

# Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

21., neu bearbeitete Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-75700-6  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://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](http://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](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

29.11.1983 NZA 1984, 34). Zur ordentl. Kündigung vgl. § 1 KSchG Rn. 201 ff.; zur außerordentl. Kündigung § 626 BGB Rn. 69 ff.

Die **Aussperrung** ist kein zulässiges Mittel zur Abwehr rechtswidriger Streiks (vgl. Rn. 244 ff.). 234

**4. Rechtswidrige Streikmaßnahmen.** Die Ausführungen zum insg. rechtswidrigen Streik gelten 235 entspr. für einzelne rechtswidrige Streikmaßnahmen, zB *Exzesse* der Streikposten (dazu näher *Steinbrücke*, Streikposten und einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampfrecht der BRD, 1992). Deren Rechtswidrigkeit stellt allerdings die Rechtmäßigkeit des Streiks nicht insg. in Frage (BAG 21.6.1988 NZA 1988, 846). Bei einzelnen abgrenzbaren Streikmaßnahmen kann auch gegen den betr. AN allein eine einstweilige VfG. auf Unterlassung ergehen (StJ/*Grunsky* vor § 935 ZPO Rn. 73a).

## G. Aussperrung

### I. Begriff

Aussperrung als Arbeitskampfmittel der AG ist die **generelle Zurückweisung der Arbeitsleistung** 236 **unter Verweigerung der Lohnzahlung** als Mittel der kollektiven Druckausübung zur Erreichung eines Tarifziels. Zu unterscheiden sind **lösende** und **suspendierende Aussperrung**: Durch die lösende Aussperrung wird das ArbVerh. insg. kampfwise beendet. Die suspendierende Aussperrung lässt dagegen – wie ein Streik (vgl. Rn. 161 f.) – ledigl. die Hauptpflichten aus dem ArbVerh. ruhen. Der GS des BAG hat zwar bei lang andauernden Arbeitskämpfen auch eine lösende Aussperrung – idR verbunden mit einem Wiedereinstellungsanspruch – nicht von vornherein rechtl. ausgeschlossen (BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668, zu D 4 der Gründe). Prakt. dürfte sie aber wegen des Grds. der Verhältnismäßigkeit (Rn. 240 ff.) sowie im Hinblick darauf, dass Arbeitskämpfe auf die unterbrechungslose Fortsetzung der ArbVerh. angelegt sind, nicht in Betracht kommen (*Gamillscheg* KollArbR I § 21 III 6d; *Kissel AK* § 52 Rn. 52 ff., 72; *Otto AK* § 8 Rn. 16 f.). Zu unterscheiden sind ferner **Abwehraussperrung** und **Angriffsaussperrung**: Die Abwehraussperrung ist die Reaktion der AGSeite auf einen gegen sie gerichteten Streik (Rn. 239). Die Angriffsaussperrung ist die Eröffnung des Arbeitskampfs durch die AGSeite, um einen TV zu erzwingen (Rn. 246).

### II. Der Grundsatzstreit

Die Rspr. des BAG hat die urspr. Gleichbewertung von Streik und Aussperrung (BAG GS 28.1.1955 237 NJW 1955, 882) schrittweise aufgegeben. Der **aktuelle Stand der Rspr.** lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Funktionsfähigkeit des TVSystems setzt ein annäherndes Verhandlungsgleichgewicht der Tarifpartner voraus. Die AN sind auf den Streik angewiesen (vgl. BVerfG 19.6.2020 BeckRS 2020, 1748 Rn. 32). Ihre Kampftaktik kann aber zu einem Übergewicht führen, so dass zur Sicherung des Verhandlungsgleichgewichts die AG das Abwehrmittel der Aussperrung benötigen. Allerdings darf dieses nicht die grundrechtl. Gewährleistung des Streikrechts beeinträchtigen. Daher ist das Übermaßverbot zu beachten (BAG 10.6.1980 NJW 1980, 1642; 12.3.1985 NZA 1985, 537; 26.4.1988 NZA 1988, 775; 7.6.1988 NZA 1988, 890). Das BVerfG hat diese Rspr. bestätigt (BVerfG 26.6.1991 NZA 1991, 809). Eine quantitativ (uU auch zeitl.) begrenzte Abwehraussperrung ist danach mögl. Die Zulässigkeit einer Angriffsaussperrung ist ungeklärt (Rn. 247 f.).

Diese Rspr. steht in Einklang mit der überw. Meinung im **Schrifttum** (*Gamillscheg* KollArbR I § 21 238 III 4 mwN; *Brox/Rüthers* Rn. 184 ff.; *Kissel AK* § 52 Rn. 70 ff.; *Otto AK* § 8 Rn. 48 ff.). Sie ist aber nicht unumstr. Tw. wird die Legitimität der Aussperrung grds. bestr. und die Paritätsbetrachtung des BAG abgelehnt (*Däubler* ArbR I 611 ff; *Däubler/Wolter AK* § 21 Rn. 13 ff.), tw. wird eine zu weitgehende Zurückdrängung der Aussperrung kritisiert (vgl. *Konzen* FS 50 Jahre BAG 2004 S. 515, 535 f.).

### III. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit

**1. Abwehraussperrung gegen rechtmäßigen Streik.** Die Abwehraussperrung setzt einen Streik 239 voraus, der auf die Erzwingung eines TV gerichtet und kampftaktisch „enggeführt“ ist, zB einen begrenzten Teilstreik (BAG 10.6.1980 NJW 1980, 1642; 12.3.1985 NZA 1985, 537) oder einen Kurzstreik (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39; vgl. Rn. 141). Die **Legitimation der Abwehraussperrung** besteht darin, das kampftaktisch erzielte Verhandlungsübergewicht der Gewerkschaft zu kompensieren. Dabei ergibt sich der kampftaktische Effekt aus der Erweiterung des Kampfrahmens nach Zahl und Dauer der betroffenen AN.

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Abwehraussperrung ist die Wahrung der **Verhältnismäßigkeit** (Rn. 134). Abwehraussperrungen sind nur dann verhältnismäßig, wenn sie sich auf die **Herstellung der Verhandlungsparität** beschränken (BAG 10.6.1980 NJW 1980, 1642; 12.3.1985 NZA 1985, 537; 11.8.1992 NZA 1993, 39). Dabei ist die Parität nach der Rspr. des BAG abstrakt-materiell zu beurteilen: Es werden nur Umstände berücksichtigt, die einer typisierenden Betrachtung zugängl. sind,

nicht dagegen situationsbedingte Vor- oder Nachteile im konkreten Arbeitskampf. Das schließt es allerdings nicht aus, die bes. Situation eines mittelständischen Unternehmens zu berücksichtigen, das Kurzstreiks ausgesetzt ist (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39).

- 241 Anges. des Fehlens ges. Regelungen hat das BAG (10.6.1980 NJW 1980, 1642) wegen des rechtsstaatl. Erfordernisses der Vorhersehbarkeit **Leitlinien** entwickelt, die zur Wahrung des Grds. der Verhältnismäßigkeit Orientierungshilfen bieten sollen: a) Grenze für Arbeitskampfmaßnahmen ist das Tarifgebiet; b) die konjunkturelle Lage und die Konkurrenzsituation ist einer generalisierenden Betrachtung nicht zugängl.; c) dagegen kann die Zahl der am Arbeitskampf Teilnehmenden als geeigneter Anknüpfungspunkt berücksichtigt werden. Daraus lässt sich in groben Zügen ein **Quotenschema** für die Verhältnismäßigkeit der Aussperrung ableiten: 1) Wenn durch einen Streikbeschl. weniger als 25% der AN des Tarifgebietes zur Arbeitsniederlegung aufgefordert werden, handelt es sich um einen eng geführten Teilstreik, bei dem eine starke Belastung für die Solidarität der AG und damit eine Verschiebung des Kräftegleichgewichts anzunehmen ist. Hier muss die AGSeite den Kampfrahmen bis zu 25% der betroffenen AN erweitern können. – 2) Werden mehr als 25% der AN zum Streik aufgerufen, ist das Bedürfnis der AG entspr. geringer, die Aussperrung wird nur noch bis zum Erreichen von 50% der damit insg. vom Arbeitskampf betroffenen AN als zulässig angesehen. – 3) Ist mind. die Hälfte der AN des Tarifgebietes zum Streik aufgerufen, schien zumindest im Jahre 1980 „manches dafür zu sprechen, dass eine Störung der Kampfparität nicht mehr zu befürchten ist“. Maßgebend für die Prüfung der Frage, ob die Grenzen einer zulässigen Aussperrung eingehalten worden sind, kommt es auf den Aussperrungsbeschl. und nicht auf die Zahl der AN an, die tats. ausgesperrt werden (BAG 7.6.1988 NZA 1988, 890; LAG MV 18.7.1996 NZA-RR 1997, 163).
- 242 Der Versuch des BAG, für künftige Aussperrungssituationen den Verhältnismäßigkeitsgrds. zu konkretisieren, wurde als „**Aussperrungs-Arithmetik**“ tw. heftig kritisiert (*Hanau AfP* 1980, 126; *Kittner AuR* 1981, 289; *Konzen/Scholz DB* 1989, 1593; *Seiter RdA* 1981, 65; *Otto RdA* 1981, 285, 292; *Mayer-Maly Anm.* zu AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64–66; *Richardi JZ* 1985, 410). Ihr wurde rechtspolitische Einseitigkeit und Regulierungsehrgeiz mit zu starren Erg. vorgeworfen (dagegen *Dieterich FS Herschel* 1982 S. 37 ff.). Der Ansatz des BAG wurde aber auch gebilligt (*Däubler AuR* 1982, 361; *Raiser RdA* 1987, 201, 207 f.; widersprüchl. *Kissel AK* § 53 Rn. 12 und 17) oder zumindest der befriedende Effekt begrüßt (*Gamillscheg KollArbR I* § 24 III 2; *Kittner AK* S. 702 f.).
- 243 Später hat das BAG seine Rspr. präzisiert und va. klargestellt, dass es sich nur um **Indizwerte für Normalfälle** handelt und andere Fallgestaltungen abgewandelte Quantifizierungen erforderl. machen können. So wurde in der Entsch. v. 12.3.1985 (NZA 1985, 537) unabhängig von den früheren Quoten ein eindeutiges Missverhältnis zwischen der Zahl der Streikenden und der Ausgesperrten angenommen. In der Entsch. v. 11.8.1992 (NZA 1993, 39) wurde eine zweitägige Aussperrung als Reaktion auf einen halbstündigen 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 (*Deimert 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).
- 244 **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).
- 245 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).
- 246 **3. Angriffsaussperrung.** Eine typische **Angriffsaussperrung** liegt vor, wenn die AGSeite im Tarifgebiet den Arbeitskampf eröffnet, um die tarifl. Bedingungen zum Nachteil der AN zu verändern (vgl. BAG 10.6.1980 NJW 1980, 1642 zu A I 3a; *Gamillscheg KollArbR I* § 21 III 5 [1]). Um einen atypischen Sonderfall der Abwehraussperrung handelt es sich dagegen, wenn die AGSeite in einem von der Gewerkschaft um eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen geführten Arbeitskampf einem angekündigten Streik durch eine Aussperrung zuvorkommt; eine solche Kampfmaßnahme dürfte idR unverhältnismäßig sein. IÜ ist die Zulässigkeit einer Angriffsaussperrung noch nicht abschl. geklärt.
- 247 Der **GS des BAG** sprach 1955 von „der (prakt. seltenen) legitimen Aggressivaussperrung“ (BAG GS 28.1.1955 NJW 1955, 882) und ging damit grds. von deren rechtl. Zulässigkeit aus. 1971 hat er ausgeführt, unsere Rechtsordnung gehe davon aus, „dass der AG derartige Maßnahmen – und zwar

auch als den ersten Akt eines Arbeitskampfes – ergreifen kann“ (BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668 zu B 1). Spätere Urte. betrafen aussch. die suspendierende Abwehraussperrung. Die AGSeite war in der Vergangenheit in der BRD auf ein Angriffsmittel ersichtl. nicht angewiesen, da Produktivität und Preisniveau ständig stiegen (vgl. BAG 10.6.1980 NJW 1980, 1642 zu A I 2a).

Im **Schrifttum** wird die Angriffsaussperrung tw. völlig abgelehnt (vgl. *Seiter* Streikrecht S. 330 ff.; 248 wohl a. Däubler/Rödl AK § 21 Rn. 73), 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.).

Maßgebl. für die Beurteilung sind die Erfordernisse einer funktionsfähigen Tarifautonomie, die für 249 AN und AG gleichermaßen gewährleistet ist und iRd. Verhältnismäßigkeit auch die Freiheit der Wahl der Kampfmittel rechtfertigt. Eine Angriffsaussperrung kann daher gerechtfertigt sein, wenn sie zur Herstellung von Verhandlungsparität erforderl. ist und den Grds. der Verhältnismäßigkeit wahr (so wohl a. MHDb ArbR/*Ricken* § 274 Rn. 11). Seit Gründung der BRD gab es allerdings keine Situation, in der dies prakt. geworden wäre. Die letzte Angriffsaussperrung in Deutschland war wohl 1931 (vgl. *Gamillscheg* KollArbR I § 21 III 5 [4]). In einer massiven wirtschaftl. Depression ist freil. nicht auszuschließen, dass auch die AGSeite einmal gezwungen sein kann, die Initiative zu ergreifen, um im Wege einer Angriffsaussperrung oder auch durch deren Androhung die Auflösung einer festgefahrenen Verhandlungssituation und eine Änd. der gem. § 4 V TVG nachwirkenden tarifl. Bestimmungen herbeizuführen (vgl. *Schaub/Treber* § 193 Rn. 11). Der AGSeite in diesem Fall ein Kampfmittel zur Verf. zu stellen, erscheint stimmiger, als sie auf die Möglichkeit der außerordentl. Kündigung eines TV (vgl. dazu BAG 18.2.1998 NZA 1998, 1008) und die teleologische Reduktion des § 4 V TVG (vgl. dazu TVG § 4 Rn. 56; Däubler/*Bepler* § 4 Rn. 928 ff.) zu verweisen. Auch muss wohl der AGSeite wie umgekehrt der Gewerkschaft insoweit ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden. IÜ gilt auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrds. Ebenso wie ein Streik darf eine Angriffsaussperrung nicht auf die Vernichtung des sozialen Gegenspieler gerichtet sein, sondern muss der Durchsetzung tarifl. Forderungen dienen. Die zur Abwehraussperrung von der Rspr. entwickelten Quoten (vgl. Rn. 241 ff.) dürften wegen der völlig anders gearteten Ausgangslage nicht anwendbar sein. Ggf. kann es erforderl. werden, im Wege richterl. Rechtsfortbildung typisierende Maßstäbe zu entwickeln.

#### IV. Aussperrungskompetenz

Während der Streik als kollektive Maßnahme der AN von einer Gewerkschaft als TVPartei getragen 250 wird (Rn. 123), ist bei der Aussperrung zu diff. Arbeitskämpfpartei 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 251 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* KollArbR I § 22 IV 7; *Seiter* Streikrecht S. 339; aA *Brox/Rüthers* Rn. 53).

Soweit der Arbeitskampf um einen **Firmentarif** geführt wird, hat der einzelne AG das Recht, iRd. 252 Verhältnismäßigkeit mit einer Aussperrung zu reagieren (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39; 27.6.1995 NZA 1996, 212).

In einem Arbeitskampf um einen Verbandstarif für AG, die dem AGVerband zwar nicht angehören 253 (**Außenseiter**), aber in ihrem Betrieb den VerbandsTV regelm. anwenden, hält das BVerfG den Außenseiter für berechtigt, sich der Verbandsaussperrung anzuschließen. Es handele sich dabei um eine koalitionsgem. 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

**1. Gewerkschaftsmitglieder und Außenseiter.** Nach stRspr. sind nicht nur die Mitglieder der 254 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 Aussperrung, die gezielt nur die Mitglieder der streikenden Gewerkschaft erfasst, würde 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 aussperren (*Linsenmaier* RdA 2015, 369, 378 f.; aA *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 476; *Henssler* 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) auszusperrten (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39). Darin liegt keine Maßregelung, sondern die Konsequenz seiner Kampfaktik 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. Er kann von der Arbeitspflicht nicht suspendiert werden. Zu den Hauptpflichten des AG, die durch die Aussperrung suspendiert werden, gehört aber 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.** Wie bei 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 AGVerbands (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. in hinreichend klarer Form zum Ausdruck bringen (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212), damit die AN erkennen können, ob das Verhalten des AG eine rechtmäßige 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. Fordert der AG die AN zum Verlassen der Arbeitsplätze auf, so muss er dabei ausreichend deutl. machen, ob er die AN damit aussperren 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). Auch diese Kenntnis ist maßgeb. für die Reaktionsmöglichkeiten der ANSeite. An die Klarstellung dürfen keine hohen oder gar förm. Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, wenn sich die Mitwirkung des AGVerbands aus den Umständen ergibt (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389). Bes. wichtig ist ein klarstellender Hinweis, wenn eine Aussperrung zunächst wegen der fehlenden Aussperrungsermächtigung des AGVerbands „wild“ und damit rechtswidrig war, dann aber noch während der Aussperrung vom AGVerband übernommen und damit rechtmäßig wird (vgl. zur Übernahme eines „wilden“ Streiks Rn. 123, 136).
- 262 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.
- 263 Mit dem Ende der suspendierenden Aussperrung leben die ArbVerh. wieder in vollem Umf. auf. 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).

## VII. Erhaltungsarbeiten

- 264 Wie beim Streik (Rn. 180 ff.) können auch bei einer Aussperrung **Erhaltungsarbeiten** erforderl. sein. 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.

### VIII. Rechtsfolgen im Einzelarbeitsverhältnis

**1. Ausgesperrte Arbeitnehmer.** Durch die Suspendierung der Hauptpflichten aus dem ArbVerh. 265 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.

**2. Nicht ausgesperrte Arbeitnehmer.** Die ArbVerh. **nicht ausgesperrter AN** bestehen grds. fort 266 mit allen beiderseitigen Rechten und Pflichten. Jedoch kann die zu erbringende Arbeitsleistung iRd. Kampfakt 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).

### 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.

**2. Verhältnis Gewerkschaft/Arbeitgeber.** Eine Gewerkschaft, die die ausgesperrten AN organisiert, 268 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 aussperrnde 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.).

**3. Verhältnis Gewerkschaft/Arbeitgeberverband.** Wird die rechtswidrige Aussperrung vom AG- 269 Verband getragen, so ist auch dieser neben dem einzelnen aussperrenden AG Adressat von **Gegenansprüchen 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).

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

## H. Atypische Arbeitskämpfungsmittel

### I. Freiheit der Kampfmittelwahl

Streik und Aussperrung sind die klassischen Arbeitskämpfungsmittel. Daneben gibt es zahlr. **atypische** 271 **Arbeitskampfformen** (ausf. RDC/Callsen S. 25 ff.). Auch diese unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dieser erfasst nicht nur einen historisch gewachsenen absch. 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 Kampfformen 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 abschl. 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 Arbeitskämpfungsmittel gewahrt sind, sind solche Kampfformen 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 Vorschr. abw. von der übl. Handhabung anwenden, um so den Arbeitsablauf zu verzögern oder den Leistungsgrad zu mindern, ist regel. 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 Begleithandlungen 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.
- 276 **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 prakt. Konkordanz zu den ebenfalls grundrechtl. geschützten Positionen des AG herzustellen (vgl. BAG 20.11.2018 NZA 2019, 402 Rn. 30 ff.).
- 277 Keine typischen Begleithandlungen eines Streiks sind Aktionen, die zwar auch im Rahmen eines Arbeitskämpfes 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 Arbeitskämpfung

geschichte *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 prakt. 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 Belegschaftersetzungs 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 prakt. 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/Kühling* AuR 2009, 1 ff.).

Eine „aktive Betriebsstörung unter Einbeziehung Dritter“ (RDC/*Callsen* S. 34 ff. war der von ver. di im Dezember 2007 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 Arbeitskämpfungsmäßnahme 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 Verf. 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; *MHD* 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 Arbeitskämpfung 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).

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 Arbeitskämpfungsmäßnahme 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 Selbst-



schädigung 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 Arbeitskampsmaßnahme“). 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 Hafenarbeitern, Schiffe mit Billigflaggen zu entladen, war der Sache nach eine Kombination von Unterstützungsstreik 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 Arbeitskampsmittel (*Binkert*, Gewerkschaftl. Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskampsrechts, 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 regeln. 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 Arbeitskamps zu einer öffentl. Angelegenheit. Der mediale Druck, der bei solchen Arbeitskämpfen auf den Arbeitskampsparteien lastet, ist nicht zu unterschätzen (vgl. etwa zum KiTa-Streik 2015 der Vorstand von ver.di *Birske* 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 Arbeitskampsmaßnahmen (20.12.1963 NJW 1964, 883; vgl. aber a. 28.4.1966 AP GG Art. 9 Arbeitskamps 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 kein Verbot, Individualrechte kollektiv auszuüben. 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 f.; *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.).
- 282 Die spontane, aber (ersichtl.) koordinierte, **massenhafte Krankmeldung** („go sick“) ist kein zulässiges Arbeitskampsmittel (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

- 283 Kollektive Konflikte werden idR ohne Arbeitskämpfe gelöst. Nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch die Koalitionen selbst sind an friedl. Lösungen interessiert, um die Kosten und Schadensfolgen