

# Streikrecht

Giesen

2022

ISBN 978-3-406-79363-9

C.H.BECK

Giesen  
Streikrecht

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, lowercase, orange sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three orange dots of varying sizes, arranged in a slight arc. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, uppercase, orange sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

# Streikrecht

Inhalt – Grenzen – Rechtsschutz

Von

Prof. Dr. iur. Richard Giesen

Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR)  
an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU)

2022

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, orange, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three orange circles of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, orange, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

The logo for C.H. Beck features a stylized black griffin or dragon standing on a horizontal line. To the left of the griffin is a circle containing the letter 'B'. Below the griffin and the line, the text 'C.H. BECK' is written in a black, serif font.

C.H. BECK

Zitiervorschlag:  
Giesen StreikR § ... Rn. ...

  
beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG  
www.beck.de

ISBN 978 3 406 79363 9

Gedruckt mit Unterstützung von Gesamtmetall |  
Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e. V.

© 2022 Verlag C.H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Beltz Grafische Betriebe GmbH  
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Satz: Textservice Zink, 74869 Schwarzach

Umschlaggestaltung: Maria Seidel, atelier-seidel.de

  
chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

## Vorwort

Arbeitskampfrecht ist Richterrecht. Als solches unterliegt es einem ständigen Wechsel. Wer als Gewerkschaft, Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband im Arbeitskampf steht, wer den Arbeitskampf durch Rechtsrat begleitet und wer darüber als Richter urteilt, muss wissen, dass er es nicht mit einer statischen Ordnung zu tun hat. Das zeigt sich, wenn zu aktuellen Problemen ältere Gerichtsentscheidungen zitiert werden. Damit liegt man gelegentlich richtig, aber manchmal daneben. Anliegen dieses Buchs ist es, das Arbeitskampfrecht unter Berücksichtigung dieses dauernden Wandels darzustellen. Zugleich wird das Richterrecht, das sich in den letzten Jahren stark konfliktfördernd entwickelt hat, auch kritisch aufgearbeitet.

Dem Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e.V. danke ich für den großzügigen Zuschuss, mit dem er dieses Buch fördert. Dank für Hilfe und Rat geht an Frau Laura Adjan, Frau Andrea Angleitner, Herrn Konstantin Hebllich, Frau Lea Kubsch, Herrn Dr. Florian Lettmeier, Herrn Dr. Lucas Lichtenberg und Frau Christiane Waschke.

München, im August 2022

*Richard Giesen*

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Literaturverzeichnis .....	XIX
§ 1 Einführung: Von der Schwierigkeit, eine sich ständig wandelnde Arbeitskampfordnung darzustellen .....	1
§ 2 Entwicklung des Richterrechts zur Zulassung von Arbeitskampfmaßnahmen .....	4
§ 3 Vorläufiger heutiger Stand der Rechtsprechung: faktisch kontrollfreie Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	40
§ 4 Ökonomische und organisationspolitische Konsequenzen .....	53
§ 5 Rekonstruktion der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Arbeitskampfmaßnahmen .....	60
§ 6 Ausgestaltung des rekonstruierten Arbeitskampfrechts .....	70
§ 7 Reaktion der Arbeitgeberseite auf den Streik .....	96
§ 8 Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampf .....	108
§ 9 Rechtsfolgen des Streiks .....	117
§ 10 Überblick zu supranationalen und internationalen Regelungen des Arbeitskampfrechts .....	141
Stichwortverzeichnis .....	147

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Literaturverzeichnis .....	XIX

<b>§ 1 Einführung: Von der Schwierigkeit, eine sich ständig wandelnde Arbeitskampfordnung darzustellen .....</b>	<b>1</b>
--	----------

<b>§ 2 Entwicklung des Richterrechts zur Zulassung von Arbeitskampfmaßnahmen .....</b>	<b>4</b>
--	----------

I. Anfang des 20. Jahrhunderts: Streik und Aussperrung als vertragsrechtlich statthafte Akte mit deliktsrechtlicher Einschränkung .....	4
1. Streikteilnahme und Aussperrung als Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	5
2. Reichsgericht und Reichsarbeitsgericht: Kontrolle von Streikaufruf und Aussperrung mittels § 823 Abs. 1, § 826 BGB .....	7
3. Reichsarbeitsgericht: Konkretisierte deliktsrechtliche Maßstäbe für die Bewertung von Streikaufruf und Aussperrung .....	9
4. Zwischenfazit zur arbeitskampfrechtlichen Lage am Anfang des 20. Jahrhunderts .....	11

II. BAG 1955 bis 2007: Streik und Aussperrung als vertragsverdrängende Akte, die mittels Richterrechts ausgestaltet werden .....	12
---	----

1. BAG 1955: Suspendierung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis bei rechtmäßigem Streik .....	13
2. Materiell-rechtliche Vorgaben für die Zulassung von Arbeitskampfmaßnahmen .....	15
a) Notwendigkeit rechtlicher Voraussetzungen für die Auslösung arbeitsvertraglicher Pflichtensuspendierung .....	15
b) Sozialadäquanz als Zulässigkeitsmaßstab für Arbeitskampfmaßnahmen? .....	16
c) BAG 1971: Verhältnismäßigkeit als Zulässigkeitsmaßstab für Arbeitskampfmaßnahmen .....	17
d) BAG 1971: Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch Anknüpfen an RG und RAG .....	18
3. BAG 1976 bis 1988: Entstehung und Entfall des Warnstreiks – Aufgabe von Verfahrensvoraussetzungen für den Streikbeginn .....	20
a) Erste Warnstreikentscheidung, 1976 .....	20
b) Zweite und dritte Warnstreikentscheidung, 1984 und 1985 .....	21
c) Vierte Warnstreikentscheidung, 1988 .....	22
d) Ergebnis: Entfallen verfahrenstechnischer Regulative für den gesamten Arbeitskampf .....	23

III. Schaffung und Abschaffung arbeitskampfrechtlicher Prinzipien durch das BAG .....	24
--	----

1. Entstehen und Verblässen des Paritätsprinzips in der BAG-Rechtsprechung .....	24
a) Ursprünglich: Paritätsprinzip als Gebot der Gleichbehandlung von Gewerkschafts- und Arbeitgeberseite .....	24

## Inhaltsverzeichnis

b) Wandel des Paritätsprinzips in ein „abstrakt-materielles“ Kriterium .....	25
c) Bedeutungsverlust des Paritätsprinzips .....	26
2. Faktische Nichtanwendung des Vernichtungsverbots durch das BAG .....	28
3. Schaffung und Abschaffung des Fairnessgebots durch das BAG .....	29
IV. Richterrecht außerhalb des BAG: zur Diskussion von Ankündigungsfristen vor Arbeitskampfmaßnahmen .....	31
1. Rechtsprechung von Landesarbeitsgerichten und Arbeitsgerichten .....	33
2. Literatur .....	35
3. Richterliteratur .....	37
4. Notwendige Neubestimmung von Ankündigungsfristen .....	39
<b>§ 3 Vorläufiger heutiger Stand der Rechtsprechung: faktisch kontrollfreie Verhältnismäßigkeitsprüfung .....</b>	<b>40</b>
I. Gewerkschaftsseitiger Arbeitskampf: Erlaubnis unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt .....	40
1. Neuausrichtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter Aufgabe bisheriger Konkretisierungen .....	40
2. Erfindung eines Arbeitskampfmittelerfindungsrechts .....	41
3. Zulassung von Arbeitskampfteilnehmern jenseits des Arbeitsverhältnisses – Begründung von Tariffheteronomie .....	42
4. Arbeitskampf als Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in absolute Rechtsgüter? .....	44
II. Nichtanrufung des Großen Senats des BAG durch den 1. Senat des BAG (§ 45 Abs. 2 ArbGG) .....	47
1. Abweichen der Judikatur des 1. Senats von derjenigen des Großen Senats des BAG .....	47
2. Vorlagepflicht bei Abweichen (§ 45 Abs. 2 ArbGG) .....	48
3. Durchsetzen einer Vorlage durch Verfassungsbeschwerde wegen Nichtanrufens des gesetzlichen Richters? .....	49
4. Zugrundelegung der Judikatur des 1. Senats des BAG .....	50
III. Fazit zum heutigen Stand der rechtlichen Bewertung von Arbeitskampfmaßnahmen .....	50
<b>§ 4 Ökonomische und organisationspolitische Konsequenzen .....</b>	<b>53</b>
I. Ökonomisch: Verlust der Selbstregulierung im Arbeitskampf .....	53
1. Herkömmliche Strukturen arbeitskampfrechtlicher Selbstregulierung .....	53
2. Bedingungen arbeitskampfrechtlicher Selbstregulierung .....	54
3. Verlust arbeitskampfrechtlicher Selbstregulierung .....	54
II. Organisationspolitisch: Härtere Konflikte mit Tendenzen zur Eskalation und zum gezielten Rechtsbruch .....	56
III. Fazit zu den ökonomischen und organisationspolitischen Folgen der richterrechtlichen Kontrollfreiheit des Arbeitskampfs .....	58
<b>§ 5 Rekonstruktion der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Arbeitskampfmaßnahmen .....</b>	<b>60</b>
I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Richterrecht .....	60
II. Verfassungspflicht zum Ausgleich kollidierender Grundrechtsausübung .....	62
III. Privatrechtliche Vertragsanbahnung nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB .....	64
1. Richterrechtliche Ausgleichspflicht .....	64



## Inhaltsverzeichnis

2. Zur früheren Diskussion um ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis zwischen den Konfliktparteien um einen Tarifvertrag	65
3. Schuldverhältnis der Konfliktparteien um einen Tarifvertrag nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB	67
<b>§ 6 Ausgestaltung des rekonstruierten Arbeitskampfrechts</b>	<b>70</b>
I. Grundlagen	70
II. Allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen des Arbeitskampfs	71
1. Tariffähigkeit der Arbeitskampfeteiligten	71
2. Tariflich regelbare Inhalte als Arbeitskampfziele	71
3. Wahrung der Friedenspflicht	73
4. Urabstimmung nicht erforderlich	74
5. Streikverbote im Bereich des kirchlichen Arbeitsrechts und für Beamte	74
III. Verfahrensrechtliche Vorgaben für Streiks	75
1. Grundlagen	75
2. Notwendigkeit der Benennung von Arbeitskampfforderungen – Kontraste zwischen richterrechtlicher Theorie und richterlicher Praxis	76
a) Benennung der Tarifforderungen als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung von Kampfmaßnahmen	77
b) Zulässigkeit und Voraussetzungen des „Fallenlassens“ von Tarifforderungen	77
c) LAG Frankfurt am Main 3.9.2021: Verzicht auf die Benennung von Arbeitskampfforderungen und freies Erlauben ihres Fallenlassens	79
3. Ankündigungsfristen für Arbeitskampfmaßnahmen	81
4. Notwendigkeit des Ausschöpfens sämtlicher Verhandlungsmöglichkeiten unter Einschluss eines Schlichtungsversuchs	82
5. Fairnessgebot	83
IV. Sachliche Vorgaben für Streiks	84
1. Grundlagen	84
2. Berücksichtigung der betriebsverfassungsrechtlichen Rechtslage, insbesondere bei so genannten Sozialplantarifverträgen	85
3. Erhaltungs- und Notdienstarbeiten	86
a) Erhaltungsarbeiten	87
b) Notdienstarbeiten	88
c) Vereinbarungen über Erhaltungs- und Notdienstarbeiten	88
d) Notständige Planung von Erhaltungs- und Notdienstarbeiten durch den Arbeitgeber	89
e) Arbeitgeberpflicht zur Teilbetriebseinstellung in Vereinbarungen über Erhaltungs- und Notdienstarbeiten?	91
f) Namentliche Nennung von Arbeitnehmern in Vereinbarungen über Erhaltungs- und Notdienstarbeiten	92
V. Personelle Grenzen von Streikführung und Streikteilnahme, insbesondere des Unterstützungstreiks	92
<b>§ 7 Reaktion der Arbeitgeberseite auf den Streik</b>	<b>96</b>
I. Arbeitskampfmittel der Arbeitgeberseite	96
1. Aussperrung	96
a) Ausmaß der Aussperrung – Verbot der selektiven Aussperrung	96
b) Dauer der zulässigen Aussperrung, insbesondere bei Warnstreiks	98

## Inhaltsverzeichnis

2. Neue Arbeitskämpfungsmittel für Arbeitgeber? .....	99
II. Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite, die keine Arbeitskämpfungsmittel darstellen .....	101
1. Betriebsstilllegung .....	101
a) Die Betriebsstilllegung als Reaktion auf den gewerkschaftlichen Streikaufruf .....	101
b) Stilllegung des bestreikten Betriebs .....	102
c) Von der Betriebsstilllegung erfasster Zeitraum .....	102
2. Zahlung von Streikbruchprämien .....	104
a) Beschränkte Zulassung von Streikbruchprämien durch die Rechtsprechung .....	104
b) Faktische Bestrafung der Zahlung zulässiger Streikbruchprämien durch die Rechtsprechung .....	105
3. Wirtschaftliche Vorsorge und Einsatz von Leiharbeitnehmern .....	106
a) Wirtschaftliche Vorsorge für den Arbeitskampf .....	106
b) Einsatzverbot für Leiharbeiter im Arbeitskampf (§ 11 Abs. 5 S. 1, 2 AÜG) .....	106
c) Einsatzverweigerungsrecht von Leiharbeitnehmern im Arbeitskampf (§ 11 Abs. 5 S. 3, 4 AÜG) .....	107
<b>§ 8 Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitskampf .....</b>	<b>108</b>
I. Grundlagen .....	108
II. Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung .....	109
III. Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung .....	111
1. Verfügungsanspruch .....	111
2. Verfügungsgrund .....	111
3. Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund .....	111
IV. Verfahren und Entscheidung .....	112
V. Zusätzliche Voraussetzungen einstweiligen Rechtsschutzes gegen unzulässige Arbeitskämpfungmaßnahmen? .....	113
<b>§ 9 Rechtsfolgen des Streiks .....</b>	<b>117</b>
I. Auswirkungen des Streiks auf Arbeitnehmer, die sich dem Streik anschließen – Suspendierung der Hauptpflichten nach § 61a BGB .....	117
II. Auswirkungen des Streiks auf Arbeitnehmer, die sich nicht einem Streik anschließen – das Arbeitskämpfrisiko .....	120
III. Auswirkungen des Streiks auf Rechtsverhältnisse des Arbeitgebers zu Dritten .....	121
1. Fluggastrechte-Verordnung (EG) Nr. 261/2004 .....	121
2. Leistungsstörungsrecht des BGB .....	122
IV. Auswirkungen des Streiks auf die Betriebsverfassung .....	125
V. Schadensersatz wegen rechtswidriger Arbeitskämpfungmaßnahmen .....	127
1. Haftung der Gewerkschaft wegen des Aufrufs zum rechtswidrigen Streik .....	127
2. Schadensumfang .....	129
3. Haftung des Arbeitnehmers wegen Teilnahme am rechtswidrigen Streik .....	131
4. Tarifvertraglicher Erlass von Schadensersatzansprüchen? .....	132
VI. Kündigung wegen Teilnahme am rechtswidrigen Streik .....	134
VII. Anfechtbarkeit des Tarifvertrags wegen rechtswidriger Arbeitskämpfungmaßnahmen .....	135
VIII. Sozialversicherung und Streik .....	137
1. Beschäftigungsverhältnis und Beitragspflicht .....	137

*Inhaltsverzeichnis*

2. Versicherungsschutz .....	138
3. Arbeitsvermittlung .....	138
4. Anzeigepflicht des Arbeitgebers und Streikstatistik .....	138
5. §§ 160, 100 SGB III: Staatsneutralität beim Kurzarbeiter- und Arbeitslosengeld .....	139
<b>§ 10 Überblick zu supranationalen und internationalen Regelungen des Arbeitskampfrechts .....</b>	<b>141</b>
I. Recht der Europäischen Union .....	141
II. Völkerrechtliche Regelungen des kollektiven Arbeitsrechts .....	142
1. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) .....	142
2. Europäische Sozialcharta (ESC) .....	143
3. Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organization, ILO) .....	144
III. Internationales Privatrecht des Arbeitskampfs .....	144
Stichwortverzeichnis .....	147

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG