

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
<hr/>	
Programm	3
<hr/>	
Referate	
Streiks in der Daseinsvorsorge	
<u>Rechtsanwalt David Schäfer</u> Weißmantel & Vogelsang Rechtsanwälte · Fachanwälte PartGmbH	4
<hr/>	
Ankündigungsfristen für Arbeitskampfmaßnahmen	
<u>Professor Dr. Richard Giesen</u> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	8
<hr/>	
Historische Tarifrunde im Einzelhandel: Praxisbericht und Arbeitskampfrecht	
<u>Rechtsanwalt Steven Haarke</u> Geschäftsführer, Handelsverband Deutschland - HDE e.V.	16
<hr/>	
Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich im Arbeitskampfrecht?	
<u>Rechtsanwalt Thomas Ubber</u> A&O Shearman	18
<hr/>	
Teilnehmerliste	26
<hr/>	

Arbeitskampf: Recht ohne Ordnung?

Das deutsche Arbeitskampfrecht ist als Richterrecht seit jeher einem ständigen Wandel unterworfen. 1971 wurde der Arbeitskampf vom BAG als „das letzte mögliche Mittel“ bezeichnet, dessen Einsatz erst „nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten“ erlaubt wäre. Diese Aussage hat das Gericht nie ausdrücklich aufgegeben, aber sie ist heute überholt. Seit den 1980er Jahren beseitigte das BAG in mehreren Schritten die von ihm zuvor formulierten Verfahrensvorgaben und materiellen Anforderungen für Arbeitskämpfe. Ein deutlicher Einschnitt war die faktische Aufgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips 2007. All dies hat bei den Infrastrukturstreiks der letzten Jahre zum weitgehenden Verzicht auf eine rechtsförmige Gestaltung des Arbeitskampfwesens geführt. Im zunehmend durch Krisen gekennzeichneten Umfeld stellt sich die Frage nach einer Ordnung der kollektiven Konflikte.

Richard Giesen
Volker Rieble

Programm

10.00 Uhr Begrüßung

10.10 Uhr **Streiks in der Daseinsvorsorge**

Rechtsanwalt David Schäfer

Weißmantel & Vogelsang Rechtsanwälte · Fachanwälte PartGmbH

Diskussion

11.20 Uhr Kaffeepause

11.40 Uhr **Ankündigungsfristen für Arbeitskampfmaßnahmen**

Professor Dr. Richard Giesen

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Diskussion

12.50 Uhr Mittagspause

14.10 Uhr **Historische Tarifrunde im Einzelhandel:
Praxisbericht und Arbeitskampfrecht**

Rechtsanwalt Steven Haarle

Geschäftsführer, Handelsverband Deutschland - HDE e.V.

Diskussion

15.20 Uhr Kaffeepause

15.40 Uhr **Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich im
Arbeitskampfrecht?**

Rechtsanwalt Thomas Ueber

A&O Shearman

Diskussion

16.50 Uhr Verabschiedung

Rechtsanwalt David Schäfer

Weißmantel & Vogelsang Rechtsanwälte · Fachanwälte PartGmbH

Streiks in der Daseinsvorsorge

1. Herleitung besonderer Streikanforderungen in der Daseinsvorsorge

- Es geht um die Vermeidung **unverhältnismäßiger** Beeinträchtigungen uneteiligter Dritter und der Allgemeinheit in ihren individuellen Rechten und Gemeinwohlbelangen **von Verfassungsrang** (BVerfG, 27.04.1999, 1 BvR 2203/93, BVerfGE 100, 271-288, Rn. 53) durch den Ausfall **lebensnotwendiger** (BAG, 31.01.1995, 1 AZR 142/94 –, BAGE 79, 152-159, Rn. 17) Dienste und Güter.
- Grund für die besonderen Anforderungen ist NICHT die vermeintliche Paritätsverschiebung zu Lasten der Arbeitgeber.
- Ziel der besonderen Anforderungen ist NICHT die Herstellung einer allgemeinen Grundversorgung über die o.a. Leistungen hinaus.
- Folge einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung ist NICHT die Untersagung eines Streiks in der Daseinsvorsorge, sondern allenfalls seine Einschränkung (Hessisches LAG, 12.03.2024, 10 GLa 229/24, Rn. 76, juris).

2. Abwägungsbelange im Rahmen der praktischen Konkordanz

- Ziel ist ein „**verhältnismäßiger** Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziele ihrer Optimierung“ (praktische Konkordanz) (BVerfG, 07.03.1990, 1 BvR 266/86, 1 BvR 913/87, Rn. 49)
- Nicht die streikende Gewerkschaft, sondern der Staat ist Grundrechtsgarant gegenüber den Dritten und der Allgemeinheit.

- Durch gerichtliche oder gesetzliche Maßnahmen wird das Streikrecht unmittelbar eingeschränkt, die individuellen Rechte und Gemeinwohlbelange von Verfassungsrang durch den Streik hingegen idR nur mittelbar.
- Die Gewerkschaft und ihre Mitglieder erlegen sich in der Regel eine wirksame Selbstbeschränkung auf.
- Auch die Tarifautonomie und damit der Streik selbst dient dem Gemeinwohl (BVerfG, 06.05.1964, 1 BvR 79/62, BVerfGE 18, 18-34, Rn. 28). Es widerspricht der gesellschaftlichen Rolle der Tarifautonomie, dem Streikrecht ausgerechnet im Bereich systemrelevanter Arbeit Beschränkungen aufzuerlegen.
- Der Staat und die Arbeitgeber mit Versorgungsauftrag setzen durch ihre Entscheidungen den Maßstab dafür, wie bedeutsam einzelne Leistungen tatsächlich sind.

3. Vorüberlegungen zu einschränkenden Maßnahmen im Streik in der Daseinsvorsorge

- Es kommen ausschließlich solche Maßnahmen in Betracht, die der angemessenen Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen dienen.
- Einschränkungen des Streikrechts in Bezug auf bestimmte Bereiche, die die Wirkung des Streiks beeinträchtigen, können an anderer Stelle zu einer Intensivierung des Streiks führen.
- Es besteht auch in der „Daseinsvorsorge“ kein Recht darauf, nicht von Streiks betroffen zu sein, sondern allenfalls darauf, dass die Folgen eines Streiks niemanden unverhältnismäßig beeinträchtigen.

4. Zu den diskutierten Maßnahmen im Einzelnen:

- Obligatorisches Schlichtungsverfahren
- Abkühlungsfrist
- Obligatorische Urabstimmung
- Ankündigungsfrist

5. Insbesondere: Notdienstarbeiten

- Da beide Tarifparteien gerichtlich den Umfang des Notdienstes klären lassen können, kann dahinstehen, ob Notdienste von der Gewerkschaft eingerichtet werden oder vom Arbeitgeber unter Duldung der Gewerkschaft (offen gelassen von BAG, 30.03.1982, 1 AZR 265/80 –, BAGE 38, 207-221, Rn. 37).
- Eine Vereinbarung über die Modalitäten des Notdienstes ist nicht konstitutive Voraussetzung für seine Durchführung (BAG, 14.12.1993, 1 AZR 550/93, juris Rn. 40).
- Es reicht also, wenn die Gewerkschaft sich bereit erklärt, streikwillige Mitglieder für die Erbringung von Notdiensten im ggf. erforderlichen Umfang zur Verfügung zu stellen und diese Dienste zu dulden. Solange sie dies nicht aktiv ablehnt, kann der Arbeitskampf nicht rechtswidrig sein.
- Die Duldung des Einsatzes streikwilliger Mitglieder für die Erbringung von Notdiensten ist nur erforderlich, wenn und soweit der Arbeitgeber alle anderen Möglichkeiten des Personaleinsatzes bereits ausgeschöpft hat (LAG Hamm, 13.7.2015, 12 SaGa 21/15, juris Rn. 47, ErfKomm, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 188).
- Der Charakter von Notdienstarbeiten erlaubt es, alle nicht davon umfassten Leistungen weiter zu bestreiken (partieller Streik). Ist die Leistung nicht entsprechend teilbar, ist der Arbeitgeber nur zu einem Teilbetrieb berechtigt.
- Ob und inwieweit der Arbeitgeber streikwillige Mitglieder für die Erbringung von Notdiensten benötigt, dürfte sich in der Regel nicht vor Beginn des Streiks beurteilen lassen.
- Für den erforderlichen Umfang des Notdienstes und die Pflichten der Gewerkschaft zur Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Diensten und Gütern lassen sich keine allgemeingültigen Leitlinien aufstellen, so dass eine gesetzliche Regelung nicht weiterhilft.

6. Gerichte vs. Gesetzgeber

- Bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie verfügt der Gesetzgeber über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum. Er ist nicht gehindert, die Rahmenbedingungen der Tarifautonomie

zu ändern, sei es aus Gründen des Gemeinwohls, sei es, um gestörte Paritäten wieder herzustellen (BVerfG, 11.07.2017, 1 BvR 1571/15, BVerfGE 146, 71-163, Rn. 149) .

- Allerdings ist auch er bei der Ausgestaltung der Tarifautonomie an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden. (ErfK/Linsenmaier, 24. Aufl. 2024, GG Art. 9 Rn. 85).
- Danach wäre aus Gründen des Gemeinwohls allenfalls eine Regelung zur Sicherstellung von Notdienstarbeiten denkbar, die sich aber für eine abstrakt-generelle Vorgabe nicht eignen.
- Auch soweit es darum geht, die Gemeinwohlbindung gegenständlich im Sinne eines „service minimum“ auszuweiten, wird es eines engen Bezugs zu Rechten mit Verfassungsrang und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung bedürfen. Dabei kommt es auch darauf an, welches „service minimum“ staatlicherseits in Krisenfällen außerhalb des Streikkontextes gewährleistet wird.

7. Einstandsrecht der Arbeitgeber und Verbände?

- Als nur mittelbar Betroffene haben Dritte bzw. die Allgemeinheit auch im Bereich der Daseinsvorsorge keine rechtliche Möglichkeit, in das Streikgeschehen einzugreifen (LAG Hamm, 29.10.2009, 8 SaGa 22/09, zit. nach juris, BAG, 25.08.2015, 1 AZR 754/13, BAGE 152, 240-259).
- Es stellt sich allerdings die Frage, auf welcher Grundlage der bestreikte Arbeitgeber (oder gar sein Arbeitgeberverband) überhaupt auf die Grundrechte von Drittbetroffenen oder der Allgemeinheit rekurrieren darf.

8. Fazit

Professor Dr. Richard Giesen

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

Ankündigungsfristen für Arbeitskampfmaßnahmen

I. Warum sich das BAG noch nie (explizit) zu Ankündigungsfristen für Arbeitskampfmaßnahmen geäußert hat

1. Vorgeschichte: Streikteilnahme und Aussperrung als (fristgerechte) Beendigungen des Arbeitsverhältnisses

„Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag, die *Arbeitspflicht* ..., wird schuldhaft und widerrechtlich *verletzt*, wenn der Arbeitnehmer, ohne zu kündigen, streikt. Die Widerrechtlichkeit wird weder durch Art. 159 RV ... noch durch eine unter Einhaltung der für die Kündigung bestimmten Frist erfolgende Ankündigung des Streiks ausgeschlossen.“

Nipperdey in Hueck/Nipperdey ArbR II, 2. Aufl. 1929, S. 579, Hervorhebungen im Original.

„*Streik* ohne Einhalten der Kündigungsfrist ist regelmäßig Entlassungsgrund, gleichgültig, ob es sich um Einzel- oder Generalstreiks handelt.“

Hueck in Hueck/Nipperdey ArbR I, 2. Aufl. 1928, S. 290, Hervorhebung im Original.

2. BAG 1955: Die Suspendierungslehre und der Wegfall von Kündigungsfristen

„Ein Streik der Arbeitnehmer unter Einhaltung der Kündigungsfristen ist weitgehend praktisch unmöglich... Man soll ... den legitimen Streik nicht dadurch diffamieren, dass man ihn als vertragswidrig ... kennzeichnet und ihn damit auf eine Stufe mit dem rechtswidrigen schuldhaften Individualverhalten des Arbeitnehmers durch Bummeln, unberechtigtes Krankfeiern und Blauen Montag stellt.“

BAG 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291, Rn. 55.

3. BAG 1971: Verhältnismäßigkeit als Zulässigkeitsmaßstab für Arbeitskampfmaßnahmen

Arbeitskampf als „das letzte mögliche Mittel“, das erst „nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten“ eingreifen kann

BAG (GS) 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292.

4. BAG 1988: Aufgabe des Unterschieds von Warn- und Erzwingungsstreik; Entfallen der „Scheiternserklärung“

„Vierte Warnstreikentscheidung“, BAG 21.6.1988 – 1 AZR 651/86, NZA 1988, 846, Rn. 54 ff.

**II. BAG-Rechtsprechung nach 1988: „Deklaration“
(ohne Scheiternserklärung)**

1. BAG 1995, 1996: Notwendigkeit einer Verlautbarung über den Beginn (und das Ende) einer Arbeitskampfmaßnahme

BAG 1995 zur Aussperrung: Das Informationsinteresse der Gewerkschaft sei „ebenso schützenswert wie dasjenige des Arbeitgeberverbandes, der im Fall eines Streiks wissen müsse, ob dieser von der Gewerkschaft getragen werde. Die Gewerkschaft habe unterschiedlich zu disponieren, je nachdem, welcher Kampfform sie sich gegenübersehe.“ In Fällen der Aussperrung „ergibt sich aus dem Gebot der fairen Kampfführung das gleiche Informationsbedürfnis der Gegenseite. Es wird durch die Notwendigkeit bestimmt, das eigene Verhalten auf die Kampfmaßnahmen des Arbeitgebers einzustellen.“

BAG 31.10.1995 – 1 AZR 217/95, NZA 1996, 389 Rn. 28 f.

BAG 1996 zum Streik: Es ist „von der Regel auszugehen, daß die erforderliche Mitteilung ihren Zweck immer dann erfüllt, wenn sie unmittelbar an den Kampfgegner, also an den von einem Streik betroffenen Arbeitgeber oder an die von einer Aussperrung betroffenen Arbeitnehmer gerichtet ist. Eine Erklärung, die statt dessen den zuständigen Arbeitgeberverband oder die Gewerkschaft zum Adressaten hat, genügt dem Unterrichtungserfordernis freilich ebenso... Eine öffentliche Verlautbarung, die tatsächlich zur Kenntnis des Arbeitgebers gelangt, genügt dem Gebot der fairen Kampfführung ebenso wie ein an ihn adressiertes Schreiben... Es genügt allerdings nicht ..., wenn eine

öffentliche Verlautbarung, etwa in Form einer Presseerklärung, zwar vorliegt, aber dann nicht zur Kenntnis des Arbeitgebers gelangt. Dem Arbeitgeber kann nicht zugemutet werden, alle am Ort verfügbaren Medien ständig daraufhin zu verfolgen, ob sie eine Erklärung der Gegenseite über Kampfmaßnahmen enthalten... Es kommt hinzu, daß eine öffentliche Verlautbarung nur dann zur Unterrichtung der Gegenseite genügt, wenn sie hinreichend genau und vollständig darüber informiert, wann, wo und inwieweit die Kampfmaßnahme beginnen oder enden soll, und wer Urheber des Beschlusses ist... Auch alle Ungenauigkeiten gehen zu Lasten derjenigen Kampfpartei, die sich für ihre Mitteilungen öffentlicher Medien bedient.“

BAG 23.10.1996 – 1 AZR 269/96, NZA 1997, 397 Rn. 27 - 31.

2. BAG 2009: Expliziter Verzicht auf Ankündigungserfordernis beim „Flashmob“

„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 31.10.1995 – 1 AZR 217/95 – zu I 2a 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... 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 31.10.1995 – 1 AZR 217/95 – zu I 2 b bb der Gründe, a.a.O.; S. 115, 124).“

BAG 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 „Flashmob“, NZA 2009, 1347, Rn. 47.

III. Instanzrechtsprechung zu Ankündigungsfristen

1. Judikatur mit Toleranz gegenüber kurzen Ankündigungsfristen

ArbG Berlin 2013: „Der angekündigte eintägige Warnstreik ist weiter nicht deshalb unverhältnismäßig, weil die Gewerkschaft eine bestimmte Vorankündigungsfrist nicht eingehalten hätte. Abgesehen davon, dass eine solche bei Warnstreiks grundsätzlich nicht als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung angesehen wird (...), wäre auch die Zeitspanne vom Streikaufruf am Donnerstag ... bis zum eigentlichen Streiktag Dienstag ... ohne weiteres ausreichend.“

ArbG Berlin 22.4.2013, 59 Ga 5770/13, LAGE Art 9 GG Arbeitskampf Nr 92 Rn. 68; ähnlich ArbG Berlin 3.7.2015 – 3 Ga 5/15 juris Rn. 86.

ArbG Detmold 2015: Bei Klinikstreiks ist eine Vorankündigungsfrist von 24 Stunden für die Psychotherapie für ausreichend; andere Abteilungen können aufgrund von Notdienstleistungsplänen noch früher bestreikt werden.

ArbG Detmold 3.7.2015 – 3 Ga 5/15 juris Rn. 86.

ArbG Frankfurt a.M. 2015: „Die Verfügungsklägerinnen werden durch die Vorankündigungsfrist von 24 Stunden in die Lage versetzt, die Kunden zu informieren und gegebenenfalls auch durch Notflugpläne und Umbuchungen Ausweichmöglichkeiten zu schaffen. So ist es ... gelungen, die Streikmaßnahme am heutigen Tage durch entsprechende Maßnahmen in Teilen abzumildern, indem zahlreiche Flüge dennoch, wie geplant, durchgeführt werden konnten.“ ArbG Frankfurt a.M. 8.9.2015 - 13 Ga 130/15 juris Rn. 32.

LAG Hessen 2024 zum Streik der GDL mit Ankündigungsfrist von 22 Stunden für den Güterverkehr und 30 Stunden für den Personenverkehr:

„Die geringen Ankündigungsfristen von 22 Stunden im Güterverkehr und 30 Stunden im Personenverkehr werden ebenfalls nicht als unverhältnismäßig betrachtet. Offen bleibt, ob bei einem Streik in einem Betrieb der Daseinsvorsorge gänzlich auf eine Ankündigungsfrist verzichtet werden kann...“

Im Grundsatz gibt es keine Pflicht zur Vorankündigung bei einem Streik ... Ob eine Ankündigungsfrist bei Streiks in Betrieben der Daseinsvorsorge einzuhalten ist, ist in der Wissenschaft umstritten ... Zutreffend erscheint es, auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen ... Es kommt darauf an, welche Schäden im konkreten Fall durch eine zu kurze Ankündigungsfrist drohen. So erscheint es bei dem Streik in einem Atomkraftwerk oder in einem Krankenhaus aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geboten, dem bestreikten

Arbeitgeber einen angemessenen zeitlichen Vorlauf zu belassen, um erhebliche Schäden abzuwenden oder vorzubeugen und somit einen „Notbetrieb“ aufrecht zu erhalten. Anders ist es, wenn es - wie hier - „nur“ um Schäden im Bereich des Personen- oder Güterverkehrs geht. Zwar ist hier eine Vielzahl von Grundrechten Dritter betroffen, nämlich die der Unternehmen, die nicht durch Güter versorgt werden können, oder die der Bahnkunden, die eine Reise nicht antreten können. Auf der anderen Seite ist allerdings **das Streikrecht** in die Abwägung einzubeziehen, **das grundsätzlich nicht begrenzt ist...** Im vorliegenden Fall waren die Kunden des B-Konzerns insoweit allgemein gewarnt, als dass sie in nächster Zeit - dauerhaft - mit streikbedingten Ausfällen rechnen mussten. Auch der Bahn ist es zumutbar, soweit wie möglich Gegenmaßnahmen zu ergreifen und einen Notfahrplan für typische Ausfalltage bereitzuhalten.

LAG Hessen 12.3.2024 - 10 GLa 229/24, NZA 2024, 711, Rn. 66 – 69, 81 f.

2. **Judikatur mit Verzicht auf jede Ankündigungsfrist**

LAG Köln 1998 („et hätt noch immer jot jeje“): „Dass Warnstreiks ohne gezielte Vorankündigung für einen bestimmten Großkinobetrieb keineswegs zwangsläufig zu Ausschreitungen führen, zeigt schon die Tatsache, dass es beim zweiten Warnstreik am 22.3.1997 keine Ausschreitungen gegeben hat.“
LAG Köln 29.10.1998 – 10 Sa 14/98, NZA-RR 1999, 153 f.

ArbG Berlin 2009 (Streiken für´s Taxigewerbe): „Der Streik der Verfügungsbeklagten ist aber auch nicht deswegen mit einer Ankündigungsfrist zu versehen, weil er unter Berücksichtigung der Gemeinwohlbindung offensichtlich unverhältnismäßig im engeren Sinne und somit rechtswidrig wäre. ... Die Nachteile für die auf die Verkehrsmittel der Klägerin zu 2) angewiesenen Menschen halten sich in überschaubaren Grenzen. Regelmäßig wird z.B. durch das Radio über spontan eingeleitete Streikmaßnahmen berichtet, in aller Regel wenige Minuten nachdem der Streik begonnen hat. Unabhängig davon gibt es ohnehin Alternativen zur Beförderung durch den ... ÖPNV für den Großteil der Bevölkerung. Zu nennen sind ... insbesondere die S-Bahn, aber auch (begrenzt) private Busunternehmen, die nicht bestreikt werden und derer sich die Beklagte in gewissem Umfang ohnehin als Subunternehmer bedient sowie Taxis... Das Gericht verkennt nicht, dass nicht alle Menschen die genannten Beförderungsmittel nutzen können. Insbesondere alte und gebrechliche Menschen, Behinderte, Menschen mit geringem Einkommen ... Auch hier kann

aber durch rechtzeitige Planung ein großer Teil der Beförderungsprobleme in den Griff bekommen werden, etwa durch Absprache mit Verwandten, Freunden oder anderen nahe stehenden Menschen, die ein Auto besitzen oder, sofern ausreichende finanzielle Mittel vorhanden sind, durch Taxiunternehmen.“

ArbG Berlin 29.4.2009 – 58 Ga 6014/08 juris Rn. 49-54.

3. **Judikatur mit verfassungsrechtlich fundierter Anerkennung von Ankündigungsfristen**

LAG Sachsen 2024: „(Tenor) Der Verfügungsbeklagten wird bis zum Abschluss einer Notdienst-Vereinbarung, welche die Beförderung schulpflichtiger Personen an Schultagen sicherstellt, aufgegeben, während zukünftiger Streikmaßnahmen, die von ihr nicht mindestens vier Kalendertage vor Beginn angekündigt werden, und von denen Tage betroffen sind, die im Freistaat Sachsen keine Ferien ... sind, im Unternehmen der Verfügungsklägerin an folgendem Notdienst mitzuwirken ...

(Aus den Gründen)

Nach dem Vorbringen der Parteien im Rahmen der mündlichen Verhandlung bedurfte es allerdings einer erneuten Abwägung der widerstreitenden Grundrechte auf Gewährleistung von Arbeitskampf (Art. 9 Abs. 3 GG), dem Schutz von schulpflichtigen Personen vor Gefahren für Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) und deren Grundrecht auf Bildung (Art. 7 Abs. 1 GG)...

Auch wenn die Ansicht vertreten wird, dass ein „Wellenstreik“ nicht bereits deshalb unzulässig wird, wenn er sich auf einen Betrieb der Daseinsvorsorge bezieht (Hess. LAG 12.3.2024 – 10 GLa 229/24, juris Rn. 83), bedarf es aufgrund der sehr geringen Ankündigungsfristen einer besonderen Abwägung mit den betroffenen Grundrechten Dritter...

Der von der Verfügungsbeklagten durchgeführte extrem kurzfristig angekündigte Wellenstreik stellte eine besondere Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit der vom Schülerverkehr der Verfügungsklägerin umfassten Schülergruppe dar. Um diesen dargestellten Gefahren entgegenzuwirken, bedarf es einer Mitwirkung der Verfügungsbeklagten an dem von der Verfügungsklägerin beantragten Notdienst.“ LAG Sachsen 10.6.2024 – 4 GLa 10/24, BeckRS 2024, 14588, Rn. 25, 45, 50 f. = NJ 2024, 372.

IV. Plädoyer für eine Neuausrichtung des Arbeitskampfrechts – samt Ankündigungsfristen

1. Neuausrichtung unter (beliebiger) Orientierung an der (sich beliebig ändernden) Rechtsprechung

a. Optionen aus der Rechtsprechung(sgeschichte)

Wiederbelebung des Grundsatzes ...

... der Sozialadäquanz?

(BAG 28.1.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291; vgl. das Zitat bei BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292, Rn. 46; hierzu *Giesen*, Streikrecht, 2022, § 2 Rn. 29) oder

... der Verhältnismäßigkeit als ultima ratio?

(BAG 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292)

b. Option aus dem normierten Schuldrecht

Tarifverhandlungen als Auslöser des vorvertraglichen Schuldverhältnisses der c.i.c. (culpa in contrahendo)

Zöllner und **Seiter** in den 1970er Jahren:

Zöllner erkannte in der Beziehung zwischen den Tarifverhandlungspartnern eine Vertragsanbahnungsbeziehung im Sinne der *culpa in contrahendo*, *Seiter* schloss sich dem an, plädierte aber darüber hinaus für ein eigenes vertragsähnliches Dauerschuldverhältnis zwischen den Parteien. Andere wandten sich dagegen, vor allem in der Befürchtung, die freie Austragung des Konflikts könnte dadurch gestört werden.

Zöllner, Arbeitsrecht, 1977, § 40 VI 5, S. 280; *Seiter*, in: Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 583 (597 f.); *Seiter*, Arbeitskampfpflicht und Übermaßverbot, 1979, S. 89 f.; *Seiter* ZfA 1989, 283 (295 ff.); *Rüthers* in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl. 1982, Rn. 199, geht von einer vor- und nachvertraglichen Rechtsbeziehung aus; ebenso *Heinze* NJW 1983, 2409 (2415 f.); *Künster*, Die culpa in contrahendo in vortariflichen Rechtsbeziehungen, 1994, S. 34 ff., S. 72 ff. Aus der Rechtsprechung explizit LAG NS 31.1.1984 – 7 Sa 88/82, DB 1984, 993

Seit der **Schuldrechtsreform des Jahres 2002** lässt sich dies alles aufgrund der ausdrücklichen Normierung in § 311 Abs. 2 BGB deutlich belegen.

Malorny, Die Haftung der Gewerkschaft gegenüber ihren Tarifpartnern, 2019, S. 37 ff.; *Giesen*, Streikrecht, 2022, § 5 Rn. 9 ff.

2. Konturen einer gesetzlichen Neuausrichtung

- **Förderung der Entscheidung mittels Schlichterautorität**
Einlassungspflicht ohne Zwangsschlichtung
- **Verhandlungsrahmen mit Ankündigungsfristen und Abkühlungsphasen**
- **Gewährleistung von Notdienst- und Erhaltungsarbeiten**
Gestaltungsverantwortung eigener Einigungsstellen
- **Grundsatz des Vorrangs koalitionsärer Gestaltung**
Tarifliche Schlichtungsordnungen gehen der gesetzlichen Schlichtungsordnung vor

Rechtsanwalt Steven Haarke

Geschäftsführer, Handelsverband Deutschland - HDE e.V.

Historische Tarifrunde im Einzelhandel: Praxisbericht und Arbeitskampfrecht

Rechtsanwalt Thomas Ueber

A&O Shearman

Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich im Arbeitskampfrecht?

Gliederung

EINLEITUNG

MATERIELLRECHTLICHE REGELUNGEN

- I. Streikbeschluss und Streikzielbestimmung
- II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Arbeitskampfparität
- III. Ultima Ratio
- IV. Absolute Friedenspflicht aus einem „führenden Tarifvertrag“
- V. Bestimmtheitsgrundsatz
- VI. Rühreitheorie

BESONDERE REGELUNGEN FÜR ARBEITSKAMPFMAßNAHMEN IN DER KRITISCHEN INFRASTRUKTUR

- I. Einführung: Besondere Herausforderungen der Arbeitgeberseite
- II. Aufrechterhaltung der Grundversorgung
- III. Obligatorische Schlichtung
- IV. Ankündigungspflicht und Ankündigungsfristen

PROZESSRECHTLICHE REGELUNGEN

- I. LAG als Eingangsinstanz
- II. BAG als einzige Instanz

Regelungsvorschläge

MATERIELLRECHTLICHE REGELUNGEN

I. Streikbeschluss und Streikzielbestimmung

Die instanzgerichtliche Rechtsprechung stellt eine Einladung an die Gewerkschaften dar, ihre womöglich eigentlichen – aber rechtswidrigen – Streikziele zu verschleiern. Wenn die Gewerkschaft aus strategischen Gründen frei darüber entscheiden kann, formell nur einzelne (rechtmäßige) Ziele im Streikwege zu verfolgen, materiell den Tarifabschluss aber zugleich von der Durchsetzung weiterer (rechtswidriger) Ziele abhängig zu machen, wird der Rechtmäßigkeitsprüfung des Streiks jegliche Grundlage entzogen. Zudem ist es widersprüchlich, zur Streikzielbestimmung maßgeblich auf den formellen Streikbeschluss abzustellen, zugleich aber auf dessen Vorlage zu verzichten.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- die Vorlage des Streikbeschlusses und nicht nur die Bekanntgabe dessen Inhalts an den Arbeitskampfgegner verlangen,
- aufgeben, auch weitere Verlautbarungen zur Streikzielbestimmung heranzuziehen und bei der Verfolgung von Zielen, die über den formellen Streikbeschluss hinausgehen, die Rechtswidrigkeit des Streiks anordnen,
- festlegen, dass eine Einigung im Tarifkonflikt nicht von Zielen abhängig gemacht werden kann, die nicht im Streikbeschluss aufgeführt werden,
- anordnen, dass nach Beginn der Streikmaßnahme eine Veränderung der Arbeitskampfziele nicht mehr möglich ist (kein “Fallenlassen“).

II. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Arbeitskampfparität

Die Verhältnismäßigkeit stellt zwar den zentralen Bewertungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit von Streikmaßnahmen dar, wurde aber durch die Einräumung einer Einschätzungsprärogative bei Geeignetheit und Erforderlichkeit weitestgehend entwertet. Hinzu kommt, dass die Angemessenheit nur als Vernichtungsverbot begriffen wird, wobei eine Vernichtung des Arbeitgebers gar nicht im

Interesse der Gewerkschaft liegen kann. Die Arbeitskampfparität hat zwar als Grundvoraussetzung für das Funktionieren der Tarifautonomie einen hohen Stellenwert, hieraus ziehen die Instanzgerichte aber in der Regel keine Konsequenzen. Dies gilt selbst in Fällen erheblichen Paritätsverschiebungen zu Lasten der Arbeitgeberseite (Ortsgebundenheit der Leistungen, Gewerkschaftspluralität, Situation am Arbeitsmarkt).

Eine gesetzliche Regelung sollte

- die gerichtliche Überprüfung auch der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Arbeitskampfes ermöglichen,
- die Herstellung der Arbeitskampfparität als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung des Arbeitskampfes festschreiben,
- im Interesse der Rechtssicherheit Kriterien festlegen, die bei der Verhältnismäßigkeits- und Paritätsprüfung zu berücksichtigen sind.

III. Ultima Ratio

Wenn der Ultima Ratio-Grundsatz überhaupt noch eine Relevanz haben soll, müssen Arbeitskampfmaßnahmen rechtswidrig sein, solange noch keine Tarifverhandlungen stattgefunden haben und solange Verhandlungen geführt werden (keine verhandlungsbegleitenden Warnstreiks). Jedenfalls dann, wenn (weitere) Verhandlungstermine feststehen, ist es widersprüchlich, hier zu unterstellen, im Streikaufruf liege die förmliche Erklärung des Scheiterns.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- Streikmaßnahmen vor Verhandlungsbeginn und während geplanter oder laufender Verhandlungen grundsätzlich untersagen,
- wobei zu erwägen ist, Warnstreiks vor Scheitern einmalig und in geringem Umfang (zB mit zeitlicher Begrenzung von bis zu einer Stunde) zu gestatten.

IV. Absolute Friedenspflicht aus einem „führenden Tarifvertrag“

Sich ständig wiederholende Tarifkonflikte stellen eine erhebliche wirtschaftliche Belastung für betroffene Unternehmen dar. Hierzu führt insbesondere die Auf-

splitterung unterschiedlicher Regelungsgegenstände auf verschiedene Tarifverträge mit unterschiedlichen Laufzeiten, deren Beendigung/Kündigung jeweils zum Wegfall der relativen Friedenspflicht führen. In Unternehmen mit tarifpluralen Strukturen vervielfacht sich die Problematik. Eine weitere Verschärfung erfolgt – auch in nicht tarifpluralen Strukturen – aufgrund der Zulässigkeit von Unterstützungstreiks.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- im Ergebnis dazu führen, dass Streikmaßnahmen nur nach Auslaufen eines bestimmten Tarifvertrages durchgeführt werden können,
- indem die Tarifvertragsparteien diesen Tarifvertrag als „führend“ bezeichnen und während dessen Laufzeit eine absolute Friedenspflicht gesetzlich festgelegt wird,
- wobei diese absolute Friedenspflicht auch Unterstützungstreiks verbietet.
- Alternativ könnten zwingend gleiche Laufzeiten aller Tarifverträge oder deren Bündelung in einem einheitlichen Tarifwerk gesetzlich angeordnet werden.

V. Bestimmtheitsgrundsatz

Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Bestimmtheit von Streikforderungen sind unklar und führen zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Manche Gewerkschaften neigen dazu, Streikziele vage und offen zu formulieren, um sie damit einer Rechtmäßigkeitskontrolle zu entziehen.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- klare Anforderungen an die Bestimmtheit festlegen,
- und zwar dahingehend, dass ein Bestimmtheitsgrad erreicht sein muss, der die Beendigung des Tarifkonflikts durch Nachgeben und zugleich eine gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle ermöglicht.

VI. Rühreitheorie

Einige Gewerkschaften stellen die Rühreitheorie unter Hinweis auf Art. 11 EMRK und die Entscheidung des EGMR vom 27.11.2014 – 36701/09 (Hrvatski lijcnicki sindicat / Kroatien) in Frage, obwohl das BAG diese unter Auseinandersetzung mit

der dortigen Argumentation bestätigt hat. Dennoch lassen sich Instanzgerichte in gerichtlichen Eilverfahren teils verunsichern, auch unter gewerkschaftlichem Hinweis darauf, die Rühreitheorie gelte – wenn überhaupt – nur bei Friedenspflichtverletzungen.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- klarstellen, dass ein Arbeitskampf rechtswidrig ist, wenn auch nur ein mit ihr verfolgtes Streikziel rechtswidrig ist,
- wobei die Bedeutung des rechtswidrigen Streikziels und dessen Auswirkung auf die Durchführung des Streiks unbeachtlich ist.

BESONDERE REGELUNGEN FÜR ARBEITSKAMPFMAßNAHMEN IN DER KRITISCHEN INFRASTRUKTUR

I. Einführung: Besondere Herausforderungen auf Arbeitgeberseite

Arbeitgeber in der kritischen Infrastruktur sehen sich besonderen Paritätsverschiebungen ausgesetzt. Daher sind besondere Arbeitskampffregelungen für diesen Bereich erforderlich.

II. Aufrechterhaltung der Grundversorgung

Die Aufrechterhaltung einer Grundversorgung durch die Bereiche der kritischen Infrastruktur ist für die Gesellschaft als Ganzes von großer Bedeutung. Deren längerfristige Beeinträchtigung oberhalb bloßer Unbequemlichkeiten muss unterbunden werden, und zwar auch dann, wenn die Schwelle zu Notdiensten nicht erreicht oder deren Umfang nur schwer festgelegt werden kann.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- die Bereiche der kritischen Infrastruktur definieren,
- eine Beeinträchtigung der Allgemeinheit in den Bereichen der kritischen Infrastruktur für einen mehr als unerheblichen Zeitraum durch Streikmaßnahmen verbieten,

- wobei die Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Rechtsprechung zu erfolgen hat.

III. Obligatorische Schlichtung

Eine frühzeitige Eskalation von Tarifkonflikten in den Bereichen der kritischen Infrastruktur sollte vermieden werden. Eine obligatorische Schlichtung mit Einlassungszwang dient dem „cooling-off“ und kann zur Beilegung des Konflikts führen, ohne das Mobilisierungspotential der Gewerkschaft wesentlich nachteilig beeinflussen.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- das Schlichtungsverfahren für verbindlich erklären, wenn eine Arbeitskampfpartei dies wünscht (Einlassungszwang),
- den Tarifvertragsparteien weitreichenden Einfluss bei der Verfahrensgestaltung einräumen und Begrenzungen festlegen, insbesondere durch
 - Anrufungsrecht nach Scheitern,
 - Einfluss auf die Besetzung,
 - Begrenzung der Dauer,
 - nur einmalige Durchführung während eines Tarifkonflikts,
 - freiwillige Annahme oder Ablehnung der Schlichtungsempfehlung,
- einen Orientierungsrahmen für die Schlichtungsempfehlung vorgeben,
- während der Dauer der Schlichtung eine absolute Friedenspflicht anordnen.

IV. Ankündigungspflicht und Ankündigungsfristen

Ankündigungsfristen dienen dem Schutz Dritter und der Allgemeinheit, da sie die Durchführung operativer Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Grundversorgung ermöglichen. Zugleich können sie allerdings den Schaden für das bestreikte Unternehmen vergrößern, da Kunden bereits von der Ankündigung an anderweitig disponieren („kalter Streik“) und dies oftmals irreversibel ist, auch wenn die Streikmaßnahmen im weiteren Verlauf gerichtlich untersagt werden. In jedem Fall gilt: Streikmaßnahmen ohne Ankündigungsfristen verhindern eine gründliche Prüfung der Rechtmäßigkeit in gerichtlichen Eilverfahren, da den

Gerichten nur wenige Stunden für die Prüfung teilweise schwieriger Rechtsfragen verbleiben.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- im Bereich der kritischen Infrastruktur eine Ankündigungsfrist festlegen,
- die auch für die Verlängerung bereits laufender Streikmaßnahmen gilt
- und sich bis zur rechtskräftigen Entscheidung im gerichtlichen Eilverfahren verlängert, sofern die Arbeitgeberseite innerhalb von 24 Stunden einen entsprechenden Unterlassungsantrag stellt.

Ggf. wäre an branchenmäßige Differenzierungen und/oder an Verzichtsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite zu denken.

PROZESSRECHTLICHE REGELUNGEN

LAG als Eingangsinstanz / BAG als einzige Instanz

Die Weiterentwicklung des Arbeitskampfrechts durch das BAG wird erschwert, da in einstweiligen Verfügungsverfahren keine Revision zulässig ist und die Durchführung von Hauptsacheverfahren meist an Nicht-Maßregelungsklauseln scheitert. Instanzgerichte sind mit Streiksachen im einstweiligen Verfügungsverfahren häufig wegen fehlender Erfahrung, hohem zeitlichen Druck und beachtlicher Medienpräsenz überfordert. Sie ziehen sich deshalb nicht selten auf den Offensichtlichkeitsmaßstab zurück.

Eine gesetzliche Regelung sollte

- entweder das LAG als erste Instanz und das BAG als Rechtsmittelinstanz festlegen,
- oder das BAG als einzige Instanz festlegen,
- klarstellen, dass LAG und BAG die Rechtswidrigkeit der Streikmaßnahme uneingeschränkt prüfen, auch wenn die Rechtsfragen schwierig und bis dahin ungeklärt sind.