

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

19., neu bearbeitete Auflage 2019
ISBN 978-3-406-72471-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

halbständigen Kurzstreik als unverhältnismäßig erachtet. In weiteren Entsch. v. 31.5.1988 (NZA 1988, 889) und v. 7.6.1988 (NZA 1988, 890) kam es auf die Quotenfrage nicht an, weil die AG jdf. die mit der Entsch. v. 10.6.1980 aufgestellten Grenzen genau eingehalten hatten. Das bestätigt die Erfahrung, dass sich im Arbeitskampfrecht selten die gleichen Abläufe wiederholen. Zumindest verfrüht wäre es, in tarif-/gewerkschaftspluralen Betrieben, die vom BAG entwickelte Aussperrungsrspr. grds. in Frage zu stellen (*Deinert RdA* 2011, 12, 21; *Linsenmaier RdA* 2015, 369, 378 f.; *aA Bayreuther NZA* 2008, 12, 15; *Greiner NZA* 2007, 1023, 1027; *Franzen RdA* 2008, 193, 202).

2. Abwehraussperrung gegen rechtswidrigen Streik. Beim rechtswidrigen Streik verletzen die AN ihre vertragl. Hauptpflicht (Rn. 232). Außerdem handelt es sich um einen unzulässigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des AG (Rn. 224, 231). Hiergegen können der AG und sein Verband auf dem **Rechtsweg** vorgehen. Je nach den Umständen können auch ordentl. oder sogar eine außerordentl. Kündigungen in Betracht kommen (Rn. 233). Dennoch hat das BAG angenommen, die AG könnten hier zusätzl. das Kampfmittel der **Abwehraussperrung** anwenden (BAG 27.9.1957 NJW 1957, 1942; 21.4.1971 NJW 1971, 1668; 14.2.1978 NJW 1979, 236).

Diese Rspr. begegnet wegen des **Verhältnismäßigkeitsgrds.** Bedenken. Jdf. dann, wenn die Aussperrung erkennbar keine Vorteile neben dem Recht der Entgeltverweigerung, dem Ausspruch von Kündigungen und den Rechtsbehelfen der ZPO, die auch dem AGVerband zur VfG, stehen (Rn. 231), bietet, erscheint sie nicht erforderl. (*Brox/Rüthers Rn.* 217; *Kissel AK* § 53 Rn. 40 ff.; *Seiter Streikrecht S.* 372 ff.; *aA Löwisch/Rieble AR-Blattei SD* 170.2 Rn. 100, 103).

3. Angriffsaussperrung. Eine **Angriffsaussperrung** liegt vor, wenn die AGSeite im Tarifgebiet den Arbeitskampf eröffnet (BAG 10.6.1980 NJW 1980, 840). Anders als die suspendierende Abwehraussperrung stößt die Angriffsaussperrung überw. auf Skepsis.

Der **GS des BAG** sprach 1955 von „der (praktisch seltenen) legitimen Aggressivaussperrung“ (BAG GS 28.1.1955 NJW 1955, 882) und unterstellte damit grds. deren rechtl. Zulässigkeit. Spätere Urte. betrafen ausschl. die suspendierende Abwehraussperrung. Dies zeigt, dass die AGSeite jdf. in der Vergangenheit auf ein Angriffsmittel nicht angewiesen war (vgl. BAG 10.6.1980 NJW 1980, 840).

Das **Schrifttum** befasst sich fast nur mit der Abwehraussperrung. Die Angriffsaussperrung wird tw. völlig abgelehnt (zB *Däubler/Wolter AK* § 21 Rn. 40; *Seiter Streikrecht S.* 330 ff.), tw. generell gebilligt (*Kissel AK* § 53 Rn. 52 ff.; *ZLH/Loritz* § 41 VI 1). Tw. wird mit unterschiedl. Begr. und Voraussetzungen die Zulässigkeit mit Einschränkungen bejaht (*Otto AK* § 10 Rn. 60 ff.; *Brox/Rüthers Rn.* 186 ff.).

Maßgeb. für die Beurteilung sind letztl. die Erfordernisse einer funktionsfähigen Tarifautonomie, die für AN und AG gleichermaßen gewährleistet ist und iRd. Verhältnismäßigkeit auch die Freiheit der Wahl der Kampfmittel rechtfertigt. Allerdings ist die Ausgangslage für AG und AN nicht nur hins. der tarifpolitischen Ziele, sondern auch hins. der Mittel zu ihrer Durchsetzung sehr verschieden. Die Erwägungen des BAG zur suspendierenden Abwehraussperrung (vgl. Rn. 239 ff.) gelten insoweit entspr. Immerhin ist nicht auszuschließen, dass unter stark veränderten Ausgangsbedingungen auch die AGSeite einmal gezwungen sein könnte, die Initiative zu ergreifen. Die entspr. Hypothesen im Schrifttum (*Otto AK* § 10 Rn. 60 ff.) wirken freil. recht theoretisch (*Bobke FA* 2003, 322).

IV. Aussperrungskompetenz

Während der Streik als kollektive Maßnahme der AN von einer Gewerkschaft als TVPartei getragen wird (Rn. 123), ist bei der Aussperrung zu diff. Arbeitskamppartei kann hier die AGKoalition oder der einzelne AG sein. Das hat insb. Bedeutung für die **Aussperrungskompetenz**, also für die Frage, wem das Recht zusteht, über das Ob und Wie einer Aussperrung zu entscheiden.

Soweit es um einen **VerbandsTV** geht, liegt die Entsch. über den Aufruf zur Aussperrung bei der AGKoalition. Hierzu bedarf es eines Koalitionsbeschl. (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389). Fehlt eine Aussperrungsermächtigung durch den AGVerband, handelt es sich um eine „wilde“ Aussperrung, die rechtswidrig ist (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389; LAG HM 21.8.1980 AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 72; LAG N 6.2.1995 NZA 1996, 784 [LS]; *Däubler/Wolter AK* § 21 Rn. 48; *Gamillscheg Kol- lArbR I* § 22 IV 7; *Seiter Streikrecht S.* 339; *aA Brox/Rüthers Rn.* 53).

Soweit der Arbeitskampf um einen **Firmentarif** geführt wird, kann der einzelne AG über die Aussperrung entscheiden. Wenn die Gewerkschaft gegen ihn einen Streik führt, so folgt aus dem Gebot der Verhandlungs- und Kampfparität, dass der AG grds. das Recht hat, iRd. Verhältnismäßigkeit mit einer Aussperrung zu reagieren (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39; 27.6.1995 NZA 1996, 212).

Eine bes. Situation ergibt sich im Arbeitskampf um einen Verbandstarif für AG, die dem AGVerband zwar nicht angehören (**Außenseiter**), aber in ihrem Betrieb den VerbandsTV regelm. anwenden. Das BVerfG sieht den Außenseiter als berechtigt an, sich der Verbandsaussperrung anzuschließen. Es handele sich dabei um eine koalitionsgemäße Betätigung, näml. um ein Kampfbündnis mit dem Verband, das den Abschluss eines TV im Interesse des Außenseiters beeinflussen solle (BVerfG 26.6.1991 NZA 1991, 809; krit. *Konzen SAE* 1991, 335, 341). Zur entspr. Streikbetroffenheit von AußenseiterAG vgl. Rn. 121, 167.

V. Auszusperrende Arbeitnehmer

- 254 **1. Gewerkschaftsmitglieder und Außenseiter.** Nach stRspr. sind nicht nur die Mitglieder der kampfführenden Gewerkschaft am Arbeitskampf beteiligt, sondern iRd. Streikbeschl. die gesamte Belegschaft. Deshalb darf auch die Abwehraussperrung nicht nach der **Gewerkschaftszugehörigkeit** diff. (BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668; *Gamillscheg* KollArbR I § 21 III 7b; *Otto AK* § 6 Rn. 12). Durch eine selektive Aussperrung, die gezielt nur die Mitglieder der streikenden Gewerkschaft erfasst, würde vielmehr deren positive Koalitionsfreiheit verletzt (BAG 18.11.2014 NZA 2015, 306 Rn. 34 mwN). Das gilt auch beim Arbeitskampf im **tarif-/gewerkschaftspluralen Betrieb**. Auch hier kann der AG neben den Mitgliedern der den Arbeitskampf führenden Gewerkschaft die nicht und anders organisierten AN aussperrern (*Linsenmaier* RdA 2015, 369, 378 f.; aA *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 476; *Hensler* RdA 2011, 65, 68 f.). Dies gilt selbst dann, wenn er mit der Konkurrenzgewerkschaft schon einen TV geschlossen hat. Dessen Friedenspflicht steht nicht entgegen, wird er doch in seinem Inhalt nicht in Frage gestellt (nicht eindeutig insoweit BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668, zu Teil III B 3 der Gründe). Dagegen ist der AG nicht gehindert, als Reaktion auf einen Warnstreik nur streikbeteiligte AN (ohne Rücksicht auf deren Gewerkschaftszugehörigkeit) auszusperrern (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39). Darin liegt keine Maßregelung, sondern die Konsequenz seiner Kampftaktik der offenen Tür und der Sinn einer „Warnaussperrung“.
- 255 **2. Betriebsratsmitglieder.** Das BRMandat ist vom Arbeitskampf unabhängig; die BRMitglieder haben ihr Amt auch während des Arbeitskampfs wahrzunehmen (Rn. 156). Dennoch kann ein **BRMitglied** mit suspendierender Wirkung ausgesperrt werden (BAG 25.10.1988 NZA 1989, 353): Davon wird aber sein BRAmt nicht berührt. Entspr. gilt für PRMitglieder und ANVertreter im AR.
- 256 **3. Schwerbehinderte Menschen.** Das SGB IX enthält kein ausdr. Aussperrungsverbot. Aus einer Gesamtschau des G folgt, dass der **schwerbehinderte Mensch** keinen unbedingten Beschäftigungsanspruch hat. Deshalb kann er suspendierend ausgesperrt werden (zum SchwbG: BAG 7.6.1988 NZA 1988, 892; 7.6.1988 NZA 1988, 890). Dies gilt auch für die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen (§ 177 SGB IX; vgl. SGB IX § 178 Rn. 2 f.).
- 257 **4. Erkrankte und Beurlaubte.** Der arbeitsunfähig erkrankte AN ist nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Eine Suspendierung der Arbeitspflicht ist also ausgeschlossen. Nach der Rspr. des BAG gehört aber zu den Hauptpflichten des AG, die durch die Aussperrung suspendiert werden, nicht nur die Gegenleistung für tats. geleistete Arbeit, sondern auch alle Lohnersatzleistungen, die an die Stelle einer aus anderen Gründen ausfallenden Vergütung treten. Daher kann auch ein erkrankter AN ausgesperrt werden und verliert dadurch den Anspruch auf die Lohnersatzleistung der EFZ (BAG 7.6.1988 NZA 1988, 890). Gleiches gilt für die aus anderen Gründen von der Arbeitspflicht befreiten AN, soweit sie sich jederzeit dem Arbeitskampf anschließen könnten. Geht man davon aus, dass sich auch im Urlaub befindl. AN einem Streik anschließen können (Rn. 207), können sie ebenfalls ausgesperrt werden; der AG wird daran aber häufig kein Interesse haben, da dann der Urlaubsanspruch nicht verbraucht wird.
- 258 **5. Schwangere.** Entspr. den Überlegungen zum Schutz der Schwerbehinderten und arbeitsunfähig erkrankten AN hält das BAG auch die suspendierende Aussperrung von **schwangeren AN** für zulässig. Dabei unterscheidet es nicht danach, ob die Aussperrung schon vor oder erst nach Beginn der Schutzfrist bzw. der Beschäftigungsverbote erfolgt (BAG 22.10.1986 NZA 1987, 494).

VI. Beginn und Ende der Aussperrung

- 259 Der Aussperrungsbeschl. des AGVerbandes (Rn. 251) oder die Aussperrungsentsch. des einzelnen AG im Falle eines umkämpften FirmenTV führt allein noch nicht zur Suspendierung der Hauptpflichten in den einzelnen ArbVerh., sondern bedarf der Umsetzung ggü. den auszusperrenden AN durch eine entspr. **Erkl.** Der AG muss die Aussperrung der ANSeite ggü. zum Ausdruck bringen (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212), entweder ggü. den einzelnen AN oder ihrer Gewerkschaft bzw dem Streikkomitee. Das muss in einer hinreichend klaren Form geschehen (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212), denn die AN müssen mit Rücksicht auf ihre Reaktionsmöglichkeiten wissen, ob das Verhalten des AG eine Kampfmaßnahme darstellt (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389).
- 260 Die **Aussperrungserkl. bedarf keiner bes. Form** und kann auch konkludent abgegeben werden (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212). Die tats. Vollziehung kann bei entspr. Eindeutigkeit zugleich die konkludente Aussperrungserkl. darstellen und mit ihr zusammenfallen. Fordert der AG die AN zum Verlassen der Arbeitsplätze auf, so muss er dabei ausreichend deutl. machen, ob er die AN damit aussperrern oder nur auf eine streikbedingte Betriebsstörung reagieren will (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212).
- 261 Beim Kampf um einen VerbandsTV muss der AG zusätzl. darauf hinweisen, dass die Aussperrung vom **AGVerband getragen** wird (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389), also keine „wilde“ Aussperrung darstellt. Auch diese Kenntnis ist maßgebl. für die Reaktionsmöglichkeiten der ANSeite. An die Klar-

stellung dürfen keine bes. hohen oder gar förmli. Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, wenn sich die Mitwirkung des AGVerbandes aus den Umständen ergibt. Das ist schon dann der Fall, wenn der AGVerband bereits öffentl. für den Fall von Kurzstreiks Aussperrungen in den etwa betroffenen Unternehmen angekündigt hatte (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389). Bes. wichtig ist ein klarstellender Hinweis, wenn eine Aussperrung zunächst wegen der fehlenden Aussperrungsermächtigung des AGVerbandes als „wild“ und damit rechtswidrig anzusehen war, dann aber noch während der Aussperrung vom AGVerband übernommen und damit rechtmäßig wird (vgl. zur Übernahme eines „wilden“ Streiks Rn. 123, 136).

Für die **Beendigung** der Aussperrung gilt grds. das Gleiche wie für ihren Beginn. Sie muss von dem AGVerband bzw dem einzelnen AG beschlossen und eindeutig bekannt gemacht werden. 262

Mit dem Ende der suspendierenden Aussperrung leben die ArbVerh. wieder in vollem Umf. auf: Die AN müssen die Arbeit wieder aufnehmen, der AG ist verpflichtet, sie wieder zur Arbeit zuzulassen. Der AG hat ledigl. einen geringen zeitl. Spielraum, den Beginn der **Wiederaufnahme der Arbeit** den betriebl. und marktmäßigen Erfordernissen anzupassen, die sich aus der Arbeitsunterbrechung ergeben (BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668). 263

VII. Erhaltungsarbeiten

Die Notwendigkeit von **Erhaltungsarbeiten** besteht bei der Aussperrung genauso wie beim Streik (Rn. 180 ff.). Auch eine Aussperrung darf nicht zu einem Verlust der Produktionsanlagen, Produktionsmittel und Arbeitsplätze führen, die Fortsetzung der Arbeit muss sichergestellt sein. Der AG hat es in der Hand, die auszusperrenden AN so zu bestimmen, dass die Erhaltungsarbeiten gewährleistet sind. Soweit jedoch Streikende ausgesperrt werden, führt deren selektive Herausnahme aus der Aussperrung durch den AG allein noch nicht dazu, dass sie Erhaltungsarbeiten verrichten müssen. Ihre Streikbeteiligung steht nicht zur Disposition des AG. Die betr. AN müssen vielmehr wie beim Streik (vgl. Rn. 187 f.) für bestimmte Erhaltungsarbeiten „eingeteilt“ werden. 264

VIII. Rechtsfolgen im Einzelarbeitsverhältnis

1. Ausgesperrte Arbeitnehmer. Durch die Suspendierung der Hauptpflichten aus dem ArbVerh. entfällt die **Lohnzahlungspflicht** des AG. Der AG braucht auch keine Lohnersatzleistungen zu erbringen, die sonst an die Stelle einer ausfallenden Vergütung treten, zB EFZ an Feiertagen und im Krankheitsfall. Ebenso entfällt der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (BAG 22.10.1986 NZA 1987, 494). Darin liegt kein Verstoß gegen § 612a BGB. Wegen Zuschlägen und Zulagen, Sozialleistungen des AG, Urlaub und Kündigung sowie Sozialvers. vgl. Rn. 201 ff. 265

2. Nicht ausgesperrte Arbeitnehmer. Die ArbVerh. **nicht ausgesperrter AN** bestehen grds. fort mit allen beiderseitigen Rechten und Pflichten. Jedoch kann die zu erbringende Arbeitsleistung iRd. Kampfaktik des AG verändert werden (Rn. 175). Auch ist der AG verpflichtet, einem nicht ausgesperrten AN, dessen Beschäftigungsmöglichkeit aussperrungsbedingt entfällt, auf sein Verlangen nach Maßgabe der betriebl. Möglichkeiten eine andere Tätigkeit zu übertragen. Die Grds. der Verteilung des Arbeitskämpfrisikos gelten wie für den Streik auch für die rechtmäßige Aussperrung (BAG 22.12.1980 NJW 1981, 942; vgl. Rn. 142). 266

IX. Rechtswidrige Aussperrung

1. Rechtsstellung der Arbeitnehmer. Bei rechtswidriger Aussperrung besteht das ArbVerh. unverändert mit allen gegenseitigen Rechten und Pflichten fort. Der AG gerät durch die rechtswidrige Aussperrung in **Annahmeverzug**, § 615 BGB. Er hat die Arbeitsvergütung so zu zahlen, als ob der AN gearbeitet hätte. Soweit dem ausgesperrten AN weitere Schäden entstanden sind, kann er diese vom AG ersetzt verlangen. Er kann vorbeugend auf Unterlassung der Aussperrung klagen und das ArbVerh. aus wichtigem Grund kündigen. Soweit AN von dem rechtswidrigen Aussperrungsbeschl. nicht betroffen sind, ändert sich nichts an ihrer Rechtsstellung. Auch die Grds. des Arbeitskämpfrisikos (Rn. 143 ff.) gelten nicht, denn die Folgen der rechtswidrigen Aussperrung muss der AG voll tragen. 267

2. Verhältnis Gewerkschaft/Arbeitgeber. Eine Gewerkschaft, die die ausgesperrten AN organisiert, hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die rechtswidrige Aussperrung möglichst schnell beendet wird. Sie kann dazu eine **Unterlassungsklage** erheben. Als Rechtsgrdl. kommt die Friedenspflicht aus einem TV oder aus einem Schlichtungsabk. in Betracht; das setzt allerdings voraus, dass der aussperrende AG tarifgebunden und damit auch selbst friedenspflichtig ist (vgl. Rn. 124). Ein Unterlassungsanspruch kann daneben auf §§ 1004, 823 I BGB iVm. Art. 9 III gestützt werden, denn der Schutz des Art. 9 III richtet sich nicht nur gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, sondern auch gegen Beeinträchtigungen durch den sozialen Gegenspieler (vgl. Rn. 43 ff.). 268

3. Verhältnis Gewerkschaft/Arbeitgeberverband. Wird die rechtswidrige Aussperrung vom AG-Verband getragen, so ist auch dieser neben dem einzelnen aussperrenden AG Adressat von **Gegen-**

ansprüchen der Gewerkschaft, und zwar sowohl aus verletzter Friedenspflicht als auch auf Grund der Schutzpflicht aus Art. 9 III GG iVm. § 823 I BGB (vgl. zur entspr. Rechtslage bei rechtswidrigen Streiks Rn. 231).

- 270 **4. Rechtswidrige Aussperrung und Mitbestimmung.** Anders als bei einem rechtmäßigen Arbeitskampf (vgl. Rn. 156 ff.) unterliegen die **MBR des BR** bei einer rechtswidrigen Aussperrung keinen arbeitskampfbedingten Einschränkungen.

H. Atypische Arbeitskämpfungsmittel

I. Freiheit der Kampfmittelwahl

- 271 Streik und Aussperrung sind die klassischen Arbeitskämpfungsmittel. Daneben gibt es zahlreiche **atypische Arbeitskämpfungsmittel** (ausf. RDC/*Callsen* S. 25 ff.). Auch diese unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dieser erfasst nicht nur einen historisch gewachsenen numerus clausus von Arbeitskämpfungsmitteln (BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 34; BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493 Rn. 23; RDC/*Deimert* S. 91 ff.; *Däubler/Wroblewski* AK § 17 Rn. 8 ff.; Schaub *ArbR-HdB/Treber* § 192 Rn. 48 aA *Jakobs* ZfA 2011, 71, 85 f.; *Franzen* JbArbR 47 [2010] S. 119, 129; *Konzen* SAE 2008 1, 7; *Otto* RdA 2010, 135, 137 ff.; *Lobinger* FS Krüger 2017 S. 249, der den Arbeitskampf iE rein zivilrechtl. auf die kollektive Leistungsverweigerung reduzieren will; unklar *Sachs/Höfling* Rn. 105, 109). Es ist vielmehr grds. „den TVParteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“ (BVerfG 4.7.1995 NZA 1995, 754 zu C. I. 1. b; BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 41). Die Beurteilung, ob es sich um eine durch Art. 9 III geschützte koalitionspezifische Betätigung handelt, richtet sich grds. nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel (BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493 Rn. 27; BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 34). IE können sich allerdings durchaus Zweifelsfragen ergeben, weil die von der Rspr. zu Streik und Aussperrung entwickelten Grds. nicht ohne weiteres auf die atypische Kampfmethoden übertragbar sind. Zentraler Prüfungsmaßstab ist auch hier der Grds. der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn (BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493 Rn. 25; BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 41; vgl. dazu Rn. 129 ff.), also die Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderl. ist und bezogen auf das Kampfziel angemessen (proportional) eingesetzt wird (BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 41). Für die Beurteilung der Angemessenheit eines atypischen Arbeitskämpfungsmittels können zahlr. Umstände eine Rolle spielen, die sich nicht für alle in Betracht kommenden Arbeitskämpfungsmittel abschließend beschreiben lassen, sondern je nach Art des Kampfmittels unterschiedl. Bedeutung erlangen (BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 45).

II. Partielle Arbeitsverweigerung

- 272 **1. Offene Leistungsbeschränkung.** AN können versuchen, den AG unter Druck zu setzen, indem sie ihre Arbeitsleistung nicht insg. verweigern, sondern nur einschränken. Dem traditionellen Streik am nächsten kommt dieses Kampfmittel, wenn die Beschränkung in einem entspr. Kampfbeschl. genau bezeichnet wird und die Rechtsfolge der entspr. **Teilsuspendierung**, also auch der Entgeltkürzung, bestimmbar ist. In Betracht kommt zB die Weigerung, bestimmte Maschinen zu bedienen, oder Büroarbeiten zu leisten („Bleistiftstreik“; *Reuß* RdA 1972, 321, 322) sowie die Verweigerung von Überstunden und Sonntagsarbeit. Wenn die allg. Anforderungen an einen rechtmäßigen Arbeitskampf gewahrt sind, sind solche Kampfmethoden zulässig (*Gamillscheg* KollArbR I § 21 II 1c; *Otto* AK § 10 Rn. 49 ff.).
- 273 **2. Verdeckte Leistungsbeschränkung.** Sog. **Bummelstreiks** hat die Rspr. als sittenwidrig erachtet (vgl. RG 9.6.1925 Z 111, 105, 112; 30.3.1926 Z 113, 197, 200; BGH 31.1.1978 NJW 1978, 816). Jdf. ist das Kampfmittel wegen seiner Verschleierungstaktik unlauter (*Otto* AK § 10 Rn. 48; *Kissel* AK § 61 Rn. 7, 9). Es geht eben nicht um ein „vorübergehendes Leistungstief“ (so aber *Däubler/Däubler* AK § 29 Rn. 12), sondern um gepl. und koordinierte Schädigung, durch die eine Entgeltkürzung und die Verhältnismäßigkeitskontrolle umgangen werden sollen (MHdB *ArbR/Ricken* § 265 Rn. 8). Auch kollektive Krankmeldungen sind kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel (vgl. Rn. 282).
- 274 Auch „**Dienst nach Vorschr.**“, bei dem sich die AN kollektiv dümmer stellen, als sie sind, und Vorschriften abw. von der übl. Handhabung anwenden, um so den Arbeitsablauf zu verzögern oder den Leistungsgrad zu mindern, ist regelm. ein unlauteres und unzulässiges Arbeitskämpfungsmittel (*Kissel* AK § 61 Rn. 10, *Otto* AK § 10 Rn. 48; diff. *Däubler/Däubler* AK § 29 Rn. 21 ff.).

III. Aktive Produktionsbehinderung

- 275 Im Zuge kollektiver Auseinandersetzungen kommt es gelegentl. zu „**aktiv produktionsbehindernden Maßnahmen**“ (vgl. dazu *Treber* Maßnahmen). Dabei ist zu unterscheiden zwischen typischen Begleitmaßnahmen eines Streiks, die Bestandteil des Streiks als Kampfmittel sind (vgl. BAG 20.11.2018

NZA 2019, 402 Rn. 29; *Otto* AK § 12 Rn. 2; *Treber* Maßnahmen S. 108), und andersartigen, eigenständigen Kampfmitteln (vgl. *Otto* AK § 11). Die Grenzen können fließend sein.

Typische Begleithandlungen eines Streiks sind idR die Maßnahmen von Streikposten, wie die Bildung sog. Streikgassen (vgl. *Otto* AK § 12 Rn. 9), oder streikmobilisierende Maßnahmen auf einem Firmenparkplatz (vgl. Rn. 177; BAG 20.11.2018 NZA 2019, 402). Dazu gehört auch eine kurzzeitige, vorübergehende Zugangsbehinderung, die nicht darauf angelegt ist, den Betrieb dauerhaft abzuriegeln, sondern dazu dient, Streikunwillige aufzuhalten und anzusprechen (vgl. LAG HH 6.1.2013 BeckRS 2013, 66882). Auch ein kurzfristiger, primär demonstrativer Sitzstreik am Arbeitsplatz oder eine Streikversammlung auf dem Betriebsgelände kann eine solche typische Begleithandlung sein (*Otto* AK § 12 Rn. 21). Gleiches gilt für eine kurzzeitige „Demonstrationsbesetzung“, die nicht der nachhaltigen Produktionsverhinderung, sondern dazu dient, öffentl. Aufmerksamkeit zu erzeugen. Derartige Aktionen unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dementspr. ist im Einzelfall der Verhältnismäßigkeitsgrds. zu beachten und praktische Konkordanz zu den ebenfalls grundrechtl. geschützten Positionen des AG herzustellen (vgl. BAG 20.11.2018 NZA 2019, 402 Rn. 30 ff.).

Keine typischen Begleithandlungen eines Streiks sind Aktionen, die zwar auch im Rahmen eines Arbeitskampfes erfolgen, durch die aber selbst Druck auf den AG ausgeübt werden soll. Hierunter fallen längerfristige **Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen**, durch die nicht etwa nur auf Arbeitswillige eingewirkt, sondern sowohl Streikarbeit und/oder die Zulieferung von Material und die Auslieferung hergestellter Produkte insg. unmögl. gemacht werden soll (zu Bsp. aus der Arbeitskampfgeschichte *Treber* Maßnahmen S. 58 ff.; *Däubler/Unterhinninghofen* AK § 17 Rn. 186). Dabei kommen auch Blockaden in Betracht, die Kunden und Zulieferer aussparen oder sich auf betriebsfremde Streikbrecher beschränken (vgl. *Treber* Maßnahmen S. 466). Andersartige Kampfmaßnahmen sind auch das „Verbleiben am Arbeitsplatz“ (vgl. dazu *Treber* Maßnahmen S. 470 ff.), der sog. Flashmob (vgl. Rn. 227b), die koordinierte Störung des Internet- und Telefonverkehrs (vgl. Rn. 277c) und der Boykott (vgl. Rn. 278 f.). Jdf. bei länger andauernden Betriebsblockaden oder gar –besetzungen handelt es sich um massive **Eingriffe** in den **ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** und auch in das grundrechtl. geschützte **Eigentum** des AG (vgl. BAG 21.6.1988 NZA 1988, 846 zu A. II 2.; *Kissel* AK § 61 Rn. 68 ff., 101 ff. *Otto* AK § 11 Rn. 5 ff.). Diese Kampfmaßnahmen sind deshalb aber nicht von vornherein dem Schutz des Art. 9 III entzogen. Das Argument, es seien in diesen Fällen regelm. Straftatbestände §§ 123, 240 StGB verletzt, greift zu kurz, da auch die Straftatbestände im Licht von Art. 9 III auszulegen sind (*Gamillscheg* KollArbR I § 21 V. 1. b) (2), § 23 II. 1. a)). Allerdings werden hier bei der Herstellung praktischer Grundrechtskonkordanz regelm. die Grundrechte des AG das größere Gewicht haben. Je intensiver der Eingriff in diese ist, desto eher muss das Grundrecht aus Art. 9 III weichen.

Insb. dann, wenn der AG den Betrieb überhaupt oder jdf. am bisherigen Standort nicht fortführen will und der Arbeitskampf gerade wegen des drohenden Verlusts der Arbeitsplätze oder für einen Tarifsozialplan geführt wird, ist der Streik jdf. im betroffenen Betrieb – anderes kann für einen Unterstützungsstreik gelten – häufig ein stumpfes Schwert und wenig geeignet, Parität herzustellen. Ähnl. gilt, wenn es dem AG mögl. ist, die Belegschaft vollständig zu ersetzen (vgl. *Treber* Maßnahmen S. 455 f.) Hier ist typischerweise allein durch Streik ein Verhandlungsgleichgewicht nicht erreichbar (*Treber* Maßnahmen S. 456). Die Möglichkeit der vollständigen Belegschaftersetzung wird allerdings durch § 11 V 1 AÜG deutl. gemindert. Wenn die Gewerkschaft in Situationen, in denen sich der klassische Streik selbst bei hohem Mobilisierungsgrad als völlig ungeeignet zur Herstellung von Verhandlungsparität erweist, versucht, durch atypische Kampfmittel Druck zu erzeugen, ist es nicht selbstverständl., bei der Herstellung praktischer Konkordanz dem Grundrechts des AG aus Art 14 stets und uneingeschränkt den Vorrang ggü. Art 9 III einzuräumen. Vielmehr erscheint es mind. diskussionswürdig, im Einzelfall die vorübergehende Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit des Eigentums als eine richterrechtl. auf der Grdl. von Art. 9 III entwickelte Gestattung iSv. § 858 I BGB zu erachten (vgl. BAG 20.11.2018 NZA 2019, 402 Rn. 20; vgl. a. *Treber* Maßnahmen S. 486 ff.). **Demonstrationsversammlungen** in der Nähe des Betriebs zur Unterstützung von Streiks und zur öffentl. Meinungsbildung sind nicht nur durch Art. 8, sondern auch durch Art. 9 III geschützt (zu den versammlungsrechtl. Besonderheiten *Donat/Kübling* AuR 2009, 1 ff.).

Eine „aktive Betriebsstörung unter Einbeziehung Dritter“ (*RDC/Callsen* S. 34 ff.) war der von ver.di im Dezember 2017 in einer Berliner Einzelhandelsfiliale organisierte „Flashmob“. Dabei wurden durch Aufrufe im Internet oder durch Anruf per SMS Menschen aufgefordert, zur Unterstützung eines gewerkschaftl. Streik den betriebl. Ablauf in bestimmten Betrieben durch regelwidriges Verhalten zu stören (zB durch massenhaften Einkauf von Cent-Artikeln oder durch Befüllen von Einkaufswagen ohne entspr. Kaufabsichten). Das BAG hat eine solche streikbegleitende Aktion zu Recht als eine grds. dem Schutz des Art. 9 III unterfallende Arbeitskämpfmaßnahme erachtet, sie aber einer intensiven Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen (BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347). Es hat dabei durchaus erkannt, dass sich diese Form des Flashmobs vom herkömml. Streik insb. dadurch unterscheidet, dass eine „aktive“ Störung betriebl. Abläufe beabsichtigt ist, sich an dieser Dritte beteiligen (vgl. dazu *RDC/Deinert* S. 98 ff.) und es an der für einen Streik typischen Selbstschädigung fehlt (vgl. BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 52; vgl. a. BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493 Rn. 30). Es hat diesem

Kampfmittel aber auch wirksame Grenzen gezogen. Insb. verlangt es, die den Arbeitskampf führende Gewerkschaft müsse in zurechenbarer Weise deutl. machen, dass es sich nicht um eine „wilde“ Aktion unbeteiligter Dritter, sondern um eine von ihr organisierte – und entspr. beherrschbare und zu verantwortende – Aktion handelt (BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 54; vgl. a. BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493 Rn. 30). Außerdem hat es zu Recht angenommen, dass die AGSeite einer solchen Aktion nicht wehrlos ausgeliefert ist, sondern ihr wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen (BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347 Rn. 55 ff.). Die tw. heftige Kritik an der Entsch. des BAG (vgl. *Giesen/Kersten* NZA 2018, 1; *Krieger/Günther* NZA 2010, 20; *Lobinger* FS Krüger 2017 S. 249; *Otto* RdA 2010, 135; MHdB ArbR/*Ricken* § 273 Rn. 20; *Rieth* SAE 2010, 37; *Rüthers/Höpfner* JZ 2010, 261; *Schwarze* ZfA 2018, 149; *Willemsen/Mebrens* Anm. zu AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174; zust. dagegen *Beckerle* NJW 2017, 439; *Däubler/Däubler* AK § 31 Rn. 6 ff.; RDC/*Deinert* S. 91 ff.) ist daher nicht berechtigt. Auch das BVerfG hat die Erwägungen des BAG aus verfassungsrechtl. Sicht nicht beanstandet (BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493).

- 277c Auch streikbegleitende, von der Gewerkschaft organisierte **Störungen des Internet- oder Telefonverkehrs** durch Massen-E-Mails, massenhafte Aufrufe einer Unternehmenswebsite oder massenhafte Telefonanrufe (vgl. RDC/*Callsen* S. 37 ff.; *Lenz/Gressel* in Benecke (Hrsg.) Unternehmen 4.0, 2018, S. 149 ff.) dürften als Arbeitskampfmaßnahme grds. dem Schutz des Art. 9 III unterfallen (vgl. RDC/*Deinert* S. 111 f.). Allerdings wird die Proportionalität einer solchen Aktion häufig fragl. sein, da sie von der Gewerkschaft nur schwer beherrschbar sein dürfte, es an jegl. Exzesse verhindernden Selbstschädigung fehlt und die Verteidigungsmöglichkeiten der AG begrenzt sein dürften (vgl. a. *Giesen/Kersten* NZA 2018, 1, allerdings mit unzut. Wiedergabe von § 303b I Nr. 2 StGB).

IV. Boykott

- 278 Der Boykott gehört zu den ältesten Kampfmitteln in sozialen Auseinandersetzungen (vgl. BAG 19.10.1976 NJW 1977, 318: „geschichtl. überkommene Arbeitskampfmaßnahme“). Er zielt auf den **geschäftl. Verkehr des Kampfgegners**, indem entweder nur die eigenen geschäftl. Kontakte mit ihm abgebrochen oder auch Dritte zum Abbruch aufgefordert werden. Die Weigerung von Hafendarstellern, Schiffe mit Billigflaggen zu entladen, war der Sache nach eine Kombination von Unterstreichstreik und Boykott (vgl. BAG 19.10.1976 NJW 1977, 318; vgl. a. *Gamillscheg* KollArbR I § 21 IV. 2.; *Zimmerer* AuR 2018, 508). Der Boykottaufruf an Dritte, sich vertragsbrüchig zu verhalten, dürfte unzulässig sein, sofern der Vertrag nicht gerade geschlossen wurde, um den Streik zu unterlaufen (*Otto* AK § 11 Rn. 27; MHdB ArbR/*Ricken* § 273 Rn. 7; aA *Däubler/Däubler* AK § 30 Rn. 32; *Gamillscheg* KollArbR I § 21 IV. 1.). Die Aufforderung an Dritte, von Verträgen abzusehen oder Vertragsbeziehungen zu beenden, ist dagegen, soweit die Friedenspflicht und das Übermaßverbot beachtet werden, ein zulässiges Arbeitskampfmittel (*Binkert*, Gewerkschaftl. Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskampfrechts, 1981 S. 110 ff.; *Däubler/Däubler* AK § 30 Rn. 28 ff.; RDC/*Deinert* S. 113 f.; *Gamillscheg* KollArbR I § 21 IV. 1.; *Otto* AK § 11 Rn. 29; aA *Kissel* AK § 61 Rn. 127 f.).
- 279 Erfolg haben Boykottaufrufe nur iVm. intensiver **Öffentlichkeitsarbeit**. Diese gewinnt zunehmend an Bedeutung bei Arbeitskämpfen (RDC/*Callsen* S. 26 ff.; *Däubler/Däubler* AK § 30 Rn. 2 ff.; *Keller* SF 2016, 259, 261 f.; *Renneberg*, Arbeitsbedingungen und Arbeitskonflikte im Dienstleistungsbereich, 2005; MHdB ArbR/*Ricken* § 273 Rn. 7). Das Firmen-Image gilt als wertvolles Werbeargument. Die betroffenen AG sind dabei keineswegs schutzlos, sondern reagieren regelm. mit Pressekampagnen. Die Bedeutung der öffentl. Meinung ist für den Verlauf und den Ausgang von Arbeitskämpfen bes. im gesamten, weit verstandenen Bereich der Daseinsvorsorge – also etwa bei Bahn, Luftverkehr, Gesundheits- und Erziehungswesen – beträchtl. Durch die ausgeprägte Drittbetroffenheit wird hier jeder Arbeitskampf zu einer öffentl. Angelegenheit. Der mediale Druck, der bei solchen Arbeitskämpfen auf den Arbeitskampfparteien lastet, ist nicht zu unterschätzen (vgl. etwa zum KiTa-Streik 2015 der Vorstand von ver.di *Bsirske* FAZ 31.5.2015 S. 23: „Ökonomisch schadet der Streik den AG nicht, aber wo er entschieden wird, das ist in der Öffentlichkeit“).

V. Kollektive Ausübung individueller Rechte

- 280 Bisweilen werden Massenkündigungen sowie die **gemeinsame Ausübung von Zurückbehaltungsrechten** als mögl. Kampfmaßnahmen diskutiert. Zu Recht unterscheidet aber das BAG gemeinsam ausgeübte Zurückbehaltungsrechte deutl. von Arbeitskampfmaßnahmen (20.12.1963 NJW 1964, 883; vgl. aber a. 28.4.1966 AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 37).
- 281 Das Schrifttum ist sich weitgehend einig, dass die Bündelung individueller Rechte allein nicht ausreicht, um sie kollektivrechtl. Beschränkungen zu unterwerfen. Insb. enthält Art. 9 III keine Verbotsnorm dahin, dass Individualrechte nicht kollektiv ausgeübt werden dürften. Vielmehr entscheidet grds. allein das **Arbeitsvertragsrecht** über die Wirksamkeit der rechtsgestaltenden Erkl., und zwar unabhängig davon, ob sie individuell oder koordiniert ausgeübt werden (*Brox/Rüthers* Rn. 552 ff.; *Däubler/Däubler* AK § 28 Rn. 38 ff.; *Gamillscheg* KollArbR I § 21 II 2a; *Kissel* AK § 61 Rn. 13, 39; *Otto* AK § 11 Rn. 32 ff.). Das gilt grds. auch für den Widerspruch nach § 613a VI BGB, soweit das

Widerspruchsrecht nicht zu sachwidrigen Zielen missbraucht wird (BAG 30.9.2004 NZA 2005, 43; dazu *Krause RdA* 2006, 228, 234 ff.; *Otto AK* § 11 Rn. 40; BGB § 613a Rn. 110; zu restriktiv *Rieble NZA* 2005, 200 ff.). Allerdings verletzt eine Gewerkschaft ihre **Friedenspflicht**, wenn sie während der Laufzeit eines TV ihrem Änderungsverlangen dadurch Nachdruck verleiht, dass sie ihre Mitglieder zu Massenkündigungen oder Widersprüchen aufruft und die entspr. Kampagne organisiert (*Brox/Rüthers Rn. 565 ff.*; *Gamillscheg KollArbR I* § 22 II 5a; *Otto AK* § 11 Rn. 37; *Däubler/Däubler AK* § 28 Rn. 13 ff.).

Die spontane, aber (ersichtl.) koordinierte, **massenhafte Krankmeldung** („go sick“) ist kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel (BGH 31.1.1978 NJW 1978, 816; *Becker NJ* 2017, 494; *Beckerle/Stolzenberg NZA* 2016, 1313; *Bayreuther ZAAR* Schriftenreihe Bd. 43 [2018] S. 15, 27). Allerdings handelt es sich, wenn der AG überraschend Umstrukturierungspläne angekündigt hatte, nicht um „außergewöhnl. Umstände“, die ein Luftfahrtunternehmen von der Pflicht zu Ausgleichszahlungen an die betroffenen Fluggäste entbinden (EuGH 17.4.2018 NJW 2018, 1592; vgl. dazu *Führich MDR* 2018, 769).

J. Schlichtung

I. Begriff und Erscheinungsformen

Kollektive Konflikte werden idR ohne Arbeitskämpfe gelöst. Nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch die Koalitionen selbst sind an friedl. Lösungsformen interessiert, um die Kosten und Schadensfolgen von Arbeitskämpfen zu vermeiden. Deshalb unterwerfen sich die Tarifparteien häufig **formalisierten Verf. zur Klärung str. Regelungsfragen**, wenn ihre normalen Tarifverh. festfahren. Solche Schlichtungsverf. können aus Anlass eines aktuellen Streits ad hoc eingeschaltet werden; vielfach sind sie aber schon vorbeugend in tarifl. Schlichtungsabk. geregelt (Rn. 285). Diese erstrecken idR die tarifl. Friedenspflicht auf die Dauer des Verf. (Bsp. bei *Löwisch/Rumler AR-Blattei* SD 170.11 Rn. 16 f.).

Charakteristisch für alle Schlichtungsverf. ist die Beteiligung von Neutralen. Das Verf. endet entweder mit einer Einigung der Tarifparteien oder mit einem förmlichen Spruch des Schlichtungsorgans bzw. des neutralen Vorsitzenden. Die Bedeutung des Verf. hängt davon ab, wie weitgehend sich die Tarifparteien im Voraus gebunden haben. Am schwächsten wirken Schlichtungsverf., deren Einschaltung im Belieben der beteiligten Tarifparteien steht. Vielfach gilt jedoch **Schlichtungszwang**, dh. die Tarifparteien verpflichten sich im Voraus, keine Kampfmaßnahmen zu ergreifen, bevor nicht wenigstens ein Einigungsversuch iRd. Schlichtungsverf. unternommen wurde und gescheitert ist. Am weitesten gehen Schlichtungsordnungen, die eine **verbindl. Schlichtung** vorsehen; hier haben sich die Parteien dem Spruch des Schlichtungsorgans vertragl. unterworfen.

II. Rechtsgrundlagen und Grenzen

1. Tarifliche Schlichtungsabkommen. Praktische Bedeutung haben v.a. die **autonomen Schlichtungsabk.** der Koalitionen. Sie sind TV und richten sich nach dem TVG, bedürfen also der Schriftform (§ 1 II TVG). Schon 1954 vereinbarten die BdA und der DGB das Muster einer Schlichtungsvereinb. (*RdA* 1954, 383 f.; vgl. dazu *Höpfner ZfA* 2018, 254, 276; zu weiteren tarifl. Schlichtungsabk. vgl. *Knevels ZTR* 1988, 414 f.; *Däubler/Reinfelder AK* § 15 Rn. 30 Fn. 99).

Eine Zwangsschlichtung kommt nur in Betracht, soweit sich die Tarifparteien dem Schlichtungsspruch im Rahmen ihrer Tarifautonomie selbst unterworfen haben (vgl. BAG 20.11.2012 NZA 2013, 437 Rn. 56). Dagegen würde eine **staatl. Zwangsschlichtung** gegen Art. 9 III verstoßen. Deshalb ist auch eine AVE einer tarifl. Schlichtungsordnung nicht mögl. Soweit LandesG früher anderes vorsahen, sind sie nichtig oder aufgeh. worden. Die einzige noch bestehende Ausnahme in der Landesschlichtungsordnung Baden kam nur bis 1954 in wenigen Fällen zur Anwendung (*Arnold RdA* 1996, 356; *Höpfner ZfA* 2018, 254, 273).

2. Staatliche Schlichtung. Nach 1945 schaffte die Militärregierung mit dem KRG Nr. 35 v. 20.8.1946 (ABl. KR S. 174) die Rechtsgrdl. für Schlichtungsstellen der Länder. Einige von ihnen haben das aufgegriffen und **Landesschlichter** oder **Schlichtungsausschüsse** eingerichtet. Ihre Aufgabe besteht in der Vermittlung im Regelungsstreit auf Wunsch der streitenden Parteien. Dabei handelt es sich aber um **Vertragshilfe** und nicht um Zwangsschlichtung (vgl. dazu *Höpfner ZfA* 2018, 254, 262 ff.; *Otto AK* § 22; *Kissel AK* § 70 Rn. 10 ff.; *Knevels ZTR* 1988, 408, 411 f.).

Umstr. ist, ob der Gesetzgeber ein **obligatorisches Schlichtungsverf.** einführen könnte, auf das sich die Tarifparteien generell oder auf Antrag einer Seite einlassen müssten. Selbst wenn ein solches Verf. nur mit einem unverbindl. Vermittlungsvorschlag enden soll, läge darin ein Eingriff in die Tarifautonomie, weil der Spielraum der Tarifparteien durch den Druck der Öffentlichkeit eingeschränkt würde. Nur eine Gefährdung wichtiger Gemeinschaftsgüter könnte einen solchen Eingriff rechtfertigen (*Däubler/Reinfelder AK* § 15 Rn. 19; weitergehend *Otto AK* § 22 Rn. 31 f. mwN). Soweit diese bereits zur Rechtswidrigkeit eines Streiks führt, ist eine Zwangsschlichtung ohnehin nicht erforderl., sondern es sind die staatl. Gerichte zust. (*Kissel AK* § 70 Rn. 35 f.).

Art. 12 [Berufsfreiheit]

- (1) ¹Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen.
²Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.
- (2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.
- (3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

I. Eigenart und Bedeutung

- 1 Art. 12 I ist neben Art. 14 die für das Arbeits- und Wirtschaftsleben zentrale Grundsatznorm und das **Hauptgrundrecht der freien wirtschaftl. Betätigung**, sowohl für Selbständige als auch für abhängig Beschäftigte. Im **Anwendungsbereich der GRC** (AEUV Vorb. Rn. 5) enthält Art. 15 GRC eine Gewährleistung, die sowohl die Berufsfreiheit der Unionsbürger als auch die von Beamten (*Jarass* Art. 15 GRC Rn. 9) in vergleichbarer Weise schützt, wobei für die **unternehmerische Betätigung** Art. 16 GRC als speziellere Regelung einschlägig ist (*Jarass* EuGRZ 2011, 360). Den Arbeitsplatzschutz verstärkt Art. 30 GRC, der im Anwendungsbereich des Unionsrechts (ungerechtfertigte) AG-Kündigungen aus Gründen untersagt, die insb. in Anlehnung an Nr. 3 lit. a-d, f des Anhangs zu Art. 24 ESC sowie Art. 21 GRC zu bestimmen sind (*Jarass* Art. 30 GRC Rn. 6; *Meyer/Riedel* Art. 30 Rn. 15). Dazu zählt etwa eine Entlassung wegen Maßregelung, gewerkschaftl. Betätigung, BRArbeit, zur oder wegen zeitweiliger unfall- oder krankheitsbedingter Abwesenheit. Bei einer sog. Wartezeitkündigung, deren Wirksamkeit sich aussch. nach §§ 138 oder 242 BGB beurteilt, fehlt der für die Anwendung der GRC notwendige Bezug zum Unionsrecht (BAG 8.12.2011 NZA 2012, 286).
- 2 Der Idee nach wurzelt das Grundrecht in der Gewerbefreiheit des 19. Jh., also einem Schutzrecht unternehmerischer Betätigung. Aber schon das Apotheken-Urt. des BVerfG betonte **den personalen Bezug** des Grundrechts. Verbürgt sei mehr als die Freiheit selbständiger Ausübung eines Gewerbes. Es gehe um Arbeit als Beruf und Lebensgrdl. mit Wert und Würde für alle sozialen Schichten (BVerfG 11.6.1958 E 7, 377, 397). Dieser Persönlichkeitsbezug führt allerdings nicht zu einer personal gebundenen Einschränkung des Berufsbegriffs (BVerfG 17.2.1998 NJW 1991, 1667). Der Schutz gilt auch für jur. Personen und verwirklicht sich sogar in der Unternehmerfreiheit von Großunternehmen (BVerfG 1.3.1979 E 50, 290, 363 f.).
- 3 Das BAG hat seiner Kompetenz gem. den sozialen Aspekt der Berufsfreiheit zu beachten. Aber obwohl es zunächst von der unmittelbaren Geltung der Grundrechte im ZivilR ausging (Einl. Rn. 17), hatte es außerhalb von Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsverboten oder Rückzahlungsklauseln zur Konkretisierung des Grundrechts der Berufsfreiheit kaum beigetragen.
- 4 Inzwischen ist die **sozialstaatl. Substanz** des Art. 12 I durch das BVerfG selbst breit entfaltet worden. Als Auftakt kann das Urt. zum numerus clausus gelten (BVerfG 18.7.1972 E 33, 303), mit dem das BVerfG zum ersten Mal ein „**Teilhaberecht**“ aus Art. 12 I ableitete. Der Staat dürfe sich nicht auf die Freihaltung des Zugangs zu seinen Ausbildungsstätten beschränken, sondern müsse – iRd. Möglichen – auch die Voraussetzungen für ihre Nutzung schaffen. Den Realitäten und Zwängen des Arbeitslebens stellte sich das BVerfG mit dem Handelsvertreter-Beschl. Der Staat müsse schützend aktiv werden, wo Teilnehmer des Arbeitslebens offensichtl. außerstande seien, ihre Berufsfreiheit wahrzunehmen. Gesetzgeber und Gerichte treffe eine grundrechtl. **Schutzpflicht** (BVerfG 7.2.1990 NJW 1990, 1469). Die Umbruchsituation in den neuen Ländern hat dann die Problematik des Arbeitsplatzverlustes ins Blickfeld des BVerfG gerückt. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes schließe die Freiheit ein, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit beizubehalten; auch insoweit bestehe eine grundrechtl. Schutzpflicht (BVerfG 24.4.1991 NJW 1991, 1667. – Warteschleife). Und schließl. wurde erkannt, dass auch die Verfallbarkeit betriebl. Versorgungsanwartschaften ein zentrales Problem der Berufsfreiheit betrifft (BVerfG 15.7.1998 NZA 1999, 194) oder die ges. Überleitung eines ArbVerh (BVerfG 25.1.2011 NZA 2011, 400). Auf der Grdl. dieses sozialstaatl. Verständnisses interpretiert das BAG heute alle Bereiche des ArbR im Licht des Art. 12 (Überbl. bei *Dieterich* AuR 2007, 65 ff.).
- 5 Ein **Grundrecht auf Arbeit** ergibt sich aus alledem nicht. Der Einzelne hat kein subj. Recht auf Verschaffung eines Arbeitsplatzes oder auf eine entspr. Bestandsgarantie (BVerfG 24.4.1991 NJW 1991, 1667). Allerdings darf der Staat der Massenarbeitslosigkeit nicht tatenlos zusehen; das BVerfG entnimmt das aber nicht Art. 12, sondern einem allg. „Gestaltungsauftrag“ des Sozialstaatsprinzips, das Verfassungsrang habe (Art. 20 GG) und sogar Eingriffe in die Tarifautonomie rechtfertigen könne (BVerfG 27.4.1999 NZA 1999, 992 unter B II 1c).

II. Schutzbereich

- 6 **1. Beruf/Arbeitsplatz/Ausbildungsstätte.** Beruf ist nach der Rspr. des BVerfG jede Tätigkeit, die auf gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrdl. dient (11.6.1958 E 7, 377, 397; 12.1.2016 NJW 2016, 930 Rn. 34). Die Definition suggeriert zwar Dauerhaftigkeit, es besteht aber Einigkeit, dass sich daraus kein praktisch bedeutsames Abgrenzungsmerkmal ergibt; auch Aus-