

[Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht](#)

Bearbeitet von

Herausgegeben von Dr. Rudi Müller-Glöge, Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts a.D., Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis, und Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts, Begründet von Thomas Dieterich, Peter Hanau, und Günter Schaub, Die Autoren des Kommentars: Prof. Dr. Martin Franzen, Inken Gallner, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Ministerialdirektorin a.D., Prof. Dr. Thomas Kania, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Prof. Dr. Heinrich Kiel, Richter am Bundesarbeitsgericht, Prof. Dr. Ulrich Koch, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Prof. Wolfgang Linsenmaier, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a.D., Dr. Jan-Malte Niemann, Richter am Bundesarbeitsgericht, Prof. Dr. Hartmut Oetker, Richter am Thüringer Oberlandesgericht, Dr. Barbara Reinhard, Rechtsanwältin, Prof. Dr. Christian Rolfs, Prof. Dr. Monika Schlachter, Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer, Prof. Dr. Rolf Wank, und Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a.D.

19. Auflage 2019. Buch. LII, 3052 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 72471 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

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

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [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.

der Verhandlungs- und Kampfparität, dass der AG grds. das Recht hat, iRd. Verhältnismäßigkeit mit einer Aussperrung zu reagieren (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39; 27.6.1995 NZA 1996, 212).

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

V. Auszusperrende Arbeitnehmer

1. Gewerkschaftsmitglieder und Außenseiter. Nach stRspr. sind nicht nur die Mitglieder der kampfführenden Gewerkschaft am Arbeitskampf beteiligt, sondern iRd. Streikbeschl. die gesamte Belegschaft. Deshalb darf auch die Abwehraussperrung nicht nach der **Gewerkschaftszugehörigkeit** diff. (BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668; *Gamillscheg* KollArbR I § 21 III 7b; *Otto AK* § 6 Rn. 12). Durch eine selektive Aussperrung, die gezielt nur die Mitglieder der streikenden Gewerkschaft erfasst, würde vielmehr deren positive Koalitionsfreiheit verletzt (BAG 18.11.2014 NZA 2015, 306 Rn. 34 mwN). Das gilt auch beim Arbeitskampf im **tarif-/gewerkschaftspluralen Betrieb**. Auch hier kann der AG neben den Mitgliedern der den Arbeitskampf führenden Gewerkschaft die nicht und anders organisierten AN aussperren (*Linsenmaier* RdA 2015, 369, 378 f.; **aA Greiner**, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfluralität, 2010, S. 476; *Hensler* RdA 2011, 65, 68 f.). Dies gilt selbst dann, wenn er mit der Konkurrenzgewerkschaft schon einen TV geschlossen hat. Dessen Friedenspflicht steht nicht entgegen, wird er doch in seinem Inhalt nicht in Frage gestellt (nicht eindeutig insoweit BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668, zu Teil III B 3 der Gründe). Dagegen ist der AG nicht gehindert, als Reaktion auf einen Warnstreik nur streikbeteiligte AN (ohne Rücksicht auf deren Gewerkschaftszugehörigkeit) auszusperrern (BAG 11.8.1992 NZA 1993, 39). Darin liegt keine Maßregelung, sondern die Konsequenz seiner Kampftaktik der offenen Tür und der Sinn einer „Warnaussperrung“.

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.

3. Schwerbehinderte Menschen. Das SGB IX enthält kein ausdr. Aussperrungsverbot. Aus einer Gesamtschau des G folgt, dass der **schwerbehinderte Mensch** keinen unbedingten Beschäftigungsanspruch hat, der von allen betriebl. Besonderheiten losgelöst ist. Deshalb kann er suspendierend ausgesperrt werden (zum SchwbG: BAG 7.6.1988 NZA 1988, 892; 7.6.1988 NZA 1988, 890). Entspr. gilt für die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen (§ 177 SGB IX).

4. Erkrankte. Der arbeitsunfähig erkrankte AN ist nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Eine Suspendierung der Arbeitspflicht ist also ausgeschlossen. Nach der Rspr. des BAG gehört aber zu den Hauptpflichten des AG, die durch die Aussperrung suspendiert werden, nicht nur die Gegenleistung für tats. geleistete Arbeit, sondern auch **alle Lohnersatzleistungen**, die an die Stelle einer aus anderen Gründen ausfallenden Vergütung treten. Daher kann auch ein erkrankter AN ausgesperrt werden und verliert dadurch den Anspruch auf die Lohnersatzleistung der EFZ (BAG 7.6.1988 NZA 1988, 890). Gleiches gilt für die aus anderen Gründen von der Arbeitspflicht befreiten AN, soweit sie sich jederzeit dem Arbeitskampf anschließen könnten. Bei AN im Urlaub ist das nicht der Fall (Rn. 207).

5. Schwangere. Entspr. den Überlegungen zum Schutz der Schwerbehinderten und arbeitsunfähig erkrankten AN hält das BAG auch die suspendierende Aussperrung von **schwangeren AN** für zulässig. Dabei unterscheidet es nicht danach, ob die Aussperrung schon vor oder erst nach Beginn der Schutzfrist bzw. der Beschäftigungsverbote erfolgt (BAG 22.10.1986 NZA 1987, 494).

VI. Beginn und Ende der Aussperrung

Der Aussperrungsbeschl. des AGVerbandes (Rn. 251) oder die Aussperrungsentsch. des einzelnen AG im Falle eines umkämpften FirmenTV führt noch nicht zur Suspendierung der Hauptpflichten in den einzelnen ArbVerh., sondern bedarf der Umsetzung ggü. den auszusperrenden AN durch eine entspr. **Erkl.** Der AG muss die Aussperrung der ANSeite ggü. zum Ausdruck bringen (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212), entweder ggü. den einzelnen AN oder ihrer Gewerkschaft bzw dem Streikkomitee. Das muss in einer hinreichend klaren Form geschehen (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212), denn die AN müssen mit Rücksicht auf ihre Reaktionsmöglichkeiten wissen, ob das Verhalten des AG eine Kampfmaßnahme darstellt (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389).

- 260 Die **Aussperrungserkl. bedarf keiner bes. Form** und kann auch konkludent abgegeben werden (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212). Die tats. Vollziehung kann bei entspr. Eindeutigkeit zugleich die konkludente Aussperrungserkl. darstellen und mit ihr zusammenfallen. Fordert der AG die AN zum Verlassen der Arbeitsplätze auf, so muss er dabei deutl. machen, ob er die AN damit aussperren oder nur auf eine streikbedingte Betriebsstörung reagieren will (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212). Das Nach-Hause-Schicken der AN verbunden mit der Begr., ein geordneter Arbeitsablauf sei anges. eines vorangegangenen Kurzstreiks und zu erwartender weiterer Kurzstreiks (sog. Warnstreiks) nicht gesichert, genügt als Aussperrungserkl. nicht (BAG 27.6.1995 NZA 1996, 212).
- 261 Beim Kampf um einen VerbandsTV muss der AG zusätzl. darauf hinweisen, dass die Aussperrung **vom AGVerband getragen** wird (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389), also keine „wilde“ und damit rechtswidrige Aussperrung darstellt. Auch diese Kenntnis ist maßgeb. für die Reaktionsmöglichkeiten der ANSeite. An die Klarstellung dürfen keine bes. hohen oder gar föhrl. Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, wenn sich die Mitwirkung des AGVerbandes aus den Umständen ergibt. Das ist schon dann der Fall, wenn der AGVerband bereits öffentl. für den Fall von Kurzstreiks Aussperrungen in den etwa betroffenen Unternehmen angekündigt hatte (BAG 31.10.1995 NZA 1996, 389). Bes. wichtig ist ein klarstellender Hinweis, wenn eine Aussperrung zunächst wegen der fehlenden Aussperrungsermächtigung des AGVerbandes als „wild“ und damit rechtswidrig anzusehen war, dann aber noch während der Aussperrung vom AGVerband übernommen und damit rechtmäßig wird.
- 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: Die AN müssen die Arbeit wieder aufnehmen, der AG ist verpflichtet, sie wieder zur Arbeit zuzulassen. Der AG hat ledigl. einen geringen zeitl. Spielraum, den Beginn der **Wiederaufnahme der Arbeit** den betriebl. und marktmäßigen Erfordernissen anzupassen, die sich aus der Arbeitsunterbrechung ergeben (BAG GS 21.4.1971 NJW 1971, 1668).

VII. Erhaltungsarbeiten

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

VIII. Rechtsfolgen im Einzelarbeitsverhältnis

- 265 **1. Ausgesperrte Arbeitnehmer.** Durch die Suspendierung der Hauptpflichten aus dem ArbVerh. entfällt die **Lohnzahlungspflicht** des AG. Der AG braucht auch keine Lohnersatzleistungen zu erbringen, die sonst an die Stelle einer ausfallenden Vergütung treten, zB EFZ an Feiertagen und im Krankheitsfall. Ebenso entfällt der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (BAG 22.10.1986 NZA 1987, 494). Darin liegt kein Verstoß gegen § 612a BGB. Wegen Zuschlägen und Zulagen, Sozialleistungen des AG, Urlaub und Kündigung sowie Sozialvers. vgl. Rn. 201 ff.
- 266 **2. Nicht ausgesperrte Arbeitnehmer.** Die ArbVerh. **nicht ausgesperrter AN** bestehen grds. fort mit allen beiderseitigen Rechten und Pflichten. Jedoch kann die zu erbringende Arbeitsleistung iRd. Kampfaktik des AG verändert werden (Rn. 175). Auch ist der AG verpflichtet, einem AN, dessen „normale“ Arbeit aussperrungsbedingt nicht mehr ausgeübt werden kann, auf dessen Verlangen nach Maßgabe der betriebl. Möglichkeiten im Rahmen seiner Fürsorgepflicht 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; vgl. Rn. 142).

IX. Rechtswidrige Aussperrung

- 267 **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 für den Aussperrungszeitraum so zu zahlen, als ob der AN gearbeitet hätte. Soweit dem ausgesperrten AN weitergehende Schäden entstanden sind, kann er diese auf Grund der Vertragsverletzung vom AG ersetzt verlangen. Er kann sogar vorbeugend auf Unterlassung der Aussperrung klagen. Der AN kann das ArbVerh. ferner 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 hier nicht, denn die Folgen seines rechtswidrigen Aussperrens muss der AG selbst voll tragen.

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

3. Verhältnis Gewerkschaft/Arbeitgeberverband. 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 (vgl. zur entspr. Rechtslage bei rechtswidrigen Streiks Rn. 231).

4. Rechtswidrige Aussperrung und Mitbestimmung. Während bei einem rechtmäßigen Arbeitskämpfung die **MBR des BR** erhebl. arbeitskampfbedingten Einschränkungen unterliegen (Rn. 156 ff.), gilt das nicht für die rechtswidrige Aussperrung: Da die ArbVerh. aller rechtswidrig ausgesperrten AN unverändert und uneingeschränkt fortbestehen und im Verhältnis zwischen ihnen und dem AG wegen der Rechtswidrigkeit der Aussperrung keine „mitbestimmungsfreien“ Kampfinteressen des AG anzuerkennen sind, gibt es keinen Grund für eine Einschränkung der betriebl. Mitbestimmung. Daher bestehen während einer rechtswidrigen Aussperrung die Kompetenzen des BR uneingeschränkt fort.

H. Atypische Arbeitskämpfungsmittel

I. Freiheit der Kampfmittelwahl

Streik und Aussperrung sind zwar die klassischen Arbeitskämpfungsmittel, aber die Geschichte der Arbeitskämpfe kennt viele Versuche, das Arsenal zu erweitern (hist. Überbl. bei *Küttner* AK). Es besteht kein Typenzwang. „Die Koalitionen sollen ... die Mittel, die sie zur Erreichung ihres Zwecks für geeignet halten, selbst wählen können. Zu den geschützten Mitteln zählen jdf. die Arbeitskämpfmaßnahmen, die erforderl. sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicher zu stellen“ (BVerfG 2.3.1993 NJW 1993, 1379; 11.7.2017 NZA 2017, 915 Rn. 131). IE können sich hier viele Zweifelsfragen ergeben, weil die bisher durch die Rspr. entwickelten Grds. nicht ohne weiteres auf **neue und atypische Kampfformen** übertragbar sind. Deren schädigende Effekte sind zT schärfer (Betriebsblockade und -besetzung), tw. auch schwerer zu fassen (verdeckte Arbeitsverweigerung oder -beschränkung). Auch ergeben sich zusätzl. Probleme durch überschießende Wirkungen (Boycott und Flashmob-Aktion). Maßgebend ist auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrds. (Rn. 129 ff.). Nicht gerechtfertigt wäre es, die Wahl der Kampfmittel generell auf die traditionellen Formen von Streik und Aussperrung zu beschränken (BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493 Rn. 23; aA *Konzen* SAE 2008 1, 7) oder gar schon den Schutzbereich koalitionsmäßiger Betätigung mit rechtspolitischen oder vertragsrechtl. Erwägungen idS zu beschneiden (so aber *Jakobs* ZfA 2011, 71, 85 f.; *Franzen* JbArbR 47 [2010] S. 119, 128 f.; *Otto* RdA 2010, 135, 137 ff.). Der Schutzbereich des Art. 9 III ist offen formuliert und nicht in zivilrechtl. Kategorien zu erfassen (*Däubler/Bieback/Unterhinninghofen* AK § 17 Rn. 230 f.; *Lübbe-Wolf* DB 1988 Beil. 9 S. 5; *Sachs/Höfling* Rn. 111 ff.). Zur aktuellen Entwicklung sozialwiss. und rechtl. eingehend *RDC* Arbeitskämpfformen.

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 Kampfmittel, wenn die Beschränkung in einem entspr. Kampfbeschl. genau bezeichnet wird und die Rechtsfolge der entspr. **Teilsuspendierung**, also auch der Entgeltkürzung, kalkulierbar ist. Denkbar wäre die Weigerung, bestimmte Maschinen zu bedienen oder Büroarbeiten zu leisten („Bleistiftstreik“; *Reuß* RdA 1972, 321, 322). Ebenso kommt die Verweigerung von Überstunden und Sonntagsarbeit als Kampfmittel in Betracht. Wenn die allg. Voraussetzungen legitimer Arbeitskämpfe gewahrt sind (Friedenspflicht, Verhältnismäßigkeit, Kampfbeschl. der Gewerkschaft), sind solche Kampfformen rechtmäßig (*Gamillscheg* KollArbR I § 21 II 1c; *Otto* AK § 10 Rn. 49 ff.).

2. Verdeckte Leistungsbeschränkung. Schwieriger zu bewerten sind Kampfformen, die den Sinn haben, Umf. und Intensität der Leistungsbeschränkung zu verbergen und die Rechtsfolge der Entgeltminderung zu vermeiden. Zur Rechtfertigung sog. **Bummelstreiks** wird angeführt, dass der vertragsmäßige Leistungsgrad keine konstante Größe und Leistungszurückhaltung immerhin milder als Leis-

tungsverweigerung sei (*Däubler/Däubler AK* § 29 Rn. 12). Dagegen hat die Rspr. Bummelstreiks 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 (ebenso *Otto AK* § 10 Rn. 48; *Kissel AK* § 61 Rn. 7, 9). Es geht eben nicht um ein „vorübergehendes Leistungstief“ (*Däubler/Däubler AK* § 29 Rn. 12), sondern um gepl. und koordinierte Schädigung, die eine Entgeltkürzung und die Verhältnismäßigkeitskontrolle umgehen sollen. Auch kollektive Krankmeldungen sind kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel (vgl. Rn. 282).

- 274 Das gilt nicht in gleicher Weise für den „**Dienst nach Vorschr.**“ (keinen Unterschied zum Bummelstreik sehen *Kissel AK* § 61 Rn. 10 und *Otto AK* § 10 Rn. 48); er dürfte allerdings nur im öffentl. Dienst in Betracht kommen. Hier hat der AG selbst Leistungsmaßstäbe in Gestalt von Dienstabweisungen formuliert, die er grds. gegen sich gelten lassen muss. Nun erfordern allerdings generelle und abstrakte Regelungen stets ein gewisses Mitdenken der Anwender; viele Dienstabweisungen sind auch höchst allg. gehalten, bedürfen also einer sinnvollen Konkretisierung. Wenn die AN sich hier gezielt und kollektiv dümmer stellen, als sie sind, so handelt es sich um eine Var. des Bummelstreiks. Wenn sie hingegen klare Anweisungen wörtl. nehmen, obwohl sie wissen, dass der Arbeitsablauf dadurch verzögert und der erwartete Leistungsgrad gemindert wird, hat der AG immerhin die Möglichkeit, seine einschlägige Dienstabweisung zu korrigieren. Im Einzelfall wird freil. die Abgrenzung schwierig sein (vgl. *Däubler/Däubler AK* § 29 Rn. 21 ff.).

III. Aktive Produktionsbehinderung

- 275 Im Zuge kollektiver Auseinandersetzungen kommt es gelegentl. zu Kampfmaßnahmen, durch die Betriebe aktiv daran gehindert werden, ihre Tätigkeit fortzusetzen. Ein Mittel dazu ist die **Betriebsblockade**: Die AN riegeln alle Zugänge des Betriebs ab, um Streikarbeit zu verhindern und gleichzeitig die Zulieferung von Material und die Auslieferung hergestellter Produkte unmögl. zu machen. Das gleiche Ziel kann auch mit **Betriebsbesetzungen** verfolgt und erreicht werden, bei denen die AN die Betriebsräume nicht mehr verlassen und damit die reguläre Weiterarbeit verhindern.
- 276 Es handelt sich nach den Maßstäben des Deliktrechts um einen **massiven Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** und bei der Betriebsbesetzung darüber hinaus um eine intensive Eigentumsverletzung. Das Schrifttum hält sie deshalb überw. für unzulässig (vgl. *Otto AK* § 11 Rn. 5 ff.; *Gamillscheg KollArbR I* § 21 V; *Kissel AK* § 61 Rn. 78 ff., 102 ff.). Auch die Rspr. geht ersichtl. von ihrer Rechtswidrigkeit aus, allerdings auf der Grdl. von Sachverhalten, bei denen ein Streik außer Kontrolle geraten war (BAG 14.2.1978 NJW 1979, 239; 21.6.1988 NJW 1989, 57; LAG SH 25.6.1986 NZA 1987, 65; LAG K 2.7.1984 NZA 1984, 402; zur Zulässigkeit einer kurzzeitigen Zugangsbehinderung LAG HH 6.1.2013 AiB 2013, 726).
- 277 Allerdings soll auch durch aktive Behinderungen des Betriebsablaufs im Grunde nur das erreicht werden, was auch ein effektiver Streik erreichen würde, uU sogar deutl. weniger belastend, wenn sie sich nur auf eine kurze und demonstrative Aktion beschränken, um öffentl. Aufmerksamkeit zu erreichen („**Demonstrationsbesetzung**“). Soweit also traditionelle Kampfmittel des Streiks auf Grund technologischer und wirtschaftl. Entwicklungen wirkungslos werden, weil sich die schlichte Arbeitsniederlegung durch die AG mühelos kompensieren lässt, können den Gewerkschaften auch Kampfmittel der aktiven Produktionsbehinderung nicht generell verboten sein (*Däubler ArbR I* Rn. 711; *Treber*, Aktiv produktionsbehindernde Maßnahmen, 1996 S. 461 ff.). Der Grds. der Verhältnismäßigkeit ist auch hier entscheidend.
- 277a So sind **Demonstrationsversammlungen** in der Nähe des Betriebs zur Unterstützung von Streiks und zur öffentl. Meinungsbildung verbreitet. Sie sind nicht nur durch Art. 8, sondern auch durch Art. 9 III geschützt. Als Kampfmittel können sie wirken, wenn dadurch vorübergehend der Zugang zum Werksgelände, zu Geschäftsräumen oder Baustellen gezielt behindert wird (zu den versammlungsrechtl. Besonderheiten *Donat/Kübling AuR* 2009, 1 ff.).
- 277b Eine neuartige Form der aktiven Produktionsbehinderung, der „**Flashmob**“, wurde im Einzelhandel praktiziert. Dabei werden durch Aufrufe im Internet oder durch Anruf per SMS Menschen aufgefordert, einen gewerkschaftl. Streik zu unterstützen, indem sie den Ablauf in bestimmten Betrieben durch regelwidriges Verhalten stören (zB durch massenhaften Einkauf von Cent-Artikeln oder durch Befüllen von Einkaufswagen, die dann an neuralgischen Stellen stehen bleiben). Das BAG betrachtet solche Formen der Unterstützung eines tarifbezogenen Arbeitskamps zu Recht als durch Art. 9 III gedeckt, und zwar auch dann, wenn sich außenstehende Dritte daran beteiligen (BAG 22.9.2009 NZA 2009, 1347). Die **Verhältnismäßigkeit** eines solchen Kampfmittels wird allerdings nur unter strengen Voraussetzungen anerkannt: (1) Dem AG muss erklärt worden oder aus den Umständen klar erkennbar sein, dass es sich um eine kampfbegleitende Aktion handelt, die von der zust. Gewerkschaft getragen und auch organisiert wird. (2) Die Störaktion muss für die Gewerkschaft nach Intensität und Dauer beherrschbar sein. (3) Sie darf nicht zerstörerisch wirken; zumindest muss dies durch geeignete Gegenmaßnahmen der betroffenen AG verhindert werden können. Diese Rspr. ist auf scharfe Kritik gestoßen (*Krieger/Günther NZA* 2010, 20; *Otto RdA* 2010, 135; *Rieth SAE* 2010, 37; *Rüthers/Höpfner JZ* 2010, 261; *Willemsen/Mehrens Anm. zu AP GG Art. 9 Arbeitskämpfung*

Nr. 174; *Rieble* NZA 2008, 796; *Schwarze* ZfA 2018, 149), die aber auf der unrealistischen Annahme grenzenloser Ausweitung und beliebig risikoloser Einsetzbarkeit von Flashmob-Kampfformen beruht. Funktion und Wirkung der richterrechtl. Grenzen werden dabei unterschätzt (dazu *Däubler/Däubler* AK § 31 Rn. 6 ff.; *RDC* Arbeitskämpfungformen S. 91 ff.; *Beckerle* NJW 2017, 439). Der verbleibende Spielraum für Flashmob-Aktionen lässt sich kampftaktisch nur sehr eingeschränkt nutzen (vgl. *Herbert* ZTR 2014, 639). Eine noch weitergehende Beschränkung auf AN als Störer hat das BAG zu Recht nicht verlangt (vgl. dazu auch Rn. 278). Das BVerfG hat die gegen das Urtd. des BAG eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entsch. angenommen (BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493). Zutr. sei das BAG davon ausgegangen, dass sich die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitionspezifisch sei, nicht nach der Art des gewählten Mittels, sondern nach dem verfolgten Zweck richte; ebenso seien die vom BAG herangezogenen Kriterien zur Beurteilung von Flashmob-Aktionen nicht zu beanstanden (BVerfG 26.3.2014 NZA 2014, 493; zust. *Beckerle* NJW 2017, 439; *Sachs/Höfling* Rn. 116; *krit. Greiner* jM 2014, 414).

Mit Flashmob-Aktionen verwandt sind **Störungen des Internet- oder Telefonverkehrs** durch 277c massenhafte E-Mails oder Anrufe. Vereinzelt sind solche Aktionen bereits erprobt worden (*RDC* Arbeitskämpfungformen S. 37 ff.). Für deren Rechtmäßigkeit gelten grds. die gleichen Kriterien wie bei Flashmob-Aktionen. Allerdings ergeben sich hier voraussichtl. weitere Abgrenzungsprobleme, die sich noch kaum abschätzen lassen (*Däubler/Däubler* AK § 31 Rn. 16 ff.; *RDC* Arbeitskämpfungformen S. 111 f.; vgl. a. *Giesen/Kersten* NZA 2018, 1, allerdings mit unzut. Wiedergabe von § 303b I Nr. 2 StGB).

IV. Boykott

Der Boykott gehört zu den ältesten Kampfmitteln in sozialen Auseinandersetzungen allg. und 278 speziell bei tarifbezogenen Konflikten (BAG 19.10.1976 NJW 1977, 318: „geschichtl. überkommene Arbeitskämpfmaßnahme“; zum „Verruf“ im Mittelalter *Kittner* AK S. 27, 94 ff.). 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. Im Grunde ist ein „Primärboykott“ mit jedem Streik insofern verbunden, als Streikarbeit verhindert und Streikbrecher abgehalten werden sollen. Das BAG spricht insoweit von „Absperrung“; die es vom eigentl. Boykott unterscheidet (20.12.1963 NJW 1964, 1291 [LS 1]). Denkbar ist auch die Kombination von Unterstützungsstreik und Boykott (vgl. zur Weigerung von Hafendarbeitern, Schiffe mit Billigflaggen zu entladen: BAG 19.10.1976 NJW 1977, 318). Die Kampfmittelfreiheit umfasst aber auch Boykottaufrufe zum sonstigen Geschäftsverkehr, soweit diese die Friedenspflicht und das Übermaßverbot beachten (*Gamillscheg* KollArbR I § 21 I; *Otto* AK § 11 Rn. 29; *Däubler/Däubler* AK § 30 Rn. 28 ff.; *Binkert*, Gewerkschaftl. Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskämpfrechts, 1981 S. 110 ff.; aA *Kissel* AK § 61 Rn. 127 f.).

Erfolg haben weitgefaste Boykottaufrufe nur iVm. intensiver **Öffentlichkeitsarbeit**. Diese gewinnt 279 zunehmend an Bedeutung bei Arbeitskämpfen (*Däubler/Däubler* AK § 30 Rn. 2 ff.; *Renneberg*, Arbeitsbedingungen und Arbeitskonflikte im Dienstleistungsbereich, 2005; *Keller* SF 2016, 259, 261 f.). Das Firmen-Image gilt als wertvolles Werbeargument, und zwar auch in Bezug auf das soziale Klima eines Unternehmens. Die betroffenen AG sind dabei keineswegs schutzlos, sondern reagieren erfahrungsgemäß ihrerseits mit Pressekampagnen. Zahlr. Bsp. bei: *RDC* Arbeitskämpfungformen S. 26 ff. Die Bedeutung der öffentl. Meinung ist für den Verlauf und den Ausgang von Arbeitskämpfen bes. im gesamten, weit verstandenen Sektor der Daseinsvorsorge – also etwa bei Bahn, Luftverkehr, Gesundheits- und Erziehungswesen – beträchtl. Durch die ausgeprägte Drittbetroffenheit wird hier jeder Arbeitskämpf zu einer öffentl. Angelegenheit. Der mediale Druck, der bei solchen Arbeitskämpfen auf den Arbeitskämpfparteien lastet, ist nicht zu unterschätzen (vgl. etwa zum KiTa-Streik 2015 der Vorstand von ver.di *Bsirske* FAZ 31.5.2015 S. 23: „Ökonomisch schadet der Streik den AG nicht, aber wo er entschieden wird, das ist in der Öffentlichkeit“).

V. Kollektive Ausübung individueller Rechte

Häufig werden Massenkündigungen sowie die **gemeinsame Ausübung von Zurückbehaltungs-** 280 **rechten** als mögl. Kampfmaßnahmen diskutiert. Zu Recht unterscheidet aber das BAG gemeinsam ausgeübte Zurückbehaltungsrechte deutl. von Arbeitskämpfmaßnahmen (20.12.1963 NJW 1964, 883; vgl. aber a. 28.4.1966 AP GG Art. 9 Arbeitskämpf Nr. 37).

Das Schrifttum ist sich weitgehend einig, dass die Bündelung individueller Rechte allein nicht 281 ausreicht, um sie kollektivrechtl. Beschränkungen zu unterwerfen. Insb. enthält Art. 9 III keine Verbotsnorm dahin, dass Individualrechte nicht kollektiv ausgeübt werden dürften. Vielmehr entscheidet grds. allein das **Arbeitsvertragsrecht** über die Wirksamkeit der rechtsgestaltenden Erkl., und zwar unabhängig davon, ob sie individuell oder koordiniert ausgeübt werden (*Brox/Rüthers* Rn. 552 ff.; *Däubler/Däubler* AK § 28 Rn. 38 ff.; *Gamillscheg* KollArbR I § 21 II 2a; *Kissel* AK § 61 Rn. 13, 39; *Otto* AK § 11 Rn. 32 ff.). Das gilt grds. auch für den Widerspruch nach § 613a VI BGB, soweit das

Widerspruchsrecht nicht zu sachwidrigen Zielen missbraucht wird (BAG 30.9.2004 NZA 2005, 43; dazu *Krause RdA* 2006, 228, 234 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 Arbeitskampfmittel (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 – C-195/17 – ua.).

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. Lösungsformen interessiert, um die Kosten und Schadensfolgen von Arbeitskämpfen zu vermeiden. Deshalb unterwerfen sich die Tarifparteien häufig **formalisierten Verf. zur Klärung str. Regelungsfragen**, wenn ihre normalen Tarifverh. festfahren. Solche Schlichtungsverf. können aus Anlass eines aktuellen Streits ad hoc eingeschaltet werden; vielfach sind sie aber schon vorbeugend in tarifl. Schlichtungsabk. geregelt (Rn. 285). Diese erstrecken idR die tarifl. Friedenspflicht auf die Dauer des Verf. (Bsp. bei *Löwisch/Rumler AR-Blattei* SD 170.11 Rn. 16 f.).
- 284 Charakteristisch für alle Schlichtungsverf. ist die Beteiligung von Neutralen. Das Verf. endet entweder mit einer Einigung der Tarifparteien oder mit einem förmll. Spruch des Schlichtungsorgans bzw. des neutralen Vorsitzenden. Die Bedeutung des Verf. hängt davon ab, wie weitgehend sich die Tarifparteien im Voraus gebunden haben. Am schwächsten wirken Schlichtungsverf., deren Einschaltung im Belieben der beteiligten Tarifparteien steht. Vielfach gilt jedoch **Schlichtungszwang**, dh. die Tarifparteien verpflichten sich im Voraus, keine Kampfmaßnahmen zu ergreifen, bevor nicht wenigstens ein Einigungsversuch iRd. Schlichtungsverf. unternommen wurde und gescheitert ist. Am weitesten gehen Schlichtungsordnungen, die eine **verbindl. Schlichtung** vorsehen; hier haben sich die Parteien dem Spruch des Schlichtungsorgans vertragl. unterworfen.

II. Rechtsgrundlagen und Grenzen

- 285 **1. Tarifliche Schlichtungsabkommen.** Praktische Bedeutung haben va. die **autonomen Schlichtungsabk.** der Koalitionen. Sie sind TV und richten sich nach dem TVG, bedürfen also der Schriftform (§ 1 II TVG). Schon 1954 vereinbarten die BdA und der DGB das Muster einer Schlichtungsvereinb. (*RdA* 1954, 383 f.; vgl. dazu *Höpfner ZfA* 2018, 254, 276; zu weiteren tarifl. Schlichtungsabk. vgl. *Knevels ZTR* 1988, 414 f.; *Däubler/Reinfelder AK* § 15 Rn. 30 Fn. 99).
- 286 Eine Zwangsschlichtung kommt nur in Betracht, soweit sich die Tarifparteien dem Schlichtungsspruch im Rahmen ihrer Tarifautonomie selbst unterworfen haben (vgl. BAG 20.11.2012 NZA 2013, 437 Rn. 56). Dagegen würde eine **staatl. Zwangsschlichtung** gegen Art. 9 III verstoßen. Deshalb ist auch eine AVE einer tarifl. Schlichtungsordnung nicht mögl. Soweit LandesG früher anderes vorsahen, sind sie nichtig oder aufgeh. worden. Die einzige noch bestehende Ausnahme in der Landesschlichtungsordnung Baden kam nur bis 1954 in wenigen Fällen zur Anwendung (*Arnold RdA* 1996, 356; *Höpfner ZfA* 2018, 254, 273).
- 287 **2. Staatliche Schlichtung.** Nach 1945 schaffte die Militärregierung mit dem KRG Nr. 35 v. 20.8.1946 (ABl. KR S. 174) die Rechtsgrdl. für Schlichtungsstellen der Länder. Einige von ihnen haben das aufgegriffen und **Landesschlichter** oder **Schlichtungsausschüsse** eingerichtet. Ihre Aufgabe besteht in der Vermittlung im Regelungsstreit auf Wunsch der streitenden Parteien. Dabei handelt es sich aber um **Vertragshilfe** und nicht um Zwangsschlichtung (vgl. dazu *Höpfner ZfA* 2018, 254, 262 ff.; *Otto AK* § 22; *Kissel AK* § 70 Rn. 10 ff.; *Knevels ZTR* 1988, 408, 411 f.).
- 288 Umstr. ist, ob der Gesetzgeber ein **obligatorisches Schlichtungsverf.** einführen könnte, auf das sich die Tarifparteien generell oder auf Antrag einer Seite einlassen müssten. Selbst wenn ein solches Verf. nur mit einem unverbindl. Vermittlungsvorschlag enden soll, läge darin ein Eingriff in die Tarifautonomie, weil der Spielraum der Tarifparteien durch den Druck der Öffentlichkeit eingeschränkt würde. Nur eine Gefährdung wichtiger Gemeinschaftsgüter könnte einen solchen Eingriff rechtfertigen (*Däubler/Reinfelder AK* § 15 Rn. 19; weitergehend *Otto AK* § 22 Rn. 31 f. mwN). Soweit diese bereits zur Rechtswidrigkeit eines Streiks führt, ist eine Zwangsschlichtung ohnehin nicht erforderlich, sondern es sind die staatl. Gerichte zust. (*Kissel AK* § 70 Rn. 35 f.).

Art. 12 [Berufsfreiheit]

(1) ¹ Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. ² Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

(2) Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.

(3) Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.

I. Eigenart und Bedeutung

Art. 12 I ist neben Art. 14 die für das Arbeits- und Wirtschaftsleben zentrale Grundsatznorm und ¹ das **Hauptgrundrecht der freien wirtschaftl. Betätigung**, sowohl für Selbständige als auch für abhängig Beschäftigte. Im **Anwendungsbereich der GRC** (AEUV Vorb. Rn. 5) enthält Art. 15 GRC eine Gewährleistung, die sowohl die Berufsfreiheit der Unionsbürger als auch die von Beamten (*Jarass* Art. 15 GRC Rn. 9) in vergleichbarer Weise schützt, wobei für die **unternehmerische Betätigung** Art. 16 GRC als speziellere Regelung einschlägig ist (*Jarass* EuGRZ 2011, 360). Den Arbeitsplatzschutz verstärkt Art. 30 GRC, der im Anwendungsbereich des Unionsrechts (ungerechtfertigte) AG-Kündigungen aus Gründen untersagt, die insb. in Anlehnung an Nr. 3 lit. a–d, f des Anhangs zu Art. 24 ESC sowie Art. 21 GRC zu bestimmen sind (*Jarass* Art. 30 GRC Rn. 6; *Meyer/Riedel* Art. 30 Rn. 15). Dazu zählt etwa eine Entlassung wegen Maßregelung, gewerkschaftl. Betätigung, BRArbeit, zur oder wegen zeitweiliger unfall- oder krankheitsbedingter Abwesenheit. Bei einer sog. Wartezeitkündigung, deren Wirksamkeit sich ausschl. nach §§ 138 oder 242 BGB beurteilt, fehlt der für die Anwendung der GRC notwendige Bezug zum Unionsrecht (BAG 8.12.2011 NZA 2012, 286).

Der Idee nach wurzelt das Grundrecht in der Gewerbefreiheit des 19. Jh., also einem Schutzrecht ² unternehmerischer Betätigung. Aber schon das Apotheken-Urt. des BVerfG betonte **den personalen Bezug** des Grundrechts. Verbürgt sei mehr als die Freiheit selbständiger Ausübung eines Gewerbes. Es gehe um Arbeit als Beruf und Lebensgrdl. mit Wert und Würde für alle sozialen Schichten (BVerfG 11.6.1958 E 7, 377, 397). Dieser Persönlichkeitsbezug führt allerdings nicht zu einer personal gebundenen Einschränkung des Berufsbegriffs (BVerfG 17.2.1998 NJW 1991, 1667). Der Schutz gilt auch für jur. Personen und verwirklicht sich sogar in der Unternehmerfreiheit von Großunternehmen (BVerfG 1.3.1979 E 50, 290, 363 f.).

Das BAG hat seiner Kompetenz gem. den sozialen Aspekt der Berufsfreiheit zu beachten. Aber ³ obwohl es zunächst von der unmittelbaren Geltung der Grundrechte im ZivilR ausging (Einl. Rn. 17), hatte es außerhalb von Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsverboten oder Rückzahlungsklauseln zur Konkretisierung des Grundrechts der Berufsfreiheit kaum beigetragen.

Inzwischen ist die **sozialstaatl. Substanz** des Art. 12 I durch das BVerfG selbst breit entfaltet ⁴ worden. Als Auftakt kann das Urt. zum *numerus clausus* gelten (BVerfG 18.7.1972 E 33, 303), mit dem das BVerfG zum ersten Mal ein „**Teilhaberecht**“ aus Art. 12 I ableitete. Der Staat dürfe sich nicht auf die Freihaltung des Zugangs zu seinen Ausbildungsstätten beschränken, sondern müsse – iRd. Möglichen – auch die Voraussetzungen für ihre Nutzung schaffen. Den Realitäten und Zwängen des Arbeitslebens stellte sich das BVerfG mit dem Handelsvertreter-Beschl. Der Staat müsse schützend aktiv werden, wo Teilnehmer des Arbeitslebens offensichtl. außerstande seien, ihre Berufsfreiheit wahrzunehmen. Gesetzgeber und Gerichte treffe eine grundrechtl. **Schutzpflicht** (BVerfG 7.2.1990 NJW 1990, 1469). Die Umbruchsituation in den neuen Ländern hat dann die Problematik des Arbeitsplatzverlustes ins Blickfeld des BVerfG gerückt. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes schließe die Freiheit ein, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit beizubehalten; auch insoweit bestehe eine grundrechtl. Schutzpflicht (BVerfG 24.4.1991 NJW 1991, 1667. – Warteschleife). Und schließl. wurde erkannt, dass auch die Verfallbarkeit betriebl. Versorgungsanwartschaften ein zentrales Problem der Berufsfreiheit betrifft (BVerfG 15.7.1998 NZA 1999, 194) oder die ges. Überleitung eines ArbVerh (BVerfG 25.1.2011 NZA 2011, 400). Auf der Grdl. dieses sozialstaatl. Verständnisses interpretiert das BAG heute alle Bereiche des ArbR im Licht des Art. 12 (Überbl. bei *Dieterich* AuR 2007, 65 ff.).

Ein **Grundrecht auf Arbeit** ergibt sich aus alledem nicht. Der Einzelne hat kein subj. Recht auf ⁵ Verschaffung eines Arbeitsplatzes oder auf eine entspr. Bestandsgarantie (BVerfG 24.4.1991 NJW 1991, 1667). Allerdings darf der Staat der Massenarbeitslosigkeit nicht tatenlos zusehen; das BVerfG entnimmt das aber nicht Art. 12, sondern einem allg. „Gestaltungsauftrag“ des Sozialstaatsprinzips, das Verfassungsrang habe (Art. 20 GG) und sogar Eingriffe in die Tarifautonomie rechtfertigen könne (BVerfG 27.4.1999 NZA 1999, 992 unter B II 1c).

II. Schutzbereich

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

hilfs- und Erprobungstätigkeiten gehören zum Beruf. Ebenso werden Zweit- und Nebenberufe geschützt, nicht aber bloße Erwerbchancen (BVerfG 31.8.2009 NVwZ 2009, 1486). Nebentätigkeiten von Beamten sollen zwar nach der Rspr. des BVerfG nur durch Art. 2 I geschützt sein (12.4.1972 E 33, 44, 48; ebenso BVerwG 26.6.1980 E 60, 254, 255), das ist aber nach jetzt hL nicht überzeugend (*Jarass/Pieoth* Rn. 10 mwN). Der Begriff ist weit offen für jede dem Erwerb dienende Betätigung. So ist die Tätigkeit eines InsV ein eigenständiger Beruf (BVerfG 12.1.2016 NJW 2016, 930 Rn. 35). Die Frage, ob eine Tätigkeit sozial akzeptiert und erlaubt ist, betrifft nicht den Schutzbereich, sondern dessen Schranken. Nicht unter die Berufsfreiheit fallen private Betätigungen und Hobbys.

- 7 **Arbeitsplatz** ist die konkrete Betätigungsmöglichkeit, die es erlaubt berufl. Arbeit zu verrichten. Der Begriff „Arbeitsplatz“ ist nicht räuml. definiert, sondern meint alle materiellen und organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, und zwar für Selbständige ebenso wie für abhängige Beschäftigte (BVerfG 24.4.1991 NJW 1991, 1667). Für AN geht es va. um bestehende **Beschäftigungsmöglichkeiten** und konkrete **Vertragspartner** sowie um die Bestandssicherheit der arbeitsvertragl. Beziehungen; gewährleistet werden also gleichermaßen Mobilität wie Immobilität. Die allg. Gegebenheiten des Arbeitsmarktes gehören hingegen nicht zum Schutzbereich des Arbeitsplatzes (vgl. a. Rn. 5 und 36 ff.).
- 8 **Ausbildungsstätte** bedeutet im Kontext des Art. 12 I nicht jede Bildungsmöglichkeit, sondern nur eine berufsbezogene Einrichtung. Gemeint ist die betriebl. und überbetriebl. Lehrlingsausbildung, Hochschulen und Akademien, Vorbereitungsdienst und Einrichtungen des „Zweiten Bildungsweges“ (Nachw. bei Sachs/*Mann* Rn. 89 f. und Dreier/*Wieland* Rn. 61).
- 9 **2. Geschützte Betätigung.** Geschützt ist die Freiheit der **Auswahl** und der **Ausübung** von erwerbsbezogenen Tätigkeiten in allen denkbaren Formen als Teilhabe am Wettbewerb. Zu letzterem zählt auch die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Unternehmers (BVerfG 10.6.2009 NJW 2009, 2033). Die unterschiedl. Begriffsbildung der beiden Sätze von Art. 12 I bedeutet nicht, dass zwischen zwei Entscheidungsstadien grds. unterschieden werden könnte. Schon im „Apotheken-Urt.“ hat das BVerfG klargestellt, dass Wahl und Ausübung nur verschiedene Blickwinkel eines einheitl. Lebenssachverhalts bilden können (11.6.1958 E 7, 377, 400). Allerdings will das BVerfG, mit Hilfe dieser Begriffe unterschiedl. Grade von Eingriffsintensitäten kennzeichnen („Stufentheorie“), ohne scharf abgrenzbare Tatbestände entwickeln zu können (Rn. 28).
- 10 Geschützt ist auch die **negative Berufsfreiheit**, also die Entsch., von einer Erwerbstätigkeit abzusehen (BVerfG 21.10.1981 E 58, 358, 364) oder den Beruf aufzugeben (BVerfG 21.6.1989 E 80, 257, 263 – Höchstaltersgrenze). Das bedeutet nicht, dass der Staat verpflichtet wäre, eine solche Entsch. durch unterhaltssichernde Regelungen oder Leistungen mögl. zu machen.
- 11 Die Freiheit der **Arbeitsplatzwahl** ist betroffen, wenn der Staat den Einzelnen an der Aufnahme einer konkreten Beschäftigungsmöglichkeit hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt, die Aufgabe oder den Wechsel eines Arbeitsplatzes verlangt oder ihn daran hindert. Der Begriff „Arbeitsplatz“ ist nicht im arbeitsrechtl. Sinne zu verstehen; gemeint ist jede konkrete Arbeitsmöglichkeit unabhängig von der Vertragstypik (Werk-, Dienst- oder Arbeitsvertrag). Mit der Wahlfreiheit ist zwar weder der Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes, noch eine Bestandsgarantie verbunden, wohl aber die Anerkennung eines spezifischen Schutzbedürfnisses; auch Machtausübung mit privatrechtl. Gestaltungsmitteln kann diese Freiheit beeinträchtigen (zum Bestandsschutz: BVerfG 24.4.1991 NJW 1991, 1667; 21.2.1995 NZA 1995, 619; zum AGWechsel BAG 2.3.2006 NZA 2006, 848). Allg. Maßnahmen der Arbeitsmarktpolitik betreffen nicht die Arbeitsplatzwahl. Auch der ges. Kündigungsschutz beeinträchtigt nicht etwa die Berufsfreiheit potentieller Arbeitsplatzbewerber, die auf freiwerdende Stellen hoffen (Rn. 5; aA *Papier* RdA 2000, 1, 4; *Oetker* RdA 1997, 9, 20 mwN). Besetzungsregeln und EinstellungsRL, die unmittelbar in den Wettbewerb um vorhandene Arbeitsplätze eingreifen, betreffen hingegen die Freiheit der Arbeitsplatzwahl.
- 12 **3. Grundrechtsträger** sind nur **Deutsche** iSv. Art. 116. Das führt in der Praxis zu Wertungswidersprüchen und bedarf der Abmilderung (vgl. Einl. Rn. 4). Va. bei EU-Ausländern lässt sich die Unterscheidung nicht durchhalten. Der EuGH betrachtet die Berufsfreiheit als einen allg. Grds. des Unionsrechts (Sachs/*Mann* Rn. 34). Das führt iE über Art. 2 I zu einer vergleichbaren Rechtsstellung (Dreier/*Wieland* Rn. 72).
- 13 **Jur. Personen** einschl. deren Vorgesellschaften sind nach einhelliger Auff. durch Art. 12 I geschützt, wenn sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen, die ebenso von einer natürl. Person ausgeübt werden könnte (BVerfG 14.1.2014 NJW 2014, 613), also nicht bei gemeinnützigen Vereinen (Sachs/*Mann* Rn. 37). Berufsorganisationen hat das BVerfG als Träger der Berufsfreiheit anerkannt, selbst wenn sie Körperschaften des ÖffR sind (14.5.1985 E 70, 1, 15 ff.). Vgl. zu jur. Personen des ÖffR Einl. Rn. 8 f.
- 14 Das BVerfG spricht häufig von **AG** oder **AN** als Grundrechtsträgern der Berufsfreiheit. Das ist eine abgekürzte Ausdrucksweise. Die arbeitsvertragl. Stellung kennzeichnet keinen Beruf, sondern nur eine bestimmte Form der Berufsausübung, die aber als solche den Schutz des Art. 12 beanspruchen kann. Die Arbeitsvertragsfreiheit ist ein Teilbereich der Berufsfreiheit (BVerfG 7.2.1990 NZA 1990, 389; C. J. Müller, Die Berufsfreiheit des AG, S. 30 ff.). Das Gleiche gilt für die Unternehmerstellung und die entspr. **Unternehmerfreiheit** (BVerfG 1.3.1979 E 50, 290, 362; BAG 3.4.1990 NZA 1990, 886 unter B