

Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der FDP

Verhältnismäßigkeit des Streikrechts wahren – Nordrhein-Westfalen setzt sich für gesetzliche Vorgaben für Arbeitskämpfe in der kritischen Infrastruktur (Drucksache 18/8435)

Prof. Dr. Gregor Thüsing, Bonn

Es ist die unbefriedigende Situation, dass wir in Deutschland kein Arbeitskampfgesetz haben. Im Grundgesetz steht die Koalitionsfreiheit, und hieraus allein müssen die Gerichte immer wieder orientiert am Einzelfall die Grenzen des Streikrechts herleiten. Das ist ein mühsamer und zuweilen schwer zu prognostizierender Weg. Das aktuelle Geschehen etwa rund um den Bahnstreik zeigt einmal mehr, dass es wenig hilfreich ist, Appelle an die Öffentlichkeit zu richten, die es früher bereits gab. Es ist vielmehr die Zeit dafür, Verantwortung als Gesetzgeber zu übernehmen.

Das Bundesarbeitsgericht hat schon vor vielen Jahren betont, der Streik ist eine scharfe Waffe, von der nicht leichtfertig Gebrauch gemacht werden sollte. Es geht nicht darum, diese Waffe stumpf zu schleifen, sondern sicherzustellen, dass sie erst gezückt wird, wenn eine friedliche Einigung nicht mehr möglich ist – und vor allem, dass sie nicht auf Dritte gerichtet wird.

Besondere Regelungen zum Streik in der Daseinsvorsorge haben andere Länder längst etabliert und auch die deutsche Rechtswissenschaft hat bereits Vorschläge geliefert. Hieran kann Maß genommen werden. Hierzu leistet der vorliegende Antrag einen wertvollen Beitrag.

I. Worum es geht

Kaum eine Frage des kollektiven Arbeitsrechts schlägt in der Öffentlichkeit mit einer vergleichbaren Regelmäßigkeit Wellen, wie die nach der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen, die nicht nur den Tarifpartner treffen, sondern die sich mehr oder

weniger reflexhaft auch gegen die Allgemeinheit richten.¹ Das ist insbesondere, aber nicht nur, der Fall bei Arbeitsniederlegungen im Gesundheitswesen sowie im öffentlichen Personenverkehr, sei es in der Luft oder – wie zuletzt – auf Schienen.² Dort, wo Allgemeininteressen durch Arbeitskampfmaßnahmen berührt sind, stellt sich die Folgefrage nach einer Allgemeinwohlbindung der Tarifpartner. In dem ohnehin spannungsreichen Feld zwischen Arbeitgeber-, Arbeitnehmer und Allgemeininteressen trägt es freilich nicht zur Rechtssicherheit bei, dass die „Spielregeln“ des Arbeitskampfrechts nicht einfach-rechtlich normiert sind, sondern aus einem Geflecht von Verfassungs- und Richterrecht bestehen.³ Das muss aber nicht so bleiben. Um zu vermessen, über welchen Handlungsspielraum der Gesetzgeber insoweit verfügt, soll einen Schritt zurückgetreten werden, um die Pflichten der Arbeitnehmer- und insbesondere der Arbeitgeberseite im Arbeitskampf zu erfassen, auch und gerade im Spiegel aktueller europäischer Rechtsprechung. Ein Blick auf vergleichbare Gesetzgebungsverfahren im Ausland⁴ zeigt dabei nicht nur, dass Arbeitskampfmaßnahmen in Betrieben der Daseinsvorsorge auch andere Nationen vor vergleichbare Herausforderungen stellt, die ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich machen, sondern sind ebenso ein Fingerzeig darauf, wie eine gesetzliche Regelung (nicht) aussehen könnte bzw. sollte.

II. Grundsätze des Streikrechts in der Daseinsvorsorge

Dass Arbeitskampfmaßnahmen auch in Betrieben der Daseinsvorsorge zulässig sind, ist ein juristischer Allgemeinplatz.⁵ Das LAG Hessen bringt es auf den Punkt: „Ein Streik ist nicht deshalb unzulässig, weil er sich auf einen Betrieb der Daseinsvorsorge bezieht.“⁶ Das muss so sein, schließlich ist das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, für „jedermann und für alle Berufe“ gewährleistet, so ausdrücklich Art. 9 Abs. 3 GG. Ebenso anerkannt als Kehrseite des Streikrechts in Betrieben der Daseinsvorsorge ist, dass der Allgemeinheit ein gewisses Mindestniveau an Leistungen der Daseinsvorsorge auch während laufenden

¹ Zutr. sieht *Bayreuther*, NZA 2008, 12, 14 nicht den Arbeitgeber, sondern die Bevölkerung als „eigentliche Zielgruppe“ eines Streik im Personennahverkehr.

² S. zu Gemeinwohlsschranken des Arbeitskamps im Gesundheitswesen etwa *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60-99; zum Arbeitskampf im Transportsektor *Höfling/Engels*, NJW 2007, 3102-3103.

³ *Linsenmaier*, RdA 2019, 157, 167 ff. sieht im Arbeitskampfrecht gar das „weiteste Feld arbeitsrichterlicher Rechtsfortbildung“.

⁴ Eine umfassende rechtsvergleichende Betrachtung des Streikrechts in der Daseinsvorsorge findet sich bei *Schlachter*, EuZA 2019, 81.

⁵ S. exempl. LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 31.3.2009 – 2 SaGa 1/09, NZA 2009, 631; LAG Sachsen, Urt. v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59. Aus der Lit. exempl. *ErfK/Linsenmaier*, 24. Aufl. 2024, GG Art. 9 Rn. 134; *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60, 66. S. *Greiner*, ZFA 2016, 451-465 zu Alternativen zum Streik in der Daseinsvorsorge.

⁶ LAG Hessen, Urt. v. 7.11.2014 – 9 SaGa 1496/14, NZA-RR 2015, 441.

Arbeitskampfmaßnahmen zur Verfügung stehen muss.⁷ Um ein solches Mindestniveau aufrechtzuerhalten, müssen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite an „einem Strang ziehen“. Das gilt auch für Dienstleistungen im Bahnsektor, den Rechtsprechung⁸ und Literatur⁹ zutreffend als Teil der Daseinsvorsorge einordnen. Die Entscheidung des EGMR in der Rs. *Ognevenko*, dass Dienstleistungen im Bahnsektor nicht zur Daseinsvorsorge im engeren Sinn gehören würden,¹⁰ ändert hieran nichts, kann man sie doch auch nach europäischem Verständnis unter Daseinsvorsorge „im weiteren Sinn“ fassen.¹¹

1. Notdienste als Ausfluss der Gemeinwohlbindung der Tarifpartner

Eine Arbeitskampfmaßnahme, die offensichtlich ungeeignet, nicht erforderlich oder unangemessen ist, ist rechtswidrig.¹² Die Prüfung, ob eine Arbeitskampfmaßnahme verhältnismäßig ist, macht es erforderlich, die Grundrechte Dritter und Interessen der Allgemeinheit in den Blick zu nehmen. Jedenfalls im Bereich des Arbeitskampfes wird durch Literatur und Rechtsprechung weitgehend anerkannt, dass aufgrund der sozialen Verantwortung der Tarifpartner gegenüber der Allgemeinheit eine Verpflichtung zu Notdienstarbeiten besteht.¹³ „Arbeitskämpfe müssen [...] unter dem obersten Gebot der Verhältnismäßigkeit stehen. [D]as Gemeinwohl darf nicht offensichtlich verletzt werden“, so ausdrücklich der Große Senat des BAG.¹⁴ Dabei ist der bloße Abschluss einer Notdienstvereinbarung keine konstitutive Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen Streik, entscheidend ist allein, ob ein Notdienst tatsächlich geleistet wird oder nicht.¹⁵ Die Erforderlichkeit von Notdienstarbeiten rechtfertigt sich aus dem Interesse der Allgemeinheit daran, dass durch einen Arbeitskampf die Dienste eines für das tägliche Leben zentralen Dienstleisters nicht kurzfristig versagt bleiben.¹⁶ So klar dieser Grundsatz ist, so unklar ist, was im Einzelfall hieraus folgt.¹⁷ Das gilt sowohl für den Träger der Notdienstpflicht als auch für den Umfang des tatsächlich Angemessenen.

⁷ Vgl. Waldhoff/Thüsing/*Kersten*, Verfassungsfragen des Arbeitskampfes, 2014, 15, 29.

⁸ LAG Sachsen, Urt. v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 69.

⁹ MHD B ArbR/*Ricken*, Bd. 3, 5. Aufl. 2022, § 278 Rn. 1; *Rudkowski*, Der Streik in der Daseinsvorsorge, 2010, S. 229 ff.; *Stegmüller*, NZA 2015, 273.

¹⁰ EGMR, Urt. v. 20.11.2018 – 44873/09, BeckRS 2018, 34507 Rn. 72.

¹¹ So überzeugend *Rudkowski*, EuZA, 2020, 256, 259 f.

¹² BAG, Urt. v. 22.9.2009 – 1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347.

¹³ S. bereits *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60, 62, 66.

¹⁴ BAG, Beschl. v. 21.4.1971 – GS 1/68, NJW 1971, 1668.

¹⁵ LAG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 20.10.2021 – 12 Ta 1310/21, BeckRS 2021, 34051; LAG Hamm, 13.6.2015 – 12 SaGa 21/15, juris Rn. 42. S. bereits BAG, 14.12.1993 – 1 AZR 550/93, juris Rn. 40.

¹⁶ *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60, 62, 80. Allg. hierzu ErfK/*Linsenmaier*, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG Rn. 186; *Bayreuther*, NZA 2008, 12; *Grimm/Vitt*, DB 2023, 388, 389

¹⁷ Vgl. *Preis/Greiner*, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 6. Aufl. 2023, § 115 Rn. 1324.

2. Notdienstpflicht sämtlicher Tarifpartner

So ist nicht abschließend geklärt, wer für die Erfüllung der Notdienstarbeiten tatsächlich verantwortlich ist.¹⁸ Von einer Zuständigkeit der Arbeitgeberseite über eine gemeinsame Zuständigkeit bis zu einer Zuständigkeit der Arbeitnehmerseite wird hier alles vertreten, das BAG hat diese Frage bislang stets offengelassen.¹⁹ Hierzu ist viel geschrieben worden, die einzelnen Positionen sollen an dieser Stelle nicht erneut aufgearbeitet werden. Klar ist aber, dass unabhängig davon, wer die endgültige Verantwortung dafür trägt, dass Notdienstmaßnahmen ergriffen werden, erforderlich ist, dass beide Arbeitskampfparteien sich hieran beteiligen. Das gilt nicht nur angesichts der Tatsache, dass das BAG eine Einigung für wünschenswert hält,²⁰ sondern auch und gerade mit Blick auf die tatsächliche Umsetzung der Notdienstarbeiten. Hierfür bedarf es regelmäßig sowohl der Arbeitskraft der Arbeitnehmerseite als auch der Ausübung der Organisations- und Weisungsrechte der Arbeitgeberseite. Anerkannt scheint jedenfalls, dass der Arbeitgeber einen Anspruch gegen die Gewerkschaft auf Einrichtung eines Notdienstes hat, wenn keine Einigung zustande kommt.²¹

3. Determinanten gebotener Notdiensthandlungen

Ebenso lassen sich kaum allgemeingültige Leitlinien dafür aufstellen, was im Einzelfall erforderlich ist, um die „Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern“ sicherzustellen. Zu Recht findet sich in der Literatur der Hinweis, dass es für die Rechtsprechung „zumal im einstweiligen Verfügungsverfahren“ eine „kaum lösbare Aufgabe sei“, die konkrete Verhältnismäßigkeit einzelner Arbeitskampfmaßnahmen zu überprüfen.²² Gewissermaßen *erst recht* nicht darf daher erwartet werden, dass die Rechtsprechung abstrakte Maßstäbe aufstellt, an denen Arbeitskampfmaßnahmen und Notdienste zu messen wären. Wenn die Arbeitskampfparteien bereits im Vorhinein des Streiks eine Notdienstvereinbarung geschlossen haben – was das BAG ausdrücklich für wünschenswert hält²³ –, billigt die Rechtsprechung diesen einen „weiten Beurteilungsspielraum“ zu,²⁴ was die Konturierung des tatsächlich Gebotenen freilich nicht erleichtert. Die Anforderungen, die die Rechtsprechung

¹⁸ *Preis/Greiner*, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 6. Aufl. 2023, § 115 Rn. 1324. S. Däubler/*Reinfelder*, Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018; sowie *Frieling/Jacobs/Krois/Jacobs*, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 201 mit einer Darstellung des Meinungsstands. Ein guter Überblick über die Argumente findet sich bereits bei *Kissel*, Arbeitskampfrecht, 2002, § 43 Rn. 82 ff.

¹⁹ BAG, Urt. v. 31.1.1995 – 1 AZR 142/94, BAGE 79, 152 = BB 1996, 214; BAG, Urt. v. 30.3.1982 – 1 AZR 265/80, BAGE 38, 207 = AP Nr. 74 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. S. aus jüngerer Zeit exempl. LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 26.9.2018 – 6 SaGa 7/18, juris Rn. 54

²⁰ S. erneut BAG, Urt. v. 31.1.1995 – AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter II 1).

²¹ LAG Hamm, Urt. v. 13.7.2015 – 12 SaGa 21/15, juris Rn. 43; LArbG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.10.2007 – 7 SaGa 2044/07. *Grimm/Vitt*, DB 2023, 388, 392.

²² *ErfK/Linsenmaier*, 24. Aufl. 2024, GG Art. 9 Rn. 134.

²³ BAG, Urt. v. 31.1.1995 – AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter II 1).

²⁴ BAG, Urt. v. 31.1.1995 – AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter II 1).

insoweit aufgestellt hat, sind denkbar unscharf, vielmehr finden sich sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung zahllose Hinweise darauf, dass der Umfang der erforderlichen Notdienstleistungen „stets vom konkreten Einzelfall“ abhinge.²⁵ Die Frage, welcher Notdienst im Einzelfall einzurichten sei, habe sich einerseits an dessen Zweck zu orientieren und sei andererseits auf das unerlässliche Maß zu reduzieren, um die grundrechtlich verbürgte Arbeitskampffreiheit zur Geltung zu bringen.²⁶ Mit Blick auf das „unerlässliche Maß“ der Versorgung der Bevölkerung mit „lebensnotwendigen Dienstleistungen“ scheint jedenfalls gesichert, dass bloße Unbequemlichkeiten, wie das fehlende morgendliche Zeitungslernen, nicht ausreichen,²⁷ selbiges gilt für die Erfüllung von Routineaufgaben.²⁸ Gleichzeitig hat sich der Umfang der erforderlichen Notdienstleistung daran zu orientieren, ob bzw. welche Ausweichmöglichkeiten für von dem Streik Betroffene bestehen.²⁹ Einigkeit herrscht weiterhin darüber, dass der Notdienst nicht dazu missbraucht werden darf, den Betrieb soweit wie möglich aufrecht zu erhalten.³⁰ Denn je mehr Mitarbeiter im Notdienst eingebunden sind, desto weniger wirkungsvoll ist der Streik.³¹ Die Determinanten gebotener Notdiensthandlungen hängen also stark vom Einzelfall und dem betroffenen Sektor ab und lassen sich kaum im Vorhinein rechtssicher benennen.

III. Spielräume des Gesetzgebers

Es hat sich gezeigt, dass sich kaum allgemeingültige Aussagen über das gebotene Mindestmaß von Notdienstleistungen treffen lassen. Angesichts der hiermit einhergehenden Rechtsunsicherheit für die Beteiligten und (Dritt-) Betroffenen eines Streiks sowie der erheblichen Einwirkungen auf das Gemeinwohl scheint es gerade versorgungsrelevanten Bereichen wie dem öffentlichen Personenverkehr und dem Gesundheitswesen daher ratsam, zumindest über einen Regelungsvorschlag nachzudenken, an dem zukünftig Arbeitskampsmaßnahmen in der Daseinsvorsorge zu messen wären. Ebenso fragt sich, wie in

²⁵ Aus der Rspr. LAG Hamm, Urt. v. 16.1.2007 – 8 Sa 74/07, NZA-RR 2007, 250, 252; LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.10.2021 – 12 Ta 1310/21, BeckRS 2021, 34051 Rz. 23. Vgl. auch LAG Sachsen, Urt. v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59: „Was zur Daseinsvorsorge gehört, wird meist in allgemeinen Wendungen umschrieben.“ Aus der Lit. Däubler/Reinfelder, Arbeitskampsrecht, 4. Aufl. 2018, Teil 2, § 15 Rn. 47; HWK/Hergenröder, 10. Auflage 2022, Art. 9 GG Rn. 275; Fütterer/Pötters/Stiebert/Traut/Rudkowski, Arbeitsrecht – für wen und wofür, 2014, 92, 96, 99; Vogel, ZAT 2013, 162, 163.

²⁶ LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 26.9.2018 – 6 SaGa 7/18 –, juris Rn. 55.

²⁷ BAG, Urt. v. 31.1.1995 – 1 AZR 142/94, NJW 1995, 2869, 2870; LAG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.10.2021 – 12 Ta 1310/21, BeckRS 2021, 34051; Kissel, Arbeitskampsrecht, 2002, § 43 Rz. 124.

²⁸ LAG Hamm, Urt. v. 13.07.2015 – 12 SaGa 21/15 –, juris Rn. 52.

²⁹ ArbG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.3.2013 – 9 Ca 5558/12, BeckRS 2013, 67520.

³⁰ Vgl. Däubler/Hensche, Arbeitskampsrecht, 4. Aufl. 2018, Teil 2, § 18 Rn. 26.

³¹ LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 26.9.2018 – 6 SaGa 7/18, juris Rn. 57; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.6.2023 – 4 SaGa 3/23 –, juris Rn. 35. S. aus der Lit. Däubler/Reinfelder, Arbeitskampsrecht, 4. Aufl. 2018, Teil 2, § 15 Rn. 42.

einer Situation zu verfahren ist, in der Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter untätig bleiben. Hierzu bieten die Vorschläge des Antrags hilfreiche Instrumente.

Dass – wenn keine Einigung zustande kommt – die Arbeitgeberseite regelmäßig einen Notdienst erwirkt bzw. die Gewerkschaft von sich aus einen Notdienst aufstellt, ist zwar der Regelfall, macht die betroffenen Allgemeininteressen im Ergebnis aber zum Spielball des Wohlwollens der Tarifpartner. Dass sich der Gesetzgeber bislang nicht an die Normierung des Streikrechts herangewagt hat, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass Art. 9 Abs. 3 GG ein normgeprägtes Grundrecht ist und dass es – so ausdrücklich das BVerfG – „Sache des Gesetzgebers“ ist, die Koalitionsfreiheit näher auszugestalten.³² Die Norm ist also bereits auf Ausgestaltung angelegt, dabei hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum.³³ Schnell wird bei diesem Unterfangen aber deutlich, dass allein eine Verfahrensregelung Erfolg verspricht, nicht aber konkrete Notdienstregelungen durch den Gesetzgeber. Denn ebenso wie die Arbeitsgerichte keine allgemeingültigen Vorgaben zur Bestimmung des tatsächlich Angemessenen machen können, kann auch der Gesetzgeber nicht im Voraus abstrakt bestimmen, welchen Parametern ein Notdienst genügen muss. Zutreffend fasst *Rudkowski* zusammen, dass man kaum vom Gesetzgeber verlangen könne, im Bereich der Daseinsvorsorge einzelne Arbeitsplätze und Funktionen zu benennen, die auch während eines Streiks durch einen Notdienst besetzt sein müssen.³⁴ Das Beispiel des GdL-Streiks macht dies deutlich: Die Deutsche Bahn erklärt selbst, an „5.400 Bahnhöfen [...] täglich rund 21 Millionen Reisende und Besucher“ zu empfangen. Hierzu zählen über 300 Bahnhöfe im Fernverkehr. Täglich fahren auf dem Streckennetz (über 33.000 Kilometer lang) rund 40.000 Züge.³⁵ Eine materiell-gesetzliche Regelung, die versucht Notdienstarbeiten dahingehend zu konkretisieren, welches Personal wann und wo Notdienste leisten muss, um bestimmte Strecken zu bedienen, ist damit ersichtlich zum Scheitern verurteilt. Zielführend scheint vielmehr eine Regelung, die sich im Fahrwasser der bislang ergangenen Rechtsprechung bewegt und der Autonomie der Tarifpartner angemessen Rechnung trägt.

Im Kontext gesetzgeberischer Maßnahmen zur Regulierung von Arbeitskampfmaßnahmen in der Daseinsvorsorge lohnt sich daher eine Auseinandersetzung mit der sog. „Transport Strikes

³² BVerfG, Beschl. v. 26.6.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809.

³³ S. bereits *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012.

³⁴ So ausdr. Fütterer/Pötters/Stiebert/Traut/*Rudkowski*, Arbeitsrecht – für wen und wofür, 2014, 92, 96, 99.

³⁵ <https://www.germany.travel/de/trade/global-trade-corner/deutsche-bahn-ag-db.html#:~:text=Insgesamt%20fahren%20auf%20unserem%20modernen,Anzahl%20der%20Personenbahnh%C3%B6fe%20betr%C3%A4gt%2005.700>.

(Minimum Service Levels) Bill“ aus dem Vereinigten Königreich von 2022; der jüngsten gesetzgeberischen Maßnahme,³⁶ die passgenau auf Streiks im Verkehrssektor zugeschnitten ist.

Der britische Ansatz rückt die Autonomie der Tarifpartner mit Blick auf die Ausgestaltung des Notdienstes in den Hintergrund: Stattdessen soll der zuständige Minister durch ein Statutory Instrument (entspricht einer Rechtsverordnung) bestimmen, welches Mindestniveau an Diensten auch während eines Streiks erbracht werden muss, Sec. 234B Abs. 1. Ein Arbeitgeber, der unter einen hiernach verpflichteten Sektor fällt, darf seine Arbeitnehmer dann zur Arbeit auffordern (work notice), soweit dies erforderlich ist, um besagtes Mindestniveau zu erreichen, Sec. 234C Abs. 5. Der Arbeitgeber muss die Gewerkschaft hierüber zumindest im Vorfeld informieren und die Ansichten der Gewerkschaft berücksichtigen, Sec. 234C Abs. 8.

Der Transport Strikes (Minimum Service Levels) Bill zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber nicht nur die Autonomie der Tarifpartner wahren, sondern gleichzeitig seine Schutzpflichten gegenüber den betroffenen Allgemeininteressen erfüllen. Im Gesundheitssektor ist etwa an Art. 2 Abs. 1 GG zu denken, im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs an „Millionen Pendler“, die ihren Arbeitsplatz aufsuchen müssen sowie an Schüler, die ihrer Schulpflicht nachkommen müssen.³⁷ Schließlich sollen auch Umweltgesichtspunkte ein Allgemeininteresse an Notdiensten im Zugverkehr begründen.³⁸ Für gesetzliche Vorgaben zu Notdiensten im Bahnsektor spricht nicht zuletzt, dass der Bund gem. Art. 87e Abs. 4 GG gewährleistet, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, Rechnung getragen wird. Das LAG Sachsen hat zwar die Auffassung vertreten, dass Art. 87e Abs. 4 GG keinerlei verfassungsunmittelbare Bindungen gegenüber den Eisenbahnen des Bundes entfalte, sondern allein den Bund verpflichte.³⁹ Diesen Auftrag der Verfassung würde der Gesetzgeber durch die Schaffung einer entsprechenden einfachrechtlichen Vorschrift umsetzen, Art. 87e Abs. 4 GG würde nicht unmittelbar zur Rechtfertigung der Einschränkung der Arbeitskampffreiheit der Tarifpartner herangezogen.

In Anbetracht der bislang ergangenen Rechtsprechung und unter besonderer Berücksichtigung der Autonomie der Tarifpartner empfiehlt sich daher die Schaffung eines Schlichtungsmechanismus, der vor jeder Arbeitskampfmaßnahme beschritten werden muss. Anknüpfungspunkt und Ziel dieses Mechanismus sollte aber nicht der Tarifabschluss als

³⁶ Die Transport Strikes (Minimum Service Levels) Bill wurde am 20.7.2023 unterzeichnet und wurde damit Gesetz.

³⁷ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.10.2007 – 7 SaGa 2044/07, juris Rn. 33. Von „Schülertransporten“ spricht auch das LAG Hessen Urt. v. 15.11.2007 – 9 SaGa 1695/07, BeckRS 2008, 57759 Rn. 6.

³⁸ LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.10.2007 – 7 SaGa 2044/07, juris Rn. 33.

³⁹ LAG Sachsen, Urt. v. 2.11.2007 – 7 SaGa 19/07, NZA 2008, 59, 70.

solcher sein, das verstieße gegen Art. 9 Abs. 3 GG,⁴⁰ sondern allein Art und Umfang des einzurichtenden Notdienstes. Ein Schlichtungsverfahren für den Abschluss einer Notdienstvereinbarung ist freilich weniger einschneidend, geht es doch allein um das „Wie“ eines Streiks und nicht um das „Ob“ des Arbeitskampfs. Hierzwischen muss unterschieden werden. Schon nach derzeitiger Rechtslage ist anerkannt, dass die Gerichte über einen Notdienst entscheiden, wenn keine Einigung zwischen den Parteien zustande kommt.⁴¹ Dann sei es „Sache der Arbeitsgerichte, die erforderlichen Notstandsarbeiten verbindlich anzuordnen“.⁴² Darin liegt ein wichtiger Unterschied zu zähen Tarifverhandlungen – hier würde freilich kein Gericht über einen Tarifabschluss entscheiden und das zeigt, wo die Unterschiede liegen.

Der Autonomie der Tarifpartner würde sogar noch besser Rechnung getragen, wenn die Entscheidung über den Notdienst nicht durch ein Gericht, sondern durch eine Schlichtungsstelle getroffen würde, auf deren Besetzung sie Einfluss haben. Die Allgemeininteressen, denen die Einrichtung des Notdienstes dient, sind freilich bei der Entscheidung der Schlichtungsstelle zu beachten. Klar ist auch, dass die Schaffung eines solchen Schlichtungsverfahrens zahlreiche Folgefragen aufwirft: Das betrifft neben der konkreten Ausgestaltung und Besetzung der Schlichtungsstelle auch das Verfahren – immerhin gilt es auszuschließen, dass es durch Verzögerungstaktiken zu einer Blockade von Streiks durch die Hintertür kommt. Rechtsfolge des Schlichtungsverfahrens darf jedenfalls nicht sein, dass die Arbeitskampfmaßnahme als solche nicht durchgeführt werden kann. Der Rechtsweg sollte gegen die Entscheidung der Schlichtungsstelle gegeben sein; da das BAG den Tarifpartnern einen „weiten Beurteilungsspielraum“ bei der Schaffung von Notdienstvereinbarungen zugesteht,⁴³ sollten sich die Gerichte bei der Ausübung dieser Kontrolle jedoch zurückhalten, um der Autonomie der Tarifpartner angemessen Rechnung zu tragen.

Gleiches gilt für Ankündigungsfristen. Auch hier wäre die Regelung kein deutscher Sonderweg. Auch andere Länder haben gerade im Gesundheitswesen eigenständige Regelungen zum Schutze der Patienten gefunden – teilweise als Gesetz, teilweise als Selbstverpflichtung der Tarifpartner, die dann durch Gesetz allgemeine Verbindlichkeit bekommen hat (wie in Irland).

⁴⁰ BVerfG, Urt. v. 06.05.1964 – 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18, 30; BAG, Urt. v. 20. 11. 2012 – 1 AZR 611/11, NZA 2013, 437 Ls. S. aus der Lit. Däubler/Ahrendt, TVG, 5. Aufl. 2022, TVG § 1 Rn. 1292; Höpfner, ZFA 2018, 254, 279 ff. m.w.N. Zur Zulässigkeit im Einzelfall *Franzen/Thüsing/Waldhoff*, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 102 f.

⁴¹ LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 18.6.2023 – 4 SaGa 3/23, juris Rn. 34; LAG Hamburg, Urt. v. 26.3.2023 – 1 Ta 1/23, juris Rn. 70; LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 26.9.2018 – 6 SaGa 7/18, juris Rn. 54; LAG Hamm, Urt. v. 13.6.2015 – 12 SaGa 21/15, juris (LS). Zust. Greiner, ZFA 2016, 451, 459.

⁴² S. ausdr. Preis/Greiner, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 6. Aufl. 2023, § 115 Rn. 1324.

⁴³ BAG, Urt. v. 31.1.1995 – AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskampf (unter II 1).

Hieran kann sich der deutsche Gesetzgeber ein Vorbild nehmen. Es braucht bessere Regeln für alle. Und hierzu braucht es sicherlich auch politischen Mut aber auch Dialogbereitschaft und die Bereitschaft, die legitimen Interessen aller zu berücksichtigen. Die Politik muss also nicht bei Null anfangen. Das Ausland macht es vor, welche Instrumente genutzt werden können, schonendere Wege zu angemessenen Tarifverträgen zu finden. In Frankreich etwa müssen die Angehörigen der Gesundheitsberufe in öffentlichen oder privaten Einrichtungen des Gesundheitsdiensts einen Streik fünf Tage im Voraus ankündigen müssen. Andere Länder – z.B. Belgien - haben längere Fristen von bis zu zwei Wochen. Eben in Belgien muss im Gesundheitssektor im Falle eines Streiks ein Notdienst bereitgestellt werden ähnlich wie in Deutschland. Der Vorteil aber: Gemeinsame Ausschüsse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern entscheiden über den Bedarf an kritischen Diensten und wie dieser während des Streiks gedeckt werden kann. Der Staat greift nur ein, wenn sich die Parteien nicht einigen können. Erst nachdem hier der Notdienst feststeht, darf gestreikt werden.