StGB Rn. 8 f., § 193 StGB Rn. 13 ff.
 - 9 Dazu mit weiteren Nachweisen BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 23 ff.; BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 f., 228 ff.; LAG Hamburg 6.2. 2013 – 5 SaGa 1/12, AiB 2013, 726 f.; *Höfling*, in: *Sachs* (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 111, 135 ff.; *Epping/Lenz/Leydecker*, Grundrechte, 6. Aufl. 2014, Rn. 907 f.
 - 10 Dazu etwa BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 9), 224 ff.; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a., BVerfGE 92, 365, 393 f.; BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 32 ff.; *Höfling*, in: *Sachs* (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 86 ff., 101 ff.
 - 11 Zum Flashmob BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 32 ff.; BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 23 f.; weithin auch schon BVerfG 26.6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Fn. 9), 224; BVerfG 4.7. 1995 – 1 BvF 2/86 u.a. (Fn. 10), 393 f.; auf Blockaden bereits übertragend LAG Hamburg 6.2. 2013 – 5 SaGa 1/12 (Fn. 9). Klar ablehnend etwa mit weiteren Nachweisen *Rieble*, NZA 2008, 796 ff.; *Junker* (Fn. 2), Rn. 612; *Kersten*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 2), S. 61 ff.; *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2011, Rn. 789a.

prärogative zur Eignung und Erforderlichkeit neuer Kampfmittel zu steht¹².

Damit steht für die Praxis fest, dass auch der Strafgesetzgeber und mit ihm der strafrechtliche Rechtsanwender für jede einzelne Strafnorm und für jede ihrer Auslegungen sorgsam begründen muss, ob und welche Schranken einem nicht offensichtlich überflüssigen Mittel des Arbeitskampfs tatsächlich gesetzt werden dürfen.

Für denjenigen, der sich nach strafrechtlichen Mindeststandards sehnt, ist dies zunächst eine schlechte Nachricht: Das Strafrecht ist zwar prinzipiell in der Lage, dem Arbeitskampf Grenzen zu setzen. Es ist aber keine beliebige Trumpfkarte, die wirkmächtige grundrechtliche Arbeitskampfbefugnisse gleichsam selbstverständlich aussticht¹³.

Wir müssen deshalb nun zu den konkreten Delikten vordringen und mühsame Arbeit am Detail leisten. Für die jeweils betroffenen Rechtsgüter und Delikte müssen wir ermitteln, ob und inwiefern sie sich gegen die Koalitionsfreiheit durchsetzen.

II. Die Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB

Römisch zweitens komme ich damit zur Sachbeschädigung des § 303 StGB. Zunächst ein kurzer Blick auf die Schutzrichtung und das Normprogramm dieser Straftat.

1. Schutzrichtung und Normprogramm

Die Sachbeschädigung schützt das Eigentum¹⁴. Damit will sie selbst ein von Art. 14 GG gewährleistetes Grundrecht fördern, das den Eigentümer seinem Wesen nach berechtigt, andere von der Sache auszuschließen und frei mit ihr zu verfahren.

12 Mit weiteren Nachweisen BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 9721/08 (Fn. 1), Rn. 33 f., 42 f., 50; mit weiteren Nachweisen BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 23 f.; *Höfling*, in: Sachs (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 71, 101 ff.; für die Blockade LAG Hamburg 6.2. 2013 – 5 SaGa 1/12 (Fn. 9). Dazu etwa ablehnend mit weiteren Nachweisen *Jacobs*, ZfA 2011, 71, 80 ff., 87 ff.; *Junker* (Fn. 2), Rn. 612.

13 Siehe vorsichtig auch bereits *Dütz/Thüsing* (Fn. 8), Rn. 717 und 733. Insoweit zu pauschal *Bertke*, BVerfG und Flashmob-Rechtsprechung, NJW 2014, 1852, 1853, die von der verfassungskonformen Existenz einer Strafnorm als solcher auf die unbeeinflusste Anwendbarkeit der Strafnorm gegenüber dem arbeitsrechtlichen Sachverhalt schließt.

14 *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2014, § 303 StGB Rn. 1.

a) Tatbestand

Das Normprogramm des § 303 StGB ist sehr übersichtlich: Den Tatbestand des § 303 Abs. 1 StGB verwirklicht jeder, der eine fremde Sache vorsätzlich¹⁵ beschädigt oder zerstört. Für die Übertretung der Strafbarkeitsschwelle durch die Beschädigung ist entscheidend, ob der Täter auf eine fremde Sache körperlich derart einwirkt, dass ihre Substanz nicht unerheblich¹⁶ verletzt („Substanzverletzung“) oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird („Brauchbarkeitsminderung“)¹⁷. Eine bloße Zustandsveränderung, die dem Eigentümer aktuell missfällt, genügt nicht. Für die Brauchbarkeitsbeeinträchtigung kann es aber genügen, wenn ein anderer Gegenstand an einer Sache funktionsverteilend angebracht wird. Beispiel: die Befestigung eines Hindernisses auf einer dadurch unbrauchbaren Schiene¹⁸. Der Vorsatz bereitet bei alledem selten Probleme.

Darüber hinaus macht sich nach § 303 Abs. 2 StGB auch strafbar, wer das Erscheinungsbild einer fremden Sache unbefugt¹⁹ nicht nur unerheblich und nicht nur vorübergehend verändert²⁰. Das Erscheinungsbild einer Sache wird verändert, wenn ihre visuell wahrnehmbare Oberfläche in einen anderen als den ursprünglichen Zustand versetzt wird. Grundsätzlich erfasst ist beispielsweise das Beschriften, Bemalen, Besprühen, Verschmieren oder Bekleben. Der Gesetzgeber hat damit eine zusätzliche Tatvariante geschaffen, die jedenfalls größere und *nicht leicht zu entfernende* Graffitis und vergleichbare Sacheinwirkungen der Strafbarkeit unter-

15 Zum Vorsatzbegriff siehe im Überblick *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 8), § 15 StGB Rn. 4 ff., 9 ff., 14 ff.

16 Die Erheblichkeitsschwelle wird nicht überschritten, wenn die Beseitigung des Schadens keinen nennenswerten Aufwand an Mühe, Zeit oder Kosten erfordert, so statt vieler BGH 14.7. 1959 – 1 StR 296/59, BGHSt 13, 207 ff.; *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 16. Aufl. 2014, § 24 StGB Rn. 11.

17 BGH 12.2. 1998 – 4 StR 428/97, BGHSt 44, 38 ff.; BGH 19.8. 1982 – 4 StR 387, 82, NStZ 1982, 508; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, 29. Aufl. 2014, § 303 StGB Rn. 11 ff.; zur körperlichen Einwirkung verfehlt anders OLG München 15.5. 2006 – 4 StRR 53/06, NJW 2006, 2132, 2133; dazu *Gaede*, *Sachbeschädigung durch Ausnutzung der Funktionsgrenzen fremder Sachen?*, JR 2008, 97.

18 BGH 12.2. 1998 – 4 StR 428/97 (Fn. 17), 38.

19 Der Gesetzgeber fordert damit schon innerhalb des Tatbestands ein Handeln gegen den Willen des Eigentümers bzw. ohne spezifische Berechtigung, mit weiteren Nachweisen *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, 37. Aufl. 2014, Rn. 40.

20 Die Strafbarkeit nach § 303 Abs. 2 StGB wurde zum 1.9. 2005 eingefügt. Zur Auslegung etwa *Saliger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 14), § 303 StGB Rn. 13 ff.

stellt²¹, selbst wenn sie nicht mit einer (mittelbaren) Substanzbeeinträchtigung verbunden sind²². Darüber hinaus soll § 303 Abs. 2 StGB auch ohne einen unmittelbaren körperlichen Kontakt zur Sache in Betracht kommen, wenn Gegenstände in einem direkten, engen Zusammenhang zur Sache stehen²³.

b) Rechtswidrigkeit

Bisher habe ich nur den Tatbestand beschrieben. Wir müssen aber ebenso wissen, in welchem Ausmaß eine Rechtfertigung möglich ist. Hier lässt sich in unserem Zusammenhang eine ausnahmsweise recht klare Aussage festhalten: Selbst vergleichsweise starke Grundrechte umfassen keine Befugnisse, zur eigenen Selbstverwirklichung in das Eigentumsgrundrecht eines anderen substanziell eingreifen zu dürfen. Das Leitbeispiel liegt abermals in den Graffiti. Selbst wenn man Graffiti als Kunstform betrachtet und sie daher prinzipiell Art. 5 Abs. 3 GG zuordnet, gewährleistet die Kunstfreiheit *keine Okkupationsrechte*. Fremde Sachen dürfen nicht zur Verwirklichung von Kunst körperlich herangezogen werden. Nach der bis heute fortbestehenden „Sprayer von Zürich“-Rechtsprechung des BVerfG ist schon der Schutzbereich insoweit nicht eröffnet²⁴. Diesem Ansatz folgt auch das Strafrecht²⁵. Die Rechtfertigung einer Sachbeschädigung durch den Verweis auf seinerseits verfolgte Grundrechtszwecke findet in der strafgerichtlichen Praxis kein Beispiel. Dieser Befund ist auch zu begrüßen, weil Zugriffsrechte Dritter, mit deren Hilfe die Sache selbst als Basis des Eigentumsrechts attackiert werden dürfte, schon den Grund-

-
- 21 Zur allgemein geforderten engen Auslegung aber statt vieler *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 303 StGB Rn. 13 ff.; *Fischer*, Strafgesetzbuch, 62. Aufl. 2015, § 303 StGB Rn. 18a ff.
 - 22 Dazu siehe noch für § 303 Abs. 1 StGB BGH 13.11. 1979 – 5 StR 166/79, BGHSt 29, 129, 132 ff.; OLG Dresden 27.5. 2004 – 1 Ss 48/04, NJW 2004, 2843 ff.
 - 23 OLG Thüringen 27.4. 2007 – 1 Ss 337/06, NJW 2008, 776; *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 303 StGB Rn. 14; anderer Ansicht *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 19), Rn. 38; so auch *Fischer* (Fn. 21), § 303 StGB Rn. 19.
 - 24 BVerfG 19.3. 1984 – 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293, 1294 f.; EKMR 13.10. 1983 – Nr. 9870/82, NJW 1984, 2753. Dieser Standpunkt steht im verfassungsrechtlichen Schrifttum aber nicht völlig außer Streit, mit weiteren Nachweisen *Bethge*, in: Sachs (Fn. 2), Art. 5 GG Rn. 198c und auch BVerfG 13.6. 2007 – 1 BvR 1783/05, BVerfGE 119, 1 (Esra). Indes sind Zugriffsrechte auf fremdes Eigentum danach noch immer nicht anerkannt.
 - 25 *Wieck-Noodt*, Münchener Kommentar zum StGB (MünchKommStGB), Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 303 StGB Rn. 64: auf andere Grundrechte zu übertragen; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 303 StGB Rn. 21; *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 303 StGB Rn. 22; *Fischer* (Fn. 21), § 303 StGB Rn. 20, der zudem regelmäßig eher einen Vandalismus erblickt.

gedanken des individuellen Eigentums als Ausschlussrecht infrage stellen müssten. Es geht nicht nur um eine zeitweise Nutzungseinbuße. Entsprechende Rechte lassen sich allenfalls in einer im Sinne des § 34 StGB akuten Notstandslage, nicht aber mit dem Verweis auf eigene grundrechtliche Anliegen begründen.

2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf

Kommen wir nun zur Anwendung auf den Arbeitskampf und zu möglichen Gestaltungsoptionen.

a) Sachbeschädigung im Arbeitskampf

Hier liegt es mehr als nahe, dass sich für die Koalitionsfreiheit ebenso wie bei der Kunstfreiheit keine Beschädigungs- oder gar Zerstörungsbefugnisse zulasten fremden Eigentums durchsetzen werden. Für legitim substanzbeeinträchtigende Missachtungen des Eigentumsrechts ist weder eine strafrechtsdogmatische noch eine verfassungsgerichtlich fundierte Basis zu erkennen. Wir dürfen insofern von einem Okkupationsverbot ausgehen, soweit es um die tatbestandsmäßig auf die Sache einwirkenden Beeinträchtigungen des § 303 Abs. 1 StGB geht. Dafür spricht nicht zuletzt der in der Koalitionsfreiheit verankerte Gedanke der Kampfparität bzw. der grundsätzlichen Achtung einer wechselseitigen Koalitionsfreiheit. Eine Koalition wäre anderenfalls befugt, der gegnerischen Koalition ihre existenten Kampfmittel in ihrer Substanz zu entziehen. Wie bei der Kunstfreiheit drängt sich insofern bereits die Verneinung des Schutzbereichs auf.

Auch aus der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung lässt sich folgern, dass Sachbeschädigungen zulasten fremden Eigentums mindestens im Ergebnis nicht mehr vom Schutz der Koalitionsfreiheit gedeckt sind:

Zunächst hat das BAG nicht etwa eine Sachbeschädigung übersehen, indem es das zweckwidrige Befüllen von Einkaufswagen im Flashmobfall unbeanstandet ließ. Die Sachbeschädigung ist wie gesehen auch gemäß § 303 Abs. 2 StGB noch immer nicht auf jede Veränderung des Zustands fremder Sachen anwendbar, die dem Eigentümerwillen widerspricht. Es muss eine nicht nur vorübergehende Beeinträchtigung vorliegen, woran es im Flashmob-Fall mangelte. Vielmehr betonen BAG und BVerfG zur Begründung der Legitimität des Flashmobs, dass Sachbeschädigungen in Gestalt des Rückgriffs auf verderbliche und damit in ihrer Brauchbarkeit beeinträchtigte Waren weder geplant noch eingetreten waren²⁶. Dies reflektiert den fortbestehenden Schutz des Eigentums.

26 Zum Flashmob BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 67. Die Gewerkschaft hatte verderbliche Sachen in ihrem Aufruf gezielt ausgenommen.

Das BVerfG signalisiert ebenfalls Vorsicht. In seiner Randnummer 28 lässt das Gericht offen, ob die Koalitionsfreiheit überhaupt einmal strafrechtlich tatbestandsmäßige Handlungen schützen könne²⁷. Nach dem Entscheidungskontext hat es hier auch die Befugnis zu Sachbeschädigungen im Blick.

b) Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen

Gehen wir folglich von der regelmäßigen Anwendbarkeit des § 303 StGB aus, stellt sich die Frage, welche Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen daraus folgen.

Hier lässt sich klar formulieren, dass Flashmobs, Betriebsblockaden oder Betriebsbesetzungen, die auf Sachbeschädigungen zurückgreifen, mit der Anwendbarkeit des Strafrechts rechnen müssen. Ebenso dürfen die Gewerkschaften für ihren Arbeitskampf nicht durch Zugriffe auf fremdes Eigentum werben, welche das Erscheinungsbild der Sache mehr als vorübergehend und nicht lediglich bagatellhaft verändern. Weder Substanzzugriffe, noch erhebliche und anhaltende optische Veränderungen des Sacheigentums²⁸ sind den Kampfparteien als Mittel des Arbeitskampfs gestattet.

Wenn es der Arbeitgeberseite nun gelingt, Räumlichkeiten, die für entsprechende Aktionen benötigt werden, durch Sicherungsinstrumente wie etwa Schlösser abzusichern, setzt dies der gegnerischen Koalition damit durchaus eine strafrechtliche Schwelle. Derartige Sicherungsinstrumente dürften indes oft mit hohen Kosten verbunden sein: Zum einen sind sie gegebenenfalls erst anzuschaffen, zu installieren und mithin ein finanzieller Aufwand. Zum anderen werden wirksame Sicherungsinstrumente die Abläufe etwa in einer Geschäftsfiliale mit Kundenkontakt regelmäßig nennenswert erschweren. Jene Nebenwirkungen werden gegen eine flächendeckende „Vorsorge“ sprechen, die ohne jeden konkreten Anlass getroffen wird.

Sinnvoll könnten entsprechende Sicherungsmittel damit allenfalls dann sein, wenn der Arbeitgeber bereits mit Aktionen von Gewerkschaften

27 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 28. Siehe auch für die regelmäßige Begründbarkeit eines Verbots bei Beeinträchtigungen des Art. 14 GG *Höfling*, in: Sachs (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 117, 144; *Rieble*, NZA 2008, 796, 798; siehe auch *Neumann*, Zur Systemrelativität strafrechtsrelevanter sozialer Deutungsmuster – am Beispiel der Strafbarkeit von Streiks und Blockadeaktionen, ZStW 109 (1997), 1, 7 f.

28 Gleichwohl erscheint die Auslegung der nicht nur unerheblichen und nicht nur vorübergehenden Veränderung des Erscheinungsbildes insofern als mögliches Einfalltor für eine verfassungsinspirierte Auslegung, nach der allzu geringe Beeinträchtigungen hinzunehmen sein könnten.

rechnet, die den Einsatz moderner Kampfmittel befürworten oder bereits praktizieren. Allerdings dürften oft ausreichende Kenntnisse über etwaige Pläne der Gewerkschaft fehlen. Bei Flashmobs, die eine Kontaktaufnahme mit größeren Teilen der Öffentlichkeit voraussetzen, mag es unter Umständen möglich sein, rechtzeitig Informationen zu erhalten. Sollten moderne Arbeitskampfformen zunehmen, müssten sich Arbeitgeberverbände insoweit um ein verbessertes Informationsmanagement sorgen.

Schließlich müsste die Arbeitgeberseite bei alledem zweierlei beachten:

- *Erstens* sollte der in seinem Eigentum Verletzte nach § 303c StGB einen *Strafantrag* stellen. Die Staatsanwaltschaft kann die Strafverfolgung bei der Sachbeschädigung zwar von Amts wegen betreiben, wenn sie im konkreten Fall ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht²⁹. Von der Aussicht, dass die notorisch überlastete Staatsanwaltschaft dem näher tritt, sollten sie die mögliche Tatverfolgung aber nicht abhängig machen: Bei der Ausfüllung des besonderen öffentlichen Interesses genießt die Staatsanwaltschaft in der Praxis breite Beurteilungsspielräume³⁰.
- *Zweitens* muss sich eine vorsätzlich begangene Sachbeschädigung im Verfahren vor (der Polizei und) der Staatsanwaltschaft und schließlich vor Gericht als solche erweisen. Der in seinem Eigentum verletzte Arbeitgeber muss deshalb Dokumentations- und Beweismöglichkeiten ergreifen. Soweit möglich sollte das Geschehen von Zeugen beobachtet werden. Falls mögliche Täter ihre Identität nicht offenbaren wollen, kommt eine vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO in Betracht³¹. Die Beweissicherung ist dabei auch des-

29 Nr. 86 Abs. 2 RiStBV legt insoweit für die Staatsanwaltschaft bezüglich des öffentlichen Interesses Folgendes fest: (2) Ein öffentliches Interesse wird in der Regel vorliegen, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist, zum Beispiel wegen des Ausmaßes der Rechtsverletzung, wegen der Rohheit oder Gefährlichkeit der Tat, der niedrigen Beweggründe des Täters oder der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben. Ist der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus nicht gestört worden, so kann ein öffentliches Interesse auch dann vorliegen, wenn dem Verletzten wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, die Privatklage zu erheben, und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist.

30 Dazu statt vieler und mit der Rechtsprechung für ein Ermessen mit weiteren Nachweisen *Saliger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 303c StGB Rn. 6.

31 Zu den insoweit streng zu achtenden Grenzen dieser besonderen Eingriffsbefugnis *Böhm/Werner*, in: Münchener Kommentar zur StPO (MünchKomm-StPO), Bd. 1, 2014, § 127 StPO Rn. 16 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozess-

halb zentral, weil die Verfolgung eher minderschwerer Delikte wie der Sachbeschädigung nicht selten nach den §§ 153 ff. StPO eingestellt wird. Je schwieriger die Ermittlung ist, desto eher ist mit einer Einstellungsneigung der Staatsanwaltschaft zu rechnen.

3. Hinweis: Computersabotage gemäß § 303b StGB bei Massen-E-Mails

Gestatten Sie mir an dieser Stelle einen ergänzenden, exemplarischen Hinweis:

Unter den Maßnahmen, die als neue Mittel des Arbeitskampfs erwogen werden, finden sich im Erfurter Kommentar etwa auch massenhaft gesendete E-Mails, welche die Internetnutzung beeinträchtigen³². Denkbar wären etwa Angriffsformen, die Internetseiten lahmlegen (sogenannte *denial of Service*-Angriffe)³³. Da diese Angriffe Sachen nicht *körperlich* beeinträchtigen, scheidet die Sachbeschädigung grundsätzlich aus.

Ich denke zwar nicht, dass sich Gewerkschaften tatsächlich mit Hackern verbrüdern und E-Mail-Adressen gezielt durch Massen-Mails unbrauchbar machen werden. Da entsprechende Sachverhalte auch in Deutschland bereits thematisiert werden, möchte ich aber darauf hinweisen, dass das StGB heute zum Beispiel mit der Computersabotage des § 303b StGB zusätzliche Straftatbestände kennt, die unsere modernen elektronischen Lebensnerven und damit zum Beispiel Datenverarbeitungen schützen³⁴.

Wie etwa die Computersabotage von der Strafjustiz letztlich ausgelegt werden wird, lässt sich derzeit kaum abschätzen, weil jenes Delikt mit unbestimmten Begriffen nur so gespickt ist und konkretisierende Entscheidungen weithin fehlen³⁵. Prinzipiell liefen Gewerkschaften, die etwa eine Internetseite wie Amazon.de in einem Arbeitskampf zeitweise lahmlegen

ordnung, 57. Aufl. 2014, § 127 StPO Rn. 14 ff. Zum Besitzschutz vgl. etwa Löwisch, Besitzschutz gegen Flashmob, NZA 2010, 209 ff.

32 Dazu mit weiteren Nachweisen Linsenmaier, in: ErfK (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 277c: Störungen des Internet- oder Telefonverkehrs durch massenhafte E-Mails oder Anrufe.

33 Siehe dazu Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 303b StGB Rn. 10 und Fischer (Fn. 21), § 303b StGB Rn. 12.

34 Siehe dazu Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 303b StGB Rn. 3, 1 und kritisch Fischer (Fn. 21), § 303b StGB Rn. 2.

35 Fischer (Fn. 21), § 303b StGB Rn. 2 f., 6 ff.; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 14), § 303b StGB Rn. 5 f. Siehe aber zur regelmäßig mangelnden Tatbestandsmäßigkeit einer Webseitenblockade, die nicht physisch auf das Opfer einwirkt, gemäß § 240 StGB bereits OLG Frankfurt am Main 22.5. 2006 – 1 Ss 319/05, MMR 2006, 547 im Anschluss an BVerfG 10.1. 1995 – 1 BvR 718/89 u.a., BVerfGE 92, 1.

sollten, aber durchaus Gefahr, sich wegen Computersabotage strafbar zu machen. Denn diese Strafbarkeit greift insbesondere³⁶ gemäß § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB ein, wenn jemand eine Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch erheblich stört, dass er Daten (§ 202a Abs. 2 StGB) in der Absicht übermittelt, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Ist die Datenverarbeitung für einen fremden Betrieb oder ein fremdes Unternehmen von wesentlicher Bedeutung, kommt neben einer Geldstrafe eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren in Betracht (§ 303b Abs. 2 StGB)³⁷. Schon der Versuch ist strafbar (§ 303b Abs. 3 StGB). Entsprechende Sachverhalte wären im Detail abzuklären, um über die Strafbarkeit oder Straflosigkeit einer konkreten Störaktion zu entscheiden.

III. Der Hausfriedensbruch gemäß § 123 StGB

Römisch drittens ist der Hausfriedensbruch des § 123 StGB anzusprechen, der vor allem für Betriebsbesetzungen von Belang ist.

1. Schutzrichtung und Normprogramm

Erneut sind eingangs einige Worte zu Schutzrichtung und Normprogramm unerlässlich. Die Strafnorm des § 123 StGB schützt das Hausrecht und damit alle rechtlichen Befugnisse, über den Aufenthalt Dritter innerhalb der dem Herrschaftsbereich einer bestimmten Person zugeordneten Räume frei zu bestimmen³⁸. Im Hintergrund stehen das verfassungsrechtlich grundsätzlich auf Geschäftsräume erstreckte Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung sowie das Eigentum³⁹.

36 Ebenso erfasst ist nach § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB die Sabotage durch eine nachteilige Datenveränderung, siehe § 303a StGB. Nach § 303b Abs. 1 Nr. 3 StGB kommt die Zerstörung, Beschädigung, Unbrauchbarmachung, Beseitigung oder Veränderung einer Datenverarbeitungsanlage oder eines Datenträgers in Betracht.

37 In besonders schweren Fällen beträgt die Freiheitsstrafe gemäß § 303b Abs. 4 Satz 1 StGB mindestens sechs Monate bis zu zehn Jahren. Dies kommt vor allem bei einem Vermögensverlust großen Ausmaßes (§ 303b Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB) in Betracht, der nach Auffassung der Praxis regelmäßig ab 50.000 € denkbar ist.

38 Mit weiteren Nachweisen *Lilie*, in: Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar StGB), Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 123 StGB Rn. 1; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 15. Aufl. 2014, § 30 Rn. 2; vgl. auch OLG Köln 14.7.1982 – 3 Ss 378/82, NJW 1982, 2740: persönliches Recht, über Haus und Hof frei zu verfügen.

39 Hierzu nur *Lilie*, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 38), § 123 StGB Rn. 1.

a) Tatbestand

Das Normprogramm ist abermals übersichtlich: Der Täter muss vorsätzlich entweder in ein Schutzobjekt des § 123 StGB eindringen (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB). Oder er muss sich trotz der gegenteiligen Aufforderung des Hausrechtsinhabers nicht aus dem Schutzobjekt entfernt haben (§ 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Als geschützte Tatobjekte sind in unserem Zusammenhang⁴⁰ vor allem Geschäftsräume und das befriedete Besitztum relevant. Geschäftsräume sind baulich abgeschlossene Räume, die überwiegend und für eine gewisse Dauer insbesondere für gewerbliche oder ähnliche Zwecke genutzt werden⁴¹. *Beispiele* reichen von Büroräumen bis zu Lagerhallen. Das befriedete Besitztum umfasst alle Grundstücke, die in äußerlich erkennbarer Weise mittels zusammenhängender Schutzwehren gegen das beliebige Betreten gesichert sind. Das Gelände muss also in gewisser Weise zum Beispiel durch Hecken oder Zäune „eingehegt“ sein⁴². Regelmäßig werden *offene Zubegehflächen* wie nicht eingehegte Hofräume oder Abstellplätze, die unmittelbar an eine Wohnung oder einen Geschäftsraum angrenzen, schon unter diese Begriffe subsumiert⁴³.

Eindringen ist das *körperliche* Betreten des Schutzobjekts *gegen* den Willen des Berechtigten⁴⁴. Hat der Hausrechtsinhaber das Betreten seiner Räumlichkeiten grundsätzlich gestattet, liegt ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor. Wer eine generelle Zutrittserlaubnis, wie sie etwa in Kaufhäusern zu den Öffnungszeiten besteht, zu rechtswidrigen Zwecken missbrauchen will, handelt nur tatbestandsmäßig, wenn sich bereits anhand des äußeren Erscheinungsbilds des Täters beim Betreten erkennen lässt, dass ein rechtswidriges Verhalten beabsichtigt ist, welches die allgemeine Zutrittserlaubnis nicht umfasst⁴⁵. Hierfür spricht *zum einen* die

40 Die *Wohnung* umfasst alle Räumlichkeiten, die bestimmungsgemäß zur *Unterkunft* oder auch nur zum *Aufenthalt* von Menschen dienen, von *Schlieffen*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwaltkommentar StGB, 2. Aufl. 2015, § 123 StGB Rn. 4.

41 Statt vieler dafür von *Schlieffen*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 40), § 123 StGB Rn. 5.

42 *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 123 StGB Rn. 19; *Rengier* (Fn. 38), § 30 Rn. 4.

43 Mit weiteren Nachweisen auch zur Rechtsprechung *Rengier* (Fn. 38), § 30 Rn. 5; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 38. Aufl. 2014, Rn. 579; anderer Ansicht aber mit weiteren Nachweisen *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 123 StGB Rn. 16, 18.

44 von *Schlieffen*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 40), § 123 StGB Rn. 10; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 123 StGB Rn. 11; *Wessels/Hettinger* (Fn. 43), Rn. 584.

45 OLG Düsseldorf 7.7. 1982 – 2 Ss 152/82 – 48/82 III, NJW 1982, 2678 f.; mit weiteren Nachweisen *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 123 StGB Rn. 31 ff.; von *Schlieffen*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 40), § 123 StGB

Rechtssicherheit, weil nicht nach den besonders schwierig zu ermittelnden inneren Zielen und Zwecken zu forschen ist. *Zum anderen* wird man nur so dem Wortsinn des *Eindringens* gerecht, das eine offene Überwindung eines für jedermann erkennbar entgegenstehenden Willens *im Moment der Tathandlung* verlangt. Gerade dies lässt sich bei generellen Zutrittserlaubnissen nicht beobachten, solange sich nicht bereits beim entscheidenden Betreten unzweifelhaft ein Unterschied in der Art und Weise der Raumnutzung äußerlich feststellen lässt. Auch der Inhaber etwa eines Kaufhauses würde und könnte einen etwaigen Täter nicht aufgrund bisher rein innerlicher Vorbehalte der Räumlichkeit verweisen. Vielmehr stimmt er dem Betreten im Moment desselben gerade zu. Nur auf diesen Willen des Hausrechtsinhabers kommt es an.

b) Rechtswidrigkeit

Strafbar handelt auch hier nur derjenige, dem keine Rechtfertigungsgründe zur Verfügung stehen⁴⁶. Insoweit finden sich in der Gerichtspraxis bisher wie bei der Sachbeschädigung keine Fälle, in denen aus einem Grundrecht ohne nähere gesetzliche Ausgestaltung Zutrittsrechte hergeleitet worden sind. Das strafrechtliche Schrifttum tritt solchen Rechten insbesondere in den praxisbedeutsamen Kommentaren regelmäßig vehement entgegen⁴⁷.

Rn. 24; *Fischer* (Fn. 21), § 123 StGB Rn. 17 f.; *Rengier* (Fn. 38), § 30 Rn. 11; zum Flashmob auch schon *Greiner*, Atypische Arbeitskampfmittel und Kampfpluralität – Welche Verteidigungsmittel bleiben?, NJW 2010, 2977, 2978; zu dieser Ansicht klar tendierend BGH 8.10. 1982 – 3 StR 449/80, 3 StR 450/80, NStZ 1982, 158, 159; wohl nur undeutlich insoweit BGH 11.7. 1996 – 1 StR 285/96, StV 1996, 600 für ein Betreten zum Zweck einer sogleich offenbar werdenden Schutzgelderpressung. Das Problem unterschätzend *Giesen*, Erweiterte Kampfbefugnisse und Ausweitung des Arbeitskampfrisikos, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 2), S. 95, 103; siehe insoweit zur mangelnden Unterscheidbarkeit schon *Otto*, Das BAG: auf dem Weg zum – nahezu – schrankenlosen Arbeitskampf?, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 2), S. 15, 47; *Kersten*, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Fn. 2), S. 61, 83.

46 Dazu, dass die Merkmale „widerrechtlich“ und „ohne Befugnis“ anerkanntermaßen nur auf das allgemeine Rechtswidrigkeitserfordernis verweisen, siehe *Fischer* (Fn. 21), § 123 StGB Rn. 33; *Rengier* (Fn. 38), § 30 Rn. 1.

47 *Fischer* (Fn. 21), § 123 StGB Rn. 39; *Ostendorf*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 25), § 123 StGB Rn. 47 (anders Rn. 31 für das Verweilen); *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 8), § 123 StGB Rn. 50 („regelmäßig“); *Lilie*, in: *Leipziger Kommentar StGB* (Fn. 38), § 123 StGB Rn. 73; aus der Rechtsprechung entsprechend gegen eine Rechtsableitung aus Art. 4 Abs. 1 GG OLG Thüringen 13.1. 2006 – 1 Ss 296/05, NJW 2006, 1892 f.

2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf

Wenn wir nun wieder Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf in den Blick nehmen, stellt sich erneut aber mit etwas anderen Vorzeichen die Frage, ob in der Koalitionsfreiheit ein Rechtfertigungsgrund zu erblicken sein könnte, der immerhin die zeitweise Missachtung des Hausrechts gestatten könnte.

a) Hausfriedensbruch im Arbeitskampf

Dies wird man *grundsätzlich zu verneinen* haben: Zunächst treffen wir mit dem Schutz von Wohnungen und Geschäftsräumen gemäß Art. 13 GG regelmäßig wieder auf ein Rechtsgut, das wie das Eigentum selbst verfassungsrechtlich wertvoll ist. Sodann hat das BAG⁴⁸ selbst die Achtung des Hausrechts mit der Billigung des BVerfG⁴⁹ nicht infrage gestellt. Das Gericht hat das Hausrecht vielmehr als (vermeintlich) wirksames Gegenmittel der Arbeitgeber in seine eigene Rechtsprechung integriert⁵⁰. Dem entspricht es, das Hausrecht als nach wie vor bestehende Schranke der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften zu interpretieren und Mittel zu seinem wirksamen Schutz fortbestehen zu lassen. Folglich bleibt auch der Hausfriedensbruch eine mögliche Schranke der Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer. Er kann der Gewerkschaft im Arbeitskampf entgegengehalten werden.

Dies entspricht auch der nahezu vorherrschenden Ansicht im strafrechtlichen, zum Teil von Bundesrichtern geprägten Schrifttum⁵¹, wenngleich das strafrechtliche Schrifttum bisher – was der Betonung bedarf – von der zwischenzeitlichen verfassungsgerichtlichen Aufwertung der Koalitionsfreiheit *noch keinerlei Notiz genommen* hat.

48 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 53 ff., siehe allerdings Rn. 57.

49 BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 30.

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

51 *Fischer* (Fn. 21), § 123 StGB Rn. 39; *Kuhli*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 8), § 123 StGB Rn. 50 („regelmäßig“); *Lilie*, in: *Leipziger Kommentar StGB* (Fn. 38), § 123 StGB Rn. 73; *Rudolphi*, Gewerkschaftliche Beschlüsse über Betriebsbesetzungen bei Aussperrungen als strafbares Verhalten gemäß § 111 StGB, RdA 1987, 160, 161 f.; mit weiteren Nachweisen *Wesch*, Neue Arbeitskampfmittel, 1993; *grundsätzlich* ebenso *Dütz/Thüsing* (Fn. 8), Rn. 733; anderer Ansicht *Ostendorf*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 25), § 123 StGB Rn. 31 mit Spannung zu Rn. 47; siehe schon permissiv *dens.*, Kriminalisierung des Streikrechts, 1987, S. 47 ff., 52 ff., mit dem Versuch, aus dem Arbeitsverhältnis gegen den Willen des Arbeitgebers Aufenthaltsrechte zu konstruieren.

aa) Denkbare Ausnahmen bei Demonstrationsbesetzungen und Flashmobs

Ich sehe aber Anlass, hinter dieses Votum hinsichtlich seiner Reichweite jedenfalls für sogenannte Demonstrationsbesetzungen⁵² und damit für kurzzeitige Betriebs- oder etwa Filialbesetzungen mit demonstrativem Charakter ein *Fragezeichen zu setzen*: Verfassungsrechtlich darf die Frage nicht ausgelassen werden, ob der Schutz des Hausrechts *unter allen Umständen* so gewichtig ist, dass er die vorbehaltlos gewährleistete Koalitionsfreiheit vollständig und ohne jede Differenzierung verdrängt⁵³. An einer pauschal bereits durch den Vorrang des Hausrechts hergestellten praktischen Konkordanz zwischen Hausrecht und Koalitionsfreiheit bestehen Zweifel, die schon an der Strafdrohung des § 123 StGB abzulesen sind. Der Gesetzgeber weist den Hausfriedensbruch mit der Androhung von Geldstrafe oder maximal einem Jahr Freiheitsstrafe als eine minderschwere Straftat aus. Zur auffällig geringen Strafdrohung kommt hinzu, dass die Tat *ausschließlich* verfolgt werden darf, wenn der Verletzte einen Strafantrag stellt (§ 123 Abs. 2 StGB). Zudem ist bemerkenswert, dass das BVerfG die Frage, ob der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit unter Umständen auch die Verwirklichung von Straftatbeständen umfassen könne, weiter offengelassen hat⁵⁴. Es hat die Frage zumindest für so überdenkenswert erachtet, dass es keine möglicherweise voreilige kategorische Aussage treffen wollte. Vor allem aber läuft die final ausgerichtete Formel des BAG zur Kampfmittelfreiheit durchaus auf einen umfassenden Schutzbereich hinaus, weil sie jedem (friedlichen) von einer Koalition eingesetzten Mittel, das der Durchsetzung koalitionsspezifischer Ziele dient, den Schutz der Koalitionsfreiheit zubilligt⁵⁵.

52 Hierfür auch zum Begriff mit weiteren Nachweisen zu befürwortenden Stimmen *Linsenmaier*, in: ErfK (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 277 f.; partiell auch *Treber*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, 1996, S. 461 ff. Siehe auch für Betriebsblockaden bereits teilweise – unter dem beschönigenden Begriff der „Zugangsbehinderung“ für kurze Dauern zulassend LAG Hamburg 6.2.2013 – 5 SaGa 1/12 (Fn. 9). Vgl. bemerkenswert auch *Rieble*, NZA 2008, 796, 797, der bei einer anderen Prämisse zur Kampfmittelfreiheit bereits erkannt hat, dass bei einer Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes differenzierende Lösungen konsequent wären.

53 Insoweit ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass allein die Existenz des § 34 StGB die anzusprechenden Bedenken nicht ausräumt. Die Befugnisse aus § 34 StGB setzen nicht spezifisch an der Verwirklichung von Grundrechten an. Der auf akute Situationen zugeschnittene § 34 StGB kann insofern schwerlich eine hinreichende Grundrechtsverwirklichung leisten.

54 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 28.

55 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 33 f; billigend BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 23 ff.

Setzt das BAG diese vom BVerfG akzeptierte Linie fort, könnte sich gerade die Auslegung des Hausfriedensbruchs verändern: Erscheinen andere, tradierte Kampfmittel wie der Streik gänzlich ineffektiv, könnte der zeitweilige, die Substanz unangetastet lassende Zugriff auf Räumlichkeiten und Besitztümer zugunsten eines effektiven Grundrechtsschutzes prinzipiell vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit umfasst sein⁵⁶. Jedenfalls kurzzeitige Demonstrationsbesetzungen könnten dann unter Verweis auf Art. 9 Abs. 3 GG gegebenenfalls gerechtfertigt sein⁵⁷. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die fremden Räumlichkeiten und Besitztümer mit dem Arbeitskampf in Verbindung stehen und damit kein völlig inkonnexer Rückgriff auf Rechte Dritter entsteht. Es ginge bei Demonstrationsbesetzungen *nicht* um Wohnungen, die von Art. 13 GG besonders stark geschützt werden. Betroffen wären stattdessen Räumlichkeiten und Besitztümer, die dem Wirtschaftsleben zugewandt sind und mit dem Tarifsachverhalt regelmäßig in Verbindung stehen. Überdies wären allgemeine Bedenken gegen eine aus Grundrechten herrührende Rechtfertigung weniger gewichtig, soweit gemäß Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG eine unmittelbare Drittwirkung gegenüber dem Rechtsgutsinhaber greift⁵⁸.

Vor diesem Hintergrund ist bislang nicht ausgemacht, dass sich der erklärte Widerspruch des Hausrechtsinhabers gegen jede kurzfristige, demonstrationsartige Betriebsbesetzung und jeden betrieblichen Flashmob sofort durchsetzen wird. Allerdings dürfte mindestens das BVerfG für derartige Fälle zugleich neue Grenzen setzen. Indem es zögert, die Koalitionsfreiheit auf straftatbestandsmäßiges Verhalten pauschal zu erstrecken, behält sich das Gericht weitere Konkretisierungen vor. In der Tat müsste das Gericht die eintretende Zurücksetzung des Wohnungsgrundrechts bzw. des Hausrechts im Wege der von ihm regelmäßig angestrebten praktischen Konkordanz auffangen. Hier läge es nahe, die Zurücksetzung ausschließlich auf kurze, demonstrative Zugriffe auf Betriebsstätten zu beschränken, um die Zurücksetzung spürbar zu begrenzen. Insbesondere die Besetzung fremder Räumlichkeiten und Besitztümer mit der Erklärung, erst nach einer Erfüllung der Tarifforderungen die besetz-

-
- 56 In diese Richtung auch *Dütz/Thüsing* (Fn. 8), Rn. 733; im Strafrecht bereits erwägend *Neumann*, ZStW 109 (1997), 1, 12; zur Bezugnahme auf wandelnde Umstände BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 34.
- 57 Indiziell dafür auch BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 58: länger andauernde Störungen zu vermeiden, Rn. 62: nötige Abgrenzung von nachhaltigen und nicht nur kurzfristigen Beeinträchtigungen. Auch BVerfG 26.3. 2014 – 1 BvR 3185/09 (Fn. 1), Rn. 31 grenzt den bisherigen Präzedenzfall gerade von nachhaltigen und damit länger andauernden Blockaden ab.
- 58 Zum allgemeinen Problem siehe indes mit umfassenden Nachweisen *Rönnau*, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 StGB Rn. 138 f.; monografisch zum Thema etwa *Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008.

ten Güter wieder zu verlassen, wäre als willensbeugende oder *prima facie* unbegrenzte Okkupation fremder Rechte und damit als ihre wesensmäßige Missachtung zu beurteilen. Eine praktische Konkordanz wäre nicht mehr darstellbar.

Überdies dürfte das BVerfG für die *per se* beeinträchtigenden Rückgriffe auf fremde Räumlichkeiten und Besitztümer keine gleichermaßen freie Einschätzungsprärogative der Gewerkschaft akzeptieren, wie es diese im Anschluss an das BAG etwa noch für den Flashmob angenommen hat⁵⁹. Gewerkschaften müssten für den Einzelfall plausibel machen, dass tradierte Instrumente des Arbeitskampfs wie der Streik zum Beispiel wegen technologischer Entwicklungen oder wegen der mühelos möglichen Kompensation der Arbeitsniederlegung ihre Wirkung verloren haben⁶⁰. Schließlich wäre als Grenze absehbar, dass das BVerfG nicht zusätzlich das Recht schaffen dürfte, eine Demonstrationsbesetzung gewaltsam durchzusetzen. Dafür spricht zum einen die in Art. 8 GG verankerte und auch auf Art. 9 Abs. 3 StGB ausstrahlende Friedlichkeitsschranke, die auch das BAG in der Sache angesprochen hat⁶¹. Zum anderen zeigt § 124 StGB, der Besetzungen durch gewaltgeneigte und damit besonders bedrohliche Gruppen mit höheren Strafen bedroht, dass insoweit zusätzlich das Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit⁶² auf dem Spiel stünde. Demonstrationsbesetzungen oder zeitweise fortgeführte Flashmobs kommen damit nur dann legitim in Betracht, wenn sie überraschend gelingen. Anrechte darauf, in die Gebäude und Besitztümer zur Umsetzung etwa eines Flashmobs notfalls gewaltsam einzudringen, dürften indiskutabel bleiben.

bb) Bisher absehbare Zurückweisung auch durch die Strafstjustiz

Das geschilderte Szenario gegebenenfalls legitimer Betriebsbesetzungen und fortgesetzter Flashmobs dürfte vielen als Horrorszenario erscheinen. Leicht ließe sich – mit der bisherigen Rechtsprechung des BAG im Rücken⁶³

59 Dazu erneut etwa BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 33 f.

60 So auch aus der Reihe der Befürworter der Zulässigkeit neuer Mittel *Linsenmaier*, in: ErfK (Fn. 2), Art. 9 GG Rn. 277.

61 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 34; betont etwa bei *Greiner*, NJW 2010, 2977, 2981.

62 *Fischer* (Fn. 21), § 124 StGB Rn. 2; *Kuhli*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 124 StGB Rn. 1; anderer Ansicht zum Rechtsgut *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 25), § 124 StGB Rn. 3. Siehe auch mit nochmals höheren Strafen insofern die §§ 125, 125a StGB.

63 BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 54 ff. und früher auch BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86, NZA 1988, 846, 850; *Löwisch*, NZA 2010, 209, 210; offenlassend im Hinblick auf technologische Mittel indes BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86, NZA 1989, 475, 478.

– der Standpunkt einnehmen, dass *jedes* Zurücktreten des Hausrechtsinhaberwillens eine grundsätzliche Verkennung dieses verfassungsrechtlich wertvollen Schutzguts sei. Auf Anhieb stellt sich die Frage, ob mit Ausnahmen für Demonstrationsbesetzungen und ähnlichem nicht eine Büchse der Pandora geöffnet wäre, weil die klare Fallentscheidung nach der Ausübung des exklusiven Hausrechts aufgegeben würde.

In der Tat wäre etwa weiter klärungsbedürftig, wann und mit welcher Dauer in Arbeitskämpfen Rückgriffe auf fremde Räumlichkeiten und Besitztümer zulässig sein könnten. Die absehbaren Streitigkeiten vor Ort könnten in der Praxis letztlich doch zu Gewalt führen, wenn über die einzelfallbezogen bestimmte Verhältnismäßigkeit nach wenig klaren Maßstäben gestritten wird. Auch der gegebenenfalls zu Hilfe gerufenen Polizei würden sich vor einschlägigen Entscheidungen der Gerichte – insbesondere in zeitlicher Hinsicht – kaum klare Maßstäbe eröffnen, die bisher durch den Blick auf den entscheidenden Hausherrn gesichert waren. Dass BAG und BVerfG einer noch weiterreichenden, dann aber doch kaum sicher zu begrenzenden Kampfmittelfreiheit zugunsten eines effektiven Grundrechtsschutzes das Wort reden, ist damit vor dem Hintergrund der zu bezweifelnden Praktikabilität der Grenzen alles andere als ausgemacht.

Eine sichere Vorhersage, wie die Grundrechtsauslegung und die Grundrechtsabwägung in der Zukunft in entsprechenden Fällen ausfallen dürfte, maße ich mir nicht an. Fest steht immerhin *erstens*, dass die Zulässigkeit von Demonstrationsbesetzungen ein sehr gut durchdachtes Begrenzungskonzept voraussetzen würde, mit dem das prinzipielle Hausrecht ohne absehbare gewaltsame Auseinandersetzungen bewahrt werden könnte. Prophezeien lässt sich *zweitens*, dass zusätzliche Ausweitungen der Kampfmittelfreiheit in hohem Maße umstritten wären. Gewerkschaften, welche Anlass dazu sehen, die Kampfmittelfreiheit zulasten des Hausrechts auszureizen, könnten sich – insbesondere wenn nicht nur Bagatellen betroffen sind – kaum auf eine sichere Straflosigkeit ihres Tuns verlassen. Vielmehr müssten sie erst eine Veränderung der Rechtslage erstreiten, um aus einem denkbaren Strafverfahren als straflos hervorzugehen.

Sollte es insoweit zu Vorfällen und Verfahren kommen, dürfte der prozesuale *Aspekt der Entscheidungszuständigkeit* eine beachtliche Rolle spielen. Bisher wurde die Fortentwicklung der Koalitionsfreiheit allein durch *die Arbeitsgerichte* forciert, die vom BVerfG nun in ihrer Praxis bestätigt worden sind. Wenn die Zukunftsfrage der Demonstrationsbesetzung zulasten des Hausrechts zu entscheiden ist, dürften aber nicht nur Arbeitsgerichte mit dieser Frage befasst sein, die einer gewerkschaftsfreundlichen Interpretation der Koalitionsfreiheit bisher nahestehen. Stellt der Verletzte einen Strafantrag, wird vielmehr auch die Staatsanwaltschaft über den Fall auf der Basis einer Abwägung von Hausrecht und Koalitionsfreiheit entscheiden müssen. Sie dürfte nicht selten zugunsten eines hohen Maßes

an Rechtsgüterschutz geneigt sein, am bisherigen, einheitlich die Strafbarkeit bejahenden strafrechtlichen Meinungsstand festzuhalten.

Kommt es zu einer Anklage, würden sodann auch Strafgerichte entscheiden. Jene Strafgerichte wären dann zwar verpflichtet, im Zuge des Verfahrens die bisher im Strafrecht nicht rezipierte Fortentwicklung der Kampfmittelfreiheit aufzunehmen. Die Strafgerichte wären in ihrer Beurteilung der arbeitsverfassungsrechtlichen Vorfrage indes nach der Strafprozessordnung frei (§ 262 StPO). Sie dürften sich über das Politikum der Demonstrationsbesetzung eine eigene Meinung bilden. Selbst wenn ein Arbeitsgericht oder gar das BAG diese Kampfform zwischenzeitlich akzeptiert haben sollte, wären sie an diese Beurteilung und erst recht an die Abwägung im Einzelfall nicht gebunden. Es ist zwar der Regelfall, dass Strafgerichte zu zivil-, arbeits- oder etwa steuerrechtlichen Vorfragen den effektiven Anschluss an die einschlägige Fachjudikatur suchen. Gerade die Strafgerichte könnten aber die Eskalationsgefahren,⁶⁴ die mit der Freigabe einer Demonstrationsbesetzung in Einzelfällen für das Hausrecht und den öffentlichen Frieden verbunden sein könnten, wesentlich stärker gewichten, als Arbeitsgerichte dies zugunsten eines effektiven Arbeitskampfs halten mögen. Getreu der Aufgabe des Strafrechts, einen effektiven Rechtsgutsschutz zu leisten, könnten sie allzu weit gehenden Fortführungen der Kampfmittelfreiheit mit dem Votum für eine fortbestehende Strafbarkeit entgegentreten. Damit würden sie dem BVerfG zugleich *aus Richterhand* Gründe für eine größere Vorsicht liefern. Soweit zurückhaltendere strafrechtliche Entscheidungen vorliegen, müsste auch der zuständige 1. Senat des BAG seine Rechtsprechung zumindest hinterfragen.

b) Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen

Welche Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen bleiben damit zu § 123 StGB? Solange etwa für einen Flashmob nicht gezeigt wird, dass er tatsächlich als Mittel des Arbeitskampfs unverzichtbar ist, bleibt der Hausherr berechtigt, sein Hausrecht frei und unter dem Schutz des § 123 StGB auszuüben. Er muss dem Flashmob weder eine Mindestzeit gewährleisten, noch muss er etwa Werbungen für derartige Aktionen in seinen Räumen dulden. Er darf alle Beteiligten auffordern, die geschützten Räume zu verlassen. Widersetzen sie sich dieser Aufforderung, kommt es regelmäßig zu einem strafbaren Hausfriedensbruch. All dies betrifft auch Betriebsgelände, soweit es als befriedetes Besitztum erscheint oder einen unmittelbar an Geschäftsräume angrenzenden Bereich darstellt.

Allerdings führt nicht schon die innere Absicht, später einen Flashmob starten zu wollen, zu einem Eindringen. Arbeitnehmer und Kunden können

64 Diese werden im kritischen Schrifttum seit längerem hervorgehoben, siehe etwa Giesen, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 2), S. 95 ff.

sich grundsätzlich auf generelle Zutrittserlaubnisse berufen, soweit die Absicht beim ursprünglichen Betreten der Schutzräume nicht klar manifestiert und die Ablehnung der Aktion nicht konkret bereits ausgesprochen ist. Soweit Anzeichen für zukünftige Flashmobs oder Besetzungsaktionen vorhanden sind, kommt es indes in Betracht, erkennbaren Teilnehmern den Zugang zum Betriebsgelände einschließlich der Betriebsfilialen zu untersagen. Dann verwirklicht schon das zweckgerichtete Betreten der Schutzräume wie etwa einer Filiale den Hausfriedensbruch. Insoweit käme es erneut darauf an, jedenfalls in Arbeitskampfzeiten ein gutes Informationsmanagement vorzuhalten.

Soweit der Arbeitgeber nicht über frühe Informationen verfügt, müsste er sich um eine zügige Ausübung des Hausrechts bemühen. Insofern wäre es jedenfalls bei einer zukünftigen Ausbreitung von Flashmobs und ähnlichen Aktionen geboten, geeignete Mitarbeiter hinreichend zu instruieren. Die arbeitswilligen Mitarbeiter müssen wissen, dass und wie sie das Hausrecht auszuüben haben.

Schließlich gilt auch hier, dass der Arbeitgeber als Verletzter einen Strafantrag stellen muss, weil der Hausfriedensbruch gemäß § 123 Abs. 2 StGB ausschließlich auf Antrag verfolgt wird. Abermals sollten die Staatsanwaltschaften möglichst mit aussagekräftigen Beweismitteln bzw. Dokumentationen ausgestattet werden. Auch hierauf müssten die Mitarbeiter jedoch vorbereitet werden.

IV. Die Nötigung gemäß § 240 StGB

Römisch viertens gelange ich noch zur Nötigung des § 240 StGB, die etwa bei Betriebsblockaden in Betracht kommt.

1. Schutzrichtung und Normprogramm

Ein letztes Mal müssen zunächst Schutzrichtung und Normprogramm geklärt sein. Insofern erwartet uns ein besonders voraussetzungsvolles Delikt. Die Nötigung will die *Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung* schützen⁶⁵. Dies will im Verständnis der vorherrschenden Meinung im Kern unsere Handlungsfreiheit bewahren. Diese Freiheit wird jedoch im menschlichen Miteinander unzählige Male unvermeidlich beeinträchtigt. Wenn Sie etwa heute in der Umgebung der Bucerius Law

65 BVerfG 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 u.a. (Fn. 35), 13; BGH 24.4.1986 – 2 StR 565/85, BGHSt 34, 71, 77. Umfasst sind demnach die Freiheit, überhaupt einen Entschluss fassen zu können, sowie die Freiheit, diesen Entschluss zu realisieren. Anders aber mit guten Gründen nur für ein *Willensbeugungsdelikt Köhler*, Nötigung als Freiheitsdelikt, Festschrift Leferenz, 1983, S. 516 ff.; *ders.*, Vorlesungsstörung als Gewaltnötigung?, NJW 1983, 10 ff.; näher auch *Sinn*, in: MünchKommStGB, Bd. 4, 2. Aufl. 2014, § 240 StGB Rn. 10 ff., 59.

School den letzten Parkplatz bekommen haben, haben Sie mit Sicherheit einem anderen die Chance genommen, seinen Willen zu verwirklichen, ebenfalls auf diesen Parkplatz zu fahren. Die sichtbar werdende Schwierigkeit, ein Rechtsgut zu schützen, das von unzähligen sozialadäquaten Verhaltensweisen des täglichen Lebens beeinträchtigt wird, drückt sich in einem abwägungsoffenen Normprogramm aus:

a) Tatbestand

Wegen Nötigung bestrafen wir jedenfalls *grundsätzlich* jeden, der vorsätzlich⁶⁶ mit Gewalt oder durch die Androhung eines empfindlichen Übels einen anderen zu einer Handlung, einer Duldung oder einer Unterlassung zwingt. Die genannten Taterfolge müssen damit auf einem bestimmten Nötigungsmittel kausal und zurechenbar beruhen.

Unter *Gewalt* verstehen wir in Anlehnung an das BVerfG nur den körperlich wirkenden Zwang, der auf der Entfaltung von Kraft oder einer sonstigen physischen Einwirkung beruht und nach seiner Intensität und Wirkungsweise dazu geeignet ist, die freie Willensentschließung oder Willensbetätigung eines Menschen zu beeinträchtigen⁶⁷. Danach muss zum einen der Täter körperlich agieren, zum anderen beim Opfer eine physische Zwangswirkung eintreten. Folglich ist nach der Rechtsprechung insbesondere eine Sitzblockade für sich genommen noch kein Akt der Gewalt⁶⁸, wenn sie nicht ihrerseits zu einer körperlich wirkenden Blockade führt⁶⁹. Ein allein *psychisch wirkender Zwang* unterfällt der Gewalt nicht (mehr).

66 Nach Auffassung der Praxis genügt jeweils ein *dolus eventualis*, BGH 2.10. 1953 – 3 StR 151/53, BGHSt 5, 245, 246. Mit guten Gründen wird für den Nötigungserfolg aber auch *dolus directus* ersten Grades verlangt, dafür *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 240 StGB Rn. 34; *Sinn*, in: MünchKomm StGB (Fn. 65), § 240 StGB Rn. 105.

67 Dazu etwa *Wessels/Hettinger* (Fn. 43), Rn. 383; *Swoboda*, Grundwissen – Strafrecht: Der Gewaltbegriff, JuS 2008, 862.

68 Dafür grundlegend BVerfG 10.1. 1995 – 1 BvR 718/89 u.a. (Fn. 35); anders früher insbesondere BGH 8.8. 1969 – 2 StR 171/69, BGHSt 23, 46 ff.

69 So BGH 20.7. 1995 – 1 StR 126/95, BGHSt 41, 182 ff., sogenannte Zweite-Reihe-Rechtsprechung: Eine Sitzblockade führte dazu, dass ein ganzer Fahrzeugkonvoi stecken blieb. Gewalt wird hier auf die dem ersten Fahrzeug nachfolgenden Fahrzeuge ausgeübt, weil diese durch die vor ihnen anhaltenden Fahrzeuge *körperlich* am Weiterfahren gehindert wurden. Bestätigend BVerfG 7.3. 2011 – 1 BvR 388/05, NJW 2011, 3020, mit weiteren Nachweisen ablehnend *Jahn*, Anmerkung zu BVerfG 7.3. 2011 – 1 BvR 388/05, JuS 2011, 563; *Sinn*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 7.3. 2011 (1 BvR 388/05; JuS 2011, 562) – Zur sogenannten „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“, ZJS 2011, 283.

Die zweite Tathandlung der *Drohung* liegt im ausdrücklichen oder konkludenten Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf dessen Verwirklichung der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt⁷⁰. Das erwähnte Übel umfasst jede vom Betroffenen als nachteilig empfundene Veränderung der Außenwelt⁷¹. *Empfindlich* ist ein Übel, wenn die Drohung von solcher Erheblichkeit ist, dass sie objektiv geeignet erscheint, einen besonnenen Menschen in der konkreten Situation im Sinne des Täterverlangens zu motivieren⁷².

Strafbar ist schon der Versuch (§ 240 Abs. 3 StGB), so dass etwa bereits eine gescheiterte Drohung strafbar sein kann.

b) Rechtswidrigkeit

Die Strafbarkeit setzt jedoch nach § 240 Abs. 2 StGB voraus, dass die Anwendung der Nötigungsmittel im Verhältnis zum verfolgten Handlungsziel auch im Einzelfall als *verwerflich* erscheint. Die Nötigung wird insofern regelmäßig als sogenannter offener Tatbestand eingeordnet, bei dem die Rechtswidrigkeit der Tat positiv zu begründen ist. Dies macht eine kaum geklärte Verhältnismäßigkeitsabwägung erforderlich⁷³, die im Sinne der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG zu strafbarkeitsbegründend wirkenden Generalklauseln restriktiv und damit strafbarkeitseinschränkend auszulegen ist⁷⁴. Nach der vor allem von der Rechtsprechung geprägten herrschenden Meinung ist jedes tatbestandsmäßige Verhalten verwerflich, das infolge der für den erstrebten Zweck eingesetzten Mittel einen erhöhten

70 BGH 13.1.1983 – 1 StR 737/81, BGHSt 31, 195, 201; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 240 StGB Rn. 38; *Fischer* (Fn. 21), § 240 StGB Rn. 31.

71 Siehe nur *Fischer* (Fn. 21), § 240 StGB Rn. 32.

72 BGH 31.3.1982 – 2 StR 2/82, NStZ 1982, 287. Dies wird zum Beispiel für eine Strafanzeige regelmäßig bejaht, BGH 19.11.1953 – 3 StR 17/53, BGHSt 5, 254, 256; BGH 13.1.1983 – 1 StR 737/81 (Fn. 70). Ebenso für den Verlust der Arbeitsstelle BGH 25.2.1993 – 1 StR 652/92, NJW 1993, 1807; *Klengel/Mückenberger*, Internal Investigations – typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen, CCZ 2009, 81, 82.

73 Zu dieser aus jüngerer Zeit etwa mit weiteren Nachweisen *Küper*, Verwerflichkeit und Rechtfertigung bei der Nötigung – Das Verhältnis allgemeiner Rechtfertigungsgründe zur Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB als systematisches Problem, JZ 2013, 449 ff.; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 240 StGB Rn. 57 ff.; *Altwater*, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 7/2, 12. Aufl. 2015, § 240 StGB Rn. 102 ff.

74 Dazu zum einen *speziell* BVerfG 10.1.1995 – 1 BvR 718/89 u.a. (Fn. 35), 1; BVerfG 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u.a., BVerfGE 104, 92; BVerfG 7.3.2011 – 1 BvR 388/05 (Fn. 69), 3020 sowie zum anderen *allgemein* BVerfG 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170 ff.; hierzu einordnend mit weiteren Nachweisen *Gaede*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 40), § 1 Rn. 17, 19 ff.

Grad sittlicher Missbilligung hervorruft⁷⁵. Oft wird zusätzlich gefordert, dass das Verhalten sozial unerträglich erscheint⁷⁶. Bedeutsam ist insoweit der gesetzlich angeordnete Maßstab der sogenannten Mittel-Zweck-Relation. Es sind damit sowohl das angewandte Mittel als auch der verfolgte Zweck in die Betrachtung einzubeziehen. Mittel und Zweck sind so- dann zueinander ins Verhältnis zu setzen⁷⁷.

Die Nötigung stellt damit – vorsichtig ausgedrückt – ein besonders gering bestimmtes Delikt dar, zu dem allenfalls die konkretisierende Kasuistik der Rechtsprechung noch eine gewisse Orientierung bietet⁷⁸. Zudem wird die Verwerflichkeitsklausel mehr und mehr im Lichte der Grundrechte ausgelegt und angewendet⁷⁹. Wir verzeichnen deshalb bei der Nötigung eine eher zu- als abnehmende Wertungsabhängigkeit.

2. Anwendungsprobleme und Gestaltungsoptionen im Arbeitskampf

Diese Ausgangslage deutet schon an, dass die Nötigung im Arbeitskampf zwar wenige Gestaltungsoptionen, dafür aber viele Anwendungsprobleme bereithält.

a) Nötigung im Arbeitskampf

Wenn die Gewerkschaft im Rahmen ihrer Kampfmittelfreiheit etwa zu einer Betriebsblockade greift, kann sie dies unter Umständen schon mit einer Sitzblockade wirkungsvoll ausführen, bei der die reine Anwesenheit

75 BGH 11.5.1962 – 4 StR 81/62, BGHSt 17, 328, 332; BGH 4.3.1964 – 4 StR 529/63, BGHSt 19, 263, 268; dazu und zum Folgenden näher *Eidam*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 240 StGB Rn. 58 ff.

76 BGH 19.6.1963 – 4 StR 132/63, BGHSt 18, 389, 391 f.; BayObLG 1.10.1991 – RReg 2 St 115/91, NJW 1992, 521, 522.

77 Statt vieler nur *Eidam*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 240 StGB Rn. 56, 61 ff.; für eine sehr restriktive Konkretisierung für den rechtswidrigen Streik *Neumann*, ZStW 109 (1997), 1, 7 ff.; sehr eng auch *Däubler*, Sinn und Unsinn der Insolvenzdelikte, in: Baumann/Dähn (Hrsg.), Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, 1973, S. 91, 118 f.

78 Zur Kritik an der mangelnden Bestimmtheit der Norm etwa *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 51; *Kaufmann*, Der BGH und die Sitzblockade, NJW 1988, 2582; *Eidam*, in: Matt/Renzikowski (Fn. 8), § 240 StGB Rn. 3 ff., 8, 57; *Altvater*, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 73), § 240 StGB Rn. 94 ff.; grundsätzlich auch *Rieble/Klebeck*, Strafrechtliche Risiken der Betriebsratsarbeit, NZA 2006, 758, 761 f.: nahezu unüberschaubare Kasuistik.

79 BVerfG 24.10.2001 – 1 BvR 1190/90 u.a. (Fn. 74), 107 ff. zu Art. 8 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG und BVerfG 7.3.2011 – 1 BvR 388/05 (Fn. 69), mit Anmerkung *Jahn*, JuS 2011, 563, 565. Insoweit noch unzureichend BGH 5.5.1988 – 1 StR 5/88, BGHSt 35, 270, 276 ff.

ohne eine körperliche Gegenwehr eingesetzt wird⁸⁰. Dies würde der Nötigung nach der heutigen Rechtsprechung ohne arbeitsrechtliche Besonderheiten bereits tatbestandlich nicht unterfallen, soweit nicht etwa ganze Fahrzeugkolonnen entstehen, die sich dann gegenseitig körperlich blockieren.

Sodann ließe sich erwägen, dass in der Durchführung von Flashmobs oder von demonstrativen Besetzungen jedenfalls in Einzelfällen die Drohung liegen kann, die damit verbundenen erheblichen Beeinträchtigungen zu wiederholen, wenn der Verhandlungsgegner die Tarifforderungen nicht erfüllt. Eine solche Interpretation wird im Einzelfall durchaus zutreffen, so dass der Tatbestand unter der Alternative der Drohung zunächst in Betracht kommt.

Allerdings gehen auch die Strafgerichte und das strafrechtliche Schrifttum völlig unabhängig von den jüngeren Entwicklungen zur Koalitionsfreiheit seit langem davon aus, dass Arbeitskampfmaßnahmen, die das Arbeitsrecht als legitime Ausübung von Druck auf den Verhandlungsgegner betrachtet, straffrei bleiben müssen. Entweder wird schon die Drohung mit einem gerade empfindlichen Übel und damit der Tatbestand verworfen oder es wird im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung auf einen legitimen und daher nicht verwerflichen Mitteleinsatz verwiesen⁸¹. So mag etwa auch einem Streik die Ankündigung weiterer, für den Arbeitgeber übler Beeinträchtigungen zu entnehmen sein. Das Strafrecht lehnt sich hier an die verfassungsrechtliche Achtung der Koalitionsfreiheit an, indem es die Nötigung unstreitig verneint⁸². Dies ist auch nur konsequent und richtig, weil die Mittel des Arbeitskampfs auf beiden Seiten dazu dienen, Druck auf die Willensbildung und Willensbetätigung der Gegenseite auszuüben.

80 In diese Richtung möglicherweise der vom LAG für die strafrechtliche Beurteilung nicht ganz deutlich festgehaltene Sachverhalt LAG Hamburg 6.2. 2013 – 5 SaGa 1/12 (Fn. 9), der die Zulässigkeit einer 15-minütigen Menschenkette zur Blockade eines bestreikten Betriebs betrifft. Sollte die aus Menschen gebildete Kette allein durch die geschlossene Anwesenheit und *nicht durch die ergänzende körperliche Kraftentfaltung* gewirkt haben, lag bereits der Tatbestand der Nötigung nach der heute vorherrschenden Meinung nicht vor. Das LAG Hamburg geht offenbar von einem anderem, problematischeren Sachverhalt aus und verneint demgegenüber mittelbar die Verwerflichkeit gemäß § 240 Abs. 2 StGB, indem es die arbeitsrechtliche Zulässigkeit nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herleitet.

81 Neumann, ZStW 109 (1997), 1, 2 f.; Dütz/Thüsing (Fn. 8), Rn. 733 (mit beiden Einordnungen); für mangelnde Rechtswidrigkeit Fischer (Fn. 21), § 240 StGB Rn. 49a; Eser/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 17), § 240 StGB Rn. 25; Sinn, in: MünchKommStGB (Fn. 65), § 240 StGB Rn. 161 f.; bestätigend auch BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 66.

82 Neumann, ZStW 109 (1997), 1, 4 ff., 11 ff.; Altvater, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 73), § 240 StGB Rn. 138; Fischer (Fn. 21), § 240 StGB Rn. 49a.

Eine entsprechende strafrechtliche Beurteilung müssen wir nun aber auch erwarten, wenn bisher ungewöhnliche Kampfmaßnahmen mit dem Segen des BVerfG als arbeitsrechtlich zulässig erachtet werden: Die erwünschte Zwangswirkung, die von einem arbeitsrechtlich zulässigen Flashmob ausgeht, kann im Sinne der strafrechtlichen Nötigung nicht als verwerfliche Drohung eingestuft werden. Für die Nötigung ist auch in Zukunft vorentscheidend, was das Arbeitsrecht selbst an Schranken bei der Beeinflussung des gegnerischen Willens aufstellt oder zurückweist. Eine Beschränkung gerade durch das Strafrecht ist nicht zu erwarten. Allerdings wäre für die Beurteilung von Streitfällen abermals wie bei § 123 StGB zu bedenken, dass die Strafgerichte prinzipiell befugt sind, die arbeitsrechtsintern erforderliche Verhältnismäßigkeitsbeurteilung zur Zulässigkeit moderner Kampfformen selbst vorzunehmen. Hieraus könnten sich zur präjudizierenden arbeitsrechtlichen Vorfrage durchaus Divergenzen ergeben, weil die Strafgerichte gegebenenfalls stärker dazu tendieren, Gewaltszenarien von vornherein zu vermeiden.

b) Anwendungsfälle und Gestaltungsoptionen

Allerdings bedeutet dies nicht, dass die Nötigung im Arbeitskampf keinerlei *Anwendungsfälle* mehr aufweisen kann. Es gibt durchaus letzte Grenzen. Die Strafbarkeit wegen Nötigung dürfte zunächst dann weiter Platz greifen, wenn Blockaden auf Gewalt zurückgreifen⁸³. Wenn man, wie ich es oben angedeutet habe, selbst bei einer in Zukunft ausgedehnten Kampfmittelfreiheit in Anlehnung an eine Formulierung des BAG ein Friedlichkeitsgebot anerkennt, dürfen die Gewerkschaften auch bei modernen Kampfformen nicht zu Gewalt gegen Personen greifen, die zugleich eine (versuchte) Körperverletzung bedeuten kann⁸⁴. Hier versagt der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit, weil sie anderenfalls ein Zugriffsrecht auf den in Art. 2 Abs. 2 GG geschützten höchstpersönlichen Körper eines anderen bedeuten würde. Anzeichen dafür, dass der Schutzbereich der Koalitionsfreiheit sogar die Anwendung von Gewalt gegen Personen im strengen strafrechtlichen Sinne umfasst, haben weder das BAG noch

83 Zur bisherigen Beurteilung BayObLG 7.10.1955 – RevReg 3 St 182 a-b/55, NJW 1955, 1806 f. (allerdings mit einem Sachverhalt, der nach heutigen Maßstäben unter Umständen für die Gewalt zunächst nicht ausgereicht hätte, soweit lediglich die Anwesenheit der Person den Tatbestand verwirklichen sollte); *Altwater*, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 73), § 240 StGB Rn. 138; *Fischer* (Fn. 21), § 240 StGB Rn. 49a; *Dütz/Thüsing* (Fn. 8), Rn. 717, 733.

84 Siehe neben dem Verweis auf die Friedlichkeit in BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 34 auch LAG Hamburg 6.2.2013 – 5 SaGa 1/12 (Fn. 9), das für die Zulassung einer Blockade vorausgesetzt hat, dass keine an sich schon strafbare Körperverletzung im Raum stand. Allerdings ist auch bei § 223 StGB immerhin eine Bagatellschwelle zu übertreten.

das BVerfG bisher erkennen lassen. Anders als es beim Hausfriedensbruch der Fall ist, geht es bei der Nötigung auch nicht um ein Bagatelldelikt, das nur auf Antrag verfolgt wird. Betriebsbesetzungen oder Betriebsblockaden, die einen körperlich wirkenden Zwang voraussetzen, sollte damit ein arbeitsrechtlicher Schutz fehlen. In entsprechenden Fällen kommt es in Betracht, sowohl den Tatbestand der Nötigung als auch ihre Verwerflichkeit nach Maßgabe der für jeden Einzelfall gebotenen Prüfung der Zweck-Mittel-Relation zu bejahen⁸⁵.

Darüber hinaus vermag ich nicht zu erkennen, dass die Gewerkschaften in Zukunft sogenannte Streikbrecher durch Nötigungsmittel des § 240 StGB ohne Furcht vor Strafe zur Niederlegung der Arbeit bewegen dürfen. Streikposten dürfen mit der Wucht der Meinungsfreiheit im Rücken durch Argumentationen für ihre Positionen werben, wenn Arbeitswillige den Betrieb betreten. Eine etwaige Nötigung durch den Einsatz von Gewalt und tatbestandsmäßigen Drohungen richtet sich hier aber immer auch gegen Personen, die gegebenenfalls in ihrer negativen Koalitionsfreiheit betroffen sind, wenn sie entgegen ihrer eigenen Auffassung an einem Arbeitskampf mitwirken müssen⁸⁶. Überdies steht es nicht in ihrer Macht, sich aus dem ausgeübten Zwang zu befreien, indem sie die – gar nicht an sie gerichteten – Tarifforderungen erfüllen. Deshalb muss es bei der hier seit langem grundsätzlich anerkannten Nötigungsstrafbarkeit bleiben⁸⁷. Es bleibt lediglich wieder zu beachten, dass die Verwerflichkeit in jedem Einzelfall geprüft und subsumiert werden muss. Eine allgemeine Befugnis, straflos zu drohen oder Gewalt anzuwenden, kann den Gewerkschaften jedoch aus gutem Grund nicht ausgestellt werden.

Wenn wir vor diesem Hintergrund nochmals kurz nach den hier absehbar überschaubaren *Gestaltungsoptionen* fragen, kommt erneut immerhin in Betracht, dass Unternehmen die Zugänge zu ihrem Betrieb so abriegeln,

85 Dies ist allerdings nicht mit der Aussage zu verwechseln, dass aus dem arbeitsrechtlichen Schutzzentzug automatisch die Verwerflichkeit der Tat folgen würde. Zur stets erforderlichen Prüfung etwa *Neumann*, ZStW 109 (1997), 1, 8 f.; *Eidam*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 8), § 240 StGB Rn. 56 ff.; für die Fallgruppe auch *Altwater*, in: *Leipziger Kommentar StGB* (Fn. 73), § 240 StGB Rn. 138, allerdings problematisch in Rn. 102; immerhin verbal auch *Rieble/Klebeck*, NZA 2006, 758, 761 f.

86 Siehe in diesem Sinne etwa *Sinn*, in: *MünchKommStGB* (Fn. 65), § 240 StGB Rn. 162; *Dütz/Thüsing* (Fn. 8), Rn. 717, 733.

87 BayObLG 7.10. 1955 – RevReg 3 St 182 a-b/55 (Fn. 83); *Fischer* (Fn. 21), § 240 StGB Rn. 49a; *Altwater*, in: *Leipziger Kommentar StGB* (Fn. 73), § 240 StGB Rn. 138; *Sinn*, in: *MünchKommStGB* (Fn. 65), § 240 StGB Rn. 162; *Eser/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 17), § 240 StGB Rn. 25; mit jener Tendenz auch klassisch BAG 21.6. 1988 – 1 AZR 651/86 (Fn. 63), 850; BAG 8.11. 1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 63), 476.

dass sie gegen den Willen des Hausrechtsinhabers nur unter Anwendung körperlicher Gewalt betreten werden können. Dies wird geplante Maßnahmen jedenfalls zeitweise ausschließen oder doch erschweren. Greift die gegnerische Koalition tatsächlich zur Gewalt, liegt eine Strafbarkeit ganz regelmäßig vor. Allerdings bleibt hier zu beachten, dass der kollektiven Arbeitskampfmaßnahme nicht jede Rechtsüberschreitung durch einen Einzeltäter zuzurechnen ist⁸⁸. Soweit die Koalition oder auch Einzelne zu Gewalt greifen, sollten die Betroffenen zur Beendigung der Gewalt und zur Dokumentation die staatlichen Vollzugsorgane hinzuziehen.

3. Besonderheit: Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB)

Schließlich möchte ich abrundend auf eine Besonderheit im Rahmen strafbarer Nötigungen zu sprechen kommen. Werden staatliche Polizeikräfte zur Beendigung einer Arbeitskampfmaßnahme hinzugeholt, ist es immerhin *denkbar*, dass die Arbeitnehmerseite auch auf diese Polizeikräfte durch Gewalt und durch Drohungen einwirkt. In diesem Fall wäre für die Strafbarkeit nicht allein § 240 StGB maßgeblich. Vielmehr würde sich die Strafbarkeit vorrangig nach dem Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) richten, der dem Nötigungstatbestand nach einer jüngeren Novellierung im Strafmaß nicht mehr nachsteht. Für diesen Tatbestand kommt es nicht mehr auf die fragile Verwerflichkeitsprüfung des § 240 StGB an. Die Maßnahme der vollstreckenden Polizei muss aber etwa bei der Auflösung einer Demonstrationsbesetzung oder eines fortgesetzten Flashmobs rechtmäßig sein⁸⁹.

Bei diesem Hinweis will ich es aber sogleich belassen. Der Fall, das deutsche Gewerkschaften körperlichen Widerstand leisten, falls die Polizei etwa einen gegen den Willen des Hausrechtsinhabers fortgesetzten Flashmob auflösen will, erscheint mir rein theoretisch. Die Gewerkschaften werden sich durch die Hinzunahme der Polizei kaum zu gewalttätigen Ausschreitungen verleiten lassen⁹⁰. Gewalt würde die Position der Gewerkschaften insbesondere in der Öffentlichkeit drastisch schwächen. Vor allem aber

88 BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86 (Fn. 63), 849 f.; BAG 8.11.1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 63), 476; *Dütz/Thüsing* (Fn. 8), Rn. 717; auch wieder BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 (Fn. 1), Rn. 67. Siehe aber auch zur Pflicht, Exzesse zu beenden, BAG 8.11.1988 – 1 AZR 417/86 (Fn. 63), 478 f. Anderer Ansicht *Rieble*, NZA 2008, 796, 798 f.

89 Zur streitigen Auslegung dieses Rechtmäßigkeitsmerkmals siehe nur *Fischer* (Fn. 21), § 113 StGB Rn. 21 ff.; *Dietmeier*, in: *Matt/Renzikowski* (Fn. 8), § 113 StGB Rn. 8 ff.

90 Bei Grenzfällen friedlicher demonstrativer Betriebsbesetzungen wird es vielmehr schon schwierig sein, die Polizei auf der Basis der heute wenig klaren Rechtslage zu einem Eingriff in den Arbeitskampf zu bewegen.

kann ich jedenfalls als Außenstehender keine Anzeichen dafür erkennen, dass deutsche Gewerkschaften auf die Anwendung von Gewalt abzielen. Auch zur Beruhigung und Versachlichung der allgemeinen Debatte sollte aus der mit Flashmobs bewiesenen Kreativität der Gewerkschaften nicht auf ihre Neigung geschlossen werden, nun allgemein Recht und Gesetz selbst in Form des Mittels der Gewalt außer Acht lassen zu wollen.

V. Fazit

Ich bin jetzt am Ende angelangt und kann mein Fazit ziehen:

Auch das Strafrecht ist gehalten, sich an der von BAG und BVerfG weit verstandenen Koalitionsfreiheit zu messen. Strafrechtliche Normen sind hier prinzipiell weiter in der Lage, auf die Inanspruchnahme der Kampfmittelfreiheit begrenzend einzuwirken. Dafür ist bedeutsam, dass sich die Strafgerichte über die weitere Ausdifferenzierung der arbeitsverfassungsrechtlichen Vorfragen der Kampfmittelfreiheit zunächst eine eigene Meinung bilden dürfen. Im Einzelnen kommt es sehr auf die konkret betroffenen Rechtsgüter und Delikte an. Danach dürfen wir davon ausgehen,

- dass die Beschädigung oder Zerstörung fremden Eigentums auch im Arbeitskampf als *Sachbeschädigung* strafbar bleibt.
- Ebenso unterfällt die missachtete Ausübung des Hausrechts grundsätzlich weiter dem *Hausfriedensbruch*. Gerade dieses Delikt könnte allerdings bei gegebenen Bezügen der geschützten Räumlichkeit zum Arbeitskampf eine verfassungsrechtliche Einschränkung erfahren. Die strafrechtliche Diskussion steht insbesondere hier – gemessen an der heutigen verfassungsrechtlichen Ausgangslage – noch an ihrem Anfang.
- dass die *Nötigung* Arbeitskampfmaßnahmen, die von der Kampfmittelfreiheit grundsätzlich umfasst sind, nur vergleichsweise wenige fassbare Grenzen setzt. Eine allgemeine Gewaltfreigabe zugunsten der Gewerkschaften etwa zur Einwirkung auf sogenannte Streikbrecher ist allerdings nicht zu erwarten.

Insgesamt bleiben die strafrechtlichen Grenzen und Gestaltungsmöglichkeiten damit vergleichsweise gering. Dies entspricht zum einen der grundrechtlichen Absicherung des Arbeitskampfs. Zum anderen wird aber auch deutlich, dass man für einen hinreichenden Schutz der Interessen der Arbeitgeber kaum gerade auf das Strafrecht vertrauen sollte⁹¹. Der Blick

91 Zur entsprechenden Kritik an der Bedeutung des verbleibenden Hausrechts Jacobs, ZfA 2011, 71, 92; Jöris, Arbeitskampf: Spiel ohne Grenzen?, NJW-Spezial 2014, 370 f.; Otto, in: Rieble/Junker/Giesen (Fn. 2), S. 15, 46 f.; Dütz/Thüsing (Fn. 8), Rn. 1099; positiver etwa Löwisch, NZA 2010, 209 ff.

wird sich vielmehr zurück auf die arbeits(verfassungs)rechtliche Ausdifferenzierung des Art. 9 Abs. 3 GG richten müssen. Soweit hier meines Erachtens fragwürdige Appelle etwa an eine primär vertragstheoretische Rekonstruktion der Koalitionsfreiheit weiter ungehört bleiben sollten, mag sich die Frage stellen, ob Arbeitgeber nicht *ihrerseits* von der Kampfmittelfreiheit Gebrauch machen sollten. Wenn sie die etwa mit Flashmobs bewiesene Kreativität der Gewerkschaften gleichsam kontern, dürfte die wenig behagliche Beobachtung eines sich aufschaukelnden Arbeitskampfs BAG und BVerfG wesentlich wirkungsvoller dazu anregen, eine *in praxi* kaum begrenzbare Kampfmittelfreiheit zugunsten einer stärker konturierten Kampfmittelfreiheit zu überdenken.

Diskussion

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

Vielen Dank, Herr *Gaede*. Wir haben im Vorfeld der Veranstaltung darüber diskutiert, ob wir fünf Referenten je 30 Minuten sprechen lassen oder vier je 45 Minuten. Unsere Referenten haben uns heute die Entscheidung abgenommen. Wir haben fünf Referenten mit jeweils 45 Minuten – Herrn *Sprenger* ausgenommen. Es tut mir leid, Herr *Sprenger*, dass Sie die Information über die Umstellung von uns nicht früher bekommen haben. Trotzdem dürfen wir uns ganz herzlich bedanken für dieses wunderbare Referat, weil es uns gewissermaßen strafrechtlich geerdet hat, aber trotzdem als Pionierleistung zu werten ist, wie Sie ja selber in einer kleinen Fußnote im Vortrag angedeutet haben. Damit darf ich aber auch die Diskussion eröffnen.

Professor Dr. Abbo Junker, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Lieber Herr *Gaede*, vielen Dank für diesen interessanten Vortrag, der mich an die besten Strafrechtsvorlesungen erinnert und mich hat feststellen lassen, dass die Didaktik des Strafrechts sich gegenüber meiner Studienzeit weiter verbessert hat. Ich habe eine Bitte um zusätzliche Information zum Tatbestand des Hausfriedensbruchs, und zwar nicht in Bezug auf die Flashmob-Aktionen, die vielleicht viel mehr diskutiert werden als sie praktisch werden, sondern in Bezug auf Betriebsbesetzungen. Denn die Rechtsvergleichung zeigt, dass Betriebsbesetzungen nicht nur bei uns, sondern auch im Ausland vorkommen: Wie ist es, wenn die Arbeitnehmer einfach im Betrieb sitzen bleiben und nicht nach Ende der Schicht hinausgehen? Wo würden Sie den Ansatz zum Hausfriedensbruch sehen?

Zum anderen: Wie ist es mit den Gegenmitteln des Arbeitgebers? Ich habe in Göttingen drei Universitätsbesetzungen durch linke Gruppen und dabei die Polizei – oder allgemein die staatlichen Organe – immer nur so erlebt, dass sie mit ihren Autos um die Universität herumgefahren sind, sich das angesehen und gewartet haben, bis es von selbst zu Ende geht. Wenn der Arbeitgeber das nicht tun möchte, was muss er bei seinen Notwehrhandlungen, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Dauercharakters dieses Delikts, beachten?

Lassen Sie mich noch ein Weiteres sagen: Ich habe gerade eine Doktorarbeit besprochen über Arbeitskämpfe in der kolumbianischen Blumenindustrie. Dort sind Besetzungen der Plantagen gang und gäbe. Sie werden

rigoros beendet durch die Arbeitgeber, indem sie Gruppen anheuern, die die Gewerkschafter einfach hinausbefördern. Wie wäre das im deutschen Recht zu sehen?

Professor Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School Hamburg:

Auch im deutschen Recht ist es natürlich so, dass man sich gegen Beeinträchtigungen seiner Güter – mögen sie strafrechtlich geschützt sein oder auch nicht – wehren darf, wenn es sich um einen rechtswidrigen Angriff handelt. Die Notwehr greift mit ihren allgemeinen, insbesondere auf die Erforderlichkeit von Gewalt abstellenden Schranken ein. Insoweit muss der Arbeitgeber zwar nach wie vor keine Verhältnismäßigkeitsprüfung fürchten. Er darf aber auch bisher schon keine Verletzungen oder sonstige Beeinträchtigungen auslösen, die etwa zur zeitweisen Besetzung eines Betriebs völlig außer Verhältnis stehen. Dies wäre die Messlatte des Arbeitgebers, wenn die Polizei nicht agiert.

Natürlich wird der Arbeitgeber aber hoffen, dass nicht er, sondern die Polizei eine rechtswidrige Besetzung gegebenenfalls mit Gewalt beenden wird. Auch ich sehe dabei das Problem, dass sich die Polizei insoweit möglichst zurückhalten will, um mit den Gewerkschaften nicht in Konflikt zu geraten. Hier wird man als Arbeitgeber große Überzeugungsleistungen erbringen müssen. Hierfür können Sie im Moment nach der strafrechtlichen Meinungslage noch stark mit dem *Status quo* argumentieren, der bislang keine Einschränkung des Hausrechts anerkennt. Bisher finden Sie in jedem strafrechtlichen Kommentar eine deutliche Aussage: Wenn das Hausrecht ausgeübt worden ist, darf und muss die Besetzung beendet werden. Darauf müsste man dringen, bis auch die Polizei reagiert. Indes kommt es nun meines Erachtens darauf an, für die Zukunft ernsthafter zu fragen, ob die vermehrt anerkannte Kampfmittelfreiheit zu einer Veränderung führt. Die bisher ganz klare Grenze eines völlig undurchlässigen Verbots von Besetzungen könnte fallen, wenn einer Gewerkschaft nachweislich keine andere Wahl als die Entscheidung zu einer sogenannten Demonstrationsbesetzung geblieben ist. Eine Notwehr gegen einen arbeitsrechtlich erlaubten Sachverhalt müsste dann ausscheiden.

Ich bin mir allerdings nicht sicher, ob ich alle Aspekte Ihrer umfangreicheren Ausführungen in Erinnerung behalten habe; ich fürchte nicht. Können Sie mir noch einmal auf die Sprünge helfen?

Abbo Junker:

Der Kernaspekt waren der Grund und die Grenzen des arbeitgeberseitigen Notwehrrechts, immer unter der Prämisse, dass der Arbeitgeber sich viel-

leicht erst am dritten oder vierten Tag der Betriebsbesetzung entscheidet, das Geschehen gewaltsam zu beenden, und unter der Prämisse, dass staatliche Hilfe zur Beendigung der Betriebsbesetzung nicht zu erlangen ist. Das ist in fast allen europäischen Staaten eine realistische Prämisse. Selten bis nie greifen staatliche Organe ein, selbst wenn Betriebsbesetzungen völlig klar als Hausfriedensbruch gesehen werden.

Karsten Gaede:

Wie gesagt, das Notwehrrecht besteht, soweit sich die verfassungsrechtliche Lage nicht gewandelt hat; die Ausführenden müssen beachten, dass keine gravierenden Verletzungen bei der Notwehrausübung vorkommen. Das ist die Linie. Wenn der Arbeitgeber sich der Rechtswidrigkeit sicher sein darf, weil es sich etwa nicht um eine kurze, eher demonstrative Besetzung handelt, sondern die Gewerkschaft vielmehr droht, „wir gehen jetzt hier nicht weg bis es läuft mit dem Tarifvertrag“, dann müssen Sie die Polizei auf ihre Seite bekommen. Ich muss doch sagen, dass ich bei derartigen Kampfmaßnahme durchaus davon ausgehe, dass Sie die deutsche Polizei auf Ihre Seite bekommen werden. Über andere Staaten kann und möchte ich nicht spekulieren. Und ich möchte auch betonen, dass meine hypothetischen Erwägungen zu einer durchaus möglichen weiteren Ausdifferenzierung der Kampfmittelfreiheit mehrtägige Besetzungen gar nicht umfassen.

Richard Giesen:

Das Ganze ist sicher auch eine Frage der polizeirechtlichen Verhältnismäßigkeit. Wir kennen es eher aus totalitären Staaten oder auch aus Ostblockstaaten, dass gegen demonstrierende Studenten mit Kampfpanzern vorgegangen worden ist. Es ist sicherlich so, dass es Motive gibt für die Polizei, nicht mit Gewalt gegen eine Betriebsbesetzung vorzugehen, die man vielleicht anderweitig zu Ende bringen könnte.

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

Ich habe eine theoretische und eine praktische Frage. Ich fange mit der theoretischen an: Stellen wir uns einmal vor, kühne Arbeitsrichter kommen auf die Idee zu sagen: „Betriebsbesetzungen ohne jede Substanzverletzung geht schon.“ Das ist auch nicht viel anders als Flashmob, der eine Ladenbesetzung ist. Jetzt stellt sich bei mir sofort die Frage: Was mache ich eigentlich, wenn zwei konkurrierende Gewerkschaften denselben Betrieb zur selben Zeit besetzen wollen? Begeht dann die zweite eine Nöti-

gung, weil die erste ein Prioritätsprinzip genießt oder dürfen sie dann mit Klappspaten und Boxhandschuhen die Priorität körperlich ausfechten? Um es noch ein bisschen auf die Spitze zu treiben: Wenn die Gewerkschaft einen Betrieb besetzen darf, dürfte dann der Arbeitgeber nicht auch selbst den eigenen Betrieb besetzen? Würde nicht die Kampfmittelfreiheit der Arbeitgeberseite zu demselben Problem führen, dass man sich am Ende mit Fäusten gegenübersteht? Das ist die theoretische Frage.

Jetzt kommt die Praxis: Warum gibt es praktisch keinerlei Entscheidungen zu Arbeitskampfvorfällen? Das war in den 1950er Jahren anders. Das liegt jedenfalls bei tarifbezogenen Arbeitskämpfen. Anders ist es bei wilden Streiks oder Streiks, die Betriebsräte auch einmal durchführen, die glatt rechtswidrig sind. Gibt es dann einen Tarifabschluss? In fast allen Tarifabschlüssen steht irgendwo eine Maßregelungsklausel oder ein Maßregelungsverbot. Darin verpflichten sich die Arbeitgeber nicht nur, keine Schadensersatzansprüche a) gegen Arbeitnehmer und b) gegen die Gewerkschaft zu erheben, auch in Bezug auf etwaige rechtswidrige Kampfmaßnahmen, sondern in vielen dieser Maßregelungsverbote gibt es explizit eine Regelung, dass man keine Strafanträge stellen darf und etwaige Strafanträge zurückzunehmen sind. Jetzt die Frage an den Prozessualisten: Sind solche Verpflichtungen über das eigene Strafantragsrecht zulässig oder ist es, wie das BVerfG es schon einmal gesagt hat, ein individuelles staatsbürgerliches Recht, über das man nicht verfügen kann?

Karsten Gaede:

Letzte Frage zuerst: Zunächst wäre es aus der Perspektive des Strafprozesses keine wirksame Beschränkung. Die Frage ist, ob man letzten Endes zivilrechtlich eine solche Beschränkung wirksam eingehen kann. Da ist „mein Revier“ nicht betroffen. Strafprozessual ist es ganz klar: Allein die zivilrechtliche Verpflichtung, keinen Strafantrag zu stellen, ist aus der Perspektive der Strafprozessordnung kein Grund, die Strafverfolgung aufzuhalten. Man kann das öffentlich-rechtliche Strafrecht insoweit nicht vertragsrechtlich aus dem Spiel halten. Die Fragen, die sich im Binnenverhältnis stellen, sind zivil- bzw. arbeitsrechtlich auszufechten.

Die erste Frage: konkurrierende Gewerkschaften. Hier ist natürlich klar: Wenn man die hypothetischen Überlegungen mitgeht und je nach Standpunkt erwartet oder befürchtet, dass das BVerfG noch weitere Schritte geht, sind derartige Folgefragen denkbar. Allerdings ist dort, um Gewalt im Zweifel zu vermeiden, in der Tat nur eine Prioritätslösung möglich. Ich sehe keine Möglichkeit, hier Regelungen einzuführen, um im Rahmen der Kampfmittelfreiheit spontane Ideen in eine Art Zeit- und Raumverteilungsschema zu bringen. Es schlägt sich, wenn man so will, schlicht die Kreativität desjenigen nieder, der zuerst mit dem Verfassungsrecht im Rücken

das Mittel eingesetzt hat. So würde ich es spontan lösen, damit die Hypothese, Besetzungen könnten in Zukunft unter Umständen zulässig sein, nicht allzu schnell in Gewalt umschlagen kann.

Die zweite Überlegung, nach der auch die Arbeitgeber entsprechende Rechte entgegenhalten, finde ich ganz besonders interessant. Ich habe mir verkniffen, Vergleichbares anzusprechen. Wenn BVerfG und BAG vertreten: „Ja, die Koalitionsfreiheit gibt die Freiheit der Mittel.“, dann dürfen natürlich auch die Arbeitgeber kreativ sein und etwa eigene Rechte zur Demonstration ihrer Positionen der Gewerkschaft entgegenhalten. Nun werden Sie vielleicht einwenden, dass das BAG kreativen Ansätzen *der Arbeitgeber* plötzlich nicht mehr so aufgeschlossen gegenüberzutreten würde. Wenn das BAG dem Arbeitgeber mit einer verstärkten Kampfmittelfreiheit auf Arbeitnehmerseite etwa beim Hausrecht eigene Mittel beschränken würde, muss es sich entsprechenden Gegenansätzen der Arbeitgeber indes stellen. Und vielleicht sind kreative Ansätze der Arbeitgeber insoweit ein geeigneter Weg, auf dem sich zeigen lässt, dass eine Kampfmittelfreiheit ein abschüssiges Gleis bedeutet. Eine sich kreativ aufschaukelnde und gegebenenfalls in Konflikten um „Demonstrationsraum“ eskalierende Rechtsentwicklung könnte klarstellen, wozu eine von beiden Seiten beanspruchte Kampfmittelfreiheit vielleicht notwendig führen muss. Auch unter rechtspolitischen Gesichtspunkten könnte dies wirksamer sein als der Versuch, das BAG an ein vertragstheoretisches Konzept der Koalitionsfreiheit zu binden. Ich sehe nicht, weshalb die Kampfmittelfreiheit nicht auch den Arbeitgebern zukommen sollte.

Richard Giesen:

Jetzt wollte ich mich noch kurz im Nachgang zu *Volker Rieble* einschalten. Glauben Sie nicht, dass es ein *argumentum ad absurdum* war, die theoretische Frage von Herrn *Rieble*? Erstens: Sollte man sich nicht doch durchringen zu der Erkenntnis, dass jemand, der einen Flashmob oder eine Betriebsbesetzung durchführen möchte, dort *a priori* in den betreffenden Räumlichkeiten nicht erwünscht ist, zweitens dies weiß und damit drittens ohne weiteres den Tatbestand des § 123 Abs. 1 StGB erfüllt? Vielleicht wäre das doch der einfachere Weg.

Karsten Gaede:

Letzteres wäre sicher der einfachere Weg. Das ist ganz klar. Gerade Strafgerichte, die sich um gewaltsame Weiterungen etwa infolge des angesprochenen Notwehrrechts sorgen, dürften jedenfalls eine explizite Ausübung eines Hausrechts streng über den Hausfriedensbruch zulasten der Kampfmittelfreiheit aufrechterhalten wollen. Von vornherein schon in je-

dem Betreten der Räumlichkeiten einen Hausfriedensbruch zu sehen – dies gibt aber schon die bisherige strafrechtliche Praxis ganz allgemein nicht her.

Und zu Herrn *Rieble*: Ich verstehe schon, dass viele Arbeitsrechtler, die eine vertragstheoretische Engführung der Koalitionsfreiheit befürworten, eine ausgeweitete Kampfmittelfreiheit als ein im Grunde lächerliches Konstrukt begreifen. Ich rate aber dazu, die Kampfmittelfreiheit aus der maßgeblichen grundrechtlichen Sicht, die BVerfG und BAG prägen, ernster zu nehmen. Natürlich ist der Hinweis darauf, welche Zuspitzungen bei mehreren Gewerkschaften und eigenen Wünschen des Arbeitgebers nun denkbar werden, ein gutes Gegenargument. Es legt nahe, die Raumnutzung weiterhin strikt nach Hausrecht und Eigentum zu verteilen. Ich denke bzw. befürchte aber doch, dass Sie alle sich der Finalität der Grundrechte und der aus ihr erwachsenden Kampfmittelfreiheit stellen werden müssen. Die Kampfmittelfreiheit ist in der Welt. Sind die Beeinträchtigungen für sich genommen zunächst nicht allzu gewichtig und geht es um Orte, die mit dem Tarifvertrag zusammenhängen und dadurch einen Konnex herstellen, dann führt der Gedanke eines effektiven Grundrechtsschutzes dazu, dass wir Folgefragen nicht nur rhetorisch beantworten müssen. Es gibt dann wieder leider keine einfachen Lösungen, sondern eine nach Fällen differenzierte Lösung. Darin liegt eher meine Erwartung, auch wenn Sie selbst über derartige Entwicklungen lieber gar nicht nachdenken möchten. Wünschenswert kann man das Gegenteil natürlich finden.

Dirk Vogelsang, Weißmantel & Vogelsang, Bremen:

Meine Frage ist nicht ganz so fantasievoll und rhetorisch wie die von Herrn *Rieble*. Ich möchte noch einmal ein neuralgisches Thema ansprechen, das in den von uns wahrgenommenen Bereichen vielleicht nicht eine so große Rolle spielt, aber könnte allgemein vielleicht ja doch. Das Thema „strafrechtliche Grauzone, Streikbrecher, Verhalten von Streikwilligen gegenüber arbeitswilligen Arbeitnehmern“: Ich möchte einmal zwei Beispiele aufführen. Eins habe ich selbst als damals noch junger Student in West-Berlin erlebt. 1978, Druckerstreik in der Mercato-Druckerei, die streikwilligen Drucker haben ein Spalier gebildet, das so eng war, dass die anderen nicht mehr richtig hindurchkonnten, jedenfalls nicht, ohne dass es ein Spießrutenlauf war, von der Auslieferung der Zeitungen, die schlimm aussahen. Wenn Redakteure Zeitungen machen ist es ohne Drucker nicht so schön. Das war damals ein ziemlich heißes Thema.

Eines habe ich persönlich erlebt vor nicht ganz so langer Zeit: Streik der deutschen BA, des Cockpitpersonals, war auch damals schon in Berlin. Kam ein Managementpilot mit zwei Copiloten im Schlepptau an, vorne

standen neun streikende Piloten. Er hatte sie beide an den Krawatten hinter sich hergezogen und sagte: „Ich habe hier zwei Arbeitswillige und wir wollen hier jetzt einmal durch“ und die sagten: „Nein.“ Das hat sich dann so geklärt, dass er allein hineingegangen ist. Ich glaube, es hat auch keine strafrechtlichen Folgen gehabt, aber wenn Sie ein paar Dinge dazu sagen könnten: Gibt es dazu eine Trennschärfe, wo hört das Zulässige auf, wo fängt das strafrechtlich Relevante an?

Karsten Gaede:

Der Grundgedanke ist sicher der, dass etwa keine geschlossene Kette gebildet werden darf, die unter weiterer Kraftentfaltung die Überwindung durch „Streikbrecher“ verhindert. Hier handelt es sich schon bisher um eine Nötigung, zumal die negative Koalitionsfreiheit der Arbeitswilligen hier negiert wird. Wenn Arbeitswillige geschubst werden, müssten wir uns je nach den zurückbleibenden Folgen – wieder keine einfache Antwort – auch über eine strafbare Körperverletzung unterhalten. Etwa die an anderer Stelle erwähnte Überlegung, man werde die Arbeitswilligen doch 15 Minuten zur Not gewaltsam aufhalten können, könnte in der strafrechtlichen Dogmatik und in der Rechtsprechung nicht mit Verständnis rechnen. Körperliche Einwirkungen müssen ausgeschlossen sein. Es ist lediglich möglich, dass die Strafverfolgungsbehörden in solchen Fällen am Ende nicht zu einer Verurteilung gelangen, sondern die allgemein sehr verbreiteten Verfahrenseinstellungen gegen die Zahlung von Geldbeträgen anregen.

Ein Spießrutenlaufen ist auch nicht schön. Da ist allerdings die maßgebliche Grenze zur Gewalt noch nicht ohne weiteres überschritten. Das Spießrutenlaufen kann dann zum Problem werden, wenn es etwa als Androhung körperlicher Beeinträchtigungen verstanden werden muss. Wenn es so zu interpretieren ist, wäre es im Sinne der Nötigung tatbestandsmäßig und aus meiner Sicht auch über eine Verwerflichkeitsabwägung nicht mehr gedeckt. Ein strafrechtliches Risiko stünde im Raum. In diesem Bereich sehe ich auch durch die Kampfmittelfreiheit keine Entwicklungen. Hier geht es um Personen, die nicht mit dem Arbeitgeber gleichzusetzen sind, der den Tarifvertrag unterschreiben soll.

David Schäfer, Weißmantel & Vogelsang, Bremen:

Meine Frage bezieht sich auch auf den Hausfriedensbruch und dort auf den Anwendungsbereich im öffentlichen Raum. In Bezug auf den Flughafen Frankfurt beispielsweise gab es eine Entscheidung des BVerfG, ob und inwieweit Demonstrationen im Foyer des Flughafens stattfinden können. Das BVerfG hat – so habe ich es jedenfalls verstanden – auch unter Ver-

weis auf die entsprechenden Grundrechte – Versammlungsfreiheit, Meinungsäußerungsfreiheit – gesagt: „Das ist ein besonderer, öffentlich zugänglicher Raum, ein Forum. Hier hat – obwohl es sich um Privateigentum handelt – der Flughafen nicht die Möglichkeit, vom Hausrecht Gebrauch zu machen. Das hat möglicherweise bei Demonstrationen im Rahmen von Arbeitskämpfen auch eine Bedeutung.“ Da stellt sich für mich die Frage: An welcher Stelle – dogmatisch – würde man das einsortieren?

Karsten Gaede:

Das wäre schon eine Frage des Tatbestands. Ich habe in meinem Vortrag erwähnt, dass auch Vorbereiche von Geschäftsräumen oder Wohnungen geschützt sind, wenn es sich um eng mit den Gebäuden verbundene Bereiche handelt. Falls es um einen groß angelegten und offenen Vorraum geht, ist diese Dimension überschritten. Wenn ich den geschilderten Beispielsfall richtig vor Augen habe, liegt darin der Grund, weshalb dort § 123 StGB schon sehr früh keine Schranke mehr war.

**Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität
Hamburg:**

Sie haben unterschieden bei § 123 StGB zwischen der äußeren Erkennbarkeit der finsternen Absichten derjenigen, die den Laden betreten, und denen, die sich tarnen. Sie sagten, wenn ich es richtig verstanden habe, Letzteres sei für § 123 StGB unproblematisch, werde nicht erfasst. Laienhaft würde ich es genau umgekehrt empfinden. Derjenige, der täuscht, der trickst, der sich hineinschleicht und dann die Bombe zündet, ist der nicht gefährlicher als derjenige, der die Absichten gleich offenlegt?

Karsten Gaede:

Bei der Frage, ab wann das Betreten einer Räumlichkeit nicht mehr von einer erkennbaren generellen Zutrittsberechtigung umfasst ist, stoßen wir nicht mehr auf ein arbeitsrechtsspezifisches Problem. Wir treffen auf eine allgemeine Auslegung, die sich vor allem darum sorgt, das Strafrecht an äußerlich fass- und feststellbaren Sachverhalten ansetzen zu lassen. Wir sind bewusst und zu Recht vorsichtig, allein auf innere Absichten abzustellen. Im Übrigen ist nach dem Tatbestand ein Eindringen erforderlich, das nicht mit einem Einverständnis geschehen kann. Es muss ein Wille offen überwunden bzw. doch missachtet werden. Diesen Willen bestimmt das Strafrecht beim Hausfriedensbruch und etwa auch beim Diebstahl nicht allein nach zivilrechtlichen Verboten, innerlich bestimmte Zwecke mit dem Betreten der Räumlichkeit zu verbinden. Mehr dürfte uns beim

gegebenen Wortlaut, der ein Eindringen und eben einen Hausfriedensbruch verlangt, nicht möglich sein. Und dass sich schon bei jedem Zutritt zu einer Räumlichkeit des Arbeitgebers durch organisierte Arbeitnehmer aus dem äußerlichen Verhalten nach den Maßstäben der StPO sicher darauf schließen ließe, dass nun eine hausrechtswidrige Aktion bevorsteht, halte ich schon vor dem Hintergrund der Koalitionsfreiheit für fernliegend. Der insoweit greifende „Trick“, die generelle Zutritts-erlaubnis zu nutzen, mag zwar als unbillig empfunden werden. Die dahinter stehende Wortlautgrenze bringt dies aber nicht zu Fall.

Gesetzgeberische Optionen – von der Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge zur umfassenden Kodifizierung

Lena Rudkowski

Seite

I. Einleitung	170
II. Gesetzgeberische Optionen im Einzelnen	170
1. Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge	170
a) Anwendungsbereich der Regelung	171
b) Streikrechtseinschränkungen im Einzelnen	172
aa) Pflicht zum Notdienst	172
bb) Obligatorischer Schlichtungsversuch	173
cc) Ankündigungspflicht	173
dd) Sonstiger Regelungsbedarf	174
2. Umfassende Kodifizierung	175
a) Verbot des Unterstützungsstreiks	175
b) Einschränkung der Kampfmittelwahlfreiheit	176
c) Regelung des Beamtenstreikrechts	177
3. Optionen der Landesgesetzgeber	178
a) Ausschluss der Landesgesetzgeber durch das KRG Nr. 35	179
b) Ausschluss durch Tarifrecht des Bundes	180
c) Ausschluss durch richterrechtliche Grundsätze zum Arbeitskampfrecht	181
III. Fazit	182
Diskussion	183

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Entgrenzter Arbeitskampf?*
(München 2015), S. 169-182

I. Einleitung

Wir haben heute gesehen, wie das Bundesarbeitsgericht dem Arbeitskampf zunehmend mehr Raum gibt. Wir haben Wege gesucht, mit dieser neuen Rechtsprechung umzugehen. Was wir aber nicht vergessen sollten: Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, das Arbeitskampfrecht auszugestalten, durch koordinierende Regelung zu gewährleisten, dass die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegenübers nebeneinander bestehen können.¹

Dem Gesetzgeber steht hierbei ein weiter Handlungsspielraum, eine Einschätzungsprärogative zu,² was seine Optionen fast unüberschaubar macht. Daher können wir uns hier nur drei ausgewählte, dafür aber grundlegend verschiedene Wege ansehen, die die Gesetzgebung im Arbeitskampfrecht beschreiten könnte.

II. Gesetzgeberische Optionen im Einzelnen

Bei den drei grundlegend verschiedenen Regelungsmöglichkeiten handelt es sich um die Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge, die umfassende Kodifizierung des Arbeitskampfrechts und um ein „Weiter wie bisher“, ein Ungeregeltes des gesamten Bereichs – das Anlass gibt, über Optionen der Landesgesetzgeber nachzudenken.

1. Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge

Beginnen wir mit der Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge, gleichsam die „Minimallösung“ – von der Regelung des Arbeitskampfrechts erfasst sind hier nur ausgewählte Wirtschaftszweige, solche, die lebenswichtige Leistungen erbringen. Gerechtfertigt wird der in der Regelung liegende Eingriff in das bekanntlich von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Streikrecht³ dadurch, dass bei einem Ausfall der lebenswichtigen Leistungen hochrangige Rechte der Bevölkerung betroffen sind.

1 VerfG 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 115. Deutlicher (für eine Pflicht des Gesetzgebers zum Tätigwerden mit Blick auf die Wesentlichkeitstheorie) Scholz, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 71. Erglfg. 2014, Art. 9 Rn. 168.

2 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, 494; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87 und 1 BvR 1421/86, NZA 1995, 754, 756.

3 BVerfG 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85, BVerfGE 88, 103, 114; 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, 228.

a) Anwendungsbereich der Regelung

Auch wenn hier im Folgenden vom Streik in der Daseinsvorsorge die Rede ist – eine gesetzliche Regelung müsste mit Blick auf das in Art. 3 Abs. 1 GG geregelte Gleichheitsgebot zwingend auch die Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeberseite abdecken. Zudem ist, obwohl bei den Arbeitskämpfungsmitteln der Arbeitnehmer nur dem Streik praktische Bedeutung zukommt, nur eine Regelung sinnvoll, die eine Aussage zu allen Arbeitskämpfungsmitteln trifft. Ansonsten könnten durch Wahl eines anderen Kampfmittels die Streikrechtseinschränkungen umgangen werden.

Das Kernproblem einer gesetzlichen Regelung aber ist, diejenigen Branchen und Betriebe zu identifizieren, die der „Daseinsvorsorge“ angehören, solche, die für die Bevölkerung lebenswichtige Leistungen erbringen.⁴

Zu ermitteln ist die „Lebenswichtigkeit“ anhand der verfassungsrechtlich geschützten Rechte der Bevölkerung, die beim Ausfall der Leistung betroffen sind. Es wird darauf abgestellt, ob und wie die im Streik nicht erfüllten Bedürfnisse grundrechtlich abgesichert⁵ und ob sie damit grundsätzlich geeignet sind, das Streikrecht zu überwiegen.

Zu den lebenswichtigen Leistungen gehören zunächst solche, die das bloße physische Überleben sichern, etwa die Wasser- oder die Krankenversorgung. Dem von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützten Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist stets der Vorrang einzuräumen vor der Ausübung des Streikrechts.

Als lebenswichtig hat der Gesetzgeber ferner diejenigen Leistungen einzuordnen, für die ihm das Grundgesetz eine Gewährleistungsverantwortung auferlegt (wie etwa Post- und Telekommunikationsleistungen, s. Art. 87f Abs. 1 GG).

Im Übrigen ist der Gesetzgeber im Wesentlichen frei, welche Branchen er der Daseinsvorsorge zuordnet.⁶ Er muss seine Entscheidung lediglich festmachen an der Art und Zahl der im Fall eines Ausfalls betroffenen Grundrechte der Bevölkerung. Seine Aufgabe wird ihm dadurch erleichtert, dass er an verschiedenen Stellen außerhalb des Arbeitskampfrechts bereits die Entscheidung getroffen hat, welche Leistungen als lebenswichtig einzustufen sind. So werden lebenswichtige Leistungen typischerweise

4 Ausf. zum Begriff der Daseinsvorsorge im Arbeitskampfrecht *Rudkowski*, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 33 ff.

5 *Ringwald*, Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, 2007, S. 141.

6 Verwiesen sei noch einmal auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers bei der Regelung des Arbeitskamps, s. BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, 494; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87 und 1 BvR 1421/86, NZA 1995, 754, 756.

strafrechtlich⁷ und/ oder durch weitreichende staatliche Eingriffsbefugnisse in Not- und Krisenfällen⁸ besonders gegen Ausfälle geschützt.⁹ An dieser von ihm bereits geleisteten „Vorarbeit“ kann der Gesetzgeber sich orientieren.¹⁰

b) Streikrechtseinschränkungen im Einzelnen

Um verfassungsgemäße Streikrechtseinschränkungen zu finden, hat der Gesetzgeber die widerstreitenden Interessen zu einem verhältnismäßigen Ausgleich zu führen. Er darf in Art. 9 Abs. 3 GG nur soweit eingreifen, als dies zum Schutz der Rechte der Bevölkerung notwendig ist. Dem widerspräche etwa ein Streikverbot für alle Arbeitnehmer in den Bereichen der Daseinsvorsorge.

Insgesamt ist viel weniger gesetzgeberisches Tätigwerden notwendig, als es auf den ersten Blick den Anschein haben mag. Es genügen einige ausgewählte prozedurale Regelungen, um das Streikrecht zu einem angemessenen Ausgleich mit den Rechten der Bevölkerung zu bringen.

aa) Pflicht zum Notdienst

Von grundlegender Bedeutung ist eine Pflicht der Arbeitskämpfparteien zum Notdienst. Es muss der Grundsatz gelten: „Ohne Notdienstvereinbarung kein rechtmäßiger Streik“.¹¹ Durch die Notdienst- (oder auch: Notstands-)vereinbarung legen die Kämpfparteien selbst fest, welche Arbeitnehmer auch im Streik tätig werden, welche Funktionen und Aufgaben auch im Streik erfüllt werden müssen, um die Erbringung der lebenswichtigen Leistungen sicherzustellen und so die Bevölkerung zu schützen.¹² Die Notdienstvereinbarung, in vielen Bereichen der Daseinsvorsorge, etwa bei Streiks in Krankenhäusern, ohnehin bereits üblich, ist wie kaum eine andere Streikrechtseinschränkung zugleich effektiv und von geringer Ein-

7 S. etwa §§ 316b, 317 StGB, Schutz von Einrichtungen zur Versorgung der Bevölkerung mit Post, Verkehr oder Telekommunikation.

8 S. etwa das EnSiG zur Sicherung der Energieversorgung mit den darauf beruhenden Verordnungen.

9 Näher Rudkowski (o. Fn. 4), S. 51 ff.

10 Zu regelungstechnischen Problemen bei der Festlegung des Anwendungsbereichs eines Gesetzes über den Streik in der Daseinsvorsorge bereits Rudkowski, in: Pötters/Stiebert (Hrsg.), Arbeitsrecht – für wen und wofür?, S. 91, 93 ff.

11 Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte – Entwurf und Begründung, 1988, S. 54 ff.; Kissel, Arbeitskampfrecht, 2002, § 31 Rn. 8; Oetker, Not- und Erhaltungsarbeiten, 1984, S. 39, 41; Rudkowski (o. Fn. 4), S. 116 ff.; Treber, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 193 Rn. 65, 67.

12 Zum Begriff der Notstandsvereinbarung BAG 31.1.1995 – 1 AZR 142/94, BAGE 79, 152, 155 f.

griffsintensität: Ein ausreichender Notdienst wahrt die Rechte der Bevölkerung, verwehrt aber nur denjenigen Arbeitnehmern das Streiken, die unmittelbar zur Leistungserbringung gebraucht werden. Zugleich bleiben die Arbeitskampfparteien Herren des Konflikts, und beschränken sich in ihrer Rechtsausübung lediglich so weit wie nötig selbst.

bb) Obligatorischer Schlichtungsversuch

Hinzu treten muss ein obligatorischer Schlichtungsversuch, synonym Schlichtungszwang. Er ist nicht zu verwechseln mit der (unzulässigen)¹³ Zwangsschlichtung, bei der ein Dritter sich in den Tarifkonflikt einschaltet und den Arbeitskampf dadurch beendet, dass er den Parteien einen Tarifvertrag diktiert. Beim obligatorischen Schlichtungsversuch schalten die Parteien vielmehr einen unparteiischen, grundsätzlich von ihnen ausgewählten Dritten ein, der sie bei den Verhandlungen unterstützt, vermittelt, einen eigenen, unverbindlichen Schlichtungsvorschlag macht.¹⁴ Erst wenn das Schlichtungsverfahren erfolglos beendet ist, ist der Weg offen für einen rechtmäßigen Streik. Der obligatorische Schlichtungsversuch ist damit der wohl greifbarste Ausdruck der Verhältnismäßigkeit, genauer, des – beim BAG zugegeben nicht mehr besonders populären – Ultima-Ratio-Prinzips:¹⁵ Der Arbeitskampf muss letztes Mittel sein. Die Rechtsordnung kann nicht eine private Auseinandersetzung gestatten, die Rechte Dritter in Mitleidenschaft zieht, wenn noch nicht alles getan ist, den Konflikt auf friedlichem Wege zu lösen. Die Eingriffsintensität des Schlichtungsversuchs aber ist gering. Bleibt er erfolglos, hat er den Streik nur verzögert. Hat er Erfolg, kommt es nicht zum offenen Konflikt, und den Rechten der Bevölkerung ist ebenso gedient wie den Interessen der sozialen Gegenspieler.

cc) Ankündigungspflicht

Neben Schlichtungszwang und Notdienst muss grundsätzlich eine Ankündigungspflicht gegenüber der Öffentlichkeit treten, die Pflicht der kampf-führenden Partei, ihre Maßnahme rechtzeitig vor deren Beginn nach Art, Ort, Anfangstermin und Dauer bekannt zu machen. Dies gilt jedoch nur für die Bereiche der Daseinsvorsorge, deren Leistungen der Bevölkerung nicht jederzeit zur Verfügung stehen müssen, etwa weil die Bevölkerung auf alternative Leistungen oder Leistungserbringer ausweichen kann, wie

13 BAG 10.11.2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437, 444; ErfK/*Linsenmaier*, 15. Aufl. 2015, Art. 9 GG Rn. 70; *Kissel* (o. Fn. 11), § 69 Rn. 25; *Ricken*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 209 Rn. 7; *Rüthers*, NZA 2010, 6, 9; *Wesche*, ZRP 2004, 49, 52.

14 Näher *Rudkowski* (o. Fn. 4), S. 103 ff.

15 Für Streik als *ultima ratio* noch BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 306.

z.B. bei der Bahn oder im Öffentlichen Nahverkehr.¹⁶ Nur wenn, wie in diesen Bereichen, die Bevölkerung sich auf den Ausfall der Leistung einstellen kann, ist die Ankündigungspflicht geeignete Streikrechtseinschränkung.

Muss eine Leistung für die Bevölkerung hingegen stets verfügbar sein (z.B. Wasserversorgung, Krankenversorgung), bedarf es keiner Ankündigungspflicht. Die bloße Information, dass die Leistung ausfallen könnte, hilft den Bürgern dann nicht weiter. Schutz bietet hier vielmehr nur ein entsprechend strenger Notdienst.¹⁷

dd) Sonstiger Regelungsbedarf

Diese drei Streikrechtseinschränkungen – Schlichtungszwang, Notdienst, Ankündigungspflicht – müssten von einer gesetzlichen Regelung zugegebenermaßen noch präzisiert werden. So müsste beim Notdienst z.B. bestimmt werden, wer etwaige Konflikte um seinen Umfang entscheidet.¹⁸ Beim Schlichtungsversuch wäre das Verfahren näher auszugestalten, bei der Ankündigungspflicht wären die betroffenen Branchen sowie insbesondere eine Ankündigungsfrist festzulegen.

Im Ergebnis aber genügen diese drei einfachen prozeduralen Regelungen, um die Rechte der Bevölkerung gegen den arbeitskampfbedingten Ausfall von Leistungen der Daseinsvorsorge zu schützen.¹⁹

Insbesondere bedarf es keiner Sonderregelungen für Sparten- und Spezialistengewerkschaften. Diese sind zwar in der Daseinsvorsorge besonders aktiv. Die Regulierung des Streiks in der Daseinsvorsorge wird aber gerechtfertigt damit, dass der Bevölkerung lebenswichtige Leistungen auch im Arbeitskampf erhalten bleiben müssen. Schutz gegen Leistungsausfall wird durch die prozeduralen Regelungen bereits hinreichend vermittelt. Welche Gewerkschaft in den Arbeitskampf zieht, ist da unerheblich.

16 Für eine allgemeine Ankündigungspflicht in der Daseinsvorsorge *Birk/Konzen/Löwisch/ Raiser/Seiter* (o. Fn. 11), S. 3; *P. Hanau/Thüsing*, in: Thüsing (Hrsg.), *Tarifautonomie im Wandel*, 2003, S. 35, 63; *Thüsing/Franzen/Waldhoff*, *Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge*, 2012, S. 71, 76 f.

17 *Rudkowski* (o. Fn. 4), S. 100 ff.

18 Denkbar ist etwa eine Notanordnungskompetenz des Arbeitgebers, *Rudkowski* (o. Fn. 4), S. 119 ff., oder eine Schlichtung nach Vorbild des BetrVG, *Thüsing/Franzen/Waldhoff* (o. Fn. 16), § 4 Abs. 2 S. 2, Abs. 3-4 des Regelungsvorschlags, S. 72, 77 f.

19 Zur viel diskutierten Urabstimmung *Rudkowski*, in: Stiebert/Pötters (Hrsg.), *Arbeitsrecht – für wen und wofür?*, S. 91, 101 f.

2. Umfassende Kodifizierung

Wenn der Gesetzgeber aber schon seine Verpflichtung erfüllt, die Rechte der Bevölkerung durch eine Regelung des Streiks in der Daseinsvorsorge zu schützen, bietet es sich an, das Arbeitskampfrecht auch gleich umfassend zu kodifizieren. So könnte mit einem einzigen Gesetz für das gesamte Arbeitskampfrecht Rechtssicherheit hergestellt werden. Das Sonderarbeitskampfrecht für die Daseinsvorsorge wäre dann nur ein Teil dieser umfassenden Regelung, die sich vor allem den im Folgenden herausgegriffenen, problematischen Rechtsfragen widmen könnte.

a) Verbot des Unterstützungstreiks

Auch bei einer umfassenden Kodifizierung des Arbeitskampfrechts kommt dem Gesetzgeber ein weiterer Handlungsspielraum zu.²⁰ Das Bundesarbeitsgericht sieht dessen Grenzen allerdings bei einem Verbot des Unterstützungstreiks erreicht. Es ist der Auffassung, dass „eine Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts dahin, dass Unterstützungstreiks grundsätzlich unangemessen und deshalb rechtswidrig sind, (...) eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Betätigungsfreiheit“ wäre.²¹

Ein Blick auf Art. 9 Abs. 3 GG vermag diese Auffassung aber nicht zu stützen, wie heute hier auch schon mehrfach angeklungen ist:²² Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet die Koalitionsfreiheit, die Tarifautonomie, und das Streikrecht nur in seiner Hilfsfunktion für dieselbe.²³ Der Arbeitskampf ist untrennbar verbunden damit, dass ein Tarifvertrag abgeschlossen werden soll, und setzt voraus, dass der Gegner auf den Abschluss auch Einfluss nehmen kann. Dies sieht das BAG zwar ebenfalls,²⁴ geht aber viel zu großzügig von der Möglichkeit der Einflussnahme aus. Einfluss nehmen auf den Abschluss eines Tarifvertrags können grundsätzlich nur der (künftige) Vertragspartner selbst und, bei einem Verband, seine Mitglieder. In unserer „verflochtenen“ Gesellschaft, die das BAG schon im Jahr 1971 beschrieben hat,²⁵ hat zwar jeder irgendwie Einfluss auf andere. Das ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Entscheidungsfreiheit eines jeden Einzelnen. Nur jemand, der durch seine eigene Entscheidung unmittelbar,

20 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, 494; 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87 und 1 BvR 1421/86, NZA 1995, 754, 756.

21 BAG 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055, 1060.

22 S. die Beiträge von *Krause* und *H. Hanau* in diesem Band.

23 BAG 7.6.1988 – 1 AZR 372/86, NJW 1989, 63; 5.3.1985 – 1 AZR 486/83, NZA 1985, 504, 507.

24 BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06, NZA 2007, 1055.

25 BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, 306.

ohne auf den guten Willen anderer angewiesen zu sein, den Kampf beenden kann, ist auch tauglicher Kampfgegner. Anderenfalls könnten beliebige, völlig unbeteiligte Dritte in den Arbeitskampf hineingezogen werden, weil sie in irgendeiner Form (als Zulieferer, Kunde, Familienmitglied) mit einer Kampfpartei in Verbindung stehen. Zudem kann, wie jeder Kampf, der Arbeitskampf nur fair sein, wenn jeder der Beteiligten ihn durch einfaches Nachgeben beenden kann.²⁶

Verfassungswidrig ist ein Verbot des Unterstützungstreiks mithin nicht, im Gegenteil, es ist in Art. 9 Abs. 3 GG, im herkömmlichen Verständnis des Streiks, angelegt.

b) Einschränkung der Kampfmittelwahlfreiheit

Der Gesetzgeber könnte außerdem die Kampfmittelwahlfreiheit gesetzlich regeln, etwa besondere Voraussetzungen für andere Arbeitskampfmittel als Streik und Aussperrung aufstellen (z.B. eine eigene Ankündigungspflicht) oder solche Arbeitskampfmaßnahmen untersagen, die nicht die Hauptleistungspflichten betreffen.

Zwar ist auch die Freiheit zur Wahl der Kampfmittel von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet.²⁷ Sie erlaubt es den Tarifvertragsparteien insbesondere, ihre Mittel an sich wandelnde Umstände anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben.²⁸ Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich aber, wie auch das BAG sieht,²⁹ Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen.

Das Recht auf freie Kampfmittelwahl kann außerdem eingeschränkt werden. So verbietet das Gebot fairer Kampfführung ein verschleiertes Arbeitskampfverhalten.³⁰ Der Gegner muss wissen, dass er einer Arbeitskampfmaßnahme ausgesetzt ist. Gerade bei anderen Arbeitskampfmitteln als Streik und Aussperrung ist dies von besonderer Bedeutung. Blickt man schließlich zurück auf die Ursprünge des Streiks, so geht es um Ausübung von Privatautonomie, um eine Auseinandersetzung über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit zunächst arbeitsvertraglichen Mitteln (Nichtleistung). Es widerspräche daher nicht Art. 9 Abs. 3 GG, würde der Gesetzgeber, wie in anderen Dauerschuldverhältnissen auch, die Mittel der Ausein-

26 Die Erwägung, dass der Gegner zwischen Kampf und Nachgeben wählen können muss, findet sich auch bei BAG 5.3.1985 – 1 AZR 486/83, NZA 1985, 504, 507, aber ohne Bezug zur Fairness der Kampfführung.

27 BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, 494; BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, 1351.

28 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, 1351.

29 BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, 1352.

30 Kissel (o. Fn. 11), § 61 Rn. 7.

andersetzung zwischen den Vertragspartnern beschränken auf Maßnahmen in Bezug auf die Hauptleistungspflichten.

c) Regelung des Beamtenstreikrechts

Eine Arbeitskampfgesetz böte außerdem Gelegenheit, das Streikrecht der Beamten zu regeln. Diskutiert wird etwa eine Art „Dritter Weg“ mit Schlichtungskommission wie bei den Kirchen.³¹ Zulässig wäre aber auch ein Streikverbot.

Zwar lässt sich anzweifeln, ob das Streikverbot für Beamte ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ist,³² denn dies setzt voraus, dass der Grundsatz zu dem Kernbestand von Strukturprinzipien gehört, die allgemein oder doch ganz überwiegend während eines längeren, traditionsbildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind.³³ In der Weimarer Republik finden sich erste Streikverbote für Beamte ab 1920,³⁴ die Beamten hielten sich aber teilweise nicht daran,³⁵ und erst ab 1922/23 festigte sich die Ansicht, dass Beamten kein Streikrecht zustehe.³⁶

Jedoch gehört jedenfalls die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Gesetz zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums,³⁷ denn sie war bereits deutlich vor dem Jahr 1919 üblich.³⁸ Wenn aber nur Tarif-

31 Greiner, DÖV 2013, 623 ff.

32 Dafür BVerfG 30.3.1977 – 2 BvR 1039/75, 2 BvR 1045/75, BVerfGE 44, 249, 264; ebenso, mit ausf. Herleitung, BVerwG 27.2.2014 – 2 C 1/13, NZA 2014, 616, 617 ff.

33 BVerfG 7.11.2002 – 2 BvR 1053/98, BVerfGE 106, 225, 232; 2.12.1958 – 1 BvL 27/55, BVerfGE 8, 332, 343.

34 Verordnung des Reichspräsidenten auf Grund des Artikel 48 Abs. 2 der Reichsverfassung, betreffend die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Reichsgebiete mit Ausnahme von Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden und der von ihnen umschlossenen Gebiete nötigen Maßnahmen (13.1.1920), RGBl I S. 195 (allgemein für lebenswichtige Betriebe); Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend Verbot der Arbeitsniederlegung durch Beamte der Reichsbahn (1.2.1922), RGBl I S. 187 (Streikverbot für Beamte).

35 Ramm, Das Koalitions- und Streikrecht der Beamten, 1970, S. 82 ff. (zum Eisenbahnerstreik 1922).

36 Überblick über die Entwicklung bei Ramm (o. Fn. 35), S. 85 ff.

37 BVerfG 30.3.1977 – 2 BvR 1039/75, 2 BvR 1045/75, BVerfGE 44, 249, 264; BVerwG 26.11.1992 – 2 C 11/92, NVwZ 1993, 1193, 1193 f.; Badura, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 33 Rn 58.

38 Blick auf Besoldungsgesetze bis zurück ins Kaiserreich bei BVerfG 11. 6. 1958 – 1 BvR 1/52, 46/52, NJW 1958, 1228, 1229.

verträge erstreikt werden können, dann müssen folglich die Beamten einem Streikverbot unterliegen, da sie nichts zu erstreiken haben.

Ein gesetzliches Streikverbot hätte damit vor allem klarstellende Wirkung mit Blick auf Art. 11 EMRK und einige Entscheidungen des EGMR, die in jüngerer Zeit für Unsicherheit sorgten.³⁹ Dabei hat die EMRK ohnehin nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes,⁴⁰ kann also nicht über deutschem Verfassungsrecht stehen, und auch das Gebot völkerrechtsfreundlicher Auslegung verlangt kein Streikrecht für deutsche Beamte. Diesen wird das Streiken nicht primär deshalb verwehrt, weil sie in einem besonderen öffentlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, sondern weil sie ein Gesetz erstreiken müssten. Koalitionsfreiheit ist Beamten aber gegeben und ihre Spitzenorganisationen werden bei der Regelung der Arbeitsbedingungen beteiligt (§§ 118 BBG, 53 BeamtStG). Wer sich dem Streikverbot nicht unterwerfen will, ist von der Tätigkeit für den Staat auch nicht ausgeschlossen, sondern kann als Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst tätig werden.

3. Optionen der Landesgesetzgeber

Bei aller Freiheit, die er hätte, scheut jedoch der Bundesgesetzgeber den Aufwand, den ein Arbeitskampfgesetz mit sich brächte, vor allem den Abstimmungsaufwand mit den Sozialpartnern und eine mögliche politische Auseinandersetzung. Wenn aber der Bundesgesetzgeber nicht tätig wird, gibt es nicht Möglichkeiten für die Landesgesetzgeber?

Die Gesetzgebungskompetenz für das Arbeitsrecht und damit auch für das Arbeitskampfrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) ist eine konkurrierende. Gem. Art. 72 Abs. 1 GG heißt das, dass die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung haben, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Der Sache nach handelt es sich mithin um eine Vorranggesetzgebung des Bundes.⁴¹

Von seiner Kompetenz hat der Bund aber nicht durch ein „Arbeitskampfgesetz“ Gebrauch gemacht, und wenn in einem Gesetz einmal das Wort „Arbeitskampf“ fällt, dann nur, um vereinzelte Fragen desselben zu regeln (s. z.B. §§ 74 Abs. 2 BetrVG, 11 Abs. 5 AÜG).

Das muss allerdings nicht heißen, dass kein Gesetz i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG vorhanden ist. Das Tarifrecht, das Kontrollratsgesetz (KRG) Nr. 35 und

39 S. EGMR 21.4.2009 – 68959/01, Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei, NZA 2010, 1423; 12.11.2008 – 34503/97 Demir u. Baykara/Türkei, NZA 2010, 1425.

40 Näher BVerfG 26.3.1987 – 2 BvR 589/79 u.a., NJW 1987, 2427.

41 Uhle, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 70 Rn. 148.

die richterrechtlichen Grundsätze zum Arbeitskampf kommen als sperrende bundesrechtliche Regelung in Betracht.⁴²

a) Ausschluss der Landesgesetzgeber durch das KRG Nr. 35

Das KRG Nr. 35 aus dem Jahr 1946 über das Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten⁴³ eröffnet den Tarifparteien die Möglichkeit, zur Lösung ihres Konflikts eine Schlichtungsstelle anzurufen. Es trifft dazu einige Regelungen über Aufgaben und Befugnisse der Stelle und das von ihr anzuwendende Verfahren.⁴⁴ Die Schlichtung ist freiwillig.

Damit das KRG Nr. 35 landesrechtliche Regelungen sperren kann, muss es geltendes Bundesgesetz sein. Ursprünglich handelte es sich um Besatzungsrecht. Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, das KRG Nr. 35 heute als deutsches Bundesrecht anzusehen. Ohne das sehr komplexe Problem in der Kürze der Zeit detailliert nachzeichnen zu können:⁴⁵ Mit der vollen Souveränität der Bundesrepublik nach dem „Zwei-Plus-Vier-Vertrag“ vom 12.9.1990 sind zwar die Rechte und Pflichten der Besatzungsmächte, nicht aber auch die von ihnen in Ausübung ihrer Befugnisse gesetzten Normen entfallen.⁴⁶ Vielmehr hat die Bundesrepublik das Recht erlangt, über das Besatzungsrecht zu disponieren.⁴⁷ Mit Erlangung der Souveränität alle Besatzungsgesetze ersatzlos und unbesehen wegfallen zu lassen, entspricht indes nicht der Interessenlage des Gesetzgebers.⁴⁸ Er hat das KRG Nr. 35 auch nie aufgehoben.

Da das Arbeitskampfrecht grundsätzlich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterliegt, und der Bundesgesetzgeber es nicht aufgehoben hat, hat er es stillschweigend zu Bundesrecht gemacht.⁴⁹ Problematisch ist

42 Art. 9 Abs. 3 GG scheidet als Bundesrecht aus, damit nicht über Bundes-Grundrechte die konkurrierende Gesetzgebung ausgehöhlt werden kann. Von einem bewussten gesetzgeberischen Willen zur Nichtregulierung („absichtsvolles Unterlassen“, s. z.B. BVerfG 27.7.2005 – 1 BvR 668/04, BVerfGE 113, 348, 371), das ebenfalls Sperrwirkung entfaltete, kann auch nicht ausgegangen werden, die Untätigkeit ist letztlich „Laissez-faire“.

43 Vom 20.8.1946, ABl. KR S. 174.

44 Überblick bei *Lembke*, RdA 2000, 223, 226 f.

45 Überblick bei *Leinenweber*, Landesschlichtungsgesetze?, 2011, S. 71 ff.

46 *Leinenweber* (o. Fn. 45), S. 83.

47 *Leinenweber* (o. Fn. 45), S. 81; *H. Maier*, JZ 1955, 408; *Rensmann*, Besatzungsrecht im wiedervereinten Deutschland, 2002, S. 110; v. *Schmoller/H. Maier/Tobler*, Handbuch des Besatzungsrechts Bd. 1, 1957, § 24a S. 22.

48 *Leinenweber* (o. Fn. 45), S. 81.

49 I. Erg. ebenso *Kirn*, in: Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 123 Rn. 11; *Seiler*, in: BeckOK zum Grundgesetz, 21. Ed. 2014, Art. 123 Rn. 7; *Wolff*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 123 Rn. 19 (jew. allg. für nicht ausdrücklich aufgehobene KRG); a.A.

unter Gleichheitsgesichtspunkten allenfalls, dass das Gesetz für das (damalige) Baden ausdrücklich von Art. 2 des Gesetzes Nr. A-1 der Alliierten Hohen Kommission vom 9.2.1950⁵⁰ außer Wirksamkeit gesetzt wurde. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des KRG Nr. 35 bleibt hiervon allerdings unberührt, da das KRG die Ausnahme nicht selbst vornimmt.

Das KRG Nr. 35 sperrt als deutsches Bundesrecht daher landesrechtliche Regelungen des Schlichtungsverfahrens, und zwar nicht nur die freiwillige Schlichtung: Da es auf Freiwilligkeit der Schlichtung setzt, muss geschlossen werden, dass ein Schlichtungszwang vom Normgeber abgelehnt wurde – etwa auch, um sich von vorherigen Regelungen, etwa der Schlichtungsordnung 1923, zu distanzieren.⁵¹ Gesperrt sind mithin sämtliche landesrechtlichen Schlichtungsregeln. Außerhalb des Schlichtungsrechts lässt das KRG Nr. 35 die Kompetenz der Länder unberührt.

b) Ausschluss durch Tarifrecht des Bundes

Das BAG hat in zwei früheren Urteilen eine landesrechtliche Regelung zum Arbeitskampfrecht (das Aussperrungsverbot gem. Art. 29 Abs. 5 HessLVerf) als durch das Tarifrecht des Bundes ausgeschlossen angesehen. Es begründete seine Auffassung damit, dass das Tarifrecht, wie es durch das TVG ausgestaltet wird, von Verhandlungsgleichgewicht ausgehe, und dieses wiederum solle vom Arbeitskampfrecht hergestellt werden.⁵² Aus dem TVG wurde somit eine arbeitskampfrechtliche Regelung.

Jedoch befasst sich das TVG schon seinem Wortlaut nach nicht dem Arbeitskampf und es ist auch kein Wille des Gesetzgebers zur Regelung des Arbeitskampfrechts durch das TVG erkennbar. Dies gilt umso mehr, als das TVG nicht einmal das Tarifrecht abschließend regelt (so äußert sich das Gesetz z.B. nicht zu den Voraussetzungen der Tariffähigkeit).

Der Zusammenhang von Tarifrecht und Verhandlungsgleichgewicht und damit auch von Tarifrecht und Arbeitskampf ist zwar nicht zu leugnen. Viele verschiedene Umstände und Rechtsgebiete, vom Steuer- bis hin zum Vereinsrecht, können aber Einfluss haben auf die Verhandlungssparität und damit auf das Tarifvertragsrecht, ohne dass sie deshalb als vom TVG geregelt angesehen würden. Es kann nicht jede beliebige Verbindung zwischen Rechtsgebieten oder Lebenssachverhalten dazu führen, dass Rechtsgebiete „verschmelzen“. Maßgeblich ist allein der Wille des Gesetz-

Leinenweber (o. Fn. 45), S. 96 ff.; *Lembke*, RdA 2000, 223, 228 (Fortgeltung, aber als Besatzungsrecht).

50 ABl. AHK 1950, 103 (Ausgabe 10).

51 *Leinenweber* (o. Fn. 45), S. 75.

52 BAG 26.4.1988 – 1 AZR 399/86, NZA 1988, 775, 776 f.; 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1644.

gebers, und der ging bei Erlass des TVG nicht dahin, auch das Arbeitskampfrecht zu regeln, umso weniger, als das TVG aus dem Jahr 1949 stammt und der es erlassende Wirtschaftsrat auf ein zur damaligen Zeit unproblematisch wirksames KRG Nr. 35 mit seinen schlichtungsrechtlichen Regelungen Rücksicht nehmen musste. Das TVG und allgemein das Tarifrrecht des Bundes sperren folglich landesrechtliche Regelungen zum Arbeitskampf nicht.

c) Ausschluss durch richterrechtliche Grundsätze zum Arbeitskampfrecht

Teilweise werden die unter b) zitierten Entscheidungen des BAG⁵³ auch so verstanden, dass Richterrecht des Bundes anzusehen sei als landesrechtliche Regelungen verdrängendes Gesetz.⁵⁴ Zurückzuführen ist dies auf die Äußerung des BAG, dass „Richterrecht zum Bundesrecht (...) Teil des Bundesrechts“ sei.⁵⁵

Mit dieser Aussage hatte das BAG jedoch keineswegs sein Richterrecht als Bundesgesetz einordnen wollen. Ausdrücklich stellt es klar, dass das Arbeitskampfrecht „aus den Wertentscheidungen des Tarifrrechts abzuleiten“ sei.⁵⁶ Erst die Anbindung an das im Bundesgesetz TVG kodifizierte Tarifrrecht⁵⁷ macht nach Auffassung des BAG das Arbeitskampfrecht zum Bundesgesetz i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG.

Die Auffassung, alles Richterrecht des Bundes sei Bundesgesetz i.S.d. Art. 72 Abs. 1 GG, wäre auch verfassungsrechtlich nicht haltbar. Das BAG mag mit seinem Richterrecht oft Grundsätze aufstellen, die auf viele Sachverhalte einer bestimmten Art angewendet werden können. Letztlich entscheidet es jedoch, seiner ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Aufgabe entsprechend, nur konkrete Einzelfälle. Demokratisch legitimiert zum Erlass von Gesetzen ist es hingegen nicht, und mit dem Prinzip der Gewaltenteilung wären richterliche „Gesetze“ auch nicht vereinbar. Das Grundgesetz überträgt die Aufgabe der freien Rechtssetzung der Legislative. Die Judikative mag das so gesetzte Recht ergänzen und auch in legislativ unbesetzten Bereichen (wie dem Arbeitskampfrecht) gezwungen sein, weitgehendes Richterrecht zu schaffen. Auf Augenhöhe mit dem Gesetzgeber steht sie aber nicht. Das Richterrecht des Bundes zum Arbeitskampfrecht kann mithin die landesrechtliche Regelung dieses Bereichs nicht sperren.

53 BAG 26.4.1988 – 1 AZR 399/86, NZA 1988, 775, 776 f.; 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1644.

54 Koriath, in: Maunz/Dürig (o. Fn. 1), Art. 31 Rn. 17.

55 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1646.

56 BAG 10.6.1980 – 1 AZR 822/79, NJW 1980, 1642, 1646.

57 Krit. zu dieser s. soeben b).

III. Fazit

Ob die Landesgesetzgeber geneigter sind als der Bundesgesetzgeber, das Arbeitskampfrecht zu regeln, ist zweifelhaft, und auch die Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung – verschieden für jedes Land und ohne Schlichtungszwang – wäre sorgfältig zu prüfen. Die Kompetenz der Landesgesetzgeber ist aber jedenfalls außerhalb des Schlichtungsrechts gegeben, und damit auch die weite Einschätzungsprärogative, der Spielraum, in freier Entscheidung eine eigene, sinnvolle Regelung zu treffen. In Betracht käme eine landesrechtliche Regelung so etwa für ausgewählte Bereiche wie die Daseinsvorsorge.⁵⁸

Doch auch die Kompetenz der Landesgesetzgeber ändert nichts daran, dass es primär Sache des Gesetzgebers – des Bundesgesetzgebers – ist, die Koalitionsfreiheit näher auszugestalten und das Arbeitskampfrecht zu regeln. Er allein hat die Kompetenz, eine bundeseinheitliche, umfassende Regelung des Arbeitskampfrechts zu schaffen – und damit die dringend benötigte Rechtssicherheit herzustellen.

58 Nicht aber des Beamtenstreikrechts, wegen der bundesrechtlichen Regelung für Landesbeamte in § 53 BeamtStG.

Diskussion

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

Frau *Rudkowski*, ganz herzlichen Dank. Das Reichsgericht hat einmal gesagt: „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.“ Sie haben auf das Überziehen der anderen Redner in der Weise reagiert, dass Sie knapp vorgetragen haben. Ganz herzlichen Dank dafür.

Joachim F. Kersten, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin:

Ich wollte anknüpfen an das Kontrollratsgesetz 35, das Sie erwähnt haben. Dort sind verschiedene Rechtsbereinigungsgesetze erlassen worden, die sich mit dem Thema befassen, welches Besatzungsrecht entbehrlich ist oder nicht. Das Kontrollratsgesetz 35 gehörte nicht dazu, weil auf der Grundlage dieses Gesetzes zum Beispiel der nordrhein-westfälische Landdesschlichter seine Tätigkeit ausübt. Soweit ich weiß, gilt das auch für Rheinland-Pfalz möglicherweise. Dieses Gesetz ist eben nicht gegenstandslos geworden und deswegen ist es erhalten geblieben.

Professor Dr. Lena Rudkowski, Freie Universität Berlin:

Vielen Dank für diese Ergänzung, für die Hintergründe.

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

Nur ganz kurz dazu: Bei dem Kontrollratsgesetz 35 gibt es zwei Punkte, über die man extrem streiten kann. Das eine ist: Das Gesetz gilt nur in wenigen westdeutschen Bundesländern. Es wurde im Zuge des Einigungsvertrags nicht auf den Osten erstreckt und kann auch dort keine Sperrwirkung entfalten. Das heißt die Sachsen könnten so etwas machen oder hätten so etwas vielleicht unter Schwarz-Gelb machen können. Wo das Gesetz vom Geltungsbereich räumlich nicht gilt, kann es auch keinerlei Sperrwirkung entfalten.

Die andere Frage, da würde ich Ihnen auch nachhaltig widersprechen wollen: Der Umstand, dass der Bundesgesetzgeber Besatzungsrecht nicht aufhebt, ändert an der Rechtsqualität des Besatzungsrechts nichts. Es bleibt Besatzungsrecht, und man müsste im Übrigen umgekehrt fragen, ob der Bund unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 GG berechtigt wäre, partiel-

les Bundesrecht nur in bestimmten Ländern aufrechtzuerhalten und in anderen dagegen nicht. Das kann er machen, wenn er sagt: „Ich lasse Besatzungsrecht weiter gelten.“ Deswegen glaube ich, dass die Länder durchaus befugt sind – auch beispielsweise Baden-Württemberg und Bayern, wo das KRG noch gilt –, auch durch ein Landesarbeitskampfgesetz eine Schlichtungsobliegenheit einzuführen.

Eine dritte Frage, die man sich stellen muss, ist wirklich: Wenn man wie mit dem KRG ein Schlichtungsverfahren regelt, ob damit arbeitskampfrechtliche Schlichtungsobliegenheiten ausgeschlossen sind. Die gesetzgeberische Intention ist dabei weniger bedeutsam, denn es geht hier nicht um Normenvorrang, sondern es geht um eine Kompetenzabgrenzung nach dem Regelungsgegenstand. Im KRG steht nicht: „Wir regeln negativ, dass es keine schlichtungsbedingten Arbeitskampfrestrictionen gibt.“ Deswegen muss man, glaube ich, für Kompetenzabgrenzungen ein bisschen anders auslegen als für Kollisionsfragen.

Richard Giesen:

Ich ergänze: Ich würde es jedenfalls auf Art. 72 Abs. 1 GG reduzieren. Selbst die Art. 31 GG-Problematik, die Sie noch vorgetragen haben, ist vielleicht etwas anders zu bewerten, wenn Sie es vergleichen mit vorkonstitutionellem deutschem Recht, welches der Bundesgesetzgeber nicht in einen eigenen Regelungswillen aufgenommen hat, was sicher der Fall ist, weil es landesrechtlich fortgetragen wird. Daher ist es zumindest bei der Anwendung von Art. 72 Abs. 1 GG schwierig, hier eine solche Blockadewirkung anzunehmen.

Lena Rudkowski:

Das Thema ist sehr kontrovers. Die Frage ist: Welche Anforderungen stellen wir zunächst einmal an das potenziell sperrende Gesetz nach Art. 72 Abs. 1 GG, wie legen wir das Gesetz aus? Wie ermitteln wir überhaupt den Willen des Gesetzgebers beim KRG? Der Wille des Normgebers beim KRG ging, wenn ich die Quellen richtig deute, tatsächlich dahin zu sagen, wir distanzieren uns von dem, was in Weimar gewesen ist, und alles, was in irgendeiner Form mit Zwang und Gewerkschaft und Arbeitgeber und Tarifverhandlungen zu tun hat, das wollen wir nicht. Wenn man dann aber mit dem BVerfG darauf abstellt, was wollte der Gesetzgeber, wie weit wollte der Gesetzgeber eine Sperrwirkung haben, wollte der Gesetzgeber eine Sperrwirkung haben oder nicht, dann enthält das KRG die normgeberische Entscheidung, Regelungen zu sperren, die zur Schlichtung zwingen.

Die These, dass Besatzungsrecht quasi, wenn es nicht geändert wird, umgewandelt wird zu deutschem Recht, zu deutschem Bundesrecht, ist, ich weiß, gewagt. Aber man kann sich vielleicht auf den Standpunkt stellen und sagen: „Der Gesetzgeber hat die volle Dispositionsbefugnis über das Besatzungsrecht erlangt. Er hat von dieser Befugnis zwar nie ausdrücklich Gebrauch gemacht, aber er hat“, wie Herr *Kersten* vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales gesagt hat, „auch im Rahmen der Besatzungsrechtsvereinigung das Gesetz immer ausgenommen, hat es also bewusst nicht aufgehoben.“ Warum sollte es also nicht weitergelten? Warum sollte es, wenn traditionell Arbeitskampfrecht Bundesrecht ist, nicht Bundesrecht sein. Der schwierigste Einwand ist sicherlich derjenige mit Art. 3 Abs. 1 GG, dass Sie sagen: „Kann es eigentlich sein, in Baden oder in Sachsen gilt es nicht, in Niedersachsen aber schon.“

Dr. Armin Augat, Kommunaler Arbeitgeberverband Bayern e.V., München:

Sie werden sicher nicht überrascht sein, dass ich es natürlich sehr begrüßen würde, wenn das Streikrecht in der Daseinsvorsorge geregelt wird. Das eigentliche Problem, welches ich dabei habe und wo ich noch einmal nachhaken muss, weil Sie etwas „schlank“ herübergegangen sind, ist der Begriff der Daseinsvorsorge. Was ist Daseinsvorsorge und an welcher Stelle im Gesetz wollen Sie es regeln? Wir haben in den letzten Jahren doch erlebt, nicht zuletzt durch die Entwicklung auf europäischer Ebene, dass der Begriff Daseinsvorsorge immer konturloser geworden ist und in der praktischen Umsetzung sich die Frage stellt: Wo fängt Daseinsvorsorge an? Ist der Nahverkehr, die U-Bahn in München, Daseinsvorsorge? Oder ist es der gesamte Regionalverkehr? Oder ist es der ganze öffentliche Schienen- und Busverkehr in Bayern? Was ist Daseinsvorsorge? Das würde ich gern etwas konkreter wissen.

Lena Rudkowski:

Da ist der Gesetzgeber in der sehr komfortablen Position bestimmen zu können, was Daseinsvorsorge ist. Maßgeblich ist, welche Rechte der Bevölkerung sind beim Ausfall der Leistung betroffen? Da haben wir die klaren Fälle, bei denen wir sagen: „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist betroffen. Wenn der Arzt streikt, ist der Patient möglicherweise anschließend tot“ – ganz klar Daseinsvorsorge. Im Übrigen muss der Gesetzgeber abwägen, kann frei entscheiden. Er kann sagen: „ÖPNV gehört dazu, gehört nicht dazu.“ Kann in Grenzfällen sagen: „Luftverkehr gehört dazu oder auch nicht oder teilweise.“

Was man vielleicht machen kann, um die Sache ein wenig zu konkretisieren. Die Entscheidung, welche Leistung lebenswichtig ist, hat der Gesetzgeber letztlich an vielen verschiedenen Stellen außerhalb des Arbeitskampfrechts schon getroffen. Wenn Sie sich umsehen: Sie haben § 316b StGB, den ich nicht hier habe, in dem aber bestimmte Leistungen gegen Sabotage geschützt werden, Wärme, Wasser, Strom, Verkehr – wenn ich das richtig im Kopf habe. Sie haben in verschiedenen Bereichen Anforderungen an die Qualität der Leistungen. Im Bereich des Postsektors etwa die Postuniversaldienstleistungsverordnung. Das ist schon ein Indiz: Post könnte lebenswichtige Leistung sein. Dann gibt es verschiedene andere Indizien: Kontrahierungszwänge, dass wir sagen: „Hier ist ganz klar, die Bevölkerung soll flächendeckend in den Genuss der Leistung kommen. Also muss die Leistung irgendwie lebenswichtig sein.“ Letztlich haben Sie aber einen gewissen Spielraum als Gesetzgeber. Das ist natürlich für die Praxis etwas unbefriedigend. Da kann man leider nichts machen.

Richard Giesen:

Das ist die Einschätzungsprärogative. Das betrifft zum Beispiel auch Amazon, ein Unternehmen, das man dann „ganz klar“ der Daseinsvorsorge zuordnen könnte.

Professor Dr. Hans Hanau, Helmut-Schmidt-Universität Hamburg:

Ich habe noch eine Frage zum Notdienst, den habe ich ja in meinem Vortrag auch strapaziert. Das ist ein Wort, das man hier schnell gebraucht. Spannend finde ich allerdings die Konkretisierung. Ich bin wahrscheinlich befangen, weil ich mehrfach Opfer eines Bahnstreiks war und mich wahn sinnig geärgert habe, ich bin lange durch ganz Deutschland gependelt. Welche Ansprüche sind an den Notdienst zu stellen, an eine Notdienstvereinbarung? Muss sie so engmaschig sein, dass ich auf jeden Fall als Bahnkunde – und falls ja, in welchem Zeitraum – wegbefördert werde, und sei es im Gepäcknetz? Oder reicht eine Alibigeschichte, bei der alle Jubeljahre einmal ein Zug fährt, keiner weiß genau, wann und wo? Wäre die Sache damit gegessen, egal, ob effektiv Menschen weggeschafft werden? Im Luftverkehr dito, wobei man dann noch sehen muss, dass es nicht nur eine Fluggesellschaft gibt, sondern mehrere usw. Wie wäre das einzupreisen?

Lena Rudkowski:

Auch hier können Sie als Gesetzgeber natürlich grundsätzlich machen, was Sie wollen. Stichwort: weite Einschätzungsprärogative. Sie können

einfach nur sagen: „Wir überlassen den Parteien, im Rahmen einer Notdienstvereinbarung festzulegen, was Notdienst ist, was die Bevölkerung braucht.“ Das wäre ein gangbarer Weg und man könnte sagen: „Die Parteien werden das schon irgendwie richten. Wenn die Tarifverträge, die die Parteien irgendwann einmal abschließen, richtig sind, warum sollten es die Notdienstvereinbarungen am Ende nicht auch sein?“ Sie können aber auch sagen, wenn Sie den Schutz der Bevölkerung etwas mehr betonen möchten: „Wir geben dem Arbeitgeber ein Letztanordnungsrecht.“ Wenn sich die Parteien nicht einig werden, entscheidet der Arbeitgeber. Der Arbeitgeber wird vielleicht eher zugunsten der Bevölkerung, zugunsten seiner selbst, zugunsten der Leistungserbringung entscheiden. Was im Einzelnen erforderlich ist, könnte der Gesetzgeber natürlich theoretisch gesehen auch festlegen. Er könnte sagen: „Es muss ein Zug in der Stunde fahren.“ Inwieweit das praktisch umzusetzen ist, ist allerdings sehr zweifelhaft. Da gerät die Regelung sehr schnell in die Gefahr, zu detailliert, zu überfrachtet zu werden.

Professor Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School Hamburg:

Ich habe einen Teil der Ausführungen noch nicht richtig verstehen können, wenn ich versuche, mir Ihre Position verfassungsrechtlich herzuleiten. Sie sagen: „Der Gesetzgeber ist frei. Er ist frei, mit dem Begriff der Daseinsvorsorge umzugehen.“ Wenn ich von Art. 9 Abs. 3 GG komme, habe ich ein Grundrecht, über dessen Schutz wir heute viel gestritten haben. Gehen wir einmal von dem aktuellen Rechtsprechungsstand aus, dann sehen wir zunächst ein klassisches vorbehaltsloses Grundrecht, bei dem wir sehr gut überlegen müssen, mit welcher Begründungsschwelle der Gesetzgeber sagen kann: „Hier schaffe ich eine Grenze.“ Wenn wir den Grenzen legitimierenden Begriff der Daseinsvorsorge letzten Endes beliebig verstehen, dem Gesetzgeber schlicht in die Hände legen, kann er die Koalitionsfreiheit beeinträchtigen, ohne dass er dies aus bestimmten, verfassungsrechtlich anerkannten Positionen ableiten müsste. Deshalb denke ich, dass wir uns zum Begriff der Daseinsvorsorge doch mehr Gedanken machen und Bereiche verfassungsrechtlich identifizieren müssen, in denen der Gesetzgeber sogar gewisse Schutzpflichten hat. Dort hat er im Einzelnen in der Ausführung sicher wieder größere Freiheiten. Aber dass er von vornherein frei entscheiden könnte, was ist Daseinsvorsorge, so kann es nicht liegen. Dann könnte man das Grundrecht – salopp gesagt – vielleicht doch an den Nagel hängen.

Lena Rudkowski:

Da haben Sie natürlich Recht. Es ist nicht ein vollkommen luftleerer Raum, in dem sich der Gesetzgeber bewegt, vollkommen losgelöst von Art. 9 Abs. 3 GG. Wir sollten die Beliebigkeit – Sie nannten es Beliebigkeit – unterscheiden von einer weiten Einschätzungsprärogative. Weite Einschätzungsprärogative ist einfach nur: Ich überlege mir, was halte ich in diesem Augenblick für zweckmäßig. Beliebigkeit wäre quasi Gutdünken, Willkür. Vielleicht ist es ein wenig untergegangen, ich hätte es vielleicht am Anfang etwas mehr betonen sollen, der Gesetzgeber ist zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen nach Maßgabe praktischer Konkordanz verpflichtet. Er muss sich also schon überlegen, wie weit schränke ich Art. 9 Abs. 3 GG ein. Ist die Regelung, die ich treffe, auch wirklich erforderlich? Da gibt es bestimmte Fälle, die sind klar. Dort besteht ein grundrechtlicher Schutz. Ganz klar: Es muss fließend Wasser geben. Dann gibt es aber auch diese Abgrenzungsfälle, bei denen der Gesetzgeber vielleicht so oder so entscheiden kann und es gibt die ganz klaren Fälle, die nicht zur Daseinsvorsorge zu zählen sind. Wenn die Automobilindustrie plötzlich der Daseinsvorsorge zugeordnet würde, wäre das wohl offensichtlich von Art. 9 Abs. 3 GG nicht mehr gedeckt.

Julian Nebel, Heisse Kursawe Eversheds, München:

Ich habe noch eine Frage zu den Streikeinschränkungen. Die haben Sie unter den Optionen gelistet und es kam gerade eben so herüber, als wäre es quasi eine Möglichkeit, auszutarieren zwischen Recht der Gewerkschaft auf Streik und Recht der Bevölkerung an der Versorgung mit lebenswichtigen Dingen. Ich glaube, so einfach ist das nicht immer. Man muss sich als Gesetzgeber oder auch als Gericht einmal zwischen Schwarz und Weiß entscheiden, man hat diese Graustufenmöglichkeit mit Einschränkungen nicht. Ich möchte Ihnen ein Beispiel geben an einem Fall, an dem ich selber beteiligt war. Es war eine spannende Sache, nämlich Streiks bei der Überwachung von kerntechnischen Anlagen. Jetzt gibt es Kernkraftwerke, die haben eine bestimmte Mindestbewachungsanzahl, für jedes Kernkraftwerk unterschiedlich. Jetzt kommt die Gewerkschaft und streikt. Nehmen wir eine fiktive Zahl: Zehn Leute müssen das Kernkraftwerk bewachen, das ist Teil der Voraussetzung, atomrechtlich. Wenn die Gewerkschaft einen Notdienst vereinbart, sagen: „Zehn Leute überwachen dieses Kernkraftwerk“, hat der gesamte Streik natürlich überhaupt keine Durchschlagskraft, weil weder die Bewacher noch dahinter stehend die Betreiber irgendein Interesse daran haben, auf die Forderungen einzugehen. Wenn jetzt aber die Gewerkschaft, was eigentlich notwendig wäre aus deren Sicht, die Mindestbewachung unterschreitet, haben wir ein atomrechtliches Problem, dass die Anlage heruntergefahren werden müsste. Also eine

Art Streikeinschränkung mit Ankündigung oder mit Notdienstarbeiten, diese Möglichkeit sehe ich in diesem Fall überhaupt nicht.

Lena Rudkowski:

Das kommt natürlich drauf an, wie Sie „Notdienst“ definieren. Wenn Sie sagen: „Wir dürfen das Atomkraftwerk nicht vom Netz nehmen, das würde die Versorgung der Bevölkerung gefährden“, müssen Sie alle Arbeiten erfüllen, die notwendig sind, um dieses Atomkraftwerk weiter am Laufen zu halten. Dazu würde auch gehören, dass man alle atomrechtlichen Anforderungen erfüllen muss, die Voraussetzung dafür sind, dass das Atomkraftwerk weiterhin am Netz bleiben kann.

Hier ging es nur um Optionen, um einen groben Überblick, in welche Richtung der Gesetzgeber gehen kann. Der Teufel, da stimme ich Ihnen zu, steckt natürlich im Detail. Wie gestalte ich den Notdienst etwa im Einzelnen aus? Für welche Branchen brauche ich eigentlich eine Ankündigungspflicht und für welche ist es vielleicht nicht erforderlich?

Armin Augat:

Eine Anmerkung noch einmal zur Daseinsvorsorge. Das Problem ist im Moment gar nicht, dass wir für alle Bereiche eine gesetzliche Regelung brauchen. Ich überspitze es zur Sicherstellung der akuten Gesundheitsvorsorge einmal: Ob nun ver.di mit der Pflege oder der Marburger Bund bei den Ärzten streikt, regelmäßig wird vor Ort eine Notdienstvereinbarung gemacht. Das funktioniert eigentlich insoweit gut und wenn es ausnahmsweise keine Vereinbarung gibt, sagen wir unseren Mitgliedern: „Dann nehmt euer Direktionsrecht her und ordnet die erforderlichen Dienste einfach an.“ Auch das hat bisher keine Probleme gegeben. Das eigentliche Problem liegt darin, dass die Daseinsvorsorge, wenn man sie im engeren Sinn nimmt – also Gesundheitsversorgung im akuten Fall – für die Bedürfnisse der kommunalen Krankenhäuser nicht reicht. Es steckt etwas anderes dahinter. Die Krankenhäuser haben natürlich durch einen solchen Streik erheblichen wirtschaftlichen Schaden, und da unterscheiden sie sich nicht mehr von BMW oder sonstigen Arbeitgebern, die Autos bauen. Es geht nämlich dann darum, dass Abwanderungen aus dem kommunalen Bereich in den staatlichen Bereich Unikliniken und umgekehrt – das geht immer im Wechsel hin und her – durch die Streiks stattfinden. Von daher ist es natürlich ungeheuer schwierig wenn man anfängt zu kodifizieren auch diese Frage sauber abzugrenzen. Sinnvollerweise gibt es dann nur noch ein Streikrechtsregelungsrecht, aber nicht mehr eine spezielle Lösung nur für die Daseinsvorsorge.

Lena Rudkowski:

Das war wohl eher eine Anmerkung. Ganz vielen Dank dafür.

Hubertus Reinbach, Bucerius Law School Hamburg:

Ganz kurze Frage zu Ihrer Aussage zum Tarifvertragsgesetz als ein mögliches Gesetz, welches das Arbeitskampfrecht regelt. Sie sprachen davon, dass das TVG und der Arbeitskampf zwei ganz verschiedene Paar Schuhe sind. Inwieweit stimmt dies mit der herrschenden Meinung überein, dass der Streik oder das Arbeitskampfrecht ein Hilfsinstrument der Tarifvertragsautonomie sind. Danach gibt es aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses jedenfalls eine gewisse Beziehung zwischen beiden Bereichen.

Lena Rudkowski:

Das Abhängigkeitsverhältnis ist sicher da. Man würde auch sagen: „Das Streikrecht, das Arbeitskampfrecht, hat Hilfsfunktionen für die Tarifautonomie.“ Nur heißt das, wenn ich als Bundesgesetzgeber das Tarifvertragsrecht regele und das nicht einmal besonders ausführlich, dass ich dann damit auch gleich das gesamte Arbeitskampfrecht geregelt haben will? Darauf kommt es hier für diese spezielle Frage an.

Sebastian Stoffregen, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

Sie haben eben gesagt, es sei so ähnlich wie Sie es bei dem Thema Daseinsvorsorge gesagt haben: Auch die Kodifizierung des Arbeitskampfmittels liegt in der Entscheidung des Gesetzgebers. Ich sehe das genauso problematisch wie die Frage, was überhaupt Daseinsvorsorge ist. Bei Daseinsvorsorge sogar noch extremer, weil wir gesagt haben: „BMW, Autos brauchen wir nicht jeden Tag“. Aber wenn die Zulieferer zu BMW bestreikt werden und dadurch vielleicht auch Logistikunternehmen betroffen sind, die dann wieder Rückwirkungen auf den Personennahverkehr haben, da gibt es heutzutage enorme Verquickungen, habe ich genauso bei der Kodifizierung von Arbeitskampfmitteln erhebliche Probleme, dass Sie sagen: „Das kann der Gesetzgeber einfach so frei entscheiden.“

Lena Rudkowski:

Es gibt eine weite Einschätzungsprärogative, einen weiten Handlungsspielraum des Gesetzgebers. Er kann sich erst einmal überlegen: Was halte ich für geeignet? Was halte ich für zweckmäßig? Welches Regelungsziel setze ich mir überhaupt im Einzelnen? Wie verfolge ich dann dieses Ziel?

Das tut er aber natürlich nicht losgelöst von der Verfassung. Sollte das so herübergekommen sein, dass ich gesagt hätte: „Der Gesetzgeber ist vollkommen losgelöst von der Verfassung“, dann widerrufe ich das. Es geht natürlich um den Ausgleich widerstreitender Interessen nach Maßgabe praktischer Konkordanz. Da ist der Gesetzgeber nicht vollkommen losgelöst und hat erst einmal nur eine weite Einschätzungsprärogative: Was will ich? Wie will ich es? Und dann sehen wir einmal nach den Details.

Richard Giesen:

Frau *Rudkowski*, ganz herzlichen Dank für Ihren wunderbaren Vortrag und für die Diskussion. Bei dieser Gelegenheit möchte ich auch den Referenten ganz herzlich danken, ebenso unserem Freund *Matthias Jacobs*. Damit bin ich auch beim nächsten Thema: Die nächste Veranstaltung des ZAAR findet in München statt. *Matthias Jacobs* trägt vor zur Betriebsratsvergütung am 16. Oktober 2014. Sie können den Kollegen also bald wiedersehen bei uns. Ganz herzlichen Dank, dass Sie hier gewesen sind. Ganz herzlichen Dank an die Bucerius Law School, an die Mitarbeiter von *Matthias Jacobs*, aber auch an die Mitarbeiter des ZAAR, die den weiten Weg nach Hamburg gekommen sind. Ganz herzlichen Dank an Sie, dass Sie hier gewesen sind und bis zum nächsten Mal.

Diskussionsteilnehmer

Jacobs, Matthias – Seite 84, 85, 86, 95, 117, 122, 124, 126, 127

Rudkowski, Lena – Seite 84, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190

Giesen, Richard – Seite 91, 160, 162, 164, 183, 184, 186, 191

Hanau, Hans – Seite 84, 86, 87, 90, 167, 186

Schäfer, David – Seite 85, 166

Gaede, Karsten – Seite 86, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 187

Junker, Abbo – Seite 117, 160, 161

Krause, Rüdiger – Seite 87, 92, 124

Berg, Peter – Seite 89, 126

Vogelsang, Dirk – Seite 118, 165

Sprenger, Markus – Seite 121, 122, 124, 128

Schneider, Sven – Seite 127

Kersten, Joachim – Seite 183

Rieble, Volker – Seite 93, 122, 126, 162, 183

Augat, Armin – Seite 185, 189

Nebel, Julian – Seite 188

Reinbach, Hubertus – Seite 190

Stoffregen, Sebastian – Seite 190

Sachregister

Arbeitskampf 29, 45, 97, 129

- Drittbetroffenheit 97
- Drittschaden 97
- strafrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten 129
- Streik 27, 33, 37, 40, 99, 169

Eingriff 23, 30

- Eingriffsrechtfertigung 25
- Streikrecht 31
- Unterwerfung 31

Entgrenzung 43

Flashmob 30, 33, 37, 40, 43, 80, 100, 145

- Unterstützungstreik 30, 33, 40, 175

Koalitionsfreiheit 50

- persönlicher Schutzbereich 74
- sachlicher Schutzbereich 54

Rechtfertigung 23, 36

- Erforderlichkeit 37
- legitimes Eingriffsinteresse 36
- Parlamentsvorbehalt 36
- Verhältnismäßigkeitsgebot 40

Schutzbereich 20, 23, 27

Strafrecht im Arbeitskampf 129

- Hausfriedensbruch 141

- Nötigung 150

- Sachbeschädigung 134

Streik 27, 33, 37, 40, 99, 169

- Beamtenstreikrecht 177

- Daseinsvorsorge 33, 38, 40, 169

- Flashmob 30, 33, 37, 40, 43, 80, 100, 145

- Kampfmittelfreiheit 29, 176

- Kodifizierung 175

- Landesgesetzgeber 178

- Regulierung 170

- Unterstützungstreik 30, 33, 40, 175

Tarifautonomie 28

Verhältnismäßigkeit 15, 78

- Angemessenheitskontrolle 24

- Gebot der Verhältnismäßigkeit 26, 40

- Konturierung 22

- Maßstab 20

- Übermaßverbot 25, 32

- Verhältnismäßigkeitsprinzip 21

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Richard Giesen, Abbo Junker und
Volker Rieble

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Bocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
 9. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
 Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
 4. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
 Tarifzensur
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
 Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
 Marktakteur
 10. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr
 Privative Tariftreue
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9
- Band 35 Compliance im kollektiven Arbeitsrecht
 5. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-30-5
- Band 36 Neue Tarifrechtspolitik?
 11. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2014, ISBN 978-3-939671-31-2