

# Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

24. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-80415-1  
C.H.BECK

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

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

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

abk. in Betracht; das setzt allerdings voraus, dass der aussperrende AG tarifgebunden ist (→ Rn. 124). Ein Unterlassungsanspruch kann daneben auf §§ 1004, 823 I BGB iVm Art. 9 III gestützt werden, denn der Schutz des Art. 9 III richtet sich auch gegen Beeinträchtigungen durch den sozialen Gegenspieler (→ Rn. 43 ff.).

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

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

## H. Atypische Arbeitskämpfungmittel

### I. Freiheit der Kämpfungmittelwahl

Streik und Aussperrung sind die klassischen Arbeitskämpfungmittel. Daneben gibt es zahlr. **atypische Arbeitskämpfungformen** (ausf. RDC Arbeitskämpfungmittelfreiheit/Callsen S. 25 ff.; Nonnenmühlen S. 101 ff., 193 ff.). Diese sind überw. gewerkschaftl. Reaktionen auf veränderte Rahmenbedingungen, die die klassischen Formen des Arbeitskämpfunges erhebl. erschweren (FJK ArbeitskämpfungR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 6). Auch die atypischen Arbeitskämpfungformen unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dieser erfasst nicht nur einen historisch gewachsenen absch. numerus clausus von Arbeitskämpfungmitteln (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 34; BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 23; RDC Arbeitskämpfungmittelfreiheit/Deinert S. 91 ff.; Däubler ArbeitskämpfungR-HdB/Wroblewski § 17 Rn. 8 ff.; Schaub ArbR-HdB/Treiber § 192 Rn. 48; grds. a. Nonnenmühlen S. 96 ff.; vgl. a. mit dem erkennbaren Ziel, die Kämpfungmittelfreiheit einzuschränken, Stoffels ZfA 2022, 201). Grundrechtsdogmatisch bedarf daher ihre richterrechtl. Untersagung oder Beschränkung einer dem Verhältnismäßigkeitsgrds. genügenden Rechtfertigung (vgl. FJK ArbeitskämpfungR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 23). Die überw. im Schrifttum vertretene Gegenauff. lehnt dagegen den Verhältnismäßigkeitsgrds. als „systemwidrig“ und „dysfunktional“ ab (Höpfner/Schneck RdA 2022, 206). Sie fordert eine „zivilrechtl. Verortung“ und die Anwendung der §§ 280 I, 241 II, 823, 826 und 311 II Nr. 2 BGB und will wegen des „Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts“ Art. 9 III nur im Wege der mittelbaren Drittwirkung berücksichtigen (Höpfner/Schneck RdA 2022, 206; Giesen § 5 Rn. 15 ff., § 6 Rn. 1 ff.). Atypische Arbeitskämpfungformen, die mit einer Beeinträchtigung einfachrechtl. Rechtspositionen verbunden sind, sollen nur zulässig sein, wenn sie „bei einer abstrakt-typisierenden Betrachtung für eine funktionierende Tarifautonomie unverzichtbar“ seien (vgl. FJK ArbeitskämpfungR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 24; Schwarze ZfA 2018, 149). Dem Charakter des Art. 9 III als durch die Verf. – und nicht etwa erst durch das einfache Recht – vorbehaltlos garantiertes Freiheitsrecht (vgl. BVerfG 15.7.2020, NZA 2020, 1644 Rn. 18) entspricht es jedoch, dass es grds. „den TVParteien selbst überlassen (ist), ihre Kämpfungmittel den sich wandelnden Umständen anzupassen, um dem Gegner gewachsen zu bleiben und ausgewogene Tarifabschlüsse zu erzielen“ (BVerfG 4.7.1995, NZA 1995, 754 zu C.I. 1. b; BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 41). Die Beurteilung, ob es sich um eine durch Art. 9 III geschützte koalitionspezifische Betätigung handelt, richtet sich grds. nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel (BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 27; BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 34). IE können sich allerdings durchaus Zweifelsfragen ergeben, weil die von der Rspr. zu Streik und Aussperrung entwickelten Grds. nicht ohne weiteres auf atypische Kämpfungformen übertragbar sind. Zentraler Prüfungsmaßstab ist auch hier der Grds. der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn (BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 25; BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 41; dazu → Rn. 129 ff.), also die Würdigung, ob ein Kämpfungmittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Kämpfungziels geeignet und erforderl. ist und bezogen auf das Kämpfungziel angemessen (proportional) eingesetzt wird (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 41). Für die Beurteilung der Angemessenheit eines atypischen Arbeitskämpfungmittels können zahlr. Umstände eine Rolle spielen, die sich nicht für alle in Betracht kommenden Arbeitskämpfungmittel absch. beschreiben lassen, sondern je nach Art des Kämpfungmittels unterschiedl. Bedeutung erlangen (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 45).

### II. Partielle Arbeitsverweigerung

**1. Offene Leistungsbeschränkung.** AN können versuchen, den AG unter Druck zu setzen, indem sie ihre Arbeitsleistung nicht insg. verweigern, sondern nur einschränken. Dem traditionellen Streik am nächsten kommt dieses Kämpfungmittel, wenn die Beschränkung in einem entspr. Kämpfungbeschl. genau bezeichnet wird und die entspr. **Teilsuspendierung** bestimmbar ist. In Betracht kommt zB die Weigerung, bestimmte Maschinen zu bedienen, oder die Verweigerung von Überstunden und Sonntagsarbeit. Wenn die allg. Anforderungen an einen rechtmäßigen Arbeitskämpfung gewahrt sind, sind solche Kämpfungformen zulässig (Gamillscheg KollArbR I § 21 II 1c; Otto ArbeitskämpfungR § 10 Rn. 49 ff.).

- 273 **2. Verdeckte Leistungsbeschränkung.** Sog. **Bummelstreiks** oder „Go-slow“-Aktionen sind idR kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel. Sie verstoßen gegen das Gebot einer fairen Kampfführung (vgl. BAG GS 21.4.1971, NJW 1971, 1668), da mit ihnen die Kampfmaßnahme verschleiert und die mit einer Arbeitsverweigerung verbundene Entgeltkürzung umgangen werden soll (FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 86; MHdB ArbR/Ricken § 265 Rn. 8; Otto ArbeitskämpfR § 10 Rn. 48; Nonnenmühlen S. 251; vgl. a. BGH 31.1.1978, NJW 1978, 816; aA wohl Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Däubler § 29 Rn. 10 ff.). Auch kollektive Krankmeldungen sind kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel (→ Rn. 282).
- 274 Auch „**Dienst nach Vorschr.**“, bei dem sich die AN kollektiv dümmer stellen, als sie sind, und Vorschr. abw. von der übl. Handhabung anwenden, um so den Arbeitsablauf zu verzögern oder den Leistungsgrad zu mindern, ist idR ein unlautes und unzulässiges Arbeitskämpfungsmittel (Kissel ArbeitskämpfR § 61 Rn. 10, Otto ArbeitskämpfR § 10 Rn. 48; FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 87; diff. Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Däubler § 29 Rn. 21 ff.; Nonnenmühlen S. 252 f.).

### III. Aktive Produktionsbehinderung

- 275 Im Zuge kollektiver Auseinandersetzungen kommt es gelegentl. zu „**aktiv produktionsbehindernden Maßnahmen**“ (vgl. dazu Treber Maßnahmen). Dabei ist zu unterscheiden zwischen typischen Begleithandlungen eines Streiks, die Bestandteil des Streiks als Kampfmittel sind (vgl. BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402 Rn. 29; Otto ArbeitskämpfR § 12 Rn. 2; Treber Maßnahmen S. 108), und andersartigen, eigenständigen Kampfmitteln (vgl. Otto ArbeitskämpfR § 11). Die Grenzen können fließend sein.
- 276 **Typische Begleithandlungen eines Streiks** sind idR die Maßnahmen von Streikposten, wie die Bildung sog. Streikgassen (vgl. Otto ArbeitskämpfR § 12 Rn. 9), oder streikmobilisierende Maßnahmen auf einem Firmenparkplatz (→ Rn. 177; BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402). Dazu gehört auch eine kurzzeitige, vorübergehende Zugangsbehinderung, die nicht darauf angelegt ist, den Betrieb dauerhaft abzuriegeln, sondern dazu dient, Streikunwillige aufzuhalten und anzusprechen (vgl. LAG Hmb 6.1.2013, BeckRS 2013, 66882). Auch ein kurzfristiger, primär demonstrativer Sitzstreik am Arbeitsplatz oder eine Streikversammlung auf dem Betriebsgelände kann eine solche typische Begleithandlung sein (Otto ArbeitskämpfR § 12 Rn. 21; FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 132). Gleiches gilt für eine kurzzeitige „Demonstrationsbesetzung“, die nicht der nachhaltigen Produktionsverhinderung, sondern dazu dient, öffentl. Aufmerksamkeit zu erzeugen. Derartige Aktionen unterfallen dem Schutz des Art. 9 III. Dementspr. ist im Einzelfall der Verhältnismäßigkeitsgrds. zu beachten und prakt. Konkordanz zu den ebenfalls grundrechtl. geschützten Positionen des AG herzustellen (vgl. BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402 Rn. 30 ff.).
- 277 Keine typischen Begleithandlungen eines Streiks sind Aktionen, die zwar auch iR eines Arbeitskampfes erfolgen, durch die aber selbst Druck auf den AG ausgeübt werden soll. Hierunter fallen längerfristige **Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen**, durch die nicht etwa nur auf Arbeitswillige eingewirkt, sondern Streikbrecherarbeit, Zulieferung von Material oder die Auslieferung hergestellter Produkte unmögl. gemacht werden soll (zu Bsp. aus der Arbeitskämpfungsgeschichte Treber Maßnahmen S. 58 ff.; Däubler ArbeitskämpfR-HdB/Unterhinninghofen § 17 Rn. 186). Dabei kommen auch Blockaden in Betracht, die Kunden und Zulieferer aussparen oder sich auf betriebsfremde Streikbrecher beschränken (vgl. Treber Maßnahmen S. 466). Jdf. bei länger andauernden Betriebsblockaden oder gar -besetzungen handelt es sich um massive **Eingriffe** in den **eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb** und häufig auch in das grundrechtl. geschützte **Eigentum** des AG (vgl. BAG 21.6.1988, NZA 1988, 846 zu A. II 2.; Kissel ArbeitskämpfR § 61 Rn. 68 ff., 101 ff.; Otto ArbeitskämpfR § 11 Rn. 5 ff.; zu einer 15-minütigen Blockade LAG Hmb 6.2.2013, BeckRS 2013, 67336). Die Kampfmaßnahmen sind deshalb aber nicht von vornherein dem Schutz des Art. 9 III entzogen. Das Argument, es seien in diesen Fällen regelmäßig Straftatbestände §§ 123, 240 StGB verletzt, greift zu kurz, da auch die Straftatbestände im Licht von Art. 9 III auszulegen sind (Gamillscheg KollArbR I § 21 V. 1. b) (2), § 23 II. 1. a); FJK ArbeitskämpfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 125; vgl. a. Nonnenmühlen S. 199 ff.). Allerdings werden hier bei der Herstellung prakt. Grundrechtskonkordanz regelmäßig die Grundrechte des AG das größere Gewicht haben. Je intensiver der Eingriff in diese ist, desto eher muss das Grundrecht aus Art. 9 III weichen. Eine Blockade kann in den Schutzbereich des Art. 11 EMRK fallen (EGMR 10.6.2021, NZA 2022, 1206 Rn. 84).
- 277a Insb. dann, wenn der AG den Betrieb überhaupt oder jdf. am bisherigen Standort nicht fortführen will und der Arbeitskämpf gerade wegen des drohenden Verlusts der Arbeitsplätze oder für einen Tarifsozialplan geführt wird, ist der Streik jdf. im betroffenen Betrieb – anderes kann für einen Unterstützungstreik gelten – häufig ein stumpfes Schwert und wenig geeignet, Parität herzustellen. Ähnl. gilt, wenn es dem AG mögl. ist, die Belegschaft vollständig zu ersetzen (vgl. Treber Maßnahmen S. 455 f.). Hier ist typischerweise allein durch Streik ein Verhandlungsgleichgewicht nicht erreichbar (Treber Maßnahmen S. 456). Die Möglichkeit der vollständigen Belegschaftersetzung wird allerdings mittlerweile durch § 11 V 1 AÜG deutl. gemindert. Wenn die Gewerkschaft in Situationen, in denen sich der klassische Streik selbst bei hohem Mobilisierungsgrad als völlig ungeeignet zur Herstellung von Verhandlungsparität erweist, den **Versuch unternimmt, durch atypische Kampfmittel Druck zu erzeugen**, ist es

nicht selbstverständl., bei der Herstellung prakt. Konkordanz dem Grundrecht des AG aus Art. 14 stets und uneingeschränkt den Vorrang ggü. Art. 9 III einzuräumen. Vielmehr erscheint es mind. diskussionswürdig, im Einzelfall die vorübergehende Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit des Eigentums als eine richterrechtl. auf der Grdl. von Art. 9 III entwickelte Gestattung iSv § 858 I BGB zu erachten (vgl. BAG 20.11.2018, NZA 2019, 402 Rn. 20; vgl. a. Treber Maßnahmen S. 486 ff.). **Demonstrationsversammlungen** in der Nähe des Betriebs zur Unterstützung von Streiks und zur öffentl. Meinungsbildung sind nicht nur durch Art. 8, sondern auch durch Art. 9 III geschützt (zu den versammlungsrechtl. Besonderheiten Donat/Kühling AuR 2009, 1 ff.).

Eine „aktive Betriebsstörung unter Einbeziehung Dritter“ (RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Callsen S. 34 ff.) war der von ver.di im Dezember 2007 in einer Berliner Einzelhandelsfiliale organisierte **„Flashmob“** (dazu ausf. Nonnenmühlen S. 101 ff.). Dabei wurden durch Aufrufe im Internet oder per SMS Menschen aufgefordert, zur Unterstützung eines gewerkschaftl. Streik den betriebl. Ablauf in bestimmten Betrieben durch regelwidriges Verhalten zu stören (zB durch massenhaften Einkauf von Cent-Artikeln oder durch Befüllen von Einkaufswagen ohne entspr. Kaufabsichten). Das BAG hat eine solche streikbegleitende Aktion zu Recht als eine grds. dem Schutz des Art. 9 III unterfallende Arbeitskämpfmaßnahme erachtet, sie aber einer intensiven Verhältnismäßigkeitsprüfung unterworfen (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347). Es hat dabei durchaus erkannt, dass sich diese Form des Flashmobs vom herkömmll. Streik insb. dadurch unterscheidet, dass eine „aktive“ Störung betriebl. Abläufe beabsichtigt ist, sich daran Dritte beteiligen und es an der für einen Streik typischen Selbstschädigung fehlt (vgl. BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 52; vgl. a. BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 30). Es hat diesem Kampfmittel aber auch wirksame Grenzen gezogen. Insb. verlangt es, die den Arbeitskampf führende Gewerkschaft müsse in zurechenbarer Weise deutl. machen, dass es sich nicht um eine „wilde“ Aktion unbeteiligter Dritter, sondern um eine von ihr organisierte – und entspr. beherrschbare und zu verantwortende – Aktion handelt (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 54; vgl. a. BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493 Rn. 30). Außerdem hat es zu Recht angenommen, dass die AGSeite einer solchen Aktion nicht wehrlos ausgeliefert ist, sondern ihr wirksame Verteidigungsmöglichkeiten zur Verf. stehen (BAG 22.9.2009, NZA 2009, 1347 Rn. 55 ff.). Die tw. heftige Kritik an der Entsch. des BAG (vgl. Giesen/Kersten NZA 2018, 1; Krieger/Günther NZA 2010, 20; Otto RdA 2010, 135; MHdB ArbR/Ricken § 273 Rn. 20; Rütters/Höpfner JZ 2010, 261; Schwarze ZfA 2018, 149; zust. dagegen Beckerle NJW 2017, 439; Däubler ArbeitskämpfR–HdB/Däubler § 31 Rn. 6 ff.; RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Deinert S. 91 ff.; jdf. grds. zust. FJK ArbeitskämpfR–HdB/Schmitt § 5 Rn. 51; weitgehend zust. Nonnenmühlen S. 190 f.) ist daher nicht berechtigt. Auch das BVerfG hat die Erwägungen des BAG aus verfassungsrechtl. Sicht nicht beanstandet (BVerfG 26.3.2014, NZA 2014, 493).

Auch streikbegleitende, von der Gewerkschaft organisierte **Störungen des Internet- oder Telefonverkehrs** durch Massen-E-Mails, massenhafte Aufrufe einer Unternehmenswebsite oder massenhafte Telefonanrufe (vgl. RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Callsen S. 37 ff.; FJK ArbeitskämpfR–HdB/Schmitt § 5 Rn. 133 ff.; Lenz/Gressel in Benecke (Hrsg.) Unternehmen 4.0, 2018, S. 149 ff.) dürften als Arbeitskämpfmaßnahme grds. dem Schutz des Art. 9 III unterfallen (vgl. RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Deinert S. 111 f.). Allerdings wird die Proportionalität einer solchen Aktion häufig fragl. sein, da sie von der Gewerkschaft nur schwer beherrschbar sein dürfte, es an jegl., Exzesse verhindernden Selbstschädigung fehlt und die Verteidigungsmöglichkeiten der AG begrenzt sein dürften (vgl. a. Giesen/Kersten NZA 2018, 1; FJK ArbeitskämpfR–HdB/Schmitt § 5 Rn. 144).

#### IV. Boykott

Der Boykott gehört zu den ältesten Kampfmitteln in sozialen Auseinandersetzungen (vgl. BAG 19.10.1976, NJW 1977, 318: „geschichtl. überkommene Arbeitskämpfmaßnahme“). Er zielt auf den **geschäftl. Verkehr des Kampfgegners**, indem entweder nur die eigenen geschäftl. Kontakte mit ihm abgebrochen oder auch Dritte zum Abbruch aufgefordert werden. Die Weigerung von Hafendarbeitern, Schiffe mit Billigflaggen zu entladen, war der Sache nach eine Kombination von Unterstützungstreik und Boykott (vgl. BAG 19.10.1976, NJW 1977, 318; vgl. a. Zimmerer AuR 2018, 508). Der Boykottaufruf an Dritte, sich vertragsbrüchig zu verhalten, dürfte unzulässig sein, sofern der Vertrag nicht gerade geschlossen wurde, um den Streik zu unterlaufen (Otto ArbeitskämpfR § 11 Rn. 27; MHdB ArbR/Ricken § 273 Rn. 7; aA Däubler ArbeitskämpfR–HdB/Däubler § 30 Rn. 32; Gamillscheg KollArbR I § 21 IV. 1.). Die Aufforderung an Dritte, von Verträgen abzusehen oder Vertragsbeziehungen zu beenden, ist dagegen, soweit die Friedenspflicht und das Übermaßverbot beachtet werden, ein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel (FJK ArbeitskämpfR–HdB/Schmitt § 5 Rn. 112; Däubler ArbeitskämpfR–HdB/Däubler § 30 Rn. 28 ff.; RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Deinert S. 113 f.; Gamillscheg KollArbR I § 21 IV. 1.; Otto ArbeitskämpfR § 11 Rn. 29; aA Kissel ArbeitskämpfR § 61 Rn. 127 f.). Der Boykott unterfällt dem Schutzbereich des Art. 11 EMRK; deren Mitgliedstaaten, einschl. der Gerichte, haben bei der Regelung aber einen weiten Ermessensspielraum (EGMR 10.6.2021, NZA 2022, 1207; dazu Walser EuZA 2022, 339).

Erfolg haben Boykottaufrufe nur iVm intensiver **Öffentlichkeitsarbeit**. Diese gewinnt zunehmend an Bedeutung bei Arbeitskämpfen (RDC Arbeitskämpfungsmittelfreiheit/Callsen S. 26 ff.; Däubler Arbeits-

kampfR-HdB/Däubler § 30 Rn. 2 ff.; Keller SF 2016, 259; MHdB ArbR/Ricken § 273 Rn. 7; FJK ArbeitskampfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 98; Nonnenmühlen S. 221 ff.). Das Firmen-Image gilt als wertvolles Werbeargument. Die betroffenen AG sind dabei keineswegs schutzlos, sondern reagieren regelmäßig mit Pressekampagnen. Die Bedeutung der öffentl. Meinung ist für den Verlauf und den Ausgang von Arbeitskämpfen bes. im gesamten, weit verstandenen Bereich der Daseinsvorsorge – also etwa bei Bahn, Luftverkehr, Gesundheits- und Erziehungswesen – beträchtl. Durch die ausgeprägte Drittbetroffenheit wird hier jeder Arbeitskampf zu einer öffentl. Angelegenheit (Linsenmaier FS I. Schmidt, 2021, 281). Der mediale Druck, der bei solchen Arbeitskämpfen auf den Arbeitskampfparteien lastet, ist nicht zu unterschätzen (vgl. etwa zum KiTa-Streik 2015 der damalige Vorstand von ver.di Bsirske FAZ 31.5.2015 S. 23: „Ökonomisch schadet der Streik den AG nicht, aber wo er entschieden wird, das ist in der Öffentlichkeit“).

## V. Kollektive Ausübung individueller Rechte

- 280 Bisweilen werden Massenkündigungen sowie die **gemeinsame Ausübung von Zurückbehaltungsrechten** als mögl. Kampfmaßnahmen diskutiert. Zu Recht unterscheidet aber das BAG gemeinsam ausgeübte Zurückbehaltungsrechte deutl. von Arbeitskampfmaßnahmen (20.12.1963, NJW 1964, 883; vgl. aber a. 28.4.1966, AP GG Art. 9 ArbeitskampfNr. 37).
- 281 Das Schrifttum ist sich weitgehend einig, dass die **Bündelung individueller Rechte** allein nicht ausreicht, um sie kollektivrechtl. Beschränkungen zu unterwerfen. Insb. enthält Art. 9 III kein Verbot, Individualrechte kollektiv auszuüben. Vielmehr entscheidet grds. allein das Arbeitsvertragsrecht über die Wirksamkeit der rechtsgestaltenden Erkl., und zwar unabhängig davon, ob sie individuell oder koordiniert ausgeübt werden (Däubler ArbeitskampfR-HdB/Däubler § 28 Rn. 38 ff.; Gamillscheg KollArbR I § 21 II 2a; Kissel ArbeitskampfR § 61 Rn. 13, 39; Otto ArbeitskampfR § 11 Rn. 32 ff.). Das gilt grds. auch für den kollektiven **Widerspruch nach § 613a VI BGB**, soweit das Widerspruchsrecht nicht zu sachwidrigen Zielen missbraucht wird (BAG 30.9.2004, NZA 2005, 43; FJK ArbeitskampfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 71 ff.; Krause RdA 2006, 228; Otto ArbeitskampfR § 11 Rn. 40; → BGB § 613a Rn. 110; zu restriktiv Rieble NZA 2005, 200). Allerdings verletzt eine Gewerkschaft ihre **Friedenspflicht**, wenn sie während der Laufzeit eines TV ihre Mitglieder zu Massenkündigungen oder Widersprüchen aufruft und die entspr. Kampagne organisiert (Gamillscheg KollArbR I § 22 II 5a; Otto ArbeitskampfR § 11 Rn. 37; Däubler ArbeitskampfR-HdB/Däubler § 28 Rn. 13 ff.).
- 282 Die (ersichtl.) koordinierte, **massenhafte Krankmeldung** („go sick“) ist kein zulässiges Arbeitskampfmittel (BGH 31.1.1978, NJW 1978, 816; Becker NJ 2017, 494; FJK ArbeitskampfR-HdB/Schmitt § 5 Rn. 92 ff.; Beckerle/Stolzenberg NZA 2016, 1313). Allerdings handelt es sich, wenn der AG überraschend Umstrukturierungspläne angekündigt hatte, nicht um „außergewöhl. Umstände“ iSv Art. 5 III VO (EG) Nr. 261/2004, die ein Luftfahrtunternehmen von der Pflicht zu Ausgleichszahlungen an die betroffenen Fluggäste entbinden (EuGH 17.4.2018, NJW 2018, 1592; vgl. dazu Führich MDR 2018, 769). Auch ein nach nationalem Recht zulässiger Streik in einem Luftfahrtunternehmen ist kein solcher „außergewöhl. Umstand“ (EuGH 23.3.2021, BeckRS 2021, 5062; vgl. dazu Pötters/Hansen EuZA 2021, 450; Dorsemont AuR 2021, 494).

## J. Schlichtung

### I. Begriff und Erscheinungsformen

- 283 Kollektive Konflikte werden idR ohne Arbeitskämpfe gelöst. Nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch die Koalitionen selbst sind an friedl. Lösungen interessiert, um die Kosten und Schadensfolgen von Arbeitskämpfen zu vermeiden. Deshalb unterwerfen sich die TVParteien häufig **formalisierten Verf. zur Klärung str. Regelungsfragen**, wenn ihre normalen Tarifverh. festfahren. Solche Schlichtungsverf. können aus Anlass eines aktuellen Streits ad hoc eingeschaltet werden; vielfach sind sie aber schon vorbeugend in tarifl. Schlichtungsabk. geregelt (→ Rn. 285). Diese erstrecken idR die tarifl. Friedenspflicht auf die Dauer des Verf.
- 284 Charakteristisch für die Schlichtungsverf. ist die Beteiligung von Neutralen. Das Verf. endet entweder mit einer Einigung der Tarifparteien oder mit einem förmll. Spruch des Schlichtungsorgans bzw. des neutralen Vorsitzenden. Am schwächsten wirken Schlichtungsverf., deren Einschaltung im Belieben der beteiligten Tarifparteien steht. Im Falle des **Schlichtungszwangs** verpflichten sich die TVParteien, keine Kampfmaßnahmen zu ergreifen, bevor nicht wenigstens ein Einigungsversuch iRd Schlichtungsverf. unternommen wurde und gescheitert ist. Am weitesten gehen Schlichtungsordnungen, die eine **verbindl. Schlichtung** vorsehen; hier haben sich die Parteien dem Spruch des Schlichtungsorgans vertragl. unterworfen.

### II. Rechtsgrundlagen und Grenzen

- 285 1. **Tarifliche Schlichtungsabkommen**. Prakt. Bedeutung haben va die **autonomen Schlichtungsabk.** der Koalitionen (vgl. dazu Absenger/Schubert FS Düwell 2021, 767). Sie sind häufig TV und bedürfen dann nach § 1 II TVG der Schriftform. Schon 1954 vereinbarten die BdA und der DGB

das Muster einer Schlichtungsvereinb. (RdA 1954, 383 f.; vgl. dazu Höpfer ZfA 2018, 254; zu weiteren tarifl. Schlichtungsabk. vgl. Knevels ZTR 1988, 414; Däubler ArbeitskampfR-HdB/Reinfelder § 15 Rn. 33 Fn. 118).

Einer Zwangsschlichtung können sich die Tarifparteien nur selbst unterwerfen (vgl. BAG 20.11.2012, 286 NZA 2013, 437 Rn. 56). Dagegen würde eine **staatl. Zwangsschlichtung** gegen Art. 9 III verstoßen (Däubler ArbeitskampfR-HdB/Reinfelder § 15 Rn. 31). Soweit LandesG früher anderes vorsahen, sind sie nichtig oder aufgeh. worden.

**2. Staatliche Schlichtung.** Die auf der Grdl. des KRG Nr. 35 v. 20.8.1946 (ABl. KR 174) errichteten **Schlichtungsstellen der Länder** haben nur die Aufgabe, auf Wunsch der streitenden Parteien zu vermitteln; dabei handelt es sich um keine Zwangsschlichtung (vgl. dazu Höpfer ZfA 2018, 254; Otto ArbeitskampfR § 22).

Umstr. ist, ob der Gesetzgeber ein **obligatorisches Schlichtungsverf.** einführen könnte. Selbst wenn ein solches Verf. nur mit einem unverbindl. Vermittlungsvorschlag enden soll, läge darin ein Eingriff in die Tarifautonomie, der nur durch eine Gefährdung wichtiger Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt werden könnte (Däubler ArbeitskampfR-HdB/Reinfelder § 15 Rn. 19).

## Art. 12 [Berufsfreiheit]

(1) <sup>1</sup>**Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen.** <sup>2</sup>**Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.**

(2) **Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.**

(3) **Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.**

### I. Eigenart und Bedeutung

Art. 12 I ist neben Art. 14 die für das Arbeits- und Wirtschaftsleben zentrale Grundsatznorm und das **Hauptgrundrecht der freien wirtschaftl. Betätigung**, sowohl für Selbständige als auch für abhängig Beschäftigte. Im **Anwendungsbereich der GRC** (→ AEUV Vorb. Rn. 5) enthält Art. 15 GRC eine Gewährleistung, die sowohl die Berufsfreiheit der Unionsbürger als auch die von Beamten (Jarass GRC Art. 15 Rn. 9) in vergleichbarer Weise schützt, wobei für die **unternehmerische Betätigung** Art. 16 GRC als speziellere Regelung einschlägig ist (Jarass EuGRZ 2011, 360). Den Arbeitsplatzschutz verstärkt Art. 30 GRC, der im Anwendungsbereich des UnionsR (ungerechtfertigte) AGKündigungen aus Gründen untersagt, die insb. in Anlehnung an Nr. 3 lit. a–d, f des Anhangs zu Art. 24 ESC sowie Art. 21 GRC zu bestimmen sind (Jarass GRC Art. 30 Rn. 6; NK-EuGRCh/Riedel Art. 30 Rn. 15). Dazu zählt etwa eine Entlassung wegen Maßregelung, gewerkschaftl. Betätigung, BRArbeit, zur oder wegen zeitweiliger unfall- oder krankheitsbedingter Abwesenheit. Bei einer sog. Wartezeitkündigung, deren Wirksamkeit sich ausschl. nach §§ 138 oder 242 BGB beurteilt, fehlt der für die Anwendung der GRC notwendige Bezug zum UnionsR (BAG 8.12.2011, NZA 2012, 286).

Der Idee nach wurzelt das Grundrecht in der Gewerbefreiheit des 19. Jh., also einem Schutzrecht **2** unternehmerischer Betätigung. Aber schon das Apotheken-Urt. des BVerfG betonte **den personalen Bezug** des Grundrechts. Verbürgt sei mehr als die Freiheit selbständiger Ausübung eines Gewerbes. Es gehe um Arbeit als Beruf und Lebensgrdl. mit Wert und Würde für alle sozialen Schichten (BVerfG 11.6.1958, BVerfGE 7, 377 (397)). Dieser Persönlichkeitsbezug führt allerdings nicht zu einer personal gebundenen Einschränkung des Berufsbegriffs (BVerfG 17.2.1998, NJW 1998, 1667). Der Schutz gilt auch für jur. Personen und verwirklicht sich sogar in der Unternehmerfreiheit von Großunternehmen (BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (363 f.)).

Das **BAG** hat seiner Kompetenz gem. den sozialen Aspekt der Berufsfreiheit zu beachten. Aber **3** obwohl es zunächst von der unmittelbaren Geltung der Grundrechte im ZivilR ausging (→ Einl. Rn. 17), hatte es außerhalb von Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsverboten oder Rückzahlungsklauseln zur Konkretisierung des Grundrechts der Berufsfreiheit kaum beigetragen.

Inzwischen ist die **sozialstaatl. Substanz** des Art. 12 I durch das BVerfG selbst breit entfaltet **4** worden. Als Auftakt kann das Urt. zum numerus clausus gelten (BVerfG 18.7.1972, BVerfGE 33, 303), mit dem das BVerfG zum ersten Mal ein „**Teilhaberecht**“ aus Art. 12 I ableitete. Der Staat dürfe sich nicht auf die Freihaltung des Zugangs zu seinen Ausbildungsstätten beschränken, sondern müsse – iRd Möglichen – auch die Voraussetzungen für ihre Nutzung schaffen. Den Realitäten und Zwängen des Arbeitslebens stellte sich das BVerfG mit dem Handelsvertreter-Beschl. Der Staat müsse schützend aktiv werden, wo Teilnehmer des Arbeitslebens offensichtl. außerstande seien, ihre Berufsfreiheit wahrzunehmen. Gesetzgeber und Gerichte treffe eine grundrechtl. **Schutzpflicht** (BVerfG 7.2.1990, NJW 1990, 1469). Die Umbruchsituation in den neuen Ländern hat dann die Problematik des Arbeitsplatzverlustes ins Blickfeld des BVerfG gerückt. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes schließe die Freiheit ein, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit beizubehalten; auch insoweit bestehe eine grundrechtl. Schutz-

pflicht (BVerfG 24.4.1991, NJW 1991, 1667). Und schließl. wurde erkannt, dass auch die Verfallbarkeit betriebl. Versorgungsanwartschaften ein zentrales Problem der Berufsfreiheit betrifft (BVerfG 15.7.1998, NZA 1999, 194) oder die ges. Überleitung eines ArbVerh (BVerfG 25.1.2011, NZA 2011, 400). Auf der Grdl. dieses sozialstaatl. Verständnisses interpretiert das BAG heute alle Bereiche des ArbR im Licht des Art. 12 (Überbl. bei Dieterich AuR 2007, 65 ff.).

- 5 Ein **Grundrecht auf Arbeit** ergibt sich aus alledem nicht. Der Einzelne hat kein subj. Recht auf Verschaffung eines Arbeitsplatzes oder auf eine entspr. Bestandsgarantie (BVerfG 24.4.1991, NJW 1991, 1667). Allerdings darf der Staat der Massenarbeitslosigkeit nicht tatenlos zusehen; das BVerfG entnimmt das aber nicht Art. 12, sondern einem allg. „Gestaltungsauftrag“ des Sozialstaatsprinzips, das Verfassungsrang habe (Art. 20 GG) und sogar Eingriffe in die Tarifautonomie rechtfertigen könne (BVerfG 27.4.1999, NZA 1999, 992 unter B II 1c).

## II. Schutzbereich

- 6 **1. Beruf/Arbeitsplatz/Ausbildungsstätte.** Beruf ist nach der Rspr. des BVerfG jede Tätigkeit, die auf gewisse Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrdl. dient (11.6.1958, BVerfGE 7, 377 (397); 12.1.2016, NJW 2016, 930 Rn. 34). Die Definition suggeriert zwar Dauerhaftigkeit, es besteht aber Einigkeit, dass sich daraus kein prakt. bedeutsames Abgrenzungsmerkmal ergibt; auch Aushilfs- und Erprobungstätigkeiten gehören zum Beruf. Ebenso werden Zweit- und Nebenberufe geschützt, nicht aber bloße Erwerbschancen (BVerfG 31.8.2009, NVwZ 2009, 1486). Nebentätigkeiten von Beamten sollen zwar nach der Rspr. des BVerfG nur durch Art. 2 I geschützt sein (12.4.1972, BVerfGE 33, 44 (48); ebenso BVerfG 26.6.1980, BVerfGE 60, 254 (255)), das ist aber nach jetzt hL nicht überzeugend (Jarass/Pieroth Rn. 8). Der Begriff ist weit offen für jede dem Erwerb dienende Betätigung. So ist die Tätigkeit eines InsV ein eigenständiger Beruf (BVerfG 12.1.2016, NJW 2016, 930 Rn. 35). Die Frage, ob eine Tätigkeit sozial akzeptiert und erlaubt ist, betrifft nicht den Schutzbereich, sondern dessen Schranken. Nicht unter die Berufsfreiheit fallen private Betätigungen und Hobbys. Die Unternehmerfreiheit ist eine Ausprägung der Berufsfreiheit. Sie erfasst die freie Gründung und Führung von Unternehmen, wozu auch gehört, die unternehmerische Berufstätigkeit organisatorisch und vertragl. zu gestalten sowie erbrachte Leistungen wirtschaftl. zu verwerten (BVerfG 23.3.2022, BeckRS 2022, 9422 Rn. 43).
- 7 **Arbeitsplatz** ist die konkrete Betätigungsmöglichkeit, die es erlaubt berufl. Arbeit zu verrichten. Der Begriff „Arbeitsplatz“ ist nicht räuml. definiert, sondern meint alle materiellen und organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, und zwar für Selbständige ebenso wie für abhängig Beschäftigte (BVerfG 24.4.1991, NJW 1991, 1667). Für AN geht es va um bestehende **Beschäftigungsmöglichkeiten** und konkrete **Vertragspartner** sowie um die Bestandssicherheit der arbeitsvertragl. Beziehungen; gewährleistet werden also gleichermaßen Mobilität wie Immobilität. Die allg. Gegebenheiten des Arbeitsmarktes gehören hingegen nicht zum Schutzbereich des Arbeitsplatzes (→ Rn. 5 und 36 ff.).
- 8 **Ausbildungsstätte** bedeutet im Kontext des Art. 12 I nicht jede Bildungsmöglichkeit, sondern nur eine berufsbezogene Einrichtung. Gemeint ist die betriebl. und überbetriebl. Lehrlingsausbildung, Hochschulen und Akademien, Vorbereitungsdienst und Einrichtungen des „Zweiten Bildungsweges“ (Nachw. bei Sachs/Mann Rn. 89 f.).
- 9 **2. Geschützte Betätigung.** Geschützt ist die Freiheit der **Auswahl** und der **Ausübung** von erwerbsbezogenen Tätigkeiten in allen denkbaren Formen als Teilhabe am Wettbewerb. Zu letzterem zählt auch die Vertrags- und Dispositionsfreiheit des Unternehmers (BVerfG 10.6.2009, NJW 2009, 2033). Die unterschiedl. Begriffsbildung der beiden Sätze von Art. 12 I bedeutet nicht, dass zwischen zwei Entscheidungsstadien grds. unterschieden werden könnte. Schon im „Apotheken-Urt.“ hat das BVerfG klargestellt, dass Wahl und Ausübung nur verschiedene Blickwinkel eines einheitl. Lebenssachverhalts bilden können (11.6.1958, BVerfGE 7, 377 (400)). Allerdings will das BVerfG, mit Hilfe dieser Begriffe unterschiedl. Grade von Eingriffsintensitäten kennzeichnen („Stufentheorie“), ohne scharf abgrenzbare Tatbestände entwickeln zu können (→ Rn. 28).
- 10 Geschützt ist auch die **negative Berufsfreiheit**, also die Entsch., von einer Erwerbstätigkeit abzusehen (BVerfG 21.10.1981, BVerfGE 58, 358 (364)) oder den Beruf aufzugeben (BVerfG 21.6.1989, BVerfGE 80, 257 (263) – Höchstaltersgrenze). Das bedeutet nicht, dass der Staat verpflichtet wäre, eine solche Entsch. durch unterhaltssichernde Regelungen oder Leistungen mögl. zu machen.
- 11 Die Freiheit der **Arbeitsplatzwahl** ist betroffen, wenn der Staat den Einzelnen an der Aufnahme einer konkreten Beschäftigungsmöglichkeit hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt, die Aufgabe oder den Wechsel eines Arbeitsplatzes verlangt oder ihn daran hindert. Der Begriff „Arbeitsplatz“ ist nicht im arbeitsrechtl. Sinne zu verstehen; gemeint ist jede konkrete Arbeitsmöglichkeit unabhängig von der Vertragstypik (Werk-, Dienst- oder Arbeitsvertrag). Mit der Wahlfreiheit ist zwar weder der Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes noch eine Bestandsgarantie verbunden, wohl aber die Anerkennung eines spezifischen Schutzbedürfnisses; auch Machtausübung mit privatrechtl. Gestaltungsmitteln kann diese Freiheit beeinträchtigen (zum Bestandsschutz: BVerfG 24.4.1991, NJW 1991, 1667; 21.2.1995, NZA 1995, 619; zum AGWechsel BAG 2.3.2006, NZA 2006, 848). Allg.

Maßnahmen der Arbeitsmarktpolitik betreffen nicht die Arbeitsplatzwahl. Auch der ges. Kündigungsschutz beeinträchtigt nicht etwa die Berufsfreiheit potentieller Arbeitsplatzbewerber, die auf freiwerdende Stellen hoffen (→ Rn. 5; **aA** Papier RdA 2000, 1 (4); Oetker RdA 1997, 9 (20) mwN). Besetzungsregeln und EinstellungsRL, die unmittelbar in den Wettbewerb um vorhandene Arbeitsplätze eingreifen, betreffen hingegen die Freiheit der Arbeitsplatzwahl ebenso wie das Anschlussverbot des § 14 I 2 TzBfG (BVerfG 6.6.2018, NJW 2018, 2542; BAG 23.1.2019, NZA 2019, 700). Ob die Beteiligung eines AN an Arbeitskämpfmaßnahmen in den Schutzbereich des Art. 12 fällt, ist derzeit ungeklärt (BVerfG 24.10.2019, BeckRS 2019, 28231).

**3. Grundrechtsträger.** Grundrechtsträger sind nur **Deutsche** iSv Art. 116. Das führt in der Praxis zu Wertungswidersprüchen und bedarf der Abmilderung (→ Einl. Rn. 4). Va bei EU-Ausländern lässt sich die Unterscheidung nicht durchhalten. Der EuGH betrachtet die Berufsfreiheit als einen allg. Grds. des UnionsR (Sachs/Mann Rn. 34). Das führt iERG über Art. 2 I zu einer vergleichbaren Rechtsstellung (Dreier/Wieland Rn. 72).

**Jur. Personen** einschl. deren Vorgesellschaften sind nach einhelliger Auff. durch Art. 12 I geschützt, wenn sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen, die ebenso von einer natürl. Person ausgeübt werden könnte (BVerfG 14.1.2014, NJW 2014, 613), also nicht bei gemeinnützigen Vereinen (Sachs/Mann Rn. 37). Berufsorganisationen hat das BVerfG als Träger der Berufsfreiheit anerkannt, selbst wenn sie Körperschaften des ÖfFR sind (14.5.1985, BVerfGE 70, 1 (15 ff.)). Zu jur. Personen des ÖfFR → Einl. Rn. 8f.

Das BVerfG spricht häufig von **AG** oder **AN** als Grundrechtsträgern der Berufsfreiheit. Das ist eine abgekürzte Ausdrucksweise. Die arbeitsvertragl. Stellung kennzeichnet keinen Beruf, sondern nur eine bestimmte Form der Berufsausübung, die aber als solche den Schutz des Art. 12 beanspruchen kann. Die Arbeitsvertragsfreiheit ist ein Teilbereich der Berufsfreiheit (BVerfG 7.2.1990, NZA 1990, 389; C.J. Müller Die Berufsfreiheit des AG S. 30 ff.). Das Gleiche gilt für die Unternehmerstellung und die entspr. **Unternehmerfreiheit** (BVerfG 1.3.1979, BVerfGE 50, 290 (362); BAG 3.4.1990, NZA 1990, 886 unter B II 1). Auch sie bezeichnet keinen eigenen Schutzbereich; sie entspricht auch keinem homogenen Berufsbild, sondern spezifischen und ganz unterschiedl. Schutzbedürfnissen (Dieterich AuR 2007, 64 ff.).

**4. Konkurrenzen.** Art. 12 ist lex specialis für die Handlungsfreiheit im Berufsleben und verdrängt **Art. 2 I**, der die allg. Handlungsfreiheit schützt (stRspr; BVerfG 23.10.2013, NJW 2014, 45). Die Unterscheidung ist allerdings für die Rspr. nicht sehr bedeutsam (→ Art. 2 Rn. 7). Als Rechtsgrdl. des allg. Persönlichkeitsrechts bleibt Art. 2 I neben Art. 12 I wirksam. So hat der Große Sen. des BAG die Rechtsfortbildung eines Beschäftigungsanspruchs nicht mit Art. 12 I begr., sondern mit dem grundrechtl. garantierten Persönlichkeitsschutz (27.2.1985, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14).

IdR kommt Art. 3 I neben Art. 12 I keine bes. Bedeutung zu (BVerfG 11.2.2016, NJW 2016, 930). Für das Konkurrenzverhältnis der Berufsfreiheit zum **Eigentumsschutz** hat das BVerfG folgende Faustformel entwickelt: Art. 12 schützt den Erwerb, Art. 14 schützt das Erworbene. Zu fragen ist danach, ob eine umstr. Regelung oder Maßnahme die individuelle Leistung und Existenzhaltung betrifft, also zukunftsgerichtet ist, oder ob sie „objektbezogen“ in den erworbenen Bestand an Vermögengütern eingreift. Auch hier gilt die Meistbetroffenheitsregel (BVerfG 24.4.1991, NJW 1991, 1667; Sachs/Mann Rn. 196 f.; → Einl. Rn. 66). Denkbar ist immerhin, dass Art. 12 und 14 nebeneinander wirksam werden (offen gelassen bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen: BVerfG 14.3.2006, NVwZ 2006, 1041).

### III. Eingriffe/Beeinträchtigungen

**1. Allgemeines. Gezielte Eingriffe** in die Berufsfreiheit haben das BVerfG außerordentl. oft beschäftigt. (Nachw. bei Jarass/Pieroth Rn. 18 ff.). Ges. Regelungen, die berufl. Zulassungsvoraussetzungen, örtl., zeitl. und techn. Vorgaben für die Berufsausübung sowie zwgd. Entgeltregelungen enthalten, gibt es in großer Zahl (zu Vergütungen vgl. BVerfG 15.12.1999, BVerfGE 101, 331; 12.12.2006, NJW 2007, 979; zu Kontrahierungszwängen 10.6.2009, NJW 2009, 2033; zu Entgeltregelungen 8.12.2011, NVwZ 2012, 694). Der Gesetzgeber entwirft „Berufsbilder“ und verbindet damit va Ausbildungen- und Qualifikationsvoraussetzungen, uU darüber hinaus Unvereinbarkeitsgrds., die die Freiheit, verschiedene berufl. Tätigkeiten zu kombinieren, stark einschränken (für Rechtsanwälte vgl. BVerfG 4.11.1992, NJW 1993, 317; für Abgeordnete BAG 11.7.1968, AP Rechtsstellungsg § 5 Nr. 1). Ebenso greifen Maßnahmen, die ein Verhalten sanktionieren, das der Berufsausübung zuzurechnen ist, in die Berufsfreiheit ein (BVerfG 26.10.2004, NJW 2004, 3765; 8.11.2010, NJW 2011, 665). Ges. Ladenöffnungszeiten begrenzen das Recht, über den Einsatz von AN zu bestimmen und greifen in die Berufsfreiheit des AG ein (BVerfG 14.1.2015, NVwZ 2015, 582).

Schwerer einzuordnen sind staatl. Regelungen und Maßnahmen, die nicht direkt auf berufl. Tätigkeiten abzielen, aber diese faktisch beeinflussen. Hier verlangt das BVerfG einen engen Zusammenhang mit der Berufsausübung und darüber hinaus eine **berufsregelnde Tendenz** (BVerfG 23.3.2022, BeckRS 2022, 9422 Rn. 47), die bei Steuern und Abgaben nur ausnahmsweise gegeben ist (BVerfG 29.11.1989, BVerfGE 81, 108 (121 f.)). Eine scharfe Grenze wird aber nicht deutl. So wurden die Erstattungspflichten des AG nach § 128 AFG bzw. § 148 SGB III vorrangig am Maßstab des Art. 12 I



überprüft (BVerfG 23.1.1990, BVerfGE 81, 156 (188); 10.11.1998, NZA 1999, 191). Zu eng wäre es, Abgaben und Beitragspflichten erst bei „erdrosselnder Wirkung“ am Maßstab des Art. 12 I zu messen (so wohl Dreier/Wieland Rn. 86). Inzwischen berücksichtigt das BVerfG obj. berufsregelnde Tendenzen durchgehend als Umstände, die eine verschärfte Kontrolle rechtfertigen (18.11.2003, NZA 2004, 33; 16.9.2009, NVwZ 2010, 35; BAG 13.9.2022, BeckRS 2022, 37982 Rn. 26).

- 19 Sogar **geschäftsschädigende Äußerungen** können sich als Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen. Das gilt allerdings nicht für Inf., die der Markttransparenz dienen; hingegen betreffen unrichtige Inf. oder unsachl. Wertungen, die den Wettbewerb verzerren, den Schutzbereich des Art. 12 (BVerfG 26.6.2002, NJW 2002, 2621). Die Schutzpflicht aus Art. 12 gebietet darüber hinaus, dass das geltende ZivilR im gleichen Sinne ausgelegt wird, wobei allerdings auch die Grundrechte des Schädigers zu berücksichtigen sind, zB die Meinungs- oder die Pressefreiheit (BVerfG 28.7.2004, BVerfGK 3, 337 – Gerlachreport –; 8.5.2007, NJW 2008, 358). Auch darf die Pflicht zur Offenbarung von **Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen** nicht unverhältnismäßig weit gefasst werden (BVerfG 14.3.2006, NVwZ 2006, 1041). Eingriffe in die Vertragsfreiheit sind mögl., um sozialen oder wirtschaftl. Ungleichgewichten entgegenzuwirken (BVerfG 29.6.2016, NJW-RR 2016, 1349).
- 20 **2. Arbeitsrecht.** Für das **ArbR** ist ein grundrechtl. **Spannungsverhältnis** charakteristisch: Seine zwgd. Vorschr. und Grds. haben regelmäßig berufsregelnde Tendenz und beschränken die Freiheit der Berufsausübung, zumindest die Unternehmerfreiheit der AG. Diese werden gehindert, andere Vertragsgestaltungen oder betriebl. Organisationsstrukturen zu wählen, ihre Unternehmen mit anderen Verf. oder in andere Richtungen zu steuern. Aber auch die AN werden durch zwgd. ArbR beschränkt. Sie können zB AZR-Regelungen, die das ArbZG ausschließt, nicht treffen, müssen Beschäftigungsverbote (zB §§ 3, 4 MuSchG) beachten und ges. Formen und Fristen wahren sowie Auskunfts- und Zahlungsverpflichtungen übernehmen. Entspr. gilt für die Pflicht zur Vorlage von Impfnachweisen iRd einrichtungs- und unternehmensbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG und der Anordnung eines Tätigkeitsverbot iSd § 20 V IfSG (→ BGB § 611a Rn. 778). Solchen Regelungen ist ein Berufszug immanent; der Prüfung einer gesonderten berufsregelnden Tendenz bedarf es daher nicht (Jarass/Pieroth Rn. 18).
- 21 Wenn Art. 12 nur der Abwehr staatl. Eingriffe diene, wäre die Berufsfreiheit nicht mehr als ein umfassendes Deregulierungsgebot. Die Grundrechte haben aber nicht nur Abwehr-, sondern auch **Schutzfunktion** (→ Einl. Rn. 33 ff.). Gesetzgebung und Rspr. dürfen signifikante Schutzbedürfnisse im Berufsleben nicht ignorieren. Eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des AN liegt auch dann vor, wenn das soziale Übergewicht des AG bei Abschluss des Arbeitsvertrages und der vertragsrechtl. Regelung von Arbeitsbedingungen unkontrolliert zur Durchsetzung einseitiger Interessenwahrnehmung genutzt werden kann (vgl. Dreier/Wieland Rn. 155, 159; Sachs/Mann Rn. 101). Auch der Bestand des Arbeitsplatzes darf nicht gänzl. ungeschützt bleiben, obwohl jeder Bestandsschutz die Berufsfreiheit des AG tangiert und uU auch für andere Arbeitsplatzbewerber als Zugangshindernis wirkt (BVerfG 27.1.1998, NZA 1998, 470; Hanau FS Dieterich, 1999, 201; Oetker RdA 1997, 9 ff.). Entspr. gilt für ANähnl. Personen (Oetker FS 50 Jahre Arbeitsgerichtsbarkeit RhPf, 1999, 271).
- 22 Das Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechtspositionen muss zum **Ausgleich** gebracht werden (BVerfG 6.6.2018, NZA 2018, 774; BAG 10.11.2021, NJW 2022, 1558). Daraus ergibt sich jedoch nicht etwa ein bestimmtes ArbR, das verfassungsrechtl. zwgd. vorgeschrieben wäre. Art. 12 I steht unter GVorbehalt (→ Rn. 23 ff.). Die sozialpolitische Verantwortung für die Einzelheiten des Regelungssystems trägt der demokratisch legitimierte Gesetzgeber und die konkretisierende Rspr. Die Verf. markiert als Rahmen den gebotenen Mindestschutz (Untermaßverbot) und die max. zulässige Freiheitsbeschränkung (Übermaßverbot). Das breite Feld zwischen diesen Grenzmarken ist rechtspolitischer Gesetzgebung zugängl., deren Vorschr. allerdings verfassungsgeleitet auszulegen sind (Dieterich AuR 2007, 65; → Einl. Rn. 76). Die schwierige Aufgabe, die dem Staat damit gestellt ist, wird durch das Konzept der **kollektiven Privatautonomie**, das Art. 9 III gewährleistet (→ Art. 9 Rn. 20), weitgehend erleichtert. Die Verf. erwartet von den Tarifparteien nicht nur den Ausgleich der kollidierenden Berufsfreiheiten, sondern darüber hinaus eine „sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens“ (BVerfG 6.5.1964, BVerfGE 18, 18 (28); 24.2.1999, NZA 1999, 713). Die letzte Verantwortung trägt dennoch der Staat, der dabei jedoch die Ordnungsfunktion der TV nutzen und auch stützen darf (BVerfG 20.3.2007, NZA 2007, 609 (611)). Soweit der Gesetzgeber TVParteien im Wege von Öffnungsklauseln Abweichungen von einem Mindestbestandsschutz gestattet, dürfen diese das ges. Schutzkonzept nicht leerlaufen lassen (BAG 15.8.2012, NZA 2013, 45). In Wahrnehmung der grundrechtl. Schutzpflicht hat das BAG eine Obergrenze für eine tarifvertragl. Abweichung iSd § 14 II 3 TzBfG bestimmt (BAG 26.10.2016, NZA 2017, 463).

#### IV. Schranken und Grenzen der Einschränkung

- 23 **1. Gesetzesvorbehalt.** Die Berufsfreiheit kann durch G „geregelt“ werden. Gemeint ist ein GVorbehalt, der den Anforderungen an ein grundrechtsbeschränkendes G genügt (BVerfG 8.12.2010, NJW 2011, 665). Nach dem Wortlaut des Art. 12 I 2 scheint der Regelungsvorbehalt zwar nur die Berufsausübung zu betreffen, aber Rspr. und Lehre betrachten die Berufsfreiheit als einheitl. Grundrecht und