

PAULA JOHANNA ZSCHOCHÉ

Haftung der Gewerkschaft für Arbeitskämpfe

Beiträge zum Arbeitsrecht

22

Mohr Siebeck

Beiträge zum Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Martina Benecke, Felix Hartmann,
Sudabeh Kamanabrou, Hartmut Oetker

22



Paula Johanna Zschoche

Haftung der Gewerkschaft für Arbeitskämpfe

Mohr Siebeck

Paula Johanna Zschoche, geb. 1993; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg; 2018 Erste juristische Staatsprüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht an der Universität Heidelberg; 2022 Promotion; 2023 Zweite juristische Staatsprüfung.

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Zugleich Dissertation Heidelberg 2022

ISBN 978-3-16-162137-6 / eISBN 978-3-16-163330-0

DOI 10.1628/978-3-16-163330-0

ISSN 2509-9973 / eISSN 2569-3840 (Beiträge zum Arbeitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2022 von der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Aktuelle Rechtsprechung und Literatur wurden bis August 2023 eingearbeitet.

Ich danke vor allem meinem akademischen Lehrer Herrn Prof. Dr. Thomas Lobinger für die engagierte Betreuung, die wertvollen Anregungen und die wunderbare Zeit am Lehrstuhl. Weiter danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung für die Gewährung eines Druckkostenzuschusses. Dankbar bin ich auch der Heinrich-Böll-Stiftung, die mich während des Studiums und der Promotion in ideeller und finanzieller Hinsicht gefördert hat. Dank gebührt ferner Herrn Prof. Dr. Markus Stoffels für die Erstellung des Zweitgutachtens. Für die stete Diskussionsbereitschaft danke ich besonders Herrn Dr. David Yang.

Herzlich danken möchte ich auch Herrn Tobias Zschoche und meinen Eltern für die liebevolle Unterstützung und Begleitung während der Erstellung dieser Arbeit.

Heidelberg, im Dezember 2023

Paula Johanna Zschoche

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
Teil 1: Zum herrschenden Verständnis des Arbeitskampfes und seiner Rechtsfolgen	7
<i>A. Die unzulängliche Erfassung des Arbeitskampfes als verfassungsmäßig erlaubtes Druckmittel</i>	7
I. Das Verhandlungungleichgewicht im Arbeitsrecht als unstreitiger Ausgangspunkt	7
II. Die unzulängliche Einordnung des Arbeitskampfes als verfassungsmäßig erlaubtes Druckmittel	9
III. Das Tarifsysteem als Mechanismus marktmäßiger Preisbildung	13
IV. Die (begrenzte) Bedeutung internationaler Vorgaben	16
<i>B. Die fragwürdige Begründung der Haftung für rechtswidrige Arbeitskämpfe über das „Recht am Gewerbebetrieb“</i>	22
I. Fehlende Verankerung eines „Rechts am Gewerbebetrieb“ in der Rechtsordnung	23
II. Die problematische Fallgruppe des rechtswidrigen Arbeitskampfes	35
III. Ergebnisse	42
Teil 2: Haftung als Reaktion auf die Verletzung subjektiver Rechte	45
<i>A. Das Privatrecht als Rechtszuweisungsordnung</i>	45
I. Das subjektive Recht als Bezugspunkt der Haftung	45
II. Verteidigung der Rechtszuweisungskonzeption gegen alternative Modelle	46
III. Mechanismen der Rechtszuweisung	49
IV. Reaktion auf die Verletzung subjektiver Rechte	52

<i>B. Die begrenzte Tragfähigkeit anderer deliktischer Haftungsbegründungen</i>	54
I. Eigentumsverletzungen im Arbeitskampf	54
II. Verletzung des Forderungsrechts	68
III. Verletzung von Schutzgesetzen im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB	79
IV. Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB	116
V. Zusammenfassung der Verletzung absoluter Rechte	137
<i>C. Die Entwicklung der Haftung aus relativen Rechten</i>	138
I. Autonom begründete Rechte der Tarifparteien	139
II. Schutzpflichten als heteronom begründete, relative Rechte	141
III. Schutzpflichten zwischen den Arbeitskampparteien	179
IV. Zusammenfassung der Verletzung relativer Rechte	216
<i>D. Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Rechtsverletzungen</i>	218
I. Verletzung absoluter Rechte	218
II. Schutzpflichtverletzungen	227
 Teil 3: Die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	229
<i>A. Verschuldensmaßstab</i>	229
I. Rechtsirrtum und Verschulden im bürgerlichen Recht	230
II. Besonderheiten der Arbeitskampfhaf tung	238
III. Verantwortlichkeit der Verbände für Organe und Gehilfen	250
IV. Exkurs: Verschulden einzelner Verbandsmitglieder	252
<i>B. Rechtsfolge: Ausgleich von adäquat kausal verursachten Schäden</i>	257
I. Haftungsausfüllende Kausalität und Schadenszurechnung	257
II. Insbesondere: Rechtmäßiges Alternativverhalten	259
III. Schadensersatz in Geld	261
IV. Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB	268
<i>C. Zur Frage einer Haftungsbegrenzung</i>	276
I. Verfassungskonformität der Haftung de lege lata	277
II. Einführung einer Haftungsbeschränkung de lege ferenda	285
<i>D. Exkurs: Die gesamtschuldnerische Haftung der Verbandsmitglieder</i>	288
 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	291
Literaturverzeichnis	299
Sachregister	331

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
Teil 1: Zum herrschenden Verständnis des Arbeitskampfes und seiner Rechtsfolgen	7
<i>A. Die unzulängliche Erfassung des Arbeitskampfes als verfassungsmäßig erlaubtes Druckmittel</i>	<i>7</i>
I. Das Verhandlungsungleichgewicht im Arbeitsrecht als unstreitiger Ausgangspunkt	7
II. Die unzulängliche Einordnung des Arbeitskampfes als verfassungsmäßig erlaubtes Druckmittel	9
III. Das Tarifsysteem als Mechanismus marktmäßiger Preisbildung	13
IV. Die (begrenzte) Bedeutung internationaler Vorgaben	16
1. Art. 6 Nr. 4 ESC	16
2. Art. 11 EMRK	19
3. Art. 28 EuGRC	21
4. Fazit	22
<i>B. Die fragwürdige Begründung der Haftung für rechtswidrige Arbeitskämpfe über das „Recht am Gewerbebetrieb“</i>	<i>22</i>
I. Fehlende Verankerung eines „Rechts am Gewerbebetrieb“ in der Rechtsordnung	23
1. Unklarheit über die rechtlichen Grenzen des Gewerbebetriebs	23
a) Fehlende Definition des Gewerbebetriebs	25
b) Systemwidrige Lösung der Eingriffshandlungen vom Schutzbereich des Rechts	26
c) Fragwürdige Rechtswidrigkeitsprüfung	27

2. Unvereinbarkeit des „Gewerbebetriebs“ mit dem System des Deliktsrechts	30
a) Subsidiarität einer Rechtsverletzung als Fremdkörper in der Rechtsschutzordnung	30
b) Planwidrige Einführung einer allgemeinen deliktischen Generalklausel	31
c) Diskriminierung der Vermögensverluste von Privatpersonen	31
3. Keine (richterrechtliche) Umgestaltung des Systems	33
a) Fehlende gesetzliche Grundlage	33
b) Fehlende gewohnheitsrechtliche Verfestigung	35
II. Die problematische Fallgruppe des rechtswidrigen Arbeitskampfes	35
1. Arbeitskampf als genuin unerlaubte Handlung	35
2. Deliktischer Schutz vertraglicher Beziehungen	37
3. Asymmetrische Haftung der Verbände	38
4. Fragwürdige Bestimmung der Anspruchsberechtigten bei Drittschäden	39
5. Widersprüche zur Haftung bei Aufruf zum Vertragsbruch durch nicht-gewerkschaftliche Akteure	40
III. Ergebnisse	42
 Teil 2: Haftung als Reaktion auf die Verletzung subjektiver Rechte	45
<i>A. Das Privatrecht als Rechtszuweisungsordnung</i>	45
I. Das subjektive Recht als Bezugspunkt der Haftung	45
II. Verteidigung der Rechtszuweisungskonzeption gegen alternative Modelle	46
III. Mechanismen der Rechtszuweisung	49
IV. Reaktion auf die Verletzung subjektiver Rechte	52
 <i>B. Die begrenzte Tragfähigkeit anderer deliktischer Haftungsbegründungen</i>	54
I. Eigentumsverletzungen im Arbeitskampf	54
1. Verweigerung der Arbeitsleistung als Rechtsverletzung	55
a) Die Diskussion zur Nutzungsbeeinträchtigung	56
b) Bestimmung der Rechtsverletzung ausgehend vom verletzten Recht	58
c) Die Irrelevanz von Substanzschäden für die Rechtsverletzung	59
d) Ausnahmsweise besondere Sachverantwortung der Arbeitnehmer	59
2. Verletzung durch sonstige Kampfmaßnahmen	60
a) Betriebsblockade	60

b) Betriebsbesetzung	63
c) „Flashmob“	64
3. Verletzung des Eigentums durch Unterlassen von Sicherungs- und Überwachungsmaßnahmen	64
4. Besitzstörungen als mit der Eigentumsverletzung verwandtes Problem	66
5. Exkurs: Ansprüche Dritter gegen die kampfführende Gewerkschaft	68
II. Verletzung des Forderungsrechts	68
1. Schutz des Gläubigers vor Anmaßungen der rechtlichen Zuständigkeit	69
2. Deliktischer Schutz vor Herbeiführung der Unmöglichkeit	72
3. Schutz vor externen Einwirkungen auf die Leistungsbereitschaft	75
4. Fazit	78
III. Verletzung von Schutzgesetzen im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB	79
1. Strafbarkeit der Nötigung, § 240 StGB	80
a) Tatbestandsmäßigkeit	80
b) Rechtswidrigkeit	81
aa) Verhältnis zur Sittenwidrigkeit	82
bb) Anfechtbarkeit durch Drohung erzwungener Erklärungen nach § 123 BGB	83
(a) Verhältnis der Nötigung zu § 123 BGB	84
(b) Anfechtbarkeit bei Drohung mit unzulässiger Rechtsausübung	84
(c) Schlussfolgerung	87
cc) Verwerflichkeit des rechtswidrigen Arbeitskampfes	87
c) Schutzzweckzusammenhang	88
2. Strafbarkeit der Erpressung, § 253 StGB	89
3. Schutz der Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG	89
a) Schutzgesetzeigenschaft	90
b) Tatbestand des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG	91
aa) Die notwendige Unterscheidung von Koalierungsprozess und Tarifautonomie	92
bb) Privates Abwehrrecht zugunsten des Koalierungsprozesses	94
cc) Kein privates Abwehrrecht zugunsten der Betätigung als Kollektiv	95
dd) Zusammenfassung	98
c) Schutzzweck der Norm	99
d) Exkurs: Ansprüche der Verbände aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB	99

4. Arbeitskampfrechtsprechung	100
a) Gesetzesqualität der Rechtsprechung	100
aa) Gestaltungskompetenz der Gerichte	102
bb) Folgen kompetenzübersteigender Rechtsprechung	103
cc) Bindungswirkung von Präjudizien	104
dd) Zwischenergebnis	105
b) Partielle gewohnheitsrechtliche Verfestigung	107
c) Funktion und Schutzrichtung der Voraussetzungen rechtmäßiger Arbeitskämpfe	110
5. Schutzgesetze zur Abwehr bestimmter Arbeitskämpfe	113
a) Wahrheitswidrige Krankmeldung („Go sick“) als Verstoß gegen § 263 Abs. 1 StGB	114
b) Betriebsverfassungswidrige Arbeitskämpfe als Verletzung von § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG	115
c) Arbeitskämpfe um Höchstarbeitsbedingungen als Verstoß gegen § 4 Abs. 3 TVG	115
IV. Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB	116
1. Allgemeine Voraussetzungen der Haftung	117
a) Zum Maßstab der Sittenwidrigkeit	117
aa) Die rechtliche Irrelevanz von Moralvorstellungen der Gesellschaft	118
bb) Die legitimatorische Schwäche persönlicher Wertungen des Richters	120
cc) Die methodengerechte Konkretisierung aus rechtsimmanenten Wertungen	121
(a) Materielle Rechtsprinzipien als Bestandteil des Rechts	122
(b) Grundrechte als Prinzipien des Privatrechts	122
(c) Die notwendige Offenkundigkeit der Rechtsprinzipien	124
b) Schutzzweckzusammenhang	125
c) Subjektive Voraussetzungen	125
2. Sittenwidrige Schädigung durch rechtswidrige Arbeitskämpfe	126
a) Arbeitskampf als sittenwidrige „Verleitung zum Vertragsbruch“	127
aa) Sittenwidrigkeit des rechtswidrigen Arbeitskampfaufrufs	128
bb) Subjektive Voraussetzungen der Haftung	132
b) Sittenwidrigkeit eines Handelns aus reiner Schädigungsabsicht	134
c) Generelle Sittenwidrigkeit bestimmter Kampfmittel	134
d) Gemeinschaftsschädigende Arbeitskämpfe	135
3. Exkurs: Ersatzansprüche kampfunbeteiligter Dritter gegen die Gewerkschaft aus § 826 BGB	136
V. Zusammenfassung der Verletzung absoluter Rechte	137

C. Die Entwicklung der Haftung aus relativen Rechten	138
I. Autonom begründete Rechte der Tarifparteien	139
II. Schutzpflichten als heteronom begründete, relative Rechte	141
1. Entwicklung und Begründung der Schutzpflichten	141
a) Historische Entwicklung: Von c.i.c. und p.V.v. zu § 241 Abs. 2 BGB	142
b) Keine autonome Pflichtenbegründung	146
aa) Fiktion einer rechtsgeschäftlichen Begründung	146
bb) Semi-privatautonome Begründungsansätze	147
c) Materielle Rechtfertigung heteronom begründeter Schutzpflichten	148
aa) Gegenseitiges Vertrauen der Parteien	149
bb) Tatsächlicher Kontakt und erhöhte Einwirkungsmöglichkeiten	151
cc) Schutz des Rechtsverkehrs	152
dd) Verzichtbarkeit einer zusätzlichen Rechtfertigung als Lösung	153
ee) Fazit	155
2. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Schutzpflichthaftung	155
a) Tatbestand der Sonderverbindung	155
aa) Sonderverbindung als faktische Leistungsbeziehung	155
bb) Beginn und Ende der Sonderverbindung	159
b) Konkretisierungsmaßstab der Verhaltenspflichten	160
aa) Schutzzweck der Haftung aufgrund leistungsbezogener Individualisierung	161
bb) Begrenzte Aussagekraft der Parteivereinbarung	164
cc) Berücksichtigungsfähigkeit der Grundrechte	166
dd) Keine Relevanz der Kosten-Nutzen-Verteilung im Einzelfall	167
ee) Zwischenergebnis	168
3. Systematische Einordnung der Schutzpflichten	169
4. Zur Anwendbarkeit der vertraglichen Sonderregelungen	171
aa) Gehilfenhaftung nach § 278 BGB	171
bb) Beweislastverteilung nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB	175
III. Schutzpflichten zwischen den Arbeitskämpfparteien	179
1. Begründung einer Sonderverbindung der Arbeitskämpfparteien	179
a) Tarifbeziehung als Sonderverbindung	179
aa) Tarifverhandlung als pflichtenauslösende Vertragsverhandlung	179

bb) Arbeitskampf als tarifbezogene Anbahnungshandlung	182
cc) Beschränkte persönliche Reichweite der tarifbezogenen Sonderverbindung	183
b) Sonderverbindung aufgrund des Einflusses der Verbände auf das Arbeitsverhältnis	185
aa) Verband als mandatierte Vertretung der Mitglieder	185
bb) Kampfaufruf des Verbandes als rechtsgestaltende Modifikation des Arbeitsvertrags	188
(a) Kollektivbindung des Arbeitskampfes als zentrale Rechtmäßigkeitsvoraussetzung	189
(b) Funktion der Kollektivbindung des Arbeitskampfes	190
(c) Dogmatische Konstruktion der Kollektivbindung des Streiks	192
(d) Folgerungen für die Begründung einer Sonderverbindung	195
(α) Sonderverbindung kraft Verfügungsbefugnis	195
(β) Sonderverbindung im Arbeitskampfrecht	197
(γ) Einordnung in § 311 Abs. 3 S. 1 BGB	198
(δ) Personelle Reichweite der Sonderverbindung	198
2. Die bestehenden Schutzpflichten im Einzelnen	199
a) Pflicht zur rechtskonformen Ausübung des Gestaltungsrechts	200
aa) Grundlegendes	200
bb) Folgerungen für die Grenzen der Rechtsverletzung	202
b) Pflichten zur Unterlassung sonstiger Arbeitskämpfe	204
c) Sonstige Rücksichts- und Sorgfaltspflichten	206
3. Vereinbarter Haftungsausschluss	208
4. Exkurs: Folgerungen für weitere Rechtsbeziehungen	209
a) Haftung der Gewerkschaft gegenüber dem Arbeitgeberverband	209
b) Haftung des Arbeitgeberverbands gegenüber den Arbeitnehmern	210
c) Haftung der Gewerkschaft gegenüber kampfunbeteiligten Dritten	211
aa) Das grundsätzliche Fehlen einer Sonderverbindung zu Dritten	211
bb) Das ausnahmsweise Zustandekommen einer Sonderverbindung im Fall der Arbeitnehmerüberlassung	213
d) Haftung politischer Gruppierungen und anderer nicht-gewerkschaftlicher Akteure gegenüber dem Arbeitgeber	215
IV. Zusammenfassung der Verletzung relativer Rechte	216

<i>D. Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Rechtsverletzungen</i>	218
I. Verletzung absoluter Rechte	218
1. Keine Rechtfertigung aus Art. 9 Abs. 3 GG	220
a) Unmittelbare Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG	220
b) Mittelbare Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG	221
2. Fehlende rechtfertigende Kraft des Richterrechts	223
3. Rechtfertigung von tatbestandsmäßigen Rechtsverletzungen nach zivilrechtlichen Grundsätzen	223
4. Kein weitergehender ungeschriebener Rechtssatz	226
II. Schutzpflichtverletzungen	227
 Teil 3: Die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs	229
<i>A. Verschuldensmaßstab</i>	229
I. Rechtsirrtum und Verschulden im bürgerlichen Recht	230
1. Bezugspunkt des Vorwurfs	231
2. Vorbeugende Klärungsmöglichkeiten	234
a) Zulässigkeit vorbeugender gerichtlicher Klärung	234
aa) Leistungsklage	234
bb) Feststellungsklage	235
cc) Einstweiliger Rechtsschutz	235
b) Klärung der Rechtslage durch untergerichtliche Entscheidungen	236
c) Zwischenergebnis	238
II. Besonderheiten der Arbeitskampfhftung	238
1. Unzumutbarkeit der Unterlassung von potenziell rechtswidrigen Arbeitskämpfen	240
a) Existenzbedrohende Haftungssummen	241
b) Rechtsunsicherheit durch richterrechtliche Prägung	241
c) Gestaltungsbedürfnis der Tarifpartner	242
d) Zusammenfassung	245
2. Vorbeugende Klärungsmöglichkeiten	245
a) Feststellungsklage	245
b) Einstweiliger Rechtsschutz	246
aa) Quasi-endgültiger Effekt von einstweiligen Verfügungen .	246
bb) Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung	247
c) Auswirkungen auf das Verschulden	249
III. Verantwortlichkeit der Verbände für Organe und Gehilfen	250
IV. Exkurs: Verschulden einzelner Verbandsmitglieder	252
1. Vermeidbarkeit eines Rechtsirrtums der Verbandsmitglieder	252
2. Zurechnung des Verbandsverschuldens gem. § 278 BGB	255

<i>B. Rechtsfolge: Ausgleich von adäquat kausal verursachten Schäden . . .</i>	257
I. Haftungsausfüllende Kausalität und Schadenszurechnung	257
II. Insbesondere: Rechtmäßiges Alternativverhalten	259
III. Schadensersatz in Geld	261
1. Abzug ersparter Aufwendungen	262
2. Kosten für (Ersatz-)Personal	262
3. Zahlungspflichten gegenüber Vertragspartnern	264
4. Entgangene Gewinne	266
5. Frustrierte Aufwendungen	266
IV. Mitverschulden des Geschädigten, § 254 BGB	268
1. Begrenzte Obliegenheit zur Abwehr des rechtswidrigen Arbeitskampfes	269
a) „Aushalten“ eines rechtswidrigen Arbeitskampfes als eigenständiges Kampfmittel	269
b) Aufklärungsobliegenheiten des Kampfgegners	271
c) Obliegenheit zur Einlegung von Rechtsbehelfen	273
2. Keine Obliegenheit zu dauerhaften präventiven Maßnahmen nach § 254 Abs. 1 BGB	274
3. Obliegenheit zur schadensmindernden Reaktion auf konkrete Kampfmaßnahmen	275
<i>C. Zur Frage einer Haftungsbegrenzung</i>	276
I. Verfassungskonformität der Haftung de lege lata	277
1. Die fehlende Bestandsgarantie für einzelne Koalitionen	277
a) Die prinzipielle Verfassungskonformität der Existenzgefährdung durch allgemeine Regeln	278
b) Keine ausnahmsweise Erforderlichkeit eines Bestandsschutzes	279
2. Die Schutzlosigkeit rechtswidriger Arbeitskämpfe	280
3. Die Auswirkungen auf rechtmäßige Arbeitskämpfe	281
a) Zur tatsächlichen prohibitiven Wirkung in der Vergangenheit	282
b) Die geringe theoretische Möglichkeit einer prohibitiven Wirkung	283
c) Die Verfassungskonformität des verbleibenden Restrisikos	283
d) Die systematische Unstimmigkeit einer nachträglichen Korrektur	284
4. Exkurs: Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung für die streikbeteiligten Arbeitnehmer	284
II. Einführung einer Haftungsbeschränkung de lege ferenda	285
1. Mäbigende Effekte der Haftung	285
2. Systemstärkende Effekte der Haftungsrisiken	286
3. Rechtsentwicklung als öffentliche Aufgabe	287
<i>D. Exkurs: Die gesamtschuldnerische Haftung der Verbandsmitglieder</i>	288

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	291
Literaturverzeichnis	299
Sachregister	331

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Auffassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebsberater
Beck-OGK	Beck-online. Großkommentar zum Zivilrecht
beckOK-ArbgR	Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht
beckOK-BGB	Beck'scher Online-Kommentar zum BGB
beckOK-ZPO	Beck'scher Online-Kommentar zur ZPO
Bensh. Samml.	Bensheimer Sammlung der Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Beschl.	Beschluss
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
ESC	Europäische Sozialcharta
EuArbR	Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht
EU-GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht

f.	folgende
ff.	fortfolgende
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KF	Karlsruher Forum
KritJ	Kritische Justiz
KritVjsch	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesgerichte
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHdbArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüKo-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	NomosKommentar zum Strafgesetzbuch
NK-ZV	NomosKommentar zum Gesamten Recht der Zwangsvollstreckung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
ÖZBI	Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz
s.	siehe

SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
SR	Soziales Recht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Böckler-Stiftung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Einleitung

Arbeitskämpfe verursachen Schäden. Ihre Auswirkungen treffen nicht nur die unmittelbar Beteiligten, sondern reichen bis in die Mitte der Wirtschaft und der Gesellschaft. Fragt man nach der Pflicht zum Ersatz dieser Schäden und dem Recht, die Unterlassung des Arbeitskampfes zu verlangen, besteht im Ergebnis weitgehend Einigkeit: Die Schädigung durch einen rechtswidrigen Arbeitskampf muss jedenfalls von den Adressaten der Maßnahme nicht hingenommen werden.¹ Insbesondere die für einen Arbeitskampf verantwortliche Gewerkschaft steht im Zentrum der Betrachtungen. Der einzelne Arbeitnehmer ist aufgrund seines im Vergleich zu den verursachten Schäden geringen Vermögens in der Praxis als Anspruchsgegner regelmäßig uninteressant. Arbeitgeberseitige Kampfmaßnahmen haben heute nur noch eine geringe praktische Relevanz. Vor allem steht im Fall einer rechtswidrigen Aussperrung meist der Arbeitgeber als solventer Schuldner zur Verfügung. Die Inanspruchnahme des Arbeitgeberverbandes scheint daher nicht erforderlich zu sein.

Nicht nur aus praktischer, auch aus rechtsdogmatischer Perspektive steht die Haftungsbeziehung des kampfbetroffenen Arbeitgebers zu den kampfführenden Arbeitnehmerverbänden im Mittelpunkt des Interesses. Zwischen den Parteien des Individualarbeitsverhältnisses ist die Rechtslage bei rechtswidrigem Arbeitskampf weitgehend geklärt, denn die Parteien verletzen mit der unzulässigen Leistungsverweigerung ihre vertraglichen Pflichten.² Die Gewerkschaft hingegen steht – jedenfalls vor Abschluss des ersten Tarifvertrages – in keiner eigenen Ver-

¹ Siehe dazu nur die zahlreichen im Folgenden genannten haftungsbejahenden Stellungnahmen. Selbst wenn die (finanziellen) Belastungen für die Arbeitnehmerverbände für untragbar gehalten werden, wird nicht etwa ein Ausschluss der Haftung, sondern allenfalls eine Deckelung vorgeschlagen, *Malorny*, Haftung der Gewerkschaft, S. 99 ff.; *Nitsche/Dette/Ögüt* in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, § 22 Rn. 155 ff. Ausführlich dazu unter Teil 3: C, S. 276 ff. Weitere Korrekturversuche setzen bei dem Verschuldensmaßstab und der Abwehrbarkeit des Arbeitskampfes mittels einstweiliger Verfügung an, dazu ausführlich unter Teil 3: A, S. 229 ff. Diese Vorschläge beziehen sich jedoch nicht auf eindeutig rechtswidrige Arbeitskämpfe, sondern beschränken sich auf rechtlich *zweifelhafte* Kampfmaßnahmen. Auch hier wird daher die prinzipielle Verantwortlichkeit für rechtswidrige Arbeitskämpfe nicht in Frage gestellt.

² Dazu etwa *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 733 ff.; *Linsenmaier* in ErfK²³, Art. 9 GG, Rn. 232, 267; *Nitsche/Dette/Ögüt* in Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, § 22 Rn. 2 ff.

tragsbeziehung zu dem Arbeitgeber. Ihr „Fehlverhalten“ bei einem rechtswidrigen Arbeitskampf beschränkt sich *prima facie* auf den Aufruf zu einer Vertragspflichtverletzung. Dementsprechend sind die vorgeschlagenen Begründungen für die rechtliche Verantwortlichkeit überaus heterogen.³ Handelt es sich um eine Verletzung des Gewerbebetriebs⁴, des Eigentums⁵ oder der Forderung als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB⁶? Wurde gegen Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, wie etwa § 240 StGB⁷, Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG⁸ oder gesetzesvertretende Sätze des Richterrechts⁹ verstoßen? Liegt eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB vor, zum Beispiel durch eine „Verleitung zum Vertragsbruch“¹⁰? Oder ist die Haftungsgrundlage vielmehr in den relativen Rechtsbeziehungen der Beteiligten, insbesondere den Schutzpflichten zu suchen¹¹? Die Voraussetzungen der Haftung, ihre Grenzen und auch der Kreis der Berechtigten und Verpflichteten divergieren in Abhängigkeit von der gewählten Lösung. Bereits die Frage nach der richtigen Grundlage für eine Haftung erweist sich trotz der intensiven Aufmerksamkeit aus der Literatur als ungeklärtes Rechtsproblem.

Die offenen Fragen gehen noch darüber hinaus: Gibt es eine Möglichkeit, im Arbeitskampf erfolgte Rechtsverletzungen zu rechtfertigen? Nach welchem Maßstab ist das Verschulden der kampf führenden Verbände und ihrer Mitglieder zu beurteilen? Welche Obliegenheiten treffen den Kampfadressaten zur Abwehr der drohenden Schäden? Und ist zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Tariffsystems eine Obergrenze für die Schadensersatzpflicht erforderlich? Ohne gesicherte Erkenntnisse über die Grundlage der Arbeitskampfhafung können diese Folgefragen nicht beantwortet werden.

³ Eine ausführliche Darstellung der historischen Entwicklung der vielfältigen Diskussionslinien bis in die Gegenwart bei *Kipp*, Die Entwicklung der haftungsrechtlichen Beurteilung von Arbeitskämpfen.

⁴ So insbesondere das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung BAG, Urt. v. 25.08.2015 – 1 AZR 754/13, BAGE 152, 240; BAG, Urt. v. 05.03.1985 – 1 AZR 468/83, BAGE 48, 160; BAG, Urt. v. 04.05.1955 – I AZR 493/54, BAGE 2, 75. Ebenso aus der Literatur *Beater* in *Soergel*¹³, § 823 BGB Anh. V, Rn. 11; *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, S. 219; *Buchner*, Gewerbebetrieb, S. 148; *Hager* in *Staudinger*²⁰¹⁷, § 823 BGB, Rn. D 47; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 727; *Linsenmaier* in *ErfK*²³, Art. 9 GG, Rn. 224 ff.; *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, S. 296 f.

⁵ *Schwitanski*, Deliktsrecht, Unternehmensschutz und Arbeitskampfrecht, S. 361 ff.

⁶ *Brauneisen*, Friedenspflicht, S. 182 ff.; *Löwisch*, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 196 ff.

⁷ *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, S. 567 f.

⁸ *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, S. 173 f.; *Steindorff*, JZ 1960, 582, S. 583.

⁹ *Seiter*, Streikrecht, S. 465 ff.

¹⁰ *Fabricius*, RdA 1962, 94, S. 96 f.; *Wagner* in *MüKo-BGB*⁸, § 826 BGB, Rn. 229.

¹¹ Insbesondere *Arnold*, Die tarifrechtliche Dauerrechtsbeziehung, S. 47 ff.; *Künster*, Die culpa in contrahendo in vortariflichen Rechtsbeziehungen, S. 34 ff.; *Malorny*, Haftung der Gewerkschaft, S. 132 ff.

Gleichsam als Ersatz für eine systematische Fundierung der Haftung wird insbesondere in der Rechtsprechung ohne Rückgriff auf die Wertungen des bürgerlichen Rechts eine isolierte Betrachtung des Arbeitskampfes und seiner Rechtsfolgen vorgenommen.¹² Die so gewonnenen Antworten auf die aufgeworfenen Fragen schweben zwangsläufig „im luftleeren Raum“. Trotz der umfangreichen Rechtsprechung und vielfacher Klärungsversuche in der Literatur kann die Haftung für Arbeitskämpfe also keineswegs als konsolidiert bezeichnet werden.¹³ Die vorliegende Arbeit verfolgt den Ansatz, den Arbeitskampf und seine haftungsrechtlichen Konsequenzen in das Privatrechtssystem einzubetten. Dies setzt neben einer Untersuchung des privatrechtlichen Rahmens des Arbeitskampfes auch eine methodengerechte Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben voraus.

Die wesentlichen Akteure des Arbeitskampfrechts sind die Parteien des Einzelarbeitsverhältnisses, also Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sowie ihre Verbände. Von den Arbeitskämpfen betroffen sind weiterhin auch Dritte, die in Vertragsbeziehungen zu den eigentlichen Kampfparteien stehen. Eine vollständige Untersuchung aller Rechtsverhältnisse dieser Betroffenen zueinander würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und den Blick auf die eigentlichen Rechtsprobleme verstellen. Eine Beschränkung ist daher unvermeidbar. Aus rechtsdogmatischer und auch aus praktischer Perspektive ist das Verhältnis des betroffenen Arbeitgebers zu den kampfführenden Arbeitnehmerverbänden von besonderem Interesse. Insbesondere die oben angedeutete Frage der Haftungsgrundlage entfaltet an dieser Stelle eine hohe Brisanz. Denn anders als im Einzelarbeitsverhältnis fehlt es regelmäßig an einer vertraglichen Verpflichtung, die von der Gewerkschaft mit dem Kampfaufruf verletzt wird.¹⁴ Die vorliegende Arbeit wird daher ausgehend von dem Rechtsverhältnis der betroffenen Arbeitgeber zu den

¹² Besonders deutlich wird dies etwa, wenn das Bundesarbeitsgericht seine Entscheidungen maßgeblich auf das „Wesen des Streiks“ (BAG, Beschl. v. 28.01.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, juris Rn. 52) bzw. das Streikrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG stützt (BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, BAGE 164, 187, juris Rn. 27 ff.; BAG, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 31 ff.). Zu den Widersprüchen, in denen die herrschende Haftungskonstruktion über das Recht am Gewerbebetrieb zur zivilrechtlichen Dogmatik steht, unter Teil 1: B. II, S. 35 ff. Die Rechtfertigung tatbestandsmäßiger Rechtsverletzungen wird in methodisch fragwürdiger Weise durch einen unmittelbaren Rückgriff auf die Grundrechte begründet, dazu Teil 2: D. I, S. 218 ff. Auch der Verschuldensmaßstab wird häufig spezifisch arbeitsrechtlich ohne Anknüpfung an die zivilrechtliche Dogmatik entwickelt, dazu Teil 3: A. II, S. 238 ff.

¹³ Nicht erst seit kurzem wird daher ein „Umbruch der arbeitskampfrechtlichen Dogmatik“ gefordert (Larenz/Canaris, BT II/2, S. 559; Picker, ZfA 2010, 499, S. 579), der jedoch bis heute nicht gelungen ist.

¹⁴ Eine Ausnahme bildet hierzu nach herrschender Meinung die Friedenspflicht, dazu unter Teil 2: C. I, S. 139 ff.

Gewerkschaften die Haftung für Arbeitskämpfe analysieren. Teilweise haben die gewonnenen Erkenntnisse Auswirkungen auf die übrigen Rechtsbeziehungen der kampfbeteiligten Arbeitnehmer, Arbeitgeber und der jeweiligen Verbände zueinander und zu Dritten. Diese Auswirkungen werden an den entsprechenden Stellen exkursartig skizziert. Die Arbeit wählt so einen hybriden Ansatz aus der detaillierten Betrachtung einer einzelnen Haftungsbeziehung und der Untersuchung des Gesamtgefüges. Auf diese Weise scheint es am ehesten möglich, die umfassende Untersuchung des gewählten Gegenstandes mit der notwendigen Beschränkung auf die dogmatisch und praktisch relevanten Fragen zu vereinbaren. Der kurze Blick auf die weiteren Rechtsbeziehungen dient zugleich der Stimmigkeitskontrolle der gewonnenen Ergebnisse im Gesamtsystem der Arbeitskampfhafung.

Sowohl aus praktischer als auch aus rechtsdogmatischer Perspektive entfaltet die Frage der Schadensersatzhaftung besondere Relevanz. Die Untersuchung konzentriert sich folglich auf die Pflicht zum Schadensersatz für rechtswidrige Arbeitskämpfe. Bis zu einem gewissen Grad wird damit die Frage des negatorischen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruchs mitbeantwortet, da grundsätzlich jede rechtswidrige Schädigung auch vor oder während der Rechtsverletzung abgewehrt werden kann.¹⁵ Auch eine wesentliche Voraussetzung der Eingriffskondition, das Handeln auf fremde Kosten, also wiederum die Verletzung fremder Rechte, wird bei einer Untersuchung der Schadensersatzhaftung geklärt.¹⁶ Die weiteren Voraussetzungen der bereicherungsrechtlichen Haftung werden mangels praktischer Relevanz nicht weiter vertieft. Ausgeklammert werden weiterhin die Fragen des Leistungsstörungenrechts, die insbesondere im Verhältnis des kampfbetroffenen Arbeitgebers zu Dritten von Bedeutung sind. Sie stehen in keinem sachlichen Zusammenhang zu der hier im Fokus stehenden, gerade nicht von Verträgen geprägten Beziehung des Arbeitnehmerverbandes und der betroffenen Arbeitgeber. Weitere eigenständige Problemkreise aus dem Bereich des Verbands- und Gesellschaftsrecht, die hier nicht thematisiert werden, sind die persönliche Haftung der Verbandsorgane und eventuelle verbandsinterne Regressmöglichkeiten. Die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Arbeitskampfes werden nur soweit vertieft, wie es für das Grundverständnis des Arbeitskampfes und die Analyse der Haftung unerlässlich ist.

Die Untersuchung beginnt im ersten Teil mit einer Darstellung und Kritik des bisherigen Arbeitskampfverständnisses als verfassungsrechtlich gestattetes Druckmittel. Im Anschluss wird die in der Rechtsprechung und weiten Teilen der

¹⁵ Zu diesem Zusammenhang vertiefend unter Teil 2: A. IV, S. 52 ff., sowie Teil 2: C. II. 3, S. 169 ff.

¹⁶ Zum gemeinsamen Ausgangspunkt aller drei Haftungssysteme siehe Teil 2: A. IV, S. 52 ff.

Wissenschaft anerkannte Lösung der Haftung über das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ auf den Prüfstand gestellt. Dabei wird sich zeigen, dass sowohl das Recht am Gewerbebetrieb selbst, aber auch die Einordnung des rechtswidrigen Arbeitskampfes als Fallgruppe einer entsprechenden Rechtsverletzung nicht haltbar sind.

Im zweiten Teil wird das maßgebliche subjektive Recht des Kampfadressaten als Zentrum und Ausgangspunkt der privatrechtlichen Haftung untersucht. Hierfür ist zunächst der grundlegende Zusammenhang des subjektiven Rechts und der Haftungssysteme in der Rechtszuweisungsordnung darzustellen. Darauf aufbauend werden die in der Literatur über den Gewerbebetrieb hinaus in Erwägung gezogenen absoluten Rechte des Kampfbetroffenen analysiert. Dabei wird sich zeigen, dass der zu einem Arbeitskampf durch Leistungsverweigerung aufrufende Verband im Regelfall allenfalls absolut geschützte Forderungsrechte, ansonsten aber keine absoluten Rechte der Gegenseite verletzt. Sodann werden potenzielle relative Rechte in den Blick genommen, gegen die der Aufruf zu einem rechtswidrigen Arbeitskampf verstoßen könnte. Vertragliche Pflichten, die von den Verbänden mit dem Aufruf zum Arbeitskampf verletzt werden, bestehen jedenfalls nach Ablauf der geltenden Tarifverträge nicht. Es werden daher im Anschluss die relativen Rechte und Pflichten aus einer Sonderverbindung der Kampfparteien untersucht. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass jede faktische Leistungsbeziehung eine Sonderverbindung begründet, innerhalb derer eine Pflicht der Parteien besteht, die Gegenseite nicht durch leistungsbezogenes Verhalten zu schädigen, § 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB. Zwar begründen die Tarifvertragsverhandlungen eine Sonderverbindung der zukünftigen Tarifparteien, doch stellt sich der Arbeitskampf nicht als spezifisches Risiko dieser Verhandlungen dar. Stattdessen führt die Arbeitskampfbefugnis – also die Kompetenz der tariffähigen Verbände, das Leistungsverweigerungsrecht der Mitglieder zu aktivieren – zu einer Sonderverbindung des aufrufenden Verbandes und der Arbeitsvertragsparteien. Die Verbände sind verpflichtet, das „Aktivierungsrecht“ nur innerhalb der bestehenden Rechtsgrenzen auszuüben. Die Gegenseite darf nicht durch Aufrufe zur vertragswidrigen Leistungsverweigerung geschädigt werden. Zuletzt wird die Rechtfertigungsmöglichkeit für tatbestandsmäßige Rechtsverletzungen untersucht. Es wird sich zeigen, dass eine Rechtfertigung nur dann möglich ist, wenn bereits der Zusammenschluss der Koalitionsmitglieder als solcher gefährdet ist.

Im dritten Teil werden die über die Rechtsverletzung hinausgehenden Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht untersucht. Insbesondere zählt hierzu das Verschulden, das im Arbeitskampfrecht regelmäßig nur bei einem unvermeidbaren Rechtsirrtum entfällt. In diesem Zusammenhang wird sich zeigen, dass die Durchführung eines potenziell rechtswidrigen Arbeitskampfes grundsätzlich

sorgfaltswidrig ist. Dies gilt nur dann nicht, wenn sich die Rechtsunsicherheit auf die Zulässigkeit einer angestrebten, bislang unbekanntem Tarifregelung bezieht. Weiterhin muss die Rechtsverletzung einen Schaden verursacht haben. Der Ersatzanspruch wird gekürzt, wenn der Kampfadressat nicht alle Mittel ausgeschöpft hat, den Schaden ganz oder teilweise zu verhindern, § 254 BGB. Hieraus folgt insbesondere auch eine Obliegenheit zur prozessualen Abwehr rechtswidriger Arbeitskämpfe, sofern diese erfolgversprechend erscheint. Zuletzt wird sich bei der Untersuchung einer Haftungsgrenze zeigen, dass eine solche weder *de lege lata* verfassungsrechtlich geboten ist noch *de lege ferenda* der Funktionsfähigkeit des Tarifsystems dienen würde.

Teil 1

Zum herrschenden Verständnis des Arbeitskampfes und seiner Rechtsfolgen

A. Die unzulängliche Erfassung des Arbeitskampfes als verfassungsmäßig erlaubtes Druckmittel

I. Das Verhandlungsungleichgewicht im Arbeitsrecht als unstreitiger Ausgangspunkt

Will man die Frage der Haftung für Arbeitskämpfe nach zivilrechtlichen Maßstäben beantworten, ist die Stellung des Arbeitskampfes in dem System des Arbeits- und Tarifrechts eine zwingende Vorfrage.

Ausgangspunkt aller Überlegungen zum Arbeitskampf ist das strukturelle Verhandlungsungleichgewicht der Arbeitsvertragsparteien.¹ In vielen Branchen gibt es nach wie vor ein Überangebot an Arbeitskräften, was zu einer erhöhten Austauschbarkeit des einzelnen Arbeitnehmers führt.² Der Einzelne kann seine Interessen in Bezug auf den Lohn, Urlaub, Arbeitsschutz etc. häufig nicht durchsetzen, sondern muss sich mit den Bedingungen des Arbeitgebers zufriedengeben. Diese Problematik wird im Arbeitsverhältnis durch die existenzielle Abhängigkeit des einzelnen Arbeitnehmers von einem regelmäßigen Einkommen verschärft. Dadurch gibt es nahezu keinen Preis, der niedrig genug ist, um die Arbeitnehmer vom Anbieten ihrer eigenen Leistung abzuhalten.³ Die potenziell ruinöse Konkurrenz der Arbeitnehmer untereinander verstärkt diesen Effekt. Freie Verhandlungen über die Arbeitsbedingungen, in denen Arbeitnehmer und

¹ Siehe nur BVerfG, Urт. v. 11.07.2017 – 1 BvR 1571/17, BVerfGE 146, 71, juris Rn. 146; BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, juris Rn. 48; BAG, Urт. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 39; BAG, Urт. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, juris Rn. 20; BAG, Beschl. v. 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, BAGE 117, juris Rn. 45; *Brauneisen*, Friedenspflicht, S. 96 ff.; *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, S. 8 f.; *Dieterich*, RdA 2002, 1, S. 2; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 6 f.; *Linsenmaier* in ErfK²³, Art. 9 GG, Rn. 18 f.; *Lobinger* in FS Krüger, 249, S. 256 f.; *Picker*, ZfA 1986, 199, S. 251 ff.; *ders.*, ZfA 2010, 499, S. 515; *Richardi*, AöR 93 (1968), 243, S. 268.

² *Brauneisen*, Friedenspflicht, S. 98.

³ *Brauneisen*, Friedenspflicht, S. 97 f.; *Picker*, ZfA 1986, 199, S. 253 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, S. 27.

Arbeitgeber gleichberechtigt ihre Interessen einfließen lassen können, sind deshalb regelmäßig nicht möglich.

Diese offenkundige Störung der vertraglichen Selbstbestimmungsmöglichkeiten hat dazu geführt, dass den Parteien mit dem Tarifvertragsgesetz ein besonderes Instrument zur Regelung der Arbeitsbedingungen zur Verfügung gestellt wurde: der Tarifvertrag. Das Tarifvertragssystem sollte die durch soziale Ungleichheit erzeugte Energie in kontrollierte Bahnen lenken und einer rechtsgeschäftlich-marktmäßigen Lösung zuführen, um Revolution und Klassenkampf zu verhindern.⁴ Jedoch führt die Regelungsmöglichkeit in einem einheitlichen Kollektivvertrag noch nicht dazu, die Vertragsfreiheitsstörung zu beseitigen. Denn auch eine gemeinsam gestellte Forderung nach besseren Löhnen kann der Arbeitgeber meist ignorieren. Den Arbeitnehmern fehlt ein ausreichend effektives Druckmittel: Die Kündigung eines Einzelnen stellt angesichts des Überangebots an Arbeitskräften den Arbeitnehmer häufig vor größere Probleme als den Arbeitgeber. Eine koordinierte Massenkündigung scheidet bereits praktisch an den unterschiedlichen Kündigungsfristen. Sie würde darüber hinaus für die Arbeitnehmer mit der existenziellen Gefahr des dauerhaften Arbeitsplatzverlustes einhergehen.⁵ Die herkömmlichen Mittel des Arbeitsvertragsrechts reichen daher nicht aus, das Verhandlungsungleichgewicht zu beseitigen. Das Bundesarbeitsgericht beschreibt die bloße gemeinsame Formulierung von Forderungen anschaulich als „kollektives Betteln“.⁶ In diese Lücke tritt nun der Arbeitskampf als Instrument zur effektiven Beseitigung der Vertragsfreiheitsstörung. Zwar tritt in den meisten Fällen eine solche Störung *originär* nur auf Seiten der Arbeitnehmer auf. Der übermäßige Gebrauch der Druckmittel durch die Arbeitnehmer kann aber auch zu einem abgeleiteten Ungleichgewicht zulasten der Arbeitgeber führen, weshalb zur Verteidigung wiederum eigene Arbeitskampfmaßnahmen nötig sein können.⁷ Die übergeordnete Funktion des Arbeitskampfes ist damit unstreitig. Erhebliche Unterschiede gibt es aber in Bezug auf die Frage, mit welchem *Wirkmechanismus* der Arbeitskampf die Freiheitsstörung beseitigen soll.

⁴ Zur historischen Entwicklung des Tarifvertragssystems siehe eingehend *Brauneisen*, Friedenspflicht, S. 99 ff.; *Picker*, ZfA 1986, 199, S. 251 ff.; *ders.* in GS Knobbe-Keuk, 879.

⁵ Zum Zusammenhang von Arbeitskampf und Kündigung sogleich mit weiteren Nachweisen unter Teil 1: A. III, S. 13 ff.

⁶ BAG, Urt. v. 10.06.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140, juris Rn. 36.

⁷ *Brauneisen*, Friedenspflicht, S. 148 f.

II. Die unzulängliche Einordnung des Arbeitskampfes als verfassungsmäßig erlaubtes Druckmittel

Häufig wird der Arbeitskampf als ein verfassungsmäßig ausnahmsweise erlaubtes Druckmittel interpretiert: Aus der Garantie der Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 soll auch eine explizite Erlaubnis zur Druckausübung folgen, da die Tarifautonomie andernfalls wirkungslos sei.⁸ Der Arbeitgeber soll so lange unter Druck gesetzt werden können, bis er sich (erneut) an den Verhandlungstisch begibt und auf die Forderungen der Arbeitnehmer eingeht. Ziel ist die Herstellung von „Parität“ oder „Verhandlungsgleichheit“ in den Tarifverhandlungen.⁹ Arbeitskampfmaßnahmen werden konsequenterweise in erster Linie daran gemessen, ob sie diesem Ziel dienen. Eine funktionale Beschränkung der zulässigen Kampfmittel gibt es nicht, denn im Ausgangspunkt ist alles zweckdienlich, was die „Verhandlungspartität“ fördert.¹⁰ Logische Konsequenz daraus ist, dass höherer Druck besonders geeignet ist, das angestrebte Ziel in möglichst kurzer Zeit zu erreichen. Je schmerzhafter ein Arbeitskampf für den Gegner ist, desto besser erfüllt er seine Funktion. Wenn durch die Erhöhung der Intensität insgesamt eine Verkürzung der Kampfdauer erreicht werden kann, liegt dies – vermeintlich – sowohl im regelmäßigen Interesse des Kampfgegners als auch der Allgemeinheit.¹¹

Allerdings bleiben bei dieser Betrachtungsweise zahlreiche Fragen offen. In erster Linie wäre zu klären, wann überhaupt von der Herstellung einer hinreichenden „Verhandlungspartität“ gesprochen werden kann. Das Bundesarbeitsgericht stellt dazu fest: „Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht

⁸ BVerfG, Urt. v. 04.07.1995 – 1 BvF 2/86, BVerfGE 92, 365, juris Rn. 106; BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212, juris Rn. 35; BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, BAGE 164, 187, juris Rn. 28; BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, juris Rn. 11; BAG, Urt. v. 10.06.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140, juris Rn. 35 ff.; BAG, Beschl. v. 21.04.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, juris Rn. 64.

⁹ BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, BAGE 164, 187, juris Rn. 32; BAG, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 39; BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, juris Rn. 20; BAG, Urt. v. 10.06.1980 – 1 AZR 822/79, BAGE 33, 140, juris Rn. 71.

¹⁰ Den Trägern der Koalitionsfreiheit wird aus diesem Grund eine umfassende „Kampfmittelfreiheit“ zugesprochen, BVerfG, Beschl. v. 26.03.2014 – 1 BvR 3185/09, NJW 2014, 1874, juris Rn. 23; BAG, Urt. v. 14.08.2018 – 1 AZR 287/17, BAGE 163, 219, juris Rn. 34; BAG, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 34 ff.; BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, juris Rn. 26; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 162; *Linßenmaier* in *ErfK*²³, Art. 9 GG, Rn. 271; *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 1116; *Rödl/Unterhinninghofen/Wroblewski* in *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, § 17 Rn. 2. Kritisch dazu etwa *Otto*, RdA 2010, 135, S. 138; *Säcker/Mohr*, JZ 2010, 440, S. 440 sowie sogleich unter Teil 1: A. III, S. 13 ff.

¹¹ So etwa ausdrücklich zur Inanspruchnahme des Eigentums, wenn dies zur Verkürzung der Dauer der Auseinandersetzung führt, *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, S. 222.

der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich Art. 9 Abs. 3 GG nicht entnehmen.¹² Das an dieser Stelle zur weiteren Konkretisierung herangezogene Verhältnismäßigkeitsprinzip¹³ bleibt ebenfalls eine Leerformel, solange nicht geklärt ist, *woran* die Angemessenheit auszurichten ist. Eine inhaltliche Beurteilung anhand der angestrebten oder bereits erfolgten Tarifabschlüsse erscheint weder theoretisch noch praktisch überzeugend, auch wenn sie teilweise als Bewertungsmaßstab angedeutet wird.¹⁴ In einem selbstorganisierten System kann von außen nicht beurteilt werden, inwieweit das Ergebnis der Verhandlungen den Interessen der Parteien entspricht. Eine Bewertung der getroffenen Vereinbarungen nach objektiven Maßstäben würde den eigenen, vorgeblich an einer *freien* Aushandlung orientierten Grundannahmen über das Tarifsysteem zuwiderlaufen. Auch die Beteiligten der Auseinandersetzung haben unzweifelhaft einen verzerrten Blick auf das Funktionieren der Verhandlungen und das Bestehen eines Verhandlungsgleichgewichts.¹⁵ Die Kampfparteien können deshalb nicht zum Richter in eigener Sache ernannt werden, um die Notwendigkeit der Druckausübung zu beurteilen.¹⁶ Weder objektiv noch subjektiv können die Verhandlungsstärke der Tarifparteien und die Erreichung ihrer „Parität“ quantifiziert werden. Daraus folgt, dass auch ein Recht auf eine bestimmte Verhandlungsstärke oder Druckintensität nicht bestehen kann.¹⁷

¹² BAG, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 40. Dennoch wird teilweise zur Rechtfertigung bestimmter Maßnahmen unmittelbar auf ihre Erforderlichkeit zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts zurückgegriffen, etwa in BAG, Urt. v. 20.11.2018 – 1 AZR 189/17, BAGE 164, 187, juris Rn. 32.

¹³ Siehe dazu nur BAG, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 41; BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, juris Rn. 22; BAG, Urt. v. 12.03.1985 – 1 AZR 636/82, BAGE 48, 195, juris Rn. 25; BAG, Beschl. v. 21.04.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292; *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, S. 99; *Däubler* in *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, § 14; *Gamillscheg*, KollArbR I, S. 1130 ff.; *Kissel*, Arbeitskampfrecht, S. 320 ff.; *Linsenmaier* in *ErfK*²³, Art. 9 GG, Rn. 129 ff.; *Löwisch*, ZfA 1971, 319; *Preis/Greiner*, Kollektivarbeitsrecht, Rn. 1273 ff.

¹⁴ BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, juris Rn. 19: „Es ist grundsätzlich den Tarifvertragsparteien selbst überlassen, ihre Kampfmittel an sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und *ausgewogene Tarifabschlüsse* zu erzielen.“ [Hervorhebung P.Z.] Ebenso BAG, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 34.

¹⁵ Ähnlich *Rieble*, BB 2008, 1506, S. 1510.

¹⁶ Anders wird das vom BAG beurteilt, das sowohl die Einschätzung über die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit eines Kampfmittels weitgehend der kampfführenden Partei überlässt, BAG, Urt. v. 22.09.2009 – 1 AZR 972/08, BAGE 132, 140, juris Rn. 42 f.; BAG, Urt. v. 19.06.2007 – 1 AZR 396/06, BAGE 123, 134, juris Rn. 26 f. Kritik daran etwa bei *Giesen*, NZA 2021, 319, S. 319.

¹⁷ *Rieble*, NZA 2008, 796, S. 797 formuliert plastisch: „Das wäre ein Grundrecht auf Erfolg, das es nicht geben kann.“

Sachregister

- absolutes Recht 49 ff.
Abwägungsmethodik 27 f., 91 ff., 118, 220
Änderungskündigung 13 ff., 17 f.
Arbeitskampf
– Funktion 7 ff., 13 ff., 190 f.
– Kollektivbindung 189 ff.
– politischer 41, 111, 180
– Sympathiearbeitskampf 109, 180
– Tarifbezug 13 ff., 109
– wilder 189 ff., 211, 256 f.
Arbeitskampfaufwurf als Gestaltungsrecht 188 ff.
Arbeitskampfrisiko 266 f.
Außenseiter 188, 253 f.
Ausperrung *siehe* Arbeitskampf
- Besitzstörung 66 ff.
Betätigungsfreiheit 92 ff.
Betriebsbesetzung 63 f.
Betriebsbezogenheit 26 ff., 39 f.
Betriebsblockade 32, 60 ff.
Beweislast 175 ff.
- culpa in contrahendo 142 ff.
- Drittwirkung der Grundrechte 166 f., 220 ff.
Drohung, widerrechtliche 83 ff.
- Eigentumsverletzung 54 ff., 223 ff.
einstweilige Verfügung 246 ff.
Einwirkungsmöglichkeit 151 ff., 181 f., 197 ff.
Erfüllungsgehilfe 171 ff., 250 f., 256
Ersatzgesetzgeber 101 ff.
Existenzvernichtung 88, 134
- Flashmob 64, 203, 219, 225
Forderungsrecht 68 ff., 213
Friedenspflicht 139 f.
- Gestaltungsrecht 15 f., 71 f., 192 ff.
Gewaltenteilung 102 ff., 121
Gewerbebetrieb 23 ff.
Go sick 114 f., 204, 256
Grenzinitiative 242 f., 280 f.
- Haftungsbeschränkung 276 ff.
- Imperativtheorie 48 f.
Ins-Messer-Laufen-Lassen 270 f.
- Kampfmittelfreiheit 9, 15
Kampfparität 9 f.
Kartellbildung 13 ff., 94 ff., 224
Klimastreik 40 f., 215
Koalitionsfreiheit 89 ff.
– Arbeitskampffreiheit 36 f., 244, 280
– Betätigungsfreiheit *siehe* Betätigungsfreiheit
– negative 92 ff.
– Werbemaßnahmen 223 ff.
Kollektivbindung 189 ff.
Kündigung, modifizierte 13 ff., 189 ff.
- Mandatierung 12, 185 ff.
Marktprinzip 13 ff., 221 ff.
- negatorische Haftung 170 f., 202
Nutzungsbeeinträchtigung 56 ff.
- Privatautonomie 12, 94 f.
private law enforcement 46 f.
- Rahmenrecht 28 ff.
Recht am Arbeitsplatz 32 f.
Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb *siehe* Gewerbebetrieb
rechtmäßiges Alternativverhalten 259 ff.
Rechtsdogmatik 102 f., 121 ff.

- Rechtswicklung durch Rechtsbruch 281, 288
Rechtsfortbildung 102 ff.
Rechtsirrtum, unvermeidbarer 178, 230 ff.
Rechtsprinzipien 122 f.
Rechtsverletzung 52 ff.
Rechtszuweisung
– autonome 139, 146 ff.
– heteronome 49 ff., 148, 169
Rechtszuweisungsordnung 45 ff.
Relatives Recht 53, 169 ff.
Richterrecht 34, 100 ff., 223, 241 f.
Rühreitheorie 260 f.
- Schädigungsabsicht 134 f.
Schuldverhältnis *siehe* Sonderverbindung
– vorvertragliches 142 ff.
Schutzpflichten
– im Arbeitskampf 199 ff.
– Entwicklung 141 ff.
– Reichweite 161 ff.
Schutzzweckzusammenhang 88 f., 125, 161 ff., 258
Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung 116 ff.
Sittenwidrigkeit 117 ff., 128 ff.
- Sonderverbindung 155 ff.
Sonderverbindung kraft Verfügungsbefugnis 195 ff.
soziale Mächtigkeit 113, 199
Streik *siehe* Arbeitskampf
Streikbruchprämie 263 f.
subjektives Recht 45 ff.
Substanzrecht 24, 49 ff., 58 f.
Suspendierung 14, 71 f., 111 f., 189 ff.
- Tarifautonomie 9 ff., 92 ff., 242 ff., 281 ff.
Tarifeinheitsgesetz 287
- Ultima-Ratio-Prinzip 109, 181 f., 191, 205
Untermaßverbot 123, 221
- Verhältnismäßigkeitsprinzip 10, 29, 109 ff.
Verleitung zum Vertragsbruch 127 ff.
Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte 141, 158, 211
Vertrauenshaftung 149 ff.
Verwerflichkeit 81 ff.
Völkerrechtliche Vorgaben 16 ff.
- Warnstreik 205