Aufsätze

Christina Wilkens, Greifswald*

# Die Wahrung der Arbeitskampfparität im Hinblick auf neuere Mittel des Arbeitskampfs

## I. Einführung

Deutschland 2020: Der Manager von Sony Deutschland wurde von der wütenden Arbeitnehmerschaft als Geisel genommen.[1] Ihr Ziel: Die Aushandlung höherer Abfindungen. Eine Maßnahme, die allerdings mit Verhandlungen nichts mehr gemein hat; die einzige Option des Arbeitgebers ist in diesem Fall, die Forderungen der Belegschaft zu akzeptieren, getreu dem Motto *„Take it or leave it!"*.

Eine solche Zwangslage ist indes aus einem ganz anderen Bereich des Arbeitsrechts geläufig: Geweckt wird die Vorstellung eines Arbeitnehmers, der regelmäßig auf seine Arbeit zur Besorgung seines Lebensunterhalts angewiesen ist und daher dem Arbeitgeber wenig Verhandlungsstärke entgegensetzen kann. Der Arbeitsvertrag würde so in der Regel nur den Arbeitgeberinteressen Rechnung tragen. Im Kollektiv mit anderen Arbeitnehmern jedoch ist es möglich, in Form eines Tarifvertrages auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses interessenvertretend für alle Arbeitnehmer einzuwirken. Das Werkzeug hierfür ist der Arbeitskampf. Einst als lästig angesehen, gehört er heute zu dem verfassungsrechtlich garantierten Kernbestand der Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG.

Arbeitskampfmittel wie der klassische Streik sorgen dafür, dass ein Arbeitskampf nicht nur einem „kollektiven Betteln" gleichkommt.[2] Aktuell ist jedoch die Aufmerksamkeit primär nicht mehr darauf gerichtet, die Machtdisparität auf Arbeitnehmerseite auszugleichen. Im Gegenteil: Diskutiert wird darüber, ob sich im Zuge der Anwendung neuerer Arbeitskampfmittel, des Unterstützungsstreiks und streikunterstützender *Flashmob*-Aktionen, bereits ein Machtvorsprung der einst unterlegenen Arbeitnehmerschaft manifestiert habe.[3] Denn obgleich Deutschland bei einer grenzübergreifenden Betrachtung ein Land mit äußerst wenig Arbeitskämpfen ist, haben diese Neuerungen, die mittlerweile von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt sind, nicht nur die Arbeitgeber in Angst und Schrecken versetzt, sondern auch in der Literatur ein gewaltiges Echo hervorgerufen: Die Rede ist von „Partisanenkämpfen"[4], der „Geiselhaft des Arbeitgebers"[5] und einem „Supergrundrecht"[6]. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die Anerkennung der neueren Arbeitskampfmittel durch die Rechtsprechung zu einer Aushöhlung des Grundsatzes der Arbeitskampfparität geführt hat.[7]

Mit dieser Frage befasst sich die vorliegende Darstellung, indem sie zunächst die rechtlichen Grundlagen des Arbeitskampfrechts skizziert (II.), daraufhin den Grundsatz der Arbeitskampfparität ausleuchtet (III.) und im Anschluss den derzeitigen Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung vorstellt (IV.). Anschließend wird die Frage geklärt, ob die Arbeitskampfparität im Hinblick auf die neueren Arbeitskampfmittel sowohl im dogmatischen Ausgangspunkt der neuen Konzeption (V.) als auch in der konkreten Zulassung neuerer Kampfmittel (VI.) gewahrt worden ist.

## II. Rechtliche Grundlagen des Arbeitskampfrechts

### 1. Definition

Der Arbeitskampf ist die von den Parteien des Arbeitslebens vorgenommene Störung des Arbeitsfriedens mit kollektiven Kampfmaßnahmen, um durch Druck ein bestimmtes Ziel oder Fernziel zu erreichen.[8] Die bis heute relevantesten kollektiven Kampfmittel sind der Streik und die Aussperrung. Unter Streik versteht man dabei die Arbeitsniederlegung einer Mehrzahl von Arbeitnehmern zur Durchsetzung kollektiver Ziele.[9] Als Komplementär der Arbeitgeberseite bedeutet Aussperrung die planmäßig durchgeführte Nichtzulassung einer Arbeitnehmergruppe zur Arbeitsleistung unter gleichzeitiger Verweigerung des Arbeitsentgelts zur Durchsetzung kollektiver Ziele.[10] Dies sind allerdings keineswegs die einzigen denkbaren

* Stud. jur. *Christina Wilkens* studiert im neunten Fachsemester Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Sommersemester 2016 im Schwerpunktbereich „Recht der Wirtschaft" bei Prof. Dr. *Hans-Werner Eckert* und wurde mit 16 Punkten bewertet.

1 So passiert es in Frankreich; dies wird sogar schon als Trend bezeichnet, http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/frankreich-manager-als-geisel-ab-jetzt-ein-trend-1.406947 (Abruf v. 16.02.2015).

2 Vgl. BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 84, II. 1. a).

3 Instruktiv *Rieble/Junker/Giesen*, Neues Arbeitskampfrecht?, ZAAR Bd. 18, 2010 und *dies.*, Entgrenzter Arbeitskampf?, ZAAR Bd. 37, 2014.

4 *Säcker*, Von der offenen Arbeitseinstellung zur verdeckten Betriebsblockade – Der Arbeitskampf im Wandel zum Partisanenkampf, NJW 2010, 1115 (1115 f.).

5 *Hohenstatt/Schramm*, Erneute Erweiterung des Kampfarsenals: Zulässigkeit von Unterstützungsstreiks, NZA 2007, 1034 (1037).

6 *Litschen*, Das BAG und der Arbeitskampf oder die Kunst, ein totes Pferd zu reiten, NZA-RR 2015, 57 (63).

7 Ebenfalls relevant ist die Frage nach der Wahrung der Parität im Rahmen des Streiks um einen Tarifsozialplan, worauf hier aber aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann, vgl. dazu aber *Willemsen/Stamer*, Erstreikbarkeit tariflicher Sozialpläne: Die Wiederherstellung der Arbeitskampfparität, NZA 2007, 413 (413 ff.).

8 Vgl. *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts II, 1970, § 47 A.I.

9 *Reichold*, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2016, § 13 Rn. 5.

10 *Reichold*, ArbeitsR (Fn. 9), § 13 Rn. 8.

Kampfformen; insbesondere nach der neueren Rechtsprechung gibt es nämlich keinen *numerus clausus* zulässiger Kampfmittel.[11]

### 2. Richterrecht

Bis heute ist der Arbeitskampf nicht gesetzlich kodifiziert worden. Somit ist es die Aufgabe der Gerichte, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung das Arbeitskampfrecht zu formen.[12] Dabei bedient sich das BAG seit jeher einer an allgemeinen Grundsätzen und Prinzipien angelehnten Methodik.[13] Diese Grundsätze sind dabei zumeist Ausfluss der Verfassung selbst, insbesondere von Art. 9 Abs. 3 GG.[14]

### 3. Verfassungsrechtlicher Bezug

Obschon das Grundgesetz dem Wortlaut nach eine Garantie auf Arbeitskampf nicht statuiert[15], wird aus der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten kollektiven Koalitionsfreiheit[16] auch die Garantie des koalitionsgemäßen Betätigungsmittels Arbeitskampf abgeleitet.[17] Es handelt sich hierbei um eine Einrichtungsgarantie.[18] Mangels einfachgesetzlicher Regelung des Arbeitskampfrechts besteht in diesem Bereich eine enge Verzahnung mit verfassungsrechtlichen Fragestellungen.[19] Auf diese soll nur insoweit eingegangen werden, als dies für die spätere Untersuchung und Bewertung der neuen Arbeitskampfmittel Bedeutung erlangt.

Geschuldet der Tatsache, dass die Betätigungsfreiheit nicht ausdrücklich erwähnt wird, gestaltet es sich indes schwierig, ihren Umfang zu bestimmen.[20] Die von der Rechtsprechung entwickelten Leitlinien orientieren sich maßgeblich an dem Zweck der in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten kollektiven Koalitionsfreiheit. Dieser besteht darin, den Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Freiheit zu geben, kollektiv ihre Interessen zu vertreten und somit selbstverantwortlich und insbesondere auch frei von staatlichem Einfluss die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu ordnen.[21] Somit verfolgt Art. 9 Abs. 3 GG einen freiheitlich-privatautonomen Ansatz.[22] Damit das Tarifvertragssystem unter diesen Prämissen funktionieren kann, muss aber das typischerweise zwischen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gegebene Machtgefälle ausgeglichen werden; dem soll die Freiheit zur kollektiven Interessenvertretung Rechnung tragen.[23] Diese „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“[24], die idealerweise in dem Abschluss eines Tarifvertrags mündet, beschreibt sodann die Tarifautonomie, die als Koalitionszweck vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst ist.[25] Um aber über ein „kollektives Betteln“[26] hinaus auch tatsächlich eine ausgeglichene Verhandlungsbasis zu erreichen, ist der Arbeitskampf ebenfalls als Teil der Betätigungsgarantie garantiert.[27] Diesbezüglich spielt der Grundsatz der Arbeitskampfparität eine entscheidende Rolle, weil dieser gerade dazu beiträgt, dass die im Sinne der Tarifautonomie wesentliche Verhandlungsparität erhalten wird.[28] Aus diesem verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt werden zudem die wesentlichen Grundsätze des Arbeitskampfrechts hergeleitet.[29] Dabei erscheint die Festlegung abschließend definierter Regeln wegen ihrer Einzelfallabhängigkeit im Arbeitskampfrecht nicht sinnvoll.[30] Von grundlegender Bedeutung für die Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen ist jedenfalls ihr Bezug zur Tarifautonomie, weshalb insbesondere die Arbeitskampfparität und das Übermaßverbot wesentliche Grundpfeiler eines rechtmäßigen Arbeitskampfgeschehens sind.[31]

11 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173; zustimmend *Rheder/Deinert/Callsen*, Atypische Arbeitskampfformen der Arbeitnehmerseite, AuR 2012, 103 (108); vgl. auch *Reichold*, ArbeitsR (Fn. 9), § 13 Rn. 307.

12 Vom BAG seit 1971 als „gesetzesvertretendes Richterrecht“ bezeichnet: BAG (GS) AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43; gebilligt, auch unter Aspekten der Wesentlichkeitstheorie vom BVerfG, BVerfGE 84, 212 (225 ff.); 88, 103 (115 f.); 92, 365 (393 ff.); kritisch aus verfassungsrechtlicher Sicht *Scholz*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 75. Aufl. 2015, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 312 m.w.N.

13 Zum Prinzip der Kampfparität vertiefend unter III.; weitere Grundsätze sind z.B. der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der staatlichen Neutralität, *Hergenröder*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht-Kommentar, 6. Aufl. 2014, GG Art. 9 Rn. 86.

14 *Hergenröder*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 13), GG Art. 9 Rn. 86.

15 Ein Absatz 4 des Art. 9 GG war zwar im Gespräch, es wurde sich allerdings aufgrund der zu großen Kasuistik dagegen entschieden, *Rüthers*, in: Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, § 4 Rn. 80 bzw. wegen der Unerwünschtheit, *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 17 Rn. 3.

16 Als sog. Doppelgrundrecht schützt Art. 9 Abs. 3 GG neben der individuellen auch die kollektive Koalitionsfreiheit, zur Vertiefung s. *Kloepfer*, Verfassungsrecht Bd. II, Grundrechte, 2012, § 64 Rn. 46; *Linsenmaier*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, GG Art. 9 Rn. 39 m.w.N.

17 BVerfGE 84, 212 (212 – Leitsatz).

18 *Rüthers*, in: Brox/ders., ArbeitskampfR (Fn. 15), § 4 Rn. 82 ff.

19 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2016, § 2 Rn. 27.

20 *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, 2006, § 4 Rn. 2; zur Kritik an der Annahme, der Vereinigungszweck sei in den Schutzbereich aufgenommen worden *Ipsen*, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2015, Rn. 701.

21 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives Arbeitsrecht (Fn. 19), § 2 Rn. 27; *Preis*, Arbeitsrecht, § 82 II.

22 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 19), § 2 Rn. 29.

23 *Kissel*, ArbeitskampfR (Rn. 15), § 8 Rn. 13.

24 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 19), § 2 Rn. 30; *Scholz*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, 3. Aufl. 2010, § 175 Rn. 42.

25 *Kissel*, ArbeitskampfR (Rn. 15), § 8 Rn. 12; *Rolfs*, Arbeitsrecht, GG Art. 9 Rn. 35.

26 BAG AP zu Art. 9 Arbeitskampf Nr. 84 II. 1. a).

27 BVerfGE 84, 212 (225); BVerfGE 92, 365 (393 f.); *Hergenröder, in:* Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 13), GG Art. 9 Rn. 76; zum *ultima-ratio*-Prinzip siehe *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 30 Rn. 1 ff.

28 BVerfGE, 84, 212 (229); 92, 365 (395).

29 *Rüthers*, in: Brox/ders., ArbeitskampfR (Fn. 15), § 8 Rn. 130.

30 Hier ist vieles umstritten. Während diese Arbeit sich dem Grundsatz der Arbeitskampfparität und dessen Schnittstellen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widmet, ermöglicht *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), 6. Abschnitt, eine vertiefende Auseinandersetzung.

31 *Reichold*, ArbeitsR (Fn. 9), § 13 Rn. 4.

## III. Grundsatz der Arbeitskampfparität

### 1. Begriff der Arbeitskampfparität

Arbeitskampfparität[32] bezeichnet das annähernde Gleichgewicht, welches zwischen Tarifvertragsparteien bei Einleitung, Durchführung und Beendigung eines Arbeitskampfes vorherrschen soll.[33] Das Gebot der annähernd gleichen Machtverhältnisse soll verhindern, dass eine Seite der anderen ihren Willen aufzwingen kann. Denn damit wäre ein Interessenausgleich von vornherein unrealistisch.[34] Der Tarifvertrag rechtfertigt die Vermutung seiner Angemessenheit deswegen nur insoweit, als die sozialen Gegenspieler annähernd gleiche Verhandlungschancen hatten.[35] Die Kampfparität konstituiert somit eine wesentliche Grundmaxime für das Funktionieren der Tarifautonomie. Weiterhin rechtfertigt sie aber auch den Ausschluss des Staates aus dem Bereich der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, also dessen Verpflichtung zur Neutralität.[36] Unter einer aktiven Neutralität versteht man die Regelungsbefugnis oder gar Regelungsverpflichtung des Staates, welche dann geboten sein kann, wenn die Parität nicht mehr vorhanden ist und sich auch nicht von selbst wieder einstellt.[37] Korrigierende Eingriffe dürfen aber niemals einer Seite willkürlich strategische Vorteile verschaffen.[38]

Unter der Arbeitskampfparität versteht man zum einen die Verhandlungsparität, d.h. die gleichgewichtigen Verhandlungschancen.[39] Zu beachten ist aber auch, dass die Tarifvertragsparteien mit dem Arbeitskampf und der Wahl des Kampfmittels bewusst ihre Verhandlungsstärke heraufsetzen. Nicht weniger bedeutend als die Verhandlungsparität ist also zum anderen die sog. Kampfparität, die das Gleichgewicht der Kampfmittel der Tarifvertragsparteien beschreibt.[40] Denn die rücksichtslose Durchsetzung eigener Interessen mithilfe eines zu starken Kampfmittels würde ebenfalls die Tarifautonomie konterkarieren und damit ihre Funktionsfähigkeit gefährden.

### 2. Bestimmung der Arbeitskampfparität

Der Grundsatz der Arbeitskampfparität ist in Art. 9 Abs. 3 GG nicht ausdrücklich geregelt und dessen Auslegung daher bisweilen uneinheitlich.

Nach dem sog. formellen Paritätsbegriff, der einer Grundsatzentscheidung des Großen Senats entstammt, wird von einer formalen Gleichwertigkeit von Streik und Aussperrung ausgegangen.[41] Für die Beurteilung der Parität wurde hiernach lediglich geprüft, ob den Kampfparteien gleichwertige Kampfmittel zur Verfügung stehen. Das formelle Verständnis schöpfte ihre Legitimation aus dem Grundsatz der Neutralität des Staates und historischen Entwicklungen.[42] Eine augenfällige Schwäche dieser Betrachtungsweise liegt darin, dass die Verhandlungsparität vollständig vernachlässigt wird und damit auch Sinn und Zweck des Paritätsgrundsatzes. Denkt man diesen Ansatz folgerichtig weiter, dann besteht die Möglichkeit, dass trotz formell gleichwertiger Kampfmittel tatsächlich eine Machtdisparität besteht.[43] Er ist somit abzulehnen. Ebenso verfehlt wäre es allerdings, die sog. normative Parität als maßgeblich anzusehen.[44] Denn auch hier wird das tatsächliche Machtverhältnis vernachlässigt, während davon ausgegangen wird, dass die Rechtsordnung ein Gleichgewicht zwischen den Parteien anordnet.[45] Naheliegend ist es daher, auf die tatsächlich feststellbaren Gegebenheiten abzustellen (materielle Parität).[46] Ein Teil der Literatur will dabei alle erkennbaren Faktoren berücksichtigen.[47] Dem hat das BAG richtigerweise eine Absage erteilt[48], da schon die Umsetzung einer solchen Gesamtbewertung mangels Ermittlungs- und Vergleichbarkeit aller Faktoren unrealistisch ist.[49] Für die Bestimmung der Parität kommt es demnach darauf an, ob diese anhand einer abstrakt typisierenden oder konkret einzelfallabhängigen Betrachtungsweise zu beurteilen ist. Obwohl der Gedanke der konkreten Parität durchaus den Vorteil hat, dass er die realen Umstände in den Mittelpunkt der rechtlichen Bewertung rückt, ist doch die Wahrung einer klaren Rechtsordnung in einem so grundsätzlichen Ausgangspunkt der rechtlichen Betrachtung gewichtiger. So geht das BAG davon aus, dass „situationsbedingte Vorteile, die sich im konkreten Arbeitskampf sehr stark auswirken mögen“ im Rahmen einer typisierenden Betrachtungsweise keine Berücksichtigung erfahren können.[50] Dieser Meinung hat sich auch

32 Im Folgenden auch nur „Parität“ oder „Grundsatz der Parität“.

33 *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 1.

34 Konstitutiv: BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43 III. B. 1.

35 *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 1; sog. „Richtigkeitsgewähr“.

36 *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band II, 5. Aufl. 2010, § 14 Rn. 70.

37 *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 50 f.

38 *Rüthers*, Rechtsprobleme der Aussperrung, 1980, S. 73.

39 *Preis*, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht, 3. Aufl. 2012, § 111 I. 1.

40 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 111 I. 1.

41 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 1; vertiefend dazu *Heenen*, Arbeitskampf und bilaterales Monopol, 1988, S. 36 m.w.N.

42 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 111 I. 2. a); nach diesem Verständnis erfolgt die Herleitung des Paritätsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG.

43 *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 9; *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 111 I. 2. a).

44 Vgl. dazu *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 8; *Otto*, ArbeitskampfR (Rn. 20), § 2 Rn. 62.

45 So aber *Fischinger*, Zur Begrenzung des Streikrechts durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, RdA 2007, 99 (103); *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 111 I. 2. b); *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 9.

46 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 111 I. 2. c); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Band I, 1997, § 20 IV. 1. a); *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 10.

47 *Däubler*, Die unverhältnismäßige Aussperrung – BAG (GS) AR Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 43, JuS 1972, 642 (645 f.); *Hensche*, Zu Praktikabilität und Nutzen des arbeitskampfrechtlichen Paritätsprinzips, RdA 1996, 293 (297), der das Paritätsprinzip aber lieber ganz abschaffen würde.

48 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 64.

49 *Kissel* (Fn. 15), ArbeitskampfR, § 32 Rn. 12; vertiefend dazu *Heenen* (Fn. 41), S. 37 f.

50 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 62 IV. 2.

das herrschende Schrifttum angeschlossen.[51] Jedoch ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass der abstrakt-materielle Paritätsbegriff nur einen Kompromiss zwischen dem darstellt, was im Idealfall einbezogen werden müsste und dem, was das Gericht tatsächlich leisten kann. Dies ist eines der zentralen Probleme bezüglich der Wahrung der Parität, auf das noch näher einzugehen sein wird.

## IV. Paradigmenwechsel in der Rechtsprechung

Dass im Arbeitskampfrecht vieles höchst umstritten ist, beruht auf mehreren Ursachen: Als Richterrecht lässt es sich aufgrund seiner stetigen Weiterentwicklung und Einzelfallbetrachtung niemals genau vorhersagen. Es ist geprägt von tendenziell wertungsoffenen Grundsätzen.[52] Als historisch gewachsene Materie birgt es hohes Konfliktpotential und wird daher auch mit „Klassenkämpfen" assoziiert.[53] Es stehen sich immer extrem gegensätzliche Interessen gegenüber; darüber hinaus sind auch regelmäßig die Interessen Dritter betroffen – ein Ausgleich könnte schwieriger kaum sein. Nichtsdestoweniger muss auch hier eine Rechtsordnung vorhanden sein. Das BAG hat mit der Entscheidung zum Unterstützungsarbeitskampf einen Meilenstein für die Neuordnung des Arbeitskampfgeschehens gesetzt.[54] Deutlich sichtbar wurden die Folgen allerdings erst im *Flashmob*-Urteil: Ob dabei Überlegungen der Arbeitskampfparität obsolet geworden sind, soll im Folgenden untersucht werden.

### 1. Unterstützungsstreik – „grundsätzlich zulässig"

#### a) Begriffsklärung

Unter einem Unterstützungsstreik versteht man die Unterstützung eines „Hauptstreiks" bzw. eines anderweitig geführten Arbeitskampfes.[55] Wesentliches Element ist das Auseinanderfallen von Kampfgegner und Forderungsadressaten.[56] Problematisch ist, dass der Bestreikte nicht die Möglichkeit hat, durch Nachgeben auf einen Tarifabschluss hinzuwirken.[57]

#### b) Neuerungen in der Rechtsprechung

Das BAG hat früher vertreten, dass der Unterstützungsarbeitskampf mangels eines eigenen tariflich regelbaren Ziels und damit Erfüllbarkeit durch den bestreikten Arbeitgeber generell unzulässig sei.[58] Eine hiervon abweichende Bewertung sei nur in Ausnahmefällen geboten, wenn sich dies zum Ausgleich einer gestörten Parität als erforderlich herausstelle. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis hat das BAG in seiner Entscheidung vom 19.06.2007 umgekehrt, indem es die freie Wahl der Kampfmittel stärker betont und maßgeblich auf das Ziel des Arbeitskampfes abgestellt hat.[59] Entgegen der bisherigen Rechtsprechung unterfielen nunmehr alle friedlichen koalitionsspezifischen Maßnahmen dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Zentraler Rechtmäßigkeitsmaßstab für Kampfmittel sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dessen Bezugspunkt das rechtmäßige Kampfziel darstelle. Weiterhin hat das BAG seine richterliche Kontrolle insofern reduziert, als es der Gewerkschaft Einschätzungsprärogativen hinsichtlich der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Kampfmittels eingeräumt hat.[60] Die Angemessenheit wird jedoch weiterhin vollständig überprüft. Im Unterschied zur früheren Rechtsprechung wird zudem die normative Aussagekraft des Paritätsprinzips kritisch beäugt: Hat das BAG 1984 noch vertreten, die Verhandlungsparität sei der „oberste Grundsatz des Arbeitskampfrechts, an dem alle weiteren Grundsätze zu messen" [61] wären, stellt es heute fest, dass die Parität die äußerste Grenze der richterlichen Ausgestaltung sei. Gleichwohl sind auch Gemeinsamkeiten mit der bisherigen Rechtsprechung festzustellen: Sowohl die entscheidende Rolle der Verhältnismäßigkeitsprüfung[62] als auch der Inhalt der Voraussetzungen eines rechtmäßigen Unterstützungsstreiks wurden beibehalten.[63]

### 2. Flashmob – „nicht generell rechtswidrig"

#### a) Begriffsklärung

*Flashmobs* sind kurze, scheinbar spontane Aktionen, zu denen sich in der Regel einander unbekannte Menschen auf öffentlichen oder halböffentlichen Plätzen per Internet oder SMS verabreden.[64] Im Arbeitskampfrecht ist

51 *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 18; *Rüthers*, in: Brox/ders., ArbeitskampfR (Fn. 15), § 4 Rn. 168; *Otto*, ArbeitskampfR (Fn. 20), § 2 Rn. 72; *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 111 I. 2. c); *Rüthers* (Fn. 38), S. 76; *Gamillscheg*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 46), § 20 IV. 2. c) m.w.N.

52 *Hergenröder*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 13), GG Art. 9 Rn. 86.

53 So zum Beispiel anklingend bei *Säcker* (Fn. 4), NJW 2010, 1115 (1118); außerdem ist der Übergang von politischen zu rechtlichen Entscheidungen fließend, weswegen sich das BAG auch mit dem Vorwurf der politischen Entscheidungsfindung konfrontiert sieht, siehe nur *Rieble*, Das neue Arbeitskampfrecht des BAG, BB 2008, 1506 (1506) m.w.N.

54 Die Tendenzen in der Rechtsprechung haben sich jedoch zuvor schon verschoben, dazu im kritischen Überblick *v. Steinau-Steinrück/Brugger*, Arbeitskampf quo vadis?, NZA-Beil. 2010, 127 (127).

55 *Otto*, ArbeitskampfR (Fn. 20), § 10 Rn. 33; *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 19), Rn. 82; *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 113 I. 4.

56 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 19), § 10 Rn. 82.

57 *Otto*, ArbeitskampfR (Fn. 20), § 10 Rn. 39.

58 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 85; bestätigt durch BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 90.

59 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173.

60 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 114 III.

61 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 81, II. 2. d).

62 Grundlegend: BAG (GS) AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 43, III A.

63 Vgl. *Kleist*, Hat der Grundsatz der Kampfparität noch Bestand?, S. 175 f.; Näheres dazu unten im besonderen Teil.

64 *Krieger/Günther*, Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt!?, NZA 2010, 20 (20); *Decruppe*, Aufrufe zu „Flashmob"-Aktionen als ergänzendes Arbeitskampfmittel zu einem laufenden Streik, jurisPR-ArbR 1/2009 Anm.1, A.

hierunter eine streikbegleitende Maßnahme zu verstehen, mit der eine Gewerkschaft in einem öffentlich zugänglichen Betrieb kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen will, um zur Durchsetzung tariflicher Ziele Druck auf die Arbeitgeberseite auszuüben.[65] Problematisch an diesem neuen Kampfmittel ist, dass es sich um einen aktiven Eingriff handelt, der unter Einbeziehung betriebsfremder Dritter ausgetragen wird.

### b) Fortsetzung der Kampfmittelfreiheit

In dem *Flashmob*-Urteil vom 22.09.2009 hat das BAG nahtlos an seine im Unterstützungsstreik festgelegte dogmatische Ausrichtung des Arbeitskampfes angeknüpft und entschieden, dass streikbegleitende *Flashmob*-Aktionen nicht generell rechtswidrig sind.[66] Als koalitionsspezifische Maßnahmen unterfielen sie dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, von dem nicht nur „überkommene Kampfmittel" geschützt würden, sondern auch die Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich wandelnden Umstände anzupassen. Ein *Flashmob* sei aber nicht alleine deswegen schon rechtmäßig. Maßgeblich sei wiederum die Verhältnismäßigkeit.

## V. Allgemeiner Teil – Wahrung der Parität in der neuen Dogmatik

Die neue Rechtsprechung des BAG wird – mit im Einzelnen voneinander abweichenden Begründungen – in der Literatur mehrheitlich schon im dogmatischen Ausgangspunkt abgelehnt.[67]

### 1. Kampfmittelfreiheit und Verhältnismäßigkeit

Die Konzeption einer generellen Kampfmittelfreiheit führe zu einer Überdehnung des Schutzbereichs.[68] Mehrheitlich wird vertreten, es müsse eine abstrakte Prüfung der Erforderlichkeit des Kampfmittels zur Herstellung von Verhandlungsparität und damit zur Sicherung der Tarifautonomie vorgenommen werden.[69] Die neuerdings postulierte Kampfmittelfreiheit unterlaufe den Charakter von Kampfmaßnahmen als Hilfsmittel zur Funktion der Tarifautonomie.[70] Vielmehr bestehe die Freiheit der Kampfmittelwahl nur im Rahmen der Rechtsordnung und könne nicht als Begründung der Zulässigkeit atypischer Kampfmittel angeführt werden.[71] Hier müsse vielmehr die zivilrechtliche Ausgestaltung beachtet und die Kampfmittel auf die Zurückbehaltung der vertraglich geschuldeten Leistung beschränkt werden.[72] Bei Zugrundelegung eines weiten Schutzbereichs des Art. 9 Abs. 3 GG habe das BAG mit der grundsätzlichen Zulassung etwaiger Arten von Kampfmitteln zumindest aber seinen verfassungsrechtlichen Auftrag der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts nicht erfüllt.[73] Ein bedeutender Teil der Literatur geht dabei davon aus, dass die Verhältnismäßigkeit als alleiniges Korrektiv keine hinreichende Begrenzung der Zulässigkeit von Arbeitskampfmitteln darstellt.[74] Moniert wird zudem, dass die Substitution aller übrigen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu einer subjektiven, durch Wertungen geprägten Rechtskontrolle führe, was die Rechtssicherheit gefährde.[75] Demgegenüber seien klare, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vorangestellte Kriterien vorzugswürdig.[76]

### 2. Bedeutung für den Grundsatz der Arbeitskampfparität

Vom Standpunkt der Kritiker aus hat der Grundsatz der Arbeitskampfparität schon insofern an Bedeutung

65 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174 (Leitsatz des Gerichts).

66 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174; bestätigt durch BVerfG, NJW 2010, 1874 (1874).

67 *Otto*, Das konturlose Arbeitskampfrecht des BAG – Vom Arbeitskampf als ultima ratio zur nahezu unbeschränkten Kampffreiheit?, RdA 2010, 135 (137 ff.); *Rüthers/Höpfner*, Anmerkung zu BAG Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/09, JZ 2012, 261 (261 ff.); *Wank*, Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 13 ff.; *Franzen*, Die neuere Rechtsprechung des Ersten Senat des BAG zum Arbeitskampfrecht, JbArbR 47 (2010), 119 (119 ff.); *Picker*, Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts – Teil I, ZfA 2010, 499 (499 ff.); wohl auch *Schwarze*, Rechtmäßigkeit eines Unterstützungsstreiks, JA 2008, 651 (653); *Litschen* (Fn. 6), NZA-RR 2015, 57 (63), der Art. 9 Abs. 3 GG als „Supergrundrecht" bezeichnet; *Hohenstatt/Schramm* (Fn. 5), NZA 2007, 1034 (1034 ff.); *v. Steinau-Steinbrück/Brugger* (Fn. 54), NZA-Beil. 2010, 127 (129 f.); *Maaß*, Flashmob im Arbeitskampf – eine Neuordnung des Kräftegleichgewichts?, ArbRAktuell 2009, 151 (151 ff.); a.A. *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (103 ff.).

68 *Willmesen/Mehrens*, Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 13; *Hohenstatt/Schramm* (Fn. 5), NZA 2007, 1034 (1035); *v. Steinau-Steinrück/Brugger* (Fn. 54), NZA-Beil. 2010, 127 (129 f.); *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (536).

69 *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2012, 261 (262); *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (137); *Hohenstatt/Schramm* (Fn. 5), NZA 2007, 1034 (1035); *Wank*, Anm. zu BAG AP (Fn. 67), S. 14 f.; der zumindest die abstrakte Prüfung der Zulässigkeit fordert; so wohl auch *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (552), wenn er eine Vorsortierung der Kampfinstrumente anhand der Paritätswahrung fordert.

70 *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2012, 261 (262); *Hohenstatt/Schramm* (Fn. 5), NZA 2007, 1034 (1035); *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (534).

71 *Franzen* (Fn. 67), JbArbR 47 (2010), 119 (129); *Maaß* (Fn. 67), ArbRAktuell 2009, 151 (152); *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (538 f.) m.w.N.; so schon *v. Hoyningen-Huene*, Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen aktueller Arbeitskampfmittel der Gewerkschaften, JuS 1987, 505 (506); zu Begriff/Hintergründen atypischer Kampfformen s. *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (103 ff.).

72 *Maaß* (Fn. 67), ArbRAktuell 2009, 151 (152).

73 *Otto* (Fn. 20), RdA 2010, 135 (138 f.); *Rieble* (Fn. 53), BB 2008, 1506 (1508).

74 *Otto* (Fn. 20), RdA 2010, 135 (140); *v. Steinau-Steinrück/Brugger* (Fn. 54), NZA-Beil. 2010, 127 (130); *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (530).

75 *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (530); *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (262); *Merlot de Beauregard*, Die Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht in den Jahren 2007-2009, NZA-RR 2010, 453 (455); *Rieble* (Fn. 53), BB 2008, 1506 (1509), der von einer „Ermächtigungsgrundlage für subjektive Billigkeitsurteile" spricht.

76 „Die Verhältnismäßigkeitserwägungen des BAG geben aufgrund ihrer Einzelfallbezogenheit keine Kontur vor", *v. Steinau-Steinbrück/Brugger* (Fn. 54), NZA-Beil. 2012, 127 (132).

verloren, als das BAG sich mangels tariffunktionalistischer Eingrenzung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG oder zumindest tariffunktionsbezogener Ausgestaltung der Betätigungsgarantie nicht mehr der Frage widmet, ob ohne die Zulassung des Arbeitskampfmittels die Kampfparität gefährdet gewesen wäre.[77] Die Aussage des BAG, das Paritätsprinzip sei aufgrund seiner Abstraktionshöhe nur als äußerste Grenze zu verstehen, sowie die Einordnung als äußerste Grenze innerhalb der Angemessenheitsprüfung interpretieren Einige als Entwertung des Grundsatzes für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Kampfmaßnahmen.[78] Nicht nur würde dem systematischen Erfordernis objektiv nachzuweisender paritätischer Verhältnisse der wertungsoffene Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (zumindest) vorangestellt. Zusätzlich würde auch noch den Gewerkschaften die Einschätzung der Kampfparität selbst überlassen und damit der Rechtsordnung entzogen.[79] Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fehle schon der notwendige Bezug zur Funktion des Arbeitskampfes. Beleg hierfür sei auch die bis heute anhaltende Diskussion über den richtigen Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeit.[80]

Tatsächlich wird von anderen die Feststellung des BAG, der Bezugspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips sei das frei wählbare Kampfziel, moniert und darauf verwiesen, dass richtigerweise die Sicherung von Verhandlungsparität das Ziel sei.[81] *Franzen*[82] weist darauf hin, dass dieser neuen Ausrichtung des Arbeitskampfrechts ein ganz bestimmtes Verständnis der Koalitionsfreiheit zugrunde liege, nach welchem sich der Staat aus dem Bereich des Arbeitslebens weitestgehend zurückzieht und im Vertrauen auf die Eigenverantwortlichkeit der Akteure nur noch in gebotenen Einzelfällen rechtlich regulierend eingreife. Dieses System würde tendenziell die Gewerkschaften begünstigen und den Arbeitskampf entgrenzen.

Übereinstimmung besteht also darüber, dass die Arbeitskampfparität in der neuen dogmatischen Konzeption des BAG zugunsten der Kampfmittelfreiheit aufgegeben wurde. Dies habe immense Auswirkungen auf die Praxis, in welcher nun die Gewerkschaften angesichts ihres ausgeweiteten Kampfmittelrepertoires einen klaren Machtvorteil errungen hätten.[83]

## 3. Kritische Würdigung

### a) Vorab: Die tatsächliche Ausgangslage

In Anbetracht dieser scharfen Kritik ist es zweckmäßig, zunächst einen Blick auf den gegenwärtigen Arbeitsmarkt zu werfen.

#### aa) Die „überkommenen" Kampfmittel

Auffällig an der Kritik ist, dass schon aufgrund der Öffnung des Schutzbereichs der Koalitionsfreiheit für atypische Arbeitskampfmittel quasi apriorisch von einer Paritätsverschiebung ausgegangen wird. Dem liegen folgende Überlegungen zugrunde: Im Arbeitskampfrecht wird von einer kategorischen Unterlegenheit der Arbeitnehmerseite ausgegangen, da diese sich typischerweise in der Position des Fordernden befindet[84], während der Arbeitgeber die Herrschaft über das Wirtschaftsgut „Arbeitsplatz" innehat.[85] Diese strukturelle Unterlegenheit erfährt ihre Kompensation regelmäßig durch das Streikrecht; abgefedert werden kann dieses jedenfalls durch die Abwehraussperrung. Dieses selbstregulative System, in dem zwar keine Partei der anderen ihre Interessen, wohl aber den Weg an den Verhandlungstisch aufzwingen kann, wurde in der Vergangenheit als Garant für eine funktionierende Tarifautonomie akzeptiert und hat sich bewährt.[86] Dies lege den Rückschluss nahe, dass die Zulassung neuerer Kampfmittel die Waffengleichheit, die aufgrund der überkommenen Kampfmittel zwischen den Tarifvertragsparteien bestand, einseitig verschiebt und damit die Arbeitskampfparität zerstört.[87]

#### bb) Gründe für die Entwicklung neuerer Kampfmittel

Das Gewicht dieses Einwands wird allerdings dadurch erheblich relativiert, als sich der Arbeitsmarkt seither bedeutend entwickelt hat. Aufgrund der Globalisierung und Internationalisierung der Wirtschaft haben sich insbesondere für die Arbeitgeber ganz neue Möglichkeiten eröffnet. Eine davon ist das systematische *outsourcing*, sodass Produktionen und Dienste problemlos ins Ausland verlagert werden können, was das Streikrisiko bereits erheblich abfedert.[88] Auch Unternehmensstrukturen werden immer undurchsichtiger: Ein Arbeitskampf kann aber nur wirksam sein, wenn er auch den wirtschaftlichen Entscheidungsträger trifft.[89] Zwar kann die Globalisierung auch Nachteile für die Arbeitgeberseite bergen: Aufgrund von *just-in-time*-Produktionen und der

77 *Hohenstatt/Schramm* (Fn. 5), NZA 2007, 1034 (1035 u. 1037); *Wank*, Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174; bereits im Schutzbereich ansetzend *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (261); *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (552).

78 *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2012, 261 (262); *Hohenstatt/Schramm* (Fn. 5), NZA 2007, 1034 (1035); *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (554).

79 *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (554 u. 566).

80 *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (535).

81 So ausdrücklich *Bieder*, Paradigmenwechsel im Arbeitskampfrecht: Neue Bezugspunkte für die Verhältnismäßigkeitskontrolle von Sympathiestreiks, NZA 2008, 799 (800).

82 *Franzen* (Fn. 67), JbArbR 47 (2010), 119 (127).

83 *Merlot de Beauregard* (Fn. 75), NZA-RR 2010, 453 (456); *Rein/Wilcke*, Folgefragen der „neuen Beweglichkeit" im Arbeitsrecht, NZA 2009, 1127 (1128); *Picker* (Fn. 67), ZfA 2010, 499 (569).

84 *Däubler*, Arbeitskampfrecht, 3. Aufl. 2011, § 17 Rn. 3.

85 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 109 I.

86 Vgl. *Kissel* (Rn. 15), ArbeitskampfR, § 32 Rn. 53; bezogen auf „das geltende System, also auch die Anerkennung der Aussperrung mit ihren Grenzen" *Gamillscheg* (Fn. 46), § 20 IV. 2. c); krit. *Eckhard/Kreßel*, Neutralität des Staates im Arbeitskampf – Zur Entscheidung des BVerfG vom 04.07.1995, NZA 1995, 1121 (1123).

87 *Melot de Beauregard* (Fn. 75), NZA-RR 2010, 453 (456).

88 *Däubler*, ArbeitskampfR (Fn. 84), § 17 Rn. 4; *Weber*, Die Verhältnismäßigkeit der Arbeitskämpfe von Spartengewerkschaften, 2009, S. 77.

89 *Schmitz-Scholemann*, Vom Flashmob zum Pfandbon – Glanz und Elend im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2012, 1001 (1004).

wachsenden Vernetzung von Produktionsprozessen kann der Streik im Gegenteil auch eine viel höhere Durchschlagskraft erzielen. Gleichwohl sind dies aber bewusst verursachte Maßnahmen der Arbeitgeber, die nicht zum Nachteil der Arbeitnehmer angeführt werden können.[90] Zum anderen beseitigt dies auch nicht die Tatsache, dass der herkömmliche Erzwingungsstreik mit dem weiterentwickelten Wirtschaftssystem in Teilen schlicht nicht mehr kongruent ist. Zudem ist der Anteil an Leiharbeitnehmern und geringfügig Beschäftigten extrem gestiegen.[91] Den Gewerkschaften fällt es angesichts der zugespitzten Lage auf dem Arbeitsmarkt zunehmend schwer, die Arbeitnehmer für den Streik zu gewinnen.[92] Hinzu kommt, dass gerade im Dienstleistungssektor oftmals kleinbetriebliche Strukturierungen vorherrschen: Ein Arbeitskampf kann aber nur wirksam sein, wenn Druck aufgebaut wird – in manchen Branchen ist dies schon aufgrund nur kleiner Einheiten nicht realisierbar.[93]

Diese neuen Gegebenheiten haben zu einem Ausbau der Machtposition der Arbeitgeberseite beigetragen[94], welcher nicht nur das Druckmittel der Arbeitgeberseite erhöht[95], sondern im selben Atemzug das Druckpotential eines herkömmlichen Streiks vermindert hat. Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz den Arbeitgebern die Möglichkeit eröffnet wurde, den klassischen Streik in Form der Zurückbehaltung der Arbeitsleistung problemlos mithilfe von Leiharbeitnehmern zu kompensieren.[96] Diese wirtschaftlichen Veränderungen, die zusätzlichen Möglichkeiten und zunehmend komplizierten Unternehmensstrukturen, berühren daher auch den Arbeitskampf und relativieren die Kritik, etwaige Streikprobleme beruhten ausschließlich auf internen Organisationsschwächen der Koalitionen.[97]

#### cc) Interpretation und rechtliche Schlussfolgerungen

Die Vergegenwärtigung dieser Umstände widerlegt die Annahme, vor der Rechtsprechungswende hätten annähernd gleichwertige Verhältnisse im Sinne einer abstrakt-materiellen Parität geherrscht. Festzuhalten ist, dass der Arbeitsmarkt nicht still steht; grundlegende Veränderungen können aber auch vom Arbeitskampfrecht nicht einfach ignoriert werden.[98] Wo den Arbeitgebern mehr Möglichkeiten zur Verfügung stehen, den Arbeitskampf abzufedern, da muss es auch der anderen Seite gestattet sein, ihre Druckmittel anzupassen und ihre Möglichkeiten auszuschöpfen. Es kann daher schon nicht davon ausgegangen werden, dass die Zulassung atypischer Arbeitskampfmittel auf der Gewerkschaftsseite *per se* zu einer Übermacht geführt hat; diese werden meistens vielmehr Ausdruck verlorener Kampfkraft sein.[99] Im Hinblick auf die Wahrung der Parität sind dies gewichtige Gründe dafür, die Kampfmittelfreiheit weit zu verstehen.[100]

### b) Die Wahrung des Paritätsprinzips in der neuen Konzeption

#### aa) Die Kampfmittelfreiheit

Nur dieses Ergebnis liegt auch auf einer Linie mit der Abwendung von der Kernbereichslehre durch das Bundesverfassungsgericht. In seiner früheren Rechtsprechung ging es nämlich noch davon aus, dass die Schrankenziehung der Koalitionsbetätigungsfreiheit dort beginne, wo eine gesetzgeberische Ausgestaltung den Kernbereich der Betätigungsfreiheit berühre.[101] Der Kernbereich umfasste diejenigen Tätigkeiten, für die die Koalition gegründet wurde und die für den Erhalt und die Sicherung ihrer Existenz unerlässlich sind. Jetzt kann daher nicht mehr davon ausgegangen werden, dass bereits der Schutzbereich selbst begrenzt ist. Dieser umfasst vielmehr alle koalitionsspezifischen Betätigungen.[102]

Was den Vorwurf der Nichtbeachtung der Ausgestaltungspflicht und der Rechte der Arbeitgeberseite anbelangt, so verfehlt dieser Einwand schon deswegen das in Frage stehende Problem der Wahrung der Parität, weil das vom BAG angewandte Konzept sehr wohl eine Ausgestaltung vorsieht, aber eben erst auf der Ebene der Schranken und in Form der Verhältnismäßigkeitsprüfung.[103] Auf dieser Ebene kann auch den kollidierenden Grundrechtspositionen ausreichend Rechnung getragen werden, wodurch sich der „*prima-facie*-Schutz“ von Kampfmaßnahmen wieder

90 *Weber* (Fn. 88), S. 78; *Kreßel/Eckhard* (Fn. 86), NZA 1995, 1121 (1123).

91 *Däubler* (Fn. 84), ArbeitskampfR (Fn. 84), § 17 Rn. 4.

92 „Mit Sorge um den Arbeitsplatz streikt es sich nicht leicht“, *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (111); hinzuweisen ist auch auf die prekären Beschäftigungsverhältnisse, die Zunahme von sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnissen und Teilzeitarbeitsverhältnissen, vgl. *Decruppe* (Fn. 64), jurisPR-ArbR 1/2009, Anm. 1; *Götz*, Flashmob – eine arbeitskampfrechtliche Bewertung, 2015, S. 63; Vgl. dazu schon *Gamillscheg* (Fn. 46), Kollektives ArbeitsR, § 20 IV. 2. b) (1).

93 *Schmitz-Scholemann* (Fn. 89), NZA 2012, 1001 (1004); *Meyer*, Reflexionen zum Unterstützungsstreik, NZA 2011, 1392 (1396), der darauf hinweist, dass es auch Branchen gibt, in denen die Gewerkschaftsmacht hingegen sehr hoch ist und deshalb eine differenzierte, an den jeweiligen Realitäten des Arbeits- und Wirtschaftslebens orientierte Lösung fordert.

94 Vgl. *Kleist* (Fn. 63), S. 95.

95 *Weber* (Fn. 88), S. 77.

96 *Decruppe* (Fn. 64), jurisPR-ArbR 1/2009, Anm. 1; zust. *Götz* (Fn. 92), S. 63.

97 Vgl. *Götz* (Fn. 92), S. 63; so aber: *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (263); *Säcker* (Fn. 4), NJW 2010, 1115 (1116).

98 Schon *Kissel* (Fn. 15), ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 75; *Meyer* (Fn. 93), NZA 2011, 1392 (1393).

99 *Decruppe* (Fn. 64), jurisPR-ArbR 1/2009, Anm. 1; *Rehder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (119).

100 Dies andeutend *Schmitz-Scholemann* (Fn. 89), NZA 2012, 1001 (1004); was aber nicht gleichzusetzen ist mit der Rechtmäßigkeit jedweder neuerer Kampfmittel, dazu sogleich.

101 BVerfGE 50, 290 (368 f.); *Hergenröder*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 13), GG Art. 9 Rn. 83.

102 BVerfGE 93, 352 (359).; zust. *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (110); *Kleist* (Fn. 63), S. 95 ff.; *Krause*, Der Flashmob-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – Einladung zur Entgrenzung, in: Riebel/Junker/Gießen (Fn. 3), ZAAR Bd. 37, 2014, 45 (66); bestätigt durch BVerfG, NJW 2014, 1874 (1874).

103 Vgl. *Krause*, in: Riebel/Junker/Gießen (Fn. 102), ZAAR Bd. 37, 2014, 45 (68).

relativiert.[104] Als wenig tragfähig erweist sich bei näherer Betrachtung auch der Einwand, die neue Konzeption gefährde die Objektivität der Entscheidung und die Rechtssicherheit. Es liegt in der Natur des Richterrechts, immer nur dann in Bewegung zu geraten, wenn Fälle zu Gericht getragen werden.[105] Dies in Verbindung mit der Betonung der autonomen Elemente des Art. 9 Abs. 3 GG[106] erlaubt zwar keine eindeutigen Lösungsansätze für alle möglichen Einzelprobleme des Arbeitskampfrechts; jedoch bietet es den entscheidenden Vorteil, dass sich das Recht den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen anpassen kann und dort deeskalierend eingreift, wo das Autonomiekonzept an seine Grenzen stößt.[107] Den Stimmen im Schrifttum, die die Einschätzungsprärogative in Bezug auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit des Kampfmittels für verfehlt halten, ist entgegenzusetzen, dass ein solches Vorgehen die Arbeitskampfmaßnahme wie einen staatlichen Grundrechtseingriff behandeln würde. Sie blenden dann aber aus, dass die Arbeitskampfmaßnahme selbst eine Grundrechtausübung darstellt.[108] Daher ist der Präsidentin des BAG zuzustimmen, wenn sie in einem Interview feststellt, dass es nicht mit der Verfassung vereinbar wäre, bezüglich neuer Kampfformen schon „grundsätzlich ‚geht gar nicht' zu sagen".[109] Vielmehr muss den Tarifvertragsparteien der Freiraum gegeben werden, um sich den wandelnden Umständen anzupassen; man darf sie nicht in ein vertragsrechtliches oder rechtspolitisches Korsett schnüren.[110]

#### bb) Abstraktionshöhe des Paritätsprinzips

Neuerdings führt das BAG zum Paritätsgrundsatz aus, dass dessen Handhabung aufgrund der mannigfaltigen und nur schwer zu wertenden Einflussfaktoren auf die Kampfstärke für die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts durch die Gerichte an seine Grenzen stoße. Als Begründung verweist es auf die Abstraktionshöhe des Paritätsprinzips. Daraus schlussfolgert es, dass die Kampfparität zwar nicht als Maßstab zur Bewertung einzelner Kampfsituationen geeignet sei, jedoch zumindest als zu wahrende Grenze fungiere.[111] Dies wird oftmals als Abkehr vom Paritätsprinzip gedeutet. Die Ableitung der genauen Kampfstärke ist indessen, gerade wenn man die rasanten ökonomischen Entwicklungen im Hinterkopf behält, ohne den Rückgriff auf das Konzept der Gesamtparität – und selbst dann – nur schwer realisierbar.[112] Die Frage, ob in einer konkreten Kampfsituation eine Disparität besteht, ist indessen auch ohne Rückgriff auf alle Umstände möglich, da die zu wahrende Grenze hier negativ bestimmt werden kann. Dies ermöglicht es dem Gericht, abstrakt-typisierende Fallgruppen zu entwickeln, welche die Bewertung der jeweiligen Kampfmittel im Hinblick auf die Wahrung der Kampfparität konkretisieren. Somit verwundert es, wenn von den Kritikern hervorgebracht wird, eine strenge Erforderlichkeitsprüfung würde die Gerichtsentscheidung objektivieren.[113] Es geht eben auch bei der Parität nicht nur um Tatsachenfragen, sondern vielmehr um die Wertung von verschiedenen Tatsachen im Verhältnis zueinander.[114]

#### cc) Verhältnismäßigkeit und Paritätsprinzip

Es kommt nach alledem für die Wahrung der Parität maßgeblich darauf an, ob diese ihre Grenzfunktion für die weite Kampfmittelfreiheit als Teilaspekt der Verhältnismäßigkeitsprüfung effektiv entfalten kann.

Obgleich eine vertiefende Auseinandersetzung im Rahmen dieser Arbeit nicht vorgenommen werden kann, ist darauf hinzuweisen, dass bereits die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Schranke im Arbeitskampfrecht an sich auf Ablehnung in der Literatur gestoßen ist.[115] Entscheidender Gesichtspunkt für die Überprüfung von Arbeitskampfmaßnahmen anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist, dass trotz der schrankenlosen Gewährleistung des Art. 9 Abs. 3 GG es Ausfluss der Verfassung ist, Interessenkollisionen mithilfe der praktischen Konkordanz aufzulösen; gerade beim Arbeitskampf wird regelmäßig in fremde Rechtspositionen mit Verfassungsrang eingegriffen[116], weswegen der Gedanke des Übermaßverbotes hier ebenfalls greift.[117]

Zentrale Bedeutung kommt der Frage zu, ob der Paritätsgrundsatz entgegen der neueren Rechtsprechung als Bezugspunkt der Verhältnismäßigkeitsprüfung eingeordnet werden muss.[118] Die Verfechter dieser Annahme erkennen die zentrale Verflechtung, die zwischen dem

104 *Krause*, in: Riebel/Junker/Gießen (Fn. 102), ZAAR Bd. 37, 2014, 45 (68); ob dies in der neuen Rechtsprechung auch wirklich der Fall ist, wird noch zu zeigen sein.

105 *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (107).

106 Dazu *Krause*, in: Riebel/Junker/Gießen (Fn. 102), ZAAR Bd. 37, 2014, 45 (66).

107 Hierzu im Kontext der Abwehraussperrung *Coester*, Verfassungsrechtliche Gewährleistung der Aussperrung, Jura 1992, 84 (88 f.).

108 *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (109).

109 *Ingrid Schmidt*, Präsidentin des BAG in einem Interview mit der SZ: http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/arbeitsgericht-praesidentin-warum-werden-klorollen-mitgenommen-1.53934 (Abruf v. 12.03.2016).

110 *Linsenmaier*, in: ErfK (Fn. 16), GG Art. 9 Rn. 271; *Däubler*, ArbeitskampfR (Fn. 84), § 17 Rn. 3; *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11) weisen zudem überzeugend darauf hin, dass ein wesentlicher Unterschied des Tarifvertrags zum Austauschvertrag darin bestehe, dass beim ersteren ein Interessenausgleich erst durch Schadensandrohung erreicht werde, AuR 2012, 103 (110).

111 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 40.

112 So schon *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 75.

113 Dies gilt insbesondere zumal schon immer Uneinigkeit darüber besteht, welche Faktoren in die abstrakt-materielle Prüfung einbezogen werden, vgl. dazu *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 46; vertiefend und anratend, für eine Entpolitisierung und Versachlichung der Arbeitskampfdogmatik das Paritätsprinzip vollständig aufzugeben *Hensche* (Fn. 47), RdA 1996, 293 (306); in diesem Sinne auch *Rieble* (Fn. 53), BB 2008, 1506 (1509).

114 A.A. *Picker* (Fn. 67), ZfA 2012, 499 (554), wenn er sagt, das BAG vermenge Sein und Sollen.

115 Eine umfassende Darstellung der Thematik findet sich bei *Kreuz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht, 1988, S. 1 ff.

116 Zu nennen sind insbesondere Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG (Unternehmensfreiheit) und Art. 9 Abs. 3 GG in Bezug auf den sozialen Gegenspieler.

117 *Fischinger* (Fn. 45), RdA 2007, 99 (100).

118 So *Bieder* (Fn. 81), NZA 2008, 799 (800); *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 13 (16) m.w.N.

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Parität besteht.[119] Denn ein Arbeitskampfmittel, das die Parität beeinträchtigt, kann nicht verhältnismäßig sein.[120] Es wird jedoch nicht deutlich, aus welchen Gründen die Parität gerade den Bezugspunkt darstellen soll. So wird eingewandt, dass die Parität gegenüber dem subjektiv bestimmbaren Kampfziel vorzugswürdig sei; ansonsten könne auch ein Vernichtungskampf als Ziel gewählt werden.[121] Dem ist entgegenzuhalten, dass auch nach der neuen Rechtsprechung nur die Erreichung zulässiger tariflicher Regelungen ein legitimes Ziel darstellt.[122] Lägen die Dinge hier anders, wäre die Bedeutung des Arbeitskampfes als Hilfsinstrument der Tarifautonomie tatsächlich gefährdet.[123] Indes erweckt die Parität als Bezugspunkt insofern Bedenken, als ein Arbeitskampf oftmals Ausdruck einer „Pattsituation" sein wird, also eines Zustandes, in dem die Tarifparteien auf Augenhöhe stehen und die Verhandlungen deswegen nicht weitergehen.[124] Um ihre Forderungen durchzusetzen, muss die eine Seite zumindest „ein bisschen" stärker sein. Näherliegend ist es daher, dass das Kampfziel in der Durchsetzung tariflich regelbarer Forderungen liegt.[125] Neben den genannten Argumenten spricht gegen die Einordnung als Bezugspunkt insbesondere, dass die Parität vielmehr die Verhältnismäßigkeitsprüfung konkretisiert.[126] In Übereinstimmung mit den Kritikern ist nämlich nicht von der Hand zu weisen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Eigenarten des Arbeitskampfes abgestimmt werden muss. Gerade weil der Arbeitskampf auf die Beeinträchtigung der Rechtsgüter und Interessen des Kontrahenten angewiesen ist, muss es hierfür eine messbare Rechtmäßigkeitsgrenze geben.[127] Richtigerweise kommt an dieser Stelle der Gedanke der funktionsspezifischen Eingrenzung des Arbeitskampfes zum Tragen: Die Tarifautonomie ist nicht funktionsfähig, wenn eine Seite so mächtig ist, dass sie ihre Interessen einfach durchsetzen kann. Ein dies erreichendes Kampfmittel greift schon deswegen zu stark in die Rechtsgüter der Gegenseite ein.[128] Das Paritätsprinzip ist damit nach der hier vertretenen Ansicht dogmatisch als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips einzuordnen.[129] Damit können die Bedenken der Gegenansicht, die Parität würde vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz substituiert werden, entkräftet werden. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass die Parität nicht das Ziel, sondern die Voraussetzung des Arbeitskampfes ist; sie ist negativ zu bestimmen.[130] Statt der vorangestellten Frage nach einem abgeschlossenen Kanon zulässiger Kampfmittel wird eine einheitliche wertende Abwägung unter Einbezug des konkreten Mittels vorgenommen.[131]

### c) Zusammenfassende Bewertung

Unter Berücksichtigung der sich wandelnden Umstände auf dem Arbeitsmarkt eröffnet die klare dogmatische Linie des BAG nunmehr den Gewerkschaften die Möglichkeit, der kollektiven Interessenvertretung effektiv Rechnung zu tragen. Die Rechtsordnung muss spätestens dort ansetzen, wo die Wahrung der Parität nicht mehr gegeben ist. Sie sollte aber auch erst frühestens hier ansetzen: Nur so kann nämlich das Risiko vermieden werden, den Gewerkschaften mangels tatsächlich bestehender Druckmöglichkeiten die kollektive Interessenvertretung bereits „generalpräventiv" abzuschneiden. Dies wäre nicht im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG, der die staatsferne Regelung der Arbeitsverhältnisse als verfassungsrechtliches Leitbild vorgibt. Soweit jedoch nicht die generelle Unzulässigkeit angenommen wird, heißt das im Umkehrschluss nicht, dass das BAG von einer generellen Zulässigkeit ausgeht: Vielmehr muss das Kampfmittel einer Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten, wobei das BAG auch die Interessen der gegnerischen Kampfpartei und den Paritätsgrundsatz berücksichtigen muss. Nur diese Lösung kann also angesichts der das Arbeitskampfgeschehen umgebenden Unwägbarkeiten zu einer interessengerechten Ausgestaltung der Rechtsordnung führen. Bisher ist daher festzuhalten, dass die Arbeitskampfparität dogmatisch noch immer eine entscheidende Rolle in der Rechtsprechung spielt, sie als Ausfluss des Übermaßverbots überzeugend einzuordnen ist und damit als Grenze der Betätigungsfreiheit gewahrt werden kann. Durch die Erweiterung der Kampfmittelfreiheit wurde mithin nicht die funktionale Verknüpfung zwischen Arbeitskampf und Tarifabschluss aufgegeben und es kann nicht pauschal von einem

119 *Kreuz* (Fn. 115), S. 111; a.A. *Kissel*, der die Parität auf die „Kampfmittel institutionell" anwenden möchte und dies konsequent von der am konkreten Einsatz des Mittels vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung trennt, *Kissel*, ArbeitskampfR (Fn. 15), § 32 Rn. 363.

120 Es wird die „Geschäftsgrundlage" beeinträchtigt, *Kreuz* (Fn. 115), S. 111.

121 *Bieder* (Fn. 81), NZA 2008, 799 (801).

122 *Greiner*, Atypische Arbeitskampfmittel und Kampfpluralität – Welche Verteidigungsmittel bleiben?, NJW 2010, 2977 (2979).

123 Vgl. *Kreuz* (Fn. 115), S. 116.

124 *Coester* (Fn. 107), Jura 1992, 84 (88), *Weber* (Fn. 88), S. 25.

125 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 41; *Fischinger* (Fn. 45), RdA 2007, 99 (100); *Weber* (Fn. 88), S. 29 f.; *Wank* (Fn. 67), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 173, IV.; auf die Ansichten, dass der Bezugspunkt die Kampftaktik (*Löwisch*, Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht – Bemerkungen zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21.04.1971, ZfA 1971, 319 (326 ff.)) bzw. die Willensbeeinflussung (*v. Hoyningen-Huene* (Fn. 71), JuS 1987, 505 (507)) sei, kann aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Ersterer ist aber wegen des Missbrauchspotentials und letzterer, weil der Arbeitskampf kein Selbstzweck ist, abzulehnen. Ausführlich *Weber* (Fn. 88), S. 21 f.

126 *Kreuz* (Fn. 115), S. 112 ff.; *Fischinger* (Fn. 45), RdA 2007, 99 (102); *Weber* (Fn. 88), S. 26 f.

127 *Kreuz* (Fn. 115), S. 113; *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 117 IV.

128 *Fischinger* (Fn. 45), RdA 2007, 99 (102).

129 *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (109); *Eckhard/Kreßel* (Fn. 86), NZA 1995, 1121 (1123); was auch schon deswegen deutlich wird, weil die Angemessenheitsprüfung noch einen Schritt weiter geht als der Paritätsgrundsatz, und auch die Interessen Dritter in die Abwägung mit einbezieht, *Weber* (Fn. 88), S. 25.

130 *Fischinger* (Fn. 45), RdA 2007, 99 (102), insb. Fn. 39: „ist nach hier vertretener Ansicht ein Arbeitskampf unverhältnismäßig, wenn er die Parität stört", zust. *Weber* (Fn. 88), S. 26 ff.

131 Dazu, dass auch dies eine mögliche Prüfungsvariante ist, schon *Eckhard/Kreßel* (Fn. 86), NZA 1995, 1121 (1123).

Kampfmittel- und damit Machtüberschuss der Arbeitnehmerseite ausgegangen werden.

## VI. Besonderer Teil – die neueren Kampfmittel

Ob die Zulassung des Unterstützungsstreiks und des *Flashmobs* trotzdem zu einer Verschiebung der abstrakt-materiellen Parität zulasten der Arbeitgeberseite bewirkt hat, ist die Leitfrage des nächsten Abschnitts.

### 1. Der Unterstützungsstreik – paritätsverschiebend?

#### a) Die Grundsätze des BAG

Die Besonderheit an diesem neuen Kampfmittel liegt darin, dass die entschiedene Konstellation wohl auch nach der früheren Rechtsprechung zulässig gewesen wäre.[132] Damals war ein Sympathiearbeitskampf denkbar, wenn der von ihm betroffene Arbeitgeber zuvor seine „Neutralität" verloren hatte, z.B. durch die Übernahme der Produktion, oder wenn trotz rechtlicher Selbstständigkeit eine wirtschaftliche Verflechtung bestand.[133]

Auch jetzt stellt das BAG im Vergleich zum klassischen Erzwingungsstreik strengere Voraussetzungen[134] an die Rechtmäßigkeit. Danach müsse zunächst der Hauptstreik selbst rechtmäßig sein (Akzessorietät). Relevanz käme neben der Nähe oder Ferne zu dem Hauptarbeitskampf auch der Möglichkeit der Druckausübung zu. Bedeutsam seien zudem konzernrechtliche Verbindungen und die Frage, ob ein gewerkschaftseigener oder fremder Hauptstreik unterstützt werde. Der Schwerpunkt des Arbeitskampfes dürfe nicht auf den Unterstützungsstreik verlagert werden. In der entschiedenen Konstellation wurde aufgrund konzernrechtlicher Verbindungen von einer engen wirtschaftlichen Verflechtung ausgegangen. Außerdem waren Dauer und Umfang der Unterstützungsstreiks gering, weswegen er im Ergebnis rechtmäßig war. Materiell-rechtlich hat sich die Beurteilung dieser Streikform also kaum verändert.

#### b) Die Wahrung der Arbeitskampfparität

Gleichwohl wird teilweise eine Paritätsverschiebung zumindest dann angenommen, wenn ein Unterstützungsstreik für eine fremde Gewerkschaft geführt wird. Denn dies könne den Kampf in eine andere Branche tragen.[135] Befürchtet wird zudem, dass der Arbeitgeber wegen der Relativität der Friedenspflicht theoretisch in mehrere Unterstützungsstreiks verwickelt werden könnte und diesen dann schutzlos ausgeliefert wäre.[136] Dagegen spricht aber, dass das BAG ausdrücklich auf die Nähe und Ferne des Arbeitskampfes abgestellt hat. Mit den gegebenen Kriterien kann abgesichert werden, dass nicht irgendein Arbeitgeber irgendwo von irgendwem mit irgendeinem Streik überzogen wird.[137] Auch übersieht die Kritik, dass der Streik immer dem Ziel der Einflussnahme auf den Hauptarbeitskampf dienen muss.[138] Es steht den Tarifvertragsparteien zudem frei, eine absolute Friedenspflicht zu vereinbaren.[139] Andererseits wird auch in der Literatur angemerkt, dass die Zulässigkeit von Unterstützungsstreiks der extensiven Auslagerung von ursprünglich im Unternehmen erledigten Aufgaben und der Aufspaltung von „Einheitsunternehmen" Rechnung trägt.[140] Diese entziehen dem Erzwingungsstreik seinen Boden. Daraus ergibt sich insbesondere, dass der rechtmäßige Unterstützungsstreik lediglich die Situation wiederherstellt, die bei der Konfrontation eines einheitlichen Arbeitgebers bestanden hätte.[141] Daher besteht faktisch eine starke Annäherung an einen klassischen Streik. Eine Paritätsverschiebung kann auch nicht darin gesehen werden, dass durch den Unterstützungsstreik eine mögliche Strategie, arbeitskampfrechtliche Bereiche in Tochtergesellschaften aufzuspalten und damit die gewerkschaftliche Streikkraft zu brechen, konterkariert wird.[142] Dadurch ergeben sich nicht kampfbezogene Nachteile für den Arbeitgeber, sondern lediglich weniger Vorteile dahingehend, die Streikwirkung auszuhebeln. Der Arbeitgeber kann sich dem Unterstützungsstreik insbesondere mit der suspendierenden Abwehraussperrung zur Wehr setzen.[143] Eine Paritätsverschiebung zu Lasten der Arbeitgeberseite kann daher im Hinblick auf einen rechtmäßigen Unterstützungsstreik nicht festgestellt werden.

Indessen zeigen neuere Entwicklungen, dass entgegen anders lautender Befürchtungen[144] nicht jeder Unterstützungsstreik *per se* als rechtmäßig eingestuft wird. In der Entscheidung des ArbG Frankfurt a.M. vom 28.02.2012 entschied das Gericht, dass der Unterstützungsstreik, der das Gewicht eines Hauptstreiks erreicht hatte, unverhältnismäßig und damit rechtswidrig war.[145] Insbesondere konnte hier auch keine Verletzung der Neutralitätspflicht des Außenseiterarbeitgebers oder eine ersichtliche wirtschaftliche Verflochtenheit festgestellt werden.[146] Insgesamt betrachtet ist es bisher auch zu keinem extremen Anstieg von Unterstützungsarbeitskämpfen gekommen.[147]

132 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 19), § 10 Rn. 84.

133 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 85, II. 4.

134 Vgl. *Melot de Beauregard* (Fn. 75), NZA-RR 2013, 617 (619).

135 *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (143).

136 *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (144); a.A. *Hohensatt/Schramm* (Fn. 5), NZA 2007, 1034 (1036).

137 Von einer „immanenten Begrenzung" sprechend *Däubler*, ArbeitskampfR (Fn. 84), § 17 Rn. 21; a.A. *Rieble* (Fn. 53), BB 2008, 1506 (1506).

138 *Linsenmaier*, in: ErfK (Fn. 16), GG Art. 9 Rn. 120.

139 Vgl. *Stamer*, Die Relativität der Friedenspflicht, ArbRAktuell, 2010, 646 (648), der dies als möglichen „Ausweg" sieht.

140 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn 19), § 10 Rn. 84; *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2978).

141 *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2978).

142 *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2979).

143 *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2979).

144 Vgl. insbesondere *Rieble* (Fn. 53), BB 2008, 1506 (1510).

145 ArbG Frankfurt a.M., NZA 2012, 579 (579 f.).

146 ArbG Frankfurt a.M., NZA 2012, 579 (580).

147 Vgl. *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbR (Fn. 19), § 10 Rn. 86.

### c) Abschließende Beurteilung

Den vom BAG aufgestellten Grundsätzen zur Rechtmäßigkeit eines Unterstützungsstreiks ist daher beizupflichten. Ihre Zulassung wirkt nicht gegen, sondern vielmehr für paritätische Verhältnisse im Arbeitskampf.

## 2. Der Flashmob – paritätsverschiebend?

Das Echo auf die *Flashmob*-Entscheidung war trotz des vom Gericht klar herausgestellten Einzelfallcharakters der Entscheidung („nicht generell rechtswidrig") indes wesentlich kritischer. Eine Paritätsverzerrung ergebe sich insbesondere aufgrund von drei vom klassischen Streik abweichenden Wesensmerkmalen: Erstens stellt er statt einer passiven Arbeitsverweigerung einen aktiven Eingriff in den Betrieb dar. Zweitens werden auch betriebsfremde Dritte instrumentalisiert. Drittens handelt es sich um eine nicht mit eigenen wirtschaftlichen Nachteilen verbundene Aktion. Als Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit hat das BAG deswegen herausgestellt, dass die Gewerkschaft als Initiator erkennbar sein und die Kontrolle über die Ausmaße der Aktion haben müsse. Weiterhin käme es vor allem im Hinblick auf den Grundsatz der Parität darauf an, dass der Arbeitgeber wirkungsvolle Abwehrmöglichkeiten habe.

### a) Aktiver Eingriff

In der vom BAG beurteilten *Flashmob*-Aktion forderte *Ver.di* 40-50 Teilnehmer dazu auf, eine Einzelhandelsfiliale zu betreten und dort Pfennigartikel zu kaufen, Einkaufswagen zu füllen, um daraufhin an der Kasse vorzugeben, das Geld vergessen zu haben und vollgefüllte Wagen einfach stehen zu lassen. Die Gewerkschaft wies dabei darauf hin, keine Frischwaren zu verwenden. Die Aktion dauerte 45-60 Minuten. Nicht alle, aber einige Teilnehmer, waren mit Gewerkschaftssymbolen gekennzeichnet. Zu Beginn der Aktion wurde ein Streikaufruf im Betrieb angebracht.

Manche Autoren sehen in diesem Verhalten das Äquivalent zu einer verbotenen Betriebsblockade.[148] Die auch nur zeitweise Versperrung von Kassen und Regalen störe den Betriebsablauf ebenso wie eine Blockade eines Einkaufszentrums.[149] Statt sich auf die den Arbeitskampf kennzeichnende Störung der Vertragsdurchführung zu beschränken, würde der *Flashmob* in seiner eigentlichen Zielsetzung dem Arbeitgeber lediglich Schaden zufügen.[150] Ein *Flashmob* sei die Begehung von Straftaten unter dem Deckmantel der Tarifautonomie, was zu einer erheblichen Schwächung der Arbeitgeberposition führe.[151] Insbesondere würden nunmehr Eingriffe in das Eigentum des Betriebsinhabers und Sachbeschädigungen geduldet.[152] Die Parität wäre danach schon aufgrund der erhöhten Druckentfaltung der aktiven Maßnahme nicht mehr gewahrt.

Unter einer Betriebsblockade versteht man das Verhindern des Hinein- oder Herausgelangens von Menschen oder Sachen in einen oder aus einem Betrieb.[153] Mag man Betriebsblockaden aufgrund des Eingriffs in das absolut geschützte Rechtsgut Eigentum für rechtswidrig halten, so kann in dem vom BAG entschiedenen Fall schon gar nicht von einer vergleichbaren Situation ausgegangen werden. Eine darauf abzielende Argumentation unterläuft die tatsächlichen Umstände des Geschehens: Der *Flashmob* war sowohl zeitlich als auch gegenständlich eng begrenzt.[154] Eine weitere Unstimmigkeit dieser Argumentation liegt darin, dass der *Flashmob* sich gerade durch seine „Blitzartigkeit" auszeichnet; ihm fehlt damit eine dauerhafte Wirkung.[155] Widersprüchlich ist außerdem, dass das Blockieren einen statischen Vorgang darstellt, während der *Flashmob* sich durch die (koordinierte) Bewegung mehrerer Einzelakteure auszeichnet.[156] Alleine der Umstand, dass es sich um eine aktive Form des Arbeitskampfes handelt, kann noch nicht die Annahme einer Eigentumsverletzung und einer Straftatbegehung rechtfertigen. Insbesondere hat die Gewerkschaft darauf hingewiesen, dass während der Aktion Frischwaren nicht genutzt werden sollen. Der Arbeitskampf zielte daher ersichtlich gerade nicht auf etwaige Schädigungen des Betriebs ab.[157] Sollten von einem zukünftigen *Flashmob* jedoch Verletzungen absolut geschützter Rechtgüter umfasst sein, würde dies auch nach der Ansicht des BAG zu einer Unangemessenheit der Maßnahme führen.[158] Eine Besitzstörung muss gerade nicht geduldet werden[159] und ebenso wenig die Begehung von Straftaten.[160] All dies

148 *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (146); *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (261); *Maaß* (Fn. 67), ArbRAktuell 2009, 151 (152); *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21); *Säcker* (Fn. 4), NJW 2010, 1115 (1116); *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 13 (15).

149 *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21); zustimmend *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (261).

150 *Säcker* (Fn. 4), NJW 2010, 1115 (1116); *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21).

151 *Baeck/Winzer/Lutz*, Arbeitskampfstrategien: Flash-Mob-Aktionen, NZG 2008, 939 (939); *Bauer*, Wirksame „Flashmob-Aktion" im Einzelhandel, ArbRAktuell 2014, 233 (233).

152 *Säcker* (Fn. 4), NJW 2010, 1115 (1117).

153 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 113 IV. 3.

154 *Linsenmaier*, in: ErfK (Fn. 16), GG ARt. 9 Rn. 277b; *Fischer*, Das BVerfG als Superrevisionsinstanz der Arbeitsgerichtsbarkeit in Arbeitskampfsachen? – Der Flashmobfall in Karlsruhe, RdA 2011, 50 (52).

155 *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (57).

156 In diesem Sinne wohl auch *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (50), wenn er vom volatilen Schwarmcharakter eines *Flashmobs* spricht.

157 *Götz* (Fn. 92), S. 47.

158 „Regelmäßig unangemessen sind Verletzungen der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Rechte wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum", BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 8.

159 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 57; vgl. auch *Schwarze*, Streikbegleitende „Flashmob-Aktion" im Einzelhandel – Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JA 2010, 468 (470); näher zur Ausübung des Hausrechts unter V. 2. b. cc) (1).

160 Siehe nur BVerfG, NJW 2014, 1874 (1876); *Löwisch*, Besitzschutz gegen Flashmob, NZA 2010, 209 (210).

setzt der Intensität des *Flashmobs* klare Grenzen.[161] Nach alledem kann nicht aufgrund der Intensität auf eine Paritätsverschiebung geschlossen werden.

### b) Einbeziehung Dritter in den Arbeitskampf

Viele gehen davon aus, dass die Einbeziehung betriebsfremder Dritter paritätsverzerrend wirke.[162] Die Gewerkschaft hätte weder die Anzahl noch die Handlungen der Teilnehmer unter Kontrolle, weswegen vor allem auch das Risiko eines Exzesses erheblich heraufgesetzt würde.[163] Im Mittelpunkt der Kritik steht, dass das für klassische Arbeitskampfmittel charakterisierende Merkmal der Selbstschädigung fehle.[164] Eine offensichtliche Disparität ergebe sich daraus nicht nur deswegen, weil der natürliche Regulierungseffekt eines Arbeitskampfmittels fehle; auch eigene wirtschaftliche Opfer würden schlicht umgangen.[165] Ein „paralleler Druck" sei aber essenziell für die Parität.[166] Theoretisch könnte der *Flashmob* sich deswegen „zu einem alltäglichen Phänomen entwickeln".[167] Mit dem Einbezug von Dritten, die in keinem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, habe die Gewerkschaft daher einen Machtvorteil errungen, dem der Arbeitgeber nichts entgegensetzen könne. Dies pervertiere den Arbeitskampf zu einem „risikolosen anonymen Volksfest" für die Teilnehmer und einem „hinterhältigen Partisanenkrieg" für den Arbeitgeber.[168]

Obschon eine gewisse Unübersichtlichkeit eines *Flashmobs* kaum zu widerlegen ist, liegt diesem Ansatz doch die durchaus angreifbare Auffassung zugrunde, dass sich bereits und nur deswegen regelmäßig Exzesse ergeben könnten. Nicht nur lassen sich hierfür keine empirischen Beweise anführen, darüber hinaus ist der Beweggrund für die Teilnahme an dem *Flashmob* lediglich ideeller Natur. Es kann deswegen genauso gut argumentiert werden, dass die Teilnehmer kein zu hohes Risiko eingehen wollen und daher Exzesse tunlichst vermeiden und gegebenenfalls auch unterbinden werden.[169] Darüber hinaus unterläuft die Kritik die Tatsache, dass das BAG herausgestellt hat, dass ein *Flashmob* nur dann angemessen ist, wenn er erkenntlich gewerkschaftlich getragen und verantwortet wird und die Gewerkschaft sowohl Umfang als auch Dauer der Aktion in den Händen hält. Jedenfalls kann aber gedenk der bloßen Möglichkeit des Missbrauchs oder des Exzesses keine Paritätsverschiebung begründet werden.[170] Eine pointierte Differenzierungsmethode haben *Rheder/Deiner/Callsen* ins Feld geführt: Danach darf die Gewerkschaft solche aktiven Mittel nicht einsetzen, bei denen sie schon bei gewöhnlichem Verlauf die Kontrolle verlieren könnte.[171] Dies war aber bei dem organisierten *Flashmob* gerade nicht der Fall: Es kamen nicht unzählige[172] und unberechenbare „Partisanen" in das Einzelhandelsgeschäft, um sich „endlich mal auszutoben". Genau das Gegenteil war der Fall: Es kam eine durch das Ankündigen per SMS in der Teilnehmerzahl beschränkte Gruppe von Menschen in den Betrieb, die sich an die Vorgaben der Gewerkschaft hielt und innerhalb der vorgegebenen Zeit wieder verschwand. Schon im Eigeninteresse, d.h. im Hinblick auf die auch zukünftige Solidarität der Mitglieder und Verhandlungsbereitschaft der Gegenseite, wird die Gewerkschaft unbeherrschbare Kampfmittel wohl auch zukünftig meiden.[173]

Gleichwohl ist es nicht von der Hand zu weisen, dass dem *Flashmob* das elementare Element der Selbstschädigung fehlt. Der Arbeitskampf ist nämlich immer auch ein „Kampf um Kassen".[174] Daraus aber einen Rückschluss auf die Häufigkeit des *Flashmobs* zu ziehen, steht nicht im Einklang der oben begründeten These, dass der Rückgriff auf atypische Kampfformen Ausdruck einer erheblichen Schwächung und Hilfslosigkeit der Gewerkschaften insbesondere im Bereich des Einzelhandels ist.[175] Ausdrücklich wurde dies in der Entscheidung der Vorinstanz angesprochen: Die Parität sei bereits zulasten der beklagten Gewerkschaft verschoben gewesen, da die Wirkungen des Streiks durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern abgebremst wurden und deshalb auch die Öffentlichkeit von dem Streik kaum etwas mitbekam. Schon deswegen sei das Kampfgleichgewicht nicht erkennbar verschoben worden.[176] Obgleich es im Rahmen der Kampfmittelfreiheit nicht darauf ankommen kann, ob ein *Flashmob* erforderlich ist, um

161 So auch *Linsenmaier*, in: ErfK (Fn. 16), GG Art. 9 Rn. 277b; die straf-, delikts- und vertragsrechtlichen Dimensionen eines *Flashmobs* können hier nicht weiter vertieft werden, siehe aber *Bertke*, BVerfG und Flashmob – Rechtsprechung, NJW 2014, 1852 (1852 ff.).

162 *Melot de Beauregard* (Fn. 75), NZA-RR 2010, 453 (456); *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (17); *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21); zum Problem der mitgliedschaftlichen Legitimation, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, vgl. zutreffend *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (56); *Thüsing/Waldhoff*, Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht – Eine verfassungsrechtliche Positionsbestimmung, ZfA 2011, 329 (357 ff.).

163 *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21); *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (18); *Rieble*, Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796 (798 f.).

164 *Maaß* (Fn. 67), ArbRAktuell 2009, 151 (152); *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (262).

165 *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (17).

166 *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (17).

167 *v. Steinau-Steinrück/Brugger* (Fn. 54), NZA-Beil. 2010, 127 (130); so auch *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (17), wenn sie davon sprechen, dass die Gewerkschaften ihre Kampfbasis jetzt unbeschränkt erweitern könnten.

168 *Rüthers*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 26.03.2014, JZ 2014, 738 (738 ff.).

169 *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (56).

170 *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (57); dies ist ohnehin nicht sehr wahrscheinlich, da solche Gesinnungen auch und weniger umständlich mit eigens organisierten Aktionen gestillt werden können, vgl. *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (112).

171 *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 203 (112).

172 Damit könnte zum Beispiel gerechnet werden, wenn ein öffentlicher *Flashmob*-Aufruf über Facebook stattfände, weshalb dies ein rechtswidriges Mittel wäre, *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (112).

173 *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (112).

174 *Reichold*, ArbeitsR (Fn. 9), § 13 Rn. 8.

175 So auch *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (110).

176 LAG Berlin-Brandenburg, NZA-RR 2009, 149 (151).

die Parität herzustellen[177], spricht dies jedenfalls gegen eine Übermacht der Gewerkschaften. Die Grenze der Paritätsverletzung liegt beim Einsatz von sog. „Streikbrechern" durch die Gegenseite zumindest nicht unwesentlich höher. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern, um die wirtschaftlichen Konsequenzen des Streiks abzumildern, wurde vom BAG bereits als Arbeitskampfmaßnahme eingeordnet.[178]

Insgesamt betrachtet verursacht der *Flashmob* hohen Organisations- und Kontrollaufwand. Sollte die Gewerkschaft dem nicht gerecht werden, setzt sie sich womöglich Schadensersatzansprüchen aus. Auch in diesem Risiko kann somit ein Selbstregulierungseffekt liegen. Außerdem ist gerade auch die Abhängigkeit von Dritten kein Garant dafür, immer genügend Teilnehmer zu finden. Sollte man dennoch eine nicht tragbare Häufigkeit solcher Aktionen befürchten, dann müsste man darüber nachdenken, eine Kette von aufeinander folgenden *Flashmob*-Aktionen zu einem rechtlich einheitlich zu beurteilenden streikbegleitenden Kampfmittel zusammenzufassen, sodass die Häufigkeit im Rahmen der Angemessenheitsprüfung Berücksichtigung finden kann. Eine grundsätzliche Paritätsverschiebung und damit Unangemessenheit kann hier indes nicht geschlussfolgert werden. Überzeugend weist das BAG diesbezüglich darauf hin, dass es für die Wahrung der Parität auf die Abwehrmöglichkeiten der Gegenseite ankommt.[179]

### c) Mangelnde Abwehrmittel der Arbeitgeberseite

Die Wahrung der Kampfparität kann daher nur angenommen werden, wenn dem Arbeitgeber praktikable Abwehrmittel zur Verfügung stehen.

#### aa) Hausverbot

Die Ausübung des Hausverbots leide unter der praktischen Schwierigkeit, dass sich die Teilnehmer des *Flashmobs* als anonyme Dritte nicht oder nicht rechtzeitig identifizieren ließen.[180] Eine Abwehr des *Flashmobs* anhand der Ausübung des Hausrechts liefe darauf hinaus, dass der Schaden bei realistischer Ausübungsmöglichkeit bereits entstanden sei.[181] Kaum hinnehmbar sei auch, dass der Betriebsinhaber versehentlich einen wahren Kunden wegschicken und damit womöglich auf ewig verprellen könnte.[182] Darüber hinaus käme polizeiliche Hilfe zur Durchsetzung des Hausrechts regelmäßig zu spät und stünde sowieso im Ermessen der Behörde.[183] Auch würde die polizeiliche Unterstützung rechtspolitisch betrachtet „alte Feindbilder" wecken.[184]

Den Kritikern ist einzuräumen, dass sich die Teilnehmer eines *Flashmobs* zunächst wie normale Kunden verhalten werden und es sich daher schwierig gestalten kann, diese sofort zu identifizieren. Dessen ungeachtet handelt es sich beim *Flashmob* nicht um eine geheim geplante Aktion. Gerade wegen seiner streikbegleitenden Natur und der Vorbereitungen über die Presse und öffentliche Netzwerke kann sich auch der Betriebsinhaber unter die vermeintlichen Teilnehmer schleusen. Dies ermöglicht es ihm, sich auf die Aktion vorzubereiten und Handlungsanweisungen zu geben.[185] Insbesondere wegen der Strafandrohung aus § 123 StGB (Hausfriedensbruch) werden sich die Teilnehmer auch dem Hausverbot beugen.[186] Ein Hinweis darauf, dass redliche Kunden aus Versehen verprellt wurden, findet sich in der zitierten Entscheidung nicht und ist bisher nur Spekulation.[187] Selbst wenn dies passieren sollte, würden auch solche Kunden realisieren, dass es sich um eine Ausnahmesituation gehandelt hätte. Bisweilen dürfte auch der damit verursachte wirtschaftliche Schaden nicht erheblich sein.[188] Auch muss nicht jeder wirtschaftliche Schaden abgewehrt werden können; es ist gerade das Wesen der Arbeitskampfmaßnahme, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung eines legitimen Ziels auszuüben.[189] Aufgrund des kurzen Handlungszeitraums könnte es jedoch tatsächlich angehen, dass die Ausübung des Hausrechts nur einen minimalen Schadenserfolg der Gewerkschaft abwehren kann. Verstärkend käme allerdings die präventive Ausübung des Hausrechts in Betracht, wodurch die Einwände entkräftet würden.[190] Dazu müssten Aushänge im Eingangsbereich angebracht werden, die die geplanten Vorgänge konkret beschreiben. Dies sollte schon deswegen ohne weiteres möglich sein, da die Gewerkschaft mit der Preisgabe der geplanten Aktion die Teilnehmer anwirbt und der Betriebsinhaber sich außerdem auch unter die Masse der potentiellen *„Flashmobber"* mischen kann. Letztlich verbleibt gegen die Praktikabilität des Hausrechts nur die Befürchtung mangelnder polizeilicher Unterstützung bzw. das davon ausgehende Feindbild. Diese Bedenken sind nicht durchgreifend: Auch die Gewerkschaft wird darauf Bedacht sein, ihr Ansehen und ihre Seriosität in der Öffentlichkeit und gegenüber ihren

177 Darauf abzielend aber *Franzen* (Fn. 67), JbArbR 47 (2010), 119 (135).

178 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 176, Rn. 31.

179 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 46.

180 *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21); *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (18); *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (145); *Maaß* (Fn. 67), ArbR-Aktuell 2009, 151 (152); *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (263); *Thüsing/Waldhoff* (Fn. 162), ZfA 2011, 329 (365).

181 *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (18); *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (145).

182 *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (263); *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21).

183 *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (21); *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (17); *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (264).

184 *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2978).

185 *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (57).

186 BVerfG, NJW 2014, 1874 (1876).

187 *Götz* (Fn. 92), S. 53.

188 *Götz* (Fn. 92), S. 53; *Däubler* , ArbeitskampfR (Fn. 84), Rn. 7.

189 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 44; LAG Berlin-Brandenburg, NZA-RR 2009, 149 (151).

190 Vorgeschlagen von *Krieger/Günther* (Fn. 64), NZA 2010, 20 (23); im Anschluss *Löwisch* (Fn. 160), NZA 2010, 209 (210), der auch auf einen (auch gegen die Gewerkschaft) möglichen Unterlassungsanspruch hinweist; zust. *Götz* (Fn. 92), S. 53; a.A. *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2978).

Mitgliedern zu wahren.[191] Sie wird die Teilnehmer daher schon im Eigeninteresse dazu anweisen, sich einem etwaigen Hausverbot nicht zu widersetzen und sich auch nicht einer möglichen Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs auszusetzen. Sollte es entgegen aller Wahrscheinlichkeit dennoch notwendig sein, die Teilnehmer zu „entfernen", dann könnte der Betriebsinhaber sich zudem auch im Rahmen der Besitzwehr gem. § 859 Abs. 1 BGB mit Gewalt gegen die verbotene Eigenmacht zur Wehr setzen und sich z.B. eines eigens dafür engagierten Sicherheitsdienstes bedienen.[192]

#### bb) Suspendierende Betriebsstilllegung

Bei der suspendierenden Betriebsstillegung handelt es sich um das vom BAG anerkannte Recht des Arbeitgebers, den bestreikten Betrieb als Reaktion auf einen nur teilweise befolgten Streikaufruf stillzulegen und damit auch den Arbeitswilligen keinen Lohn zahlen zu müssen.[193] Auch bei einem *Flashmob* habe der Arbeitgeber hiermit nach Ansicht des BAG „die Möglichkeit, sich dem aufgerufenen, aber tatsächlich nicht vollständig befolgten oder von ihm bislang durch Einsatz von Aushilfskräften oder Leiharbeitnehmern unterlaufenen Streik zeitweilig zu beugen".[194] Die Kritik an diesem Streikmittel bezieht sich maßgeblich darauf, dass die Betriebsschließung keine Verteidigung ermögliche, sondern vielmehr zu einer Kapitulation führe, die im selben Atemzug der Gegenseite den Erfolg beschere, den sie mit dem klassischen Streik nicht erreichen konnte.[195] Der Hinweis des BAG auf die dadurch ermöglichte Folgenbeseitigung offenbare den mangelnden Abwehrcharakter: Eine effektive Verteidigung würde den Eintritt der Folgen gerade verhindern. [196] Letztlich wird ein Widerspruch darin gesehen, einerseits eine Betriebsstilllegung als Abwehrmittel anzupreisen, also auch die vertraglichen Pflichten der Arbeitswilligen zu suspendieren, andererseits aber vorzuschlagen, während dieser Zeit den Betrieb aufzuräumen.[197]

Zutreffend weisen die Kritiker darauf hin, dass die Betriebsstilllegung den Zustand herbeiführt, den sich die Gewerkschaft schon mit dem Streik erhofft hat. Ein daraus erhobener Einwand gegen die Praktikabilität dieses Mittels zur Abwehr greift indessen nicht durch: Es handelt sich hierbei um keine Besonderheit einer *Flashmob*-bedingten Betriebsstillegung. Auch sonst führt diese dazu, dass die Gegenseite ihr Ziel erreicht. Eine vergleichbare Argumentation wird auch schon seit jeher gegen die Abwehraussperrung ins Feld geführt.[198] Doch ist es ja gerade so, dass die unangenehmen Folgen eines Kampfmittels den Weg zum Verhandlungstisch ebnen.[199] Jedenfalls wird der *Flashmob* wirksam beendet. Sie ist daher effizient, vermag weitere Betriebsstörungen zu unterbinden und erlaubt die flexible, situationsbedingte Reaktion des Betriebsinhabers.[200] Damit ist das Hauptargument der Kritiker gegenstandslos, es sei denn, „man versteht den Arbeitskampf so, dass dieser zwar stattfinden darf, aber Auswirkungen auf den Arbeitgeber sich nicht ergeben dürfen".[201] Der Verweis darauf, dass gerade in Betrieben, in denen Leiharbeitnehmer und Aushilfskräfte großflächig beschäftigt sind, eine Betriebsschließung noch weniger Sinn ergebe, da sie „ins Leere" gehe, ist irreführend.[202] Wen der Betriebsinhaber beschäftigt, steht in seiner Verantwortung und kann nicht als Argument gegen ein effektives Abwehrmittel eingebracht werden. Tatsächlich liegen die Dinge genau umgekehrt: Gerade weil die streikenden Arbeitnehmer durch Leiharbeitskräfte und Aushilfen ersetzt werden, nötigt er die Arbeitnehmer zu atypischen Kampfmitteln. Schon deswegen kann nicht von einem Nachteil, sondern wenn überhaupt von einem Ausgleich gesprochen werden. Das Aufräumen obliegt der Organisation des Betriebsinhabers; im Zweifel kann er jemanden damit beauftragen. Zumindest aber gewinnt er damit die Zeit dafür. In der Zeit kann er auch weitere, künftige Hausverbote erteilen, sodass sich die Zahl der Aktivisten stetig reduzieren dürfte.[203] Auch die Betriebsblockade ermöglicht damit eine effektive Abwehrmöglichkeit des Arbeitgebers.

#### cc) Auswirkungen der AÜG-Reform

Spätestens der *Flashmob*-Fall hat verdeutlicht, welche desaströsen Auswirkungen der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf die Möglichkeiten der Gewerkschaft hat, einen wirksamen Streik zu führen. Nach geltendem Recht sind Leiharbeiter zwar nach § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Von diesem Recht wird in der Regel jedoch kein Gebrauch gemacht. Eine plausible Begründung dafür bietet wiederum die angespannte Lage auf dem Arbeitsmarkt. Leiharbeitnehmer trauen sich häufig nicht, von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.[204] Bald werden sie keine Wahl mehr haben: Nach dem Referentenentwurf zum AÜG 2017 soll § 11 Abs. 5 AÜG dahingehend modifiziert werden, dass in einem unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffenen Betrieb Leiharbeitnehmer schon gar nicht mehr beschäftigt werden

191 Im anderen Kontext *Rheder/Deinert/Calssen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (112).

192 *Löwisch* (Fn. 160), NZA 2010, 209 (210); zust. *Götz* (Fn. 92), S. 53.

193 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 113 IV. 5.

194 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 61.

195 *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (20); *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (145); *Rüthers/Höpfner* (Fn. 67), JZ 2010, 261 (264); *Stöhr*, Einführung in das Arbeitskampfrecht, JA 2016, 283 (290); *Thüsing/Waldhoff* (Fn. 162), ZfA 2011, 329 (363).

196 *Willemsen/Mehrens* (Fn. 68), Anm. zu BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, S. 12 (20).

197 *Otto* (Fn. 67), RdA 2010, 135 (145).

198 *Preis*, ArbeitskampfR (Fn. 39), § 120.

199 *Götz* (Fn. 92), S. 52.

200 BAG AP zu GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 174, Rn. 60; *Däubler*, ArbeitskampfR (Fn. 84), Rn. 10.

201 *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (58).

202 So aber *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2978).

203 *Götz* (Fn. 92), S. 52.

204 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 19), § 10 Rn. 121.

dürfen.[205] Darüber hinaus ist die Neufassung nicht nur auf „Streikbrecher" beschränkt, sondern erfasst zumindest ihrem Wortlaut nach alle im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer. Zwar ist der Begründung zu entnehmen, dass sich die Regelung nur auf solche Posten beschränken soll, die zuvor von Streikenden ausgeführt wurden.[206] Dennoch ist nicht klar, wie extensiv diese Regelung am Ende ausgelegt werden wird. In der Literatur wird bereits davor gewarnt, dass diese Änderung zu einer Paritätsverschiebung führen wird, da den Arbeitgebern ein zentrales Arbeitskampfmittel genommen würde.[207] Dies stelle einen nur schwer zu rechtfertigenden Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeberseite dar, der insbesondere im Hinblick auf die Zulassung der neuen Kampfformen eine nicht zu überschätzende Wirkung auf die Parität habe.[208] Jedoch darf dabei nicht vergessen werden, dass die neue Regelung das Arbeitskampfgeschehen auch entschärfen kann: Sollte der klassische Streik wieder eine angemessene Druckausübung ermöglichen, gibt es auch keinen Grund mehr, auf atypische Kampfformen zurückzugreifen. Diese sind nämlich nach der hier vertretenen Ansicht nicht als Versuch der gewalttätigen Erpressung, sondern vielmehr als Ausdruck einer den strukturellen Umständen geschuldeten Schwäche einzuordnen. Insofern dürfte das Verbot von Streikbrechern unter die aktive Neutralitätspflicht des Staates[209] einzuordnen sein. In diesem Kontext ist auch zu berücksichtigen, dass insbesondere im Einzelhandel nicht nur Leiharbeitnehmer, sondern die eigene Belegschaft auch mit Hilfe externer Betriebe ersetzt wird.[210] Mit Spannung darf also erwartet werden, wie sich die Lage nach Inkrafttreten der Reform entwickeln wird.

### d) Abschließende Beurteilung

Das BAG hat den *Flashmob* nur in engen Grenzen zugelassen. Es ist ihm dahingehend zuzustimmen, dass nicht jeder *Flashmob* schon „institutionell"[211] nicht als rechtmäßiges Arbeitskampfmittel infrage kommt. Es scheint so, als würde oftmals übersehen, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Sachverhalt um eine in Umfang und Ausmaß sehr beschränkte Kampfmaßnahme handelte. Eben diesem Umstand wollte und musste die Entscheidung Rechnung tragen. Ihre Übertragbarkeit auf alle möglichen, irgendwie vorstellbaren *Flashmob*-Konstellationen ist gewiss nicht gewollt und muss daher stark bezweifelt werden. Zumindest aber von vergleichbaren Aktionen geht keine Gefahr für die Arbeitskampfparität aus; auch in und durch diese Entscheidung wurde sie mithin gewahrt.

## VII. Fazit

Wenn *Wank* sagt: „Der Verkehrsteilnehmer hat die freie Wahl, wohin er mit seinem Fahrzeug fährt; aber doch nur im Rahmen der geltenden Straßenverkehrsordnung"[212], geht dieser Vergleich mit der freien Wahl der Kampfmittel fehl. Der Straßenverkehr ist statisch. Wenn sich etwas verändert, dann doch nur innerhalb des Gewohnten. Eine neue Autobahn, ein neuer Verkehrskreisel, ein neuer Zebrastreifen. All diese Dinge sind der Straßenverkehrsordnung aber schon bekannt. Wirklich ernsthafte Veränderungen liegen zudem in der Hand des Staates; er bestimmt nicht nur die Spielregeln, sondern auch die Bestandteile des Spiels. Die Arbeits- und Wirtschaftswelt ist dagegen ständig in Bewegung. Es gibt keine bestehende „Kampfmittelauswahlordnung". Abgesehen von den verfassungsrechtlichen Vorgaben ist das Arbeitskampfrecht reaktiv, d.h. die Gerichte müssen für bereits vergangene Sachverhalte rechtliche Antworten finden.[213] Dabei bestimmen und verändern die Akteure des Arbeitskampfes die Bestandteile des Spiels zum Großteil selbst. Wenn sich aber die zu regelnde Materie im ständigen Umbruch befindet, dann muss die Rechtsordnung diesen komplexen Prozess bestmöglich begleiten und ihm auch neue Grenzen setzen können. Soweit die Verfassung es den Akteuren selbst überlässt, ihre Verhältnisse zu ordnen, müssen die Grenzen dort gezogen werden, wo die Funktionsfähigkeit des Systems gefährdet ist oder die Rechte anderer verletzt werden. Die Grenzen dürfen aber nicht mit dem Ziel eines funktionierenden Systems vertauscht werden; die Einhaltung der Grenzen ist die Voraussetzung dafür, dass die Handlungen der Akteure rechtmäßig sind. Die Anzahl der rechtmäßigen Handlungen ergibt das funktionsfähige System. Die Unrechtmäßigen behindern es.

Die wichtigste verfassungsrechtliche Vorgabe für den Arbeitskampf ist der Bezug zur Tarifautonomie. Die Wahrung der Parität dient dabei der Richtigkeitsgarantie des Tarifvertrags. Wie in dieser Arbeit herausgestellt, ist ein Kampfmittel, welches die Parität beeinträchtigt, noch immer rechtswidrig. Gleichwohl dürfen sich beide Seiten von ihrem sozialen Gegenspieler herausgefordert fühlen und neue, noch unbekannte Wege beschreiten.[214] Dies wird ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG garantiert.

205 Eingehend zur Reform *Zimmermann*, Der Referentenentwurf zur AÜG-Reform 2017, BB 2016, 53 (53 ff.).

206 *Zimmermann* (Fn. 205), BB 2016, 53 (56).

207 *Zimmermann* (Fn. 205), BB 2016, 53 (56).

208 Eingehend *Ubber/Löw*, Der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher, BB 2016; 3152 (3126 f.); *Franzen*, Neuausrichtung des Drittpersonaleinsatzes – Überlegungen zu den Vorhaben des Koalitionsvertrages, RdA 2015, 141 (151); *Lembke*, Gesetzesvorhaben der Großen Koalition im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, BB 2014, 1333 (1340).

209 *Richardi/Bayreuther*, Kollektives ArbeitsR (Fn. 19), § 10 Rn. 121.

210 *Fischer*, in: Riebel/Junker/Gießen (Fn. 3), ZAAR Bd. 18, 2010, 117.

211 *Fischer* (Fn. 154), RdA 2011, 50 (54).

212 *Wank*, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts – Unterstützungsstreik, Streik um Tarifsozialplan, Schadensersatz und einstweilige Verfügung, RdA 2009, 1 (3).

213 *Rheder/Deinert/Callsen* (Fn. 11), AuR 2012, 103 (114).

214 Es darf natürlich nicht übersehen werden, dass sich durch die Kampfmittelfreiheit auch weitere Chancen für die Arbeitgeberseite ergeben. Dabei ist aber auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit streng zu beachten. So würde zum Beispiel eine Unterstützungsaussperrung wegen ihres nur sehr hypothetisch verursachten Drucks wohl sehr oft zu weit vom Hauptarbeitskampf entfernt sein und wäre dann unverhältnismäßig. Näher *Greiner* (Fn. 122), NJW 2010, 2977 (2979 ff.). Eine nähere Diskussion

Sowohl im Hinblick auf den Unterstützungsstreik als auch auf den *Flashmob* wurde die Parität gewahrt. Sie wurde vielmehr erst durch Zulassung dieser Kampfformen gewahrt. Der Tarifautonomie ist damit genüge getan. Es ist wünschenswert, dass die Rechtsprechung auch zukünftig strenge Maßstäbe aufstellt, an denen sie die einzelnen Kampfmittel im Hinblick auf die Wahrung der Parität prüft. Dann kann auch weiterhin umgangen werden, dass das *„Bossnapping"* salonfähig wird.

hätte allerdings den Rahmen dieser Arbeit gesprengt; außerdem handelt es sich hierbei vielmehr um die Wahrung der Arbeitskampfparität im Hinblick auf zukünftige Arbeitskampfmittel.

Über eines muss man sich im Arbeitskampfrecht klar sein: Das Richterrecht vermag es gewiss nicht, die Rechtssicherheit eines Gesetzes herzustellen. Der Ruf nach dem Gesetzgeber ist nicht zuletzt deswegen groß. Ob eine Kodifikation jedoch dem Arbeitskampfrecht gerecht werden könnte, ist zweifelhaft; es profitiert gerade von der Anpassungsfähigkeit des Richterrechts. Um es mit den Worten der Präsidentin des BAG zu sagen: „Im Arbeitskampfrecht ist nichts einfach".[215]

215 Süddeutsche Zeitung, http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/arbeitsgericht-praesidentin-warum-werden-klorollen-mitgenommen-1.53934 (Abruf v. 13.03.2016).