

## Bundesarbeitsgericht

### 18 \* Streikbegleitende „Flashmob-Aktion“ im Einzelhandel als zulässiges Arbeitskämpfungsmittel

GG Art. 9 III; BGB §§ 823 I, 1004 I; ZPO §§ 253 II Nr. 2, 139 I, II, 286; StGB §§ 123 I, 240 I, 303 I

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 Arbeitskämpfrechts gerechtfertigt sein, wenn dem Arbeitgeber wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

BAG, Urt. v. 22. 9. 2009 – 1 AZR 972/08 (LAG Berlin-Brandenburg)

NJW-Übersicht	Rdnrn.
<b>Zulässigkeit der Klage</b>	9–16
Bestimmtheit des Klageantrags nach Auslegung	12–14
Eigener Anspruch des Arbeitgeberverbands auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitskämpfmaßnahmen gegen seine Mitglieder	16
<b>Flashmob-Aktionen als Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb</b>	17–62
Recht des Betriebsinhabers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i. S. des § 823 I BGB	21–23
Flashmob-Aktion als unmittelbarer, betriebsbezogener Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	24–30
<b>Rechtfertigung des Eingriffs aus Gründen des Arbeitskamps</b>	31
Flashmob-Aktionen als neues Arbeitskämpfungsmittel im Schutzbereich des Art. 9 III GG	34
Eröffnung des Schutzbereichs trotz möglicher Beteiligung Dritter an der Aktion	35
Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	36
Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskämpfungsmitteln – Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie	34–47
Konkret: Verhältnismäßigkeit von Flashmob-Aktionen	48–62
Unterscheidung zu herkömmlichen Arbeitskämpfungsmitteln („aktive“ statt „passiver“ Störung, Möglichkeit der Beteiligung Dritter, kein finanzielles Opfer der Teilnehmer)	52
Erkennbarkeit der Aktion als Arbeitskämpfmaßnahme	54
Verteidigungsmöglichkeiten der Arbeitgeber (Ausübung des Hausrechts, vorübergehende Betriebsschließung)	55–59
<b>Flashmob-Aktionen keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung</b>	64
<b>Flashmob-Aktionen kein Straftatbestand</b>	65–67

**Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten darüber, ob die bekl. Gewerkschaft künftig Aufrufe zu streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ im Einzelhandel zu unterlassen hat. Der kl. Arbeitgeberverband organisiert Einzelhandelsunternehmen im Raum Berlin-Brandenburg. Zur Durchsetzung ihrer Forderungen nach einem neuen Tarifvertrag für den Berliner Einzelhandel führte die tarifzuständige bekl. Gewerkschaft im Jahr 2007 einen Streik. Während dieses Streiks veröffentlichte ihr rechtlich unselbstständiger Landesbezirk Berlin-Brandenburg im Dezember 2007 unter anderem auf seiner Homepage ein virtuelles Flugblatt mit folgendem Wortlaut:

- „Wunschliste der EinzelhändlerInnen an Gewerkschaftsmitglieder und alle, die uns unterstützen wollen
- Bitte kaufe nicht in Filialen ein, die bestreikt werden! Informationen darüber erhältst Du in unserem Fachbereich, Tel. ...
  - Meide Sonntagseinkäufe und Einkäufe nach 20 Uhr!

- Sei freundlich und rücksichtsvoll den Kolleginnen im Verkauf gegenüber, besonders in der Vorweihnachtszeit! Gerade da haben wir im Handel alle Hände voll zu tun.
- Hast Du Lust, Dich an Flashmob-Aktionen zu beteiligen?

Gib uns Deine Handy-Nummer und dann lass uns zu dem per SMS gesendeten Zeitpunkt zusammen in einer bestreikten Filiale, in der Streikbrecher arbeiten, gezielt einkaufen gehen, z. B. so:

- Viele Menschen kaufen zur gleichen Zeit einen Pfennig-Artikel und blockieren damit für längere Zeit den Kassenbereich.
- Viele Menschen packen zur gleichen Zeit ihre Einkaufswagen voll (bitte keine Frischware!!!) und lassen sie dann stehen.
- Schicke ein Fax an Leiharbeitsfirmen, die ihre Beschäftigten als Streikbrecher im Einzelhandel einsetzen lassen und protestiere dagegen!

Die Liste mit den Abschriften/Faxnummern dieser Firmen werden wir in Kürze auf unserer Homepage <http://www.veroeffentlichen.de> veröffentlichen.“

Die Bkl. propagierte die „Flashmob-Aktionen“ auch in der Presse und auf einer öffentlichen Kundgebung am 7. 12. 2007. Am 8. 12. 2007 führte sie ab 10.45 Uhr in der Filiale eines Mitgliedsunternehmens des Kl. im Berliner Ostbahnhof eine „Flashmob-Aktion“ durch. An dieser beteiligten sich ca. 40 bis 50 Personen, die per SMS von der Bkl. dorthin bestellt worden waren. Zwei oder drei der Aktionsteilnehmer trugen eine Jacke mit der Aufschrift „ver.di“, zahlreiche andere Sticker der Gewerkschaft. Zunächst betrat ein drei Personen die Filiale, klebten ein Flugblatt mit einem Streikaufruf an einen Backofen in der Filiale und deponierten weitere Flugblätter an der Kasse. Außerdem sprachen sie eine der vier in der Filiale tätigen Arbeitnehmerinnen an und forderten sie zur Streikteilnahme auf. In der Folgezeit begaben sich ca. 40 Personen in das Ladengeschäft. Zum einen kauften sie dort so genannte Cent-Artikel. Deren Einscannen durch die Kassiererinnen nahm längere Zeit in Anspruch, so dass sich an den Kassen Warteschlangen bildeten. Zum anderen befüllten die Aktionsteilnehmer etwa 40 Einkaufswagen und ließen sie dann ohne Begründung oder mit dem Vorwand, das Geld vergessen zu haben, in den Gängen oder im Kassenbereich stehen. In einem Fall begab sich eine Frau mit einem von ihr gefüllten Einkaufswagen an die Kasse und bejahte dort die Frage der Kassiererin, ob sie bezahlen könne. Die Artikel wurden sodann von der Kassiererin eingescannt und von der Frau wieder in den Einkaufswagen gelegt. Es ergab sich ein Gesamtbetrag von 371,78 Euro. Die Aktionsteilnehmerin erklärte daraufhin, ihr Geld vergessen zu haben und stellte den Einkaufswagen an der Kasse ab. Dabei klatschten die anderen Aktionsteilnehmer Beifall und brachten durch laute Zurufe ihr Gefallen zum Ausdruck. Die Aktion dauerte nach den Angaben des Kl. ca. eine Stunde, nach denen der Bkl. 45 Minuten. Der Kl. hat mit seiner Klage das Ziel verfolgt, der Bkl. den Aufruf zu weiteren derartigen „Flashmob-Aktionen“ zu untersagen. Er hat die Auffassung vertreten, durch solche Aktionen werde rechtswidrig in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb seiner Mitgliedsunternehmen eingegriffen. Außerdem handele es sich um vorsätzliche und sittenwidrige Schädigungen i. S. von § 826 BGB, die mit Nötigung, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch verbunden seien. Derartige Aktionen unterfielen nicht dem Schutz des Art. 9 III GG. Sie seien mit Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen vergleichbar und kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel. Zur Herstellung von Verhandlungsparität seien sie nicht erforderlich. Entgegen der Behauptung der Bkl. habe deren Streik durchaus Wirkung gezeigt. Im Übrigen sei etwa die Hälfte der Teilnehmer an der „Flashmob-Aktion“ vom 8. 12. 2007 weder Mitglied der Bkl. noch Arbeitnehmer eines Mitgliedsunternehmens des Kl. gewesen.

Der Kl. hat – zuletzt – beantragt, die Bkl. zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung durch das Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250 000 Euro, ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, wobei die Ordnungshaft an ihrem jeweiligen gesetzlichen Vertreter zu vollziehen ist, zu unterlassen, durch Flugblatt oder auf sonstige Weise Mitglieder der Bkl. oder andere Personen dazu aufzurufen, zu mehreren Personen eine bestreikte Filiale eines Mitgliedsunternehmens des Kl. gezielt aufzusuchen, um dort entweder mit vielen Menschen zur gleichen Zeit einen Pfennig-Artikel zu kaufen und so für längere Zeit den Kassenbereich zu blockieren oder mit vielen Menschen zur gleichen Zeit Einkaufswagen mit dem Ziel voll (bitte keine Frischware!!!) zu packen, diese dann an der Kasse oder anderswo in den Filialräumen stehen zu lassen.

Die Bkl. hat die Auffassung vertreten, bei der durchgeführten Aktion habe es sich um eine zulässige Arbeitskämpfmaßnahme gehandelt. Da-

her sei sie nicht verpflichtet, derartige Aktionen künftig zu unterlassen. Sie hat behauptet, ihr Streik sei keineswegs erfolgreich gewesen. Vielmehr habe die Arbeitgeberseite die Streikmaßnahmen weitgehend dadurch unterlaufen, dass sie massiv Aushilfskräfte, Leiharbeiter und Fremdfirmen zur Aufrechterhaltung eines ungestörten Verkaufs eingesetzt habe. Bei den 40 Aktionsteilnehmern habe es sich ausschließlich um ihre Mitglieder und Arbeitnehmer aus Mitgliedsunternehmen des Kl. gehandelt.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG Berlin-Brandenburg (NZA-RR 2009, 149) hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:** [8] Die Revision des Kl. ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen.

Der Kl. kann von der Bekl. nicht verlangen, dass diese künftig im Rahmen von Arbeitskämpfen jeglichen Aufruf zu den im Klageantrag beschriebenen streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ im Einzelhandel unterlässt. Eine gewerkschaftliche Aktion, bei der die Teilnehmer durch den Kauf geringwertiger Waren oder das Befüllen und Stehenlassen von Einkaufswagen in einem Einzelhandelsgeschäft kurzfristig und überraschend eine Störung betrieblicher Abläufe hervorrufen, ist im Arbeitskampf nicht generell unzulässig. Zwar greift eine derartige Aktion in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Betriebsinhabers ein. Der Eingriff kann aber aus Gründen des Arbeitskampfes gerechtfertigt sein. Gewerkschaftliche Maßnahmen, die in einem laufenden Arbeitskampf zur Durchsetzung tariflicher Ziele auf eine Störung betrieblicher Abläufe gerichtet sind, unterfallen grundsätzlich der durch Art. 9 III GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften. Diese ist nicht auf das Kampfmittel der kollektiven Arbeitsniederlegung beschränkt, sondern umfasst auch andere Kampfformen. Die Zulässigkeit der konkret gewählten Arbeitskampfmittel richtet sich, wie bei sonstigen Kampfmitteln auch, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Arbeitskampfmittel sind rechtswidrig, wenn sie zur Durchsetzung der – zwar rechtmäßig – erhobenen Forderungen offensichtlich ungeeignet oder nicht erforderlich oder wenn sie unangemessen sind. Regelmäßig unangemessen sind Verletzungen der in § 823 I BGB ausdrücklich genannten Rechte wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum. Dies gilt nicht in gleicher Weise für den arbeitskampfbedingten Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Ob ein solcher angemessen ist, hängt wesentlich davon ab, ob das Kampfmittel den durch Richterrecht entwickelten Grundsätzen genügt. Dazu zählt insbesondere das Gebot der fairen Kampfführung. Dabei ist von wesentlicher Bedeutung, ob für den Arbeitgeber Verteidigungsmöglichkeiten bestehen. Solche können sich unter anderem aus seinem Hausrecht und der Möglichkeit zur suspendierenden Betriebschließung ergeben. Danach sind „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art nicht generell unangemessen.

[9] A. Die Klage ist zulässig.

[10] I. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt i. S. von § 253 II Nr. 2 ZPO. Er bedarf allerdings der Auslegung.

[11] 1. Ein Unterlassungsantrag muss – bereits aus rechtsstaatlichen Gründen – eindeutig erkennen lassen, was vom Schuldner verlangt wird. Dieser muss wissen, in welchen Fällen gegen ihn als Sanktion ein Ordnungsgeld oder gar Ordnungshaft verhängt werden kann. Die Prüfung, welche Verhaltensweisen der Schuldner unterlassen soll, darf nicht durch eine ungenaue Antragsformulierung und einen dem entsprechenden gerichtlichen Titel aus dem Erkenntnis- in das Zwangsvollstreckungsverfahren verlagert werden (BAGE 122, 134 = NZA 2007, 987 Rdnr. 26 m. w. Nachw.). Allerdings dürfen die Anforderungen insoweit auch nicht überspannt werden, da anderenfalls effektiver Rechtsschutz vereitelt würde. Zukunftsgerichtete Verbote lassen sich häufig nur generalisierend formulieren. Die Notwendigkeit gewisser Subsumtionsprozesse im Rahmen einer etwa erforderlich werdenden Zwangsvollstreckung steht daher der Verwendung ausfüllungsbedürftiger Begriffe in einem Unterlassungstitel und dem darauf gerichteten Antrag nicht generell entgegen.

[12] 2. Der vorliegende Unterlassungsantrag ist hinreichend bestimmt.

[13] a) Er lässt mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennen, welche Aufrufe der Bekl. untersagt werden sollen. Erfasst werden Aufrufe in jeglicher Form, sowohl an Mitglieder der Bekl. als auch an Dritte. Auch der Inhalt der Aufrufe, die der Bekl. verboten werden sollen, ist hinreichend genau beschrieben. Die Aktionen, zu denen der Aufruf untersagt werden soll, sind hinsichtlich des Ortes und der Art ihrer Ausführung konkret benannt. Es geht um Aktionen in bestreikten Filialen eines Mitgliedsunternehmens des Kl. Damit erfasst der Antrag nur Aktionen, die zu einem von der Bekl. geführten Streik hinzutreten. Der Umfang der angestrebten personellen Beteiligung an den Aktionen ist durch die Formulierungen „zu mehreren Personen“ sowie „viele Menschen“ noch hinreichend bezeichnet. Einer weiteren Präzisierung bedarf es hier zur Bestimmtheit des Antrags nicht. Es wird durch die Antragsformulierung ausreichend deutlich, dass es sich, auch bezogen auf die aufzusuchende Filiale, um eine beachtliche Anzahl von Personen handeln soll. Es ist auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vertretbar, die entsprechende Beurteilung einem etwaigen Ordnungsmittelverfahren zu überlassen. Nicht näher bestimmt wird in dem Antrag allerdings die zeitliche Dauer der Aktion, zu welcher der Aufruf verboten werden soll. Es ist weder eine Mindest- noch eine Höchstdauer angegeben. Dies führt jedoch nicht zur Unbestimmtheit des Antrags. Dieser erfasst vielmehr sowohl Aufrufe zu Aktionen von kürzerer als auch solche von längerer, allerdings nicht solche von unbefristeter Dauer. Der Bekl. soll jeglicher Aufruf zu Aktionen der streitbefangenen Art unabhängig von ihrer konkreten Durchführung im Einzelfall untersagt werden. Vom Antrag nicht erfasst ist allerdings ein Aufruf dazu, die Wagen mit verderblicher Frischware zu befüllen oder Waren einscannen zu lassen, sie aber sodann nicht zu bezahlen und den befüllten Wagen an der Kasse stehen zu lassen.

[14] b) Ebenfalls hinreichend bestimmt ist der in dem Antrag verwendete Begriff des „Aufrufs“. Auch er bedarf allerdings der Auslegung. Diese ergibt, dass unter „Aufruf“ nicht etwa bereits jegliche Propagierung der Aktionsform des „Flashmob“, sondern erst die nach Zeitpunkt, Ort und Teilnehmerkreis näher bezeichnete Aufforderung zu einer bestimmten konkreten Aktion erfasst sein soll. Erst mit dieser wird die mögliche Beeinträchtigung eines bestimmten eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs konkret. Der Klägervertreter hat nach entsprechender Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch bestätigt, dass der Antrag in diesem Sinn zu verstehen sei und davon nicht bereits jedes öffentliche Werben für die Aktionsform des „Flashmob“ erfasst sein soll.

[15] 3. Der Kl. hat das erforderliche Rechtsschutzinteresse für den Unterlassungsantrag. Es steht zu besorgen, dass die Bekl. künftig erneut zu derartigen Aktionen aufruft.

[16] 4. Der Kl. ist prozessführungsbefugt. Er macht keine fremden, sondern eigene Rechte geltend. Er handelt im eigenen Namen und nicht namens eines oder mehrerer seiner Mitgliedsunternehmen.

[17] B. Die Klage ist unbegründet. Der Kl. kann von der Bekl. nicht generell die Unterlassung künftiger Aufrufe zu Aktionen der im Klageantrag beschriebenen Art verlangen.

[18] I. Der Kl. besitzt die erforderliche Aktivlegitimation. Ein Arbeitgeberverband hat gegen eine Gewerkschaft nach § 1004 I BGB i. V. mit § 823 I BGB, Art. 9 III GG einen eigenen Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen gegen seine Mitglieder (BAGE 58, 138 = NJW 1989, 186 = NZA 1988, 775 [zu B II 1]; unter Aufgabe von BAGE 46, 322 = NJW 1985, 85 = NZA 1984, 393; BAGE 122, 134 = NZA 2007, 987 Rdnr. 54 m. w. Nachw.). Das Doppelgrundrecht des Art. 9 III GG schützt die Freiheit einer Koalition in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und koalitionspezifischen Betätigung. Durch rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen wird das Recht der gegnerischen Koalition auf koalitionsmäßige Betätigung verletzt. Diese kann daher aus eigenem Recht auf Unterlassung klagen (BAGE 58, 138 = NJW 1989, 186 = NZA 1988, 775

[zu B II 1]; BAGE 122, 134 = NZA 2007, 987 = NJW 2007, 3660 L).

[19] II. Der Kl. kann von der Bekl. nicht verlangen, künftig jegliche Aufrufe zu streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ der im Antrag beschriebenen Art zu unterlassen. Wie das JAG zutreffend erkannt hat, sind im Rahmen eines Arbeitskampfs im Einzelhandel derartige Aktionen nicht generell rechtswidrig. Zwar stellen sie regelmäßig einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der betroffenen Betriebsinhaber dar. Dieser kann aber aus Gründen des Arbeitskampfrechts gerechtfertigt sein.

[20] 1. Arbeitskampfmaßnahmen bedürfen einer Rechtfertigung, wenn durch sie in Rechtspositionen der Arbeitgeber oder Dritter eingegriffen wird. Dabei kommen neben (arbeits-)vertraglichen Rechtspositionen die in § 823 I BGB ausdrücklich genannten Rechte sowie insbesondere auch das Recht der einzelnen Arbeitgeber an dem von ihnen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Betracht.

[21] a) Das Recht des Betriebsinhabers am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist nach §§ 1004 I, 823 I BGB deliktisch geschützt. Es ist auf die ungestörte Betätigung und Entfaltung des von dem Betriebsinhaber geführten Betriebs gerichtet und umfasst alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des Betriebs als bestehender Einheit ausmacht (vgl. BAG, NJW 2009, 1990 = NZA 2009, 615 Rdnr. 24 m. w. Nachw.; BGHZ 163, 9 = NJW-RR 2005, 1175 [zu II 2 b cc <2> <b> <aa>]). Durch die von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung vorgenommene Einordnung des Rechts am bestehenden Gewerbebetrieb in den Kreis der „sonstigen Rechte“ des § 823 I BGB ist dieses Recht den dort ausdrücklich erwähnten Rechtsgütern hinsichtlich seines Schutzes gleichgestellt (vgl. etwa BGH, NJW 1983, 812 m. w. Nachw.). Der „Auffangtatbestand“ ist geschaffen worden, um eine andernfalls bestehende Lücke im Rechtsschutz zu schließen.

[22] Allerdings löst nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und des BAG nur ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb oder die hinreichende Gefahr eines solchen Ersatz- oder Abwehransprüche aus. Hierzu müssen die Eingriffe „gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen“ sein (vgl. BAGE 59, 48 = NJW 1989, 61 = NZA 1988, 884 [zu B II 2 b und c] m. w. Nachw.; BAG, NJW 2009, 1990 = NZA 2009, 615 Rdnr. 24; BGH, NJW 1985, 1620 [zu II 1]; BGHZ 138, 311 = NJW 1998, 2141 [zu II 3 a]). Sie müssen ihrer objektiven Stoßrichtung nach gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gerichtet sein. Auch muss ihnen eine Schadensgefahr eigen sein, die über eine Belästigung oder eine sozialübliche Behinderung hinausgeht und geeignet ist, den Betrieb in empfindlicher Weise zu beeinträchtigen (BGHZ 138, 311 = NJW 1998, 2141; BAG, NJW 2009, 1990 = NZA 2009, 615; noch weitergehend BGHZ 163, 9 = NJW-RR 2005, 1175 [zu II 2 b cc <2> <b> <aa>] m. w. Nachw., der sogar Beeinträchtigungen verlangt, die „die Grundlagen des Betriebs bedrohen, den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufheben oder die Tätigkeit des Inhabers als solche in Frage stellen“).

[23] Nicht rechtswidrig sind Eingriffe in den Gewerbebetrieb, wenn sie als Arbeitskampfmaßnahmen zulässig sind. Schließlich handelt es sich bei dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb um einen „offenen Tatbestand“, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessenssphäre ergeben (BGHZ 138, 311 =

NJW 1998, 2141 [zu II 3 b aa] m. w. Nachw.; BAG, NJW 2009, 1990 = NZA 2009, 615 Rdnr. 24).

[24] b) Die streitbefangenen Aktionen, zu denen aufzurufen der Bekl. untersagt werden soll, sind jedenfalls typischerweise nicht unbeträchtliche Eingriffe in die Gewerbebetriebe der Mitgliedsunternehmen des Kl. Dies gilt sowohl für Aktionen, bei denen viele Menschen koordiniert zur gleichen Zeit Artikel von geringem Wert einkaufen, um so für längere Zeit den Kassenbereich zu blockieren, als auch für Aktionen, bei denen viele Menschen zur gleichen Zeit ihre Einkaufswagen befüllen, um diese dann an der Kasse oder anderswo in den Filialräumen stehen zu lassen. Bei beiden Aktionsformen wird der Betriebsablauf gestört. Dabei handelt es sich nicht um zufällige, sondern um beabsichtigte Störungen. Diese gehen über reine Belästigungen und sozial übliche Beeinträchtigungen hinaus und sind geeignet, erhebliche Betriebsstörungen hervorzurufen.

[25] aa) Der in den Einzelhandelsfilialen verfolgte Betriebszweck besteht darin, die dort angebotenen Waren an Kunden zu verkaufen. Dazu gehört es, dass Kunden die Geschäfte betreten, sich zeitweilig dort aufhalten und sich über das angebotene Warensortiment informieren. Dazu gehört es auch, dass Kunden Waren, die sie zu erwerben beabsichtigen, in Einkaufswagen legen und sich damit zur Kasse begeben. Betriebszweck und Betriebsorganisation sind allerdings darauf angelegt, dass in diesem Fall die Kunden die ausgewählten Waren an der Kasse bezahlen und mitnehmen. Vom Betriebszweck erfasst ist grundsätzlich auch der Verkauf von Artikeln von geringem Wert. Der Betriebszweck wird nicht erst ab einem bestimmten Mindesteinkaufswert erfüllt.

[26] bb) Durch beide im Klageantrag genannten Aktionsformen wird die Verfolgung des Betriebszwecks beeinträchtigt.

[27] (1) Dies gilt zum einen, wenn Personen in „konzertierter Aktion“ den Regalen Artikel entnehmen, diese in ihre Einkaufswagen legen und die gefüllten Einkaufswagen dann irgendwo im Geschäft zurücklassen, ohne die Waren an der Kasse zu bezahlen und sie anschließend mitzunehmen. Der Betriebszweck ist nicht darauf gerichtet, dass die Angestellten die Artikel in diesen Fällen wieder in die Regale räumen. Vielmehr ist damit eine Störung des vom Betriebsinhaber konzipierten Betriebsablaufs verbunden.

[28] (2) Dies gilt auch, wenn Personen koordiniert einzelne Waren von geringem Wert kaufen, um dadurch Warteschlangen an den Kassen zu verursachen. Zwar widerspricht der Kauf derartiger Artikel als solcher nicht dem Betriebszweck. Gleichwohl wird der betriebliche Ablauf gestört, wenn ein von einer Vielzahl von Aktionsteilnehmern abgesprochener Kauf der „Cent-Artikel“ dazu führt, dass sich an den Kassen lange Warteschlangen bilden und dadurch potenzielle Kunden von einem Einkauf in diesem Ladengeschäft abgehalten werden.

[29] cc) Es handelt sich bei solchen „Flashmob-Aktionen“ um unmittelbare, betriebsbezogene Eingriffe. Die Betriebsablaufstörungen sind nicht zufällige Folgen einer nicht gegen die Einzelhandelsunternehmen gerichteten Maßnahme. Vielmehr sind die Betriebsablaufstörungen gerade Ziel der Aktionen.

[30] dd) Die mit den Aktionen beabsichtigten Betriebsablaufstörungen beschränken sich nicht auf Belästigungen oder sozialübliche Beeinträchtigungen. Die streitbefangenen „Flashmob-Aktionen“ sind darauf gerichtet, erhebliche Betriebsstörungen hervorzurufen. Dabei verlangt der Streitfall

keine nähere Auseinandersetzung mit der Frage, wo im Einzelfall genau die Schwelle für eine erhebliche Betriebsbeeinträchtigung liegt und ob diese auch dann noch als überschritten angesehen werden kann, wenn lediglich durch die „Originalität“ einer kurzzeitigen Aktion öffentliche Aufmerksamkeit hervorgerufen werden soll. Denn jedenfalls sind die hier streitbefangenen „Flashmob-Aktionen“ typischerweise geeignet, erhebliche Störungen der betrieblichen Abläufe zu verursachen. Sie sind hierauf ja regelmäßig gerade angelegt. Auch die Bekl. behauptet nicht, die bereits durchgeführte Aktion habe lediglich demonstrativen Charakter gehabt und nur dazu gedient, öffentliche Aufmerksamkeit zu erregen.

[31] 2. Die hiernach mit solchen „Flashmob-Aktionen“ eines laufenden Arbeitskampfs verbundenen Eingriffe in die eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe der Mitgliedsunternehmen können aber als Arbeitskampfmaßnahmen gerechtfertigt sein. Derartige Aktionsformen des Arbeitskampfs unterfallen dem Schutzbereich des Art. 9 III GG. Allerdings sind sie, wie jede Arbeitskampfmaßnahme, nicht schon allein deshalb immer zulässig. Vielmehr richtet sich ihre Zulässigkeit nach der Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung. Diese Ausgestaltung unterliegt mangels eines Tätigwerdens des Gesetzgebers den im Einzelfall angerufenen Gerichten. Nach der hierzu entwickelten Rechtsprechung ist wesentlicher Grundsatz für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Nach diesem sind streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der beschriebenen Art jedenfalls nicht generell unangemessen.

[32] a) Solche streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“, mit denen Gewerkschaften auf die Arbeitgeberseite Druck zur Durchsetzung ihrer in einem Arbeitskampf verfolgten tariflichen Forderungen ausüben wollen, unterfallen grundsätzlich der durch Art. 9 III GG geschützten gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit.

[33] aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BAG* schützt das Doppelgrundrecht des Art. 9 III GG zum einen den Einzelnen in seiner Freiheit, eine Vereinigung zur Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu gründen, ihr beizutreten oder sie zu verlassen. Geschützt ist zum anderen auch die Koalition selbst in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und ihren Betätigungen, sofern diese der Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen (*BVerfG*, NZA 2007, 394 [zu II 2 a] m. w. Nachw.; *BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 11 m. w. Nachw.). Der Schutz erstreckt sich auf alle koalitions-spezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht (*BVerfGE* 92, 365 = NJW 1996, 185 = NZA 1995, 754 [zu C I 1 a]; *BVerfG*, NZA 2004, 1338 = AP GG Art. 9; Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136 [zu B II 1] m. w. Nachw.). Die Wahl der Mittel, mit denen die Koalitionen die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu erreichen versuchen und die sie hierzu für geeignet halten, gibt Art. 9 III GG nicht vor, sondern überlässt sie grundsätzlich den Koalitionen selbst. Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, werden jedenfalls insoweit von der Koalitionsfreiheit erfasst, als sie erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 = NJW 2007, 3087 L). Der Schutzbereich des Art. 9 III GG ist nicht etwa von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränkt. Der Grundrechtsschutz erstreckt sich vielmehr auf alle Verhaltensweisen, die

koalitionsspezifisch sind. Ob eine koalitions-spezifische Betätigung für die Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit unerlässlich ist, kann erst bei Einschränkungen dieser Freiheit Bedeutung erlangen (*BVerfGE* 93, 352 = NJW 1996, 1201 = NZA 1996, 381 [zu B I 3]; *BVerfG*, NZA 2007, 394 Rdnr. 21; *BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 = NJW 2007, 3087 L).

[34] bb) Hiernach unterfallen streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der Gewerkschaften, die der Verfolgung tariflicher Ziele dienen, dem Schutzbereich des Art. 9 III GG. Es handelt sich dabei um eine koalitions-spezifische Betätigung der Gewerkschaft. Dem steht nicht entgegen, dass derartige „Flashmob-Aktionen“ bislang kein typisches, in der Geschichte des Arbeitskampfs schon seit längerem bekanntes und anerkanntes, sondern ein neues Arbeitskampfmittel sind. Dem Schutz des Art. 9 III GG unterfällt nicht nur ein historisch gewachsener, abschließender *numerus clausus* von Arbeitskampfmitteln. 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 = NJW 1996, 185 = NZA 1995, 754 [zu C I 1 b]; *BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 11). Die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitions-spezifisch ist, richtet sich grundsätzlich nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel. Der Bedeutung des Grundrechts würde nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn sein Anwendungsbereich mit der Begründung verneint würde, das von einer Koalition zur Verfolgung eines tariflichen Ziels eingesetzte Mittel sei wegen seiner Art nicht koalitions-spezifisch. Auch ließe sich so die verfassungsrechtlich geschützte koalitions-spezifische Betätigung einer Koalition nicht zuverlässig und sachgerecht von deren sonstiger, nicht von Art. 9 III GG erfasster Betätigung abgrenzen. Daher ist es verfassungsrechtlich geboten, eine durch Art. 9 III GG geschützte koalitions-spezifische Betätigung anzunehmen, wenn das von einer Koalition eingesetzte – friedliche – Mittel der Durchsetzung eines koalitions-spezifischen Ziels, wie insbesondere der Erzwingung eines Tarifvertrags dient.

[35] cc) Entgegen der Auffassung des Kl. ist daher der Schutzbereich des Art. 9 III 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 (vgl. dazu *BAG*, AP GG Art. 9; Arbeitskampf Nr. 82 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 55 = NZA 1985, 459 L = NJW 1985, 2440 L [zu 3 b]). Für die Einordnung als Maßnahme des Arbeitskampfs zur Durchsetzung tariflich regelbarer Forderungen kommt es nicht auf die individuelle Motivation der einzelnen Teilnehmer, sondern auf das von der Gewerkschaft verfolgte Ziel an.

[36] b) Der Umstand, dass zum Zwecke des Arbeitskampfs durchgeführte „Flashmob-Aktionen“ dem Schutzbereich des Art. 9 III GG unterfallen, bedeutet nicht, dass sie deshalb stets zulässig wären. Ihre Zulässigkeit richtet sich vielmehr nach der Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung. Maßgebliches Prinzip ist insoweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bei dessen Anwendung erweisen sich streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der im Antrag beschriebenen Art jedenfalls nicht als generell rechtswidrig.

[37] aa) Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit bedarf der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung, soweit es die Beziehungen zwischen Trägern widerstreitender Interessen zum Gegenstand hat. Diese erfordert koordinierende Regelungen,

die gewährleisten, dass die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen können. Die Möglichkeit des Einsatzes von Kampfmitteln setzt rechtliche Rahmenbedingungen voraus, die sichern, dass Sinn und Zweck des durch Art. 9 III GG garantierten Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben (*BVerfGE* 92, 365 = NJW 1996, 185 = NZA 1995, 754 [zu C I 1 b]; *BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 15 m. w. Nachw.). Die Ausgestaltung obliegt in erster Linie dem Gesetzgeber. Bei fehlenden oder unzureichenden gesetzlichen Vorgaben müssen die Gerichte das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Grundsätzen ableiten, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 16 m. w. Nachw.). Bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts haben die Gerichte – neben den von den Tarifvertragsparteien selbst für etwaige Arbeitskämpfe gezogenen Grenzen – vor allem darauf zu achten, dass ein vorhandenes Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien nicht gestört oder ein Ungleichgewicht verstärkt wird. Zentraler Prüfungsmaßstab ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 17).

[38] (1) Zunächst haben die Gerichte zu berücksichtigen, dass jegliche Reglementierung zugleich eine Beschränkung der durch Art. 9 III GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit darstellt, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Aus der Bewertung des Art. 9 III GG als Freiheitsrecht der Koalitionen und der Staatsferne der Koalitionsfreiheit folgt, dass die Wahl der Mittel, welche die Koalitionen zur Erreichung des Zwecks der Regelungen für geeignet halten, den Koalitionen selbst obliegt. Eine Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen durch die Fachgerichte als rechtswidrig kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn eine Arbeitskampfmaßnahme offensichtlich ungeeignet oder nicht erforderlich oder wenn sie unverhältnismäßig ist (*BVerfGE*, NZA 2004, 1338 = AP GG Art. 9; Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136 [zu B II 2 b]; *BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 19 m. w. Nachw.).

[39] (2) Für die Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts stellt die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sowohl Rechtfertigung als auch Grenze dar. Das Tarifvertragssystem ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichwertiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen. Funktionsfähig ist die Tarifautonomie nur, solange ein ungefähres Gleichgewicht (Parität) besteht. Unvereinbar mit Art. 9 III GG ist daher eine Ausgestaltung, wenn sie dazu führt, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifausinandersetzungen 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 = NJW 1996, 185 = NZA 1995, 754 [zu C I 1 c]; *BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 20).

[40] (3) Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich Art. 9 III GG nicht entnehmen. Die Kampfstärke von Koalitionen hängt von einer im Einzelnen kaum überschaubaren Fülle von Faktoren ab, die in ihren Wirkungen schwer abschätzbar sind. Die Vorgabe, möglichst für Parität

zwischen den Tarifvertragsparteien zu sorgen, genügt daher als Handlungsanweisung für die konkrete gerichtliche Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts allein in der Regel nicht. Das Paritätsprinzip ist wegen seiner Abstraktionshöhe als Maßstab zur Bewertung einzelner Kampfsituationen regelmäßig nicht ausreichend. Es bezeichnet aber zumindest eine Grenze, die bei der gerichtlichen Ausgestaltung nicht überschritten werden darf (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 21 m. w. Nachw.).

[41] (4) Zentraler Maßstab für die Beurteilung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitskampfs ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnrn. 22, 23 m. zahlr. Nachw.). Auch das *BVerfGE* hat dieses Prinzip als tauglichen Maßstab für die fachgerichtliche Überprüfung von Arbeitskampfmaßnahmen anerkannt (*BVerfGE* 92, 365 = NJW 1996, 185 = NZA 1995, 754 [zu C I 1 c]; vgl. auch BAG, NZA 2004, 1338 = AP GG Art. 9; Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136 [zu B II 2 b]). Das Abwägungspostulat der Verhältnismäßigkeit erfordert stets eine Würdigung, ob ein Kampfmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kampfziels geeignet und erforderlich ist und bezogen auf das Kampfziel angemessen (proportional) eingesetzt wird (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 25 m. w. Nachw.).

[42] (a) 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 III GG geschützten Freiheit in der Wahl der Arbeitskampfmittel (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 26 m. w. Nachw.).

[43] (b) Erforderlich ist ein Kampfmittel, wenn mildere Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels nach der Beurteilung der den Arbeitskampf führenden Koalition nicht zur Verfügung stehen. Auch insoweit umfasst deren Betätigungsfreiheit grundsätzlich die Einschätzung, ob sie zur Erreichung des verfolgten Ziels das gewählte Mittel für erforderlich oder andere Mittel für ausreichend erachtet. Die Grenze bildet auch hier der Rechtsmissbrauch. Ein solcher liegt vor, wenn es des ergriffenen Kampfmittels zur Erreichung des Ziels offensichtlich nicht bedarf (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 27).

[44] (c) Verhältnismäßig im engeren Sinn (proportional) ist ein Arbeitskampfmittel, das sich unter hinreichender Würdigung der grundrechtlich gewährleisteten Betätigungsfreiheit zur Erreichung des angestrebten Kampfziels unter Berücksichtigung der Rechtspositionen der von der Kampfmaßnahme unmittelbar oder mittelbar Betroffenen als angemessen darstellt. Insoweit steht einer Arbeitskampfpartei keine Einschätzungsprärogative zu, geht es doch hierbei nicht um eine tatsächliche Einschätzung, sondern um eine rechtliche Abwägung. Allerdings ist bei dieser stets zu beachten, dass es gerade Wesen einer Arbeitskampfmaßnahme ist, durch Zufügung wirtschaftlicher Nachteile Druck zur Erreichung eines legitimen Ziels auszuüben. Unverhältnismäßig ist ein Arbeitskampfmittel daher erst, wenn es sich auch unter Berücksichtigung dieses Zusammenhangs als unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, ebenfalls verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstellt (*BAGE* 123, 134 = NZA 2007, 1055 Rdnr. 28).

[45] (aa) Für die Beurteilung der Angemessenheit eines den Gegner schädigenden Arbeitskampfmittels können zahlreiche Umstände eine Rolle spielen. Diese lassen sich nicht für sämtliche in Betracht kommenden Arbeitskampfmittel in ihrem Gewicht und ihrem Verhältnis zueinander abschließend

beschreiben, sondern können je nach Art des Kampfmittels unterschiedliche Bedeutung erlangen (vgl. etwa zu den für die Beurteilung eines Unterstützungstreiks maßgeblichen Gesichtspunkten *BAGE* 123, 134 = *NZA* 2007, 1055 Rdnrn. 38–49).

[46] (bb) Insbesondere bei anderen als den „klassischen“ Arbeitskämpfungsmitteln des Streiks und der Aussperrung kann für die Beurteilung der Angemessenheit von Bedeutung sein, ob das Kampfmittel mit eigenen Opfern des Angreifers verbunden ist und ob dem Gegner effektive Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Ein Arbeitskämpfungsmittel, das frei von eigenen Risiken eingesetzt werden kann und zugleich dem Gegner keine Verteidigungsmöglichkeiten lässt, gefährdet typischerweise die Verhandlungspartit. Zwar ist ein Arbeitskämpfung darauf angelegt, für die Gegenseite hohe Kosten zu verursachen, um möglichst schnell zu einem Tarifabschluss zu gelangen (vgl. *BAGE* 73, 141 = *NJW* 1993, 2829 = *NZA* 1993, 809 [zu II 2]; *Otto*, Arbeitskämpfung und SchlichtungsR, § 8 Rdnr. 8; *ErfK/Dieterich*, 9. Aufl., Art. 9 GG Rdnr. 131). Doch darf die Rechtsordnung keiner Seite so starke Kampfmittel zur Verfügung stellen, dass dem Gegenspieler keine wirksame Reaktionsmöglichkeit bleibt, sondern die Chancen auf die Herbeiführung eines angemessenen Verhandlungsergebnisses zerstört werden (vgl. *BAGE* 84, 302 = *NJW* 1997, 1801 = *NZA* 1997, 393 [zu II 2 a]).

[47] (cc) Um dem Gegner eigene Reaktionen zu ermöglichen, bedarf es in der Regel der Erkennbarkeit einer Kampfmaßnahme als solcher. Dies entspricht dem arbeitskampfrechtlichen Gebot der fairen Kampfführung. Danach muss der Angegriffene wissen, von welcher Maßnahme er betroffen ist, um sich in seinem eigenen Verhalten darauf einstellen zu können (vgl. *BAGE* 81, 213 = *NJW* 1996, 1844 = *NZA* 1996, 389 [zu I 2 a und b bb]; *Wißmann*, *JbArbR* Bd. 35, S. 115, 123 ff.). An die sich daraus ergebende Pflicht zur Deklaration arbeitskampfbezogener Handlungen sind allerdings keine formalen Anforderungen im Sinne ausdrücklicher Erklärungen an die Gegenseite zu stellen. Das Arbeitskämpfungsgeschehen ist einer Formalisierung weitgehend entzogen. Daher müssen der Gegenseite Inhalt und Umfang einer Arbeitskämpfungmaßnahme nicht förmlich mitgeteilt werden. Vielmehr genügt es, wenn der Gegenspieler aus den ihm bekannten Umständen erkennen kann, welcher von der Gegenseite getragenen Arbeitskämpfungmaßnahme er ausgesetzt ist (vgl. *BAGE* 81, 213 = *NJW* 1996, 1844 = *NZA* 1996, 389 [zu I 2 b bb]; *Wißmann*, S. 115, 124). In jedem Fall muss erkennbar sein, dass es sich nicht um eine „wilde“ oder anonyme, sondern um eine von der Gegenseite getragene Kampfmaßnahme handelt. Um sich verteidigen zu können, muss der Angegriffene erkennen können, wer die Verantwortung für den Angriff trägt (vgl. *BAGE* 81, 213 = *NJW* 1996, 1844 = *NZA* 1996, 389 [zu I 1]).

[48] (bb) Hiernach sind gewerkschaftlich getragene streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der beschriebenen Art im Rahmen von Arbeitskämpfen im Einzelhandel nicht generell rechtswidrig. Insbesondere stellen sie sich nicht in allen ernsthaft in Betracht kommenden Fallgestaltungen als unverhältnismäßig dar.

[49] (1) Streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art sind nicht, jedenfalls nicht stets, offensichtlich ungeeignet, zur Durchsetzung der von der Bekl. in möglichen künftigen Arbeitskämpfen verfolgten tariflichen Ziele. Ihre Geeignetheit unterliegt der Einschätzungsprerogative der Bekl. in der jeweiligen konkreten Arbeitskämpfungssituation.

[50] (2) Ebenso wenig gerechtfertigt ist die Annahme, streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art seien in künftigen Tarifaueinandersetzungen der Parteien offensichtlich nicht erforderlich, um zur Durchsetzung der tariflichen Ziele Druck auf den Kl. und dessen Mitgliedsunternehmen auszuüben. Auch insoweit steht der Bekl. eine weitgehende Einschätzungsprerogative zu, die sich darauf erstreckt, ob durch den bisherigen Verlauf des Arbeitskämpfs ausreichender wirtschaftlicher Druck auf die Gegenseite aufgebaut werden konnte.

[51] (3) Streikbegleitende künftige „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art sind auch nicht generell unverhältnismäßig.

[52] (a) Allerdings unterscheiden sich derartige Aktionen von dem herkömmlichen Arbeitskämpfungsmittel des Streiks in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen nicht unbedeutend. Zwar zielt der Einsatz beider Arbeitskämpfungsmittel darauf ab, die betriebliche Tätigkeit zu behindern und hierdurch dem Arbeitgeber einen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen. Gleichwohl handelt es sich um ganz unterschiedliche Mittel. Während die Betriebsstörung beim Streik durch die „passive“, aber nach Zeit und Ort koordinierte kollektive Verweigerung der von den einzelnen Arbeitnehmern vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung hervorgerufen werden soll, geht es bei „Flashmob-Aktionen“ um eine „aktive“ Störung betrieblicher Abläufe. Auch kann ein Streik seinem Charakter nach nur von Arbeitnehmern geführt werden, während die Beteiligung an „Flashmob-Aktionen“ in öffentlich zugänglichen Betrieben auch anderen Personen möglich ist. Vor allem aber liegt ein erheblicher Unterschied zwischen dem Streik und den „Flashmob-Aktionen“ darin, dass diese als solche nicht mit einem erheblichen wirtschaftlichen eigenen Nachteil für die Aktionsteilnehmer verbunden sind. Der Streik als klassisches Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitnehmer führt in seinen verschiedenen Erscheinungsformen stets unmittelbar zu einem eigenen finanziellen Opfer der Streikenden. Da sie durch den Streik ihren Vergütungsanspruch verlieren, ist mit dieser Arbeitskämpfungmaßnahme immer eine Selbstschädigung verknüpft. Dies trägt – jedenfalls typischerweise – dazu bei, dass Gewerkschaften und Arbeitnehmer mit diesem Arbeitskämpfungsmittel (eigen-)verantwortlich umgehen (vgl. zur Steuerungsfunktion der mit einem Streik für die streikenden Arbeitnehmer und die Gewerkschaft verbundenen Belastungen und Opfer (*BAGE* 105, 5 = *NZA* 2003, 866 [zu B II 1]; *BAGE* 123, 134 = *NZA* 2007, 1055 Rdnr. 35; vgl. auch schon *BAGE* 33, 140 = *NJW* 1980, 1642 [zu AV 2])). Schließlich sind gewerkschaftlich getragene und organisierte Streiks regelmäßig zuverlässig beherrschbar und stehen typischerweise nicht in Gefahr, durch ein weniger beeinflussbares Verhalten Dritter außer Kontrolle zu geraten.

[53] (b) Diese Unterschiede führen jedoch nicht dazu, dass „Flashmob-Aktionen“ als Arbeitskämpfungsmittel stets unverhältnismäßig wären. Dies gilt jedenfalls für streikbegleitende, von der Gewerkschaft getragene Aktionen, bei denen die betroffenen Arbeitgeber auf Grund der ihnen bekannten Umstände die Art des Kampfmittels und die dafür verantwortliche Gewerkschaft erkennen können. In diesem Fall ist nämlich die Arbeitgeberseite der gewerkschaftlichen Arbeitskämpfungmaßnahme nicht wehrlos ausgeliefert. Vielmehr stehen ihr wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung.

[54] (aa) Regelmäßig erforderlich ist allerdings, dass derartige „Flashmob-Aktionen“ für die Arbeitgeberseite als von der Gewerkschaft getragene und zu verantwortende Arbeits-

kampfmaßnahmen erkennbar sind. Die den Arbeitskampf führende Gewerkschaft muss daher in zurechenbarer Weise deutlich machen, dass es sich nicht um eine „wilde“ Aktion unbeteiligter Dritter, sondern um eine von ihr organisierte und gesteuerte Arbeitskampfmaßnahme handelt. Dies muss nicht in formalisierter Weise geschehen. Vielmehr kann sich dies aus den Gesamtumständen – wie etwa Flugblättern oder öffentlichen Kundgebungen – ergeben (vgl. *BAGE* 81, 213 = *NJW* 1996, 1844 = *NZA* 1996, 389 [zu I 2 c]; *Wißmann*, *JbArbR* Bd. 35, S. 115, 124). Für die Arbeitgeberseite muss aber jedenfalls erkennbar sein, ob überhaupt und gegebenenfalls um welche Art von Arbeitskampfmaßnahme es sich handelt und wer dafür die Verantwortung trägt. Nur unter diesen Voraussetzungen kann die Arbeitgeberseite ihr Verhalten auf die gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen einstellen (vgl. *BAGE* 81, 213 = *NJW* 1996, 1844 = *NZA* 1996, 389 [zu I 2 b bb]).

[55] (bb) Die Arbeitgeberseite ist derartigen, erkennbar von der Gewerkschaft getragenen und organisierten „Flashmob-Aktionen“ nicht wehrlos ausgeliefert. Vielmehr stehen ihr wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verfügung.

[56] (aaa) Zum einen hat der von einer „Flashmob-Aktion“ betroffene Arbeitgeber grundsätzlich die Möglichkeit, gegenüber den Aktionsteilnehmern von seinem Hausrecht Gebrauch zu machen.

[57] (aaaa) Das Hausrecht beruht auf dem Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) und ermöglicht seinem Inhaber, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt zu der Örtlichkeit gestattet und wem er ihn verwehrt. Das schließt das Recht ein, den Zutritt nur zu bestimmten Zwecken zu erlauben und die Einhaltung dieses Zwecks mittels eines Hausverbots durchzusetzen (*BGH*, *NJW* 2006, 1054 Rdnr. 7). Allerdings bringt derjenige, der ein Geschäft für den allgemeinen Publikumsverkehr eröffnet, damit zum Ausdruck, dass er an jedermann Waren verkaufen oder Dienstleistungen erbringen will. Er gestattet somit generell allen potenziellen Kunden den Zutritt. Das schließt es aber nicht aus, dass er von seinem Hausrecht gegenüber solchen Kunden Gebrauch macht, die hierzu, insbesondere durch Störungen des Betriebsablaufs, Anlass geben (vgl. *BGHZ* 124, 39 = *NJW* 1994, 188 [zu II 1]; *BGH*, *NJW-RR* 1991, 1512 = *MDR* 1991, 1155 [zu II 1]). Der von einer „Flashmob-Aktion“ betroffene Inhaber eines Einzelhandelsgeschäfts ist dementsprechend rechtlich nicht gehindert, Teilnehmer an der Aktion des Betriebs zu verweisen. Sein auf Eigentum und Besitz beruhendes Hausrecht muss der durch Art. 9 III GG geschützten gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit nicht weichen. Dabei kann dahinstehen, ob auch ein privater Hausrechtsinhaber gehalten ist, sein Hausrecht „grundrechtsfreundlich“ auszuüben (vgl. *BAGE* 113, 230 = *NJW* 2005, 1596 = *NZA* 2005, 592 [zu II 1 b]). Jedenfalls muss der Inhaber eines Betriebs die Inanspruchnahme seines Besitztums zum Zwecke der Herbeiführung von Betriebsablaufstörungen auch im Arbeitskampf nicht dulden (vgl. dazu, dass Betriebsablaufstörungen auch dem gewerkschaftlichen Zutrittsrecht zum Zwecke der Mitgliederwerbung entgegenstehen können *BAGE* 117, 137 = *NZA* 2006, 798 Rdnr. 44).

[58] (bbbb) Die Hiernach dem von einer „Flashmob-Aktion“ betroffenen Arbeitgeber auf Grund seines Hausrechts eröffnete Verteidigungsmöglichkeit ist nicht etwa aus tatsächlichen Gründen zur Gegenwehr typischerweise ungeeignet. Allerdings mag die sofortige Identifikation aller Teilnehmer an einer derartigen Aktion im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Die Möglichkeit, die Aktionsteilnehmer jedenfalls alsbald als solche zu erkennen, ist aber regelmäßig gegeben. Sofern Aktionsteilnehmer – wie etwa bei der Aktion vom 8. 12. 2007 zumindest

ein Teil von ihnen – bereits an äußeren Anzeichen, wie Bekleidung oder Anstecknadeln, erkennbar sind oder sofern sie sich durch ihre Äußerungen oder Handlungen als Teilnehmer der Aktion zu erkennen geben, steht der Ausübung des Hausrechts ihnen gegenüber ohnehin nichts im Wege. Aber auch wenn Aktionsteilnehmer nicht unmittelbar bereits äußerlich als solche erkennbar sind, bleibt ihre Teilnahme nicht längere Zeit verborgen, sondern wird spätestens dann offenbar, wenn sie gemeinsam mit vielen anderen mit lediglich einem „Cent-Artikel“ im Einkaufswagen an der Kasse eine Warteschlange bilden oder einen gefüllten Einkaufswagen stehen lassen. Zwar mögen bereits dadurch in begrenztem Umfang Störungen eintreten. Länger dauernden, nachhaltigen Störungen kann der Betriebsinhaber aber regelmäßig bereits durch Ausübung seines Hausrechts begegnen. Es kann auch nicht etwa angenommen werden, dass die Aktionsteilnehmer typischerweise einer Aufforderung des Betriebsinhabers oder seiner Repräsentanten, die Einzelhandelsfiliale zu verlassen, auf die Gefahr hin, sich nach § 123 I Alt. 2 StGB strafbar zu machen, keine Folge leisten. Dies gilt insbesondere, wenn es sich nicht um eine „wilde“, sondern um eine von der Gewerkschaft organisierte, gesteuerte und zu verantwortende Aktion handelt.

[59] (bbb) Der von einer „Flashmob-Aktion“ in einer bestreikten, wenngleich nicht geschlossenen, Einzelhandelsfiliale betroffene Arbeitgeber hat ferner die Möglichkeit, der gewerkschaftlichen Arbeitskampfmaßnahme durch eine vorübergehende Betriebsschließung zu begegnen.

[60] (aaaa) Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, einen bestreikten Betrieb oder Betriebsteil für die Dauer des Streiks soweit als möglich aufrechtzuerhalten. Dies gilt auch, wenn ihm die teilweise Aufrechterhaltung technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar wäre. Der Arbeitgeber kann vielmehr den bestreikten Betrieb im zeitlichen und räumlichen Rahmen des Streiks stilllegen. Eine solche suspendierende Stilllegung hat zur Folge, dass auch arbeitswillige Arbeitnehmer ihren Lohnanspruch verlieren (*BAGE* 76, 196 = *NJW* 1995, 477 = *NZA* 1994, 1097 [zu II 3 b und c]; *BAGE* 79, 152 = *NJW* 1995, 2869 = *NZA* 1995, 958 [zu I 2]; *BAGE* 80, 213 = *NJW* 1996, 1428 = *NZA* 1996, 212 [zu III 1]). Sie ist allerdings nur innerhalb des Rahmens möglich, den der Streikaufruf in gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht gesetzt hat (*BAGE* 80, 213 = *NJW* 1996, 1428 = *NZA* 1996, 212). Die praktische Bedeutung der Möglichkeit einer suspendierenden Stilllegung liegt darin, dass nicht streikende, arbeitswillige Außenseiter in die Risikogemeinschaft der Arbeitnehmer im Streikgeschehen einbezogen werden (*Wißmann*, *JbArbR* Bd. 35, S. 115, 120). Das Recht zur Betriebsstilllegung eröffnet dem betroffenen Arbeitgeber schnelle und betriebsspezifische Reaktionen, die das Instrument der Abwehraussperrung nicht oder jedenfalls nicht mit derselben Effizienz bietet (*ErfK/Dietrich*, Art. 9 GG Rdnr. 220). Insbesondere hängt die Rechtmäßigkeit einer suspendierenden Stilllegung anders als diejenige einer Abwehraussperrung in Arbeitskämpfen um einen Verbandstarifvertrag nicht von einem vorherigen Koalitionsbeschluss des Arbeitgeberverbands ab (vgl. *BAGE* 81, 213 = *NJW* 1996, 1844 = *NZA* 1996, 389 [zu I 1]).

[61] (bbbb) Hiernach hat der von einer „Flashmob-Aktion“ in einer bestreikten Einzelhandelsfiliale betroffene Arbeitgeber die Möglichkeit, sich dem ausgerufenen, aber tatsächlich nicht vollständig befolgten oder von ihm bislang durch Einsatz von Aushilfskräften oder Leiharbeitnehmern unterlaufenen Streik zeitweilig zu „beugen“ und den Betrieb vorübergehend mit suspendierender Wirkung für die nicht streikenden Arbeitnehmer zu schließen. Gegenstand der vorliegenden Unterlassungsklage sind gerade und ausschließlich streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ in bestreikten Filialen von Mitgliedsunternehmen des Kl. Eine vorübergehende Betriebsschließung durch den betroffenen Arbeitgeber bewegt sich daher im räumlichen und zeitlichen Rahmen des von der Gewerkschaft ausgerufenen Streiks. Anders als bei einer Abwehraussperrung bedarf der betroffene Arbeitgeber auch bei einem Arbeitskampf um einen Verbandstarifvertrag nicht eines vorherigen Beschlusses des Arbeitgeberverbands. Vielmehr kann er unmittelbar und flexibel auf die gewerkschaftliche Arbeitskampfmaßnahme reagie-

ren. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass eine vom Arbeitgeber vorgenommene suspendierende Betriebsstilllegung genau zu dem Ergebnis führt, das die Gewerkschaft mit dem tatsächlich nicht uneingeschränkt befolgten Streikaufruf zu erreichen versucht. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der betroffene Arbeitgeber durch die Betriebsstilllegung die „Flashmob-Aktion“ als solche wirksam beenden und die Folgen der Betriebsstörung durch das Zurückräumen der Ware aus den befüllten Einkaufswagen unschwer beseitigen kann.

[62] (c) Entgegen der Auffassung des Kl. handelt es sich bei den streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art auch nicht um „Betriebsblockaden“. Die Einzelhandelsfilialen werden nicht etwa gegenüber Kunden und Lieferanten abgesperrt. „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art sind typischerweise gerade nicht auf eine nachhaltige Absperrung des gesamten Betriebs, sondern auf eine relativ kurzfristige, vorübergehende Störung betrieblicher Abläufe gerichtet. Der vorliegende Fall verlangt daher nicht nach einer rechtlichen Beurteilung von „Betriebsblockaden“ (vgl. dazu BAG, NJW 1989, 1881 = NZA 1989, 475 [zu C III] m. w. Nachw.). Auch der Kl. hat nicht dargetan, dass etwa bei der Aktion am 8. 12. 2007 der Zugang zur oder der Abgang von der bestreikten Filiale verhindert oder unbeteiligte Kunden in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt worden wären oder dass dies bei derartigen Aktionen typischerweise stets der Fall wäre.

[63] III. Streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art sind weder generell vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen des betroffenen Arbeitgebers noch ist damit typischerweise die Verwirklichung eines Straftatbestands verbunden.

[64] 1. Die streitgegenständlichen Aktionen sind, jedenfalls typischerweise, keine vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigungen i. S. von § 826 BGB. Erforderlich wäre hierzu eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens der Bkl. Eine solche liegt nicht vor. Von einer die Regeln eines fairen Arbeitskampfs nach Form und Ausmaß verletzenden Rücksichtslosigkeit kann bei Aktionen in dem bislang erfolgten Umfang nicht gesprochen werden.

[65] 2. Durch Aktionen der beschriebenen Art wird nicht etwa typischerweise der Straftatbestand des Hausfriedensbruchs i. S. von § 123 I StGB verwirklicht. Dieser ist nicht bereits dann erfüllt, wenn jemand ein der Öffentlichkeit zugängliches Einzelhandelsgeschäft ohne die Absicht betritt, dort tatsächlich einzukaufen. Wenn der Zutritt zu einem Verkaufsgeschäft vom Hausrechtsinhaber ohne zuverlässig erkennbare Einschränkungen allgemein eröffnet wird, bedarf es zur Erfüllung des Straftatbestands des § 123 StGB grundsätzlich einer erfolglosen Aufforderung des Hausrechtsinhabers, sich zu entfernen (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 77. Aufl., § 123 Rdnrn. 23, 27).

[66] 3. Ebenso wenig ist mit Aktionen der streitbefangenen Art typischerweise der Straftatbestand des § 240 I StGB verwirklicht. Eine rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahme ist keine Nötigung.

[67] 4. Auch § 303 I StGB wird durch derartige Aktionen nicht typischerweise verwirklicht. Die bloße Möglichkeit, dass sich Aktionsteilnehmer nicht an die Direktive halten, keine verderbliche Frischware aus den Regalen zu entnehmen, und es auf diese Weise zu „Exzessen“ kommt, führt allein nicht zur generellen Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfmittels.

[68] IV. Die vom Kl. erhobenen formellen Rügen sind nicht geeignet, der Revision zum Erfolg zu verhelfen.

[69] 1. Entgegen der Auffassung des Kl. hat das LAG seine Aufklärungs-, Hinweis- und Fragepflicht nach § 139 I und II ZPO nicht verletzt. Insbesondere handelt es sich bei der für das LAG maßgeblichen Erwägung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei bei „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art jedenfalls nicht in allen denkbaren Fällen verletzt, ersichtlich nicht um einen überraschenden Gesichtspunkt, sondern um einen solchen, der sich bei dem auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsantrag aufdrängt.

[70] 2. Auch die Rüge, das LAG habe § 286 ZPO verletzt, ist unbegründet. Das LAG hat es insbesondere nicht versäumt, zu einer von ihm für entscheidungserheblich erachteten streitigen Tatsache einen vom Kl. angebotenen Beweis einzuholen. Es hat vielmehr seine Entscheidung auf die unstreitigen Tatsachen gestützt und den Kl. in keinem entscheidungserheblichen Punkt als beweisfällig behandelt.

### Anmerkung

I. Zunächst noch einige Ergänzungen zum Sachverhalt: ver.di suchte in der Tarifrunde 2007 im Berliner Einzelhandel im Dezember eine große Zahl von „Aktivisten“. Diese fühlten sich offenbar durch eine Kundgebung am 7. 12. 2007 vor dem Roten Rathaus, durch Berichte in den Medien, aber auch durch das Internet (z. B. Demokratische Jugend Brandenburg) angesprochen. Sie wurden dort ausdrücklich für Flashmob-Aktionen (vgl. dazu Rieble, NZA 2008, 796) zum „Dichtmachen“ von Filialen gesucht, wie es hieß. Man sollte seine Bereitschaft zur Mitwirkung durch Eintragung der Handynummer in eine im ver.di-Haus öffentlich ausliegende Liste erklären. Die Gewerkschaft würde dann per Massensms die Teilnehmer dorthin dirigieren, wo auf die zuvor beschriebene Weise der Verkauf gestört werden sollte: durch kollektiven Kauf in der REWE-Zentrale am Berliner Ostbahnhof am 8. 12. 2007 – von Pfennigartikeln wie einer Weintraube, einer Walnuss, einem Radieschen. Oder durch prall gefüllte Einkaufswagen, die Kassen blockieren. 50 Aktivisten fanden sich ein, 40 Einkaufswagen wurden befüllt und in Gängen oder vor der Kassenzonen, teilweise mit kühlpflichtiger Ware bepackt, platziert oder mit dem so gefüllten Einkaufswagen das Abscannen abgewartet, um dann der verdutzten Kassiererinnen unter dem Applaus der Aktivisten zu erklären, man habe das Geld vergessen. Weitere Flashmob-Aktionen wurden angekündigt. Mit diesem Sachverhalt am 12. 12. 2007 durch Eilantrag konfrontiert, erließ die 34. Kammer (!) des ArbG Berlin einen Beschluss (34 Ga 20169/07, BeckRS 2009, 68140), durch den ver.di unter Androhung eines erheblichen Ordnungsgeldes derartige Aktionen untersagt wurden.

Begründung: Derartige Maßnahmen hätten den Charakter von Boykottmaßnahmen und seien als solche auch im Arbeitskampf nicht zulässig. Solche Boykottmaßnahmen überspannten die erlaubten Grenzen des aus Art. 9 III GG folgenden Rechts, einen Arbeitskampf durchzuführen, und verstießen gegen Art. 14 I GG. Die Parteien (Handelsverband und ver.di) verständigten sich darauf (es fand keine gleichartige Aktion mehr statt), das Hauptsacheverfahren zu betreiben.

II. Seit 1955 besteht ein richterliches Arbeitskampfrecht (vgl. Konzen, 50 Jahre BAG, 2004, S. 515), wobei trotz der Vorgaben („der Herrschaft“) des Art. 9 III GG richterliche Wertungsspielräume bestehen. Kissel (Arbeitskampfrecht, S. 855), sah beispielsweise in den seinerzeit diskutierten Go-sick-Aktionen, kollektives Krankmachen, keinen Streik, sondern ein bewusstes Täuschen des Arbeitgebers, eine



## Bundesfinanzhof

rechtswidrige Arbeitsverweigerung. Zwar gibt es *kein geschlossenes System des Arbeitskampfs*, sondern das Recht der Koalitionen, ihre Kampfmittel an die sich ändernden Umstände anzupassen. Diese materielle Offenheit der Arbeitskampfmittel betonend, räumt der *1. Senat* der Gewerkschaft eine *Einschätzungsprärogative* hinsichtlich der tatsächlichen Tauglichkeit eines Arbeitskampfmittels ein, den die Gerichte nur auf ihre offensichtliche Verknennung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit zu prüfen hätten (Rdnr. 38). Diese allein im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommene „Ausübungskontrolle“ fiel nun zu Gunsten der Aktion aus. Aber: Ist jedes Handeln Arbeitskampf?

Die hier entschiedene Aktionsform hat mit einer Typologie des Arbeitskampfs nichts gemein. Weder unmittelbar Betroffene noch mittelbar Betroffene eines Arbeitskampfs zur Durchsetzung tarifpolitischer Ziele spielen eine entscheidende Rolle (einige Aktivisten trugen ver.di-Button). Nein, jedermann soll und kann sich beteiligen, sozusagen vom *Unterstützungsstreik* (vgl. dazu bereits BAG, NZA 2007, 1055 = NJW 2007, 3087 L) zur Sympathisantenaktion. Bei derartigen Abläufen wird man zudem nicht von einem gewerkschaftlich geführten Streik sprechen können. Eng verbunden mit dieser Aufhebung der Grenzziehung in Bezug auf die Beteiligten durch den *1. Senat* ist somit auch die Quasi-Aufhebung des *koalitionsgeführten Arbeitskampfs*. Die schon bereits gestörte *Parität* zu Lasten der Arbeitgeber im Arbeitskampfrecht bemüht hier der *1. Senat* vermeintlich zu glätten, indem er den Arbeitgebern als Reaktion auf die vom *1. Senat* zwar eingestandenen erheblichen Eingriffe in den Betriebsablauf (Rdnr. 24) den Hausverweis oder die suspendierende Betriebsstilllegung zur Verfügung stellt bzw. ausdrücklich benennt.

Der *Senat* leistet sich hier eine erneute Verschiebung. Dabei handelt es sich letztlich nicht um anerkannte Arbeitskampfmittel, sondern die Arbeitgeberseite ist darauf beschränkt, sich dem gewerkschaftlichen Druck zu beugen. Dies gilt auch für den Platzverweis (vgl. auch MünchArbR/Ricken, 3. Aufl. [2008], § 193 Rdnr. 11). Zudem stehen diese Mittel bei ernsthafter Betrachtung der Abläufe den Arbeitgebern in realiter eigentlich nicht zur Seite. Sie sind vom tatsächlichen Geschehensablauf nicht umsetzbar, gar zumutbar. Nachdem die Filiale so „dichtgemacht“ ist, soll der Arbeitgeber die nichtbeteiligten (kampfunwilligen) Mitarbeiter des Einzelhandelsgeschäfts zu Betroffenen machen und sie suspendieren, natürlich, so beeilt sich der *1. Senat* zu ergänzen, im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Da das Prinzip der gewerkschaftlich geführten Streiks mit diesem Instrumentarium wohl aufgeweicht wird, handelt es sich um nicht mehr kontrollierbare Maßnahmen, die im Aktionsaufruf selbst per SMS angelegt sind (auch wenn die Pressemitteilung den Begriff Flashmob ausdrücklich benennt, wird er im Urteil mit keinem Wort näher erläutert). Denn schnell kann die SMS an weitere Aktivisten unkontrolliert weitergeleitet werden, so dass plötzlich vor der Filiale eine ganz andere Ansammlung von Personen stehen kann. Noch deutlicher kann dann die Flashmob-Aktion zur unzulässigen Betriebsblockade werden. Das Urteil veranlasst zu vielem. Wenn die Gewerkschaften gut beraten sind, werden sie gleichwohl von derartigen Aktionen aus koalitionspolitischen und -rechtlichen Gründen geflissentlich absehen.

Gegen die Entscheidung wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Brötzmann, Mainz

## 19 Teilabfindung für Arbeitsreduzierung als steuerlich begünstigte Entschädigung

EStG § 24 Nr. 1

Zahlt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer eine Abfindung, weil dieser seine Wochenarbeitszeit auf Grund eines Vertrags zur Änderung des Arbeitsvertrags unbefristet reduziert, so kann darin eine begünstigt zu besteuernende Entschädigung i. S. von § 24 Nr. 1 lit. a EStG liegen (Klarstellung der Rechtsprechung).

BFH, Urt. v. 25. 8. 2009 – IX R 3/09 (FG Berlin-Brandenburg)

**Zum Sachverhalt:** Die Kl. war bei der X-AG mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 Stunden beschäftigt. Am 2. 3. des Streitjahres (2004) schlossen die AG und die Kl. einen Vertrag zur Änderung des Arbeitsvertrags und änderten darin die Wochenarbeitszeit ab dem 24. 2. 2004 um 19,25 Stunden unbefristet auf 19,25 Wochenstunden. In einer Nebenabrede zum Arbeitsvertrag vom gleichen Tag vereinbarten sie, dass die Kl. für die Reduzierung der Wochenarbeitszeit eine Teilabfindung von 17 459,24 Euro erhalten sollte. Die AG zahlte die Abfindung im Streitjahr in einer Summe. In der Einkommensteuererklärung für das Streitjahr beantragte die Kl. die begünstigte Besteuerung der Teilabfindung als Entschädigung für mehrere Jahre. Dies lehnte der Bkl. (das Finanzamt) ab und erfasste die Teilabfindung in vollem Umfang als Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit.

Diese Auffassung vertrat auch das FG. Die hiergegen eingelegte Revision der Kl. war begründet. Sie führte zur Aufhebung der Vorentscheidung und Zurückverweisung der Sache an das FG.

**Aus den Gründen:** II. 1. Das FG hat unzutreffend die Voraussetzungen einer begünstigt zu besteuernenden Entschädigung nach § 24 Nr. 1 lit. a i. V. mit § 34 II Nr. 2 EStG verneint und damit diese Vorschriften verletzt.

a) Als außerordentliche Einkünfte kommen danach Entschädigungen i. S. des § 24 Nr. 1 EStG in Betracht. Eine Entschädigung nach § 24 Nr. 1 lit. a EStG wird als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen gewährt. Sie muss deshalb unmittelbar durch den Verlust von steuerbaren Einnahmen bedingt sowie dazu bestimmt sein, diesen Schaden auszugleichen und auf einer neuen Rechts- oder Billigkeitsgrundlage beruhen (vgl. die st. Rspr. des BFH, BFH/NV 2009, 130 = BeckRS 2008, 25014240 m. w. Nachw.).

So verhält es sich, wenn – wie hier – der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer abfindet, weil dieser seine Wochenarbeitszeit auf Grund eines Vertrags zur Änderung des Arbeitsvertrags unbefristet reduziert. Diese – auch hier so genannte – Teilabfindung dient als Ersatz für die durch die Verminderung der Arbeitszeit entgehenden Einnahmen und beruht mit dem Änderungsvertrag auf einer neuen Rechtsgrundlage. Denn damit erfüllt der Arbeitgeber keine Leistung im Rahmen des bisherigen Rechtsverhältnisses, sondern entgelt die in der Reduzierung der Wochenarbeitszeit liegende Leistung des Arbeitnehmers.

b) Es ist entgegen der Auffassung des FG und der Revisionserwiderung unerheblich, ob das Arbeitsverhältnis zwischen der AG und der Kl. auf reduzierter Grundlage fortbesteht.

aa) Das Gesetz verlangt in § 24 Nr. 1 lit. a EStG nicht, das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis (hier: Arbeitsverhältnis) müsse gänzlich beendet werden. Der Arbeitnehmer muss seine Tätigkeit nicht in vollem Umfang aufgeben. Das Gesetz setzt lediglich voraus, dass Einnahmen wegfallen und dass dafür Ersatz geleistet wird. Dies ist der Fall, wenn die Parteien des Arbeitsvertrags eine Verminderung der Arbeitszeit vereinbaren, die Vollzeitbeschäftigung des Arbeitnehmers also in eine Teilzeitbeschäftigung überführen und der Arbeit-