

## Kollektives Arbeitsrecht

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Reinhard Richardi, Prof. Dr. Frank Bayreuther

3. Auflage 2016. Buch. XXX, 384 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 8006 5039 2  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Betriebsverfassung, Mitbestimmung, Personalvertretung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

nicht nur weithin intransparent, sondern barg auch das Risiko in sich, dass die Gewerkschaften gegenüber Ausländern höhere Forderungen erhoben als gegenüber Inländern.

Später verwarf der EuGH das luxemburgische Entsenderecht, weil dieses eine automatische Anpassung der stark ausdifferenzierten inländischen Mindestlöhne an die allgemeine Preissteigerung vorsah.<sup>98</sup> Aber auch dieser Fall zeichnete sich durch eine Besonderheit aus: Das luxemburgische Entsenderecht führte nämlich zu einer Erstreckung der inländischen Reallohnentwicklung auf ausländische Dienstleister. Weitaus bedeutender für das deutsche Recht ist indes, dass der EuGH fast zeitgleich dazu die (früheren) „echten“ vergaberechtlichen Tariftreueverlangen für europarechtswidrig erklärte (Rechtssache „Rüffert“).<sup>99</sup> Zur Begründung führte er aus, dass derartige Tariftreueverlangen intransparent seien, weil der ausländische Anbieter nicht ohne weiteres erkennen kann, welche Arbeitsbedingungen für ihn maßgeblich sein könnten. Vor allem aber dürfe ein Tarifvertrag nur dann auf EU-Ausländer erstreckt werden, wenn er generell und in seinem gesamten Anwendungsbereich für zwingend erklärt wird. Dagegen binden Tariftreueverlangen Arbeitgeber nur dann an die einschlägigen Tarifverträge, soweit sich diese um einen öffentlichen Auftrag bewerben wollen. Eine derartige Erstreckung von Tarifverträgen könne aber nicht durch Belange des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein. Läge die Erstreckung nämlich im Allgemeininteresse, müsste der Gesetzgeber Außenseiter und Andersorganisierte auch dann zur Einhaltung der jeweiligen Tarifverträge anhalten, wenn sie private Aufträge erledigen. Eine Nachfolgeentscheidung, die allerdings einen nicht verallgemeinerungsfähigen Sonderfall betrifft, liegt ebenfalls auf dieser Linie.<sup>100</sup>

In den Entscheidungen Laval, Rüffert und Kommission gegen Luxemburg finden sich vereinzelte Passagen, die sich dahingehend deuten lassen können, dass die Mitgliedstaaten nur einen „echten“ Mindestlohn auf EU-Ausländer erstrecken dürfen, also einen einzigen, fixen Stundenlohn, der für alle Branchen und Arbeitnehmer Geltung beansprucht („one size fits all“). Mittlerweile hat der EuGH<sup>101</sup> aber ausdrücklich klargestellt, dass dies nicht der Fall ist. Er betont, dass die Mitgliedstaaten den Begriff des „Mindestlohnsatzes“ für ihr Hoheitsgebiet auszufüllen haben und ihnen dabei ein weiter Entscheidungsspielraum zukommt. Auch verweist er darauf, dass Art. 3 Abs. 1 lit. c der Entsenderichtlinie ausdrücklich von „Mindestlohnsätzen“ spricht und der Union keine Rechtsetzungskompetenz im Bereich des Arbeitsentgelts zusteht (Art. 153 Abs. 5 AEUV). Daher wäre wohl die Erstreckung auch ganzer Lohngitter zulässig. Jedenfalls ist aber die Vorgabe von „Lohnquartetten“, wie sie sich im deutschen Recht eingebürgert haben (Rn. 30 u. 66), europarechtskonform.<sup>102</sup>

Wie bereits in Abschnitt V. aufgezeigt, haben die Bundesländer auf das Rüffert-Urteil des EuGH reagiert, indem sie die Anbieter zunächst zur Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohns sowie von Tarifverträgen verpflichten, die ohnehin für allgemein verbindlich erklärt bzw. über eine Rechtsverordnung nach §§ 7 und 7a AEntG auf alle Marktteilnehmer erstreckt wurden (Rn. 72). Darüber hinaus haben einige Bundesländer vergabespezifische Mindestlöhne eingeführt (Rn. 75). Man geht nämlich davon aus, dass eine derartige Regelung nicht nur hinreichend transparent ist, sondern sich auch direkt unter die Entsenderichtlinie subsumieren lässt (vgl.

<sup>98</sup> EuGH 19.6.2008, Slg. 2008, I-4323 = NZA 2008, 865 (Kommission / Luxemburg).

<sup>99</sup> EuGH 3.4.2008, Slg. 2008, I-1989 = NZA 2008, 537 (Rüffert).

<sup>100</sup> EuGH 18.9.2014, NZA 2014, 1129 (Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund).

<sup>101</sup> EuGH 12.2.2015, NZA 2015, 345 (Elektrobudowa).

<sup>102</sup> Franzen, NZA 2015, 338; Bayreuther, EuZA 2015, 346.

Rn. 43 ff.), weil sich hier der einzuhaltende Mindestlohn bereits aus dem staatlichen Gesetz selbst ergibt (vgl. Art. 3 Abs. 1 RL 96/71/EG). Ob diese Annahme allerdings wirklich zutrifft, wird demnächst durch den EuGH geklärt werden müssen.<sup>103</sup> Dass sich daneben noch „echte Tariftreueverlangen“ für den ÖPNV finden (Rn. 76), liegt schließlich daran, dass der Personennahverkehr nicht unter die Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV fällt (s. nur: Art. 58 Abs. 1 AEUV). Vielmehr ist der Personennahverkehr der Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV zuzurechnen, zumindest dann, wenn, wie in Deutschland der Fall, jeder Beförderer über eine Niederlassung im Inland verfügen muss.<sup>104</sup> Nun enthält zwar auch die Niederlassungsfreiheit ein Beschränkungsverbot. Indes darf von einem dauernd Ansässigen erheblich mehr verlangt werden als von einem lediglich vorübergehend Tätigen. Wer sich im Inland niederlässt, hat letztlich nur einen Anspruch darauf, so behandelt zu werden wie ein Inländer. Gestützt werden solche Vorgaben durch Art. 4 Abs. 5 und 6 der VO 1370/2007.

---

<sup>103</sup> Vorlage *OLG Koblenz* 19.2.2014, NZBau 2014, 317; Az. beim EuGH: C-115/14 (RegioPost) wie hier der Schlussantrag des GA Megozzi v. 9.9.2015.

<sup>104</sup> Das ist europarechtskonform: *EuGH* 22.12.2010, Slg. 2010, I-13 927 = NJW 2011, 909 (Yellow Cab).

## 4. Teil. Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht

### § 10. Zulässigkeit und Grenzen von Arbeitskämpfen

#### I. Rechtsgrundlagen

##### 1. Allgemeines

Unter einem Arbeitskampf versteht man die zielgerichtete Ausübung kollektiven Drucks durch die Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberseite mittels Zufügung von Nachteilen oder deren Abwehr. Verfassungsrechtlich ist der Arbeitskampf für beide Seiten garantiert, also sowohl zu Gunsten der Arbeitnehmer, als auch der Arbeitgeber. Entsprechend umfasst Art. 9 Abs. 3 GG nicht nur den Streik, sondern im Grundsatz auch die Aussperrung als Arbeitskampfmittel.

Während das Arbeitskampfrecht in den 1970er und 1980er Jahren zum Schauplatz teils erbitterter und zuweilen auch ideologisch aufgeheizter Auseinandersetzungen wurde, war es in den nachfolgenden eineinhalb Dekaden relativ ruhig um den Arbeitskampf geworden.<sup>1</sup> Im Schrifttum war mit Rücksicht auf die Folgen der Globalisierung sogar ein Bedeutungsverlust des Arbeitskampfes als koalitionäre Betätigungsform ausgemacht worden. Doch hat sich dieses Bild relativer Ruhe mit Beginn der 2000er Jahre deutlich gewandelt. Die Ursachen sind vielfältig: Das verstärkte Auftreten von Spartengewerkschaften nach der (zwischenzeitlichen) Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit trug hierzu ebenso bei, wie neue gewerkschaftliche Kampfstrategien. Vor allem im Dienstleistungsbereich kam es seit 2014 immer wieder zu langen und auch erbitterten Tarifauseinandersetzungen. Zu denken ist etwa an diejenige im öffentlichen Dienst 2014/2015, insbesondere den Streik der Erzieherinnen und Erzieher in Kindertagesstätten im Sommer 2015, an die Konflikte zwischen der GdL und der Deutschen Bahn, zwischen ver.di und der Deutschen Post AG (Anlass: Ausgliederung der Paketdienste), zwischen der Pilotengewerkschaft cockpit und der Deutschen Lufthansa oder den Streik bei Amazon. Diese führten zwar (zumindest 2014) nicht zu einem signifikanten Anstieg der streikbedingt ausgefallenen Arbeitstage.<sup>2</sup> Da viele Arbeitskämpfe aber im Bereich der Daseinsvorsorge geführt wurden und mit erheblichen Belastungen für die Bevölkerung verbunden waren, zogen diese besondere Aufmerksamkeit auf sich. Es entstand der Eindruck, dass Deutschland zum Streikland geworden sei, auch wenn Deutschland im internationalen Vergleich des Arbeitskampfvolumens nach wie vor im unteren Bereich liegt (s. Rn. 62). Insgesamt ist das Arbeitskampfrecht so in den vergangenen Jahren wieder in den Mittelpunkt der Debatte gerückt.

##### 2. Verfassungsrechtliche Grundlagen des Arbeitskampfes

Wie bereits die Weimarer Reichsverfassung hat auch das Grundgesetz darauf verzichtet, das Recht Arbeitskämpfe zu führen, in den Verfassungstext mitaufzuneh-

<sup>1</sup> *Richardi*, Arbeitsrecht als Teil freiheitlicher Ordnung, 2002, S. 194; *Loritz*, FS 50 Jahre BAG, 2004, S. 577 ff.

<sup>2</sup> 2014 gingen diese nach Angaben des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung sogar im Vergleich zu den Vorjahren zurück ([www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) → Forschung → Lohnpolitik, Tarifpolitik und industrielle Beziehungen → Gewerkschaften und Arbeitskampf). S. auch Rn. 62.

men. Zwar wurde im Parlamentarischen Rat diskutiert, nach dem Vorbild entsprechender Regelungen in den Länderverfassungen, in einem Abs. 4 des späteren Art. 9 GG festzulegen: „Das Streikrecht wird im Rahmen der Gesetze anerkannt.“ Man nahm aber von diesem Vorhaben Abstand, weil der Ausschluss des politischen Streiks und des Beamtenstreiks eine zu große Kasuistik ergeben hätte. Daher wurde die Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG verankert, ohne zugleich einen Hinweis auf das Koalitionsmittel des Arbeitskampfes aufzunehmen. Allerdings ist das Streikrecht in einigen Landesverfassungen<sup>3</sup> niedergelegt. Wegen des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 31 GG) kommt diesen indes praktisch keine Bedeutung zu.<sup>4</sup>

- 4 Immerhin fand der Begriff des Arbeitskampfes durch das Gesetz über die Notstandsverfassung vom 24.6.1968 Eingang in den Verfassungstext. Dem Art. 9 Abs. 3 GG wurde ein S. 3 angefügt, durch den festgelegt wird, dass Maßnahmen, die im Verteidigungs- oder sonstigen Notstandsfall ergriffen werden, sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen, „die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden“. Die – in der Rechtspraxis bedeutungslose – Vorschrift enthält zwar keine Verankerung eines Grundrechts auf Streik, sondern zieht für den Arbeitskampf lediglich den sonst im Notstandsfall zulässigen Grundrechtsschranken eine Schranke (sog. Schranken-Schranke). Immerhin mittelbar wird so aber bestätigt, dass der Arbeitskampf vom kollektiven Schutzbereich der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG erfasst wird.
- 5 Dessen ungeachtet ist der Arbeitskampf durch Art. 9 Abs. 3 GG institutionell garantiert, soweit er erforderlich ist, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.<sup>5</sup> Denn andernfalls wäre die Gewährleistung der Tarifautonomie unvollständig. Die Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Das aber setzt voraus, dass Koalitionen notfalls versuchen können, eine Tarifforderung durch Ausübung von Druck auf den sozialen Gegenspieler zu erzwingen, sollte sich dieser nicht auf sie einlassen. Der Arbeitskampf hat mithin Hilfsfunktion für die Tarifautonomie, weshalb verfassungsrechtlich auch von einer Annexgewährleistung des Arbeitskampfes gesprochen wird. Dies stellt eine gewisse Besonderheit des deutschen Rechts dar, da viele andere Rechtsordnungen zunächst (oder gar nur) das Streikrecht garantieren, während die Tarifautonomie entweder verfassungsrechtlich gar nicht abgesichert ist oder lediglich als Annex zum Streikrecht fungiert.

### 3. Völkerrechtliche Übereinkommen und europäisches Recht

- 6 Wie bereits in § 2 Rn. 12 ff. dargestellt, finden sich zahlreiche völkerrechtliche Abkommen, die den Arbeitskampf bzw. das Streikrecht garantieren. Hier sei nochmals darauf hingewiesen, dass der EGMR Art. 11 Abs. 1 EMRK mehr und mehr zu einem umfassenden Tarif- und vor allem Streikgrundrecht entwickelt hat. In einer Reihe von Urteilen jüngerer Datums hat er herausgearbeitet, dass die Vereinigungsfreiheit des Art. 11 Abs. 1 EMRK auch das Recht von Arbeitnehmern beinhaltet, ihre wirtschaftlichen Interessen durch Tarifverträge zu schützen und hierfür gegeb-

<sup>3</sup> Übersicht bei ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 104.

<sup>4</sup> S. etwa: BAG 26.4.1988, NZA 1988, 775 (Aussperrungsverbot nach Art. 29 HessVerf).

<sup>5</sup> BVerfG 10.9.2004, NZA 2004, 1338; BVerfG 4.7.1995, BVerfGE 92, 365 = NZA 1995, 754; BVerfG 2.3.1993, BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379; BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212 (224) = NZA 1991, 809.

nenfalls auch zu streiken (§ 2 Rn. 15).<sup>6</sup> Der Schwerpunkt dieser Rechtsprechung lag dabei zuletzt sogar ganz betont im Arbeitskampfrecht. Insoweit hat für das deutsche Recht besondere Bedeutung erlangt, dass der EGMR mehrfach betont hat, dass die Schrankenbestimmung des Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK eng auszulegen ist. Das beeinflusst insbesondere den Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, das Streikrecht von Beamten (§ 10 Rn. 99), den Arbeitskampf gegen kirchliche Arbeitgeber (§ 10 Rn. 100 ff.), aber auch den von Spartengewerkschaften. Zur Einwirkungsmechanik des Art. 11 EMRK auf das deutsche Recht und zur Abgrenzung dieses Grundrechts von dem des Art. 9 Abs. 3 GG s. ausführlich § 2 Rn. 12 ff.

Dagegen kaum Einfluss auf das deutsche Arbeitskampfrecht hat bislang Art. 6 Abs. 4 der ESC genommen (s. zu dieser Bestimmung ausführlich: § 2 Rn. 25). Auch diese Bestimmung erkennt nicht nur ein Recht auf Kollektivverhandlungen an, sondern im Falle von Interessenkonflikten auch das Recht auf Streik. Nicht erwähnt wird das Aussperrungsrecht, das aber durch das Recht auf „kollektive Maßnahmen“ mit angesprochen ist. Allerdings hat das BAG bislang keine konkreten Schlussfolgerungen aus dieser Regelung gezogen, die unmittelbaren Einfluss auf die Ausgestaltung des Streikrechts in Deutschland genommen hätten. Immerhin hat der für die „Kontrolle“ der ESC zuständige „Sachverständigenausschuss“ 1998 das gewerkschaftliche Streikmonopol (§ 2 Rn. 25) und die Beschränkung von Streikforderungen auf tariflich regelbare Ziele (Rn. 22) als konventionswidrig gerügt. Geändert hat sich dadurch im deutschen Recht aber nichts.

Auf der Ebene der Europäischen Union kommt Art. 28 GrCh hinzu. Auch diese Bestimmung ist in § 2 bereits ausführlich gewürdigt worden. Hier sei daher nur nochmals in Erinnerung gerufen, dass diese Garantie rein national gelagerte Sachverhalte nicht erfasst. Umgekehrt hat der EuGH auf Art. 28 GrCh abgestellt, als er die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes zu beurteilen hatte, der mit den Grundfreiheiten des Vertrags kollidierte, weil er sich gegen die geplante Verlagerung eines Unternehmens ins EU-Ausland richtete (Urteil Viking, s. Rn. 52 ff.). Ein weiteres Beispiel für einen Anwendungsfall des Art. 28 GrCh bietet ein später noch zu besprechendes Urteil des BGH zu der Frage, ob Fluggäste, deren Flug wegen eines Streiks annulliert wurde, Ersatzleistungen nach Art. 5 und 7 der VO (EG) 261/2004 beanspruchen können (§ 11 Rn. 44).

Schon in § 2 Rn. 24 wurde angemerkt, dass die Verdreifachung des Koalitionsschutzes durch die sich überlappenden Grundrechte aus Art. 9 Abs. 3 GG, 11 EMRK und 28 GrCh das Arbeitsrecht gegenwärtig auf eine gewisse Spannungsprobe stellt. Die größten Herausforderungen ergeben sich dabei für das Arbeitskampfrecht. Wertungswidersprüche und Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den jeweiligen Koalitionsgarantien sind hier fast nicht zu vermeiden. Einzelheiten dazu bei § 2 Rn. 23. Allerdings gilt auch an dieser Stelle: Nach wie vor die wichtigste grundrechtliche Fundierung für das Arbeitskampfrecht bildet Art. 9 Abs. 3 GG. Dagegen beeinflussen die Art. 28 GrCh u. 11 EMRK bislang nur einzelne, punktuelle Sachfragen. Daher ist auch die nachfolgende Darstellung des Arbeitskampfrechts primär auf Art. 9 Abs. 3 GG ausgerichtet. Die Art. 11 EMRK und 28 GrCh werden immer (nur) dann angesprochen und eingeflochten, soweit die Normen konkreten Einfluss auf die jeweils abgehandelte Sachfrage nehmen.

<sup>6</sup> EGMR 27.11.2014–36701/09 (Hrvatski Liječnički Sindikat/Kroatien); EGMR 2.10.2014–48408/12 (Tymoshenko/Ukraine); EGMR 31.1.2012–2330/09 (Sindicatul „Pastorul cel Bun“/Rumänien); EGMR 12.11.2008, NZA 2010, 1425 (Demir u. Baykara/Türkei); EGMR 21.4.2009, NZA 2010, 1423 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei).

#### 4. Einfaches Recht

- 10 Das Arbeitskampfrecht ist gesetzlich nicht geregelt und daher reines Richterrecht. So finden sich bislang nur marginale Rechtsvorschriften, die lediglich Randfragen oder gar nur entfernte Folgefragen von Arbeitskämpfen ansprechen, wie insb. §§ 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, 74 Abs. 2 BetrVG, 66 Abs. 2 BPersVG, 11 Abs. 5 AÜG, 25 KSchG, 91 Abs. 6 SGB IX. Alleine die Vorschriften der §§ 36 Abs. 3, 100 und 160 SGB III dringen etwas weiter zu den Kernfragen des Arbeitskampfes vor (zu diesen: § 11 Rn. 19 f.).
- 11 Immer wieder hat das BVerfG angemahnt, dass es Sache und Aufgabe des Gesetzgebers ist, das Koalitionsgrundrecht näher auszugestalten. Zwar steht es außerhalb jeder Diskussion, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit fachlich ohne weiteres dazu in der Lage ist, das Arbeitskampfrecht zu ordnen. Doch geht es dabei häufig um politische Wertentscheidungen, die in einem demokratischen Rechtsstaat eigentlich nur durch den Gesetzgeber entschieden werden könnten und zwar schon auf Grund der enormen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Folgen der Zulassung oder Versagung einzelner Arbeitskampfmaßnahmen. Dabei erweist sich die Ausgangslage für eine gesetzliche Regelung als durchaus günstig, als seit nunmehr über zwei Jahrzehnten ein sog. „Professorenentwurf“ für ein Arbeitskampfgesetz vorliegt,<sup>7</sup> der den in Rechtsprechung und Wissenschaft erreichten Erkenntnisstand umfassend und in ausgewogener Weise in einen Gesetzesvorschlag gebracht hat. 2012 hat eine Professoreninitiative einen neuerlichen Entwurf vorgestellt, diesmal beschränkt auf Regelungen für kollektive Arbeitskonflikte in der Daseinsvorsorge.<sup>8</sup> Doch erkennt das BVerfG umgekehrt natürlich auch an, dass die Arbeitsgerichte hier „in die Bresche springen“ müssen, solange der Gesetzgeber untätig bleibt.<sup>9</sup> Denn natürlich liegt auf der Hand, dass es mit dem Justizgewährleistungsanspruch des Art. 19 Abs. 3 GG unvereinbar wäre, wenn die Gerichte unter Verweis auf die Untätigkeit des Gesetzgebers dem Geschehen einfach freien Lauf lassen und Arbeitnehmern, Arbeitgebern, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden jeden Rechtsschutz in Arbeitskämpfen verweigern würden.

#### II. Staatliche Neutralitätspflicht

- 12 Art. 9 Abs. 3 GG verpflichtet den Staat für das gesamte Tarifgeschehen und mithin auch für den Arbeitskampf zur Neutralität. Die Verfassungsbestimmung garantiert Koalitionen, dass sie die Lohn- und Arbeitsbedingungen in eigener Verantwortung und (im Wesentlichen) frei von staatlicher Einflussnahme regeln können (§ 2 Rn. 65).
- 13 Aus dem Neutralitätsgebot folgt zunächst, dass der Staat nicht handelnd in Arbeitskämpfe eingreifen darf. Insoweit völlig selbstverständlich ist, dass die staatlichen Behörden Arbeitskämpfe nicht verbieten oder die unterbleibenden Arbeiten nicht ersatzweise durchführen lassen dürfen. Ebenso wenig können gewerkschaftliche Druckschriften oder Flugblätter beschlagnahmt oder Versammlungen aufgelöst werden. Soweit der Arbeitskampf oder einzelne Kampfmaßnahmen bei wertungsfreier Subsumtion den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen könnten (etwa:

<sup>7</sup> Birk/Konzen/Löwisch/Raiser/Seiter, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, 1988. Der – für Studierende sehr lehrreiche – Entwurf ist online abrufbar unter: [www.zaar.uni-muenchen.de](http://www.zaar.uni-muenchen.de) (→ Forschung → Dokumentation → Arbeitskampfrecht).

<sup>8</sup> Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012; online abrufbar unter: [www.cfvw.org/stiftung](http://www.cfvw.org/stiftung) (→ Projektbereich → Zukunft der Arbeit → Arbeitskampf → Gesetzesentwurf).

<sup>9</sup> S. nur BVerfG 26.6.1991, BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809, instruktiv insb. C. I.2.a.



§§ 240<sup>10</sup> oder 253 StGB), sind diese im Licht von Art. 9 Abs. 3 GG auszulegen, so dass alleine rechtswidrige oder exzessiv überdehnte Kampfmaßnahmen strafrechtlich relevant sein können (das gilt etwa für Betriebsbesetzung [§§ 123, 124 StGB], Sabotagen im Betrieb oder die Zerstörung von Betriebsmitteln [§§ 303 ff. StGB] und das gewaltsame Hindern von Streikbrechern am Betreten des Betriebs [§ 240 StGB u. a., str.]). Auch keiner weiteren Erwähnung bedarf, dass die staatlichen Sicherheitsorgane nicht zur Verhinderung oder Beendigung von Arbeitskämpfen eingesetzt werden dürfen. Dort, wo im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen strafbare Handlungen begangen werden, greifen die Befugnisse der staatlichen Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden aber uneingeschränkt.

Teilweise wird aus dem staatlichen Neutralitätsgebot das Verbot einer staatlichen Zwangsschlichtung hergeleitet. Einzelheiten hierzu bei: § 10 Rn. 135 ff. 14

Die eigentlichen Schwierigkeiten bei der Auslotung des Neutralitätsgebots stellen sich indes bei der Regelung der zivil-, arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsfolgen von Arbeitskämpfen, weil auch diese das sich zwischen den Parteien ergebende Kräfteverhältnis ganz entscheidend mit beeinflussen. Würde beispielsweise angeordnet, dass der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt auch während eines Streiks fortzuzahlen hat, wäre dieser Arbeitskämpfen mehr oder weniger schutzlos ausgeliefert. Während dieses Beispiel freilich nur theoretischer Natur ist, hat es im Bereich des Sozialrechts massive Auseinandersetzungen darüber gegeben, inwieweit die Bundesagentur für Arbeit Arbeitnehmern während eines Arbeitskampfes Unterstützungsleistungen gewähren darf (Einzelheiten hierzu: § 11 Rn. 19). 15

Weiter fließt aus dem Neutralitätsgebot die Frage aus, ob öffentliche oder zumindest „staatsnahe“ Arbeitgeber in einem gegen sie geführten Arbeitskampf anstelle von streikenden Arbeitnehmern Beamte einsetzen dürfen. Einzelheiten dazu bei Rn. 119 f. In die Diskussion geraten ist auch der Streikeinsatz von Leiharbeitnehmern: Rn. 121. Schließlich war zuletzt umstritten, ob es der Deutschen Post AG erlaubt werden darf, nach einem langen Arbeitskampf Briefe und Pakete auch am Sonntag auszutragen, da sich in den Verteilzentren viele Sendungen angestaut hatten. Insoweit war unklar, ob sich die Post auf eine Ausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit (§ 9 ArbZG) nach § 10 Abs. 1 Nr. 10 Alt. 1 ArbZG berufen darf.<sup>11</sup> Das ist nicht der Fall. Doch folgt dies bereits aus einer einfachrechtlichen Auslegung der Norm. Ein Verstoß gegen die staatliche Neutralitätspflicht liegt dagegen erst dann vor, wenn sich deutlich erkennbar abzeichnet, dass die fragliche Maßnahme einen deutlichen Einfluss auf das vorhandene Gleichgewicht der Kräfte nimmt oder ein Ungleichgewicht deutlich verstärkt. 16

Verschiedentlich wird auch das Paritätsgebot auf die staatliche Neutralitätspflicht zurückgeführt. Einzelheiten bei: § 10 Rn. 41. 17

### III. Allgemeine Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes

#### 1. Tariffähige Kampfparteien und Verbot des wilden Streiks

##### a) Führung des Arbeitskampfes durch tariffähige Kampfparteien

Wegen der Konnexität mit der Tarifautonomie dürfen Arbeitskämpfe nur von tariffähigen Parteien geführt werden, weil nur diese Tarifverträge abschließen können. 18

<sup>10</sup> Im Hinblick auf die Sitzblockadeentscheidung des *BVerfG* (7.3.2011, NJW 2011, 3020) würden rechtmäßige Arbeitskämpfungsmittel aber auch aus Sicht des Strafrechts nicht den Tatbestand des § 240 StGB erfüllen.

<sup>11</sup> OVG Münster 10.7.2015 – 4 B 791 u. 792/15.



Daher dürfen Arbeitnehmerkoalitionen, die nicht tariffähig sind (§ 3 Rn. 1 bis 17), nicht zu Streiks aufrufen. Erst recht unzulässig ist ein nichtgewerkschaftlicher Streik, meist als „wilder Streik“ bezeichnet, was nicht ganz glücklich erscheint, da ein derartiger Streik nicht notwendiger Weise „unorganisiert“ oder gar im Wortsinn „wild“ verlaufen muss. Zu einem nicht gewerkschaftlichen Streik kommt es etwa dann, wenn Arbeitnehmer spontan die Arbeit niederlegen. Gleiches gilt aber auch, wenn sich Arbeitnehmer zu einer ad-hoc-Koalition zusammenschließen, weil diese regelmäßig nicht den Anforderungen an eine Gewerkschaft genügen wird (§ 2 Rn. 40, § 3 Rn. 3 ff.). Möglich ist aber, dass eine Gewerkschaft nachträglich die Leitung übernimmt. Der wilde Streik wird dann rückwirkend zu einem gewerkschaftlichen Streik. Zur Massenänderungskündigung: Rn. 94 f., zu tarifunwilligen Unternehmensverbänden: § 3 Rn. 2.

- 19 Aus dem Grundsatz, dass Arbeitskämpfe nur durch Tarifvertragsparteien geführt werden dürfen, folgt auch, dass nur diese die Vornahme einzelner Kampfmaßnahmen anordnen können. Alleine die kampfführende Gewerkschaft entscheidet, ob, wann, wo und wie gestreikt wird. Es ist also nicht so, dass die Arbeitnehmer während eines schwelenden Arbeitskampfes ihre Arbeit „auf eigene Faust“ niederlegen dürften. Die Gewerkschaft muss sie vielmehr hierzu aufrufen.<sup>12</sup> Entsprechend dürfen auch nur die Arbeitnehmer streiken, auf die sich der Streikaufruf in fachlicher, betrieblicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht erstreckt (also etwa: „Arbeitnehmer der metallverarbeitenden Betriebe in der C-Region, am 22.4.2012 von 8.00 Uhr bis 12.00 Uhr“). Daher darf auch die häufig gebrauchte Formel, wonach Arbeitgeber auf einen Streik ggf. mit einer Aussperrung reagieren können, nicht dahin missverstanden werden, dass der einzelne Arbeitgeber nach eigenem Gutdünken Belegschaftsmitglieder aussperren könnte. Ist das Ziel des Arbeitskampfes der Abschluss eines Verbandstarifvertrags und der Kampfgegner auf Arbeitgeberseite daher ein Arbeitgeberverband, kann nur dieser seine Mitglieder aufrufen, ihre Beschäftigten auszusperrern. Anders liegen die Dinge, wenn der Arbeitskampf gegen einen einzelnen Arbeitgeber gerichtet wird, mit dem Ziel des Abschlusses eines Firmentarifvertrags. In diesem Fall entscheidet der Arbeitgeber autonom, ob und von welchen Mitteln des Arbeitskampfes er Gebrauch machen will.
- 20 Schließlich darf sich ein Arbeitskampf nur gegen einen tariffähigen Gegner richten. Will die Gewerkschaft also den Abschluss eines Verbandstarifvertrags erzwingen, ist ihr „Kampfgegner“ der entsprechende Arbeitgeberverband, nicht aber die in ihm organisierten Arbeitgeber. Tarifforderungen sind daher gegen den Verband vorzutragen und Erklärungen ihm gegenüber abzugeben. Auf einem anderen Blatt steht freilich, dass der „gedankliche“ Gegner der Gewerkschaft dessen ungeachtet die im Verband zusammengeschlossenen Arbeitgeber sind. Denn wirtschaftlich betrachtet werden sie bestreikt und sie entscheiden im Ergebnis, ob und inwieweit ihr Verband auf die Forderungen der Gewerkschaft eingehen will.

#### **b) Exkurs: Verbot des Arbeitskampfes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat**

- 21 Völlig unabhängig vom Verbot nicht gewerkschaftlich geführter Streiks sind Maßnahmen des Arbeitskampfes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat unzulässig: § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG. Meinungsverschiedenheiten über die Regelung und Durchsetzung beteiligungspflichtiger Angelegenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat sind in den gesetzlich vorgesehenen Verfahren, also entweder im Einigungsver-

<sup>12</sup> Dazu, dass ihr hierzu nicht die betrieblichen e-mail Accounts zur Verfügung stehen, s. § 2 Rn. 63 und BAG 15.10.2003, NZA 2013, 361.