



*Professor Dr. Richard Giesen, Direktor  
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht*

## **„Herrschaftszeiten – neue Richter, neues Arbeitskampfrecht“**

Vortrag am 19. Mai 2022

Professor Dr. Richard Giesen, Direktor am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), nahm die Ernennung von Inken Gallner zur Präsidentin des BAG als Anlass zu dem Thema „Herrschaftszeiten – neue Richter, neues Arbeitskampfrecht“ zu referieren. In den Mittelpunkt seines Vortrags rückte er die Wahrnehmung des Arbeitskampfrechts durch die Richterinnen und Richter des BAG. Den Zuhörerinnen und Zuhörern wurde zunächst ein Rück- und Überblick über die nun sieben Präsidentinnen und Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts verschafft sowie das Richterrecht als Grundlage des Arbeitskampfrechts dargestellt. Mangels geschriebenen Gesetzestextes bedürfe das Arbeitsrecht einer Auffüllung durch Richterrecht. Dies sei trotz des Wesentlichkeitsgrundsatzes zwar zulässig, führe aber zu weniger Rechtssicherheit und weise eine geringere Legitimation auf.

Professor Giesen ging zu Beginn seines Vortrags auf die historische Entwicklung des Arbeitskampfrechts ein. So erläuterte er, dass Anfang des 20. Jahrhunderts der Arbeitskampf vom RG und RAG zivilrechtlich ausgelegt worden sei. Dies hatte zur Folge, dass eine Arbeitsniederlegung nur nach arbeitnehmerseitiger Kündigung und eine Aussperrung nur nach arbeitgeberseitiger Kündigung der gesamten Belegschaft als zulässig erachtet wurde. Diese arbeitgeberfreundliche Betrachtung führte neben großen Risiken und Opfern auf Arbeitnehmerseite auch zu langen und harten Streiks, bei denen neben den Tarifvertragszielen auch stets die Wiedereinstellung der Arbeitnehmer verhandelt werden musste. Um eine Disziplinierung der Arbeitskampfparteien zu erreichen, begannen das RG und das RAG damit, Streikaufrufe und Aussperrungen einer rechtlichen Kontrolle zu unterwerfen und sie auf ihre Unsittlichkeit oder auf ein unerträgliches Missverhältnis hin zu überprüfen. Auf diese Weise fand die Verhältnismäßigkeitsprüfung in ihren ersten Grundzügen den Einzug in das Arbeitskampfrecht.

Unter Hans Carl Nipperdey kam es nach dem Krieg zu einer Neuausrichtung des Arbeitskampfrechts und es setzte sich die Ansicht durch, dass der rechtmäßige Streik zu einer Suspendierung der Hauptpflichten für die Dauer des Arbeitskampfes führe. Dennoch sah die immer noch arbeitgeberfreundliche Rechtsprechung für den bestreikten Arbeitgeber die Möglichkeit vor, das Arbeitsverhältnis mit den streikenden Arbeitnehmern fristlos zu kündigen. In den 70er-Jahren wurde schließlich unter Gerhard Müller der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Zulässigkeitsmaßstab für Arbeitskampfmaßnahmen etabliert. Professor Giesen wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes von den Richterinnen und Richtern des BAG weder hergeleitet noch näher begründet worden wäre.

Unter Ingrid Schmidt und durch die Entscheidungen BAG 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 („Unterstützungstreik“), BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 („Flashmob“) und BAG 20.11.2018 – AZR 189/17 („Parkplatz“) wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz neu definiert.



Die Beurteilung der Geeignetheit und der Erforderlichkeit eines Kampfmittels wurde in das Ermessen der arbeitskampfführenden Gewerkschaft gelegt. In Abweichung von dem bisher geltenden „numerus clausus“ der Arbeitskämpfungsmittel wurde den Gewerkschaften die Möglichkeit eingeräumt, neue Arbeitskämpfungsmittel zu erfinden („Arbeitskämpfungsmittelerfindungsrecht“). Abweichend von dem Grundsatz der Streikautonomie wurde die Beteiligung unbeteiligter Dritter und damit eine Fremdbestimmung des Arbeitskampfes für zulässig erklärt. Schließlich wurde der Arbeitskampf als Legitimation für Besitzstörungen des Arbeitgebers und damit als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in absolute Rechte angesehen. Damit gehe aus Sicht von Professor Giesen ein erheblicher Qualitätssprung einher. Diese Änderungen in der Rechtsprechung seien zwar teilweise als schockierend empfunden worden, hätten jedoch nach der Auffassung des Referenten nur zu wenigen Neuerungen in der Praxis geführt. Dies sei insbesondere auf die Selbstregulierungsmaßnahmen des Arbeitskampfes zurückzuführen. Die Vergütungseinbußen und die Arbeitsplatzgefährdung bei Streiks führten dazu, dass die Gewerkschaften die neuen Möglichkeiten nicht in ihrem Arbeitskampf einsetzten.

Im Anschluss an diese konkrete, fallorientierte Darstellung zeigte Professor Giesen anhand der Prinzipien „Paritätsprinzip“, „Vernichtungsverbot“ und „Ankündigungspflicht“ auf, wie das BAG arbeitskampfrechtliche Regelungen selbst schaffen, abändern und anschließend wieder abschaffen würde.

Professor Giesen hob die Rolle des BVerfG hervor. Dieses würde nicht nur die meisten Änderungen und Weiterentwicklungen des Richterrechts im Rahmen des Arbeitskampfes tolerieren, sondern selbst durch „innovative“ Ansichten zu Art. 9 III GG eine Diskreditierung der Gewerkschaften vornehmen. Mit der Annahme, eine tariffähige Gewerkschaft befände sich gegenüber dem Arbeitgeber in einer Position der strukturellen Unterlegenheit (BVerfG 9.7.2020 - 1 BvR 719/19), negiere das BVerfG das Strukturprinzip und spräche den Gewerkschaften ihre Verhandlungsmacht ab.

Zum Abschluss seines Vortrags stellte Professor Giesen vier Thesen auf und betonte, dass der historisch-systematische Kontext der Judikatur sowie die „politische Agenda“ des jeweiligen richterrechtlichen Normgebers bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden müssten. Zudem bedürfe es einer rule of law im Arbeitskampf samt Konkretisierung sowie einer Regelung des Arbeitskampfes durch den Gesetzgeber.

In der folgenden Diskussion wurde neben der Haftung auf Schadensersatz als Druckmittel und der Leistung von Notarbeiten als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen Streik auch die Digitalisierung des Arbeitskampfes und die Vergleichbarkeit von virtuellem und physischem Raum besprochen.

Christiane Waschke  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin