

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

23., neu bearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-406-78838-3
C.H.BECK

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

friedenspflichtverletzende Forderung hätte es sich aber wegen des dann anderen Kampfziels um einen anderen Streik gehandelt, der keine Alternativhandlung abzugeben vermöge (BAG 26.7.2016, NZA 2016, 1543 Rn. 72; vgl. schon 31.10.1958, NJW 1959, 908; ferner Willemsen/Mehrens NZA 2013, 1400; Bayreuther JbArbR 54 (2017), 83 (94); zur zivilrechtl. Rspr. BGH 9.3.2012, NJW 2012, 2022). Das erscheint insofern nicht zwgd., als in den Fällen des rechtmäßigen Alternativverhaltens stets hypothetisch ein anderes Verhalten an die Stelle des tats. gesetzt wird (so Däubler AuR 2017, 232 (234); Benecke ZfA 2018, 2 (14), die aber dem BAG iE wegen des Schutzzwecks der Friedenspflicht zustimmt). Der Einwand des Mitverschuldens iSv **§ 254 BGB** wird kaum einmal berechtigt sein (FJK Arbeitskampfr-HdB/Malorny § 10 Rn. 86). Insb. trifft einen bestreikten AG grds. keine Obliegenheit, einen rechtswidrigen Streik mit rechtl. Mitteln, wie etwa einem Antrag auf einstweilige Vfz. abzuwehren (BAG 26.7.2016, NZA 2016, 1543 Rn. 65). Im Falle der Existenzbedrohung der haftenden Gewerkschaft wäre allerdings an eine wohl nur im Wege richterl. Rechtsfortbildung mögl. entspr. Anwendung von § 254 BGB zu denken (vgl. dazu FJK Arbeitskampfr-HdB/Malorny § 10 Rn. 88 ff.; Däubler AuR 2017, 232 (236)). Hins. der Entstehung und der Höhe eines Schadens gilt **§ 287 ZPO**, in dessen Anwendungsbereich der Tatrichter bes. frei gestellt ist (BAG 26.7.2016, NZA 2016, 1543 Rn. 80; vgl. zum „Mindestschaden“ BAG 5.3.1985, NZA 1985, 505; 7.6.1988, NZA 1988, 884). Eine Gewerkschaft haftet idR nicht für **Drittschäden**, die als Folge eines Streiks bei einem nicht bestreikten Unternehmen eintreten (vgl. zu Schadensersatzklagen von Fluggesellschaften wegen des Streiks von Fluglotsen und der Beschäftigten der Flugsicherung BAG 25.8.2015, NZA 2016, 47; 25.8.2015, NZA 2016, 179; 26.7.2016, NZA 2016, 1543 Rn. 90; zust. Bayreuther RdA 2016, 181; Melot de Beauregard DB 2016, 535; Malorny RdA 2017, 149; FJK Arbeitskampfr-HdB/Malorny § 10 Rn. 113 ff.; abl. Löwisch Anm. zu AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 182; König VersR 2017, 1308; vgl. a. Benecke ZfA 2018, 2). Es fehlt regelmäßig an der für einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erforderl. Betriebsbezogenheit (**aA** Scharff BB 2015, 1845).

Eine auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Streiks **beschränkte Feststellungsklage** ist **227** mangels Vorliegens eines Rechtsverhältnisses unzulässig (BAG 12.9.1984, NZA 1984, 393; 27.6.1989, NZA 1989, 969). Eine auf die Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz gerichtete Klage des AG gegen die Gewerkschaft ist dagegen jdf. als Zwischenfeststellungsklage zulässig (BAG 10.12.2002, NZA 2003, 734).

AG versuchen häufig, durch **einstweilige Vfz.** gem. §§ 935, 940 ZPO die Durchführung eines **228** Streiks gerichtl. verbieten zu lassen (Bsp. bei Däubler ArbR I Rn. 640 f.; eingehend Däubler Arbeitskampfr-HdB/Bertzsch § 24; Treber SR 2013, 140; FJK Arbeitskampfr-HdB/Horcher § 11 Rn. 1 ff.; Stoffels NZA 2022, 438). Bei deren Erlass wird die Hauptsache prakt. vorweggenommen (vgl. Däubler/Ahrendt § 1 Rn. 1219); der große Mobilisierungsaufwand, der mit einem Streikaufruf verbunden ist, lässt sich kaum über die Dauer eines Rechtsmittelverf. oder gar bis zum Ende eines Hauptsacheverf. aufrechterhalten. Ein durch einstweilige Vfz. einmal untersagter Streik kann von der Gewerkschaft nach Obsiegen im Hauptsacheverf. nicht wieder einfach „angeknipst“ werden (Treber SR 2013, 140 (144)). Auch wird sich in einem solchen Fall ein an sich nach § 945 ZPO zu ersetzender Schaden nur schwer beziffern lassen. Deshalb, aber va auch wegen der verfassungsrechtl. Gewährleistung des Arbeitskampfs ist große Zurückhaltung beim Erlass von einstweiligen Vfz. angebracht (HessLAG 7.11.2014, ZTR 2015, 135; LAG BW 3.8.2016, BeckRS 2016, 71965; HessLAG 6.11.2019, BeckRS 2019, 37935; vgl. ferner Däubler Arbeitskampfr-HdB/Bertzsch § 24; GMP/Schleusener § 62 Rn. 114; Kissel Arbeitskampfr § 65; Otto Arbeitskampfr § 19 Rn. 25 ff.; GK-ArbGG/Vossen § 62 Rn. 81; Bram AuR 2017, 242; Bünnemann ZfA 2020, 44; Stoffels NZA 2022, 438).

Der für den Erlass einer einstweiligen Vfz. erforderl. und glaubhaft zu machende **Verfügungs-** **anspruch** setzt die Rechtswidrigkeit des Streiks voraus. In Grenzfällen ist diese auch für die streikende **229** Gewerkschaft bis zu einer höchstrichterl. Entsch. oft kaum vorhersehbar. Ihre Klärung wird daher verhindert, wenn schon im summarischen Verfügungsverf. vorschnell von der Rechtswidrigkeit des Streiks ausgegangen wird. Eine Unterlassungsvfz. setzt deshalb voraus, dass die Rechtswidrigkeit des Streiks ohne rechtsfortbildende Überlegungen feststellbar ist (LAG Köln 14.6.1996, NZA 1997, 327; HessLAG 7.11.2014, ZTR 2015, 135; LAG BW 3.8.2016, BeckRS 2016, 71965; HessLAG 6.11.2019, BeckRS 2019, 37935; Krause JbArbR 45 (2008), 23 ff.; Däubler Arbeitskampfr-HdB/Bertzsch § 24 Rn. 21; Otto Arbeitskampfr § 19 Rn. 31; Schaub ArbR-HdB/Treber § 194 Rn. 52; **aA** wohl FJK Arbeitskampfr-HdB/Horcher § 11 Rn. 37 ff.; krit. a. Stoffels NZA 2022, 438). Ob dies verfassungsrechtl. geboten ist, hat das BVerfG offengelassen (BVerfG 7.4.2020, NZA 2020, 667 Rn. 17). Weniger probl. ist es, wenn nicht der gesamte Arbeitskampf, sondern ledigl. eine einzelne Kampfmaßnahme untersagt werden soll (ebenso GMP/Schleusener § 62 Rn. 114). Besonderheiten gelten ferner im Bereich der Daseinsvorsorge, soweit ledigl. ein erforderl. Notdienst zu sichern ist (→ Rn. 134).

Die verfassungsrechtl. Bedeutung des Rechts zum Arbeitskampf muss auch bei der Gewichtung des **230** **Verfügungsgrundes** und dessen Glaubhaftmachung berücksichtigt werden. Je einschneidender sich die Unterlassungsvfz. auf die Durchführung eines Arbeitskampfs und dessen Folgen auswirkt, desto schwerer müssen die Nachteile sein, die dem betroffenen AG drohen (LAG Köln 14.6.1996, NZA 1997, 327; GMP/Schleusener § 62 Rn. 114; Otto Arbeitskampfr § 19 Rn. 32 f.; vgl. a. Kissel Arbeitskampfr § 65 Rn. 31 ff.; Däubler Arbeitskampfr-HdB/Bertzsch § 24 Rn. 26). Das BVerfG lehnt es

wegen des Grds. der Subsidiarität (§ 90 II BVerfGG) grds. ab, iR einer Verfassungsbeschwerde gegen eine im einstweiligen Verfügungsverf. ergangene fachgerichtl. Entsch. die Rechtmäßigkeit der Streikziele zu überprüfen, und verweist den Bf. auf das Hauptsacheverf. (BVerfG 7.4.2020, NZA 2020, 667 Rn. 6 ff.)

- 231 2. Das Verhältnis des Arbeitgeberverbandes zur Gewerkschaft.** Soweit eine AGKoalition als Tarifgegner mit einem rechtswidrigen Streik angegriffen wird, hat sie gegen die Gewerkschaft einen Unterlassungsanspruch. Dieser kann sich aus einer tarifvertragl. oder in einem Schlichtungsabk. übernommenen Friedenspflicht ergeben (→ Rn. 124 f.). Der AGVerband kann außerdem aus eigenem Recht verlangen, dass der Tarifgegner einen rechtswidrigen Arbeitskampf unterlässt; das folgt aus § 1004 iVm § 823 I BGB und Art. 9 III GG. Der Schutz des Art. 9 III richtet sich nicht nur gegen Eingriffe durch den Staat, sondern auch gegen Beeinträchtigungen von privater Seite, also auch gegen die Störung der koalitions-gem. Betätigung durch konkurrierende Koalitionen und den sozialen Gegenspieler (→ Rn. 43). Gewerkschaften und AGVerbände haben daher nicht nur einen Anspruch auf Unterlassen unerlaubter Störungen ihrer Organisation und ihrer Tätigkeit durch staatl. Maßnahmen, sondern auch einen **eigenen Anspruch gegen den sozialen Gegenspieler, rechtswidrige Arbeitskämpfe zu unterlassen** (BAG 24.4.2007, NZA 2007, 987 Rn. 54; 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rn. 32, 78 ff.). Der Unterlassungsanspruch setzt eine **Wiederholungs- oder eine Erstbegehungsgefahr** voraus (BAG 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rn. 78 ff.; 20.11.2012, NZA 2013, 448 Rn. 79 ff.). Das BAG hat eine Wiederholungsgefahr in einem Fall verneint, in dem zuvor im einstweiligen Verfügungsverf. ein Unterlassungsantrag vom ArbG wegen Fehlens eines Verfügungsanspruchs formell rkr. abgewiesen worden war (BAG 20.11.2012, NZA 2013, 437 Rn. 85 ff.). Hieraus sollten aber insb. unter Berücksichtigung des vorl. und summarischen Charakters des einstweiligen Rechtsschutzes keine zu weitreichenden Schlüsse gezogen werden. Nimmt man den Grds. ernst, im einstweiligen Verfügungsverf. zurückhaltend mit der Annahme der Rechtswidrigkeit eines Streiks zu sein (→ Rn. 229), sollte seine Befolgung durch die Gerichte dem AG nicht im Hauptsacheverf. bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des durchgeführten Streiks zum Nachteil gereichen (ebenso MHD ArbR/Ricken § 278 Rn. 4; Stoffels NZA 2022, 438 (439); vgl. zur Frage des Schadensersatzes und zum Verschulden BAG 10.12.2002, NZA 2003, 734; 25.8.2015, NZA 2016, 179; 25.8.2015, NZA 2016, 47).
- 232 3. Das Verhältnis des Arbeitgebers zu den Arbeitnehmern.** Der rechtswidrige Streik suspendiert die Pflichten aus dem ArbVerh. nicht. Der AN ist trotz des „Streiks“ unverändert zu seiner Arbeitsleistung verpflichtet. Wer an einem rechtswidrigen Streik teilnimmt, verletzt seinen Arbeitsvertrag. Der AG hat also gegen den streikbeteiligten AN den allg. **Erfüllungsanspruch**. Eine entspr. Klage wäre allerdings wegen § 888 III ZPO wenig sinnvoll. Bedeutsamer sind für den AG vertragsrechtl. **Schadensersatzansprüche**. Sie ergeben sich aus § 280 iVm §§ 283, 275 BGB. Da ein rechtswidriger Streik in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb iSd § 823 I BGB eingreift, kommen auch deliktische Schadensersatzansprüche in Betracht. An das Verschulden der AN müssen wegen eines effektiven Grundrechtsschutzes strenge Anforderungen gestellt werden (vgl. FJK ArbeitskampfR-HdB/Malorny § 10 Rn. 16). Bei einem von der Gewerkschaft getragenen Streik können die AN idR von der Rechtmäßigkeit ausgehen (vgl. BAG 19.6.1973, NJW 1973, 1994; BAG 29.11.1983, NZA 1984, 34; FJK ArbeitskampfR-HdB/Malorny § 10 Rn. 17). Eine gesamtschuldnerische Haftung des einzelnen AN für den gesamten Schaden eines rechtswidrigen Streiks scheidet aus, da sonst die Wahrnehmung des Grundrechts aus Art. 9 III für den einzelnen AN zu einem existentiellen Risiko würde (vgl. FJK ArbeitskampfR-HdB/Malorny § 10 Rn. 20, 26 f.).
- 233** Da die Teilnahme am rechtswidrigen Streik eine Vertragsverletzung darstellt, kann sie uU eine ordentl. wie auch eine außerordentl. **Kündigung** rechtfertigen. Dabei sind allerdings alle Umstände des Einzelfalles zu beachten und die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen, insb. einerseits der Grad der Beteiligung des AN an der Arbeitsniederlegung und die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit, andererseits ein etwaiges eigenes rechtswidriges, die Arbeitsniederlegung beeinflussendes Verhalten des AG. Der Gesichtspunkt der Solidarität kann va bei einer „schlichten“ Teilnahme an der Arbeitsniederlegung zugunsten des AN sprechen (BAG 14.2.1978, NJW 1979, 236; 14.2.1978, NJW 1979, 239; 29.11.1983, NZA 1984, 34). Zur ordentl. Kündigung → KSchG § 1 Rn. 201 ff.; zur außerordentl. Kündigung → BGB § 626 Rn. 69 ff.
- 234** Die **Aussperrung** ist kein zulässiges Mittel zur Abwehr rechtswidriger Streiks (→ Rn. 244 ff.).
- 235 4. Rechtswidrige Streikmaßnahmen.** Die Ausführungen zum insg. rechtswidrigen Streik gelten entspr. für einzelne rechtswidrige Streikmaßnahmen, zB **Exzesse** der Streikposten (dazu näher Steinbrück, Streikposten und einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampfrecht der BRD, 1992). Deren Rechtswidrigkeit stellt allerdings die Rechtmäßigkeit des Streiks nicht insg. in Frage (BAG 21.6.1988, NZA 1988, 846). Bei einzelnen abgrenzbaren Streikmaßnahmen kann auch gegen den betr. AN allein eine einstweilige Vfg. auf Unterlassung ergehen (Stein/Jonas/Grunsky ZPO vor § 935 Rn. 73a).

G. Aussperrung

I. Begriff

Aussperrung als Arbeitskampfmittel der AG ist die **generelle Zurückweisung der Arbeitsleistung** 236 **unter Verweigerung der Lohnzahlung** als Mittel der kollektiven Druckausübung zur Erreichung eines Tarifziels. Zu unterscheiden sind **lösende und suspendierende Aussperrung**: Durch die lösende Aussperrung wird das ArbVerh. insg. kampfwise beendet. Die suspendierende Aussperrung lässt dagegen – wie ein Streik (→ Rn. 161 f.) – ledigl. die Hauptpflichten aus dem ArbVerh. ruhen. Der GS des BAG hat zwar bei lang andauernden Arbeitskämpfen auch eine lösende Aussperrung – idR verbunden mit einem Wiedereinstellungsanspruch – nicht von vornherein rechtl. ausgeschlossen (BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668, zu D 4 der Gründe). Prakt. dürfte sie aber wegen des Grds. der Verhältnismäßigkeit (→ Rn. 240 ff.) sowie im Hinblick darauf, dass Arbeitskämpfe auf die unterbrechungslose Fortsetzung der ArbVerh. angelegt sind, nicht in Betracht kommen (FJK ArbeitskampfR–HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 149; Gamillscheg KollArbR I § 21 III 6d; Kissel ArbeitskampfR § 52 Rn. 52 ff., 72; Otto ArbeitskampfR § 8 Rn. 16 f.). Zu unterscheiden sind ferner **Abwehraussperrung und Angriffsaussperrung**: Die Abwehraussperrung ist die Reaktion der AGSeite auf einen gegen sie gerichteten Streik (→ Rn. 239). Die Angriffsaussperrung ist die Eröffnung des Arbeitskampfes durch die AGSeite, um einen TV zu erzwingen (→ Rn. 246).

II. Der Grundsatzstreit

Die Rspr. des BAG hat die urspr. Gleichbewertung von Streik und Aussperrung (BAG GS 28.1.1955, 237 NJW 1955, 882) schrittweise aufgegeben. Der **aktuelle Stand der Rspr.** lässt sich wie folgt zusammenfassen: Die Funktionsfähigkeit des TVSystems setzt ein annäherndes Verhandlungsgleichgewicht der Tarifpartner voraus. Die AN sind auf den Streik angewiesen (vgl. BVerfG 19.6.2020, NZA 2020, 1186 Rn. 32). Ihre Kampftaktik kann aber zu einem Übergewicht führen, so dass zur Sicherung des Verhandlungsgleichgewichts die AG das Abwehrmittel der Aussperrung benötigen. Allerdings darf dieses nicht die grundrechtl. Gewährleistung des Streikrechts beeinträchtigen. Daher ist das Übermaßverbot zu beachten (BAG 10.6.1980, NJW 1980, 1642; 26.4.1988, NZA 1988, 775; 7.6.1988, NZA 1988, 890). Das BVerfG hat diese Rspr. bestätigt (BVerfG 26.6.1991, NZA 1991, 809). Eine quantitativ (uU auch zeitl.) begrenzte Abwehraussperrung ist danach mögl. Die Zulässigkeit einer Angriffsaussperrung ist ungeklärt (→ Rn. 247 f.).

Diese Rspr. steht in Einklang mit der überw. Meinung im **Schrifttum** (Gamillscheg KollArbR I 238 § 21 III 4 mwN; Kissel ArbeitskampfR § 52 Rn. 70 ff.; Otto ArbeitskampfR § 8 Rn. 48 ff.; FJK ArbeitskampfR–HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 106 ff.). Sie ist aber nicht unumstr. Tw. wird die Legitimität der Aussperrung grds. bestr. und die Paritätsbetrachtung des BAG abgelehnt (Däubler ArbR I Rn. 611 ff.; Däubler ArbeitskampfR–HdB/Wolter § 21 Rn. 13 ff.), tw. wird eine zu weitgehende Zurückdrängung der Aussperrung kritisiert (vgl. Konzen FS 50 Jahre BAG, 2004, 515 (535 f.)).

III. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit

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

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Abwehraussperrung ist die Wahrung der **Verhältnismäßigkeit** (→ Rn. 134). Abwehraussperrungen sind nur dann verhältnismäßig, wenn sie sich auf die **Herstellung der Verhandlungsparität** beschränken (BAG 10.6.1980, NJW 1980, 1642; 12.3.1985, NZA 1985, 537; 11.8.1992, NZA 1993, 39). Dabei ist die Parität nach der Rspr. des BAG abstrakt-materiell zu beurteilen: Es werden nur Umstände berücksichtigt, die einer typisierenden Betrachtung zugängl. sind, nicht dagegen situationsbedingte Vor- oder Nachteile im konkreten Arbeitskampf. Das schließt es allerdings nicht aus, die bes. Situation eines mittelständischen Unternehmens zu berücksichtigen, das Kurzstreiks ausgesetzt ist (BAG 11.8.1992, NZA 1993, 39).

Anges. des Fehlens ges. Regelungen hat das BAG (10.6.1980, NJW 1980, 1642) wegen des rechts- 241 staatl. Erfordernisses der Vorhersehbarkeit **Leitlinien** entwickelt, die zur Wahrung des Grds. der Verhältnismäßigkeit Orientierungshilfen bieten sollen: a) Grenze für Arbeitskampfmaßnahmen ist das Tarifgebiet; b) die konjunkturelle Lage und die Konkurrenzsituation ist einer generalisierenden Betrachtung nicht zugängl.; c) dagegen kann die Zahl der am Arbeitskampf Teilnehmenden als geeigneter Anknüpfungspunkt berücksichtigt werden. Daraus lässt sich in groben Zügen ein **Quotenschema** für die Verhältnismäßigkeit der Aussperrung ableiten: 1) Wenn durch einen Streikbeschl. weniger als 25 % der

AN des Tarifgebietes zur Arbeitsniederlegung aufgefordert werden, handelt es sich um einen eng geführten Teilstreik, bei dem eine starke Belastung für die Solidarität der AG und damit eine Verschiebung des Kräftegleichgewichts anzunehmen ist. Hier muss die AGSeite den Kampfrahmen bis zu 25 % der betroffenen AN erweitern können. – 2) Werden mehr als 25 % der AN zum Streik aufgerufen, ist das Bedürfnis der AG entspr. geringer, die Aussperrung wird nur noch bis zum Erreichen von 50 % der damit insg. vom Arbeitskampf betroffenen AN als zulässig angesehen. – 3) Ist mind. die Hälfte der AN des Tarifgebietes zum Streik aufgerufen, schien zumindest im Jahre 1980 „manches dafür zu sprechen, dass eine Störung der Kampfparität nicht mehr zu befürchten ist“. Maßgebend für die Prüfung der Frage, ob die Grenzen einer zulässigen Aussperrung eingehalten worden sind, kommt es auf den Aussperrungsbeschl. und nicht auf die Zahl der AN an, die tats. ausgesperrt werden (BAG 7.6.1988, NZA 1988, 890; LAG MV 18.7.1996, NZA-RR 1997, 163).

- 242 Der Versuch des BAG, für künftige Aussperrungssituationen den Verhältnismäßigkeitsgrds. zu konkretisieren, wurde als „**Aussperrungs-Arithmetik**“ tw. heftig kritisiert (Hanau Aff 1980, 126; Kittner AuR 1981, 289; Konzen/Scholz DB 1989, 1593; Seiter RdA 1981, 65; Otto RdA 1981, 285 (292); Richardi JZ 1985, 410). Ihr wurde rechtspolitische Einseitigkeit und Regulierungsehrgeiz mit zu starren Erg. vorgeworfen (dagegen Dieterich FS Herschel, 1982, 37 ff.). Der Ansatz des BAG wurde aber auch gebilligt (Däubler AuR 1982, 361; Raiser RdA 1987, 201 (207 f.); widersprüchrl. Kissel Arbeitskampfr § 53 Rn. 12 und 17) oder zumindest der befriedende Effekt begrüßt (Gamillscheg KollArbR I § 24 III 2; Kittner Arbeitskampfr S. 702 f.).
- 243 Später hat das BAG klargestellt, dass es sich bei seiner Rspr. nur um **Indizwerte für Normalfälle** handelt und andere Fallgestaltungen abgewandelte Quantifizierungen erforderl. machen können (vgl. FJK Arbeitskampfr-HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 116). So wurde in der Entsch. v. 12.3.1985 (NZA 1985, 537) unabhängig von den früheren Quoten ein eindeutiges Missverhältnis zwischen der Zahl der Streikenden und der Ausgesperrten angenommen. In der Entsch. v. 11.8.1992 (NZA 1993, 39) wurde eine zweitägige Aussperrung als Reaktion auf einen halbstündigen Kurzstreik als unverhältnismäßig erachtet. In weiteren Entsch. v. 31.5.1988 (NZA 1988, 889) und v. 7.6.1988 (NZA 1988, 890) kam es auf die Quotenfrage nicht an, weil die AG jdf. die mit der Entsch. v. 10.6.1980 aufgestellten Grenzen genau eingehalten hatten. Das bestätigt die Erfahrung, dass sich im Arbeitskampfrecht selten die gleichen Abläufe wiederholen. Zumindest verfrüht wäre es, in tarif-/gewerkschaftspluralen Betrieben, die vom BAG entwickelte Aussperrungsrspr. grds. in Frage zu stellen (Deinert RdA 2011, 12 (21); Linsenmaier RdA 2015, 369 (378 f.); aA Bayreuther NZA 2008, 12 (15); Greiner NZA 2007, 1023 (1027); Franzen RdA 2008, 193 (202)).
- 244 **2. Abwehraussperrung gegen rechtswidrigen Streik.** Beim rechtswidrigen Streik verletzen die AN ihre vertragl. Hauptpflicht (→ Rn. 232). Außerdem handelt es sich um einen unzulässigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des AG (→ Rn. 224, 231). Hiergegen können der AG und sein Verband auf dem **Rechtsweg** vorgehen. Je nach den Umständen können auch ordentl. oder sogar eine außerordentl. Kündigungen in Betracht kommen (→ Rn. 233). Dennoch hat das BAG angenommen, die AG könnten hier zusätzl. das Kampfmittel der **Abwehraussperrung** anwenden (BAG 27.9.1957, NJW 1957, 1942; 21.4.1971, NJW 1971, 1668; 14.2.1978, NJW 1979, 236).
- 245 Diese Rspr. begegnet wegen des **Verhältnismäßigkeitsgrds.** Bedenken. Jdf. dann, wenn die Aussperrung erkennbar keine Vorteile neben dem Recht der Entgeltverweigerung, dem Ausspruch von Kündigungen und den Rechtsbehelfen der ZPO, die auch dem AGVerband zur Vfz. stehen (→ Rn. 231), bietet, erscheint sie nicht erforderl. (Kissel Arbeitskampfr § 53 Rn. 40 ff.).
- 246 **3. Angriffsaussperrung.** Eine typische **Angriffsaussperrung** liegt vor, wenn die AGSeite im Tarifgebiet den Arbeitskampf eröffnet, um die tarifl. Bedingungen zum Nachteil der AN zu verändern (vgl. BAG 10.6.1980, NJW 1980, 1642 zu A I 3a; Gamillscheg KollArbR I § 21 III 5 [1]). Um einen atypischen Sonderfall der Abwehraussperrung handelt es sich dagegen, wenn die AGSeite in einem von der Gewerkschaft um eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen geführten Arbeitskampf einem angekündigten Streik durch eine Aussperrung zuvorkommt; eine solche Kampfmaßnahme dürfte idR unverhältnismäßig sein. IÜ ist die Zulässigkeit einer Angriffsaussperrung noch nicht abschl. geklärt.
- 247 Der **GS des BAG** sprach 1955 von „der (prakt. seltenen) legitimen Aggressivaussperrung“ (BAG GS 28.1.1955, NJW 1955, 882) und ging damit grds. von deren rechtl. Zulässigkeit aus. 1971 hat er ausgeführt, unsere Rechtsordnung gehe davon aus, „dass der AG derartige Maßnahmen – und zwar auch als den ersten Akt eines Arbeitskampfes – ergreifen kann“ (BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668 zu B 1.). Spätere Urte. betrafen ausschl. die suspendierende Abwehraussperrung. Die AGSeite war in der Vergangenheit in der BRD auf ein Angriffsmittel ersichtl. nicht angewiesen, da Produktivität und Preisniveau ständig stiegen (vgl. BAG 10.6.1980, NJW 1980, 1642 zu A I 2a).
- 248 Im **Schrifttum** wird die Angriffsaussperrung tw. völlig abgelehnt (so wohl Däubler Arbeitskampfr-HdB/Rödl § 21 Rn. 73), tw. generell gebilligt (Kissel Arbeitskampfr § 53 Rn. 52 ff.; ZLH ArbR/Loritz § 41 VI 1). Tw. wird mit unterschiedl. Begr. und Voraussetzungen die Zulässigkeit mit Einschränkungen bejaht (Otto Arbeitskampfr § 10 Rn. 60 ff.).
- 249 Maßgebl. für die Beurteilung sind die **Erfordernisse einer funktionsfähigen Tarifautonomie**, die für AN und AG gleichermaßen gewährleistet ist und idR d. Verhältnismäßigkeit auch die Freiheit der Wahl

der Kampfmittel rechtfertigt. Eine Angriffsaussperrung kann daher gerechtfertigt sein, wenn sie zur Herstellung von Verhandlungsparität erforderl. ist und den Grds. der Verhältnismäßigkeit wahrt (so wohl a. MHdB ArbR/Ricken § 274 Rn. 11). Seit Gründung der BRD gab es allerdings keine Situation, in der dies prakt. geworden wäre. Die letzte Angriffsaussperrung in Deutschland war wohl 1931 (vgl. Gamillscheg KollArbR I § 21 III 5 [4]). In einer massiven wirtschaftl. Depression ist freil. nicht völlig auszuschließen, dass auch die AGSeite einmal gezwungen sein kann, die Initiative zu ergreifen, um im Wege einer Angriffsaussperrung oder auch durch deren Androhung die Auflösung einer festgefahrenen Verhandlungssituation und eine Änd. der gem. § 4 V TVG nachwirkenden tarifl. Bestimmungen herbeizuführen (zust. FJK ArbeitskämpfR-HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 9; vgl. a. Schaub ArbR-HdB/Treber § 193 Rn. 11). Der AGSeite in diesem Fall ein Kampfmittel zur Verf. zu stellen, erscheint stimmiger, als sie auf die Möglichkeit der außerordentl. Kündigung eines TV (vgl. dazu BAG 18.2.1998, NZA 1998, 1008) und die teleologische Reduktion des § 4 V TVG (dazu → TVG § 4 Rn. 56; Däubler/Beppler § 4 Rn. 928 ff.) zu verweisen. Auch muss wohl der AGSeite wie umgekehrt der Gewerkschaft insoweit ein Beurteilungsspielraum eingeräumt werden. IÜ gilt auch hier der Verhältnismäßigkeitsgrds. Ebenso wie ein Streik darf eine Angriffsaussperrung nicht auf die Vernichtung des sozialen Gegenspielers gerichtet sein, sondern muss der Durchsetzung tarifl. Forderungen dienen. Die zur Abwehraussperrung von der Rspr. entwickelten Quoten (→ Rn. 241 ff.) dürften wegen der völlig anders gearteten Ausgangslage nicht anwendbar sein. Ggf. kann es erforderl. werden, im Wege richterl. Rechtsfortbildung typisierende Maßstäbe zu entwickeln.

IV. Aussperrungskompetenz

Während der Streik als kollektive Maßnahme der AN von einer Gewerkschaft als TVPartei getragen wird (→ Rn. 123), ist bei der Aussperrung zu diff. Arbeitskämpfpartei kann hier die AGKoalition oder der einzelne AG sein. Das hat insb. Bedeutung für die **Aussperrungskompetenz**, also für die Frage, wem das Recht zusteht, über das Ob und Wie einer Aussperrung zu entscheiden. 250

Soweit es um einen **VerbandsTV** geht, liegt die Entsch. über den Aufruf zur Aussperrung bei der AGKoalition. Hierzu bedarf es eines Koalitionsbeschl. (BAG 31.10.1995, NZA 1996, 389). Fehlt eine Aussperrungsermächtigung durch den AGVerband, handelt es sich um eine „wilde“ Aussperrung, die rechtswidrig ist (BAG 31.10.1995, NZA 1996, 389; LAG Hamm 21.8.1980, AP GG Art. 9 Arbeitskämpf Nr. 72; LAG Nürnberg 6.2.1995, NZA 1996, 784 [Ls.]; Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Wolter § 21 Rn. 48; Gamillscheg KollArbR I § 22 IV 7). 251

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

In einem Arbeitskämpf um einen Verbandstarif für AG, die dem AGVerband zwar nicht angehören (**Außenseiter**), aber in ihrem Betrieb den VerbandsTV regelmäßig anwenden, hält das BVerfG den Außenseiter für berechtigt, sich der Verbandsaussperrung anzuschließen. Es handele sich dabei um eine koalitions-gem. Betätigung, näml. um ein Kampfbündnis mit dem Verband, das den Abschluss eines TV im Interesse des Außenseiters beeinflussen solle (BVerfG 26.6.1991, NZA 1991, 809; krit. Konzen SAE 1991, 335 (341)). Zur entspr. Streikbetroffenheit von AußenseiterAG → Rn. 121, 167. 253

V. Auszusperrende Arbeitnehmer

Nach stRspr sind nicht nur die Mitglieder der kampfführenden Gewerkschaft am Arbeitskämpf beteiligt, sondern iRd Streikbeschl. die gesamte Belegschaft. Dementspr. können auch **nicht oder anders organisierte AN** ausgesperrt werden (FJK ArbeitskämpfR-HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 128 ff.). Die Abwehraussperrung darf nicht einmal nach der **Gewerkschaftszugehörigkeit** diff. (BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668; Gamillscheg KollArbR I § 21 III 7b; Otto ArbeitskämpfR § 6 Rn. 12; aA FJK ArbeitskämpfR-HdB/B. Schmidt § 6 Rn. 142 ff.). Eine gezielt nur Gewerkschaftsmitglieder erfassende Aussperrung würde deren positive Koalitionsfreiheit verletzen (BAG 18.11.2014, NZA 2015, 306 Rn. 34 mwN). Das gilt auch beim Arbeitskämpf im **tarif-/gewerkschaftspluralen Betrieb**. Auch hier kann der AG neben den Mitgliedern der den Arbeitskämpf führenden Gewerkschaft die nicht und anders organisierten AN aussperren (Linsenmaier RdA 2015, 369 (378 f.); aA Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfluralität, 2010, S. 476; Henssler RdA 2011, 65 (68 f.)). Dies gilt selbst dann, wenn er mit der Konkurrenzgewerkschaft schon einen TV geschlossen hat. Dessen Friedenspflicht steht nicht entgegen, wird er doch in seinem Inhalt nicht in Frage gestellt (nicht eindeutig insoweit BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668, zu Teil III B 3 der Gründe). Dagegen ist der AG nicht gehindert, als Reaktion auf einen Warnstreik nur streikbeteiligte AN (ohne Rücksicht auf deren Gewerkschaftszugehörigkeit) auszusperrern (BAG 11.8.1992, NZA 1993, 39). Darin liegt keine Maßregelung, sondern die Konsequenz seiner Kampftaktik der offenen Tür und der Sinn einer „Warnaussperrung“. 254

Das BRMandat ist vom Arbeitskämpf unabhängig; die **BRMitglieder** haben ihr Amt auch während des Arbeitskämpfs wahrzunehmen (→ Rn. 156). Dennoch kann ein BRMitglied mit suspendierender 255

10 GG Art. 9

Vereinigungsfreiheit

Wirkung ausgesperrt werden (BAG 25.10.1988, NZA 1989, 353). Davon wird aber sein BRAMt nicht berührt. Entspr. gilt für PRMitglieder und ANVertreter im AR.

- 256 Das SGB IX enthält kein ausdr. Aussperrungsverbot. Aus einer Gesamtschau des G folgt, dass **schwerbehinderte Menschen** keinen unbedingten Beschäftigungsanspruch haben. Deshalb können sie suspendierend ausgesperrt werden (zum SchwbG: BAG 7.6.1988, NZA 1988, 892; 7.6.1988, NZA 1988, 890). Dies gilt auch für die Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen (§ 177 SGB IX; → SGB IX § 178 Rn. 2 f.).
- 257 Der **arbeitsunfähig erkrankte AN** ist nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Er kann von der Arbeitspflicht nicht suspendiert werden. Zu den Hauptpflichten des AG, die durch die Aussperrung suspendiert werden gehören aber auch alle Lohnersatzleistungen. Daher können auch ein erkrankter AN ausgesperrt werden und verlieren dadurch den Anspruch auf EFZ (BAG 7.6.1988, NZA 1988, 890). Gleiches gilt für die aus anderen Gründen von der Arbeitspflicht befreiten AN, soweit sie sich jederzeit dem Arbeitskampf anschließen könnten. Da sich im Urlaub befindl. AN einem Streik anschließen können (→ Rn. 207), können sie ebenfalls ausgesperrt werden; der AG wird daran aber häufig kein Interesse haben, da dann der Urlaubsanspruch nicht verbraucht wird.
- 258 Wie bei Schwerbehinderten und arbeitsunfähig erkrankten AN hält das BAG auch die suspendierende Aussperrung von **schwangeren AN** für zulässig. Dabei unterscheidet es nicht danach, ob die Aussperrung schon vor oder erst nach Beginn der Schutzfrist bzw. der Beschäftigungsverbote erfolgt (BAG 22.10.1986, NZA 1987, 494).

VI. Beginn und Ende der Aussperrung

- 259 Der Aussperrungsbeschl. des AGVerbands (→ Rn. 251) oder die Aussperrungsentsch. des einzelnen AG im Falle eines umkämpften FirmenTV führt allein noch nicht zur Suspendierung der Hauptpflichten in den einzelnen ArbVerh., sondern bedarf der Umsetzung ggü. den auszusperrenden AN durch eine entspr. **Aussperrungserkl.** Der AG muss die Aussperrung der ANSeite ggü. in hinreichend klarer Form zum Ausdruck bringen (BAG 27.6.1995, NZA 1996, 212), damit die AN erkennen können, ob das Verhalten des AG eine rechtmäßige Kampfmaßnahme darstellt (BAG 31.10.1995, NZA 1996, 389).
- 260 Die Aussperrungserkl. bedarf **keiner bes. Form** und kann auch konkludent abgegeben werden (BAG 27.6.1995, NZA 1996, 212). Die tats. Vollziehung kann bei entspr. Eindeutigkeit zugleich die konkludente Aussperrungserkl. darstellen. Fordert der AG die AN zum Verlassen der Arbeitsplätze auf, so muss er dabei ausreichend deutl. machen, ob er die AN damit aussperren oder nur auf eine streikbedingte Betriebsstörung reagieren will (BAG 27.6.1995, NZA 1996, 212).
- 261 Beim Kampf um einen VerbandsTV muss der AG zusätzl. darauf hinweisen, dass die Aussperrung **vom AGVerband getragen** wird (BAG 31.10.1995, NZA 1996, 389). Auch diese Kenntnis ist maßgeb. für die Reaktionsmöglichkeiten der ANSeite. An die Klarstellung dürfen keine hohe oder gar förm. Anforderungen gestellt werden. Es reicht aus, wenn sich die Mitwirkung des AGVerbands aus den Umständen ergibt (BAG 31.10.1995, NZA 1996, 389). Bes. wichtig ist ein klarstellender Hinweis, wenn eine Aussperrung zunächst wegen der fehlenden Aussperrungsermächtigung des AGVerbands „wild“ und damit rechtswidrig war, dann aber noch während der Aussperrung vom AGVerband übernommen und damit rechtmäßig wird (zur Übernahme eines „wilden“ Streiks → Rn. 123, 136).
- 262 Für die **Beendigung** der Aussperrung gilt grds. das Gleiche wie für ihren Beginn. Sie muss von dem AGVerband bzw. dem einzelnen AG beschlossen und eindeutig bekannt gemacht werden.
- 263 Mit dem Ende der suspendierenden Aussperrung leben die ArbVerh. wieder in vollem Umf. auf. Der AG hat ledigl. einen geringen zeitl. Spielraum, den Beginn der **Wiederaufnahme der Arbeit** den betriebl. und marktmäßigen Erfordernissen anzupassen, die sich aus der Arbeitsunterbrechung ergeben (BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668).

VII. Erhaltungsarbeiten

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

VIII. Rechtsfolgen im Einzelarbeitsverhältnis

- 265 **1. Ausgesperrte Arbeitnehmer.** Durch die Suspendierung der Hauptpflichten aus dem ArbVerh. entfällt die **Lohnzahlungspflicht** des AG. Der AG braucht auch keine Lohnersatzleistungen zu erbringen, die sonst an die Stelle einer ausfallenden Vergütung treten, zB EFZ an Feiertagen und im Krankheitsfall. Ebenso entfällt der Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld (BAG 22.10.1986,

NZA 1987, 494). Darin liegt kein Verstoß gegen § 612a BGB. Wegen Zuschlägen und Zulagen, Sozialleistungen des AG, Urlaub und Kündigung sowie Sozialvers. → Rn. 201 ff.

2. Nicht ausgesperrte Arbeitnehmer. Die ArbVerh. **nicht ausgesperrter AN** bestehen grds. fort mit allen beiderseitigen Rechten und Pflichten. Jedoch kann die zu erbringende Arbeitsleistung iRd Kampftaktik des AG verändert werden (→ Rn. 175). Auch ist der AG verpflichtet, einem nicht ausgesperrten AN, dessen Beschäftigungsmöglichkeit aussperrungsbedingt entfällt, auf sein Verlangen nach Maßgabe der betriebl. Möglichkeiten eine andere Tätigkeit zu übertragen. Die Grds. der Verteilung des Arbeitskämpfrisikos gelten wie für den Streik auch für die rechtmäßige Aussperrung (BAG 22.12.1980, NJW 1981, 942; → Rn. 142).

IX. Rechtswidrige Aussperrung

Bei rechtswidriger Aussperrung besteht das ArbVerh. unverändert mit allen gegenseitigen Rechten und Pflichten fort. Der AG gerät ggü. dem einzelnen AN in **Annahmeverzug**, § 615 BGB. Er hat die Arbeitsvergütung so zu zahlen, als ob der AN gearbeitet hätte. Soweit dem ausgesperrten AN weitere Schäden entstanden sind, kann er diese vom AG ersetzt verlangen. Er kann vorbeugend auf Unterlassung der Aussperrung klagen und das ArbVerh. aus wichtigem Grund kündigen. Soweit AN von dem rechtswidrigen Aussperrungsbeschl. nicht betroffen sind, ändert sich nichts an ihrer Rechtsstellung. Auch die Grds. des Arbeitskämpfrisikos (→ Rn. 143 ff.) gelten nicht, denn die Folgen der rechtswidrigen Aussperrung muss der AG voll tragen.

Eine **Gewerkschaft** kann bei der rechtswidrigen Aussperrung durch einen AG eine **Unterlassungsklage** erheben. Als Rechtsgrdl. kommt die Friedenspflicht aus einem TV oder aus einem Schlichtungsabk. in Betracht; das setzt allerdings voraus, dass der aussperrende AG tarifgebunden und damit auch selbst friedenspflichtig ist (→ Rn. 124). Ein Unterlassungsanspruch kann daneben auf §§ 1004, 823 I BGB iVm Art. 9 III gestützt werden, denn der Schutz des Art. 9 III richtet sich nicht nur gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, sondern auch gegen Beeinträchtigungen durch den sozialen Gegenspieler (→ Rn. 43 ff.).

Wird die rechtswidrige Aussperrung vom AGVerband getragen, so ist auch dieser neben dem einzelnen aussperrenden AG Adressat von **Gegenansprüchen der Gewerkschaft**, und zwar sowohl aus verletzter Friedenspflicht als auch auf Grund der Schutzpflicht aus Art. 9 III GG iVm § 823 I BGB (zur entspr. Rechtslage bei rechtswidrigen Streiks → Rn. 231).

Anders als bei einem rechtmäßigen Arbeitskampf (→ Rn. 156 ff.) unterliegen die **MBR des BR** bei einer rechtswidrigen Aussperrung keinen arbeitskampfbedingten Einschränkungen.

H. Atypische Arbeitskämpfungsmittel

I. Freiheit der Kampfmittelwahl

Streik und Aussperrung sind die klassischen Arbeitskämpfungsmittel. Daneben gibt es zahlr. **atypische Arbeitskämpfformen** (ausf. RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Callsen S. 25 ff.; Nonnenmühlen S. 101 ff.). Diese sind überw. gewerkschaftl. Reaktionen auf veränderte Rahmenbedingungen, die die klassischen Formen des Arbeitskampfes erheb. erschweren (FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 6). Auch die atypischen Arbeitskämpfformen unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dieser erfasst nicht nur einen historisch gewachsenen absch. numerus clausus von Arbeitskämpfungsmitteln (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 34; BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 23; RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Deinert S. 91 ff.; Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Wroblewski § 17 Rn. 8 ff.; Schaub ArbR-HdB/Treber § 192 Rn. 48; Nonnenmühlen S. 96 ff., der aber eine Beschränkung der Kampf-mittelfreiheit nicht nur durch den Verhältnismäßigkeitsgrds., sondern auch durch den Paritätsgrds. vornehmen will). Die im Schrifttum überw. vertretene Gegenauff. will dagegen ausgehend von einem zivilrechtl. determinierten Verständnis atypische Arbeitskämpfformen nur in Fällen zulassen, in denen sie „bei einer abstrakt-typisierenden Betrachtung für eine funktionierende Tarifautonomie unverzichtbar“ seien (vgl. FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 24; Jacobs ZfA 2011, 71 (85 f.); Franzen JbArbR 47 (2010), 119 (129); Konzen SAE 2008, 1 (7); Otto RdA 2010, 135 (137 ff.); Lobinger FS Krüger, 2017, 249; Sachs/Höfling Rn. 105 ff.). Dem Charakter des Art. 9 III als durch die Verf. – und nicht etwa erst durch das einfache Recht – vorbehaltlos garantiertem Freiheitsrecht (vgl. BVerfG 15.7.2020, NZA 2020, 1644 Rn. 18) entspricht es, dass es grds. „den TVParteien selbst überlassen (ist), ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“ (BVerfG 4.7.1995, NZA 1995, 754 zu C. I. 1. b; BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 41). Die Beurteilung, ob es sich um eine durch Art. 9 III geschützte koalitionspezifische Betätigung handelt, richtet sich grds. nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel (BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 27; BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 34). IE können sich allerdings durchaus Zweifelsfragen ergeben, weil die von der Rspr. zu Streik und Aussperrung entwickelten Grds. nicht ohne weiteres auf atypische Kämpfformen übertragbar sind. Zentraler Prüfungsmaßstab ist auch hier der Grds. der Verhält-

nismäßigkeit im weiten Sinn (BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 25; BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 41; dazu → Rn. 129 ff.), also die Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderl. ist und bezogen auf das Kampfziel angemessen (proportional) eingesetzt wird (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 41). Für die Beurteilung der Angemessenheit eines atypischen Arbeitskämpfungsmittels können zahlr. Umstände eine Rolle spielen, die sich nicht für alle in Betracht kommenden Arbeitskämpfungsmittel absch. beschreiben lassen, sondern je nach Art des Kampfmittels unterschiedl. Bedeutung erlangen (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 45).

II. Partielle Arbeitsverweigerung

- 272 1. Offene Leistungsbeschränkung.** AN können versuchen, den AG unter Druck zu setzen, indem sie ihre Arbeitsleistung nicht insg. verweigern, sondern nur einschränken. Dem traditionellen Streik am nächsten kommt dieses Kampfmittel, wenn die Beschränkung in einem entspr. Kampfbeschl. genau bezeichnet wird und die Rechtsfolge der entspr. **Teilsuspendierung**, also auch der Entgeltkürzung, bestimmbar ist. In Betracht kommt zB die Weigerung, bestimmte Maschinen zu bedienen, oder die Verweigerung von Überstunden und Sonntagsarbeit. Wenn die allg. Anforderungen an einen rechtmäßigen Arbeitskampf gewahrt sind, sind solche Kampfformen zulässig (Gamillscheg KollArbR I § 21 II 1c; Otto ArbeitskämpfR § 10 Rn. 49 ff.).
- 273 2. Verdeckte Leistungsbeschränkung.** Sog. **Bummelstreiks** oder „Go-slow“-Aktionen sind idR kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel. Sie verstoßen gegen das Gebot einer fairen Kampfführung (vgl. BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668), da mit ihnen die Kampfmaßnahme verschleiert und die mit einer Arbeitsverweigerung verbundene Entgeltkürzung umgangen werden soll (FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 86; MHdB ArbR/Ricken § 265 Rn. 8; Otto ArbeitskämpfR § 10 Rn. 48; Nonnenmühlen S. 251; vgl. a. BGH 31.1.1978, NJW 1978, 816; **aA** wohl Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Däubler § 29 Rn. 10 ff.). Auch kollektive Krankmeldungen sind kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel (→ Rn. 282).
- 274** Auch „**Dienst nach Vorschr.**“, bei dem sich die AN kollektiv dümmer stellen, als sie sind, und Vorschr. abw. von der übl. Handhabung anwenden, um so den Arbeitsablauf zu verzögern oder den Leistungsgrad zu mindern, ist idR ein unlauteres und unzulässiges Arbeitskämpfungsmittel (Kissel ArbeitskämpfR § 61 Rn. 10, Otto ArbeitskämpfR § 10 Rn. 48; FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 87; diff. Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Däubler § 29 Rn. 21 ff.; Nonnenmühlen S. 252 f.).

III. Aktive Produktionsbehinderung

- 275** Im Zuge kollektiver Auseinandersetzungen kommt es gelegentl. zu „**aktiv produktionsbehindernden Maßnahmen**“ (vgl. dazu Treber Maßnahmen). Dabei ist zu unterscheiden zwischen typischen Begleithandlungen eines Streiks, die Bestandteil des Streiks als Kampfmittel sind (vgl. BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402 Rn. 29; Otto ArbeitskämpfR § 12 Rn. 2; Treber Maßnahmen S. 108), und andersartigen, eigenständigen Kampfmitteln (vgl. Otto ArbeitskämpfR § 11). Die Grenzen können fließend sein.
- 276** **Typische Begleithandlungen eines Streiks** sind idR die Maßnahmen von Streikposten, wie die Bildung sog. Streikgassen (vgl. Otto ArbeitskämpfR § 12 Rn. 9), oder streikmobilisierende Maßnahmen auf einem Firmenparkplatz (→ Rn. 177; BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402). Dazu gehört auch eine kurzzeitige, vorübergehende Zugangsbehinderung, die nicht darauf angelegt ist, den Betrieb dauerhaft abzuriegeln, sondern dazu dient, Streikunwillige aufzuhalten und anzusprechen (vgl. LAG Hmb 6.1.2013, BeckRS 2013, 66882). Auch ein kurzfristiger, primär demonstrativer Sitzstreik am Arbeitsplatz oder eine Streikversammlung auf dem Betriebsgelände kann eine solche typische Begleithandlung sein (Otto ArbeitskämpfR § 12 Rn. 21; FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 132). Gleiches gilt für eine kurzzeitige „Demonstrationsbesetzung“, die nicht der nachhaltigen Produktionsverhinderung, sondern dazu dient, öffentl. Aufmerksamkeit zu erzeugen. Derartige Aktionen unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dementspr. ist im Einzelfall der Verhältnismäßigkeitsgrds. zu beachten und prakt. Konkordanz zu den ebenfalls grundrechtl. geschützten Positionen des AG herzustellen (vgl. BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402 Rn. 30 ff.).
- 277** Keine typischen Begleithandlungen eines Streiks sind Aktionen, die zwar auch iR eines Arbeitskampfes erfolgen, durch die aber selbst Druck auf den AG ausgeübt werden soll. Hierunter fallen längerfristige **Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen**, durch die nicht etwa nur auf Arbeitswillige eingewirkt, sondern Streikbrecherarbeit, Zulieferung von Material oder die Auslieferung hergestellter Produkte unmögl. gemacht werden soll (zu Bsp. aus der Arbeitskämpfungsgeschichte Treber Maßnahmen S. 58 ff.; Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Unterhinninghofen § 17 Rn. 186). Dabei kommen auch Blockaden in Betracht, die Kunden und Zulieferer aussparen oder sich auf betriebsfremde Streikbrecher beschränken (vgl. Treber Maßnahmen S. 466). Jdf. bei länger andauernden Betriebsblockaden oder gar -besetzungen handelt es sich um massive **Eingriffe** in den **ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** und häufig auch in das grundrechtl. geschützte **Eigentum** des AG (vgl. BAG