

Bundesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes

Urteil

§§ 1004 Abs 1, 823 BGB, Art 14 Abs 1, 9 Abs 3 GG

- 1. 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 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, stellen typischerweise nicht nur unerhebliche Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.**
- 2. Der Schutzbereich des Art 9 Abs 3 GG ist nicht deshalb versperrt, weil sog. Flashmob-Aktionen kein typisches Arbeitskämpfungsmittel sind, denn es gilt der Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel.**
- 3. Zentraler Maßstab für die Beurteilung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitskamps ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn.**

BAG, Urteil vom 22.09.2009 Az. : 1 AZR 972/08

Tenor:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 29. September 2008 - 5 Sa 967/08 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten darüber, ob die beklagte Gewerkschaft künftig Aufrufe zu streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ im Einzelhandel zu unterlassen hat.

2

Der klagende Arbeitgeberverband organisiert Einzelhandelsunternehmen im Raum Berlin-Brandenburg. Zur Durchsetzung ihrer Forderungen nach einem neuen Tarifvertrag für den Berliner Einzelhandel führte die tarifzuständige beklagte Gewerkschaft im Jahr 2007 einen Streik. Während dieses Streiks veröffentlichte ihr rechtlich unselbständiger Landesbezirk Berlin-Brandenburg im Dezember 2007 ua. 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 Sonntageinkäufe und Einkäufe nach 20.00 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://> veröffentlichen.“

3

Die Beklagte propagierte die „Flashmob-Aktionen“ auch in der Presse und auf einer öffentlichen Kundgebung am 7. Dezember 2007. Am 8. Dezember 2007 führte sie ab 10.45 Uhr in der Filiale eines Mitgliedsunternehmens des Klägers im Berliner Ostbahnhof eine „Flashmob-Aktion“ durch. An dieser beteiligten sich ca. 40 bis 50 Personen, die per SMS von der Beklagten dorthin bestellt worden waren. Zwei oder drei der Aktionsteilnehmer trugen eine Jacke mit der Aufschrift „ver.di“, zahlreiche andere Sticker der Gewerkschaft. Zunächst betraten etwa 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 sog. 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 Klägers ca. eine Stunde, nach denen der Beklagten 45 Minuten.

4

Der Kläger hat mit seiner Klage das Ziel verfolgt, der Beklagten 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 iSv. § 826 BGB, die mit Nötigung, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch verbunden seien. Derartige Aktionen unterfielen nicht dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG. Sie seien mit Betriebsblockaden und Betriebsbesetzungen vergleichbar und kein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel. Zur Herstellung von Verhandlungsparität seien sie nicht erforderlich. Entgegen der Behauptung der Beklagten habe deren Streik durchaus Wirkung gezeigt. Im Übrigen sei etwa die Hälfte der Teilnehmer an der „Flashmob-Aktion“ vom 8. Dezember 2007 weder Mitglied der Beklagten noch Arbeitnehmer eines Mitgliedsunternehmens des Klägers gewesen.

5

Der Kläger hat - zuletzt - beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung durch das Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,00 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 Beklagten oder andere Personen dazu aufzurufen, zu mehreren Personen eine bestreikte Filiale eines Mitgliedsunternehmens des Klägers 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.

6

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, bei der durchgeführten Aktion habe es sich um eine zulässige Arbeitskämpfmaßnahme gehandelt. Daher 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, Leiharbeitnehmer 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 Klägers gehandelt.

7

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

8

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger kann von der Beklagten 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 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften. Diese ist nicht auf das Kampfmittel der kollektiven Arbeitsniederlegung beschränkt, sondern umfasst auch andere Kampfmethoden. Die Zulässigkeit der konkret gewählten Arbeitskampfmethoden richtet sich, wie bei sonstigen Kampfmethoden auch, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Arbeitskampfmethoden 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 Abs. 1 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 Kampfmethodenführung. Dabei ist von wesentlicher Bedeutung, ob für den Arbeitgeber Verteidigungsmöglichkeiten bestehen. Solche können sich ua. aus seinem Hausrecht und der Möglichkeit zur suspendierenden Betriebsschließung ergeben. Danach sind „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art nicht generell unangemessen.

9

A. Die Klage ist zulässig.

10

I. Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 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 (BAG 24. April 2007 - 1 AZR 252/06 - Rn. 26 mwN, BAGE 122, 134). Allerdings dürfen die Anforderungen insoweit auch nicht überspannt werden, da andernfalls 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 Beklagten untersagt werden sollen. Erfasst werden Aufrufe in jeglicher Form, sowohl an Mitglieder der Beklagten als auch an Dritte. Auch der Inhalt der Aufrufe, die der Beklagten 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 Klägers. Damit erfasst der Antrag nur Aktionen, die zu einem von der Beklagten 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 Beklagten 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 Kläger hat das erforderliche Rechtsschutzinteresse für den Unterlassungsantrag. Es steht zu besorgen, dass die Beklagte künftig erneut zu derartigen Aktionen aufruft.

16

4. Der Kläger 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 Kläger kann von der Beklagten nicht generell die Unterlassung künftiger Aufrufe zu Aktionen der im Klageantrag beschriebenen Art verlangen.

18

I. Der Kläger besitzt die erforderliche Aktivlegitimation. Ein Arbeitgeberverband hat gegen eine Gewerkschaft nach § 1004 Abs. 1 BGB iVm. § 823 Abs. 1 BGB, Art. 9 Abs. 3 GG einen eigenen Anspruch auf Unterlassung rechtswidriger Arbeitsk Kampfmaßnahmen gegen seine Mitglieder (BAG 26. April 1988 - 1 AZR 399/86 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 58, 138 unter Aufgabe von 12. September 1984 - 1 AZR 342/83 - BAGE 46, 322; 24. April 2007 - 1 AZR 252/06 - Rn. 54 mwN, BAGE 122, 134). Das Doppelgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Freiheit einer Koalition in ihrem Bestand, ihrer organisatorischen Ausgestaltung und koalitionspezifischen Betätigung. Durch rechtswidrige Arbeitsk Kampfmaßnahmen wird das Recht der gegnerischen Koalition auf koalitionsmäßige Betätigung verletzt. Diese kann daher aus eigenem Recht auf Unterlassung klagen (BAG 26. April 1988 - 1 AZR 399/86 - zu B II 1 der Gründe, aaO; 24. April 2007 - 1 AZR 252/06 - aaO).

19

II. Der Kläger kann von der Beklagten nicht verlangen, künftig jegliche Aufrufe zu streikbegleitenden „Flashmob-Aktionen“ der im Antrag beschriebenen Art zu unterlassen. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, sind im Rahmen eines Arbeitskamps 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 Arbeitsk Kampfrechts gerechtfertigt sein.

20

1. Arbeitsk Kampfmaßnahmen bedürfen einer Rechtfertigung, wenn durch sie in Rechtspositionen der Arbeitgeber oder Dritter eingegriffen wird. Dabei kommen neben (arbeits-)vertraglichen Rechtspositionen die in § 823 Abs. 1 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 Abs. 1, § 823 Abs. 1 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 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 - Rn. 24 mwN, NJW 2009, 1990; BGH 14. April 2005 - V ZB 16/05 - zu II 2 b cc (2) (b) (aa) der Gründe, BGHZ 163, 9). Durch die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgenommene Einordnung des Rechts am bestehenden Gewerbebetrieb in den Kreis der „sonstigen Rechte“ des § 823 Abs. 1 BGB ist dieses Recht den dort ausdrücklich erwähnten Rechtsgütern hinsichtlich seines Schutzes gleichgestellt (vgl. etwa BGH 18. Januar 1983 - VI ZR 270/80 - mwN, NJW 1983, 812). Der „Auffangtatbestand“ ist geschaffen worden, um eine andernfalls bestehende Lücke im Rechtsschutz zu schließen.

22

Allerdings löst nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts 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. BAG 21. Juni 1988 - 1 AZR 653/86 - zu B II 2 b und c der Gründe mwN, BAGE 59, 48; 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 - Rn. 24, NJW 2009, 1990; BGH 29. Januar 1985 - VI ZR 130/83 - zu II 1 der Gründe, NJW 1985, 1620; 21. April 1998 - VI ZR 196/97 - zu II 3 a der Gründe, BGHZ 138, 311). 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 (BGH 21. April 1998 - VI ZR 196/97 - aaO; BAG 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 - aaO; noch weitergehend BGH 14. April 2005 - V ZB 16/05 - zu II 2 b cc (2) (b) (aa) der Gründe mwN, BGHZ 163, 9, 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 Arbeitskämpfmaßnahmen 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 (BGH 21. April 1998 - VI ZR 196/97 - zu II 3 b aa der Gründe mwN, BGHZ 138, 311; BAG 20. Januar 2009 - 1 AZR 515/08 - Rn. 24, NJW 2009, 1990).

24

b) Die streitbefangenen Aktionen, zu denen aufzurufen der Beklagten untersagt werden soll, sind jedenfalls typischerweise nicht unbeträchtliche Eingriffe in die Gewerbebetriebe der Mitgliedsunternehmen des Klägers. Dies gilt sowohl für Aktionen, bei denen viele Menschen koordiniert zur gleichen Zeit Artikel von geringem Wert einkaufen, um so für längere Zeit den Kassensbereich 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 potentielle 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 Beklagte 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 Arbeitskampfes verbundenen Eingriffe in die eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe der Mitgliedsunternehmen können aber als Arbeitskampfmaßnahmen gerechtfertigt sein. Derartige Aktionsformen des Arbeitskampfes unterfallen dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 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 Abs. 3 GG geschützten gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit.

33

aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts schützt das Doppelgrundrecht des Art. 9 Abs. 3 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 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - zu II 2 a der Gründe mwN, NZA 2007, 394; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 11 mwN, BAGE 123, 134). Der Schutz erstreckt sich auf alle koalitionsspezifischen Verhaltensweisen und umfasst insbesondere die Tarifautonomie, die im Zentrum der den Koalitionen eingeräumten Möglichkeiten zur Verfolgung ihrer Zwecke steht (BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 a der Gründe, BVerfGE 92, 365; 10. September 2004 - 1 BvR 1191/03 - zu B II 1 der Gründe mwN, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136). 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 Abs. 3 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 (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - aaO). Der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 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 koalitionsspezifische Betätigung für die Wahrnehmung der Koalitionsfreiheit unerlässlich ist, kann erst bei Einschränkungen dieser Freiheit Bedeutung erlangen (BVerfG 14. November 1995 - 1 BvR 601/92 - zu B I 3 der Gründe, BVerfGE 93, 352; 6. Februar 2007 - 1 BvR 978/05 - Rn. 21, NZA 2007, 394; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - aaO).

34

bb) Hiernach unterfallen streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der Gewerkschaften, die der Verfolgung tariflicher Ziele dienen, dem Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG. Es handelt sich dabei um eine koalitionsspezifische 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 Abs. 3 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 (BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 b der Gründe, BVerfGE 92, 365; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 11, BAGE 123, 134). Die Beurteilung, ob eine Betätigung koalitionsspezifisch ist, richtet sich grundsätzlich nicht nach der Art des von der Koalition gewählten Mittels, sondern nach dem von ihr damit verfolgten Ziel. 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 koalitionsspezifisch. Auch ließe sich so die verfassungsrechtlich geschützte koalitionsspezifische Betätigung einer Koalition nicht zuverlässig und sachgerecht von deren sonstiger, nicht von Art. 9 Abs. 3 GG erfasster Betätigung abgrenzen. Daher ist es verfassungsrechtlich geboten, eine durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte koalitionsspezifische Betätigung anzunehmen, wenn das von einer Koalition eingesetzte - friedliche - Mittel der Durchsetzung eines koalitionsspezifischen Ziels, wie insbesondere der Erzwingung eines Tarifvertrags dient.

35

cc) Entgegen der Auffassung des Klägers ist daher der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG auch nicht etwa deshalb versperrt, weil nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass sich an gewerkschaftlichen „Flashmob-Aktionen“ auch Dritte beteiligen. Hierdurch wird die Aktion nicht typischerweise zum Demonstrationsarbeitskampf, der auf eine kollektive Meinungsäußerung zu etwaigen politischen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Verhältnissen gerichtet ist und nicht der Durchsetzung tariflicher Forderungen dient (vgl. dazu BAG 23. Oktober 1984 - 1 AZR 126/81 - zu 3 b der Gründe, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 82 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 55). 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 Abs. 3 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 Abs. 3 GG garantierten Freiheitsrechts sowie seine Einbettung in die verfassungsrechtliche Ordnung gewahrt bleiben (BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 b der Gründe, BVerfGE 92, 365; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 15 mwN, BAGE 123, 134). 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 (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 16 mwN, aaO). 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 (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 17, aaO).

38

(1) Zunächst haben die Gerichte zu berücksichtigen, dass jegliche Reglementierung zugleich eine Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit darstellt, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Aus der Bewertung des Art. 9 Abs. 3 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 (BVerfG 10. September 2004 - 1 BvR 1191/03 - zu B II 2 b

der Gründe, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 19 mwN, BAGE 123, 134).

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 Abs. 3 GG ist daher eine Ausgestaltung, wenn sie dazu führt, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei bei Tarifauseinandersetzungen einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen, nicht mehr gewahrt ist oder ihre koalitionsmäßige Betätigung weitergehend beschränkt wird, als es zum Ausgleich der beiderseitigen Grundrechtspositionen erforderlich ist (BVerfG 4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 c der Gründe, BVerfGE 92, 365; BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 20, BAGE 123, 134).

40

(3) Konkrete Maßstäbe, nach denen das Kräftegleichgewicht der Tarifvertragsparteien beurteilt werden könnte, lassen sich Art. 9 Abs. 3 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 (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 21 mwN, BAGE 123, 134).

41

(4) Zentraler Maßstab für die Beurteilung der unterschiedlichen Erscheinungsformen des Arbeitskampfs ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn (19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 22, 23 mit zahlreichen Nachw., BAGE 123, 134). Auch das Bundesverfassungsgericht hat dieses Prinzip als tauglichen Maßstab für die fachgerichtliche Überprüfung von Arbeitskampfmaßnahmen anerkannt (4. Juli 1995 - 1 BvF 2/86 ua. - zu C I 1 c der Gründe, BVerfGE 92, 365; vgl. auch 10. September 2004 - 1 BvR 1191/03 - zu B II 2 b der Gründe, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 167 = EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 136). 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 (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 25 mwN, aaO).

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 Abs. 3 GG geschützten Freiheit in der Wahl der

Arbeitskampfmittel (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 26 mwN, BAGE 123, 134).

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 (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 27, BAGE 123, 134).

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 (BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/ 06 - Rn. 28, BAGE 123, 134).

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 BAG 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/ 06 - Rn. 38 - 49, BAGE 123, 134).

46

(bb) Insbesondere bei anderen als den „klassischen“ Arbeitskampfmitteln 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 Arbeitskampfmittel, das frei von eigenen Risiken eingesetzt werden kann und zugleich dem Gegner keine Verteidigungsmöglichkeiten lässt, gefährdet typischerweise die Verhandlungspartität. Zwar ist ein Arbeitskampf darauf angelegt, für die Gegenseite hohe Kosten zu verursachen, um möglichst schnell zu einem Tarifabschluss zu gelangen (vgl. BAG 11. Mai 1993 - 1 AZR 649/92 - zu II 2 der Gründe, BAGE 73, 141; Otto Arbeitskampf und Schlichtungsrecht § 8 Rn. 8; ErfK /Dieterich 9. Aufl. Art. 9 GG Rn. 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. BAG 12. November 1996 - 1 AZR 364/96 - zu II 2 a der Gründe, BAGE 84, 302).

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. BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 217/95 - zu I 2 a und b bb der Gründe, BAGE 81, 213; 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 Arbeitskampfgeschehen ist einer Formalisierung weitgehend entzogen. Daher müssen der Gegenseite Inhalt und Umfang einer Arbeitskampfmaßnahme nicht förmlich mitgeteilt werden. Vielmehr genügt es, wenn der Gegenspieler aus den ihm bekannten Umständen erkennen kann, welcher von der Gegenseite getragenen Arbeitskampfmaßnahme er ausgesetzt ist (vgl. BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 217/95 - zu I 2 b bb der Gründe, aaO; 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. BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 217/95 - zu I 1 der Gründe, aaO).

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 Beklagten in möglichen künftigen Arbeitskämpfen verfolgten tariflichen Ziele. Ihre Geeignetheit unterliegt der Einschätzungsprärogative der Beklagten in der jeweiligen konkreten Arbeitskampsituation.

50

(2) Ebenso wenig gerechtfertigt ist die Annahme, streikbegleitende „Flashmob-Aktionen“ der streitbefangenen Art seien in künftigen Tarifauseinandersetzungen der Parteien offensichtlich nicht erforderlich, um zur Durchsetzung der tariflichen Ziele Druck auf den Kläger und dessen Mitgliedsunternehmen auszuüben. Auch insoweit steht der Beklagten eine weitgehende Einschätzungsprärogative zu, die sich darauf erstreckt, ob durch den bisherigen Verlauf des Arbeitskamps 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 unbeträchtlich. 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 Arbeitskampfmittel 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 Arbeitskampfmaßnahme immer eine Selbstschädigung verknüpft. Dies trägt - jedenfalls typischerweise - dazu bei, dass Gewerkschaften und Arbeitnehmer mit diesem Arbeitskampfmittel (eigen-)verantwortlich umgehen (vgl. zur Steuerungsfunktion der mit einem Streik für die streikenden Arbeitnehmer und die Gewerkschaft verbundenen Belastungen und Opfer BAG 18. Februar 2003 - 1 AZR 142/02 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 105, 5; 19. Juni 2007 - 1 AZR 396/06 - Rn. 35, BAGE 123, 134; vgl. auch schon 10. Juni 1980 - 1 AZR 822/79 - zu A V 2 der Gründe, BAGE 33, 140). 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 Arbeitskampfmittel stets unverhältnismäßig wären. Dies gilt jedenfalls für streikbegleitende, von der Gewerkschaft getragene Aktionen, bei denen die betroffenen Arbeitgeber aufgrund der ihnen bekannten Umstände die Art des Kampfmittels und die dafür verantwortliche Gewerkschaft erkennen können. In diesem Fall ist nämlich die Arbeitgeberseite der gewerkschaftlichen Arbeitskampfmaßnahme 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 Arbeitskampfmaßnahmen 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. BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 217/95 - zu I 2 c der Gründe, BAGE 81, 213; Wißmann JbArbR Bd. 35 S. 115, 124) . Für die Arbeitgeberseite muss aber jedenfalls erkennbar sein, ob überhaupt und ggf. 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. BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 217/95 - zu I 2 b bb der Gründe, aaO).

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 20. Januar 2006 - V ZR 134/05 - Rn. 7, NJW 2006, 1054). 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 potentiellen 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. BGH 3. November 1993 - VIII ZR 106/93 - zu II 1 der Gründe, NJW 1994, 188; 25. April 1991 - I ZR 283/89 - zu II 1 der Gründe, MDR 1991, 1155). 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 Abs. 3 GG geschützten gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit nicht weichen. Dabei kann dahinstehen, ob auch ein privater Hausrechtsinhaber gehalten ist, sein Hausrecht „grundrechtsfreundlich“ auszuüben (vgl. BAG 25. Januar 2005 - 1 AZR 657/03 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 113, 230). 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 BAG 28. Februar 2006 - 1 AZR 460/04 - Rn. 44, BAGE 117, 137).

58

(bbbb) Die hiernach dem von einer „Flashmob-Aktion“ betroffenen Arbeitgeber aufgrund 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. Dezember 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 Abs. 1 2. Alt. 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, wengleich nicht geschlossenen, Einzelhandelsfiliale betroffene Arbeitgeber hat ferner die Möglichkeit, der gewerkschaftlichen Arbeitskampsmaßnahme durch eine vorübergehende Betriebschließung zu begegnen.

60

(aaaa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 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 (22. März 1994 - 1 AZR 622/93 - zu II 3 b und c der Gründe, BAGE 76, 196; 31. Januar 1995 - 1 AZR 142/94 - zu I 2 der Gründe, BAGE 79, 152; 27. Juni 1995 - 1 AZR 1016/94 - zu III 1 der Gründe, BAGE 80, 213). Sie ist allerdings nur innerhalb des Rahmens möglich, den der Streikaufruf in gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht gesetzt hat (27. Juni 1995 - 1 AZR 1016/94 - aaO). 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/Dieterich Art. 9 GG Rn. 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. BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 217/95 - zu I 1 der Gründe, BAGE 81, 213).

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 Klägers. Eine vorübergehende Betriebschließung durch den betroffenen Arbeitgeber bewegt sich daher im räumlichen und zeitlichen Rahmen des von der Gewerkschaft ausgerufenen Streiks. Anders als für eine 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 Arbeitskampsmaßnahme reagieren. 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 Betriebschließung 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 Klägers 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 8. November 1988 - 1 AZR 417/86 - zu C III der Gründe mwN, BAGE 60, 101). Auch der Kläger hat nicht dargetan, dass etwa bei der Aktion am 8. Dezember 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 iSv. § 826 BGB. Erforderlich wäre hierzu eine besondere Verwerflichkeit des Verhaltens der Beklagten. 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 iSv. § 123 Abs. 1 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 Rn. 23, 27).

66

3. Ebenso wenig ist mit Aktionen der streitbefangenen Art typischerweise der Straftatbestand des § 240 Abs. 1 StGB verwirklicht. Eine rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahme ist keine Nötigung.

67

4. Auch § 303 Abs. 1 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 Kläger erhobenen formellen Rügen sind nicht geeignet, der Revision zum Erfolg zu verhelfen.

69

1. Entgegen der Auffassung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht seine Aufklärungs-, Hinweis- und Fragepflicht nach § 139 Abs. 1 und 2 ZPO nicht verletzt. Insbesondere handelt es sich bei der für das Landesarbeitsgericht 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 Landesarbeitsgericht habe § 286 ZPO verletzt, ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat es insbesondere nicht versäumt, zu einer von ihm für entscheidungserheblich erachteten streitigen Tatsache einen vom Kläger angebotenen Beweis einzuholen. Es hat vielmehr seine Entscheidung auf die unstreitigen Tatsachen gestützt und den Kläger in keinem entscheidungserheblichen Punkt als beweisfällig behandelt.