



Gibt es einen numerus-clausus der Arbeitskampfformen? Die Flashmob- Problematik und ihre Folgen.

Prof. Dr. Winfried Kluth
Universität Halle-Wittenberg
IGV Tagung „Verfassungsfragen des Arbeitskampfes“
– Humboldt Universität Berlin, 28.06.2013

Arbeitskampfrecht – zwischen thematisch offener Grundrechtsgewährleistung und richterrechtlicher Konkretisierung

- Mit der Abkehr von der sog. Kernbereichslehre hat das Bundesverfassungsgericht die Koalitionsfreiheit in eine stärker am individuellen Freiheitsgebrauch ausgerichtete und thematisch offenere Grundrechtsgewährleistung „umgestaltet“ und dem Grundrecht eine neue Dynamik verliehen.
- Dadurch wurden zugleich das institutionelle Verständnis und die Ausgestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bzw. der Gerichte als Ersatzgesetzgeber zurückgedrängt bzw. höheren Rechtfertigungsanforderungen unterworfen.



Arbeitskampfrecht – zwischen thematisch offener Grundrechtsgewährleistung und richterrechtlicher Konkretisierung

- Im Bereich des Arbeitskampfrechts wird durch diese Entwicklung unter anderem der von der früheren Rechtsprechung entwickelte Ordnungsrahmen, der im Sinne eine „doppelten Gegenseitigkeitsordnung“ (*Kersten*) interpretiert werden kann, auf den Prüfstand gestellt.
- Die sog. Flashmob-Entscheidung des BAG vom 22.09.2009 wird insoweit als Wendepunkt in der Rechtsprechung des BAG kontrovers diskutiert.



Die Flashmob-Entscheidung des BAG vom 22.09.2009



- Flashmob ist ein vielgestaltiges Phänomen das auf dem Prinzip der spontanen Mobilisierung von Personen mit Hilfe von Kommunikationsmedien zur Durchführung von Protestaktionen beruht.
- In dem vom BAG zu entscheidenden Fall wurde auf diese Weise bei geringer Beteiligung von gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern eine Supermarktfiliale „lahmgelegt“.
- Die Entscheidung wirft in allen ihren tragenden Elementen grundsätzliche Fragen auf.

Die tragenden Elemente: „koalitionsspezifisch“



- Rz. 34: „Vielmehr gehört es zur verfassungsrechtlich geschützten Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich **wandelnden Umstände** anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen (*BVerfGE 92, 365; BAGE 123, 134*). Die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitionsspezifisch ist, richtet sich grundsätzlich **nicht nach der Art** des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr **damit verfolgten Ziel**.“
- Kritik: Wenn mit wandelnden Umstände der Mitgliederschwund der Gewerkschaften zu verstehen ist, kann die Einbeziehung Dritter nicht als angemessene Fortentwicklung verstanden werden.

Die tragenden Elemente: „friedlich“



- Rz. 34: „Daher ist es verfassungsrechtlich geboten, eine durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte koalitionsspezifische Betätigung anzunehmen, wenn das von einer Koalition eingesetzte - **friedliche** - Mittel der Durchsetzung eines koalitionsspezifischen Ziels, wie insbesondere der Erzwingung eines Tarifvertrags dient.“
- Kritik: Das von vorneherein nicht auf Einkauf oder Information und Vergleich gerichtete Verhalten ist zivilrechtlich als rechtswidrig zu qualifizieren.

Die tragenden Elemente: Beteiligung Dritter



- Rz. 35: „Entgegen der Auffassung des Klägers ist daher der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG auch nicht etwa deshalb versperrt, weil nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass sich an gewerkschaftlichen „Flashmob-Aktionen“ auch Dritte beteiligen. Hierdurch wird die Aktion nicht typischerweise zum Demonstrationsarbeitskampf, der auf eine kollektive Meinungsäußerung zu etwaigen politischen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Verhältnissen gerichtet ist und nicht der Durchsetzung tariflicher Forderungen dient.“
- Kritik: Dritte können sich nicht auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen und ihr Verhalten kann auch nicht durch Solidarisierung der Legitimationswirkung aus Art. 9 Abs. 3 GG unterworfen werden, soweit man eine solche überhaupt anerkennt.

Die tragenden Elemente: Parität



- Rz. 39: „Unvereinbar mit Art. 9 Abs. 3 GG ist daher eine Ausgestaltung, wenn sie dazu führt, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewahrt ist oder ihre koalitionsmäßige Betätigung weitergehend beschränkt wird, als es zum Ausgleich der beiderseitigen Grundrechtspositionen erforderlich ist (BVerfGE 92, 365; BAGE 123, 134).“
- Kritik: Die Herstellung der Parität ist kein tragfähiges Argument, um den Handlungsrahmen des Art. 9 Abs. 3 GG durch die Einbeziehung Dritter zu erweitern.

Tragende Elemente: Einschätzungsprärogative



- Rz. 42: „Geeignet ist ein Kampfmittel, wenn durch seinen Einsatz die Durchsetzung des Kampfziels gefördert werden kann. Dabei kommt den einen Arbeitskampf führenden Koalitionen eine Einschätzungsprärogative zu. Sie haben einen Beurteilungsspielraum bei der Frage, ob eine Arbeitskampfmaßnahme geeignet ist, Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben. Die Einschätzungsprärogative ist Teil der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Freiheit in der Wahl der Arbeitskämpfungsmittel.“
- Kritik: Für die abstrakte Qualifikation der Zulässigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme kann es keine (einseitige) Einschätzungsprärogative geben. Hier wird eine allgemeine Freiheit der Arbeitskämpfungsmittelkreation postuliert.

Stellungnahmen im Überblick



- „Von der offenen Arbeitseinstellung zur verdeckten Betriebsblockade. Der Arbeitskampf im Wandel zum Partisanenkampf“ (Säcker, NJW 2010, 1115)
- „Flashmob im Arbeitskampf – eine Neuordnung des Kräftegleichgewichts?“ (Maaß, ArbR 2009, 151)
- „Streikrecht 2.0 – Erlaubt ist, was gefällt?“ (Krieger/Günther, NZA 2010, 20)
- „Das neue Arbeitskampfrecht: Das Ende der Friedlichkeit und die Relativierung absolut geschützter Rechte“ (Säcker/Moh, JZ 2010, 433).

Numerus clausus der Arbeitskampfformen versus Arbeitskampffreiheit



- In Gestalt einer weit verstandenen und die „Erfindung“ neuer Instrumente des Arbeitskampfes einschließenden Arbeitskampffreiheit einerseits und dem Konzept eines *numerus clausus* der Arbeitskampfformen andererseits stehen sich zwei Konzeptionen gegenüber, die Ausdruck grundsätzlich verschiedener Interpretationen der Koalitionsfreiheit sind.
- Die Konzeption eines *numerus clausus* der Arbeitskampfmittel knüpft an ein striktes Verständnis der Friedenspflicht, eine Begrenzung des Arbeitskampfrechts auf betroffene Beschäftigte, eine weite Zurechnung von Exzessen und eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf abstrakt-prognostischen Ebene an.

Numerus clausus der Arbeitskampfformen versus Arbeitskampffreiheit



- Sie ist in ein institutionelles Grundverständnis eingebunden, das den Arbeitskampf als Auseinandersetzung zwischen den um den Tarifvertrag ringenden Arbeitgebern und Arbeitnehmern versteht und dabei nur geringfügige Erweiterung des am Arbeitskampf beteiligten Personenkreises zulässt.
- Zudem wird das verfassungsrechtliche Verbot der Verletzung von Rechten (Dritter) im Rahmen eines grundrechtlichen Freiheitsgebrauchs besonders hervorgehoben.

Numerus clausus der Arbeitskampfformen versus Arbeitskampffreiheit



- Die Konzeption einer offen und dynamisch verstandenen Arbeitskampffreiheit betont demgegenüber die Freiheit der Koalitionen, ihre Kampfmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen (atypische Kampfmittel), soweit dies erforderlich ist, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen sowie in diesem Zusammenhang auch Dritte bzw. die Öffentlichkeit in den Arbeitskampf einzubeziehen.
- Eine Beschränkung des Arbeitskampfes auf die arbeitsvertraglichen Hauptleistungen bzw. ihre Verweigerung wird abgelehnt. Zugleich wird die Koalitionsfreiheit als ein Grundrecht verstanden, das grundsätzlich rechtswidrige Verhaltensweisen „legalisieren“ kann.

Die Flashmob-Entscheidung als Rechtsprechungswende?



- „Eine streikbegleitende Aktion, 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, ist **nicht generell unzulässig**. Der damit verbundene Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des betroffenen Arbeitgebers kann aus Gründen des Arbeitskampfrechts gerechtfertigt sein, wenn dem Arbeitgeber **wirksame Verteidigungsmöglichkeiten** zur Verfügung stehen. (Rn.31)“ (Leitsatz der Entscheidung).
- Kritik: das ist zu **unsicher** und **falsch**

Die Flashmob-Entscheidung als Rechtsprechungs- wende?



- Trotz der negativen Formulierung („nicht generell unzulässig“) stellt die Entscheidung eine grundsätzliche Neuausrichtung dar, u.a. weil sie eine explizite Absage an einen numerus clausus der Arbeitskampfmittel enthält (Rn. 34), die Beteiligung Dritte am Arbeitskampf legitimiert (Rn. 35) und die Verhältnismäßigkeitskontrolle nur auf den konkreten Fall bezieht (Rn.41). .

Zustimmung, Kritik und Rückbindung



- Zustimmung hat die Entscheidung des BAG vor allem mit der Begründung, dass die Gewerkschaften in einigen, vor allem prekären Bereichen des Arbeits- und Wirtschaftslebens nur eine ausreichende Verhandlungsmacht erreichen können, wenn sie die Öffentlichkeit und Dritte für ihre Zwecke mobilisieren können.
- Zudem wird betont, dass die Einschätzung der Erforderlichkeit der Nutzung neuer Kampfmittel sowie die Abschätzung der Beherrschbarkeit des Verhaltens des Verhaltens der zur Unterstützung aufgerufenen Dritten durch die Arbeitsnehmerkoalitionen in Bezug auf den Einzelfall zu erfolgen habe. Eine generelle Beurteilung durch die Gerichte (als Ersatzgesetzgeber) sei unzulässig.

Zustimmung, **Kritik** und Rückbindung



- Kritisiert wird an der Entscheidung insbesondere die Aufweichung der Friedenspflicht, die problematische Erweiterung der Akteure und die damit verbundene strukturelle Veränderung des Arbeitskampfes sowie der unrealistische Hinweis des BAG auf „wirksame Verteidigungsmittel“ der Arbeitgeber, die bei genauerer Betrachtung nicht existieren.
- Zudem wird eine „Ausblendung institutionellen Verfassungsdenkens“ moniert (Kersten).

Zustimmung, Kritik und **Rückbindung**



- Das BAG und die Befürworter der Entscheidung sichern ihre Argumentation durch eine vielfache Rückbindung an Aussagen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ab und können sich dabei in der Tat auf eine in dieser Rechtsprechung zu beobachtende Tendenz der Subjektivierung und Dynamisierung des Grundrechtsverständnisses berufen.
- Allerdings sind die betreffenden Passagen jeweils zu allgemein gefasst, um auf sie die konkreten Schlussfolgerungen zu stützen.

Abschied vom Ordnungsdenken oder Ruf nach dem ordnenden Gesetzgeber



- Die Abkehr von der Kernbereichslehre in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedeutet nicht, dass die Koalitionsfreiheit in geringerem Maße auf eine (rechtliche) Ausgestaltung angewiesen ist, sondern verändert lediglich die Anforderungen an die Rechtfertigung.
- Ein Grundrechtsverständnis, das der Koalitionsfreiheit in ähnlicher Weise wie der Meinungsfreiheit eine begrenzte Legalisierungskraft verleiht, kann auf diesem Wege ebenso wenig begründet werden wie durch den Verweis auf veränderte Rahmenbedingungen für die Gewerkschaften in einigen Berufsfeldern.

Abschied vom Ordnungsdenken oder Ruf nach dem ordnenden Gesetzgeber



- Die durch die Öffnung der Arbeitskämpfungsmittel begründete Ungewissheit und geminderte Vorausehbarkeit kann nur begrenzt durch eine nachträgliche Kontrolle durch Rechtsprechung kompensiert werden und verlangt im Zweifel nach der ordnenden Hand des Gesetzgebers.
- Seine Aufgabe wäre es auch, eine moderate Fortentwicklung der Arbeitskämpfungsmittel auf den Weg zu bringen, wobei der bisherige institutionelle Rahmen grundsätzlich beibehalten werden sollte.

Fazit

- Es gibt keinen starren numerus-clausus der Arbeitskämpfungsmittel.
- Eine Weiterentwicklung der Arbeitskämpfungsmittel kann aber nur innerhalb der Grenzen des Art. 9 Abs. 3 GG erfolgen und darf nicht der Entscheidung der Arbeitnehmer überlassen werden.
- Wer grundlegenden strukturellen Anpassungsbedarf im Tarifwesen reklamiert muss den Gesetzgeber zur Neu-Ausgestaltung aufrufen – auch des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG.



Literatur

- *Maaß*, Flashmob im Arbeitskampf - eine Neuordnung des Kräftegleichgewichts?, ArbR 2009, 151
- *Rehder/Deinert/Callsen*, Atypische Arbeitskampfformen der Arbeitnehmerseite - sozialwissenschaftliche Grundlagen und rechtliche Rahmenbedingungen, ArbuR 2012, 103
- *Säcker/Mohr*, Das neue Arbeitskampfrecht, JZ 2010, 433 ff.
- *Thüsing/Waldhoff*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsrechtskampf - Eine verfassungsrechtliche Positionsbestimmung der Flashmob-Entscheidung des BAG, ZfA 2011, 329 ff.

