

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

22. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77038-8
C.H.BECK

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

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

2. Das Verhältnis des Arbeitgeberverbandes zur Gewerkschaft. Soweit eine AGKoalition als 231
 Tarifgegner mit einem rechtswidrigen Streik angegriffen wird, hat sie gegen die Gewerkschaft einen
 Unterlassungsanspruch. Dieser kann sich aus einer tarifvertragl. oder in einem Schlichtungsabk. über-
 nommenen Friedenspflicht ergeben (→ Rn. 124f.). Der AGVerband kann außerdem aus eigenem
 Recht verlangen, dass der Tarifgegner einen rechtswidrigen Arbeitskampf unterlässt; das folgt aus § 1004
 iVm § 823 I BGB und Art. 9 III GG. Der Schutz des Art. 9 III richtet sich nicht nur gegen Eingriffe
 durch den Staat, sondern auch gegen Beeinträchtigungen von privater Seite, also auch gegen die Störung
 der koalitions-gem. Betätigung durch konkurrierende Koalitionen und den sozialen Gegenspieler
 (→ Rn. 43). Gewerkschaften und AGVerbände haben daher nicht nur einen Anspruch auf Unterlassen
 unerlaubter Störungen ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit durch staatl. Maßnahmen, sondern auch
 einen **eigenen Anspruch gegen den sozialen Gegenspieler, rechtswidrige Arbeitskämpfe zu
 unterlassen** (BAG 24.4.2007, NZA 2007, 987 Rn. 54; 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rn. 32, 78 ff.).
 Der Unterlassungsanspruch setzt eine **Wiederholungs- oder eine Erstbegehungsfahr** voraus (BAG
 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rn. 78 ff.; 20.11.2012, NZA 2013, 448 Rn. 79 ff.). Das BAG hat eine
 Wiederholungsgefahr in einem Fall verneint, in dem zuvor im einstweiligen Verfügungsverf. ein
 Unterlassungsantrag vom ArbG wegen Fehlens eines Verfügungsanspruchs formell rkr. abgewiesen
 worden war (BAG 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rn. 85 ff.). Hieraus sollten aber insb. unter Berück-
 sichtigung des vorl. und summarischen Charakters des einstweiligen Rechtsschutzes keine zu weitrei-
 chenden Schlüsse gezogen werden. Nimmt man den Grds. ernst, im einstweiligen Verfügungsverf.
 zurückhaltend mit der Annahme der Rechtswidrigkeit eines Streiks zu sein (→ Rn. 229), sollte seine
 Befolgung durch die Gerichte dem AG nicht im Hauptsacheverf. bei der Beurteilung der Rechtswidrig-
 keit des durchgeführten Streiks zum Nachteil gereichen (ebenso MHdB ArbR/*Ricken* § 278 Rn. 4; vgl.
 zur Frage des Schadensersatzes und zum Verschulden BAG 10.12.2002, NZA 2003, 734; 25.8.2015,
 NZA 2016, 179; 25.8.2015, NZA 2016, 47).

3. Das Verhältnis des Arbeitgebers zu den Arbeitnehmern. Der rechtswidrige Streik suspendiert 232
 die Pflichten aus dem ArbVerh. nicht. Der AN ist trotz des „Streiks“ unverändert zu seiner Arbeits-
 leistung verpflichtet. Wer an einem rechtswidrigen Streik teilnimmt, verletzt seinen Arbeitsvertrag. Der
 AG hat also gegen den streikbeteiligten AN den allg. **Erfüllungsanspruch**. Eine entspr. Klage wäre
 allerdings wegen § 888 III ZPO wenig sinnvoll. Bedeutsamer sind für den AG vertragsrechtl. **Schadens-
 ersatzansprüche**. Sie ergeben sich aus § 280 iVm §§ 283, 275 BGB. Da ein rechtswidriger Streik in
 den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb iSd § 823 I BGB eingreift, kommen auch delikti-
 sche Schadensersatzansprüche in Betracht. An das Verschulden der AN müssen wegen eines effektiven
 Grundrechtsschutzes strenge Anforderungen gestellt werden (vgl. FJK ArbeitskampfR–HdB/*Malorny*
 § 10 Rn. 16). Bei einem von der Gewerkschaft getragenen Streik können die AN idR von der Rechtmä-
 ßigkeit ausgehen (vgl. BAG 19.6.1973, NJW 1973, 1994; BAG 29.11.1983, NZA 1984, 34; FJK
 ArbeitskampfR–HdB/*Malorny* § 10 Rn. 17). Eine gesamtschuldnerische Haftung des einzelnen AN für
 den gesamten Schaden eines rechtswidrigen Streiks scheidet aus, da sonst die Wahrnehmung des Grund-
 rechts aus Art. 9 III für den einzelnen AN zu einem existentiellen Risiko würde (vgl. FJK Arbeits-
 kampfr–HdB/*Malorny* § 10 Rn. 20, 26 f.).

Da die Teilnahme am rechtswidrigen Streik eine Vertragsverletzung darstellt, kann sie uU eine 233
 ordentl. wie auch eine außerordentl. **Kündigung** rechtfertigen. Dabei sind allerdings alle Umstände des
 Einzelfalles zu beachten und die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen, insb. einerseits der
 Grad der Beteiligung des AN an der Arbeitsniederlegung und die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit,
 andererseits ein etwaiges eigenes rechtswidriges, die Arbeitsniederlegung beeinflussendes Verhalten des
 AG. Der Gesichtspunkt der Solidarität kann va bei einer „schlichten“ Teilnahme an der Arbeitsnieder-
 legung zugunsten des AN sprechen (BAG 14.2.1978, NJW 1979, 236; 14.2.1978, NJW 1979, 239;
 29.11.1983, NZA 1984, 34). Zur ordentl. Kündigung → KSchG § 1 Rn. 201 ff.; zur außerordentl.
 Kündigung → BGB § 626 Rn. 69 ff.

Die **Aussperrung** ist kein zulässiges Mittel zur Abwehr rechtswidriger Streiks (→ 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 *Stein-
 brück*, 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 (*Stein/Jonas/Grunsky* ZPO vor § 935 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 (→ 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 (FJK ArbeitskämpfR–HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 149; Gamillscheg KollArbR I § 21 III 6d; Kissel ArbeitskämpfR § 52 Rn. 52 ff., 72; Otto ArbeitskämpfR § 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 Arbeitskamps durch die AGSeite, um einen TV zu erzwingen (→ Rn. 246).

II. Der Grundsatzstreit

- 237 Die Rspr. des BAG hat die urspr. Gleichbewertung von Streik und Aussperrung (BAG GS 28.1.1955, 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, NZA 2020, 1186 Rn. 32). Ihre Kampfaktik 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; 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.).
- 238 Diese Rspr. steht in Einklang mit der überw. Meinung im **Schrifttum** (Gamillscheg KollArbR I § 21 III 4 mwN; Kissel ArbeitskämpfR § 52 Rn. 70 ff.; Otto ArbeitskämpfR § 8 Rn. 48 ff.; FJK ArbeitskämpfR–HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 106 ff.). Sie ist aber nicht unumstr. Tw. wird die Legitimität der Aussperrung grds. bestr. und die Paritätsbetrachtung des BAG abgelehnt (Däubler ArbR I Rn. 611 ff.; Däubler ArbeitskämpfR–HdB/Wölter § 21 Rn. 13 ff.), tw. wird eine zu weitgehende Zurückdrängung der Aussperrung kritisiert (vgl. Konzen FS 50 Jahre BAG, 2004, 515 (535 f.)).

III. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit

- 239 **1. Abwehraussperrung gegen rechtmäßigen Streik.** Die Abwehraussperrung setzt einen Streik voraus, der auf die Erzwingung eines TV gerichtet und kampftaktisch „engeführt“ 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; → 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 Kampffrahmens durch die Erhöhung der Zahl der betroffenen AN.
- 240 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 abstraktmateriell 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 Arbeitskämpfmaßnahmen 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 Kampffrahmen 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).

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); *Richardi JZ* 1985, 410). Ihr wurde rechtspolitische Einseitigkeit und Regulierungsehrgeiz mit zu starren Erg. vorgeworfen (dagegen *Dieterich FS Herschel*, 1982, 37 ff.). Der Ansatz des BAG wurde aber auch gebilligt (*Däubler AuR* 1982, 361; *Raiser RdA* 1987, 201 (207 f.); widersprüchl. *Kissel Arbeitskampfr* § 53 Rn. 12 und 17) oder zumindest der befriedende Effekt begrüßt (*Gamillscheg KollArbR I* § 24 III 2; *Kittner Arbeitskampf S.* 702 f.).

Später hat das BAG klargestellt, dass es sich bei seiner Rspr. nur um **Indizwerte für Normalfälle** handelt und andere Fallgestaltungen abgewandelte Quantifizierungen erforderl. machen können (vgl. *FJK Arbeitskampfr-HdB/B. Schmidt* § 6 Rn. 116). 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 (*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 Vfgr. stehen (→ Rn. 231), bietet, erscheint sie nicht erforderl. (*Kissel Arbeitskampfr* § 53 Rn. 40 ff.).

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. IU ist die Zulässigkeit einer Angriffsaussperrung noch nicht abschl. geklärt.

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 ausschl. 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 (so wohl *Däubler Arbeitskampfr-HdB/Rödl* § 21 Rn. 73), tw. generell gebilligt (*Kissel Arbeitskampfr* § 53 Rn. 52 ff.; *ZLH ArbR/Loritz* § 41 VI 1). Tw. wird mit unterschiedl. Begr. und Voraussetzungen die Zulässigkeit mit Einschränkungen bejaht (*Otto Arbeitskampfr* § 10 Rn. 60 ff.).

Maßgebl. für die Beurteilung sind die **Erfordernisse einer funktionsfähigen Tarifautonomie**, die für AN und AG gleichermaßen gewährleistet ist und idR 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 wahrt (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 völlig 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 Ver-

handlungssituation und eine Änd. der gem. § 4 V TVG nachwirkenden tarifl. Bestimmungen herbeizuführen (zust. FJK ArbeitskampfR-HdB/B. *Schmidt* § 6 Rn. 9; vgl. a. Schaub ArbR-HdB/*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 (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 Gegenspielers gerichtet sein, sondern muss der Durchsetzung tarifl. Forderungen dienen. Die zur Abwehraussperrung von der Rspr. entwickelten Quoten (→ 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

- 250 Während der Streik als kollektive Maßnahme der AN von einer Gewerkschaft als TVPartei getragen wird (→ Rn. 123), ist bei der Aussperrung zu diff. Arbeitskampfpartei 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.
- 251 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 Hamm 21.8.1980, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 72; LAG Nürnberg 6.2.1995, NZA 1996, 784 [Ls.]; Däubler ArbeitskampfR-HdB/*Wölter* § 21 Rn. 48; *Gamillscheg* KollArbR I § 22 IV 7).
- 252 Soweit der Arbeitskampf um einen **Firmentarif** geführt wird, hat der einzelne AG das Recht, iRd Verhältnismäßigkeit mit einer Aussperrung zu reagieren (BAG 11.8.1992, NZA 1993, 39; 27.6.1995, NZA 1996, 212).
- 253 In einem Arbeitskampf um einen Verbandstarif für AG, die dem AGVerband zwar nicht angehören (**Außenseiter**), aber in ihrem Betrieb den VerbandsTV regelmäßig anwenden, hält das BVerfG den Außenseiter für berechtigt, sich der Verbandsaussperrung anzuschließen. Es handele sich dabei um eine koalitionsgem. Betätigung, näm. 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 → Rn. 121, 167.

V. Auszusperrende Arbeitnehmer

- 254 Nach stRspr sind nicht nur die Mitglieder der kampfführenden Gewerkschaft am Arbeitskampf beteiligt, sondern iRd Streikbeschl. die gesamte Belegschaft. Dementspr. können auch **nicht oder anders organisierte AN** ausgesperrt werden (FJK ArbeitskampfR-HdB/B. *Schmidt* § 6 Rn. 128 ff.). Die Abwehraussperrung darf nicht einmal nach der **Gewerkschaftszugehörigkeit** diff. (BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668; *Gamillscheg* KollArbR I § 21 III 7b; *Otto* ArbeitskampfR § 6 Rn. 12; **aA** FJK ArbeitskampfR-HdB/B. *Schmidt* § 6 Rn. 142 ff.). Eine gezielt nur Gewerkschaftsmitglieder erfassende Aussperrung würde deren positive Koalitionsfreiheit verletzen (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 Arbeitskampfl pluralität, 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 Das BRMandat ist vom Arbeitskampf unabhängig; die **BRMitglieder** haben ihr Amt auch während des Arbeitskampfes 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 Das SGB IX enthält kein ausdr. Aussperrungsverbot. Aus einer Gesamtschau des G folgt, dass **schwerbehinderte Menschen** keinen unbedingten Beschäftigungsanspruch haben. Deshalb können sie 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; → SGB IX § 178 Rn. 2f.)).

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 gehören aber auch alle Lohnersatzleistungen. Daher können auch ein erkrankter AN ausgesperrt werden und verlieren dadurch den Anspruch auf 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. Da sich 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.

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

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. **Aussperrungserkl.** 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).

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 aussperrt oder nur auf eine streikbedingte Betriebsstörung reagieren will (BAG 27.6.1995, NZA 1996, 212).

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 maßgebl. für die Reaktionsmöglichkeiten der ANSeite. An die Klarstellung dürfen keine hohe oder gar föml. 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 (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.

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

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 (→ Rn. 187 f.) für bestimmte Erhaltungsarbeiten „eingeteilt“ werden.

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. → Rn. 201 ff.

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 Kampftaktik 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 Arbeitskampsrisikos gelten wie für den Streik auch für die rechtmäßige Aussperrung (BAG 22.12.1980, NJW 1981, 942; → Rn. 142).

IX. Rechtswidrige Aussperrung

- 267 Bei rechtswidriger Aussperrung besteht das ArbVerh. unverändert mit allen gegenseitigen Rechten und Pflichten fort. Der AG gerät ggü. dem einzelnen AN 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 Arbeitskampsrisikos (→ Rn. 143 ff.) gelten nicht, denn die Folgen der rechtswidrigen Aussperrung muss der AG voll tragen.
- 268 Eine **Gewerkschaft** kann bei der rechtswidrigen Aussperrung durch einen AG 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 (→ 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 (→ Rn. 43 ff.).
- 269 Wird die rechtswidrige Aussperrung vom AG-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 (zur entspr. Rechtslage bei rechtswidrigen Streiks → Rn. 231).
- 270 Anders als bei einem rechtmäßigen Arbeitskampskampf (→ Rn. 156 ff.) unterliegen die **MBR des BR** bei einer rechtswidrigen Aussperrung keinen. arbeitskampfbedingten Einschränkungen.

H. Atypische Arbeitskampsmittel

I. Freiheit der Kampsmittelwahl

- 271 Streik und Aussperrung sind die klassischen Arbeitskampsmittel. Daneben gibt es zahlr. **atypische Arbeitskampsformen** (ausf. RDC Arbeitskampsmittelfreiheit/*Callsen* S. 25 ff.; *Nonnenmühlen* S. 101 ff.). Diese sind überw. gewerkschaftl. Reaktionen auf veränderte Rahmenbedingungen, die die klassischen Formen des Arbeitskamps erhebl. erschweren (FJK ArbeitskampsR-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 6). Auch die atypischen Arbeitskampsformen unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dieser erfasst nicht nur einen historisch gewachsenen absch. numerus clausus von Arbeitskampsmitteln (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 34; BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 23; RDC Arbeitskampsmittelfreiheit/*Deinert* S. 91 ff.; *Däubler ArbeitskampsR-HdB/Wroblewski* § 17 Rn. 8 ff.; *Schaub ArbR-HdB/Treber* § 192 Rn. 48; *Nonnenmühlen* S. 96 ff., der aber eine Beschränkung der Kampsmittelfreiheit nicht nur durch den Verhältnismäßigkeitsgrds., sondern auch durch den Paritätsgrds. vornehmen will). Die im Schrifttum überw. vertretene Gegenauff. will dagegen ausgehend von einem zivilrechtl. determinierten Verständnis atypische Arbeitskampsformen nur in Fällen zulassen, in denen sie „bei einer abstrakt-typisierenden Betrachtung für eine funktionierende Tarifautonomie unverzichtbar“ seien (vgl. FJK ArbeitskampsR-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 24; *Jacobs ZfA* 2011, 71 (85 f.); *Franzen JbArbR* 47 [2010], 119 (129); *Konzen SAE* 2008, 1 (7); *Otto RdA* 2010, 135 (137 ff.); *Lobinger FS Krüger*, 2017, 249; *Sachs/Höfling* Rn. 105 ff.). Dem Charakter des Art. 9 III als durch die Verf. – und nicht etwa erst durch das einfache Recht – vorbehaltlos garantiertes Freiheitsrecht (vgl. BVerfG 15.7.2020, NZA 2020, 1644 Rn. 18) entspricht es, dass es grds. „den TV-Parteien selbst überlassen (ist), ihre Kampsmittel 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 atypische Kampsformen 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; dazu → Rn. 129 ff.), also die Würdigung, ob ein Kampsmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampsziels geeignet und erforderl. ist und bezogen auf das Kampsziel angemessen (proportional) eingesetzt wird (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 41). Für die Beurteilung der Angemessenheit eines atypischen Arbeitskampsmittels können zahlr. Umstände eine Rolle spielen, die sich nicht

für alle in Betracht kommenden Arbeitskämpfungsmittel abschl. beschreiben lassen, sondern je nach Art des Kämpfungsmittels unterschiedl. Bedeutung erlangen (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 45).

II. Partielle Arbeitsverweigerung

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 Kämpfungsmittel, 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 die Verweigerung von Überstunden und Sonntagsarbeit. Wenn die allg. Anforderungen an einen rechtmäßigen Arbeitskämpfung gewahrt sind, sind solche Kampfformen zulässig (*Gamillscheg* KollArbR I § 21 II 1c; *Otto* ArbeitskämpfungR § 10 Rn. 49 ff.).

2. Verdeckte Leistungsbeschränkung. Sog. **Bummelstreiks** oder „Go-slow“-Aktionen sind idR kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel. Sie verstoßen gegen das Gebot einer fairen Kampfführung (vgl. BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668), da mit ihnen die Kampfmaßnahme verschleiert und die mit einer Arbeitsverweigerung verbundene Entgeltkürzung umgangen werden soll (FJK ArbeitskämpfungR-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 86; MHdB ArbR/*Ricken* § 265 Rn. 8; *Otto* ArbeitskämpfungR § 10 Rn. 48; *Nonnenmühlen* S. 251; vgl. a. BGH 31.1.1978, NJW 1978, 816; **aA** wohl Däubler ArbeitskämpfungR-HdB/*Däubler* § 29 Rn. 10 ff.). Auch kollektive Krankmeldungen sind kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel (→ Rn. 282).

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 idR ein unlauteres und unzulässiges Arbeitskämpfungsmittel (*Kissel* ArbeitskämpfungR § 61 Rn. 10, *Otto* ArbeitskämpfungR § 10 Rn. 48; FJK ArbeitskämpfungR-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 87; diff. *Däubler* ArbeitskämpfungR-HdB/*Däubler* § 29 Rn. 21 ff.; *Nonnenmühlen* S. 252 f.).

III. Aktive Produktionsbehinderung

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 Kämpfungsmittel sind (vgl. BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402 Rn. 29; *Otto* ArbeitskämpfungR § 12 Rn. 2; *Treber* Maßnahmen S. 108), und andersartigen, eigenständigen Kämpfungsmitteln (vgl. *Otto* ArbeitskämpfungR § 11). Die Grenzen können fließend sein.

Typische Begleithandlungen eines Streiks sind idR die Maßnahmen von Streikposten, wie die Bildung sog. Streikgassen (vgl. *Otto* ArbeitskämpfungR § 12 Rn. 9), oder streikmobilisierende Maßnahmen auf einem Firmenparkplatz (→ 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 Hmb 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* ArbeitskämpfungR § 12 Rn. 21; FJK ArbeitskämpfungR-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 132). 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.).

Keine typischen Begleithandlungen eines Streiks sind Aktionen, die zwar auch iR eines Arbeitskämpfunges 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 Streikbrecherarbeit, Zulieferung von Material oder die Auslieferung hergestellter Produkte unmögl. gemacht werden soll (zu Bsp. aus der Arbeitskämpfungsgeschichte *Treber* Maßnahmen S. 58 ff.; *Däubler* ArbeitskämpfungR-HdB/*Unterhinninghofen* § 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). Jdf. bei länger andauernden Betriebsblockaden oder gar -besetzungen handelt es sich um massive **Eingriffe** in den **ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** und häufig auch in das grundrechtl. geschützte **Eigentum** des AG (vgl. BAG 21.6.1988, NZA 1988, 846 zu A. II 2.; *Kissel* ArbeitskämpfungR § 61 Rn. 68 ff., 101 ff.; *Otto* ArbeitskämpfungR § 11 Rn. 5 ff.; zu einer 15-minütigen Blockade LAG Hmb 6.2.2013, BeckRS 2013, 67336). Die Kampfmaßnahmen sind deshalb aber nicht von vornherein dem Schutz des Art. 9 III entzogen. Das Argument, es seien in diesen Fällen regelmäßig 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); FJK ArbeitskämpfungR-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 125; vgl. a. *Nonnenmühlen* S. 199 ff.). Allerdings werden hier bei der Herstellung prakt. Grundrechtskonkordanz regelmäßig 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.

- 277a** 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 Belegschaftsersetzung wird allerdings mittlerweile 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, den **Versuch** unternimmt, **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.).
- 277b** Eine „aktive Betriebsstörung unter Einbeziehung Dritter“ (RDC Arbeitskampfmittelfreiheit/*Callsen* S. 34 ff.) war der von ver.di im Dezember 2007 in einer Berliner Einzelhandelsfiliale organisierte „Flashmob“ (dazu ausf. *Nonnenmühlen* S. 101 ff.). 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 Arbeitskampfmaßnahme 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 Arbeitskampfmittelfreiheit/*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 uneteiligter 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, 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/Mehrens* Anm. zu AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174; zust. dagegen *Beckerle* NJW 2017, 439; *Däubler* Arbeitskampfr-HdB/*Däubler* § 31 Rn. 6 ff.; RDC Arbeitskampfmittelfreiheit/*Deinert* S. 91 ff.; jdf. grds. zust. *FJK* Arbeitskampfr-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 51; weitgehend zust. *Nonnenmühlen* S. 190 f.) 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 Unternehmenswebseite oder massenhafte Telefonanrufe (vgl. RDC Arbeitskampfmittelfreiheit/*Callsen* S. 37 ff.; *FJK* Arbeitskampfr-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 133 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 Arbeitskampfmittelfreiheit/*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; *FJK* Arbeitskampfr-HdB/*Schmitt* § 5 Rn. 144).

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 Hafendarbeitern, Schiffe mit Billigflaggen zu entladen, war der Sache nach eine Kombination von Unterstützungsstreik