

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
18. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME  
18/1565**

A01, A18

Der Präsident  
des Landesarbeitsgerichts Hamm



07.06.2024

Seite 1 von 21

Landesarbeitsgericht Hamm, Postfach 1907, 59061 Hamm

### Elektronische Post

Landtag Nordrhein-Westfalen  
Referat I.A.2 / A01  
z.Hd. Frau Susanne Stall  
Postfach 10 11 43  
40002 Düsseldorf

Aktenzeichen

bei Antwort bitte angeben

Bearbeiterin

Frau Linnebank

Durchwahl

386

Servicezeiten:

Mo bis Mi 7:30 - 16:00 Uhr

Do bis Fr 7:30 - 15.30 Uhr

## Verhältnismäßigkeit des Streikrechts wahren – Nordrhein-Westfalen setzt sich für gesetzliche Vorgaben für Arbeitskämpfe in der kritischen Infrastruktur ein!

Antrag der Fraktion der FDP, Drucksache 18/8435

Anhörung des Ausschusses für Arbeit, Gesundheit und Soziales am 19. Juni 2024

### Sachverständige Stellungnahme

1. EINLEITUNG .....	2
2. ARBEITSKAMPF IN DER KRITISCHEN INFRASTRUKTUR UND REAKTION DER ÖFFENTLICHKEIT .....	3
3. „ALLGEMEINE AUFREGUNG“ UND EMPIRISCHE EVIDENZ.....	5
A) ANZAHL BETROFFENER ARBEITNEHMERINNEN UND ARBEITNEHMER .....	5
B) AUSWIRKUNGEN VON ARBEITSKÄMPFEN IM EUROPÄISCHEN VERGLEICH .....	6
C) ERSTES ZWISCHENFAZIT .....	7
4. REGELUNGSERFORDERNIS ANGESICHT UNZUREICHENDER RECHTSLAGE? .....	8
A) FEHLENDE BUNDESGESETZLICHE GRUNDLAGE .....	8
B) DIE ARBEITSGERICHTLICHE RECHTSPRECHUNG ALS „ERSATZGESETZGEBER“ .....	9
C) ZUR QUALITÄT DER ARBEIT DES „ERSATZGESETZGEBERS“ .....	11
aa) „GANZ GUT GEMACHT“ .....	11
bb) DAS VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSPRINZIP ALS PRÜFUNGSMAßSTAB .....	12
(1) Notdienst und Minimalversorgung .....	14

Dienstgebäude und

Lieferanschrift:

Marker Allee 94

59071 Hamm

Telefon 02381 891-1

Telefax 02381 891-285

www.lag-hamm.nrw.de

Öffentliche Verkehrsmittel:

Ab Hbf Linien 5, 6 und 13 bis  
OS-Hbf, DE 35 89 26 130  
Haltestelle Fichtestraße



(2) Obligatorischer Schlichtungsversuch .....	15
(3) Ankündigungsfristen .....	16
d) ZWEITES ZWISCHENFAZIT .....	16
<b>5. VERFAHRENSRECHTLICHE STÄRKUNG DES „ERSATZGESETZGEBERS“ .....</b>	<b>17</b>
<b>6. SCHLUSSFOLGERUNG .....</b>	<b>19</b>

## **1. Einleitung**

Für die Gelegenheit, als Präsident des Landesarbeitsgerichts Hamm und damit aus richterlicher Perspektive eine Stellungnahme zum Antrag der Fraktion der FDP abgeben zu dürfen, die Landesregierung möge sich auf Bundesebene insbesondere in Form einer Bundesratsinitiative für gesetzliche Vorgaben für Arbeitskämpfe in der kritischen Infrastruktur einsetzen, möchte ich mich bedanken. Bitte lassen Sie mich anmerken, dass ich zugleich Präsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands e.V. bin, für den ich mich nicht erkläre.

Das Landesarbeitsgericht Hamm, dem ich als Präsident vorstehe, ist eines der größten der 18 Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik und das größte der drei Landesarbeitsgerichte in Nordrhein-Westfalen. Es ist in einem Bezirk, der etwa 60 % der Fläche unseres Landes umfasst, mit den ihm zugehörigen 17 Arbeitsgerichten für die Arbeitsrechtspflege von etwa 8 Mio. Menschen verantwortlich.

Das Landesarbeitsgericht entscheidet als Berufungsinstanz über Urteile und Beschlüsse der Arbeitsgerichte seines Bezirks. Nur in wenigen Fällen ist es erstinstanzlich zuständig. Über Urteile und Beschlüsse des Landesarbeitsgerichts befindet das Bundesarbeitsgericht als Revisionsinstanz, sofern gegen die Entscheidungen des Landesarbeitsgerichts ein weiteres Rechtsmittel gegeben ist.

Ziel des Gesetzgebungsvorhabens soll es sein, im Bereich der kritischen Infrastruktur wirkungsmächtige Streiks zwar zuzulassen, das Grundrecht allerdings so zu gestalten, dass die Beeinträchtigung der Öffentlichkeit möglichst gering bleibt und zugleich eine verlässliche Infrastruktur zur Verfügung steht. Deshalb sollte insbesondere

- eine Ankündigungsfrist von 48 Stunden vor Arbeitskampfmaßnahmen,
- die Sicherstellung einer Grundversorgung,



- die Voraussetzung eines (gescheiterten) Schlichtungsversuchs bei streikintensiven Arbeitskampfmaßnahmen

im Bereich der kritischen Infrastruktur eingeführt werden.

Der Vorschlag der FDP-Fraktion gibt wieder, wie die Auswirkungen der jüngst zurückliegenden Streikmaßnahmen – insbesondere im Bahnverkehr und an Flughäfen – in der Öffentlichkeit empfunden wurden. Er stellt auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab, um streikeinschränkende Maßnahmen im Bereich der kritischen Infrastruktur durch den Gesetzgeber zu rechtfertigen. Ferner zieht er einen Vergleich zu Arbeitskampfregelungen in anderen europäischen Staaten.

Auf diese Aspekte werde ich eingehen und eine Bewertung aus richterlicher Perspektive vornehmen.

## **2. Arbeitskampf in der kritischen Infrastruktur und Reaktion der Öffentlichkeit**

Der Arbeitskampf ist in erster Linie ein soziales Phänomen unserer Arbeitswelt.<sup>1</sup> Er betrifft – mehr oder weniger stark – nicht nur die jeweiligen Akteure, sondern auch unbeteiligte Dritte. Die nunmehrige Debatte um die als belastend empfundenen Streiks ist nicht neu. Seit jeher wurden Arbeitskämpfe in der öffentlichen Diskussion negativ konnotiert und als unerwünscht<sup>2</sup> oder schädlich bezeichnet.<sup>3</sup>

Doch gilt nun mal, dass ein Arbeitskampf „etwas Knallhartes“ ist, wie es Ingrid Schmidt 2021 ausdrückte, bis 2021 Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts und als Vorsitzende des 1. Senats am Bundesarbeitsgericht über viele Jahre für das Arbeitskampfrecht zuständig.<sup>4</sup> Je größer die Betroffenheit, desto eher erfolgen Rufe nach einer Einschränkung des Streikrechts.

---

<sup>1</sup> Treber in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Auflage 2023, § 191 Rn. 6.

<sup>2</sup> Treber, Die Ausgestaltung der kollektiven Koalitionsfreiheit im Arbeitskampfrecht durch die Gerichte, in: Die Sicherung der kollektiven Ordnung, Festschrift für Ingrid Schmidt, 2021, S. 595, 601; vgl. ferner zur Unangemessenheit mancher Begrifflichkeit – etwa des Begriffs „Geiselnhaft“ – in der rechtswissenschaftlichen Diskussion Münder, in: Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 1. Auflage 2021, § 4 Rn. 210.

<sup>3</sup> Vgl. Treber in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Auflage 2023, § 191 Rn. 1: Nun ist es gerade Zweck einer Arbeitskampfmaßnahme, der Gegenseite Schaden zuzuführen.

<sup>4</sup> Süddeutsche Zeitung, 16.09.2021.



So ergab eine 2011 durchgeführte Allensbach-Umfrage, dass sich eine große Mehrheit der Menschen unserer Gesellschaft für eine Einschränkung oder gar für ein Verbot des Streikrechts in zentralen Bereichen der Daseinsvorsorge ausspreche, gleichwohl aber auch die Bedeutung der Gewerkschaften sehe.<sup>5</sup> Eine im März 2023 durch das Meinungsforschungsinstitut INSA-CONSULERE im Auftrag der Mittelstands- und Wirtschaftsunion durchgeführte Befragung kam für den Bereich der kritischen Infrastruktur zu ähnlichen Erkenntnissen.<sup>6</sup> Die Befragungsergebnisse zeigen das Dilemma: Im Arbeitskampf geht jede Berechtigung der einen Seite mit einer Duldungspflicht der anderen einher – eine allseits akzeptierte Lösung zu finden, kommt der „Quadratur des Kreises“<sup>7</sup> nahe.

Der Bereich der Daseinsvorsorge ist in besonderer Weise von Drittbelastungen betroffen. Die Befürworter<sup>8</sup> von Einschränkungen des Streikrechts in diesem Wirtschaftsbereich sehen die Kampfparität gefährdet, weil die öffentliche Hand als Refinanzierungsquelle für die steuersubventionierte Daseinsvorsorge diene und die unternehmerisch erbrachte Vorsorge auch nicht einfach einstellen könne. Gewerkschaften könnten den „Bogen kaum überspannen“.<sup>9</sup> Gegner einer Einschränkung des Streikrechts befürchten,<sup>10</sup> dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu bloßen „Bittstellern“ würden. Ähnlich pointiert drückt es auch die höchstrichterliche Rechtsprechung aus: Ohne Streiks oder Eskalationsstufen, die gleichermaßen effektiv wären, um Kompromissfähigkeit herzustellen, wären Kollektivverhandlungen „kollektives Betteln“.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Zitiert nach Franzen/Thüsing/Walddhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 12, 18.

<sup>6</sup> Welt, 08.03.2023, <https://www.welt.de/politik/deutschland/article244162821/Mehrheit-der-Deutschen-spricht-sich-fuer-Einschraenkung-des-Streikrechts-aus.html>.; [https://www.mit-bund.de/sites/mit/files/praesentation\\_-\\_mit\\_maerz\\_2023.pdf](https://www.mit-bund.de/sites/mit/files/praesentation_-_mit_maerz_2023.pdf).

<sup>7</sup> Kittner, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf in den Jahren 2005 bis 2020, Festschrift für Ingrid Schmidt, 2021, S. 207.

<sup>8</sup> Greiner, FAZ 12.03.2024, Für die Schiene braucht es ein besonderes Streikrecht.

<sup>9</sup> Greiner FAZ 12.03.2024, Für die Schiene braucht es ein besonderes Streikrecht.

<sup>10</sup> DGB Niedersachsen, #schlaglicht 11/2024, 21.03.2024, Arbeitskämpfe: Streikrecht ist nicht verhandelbar; <https://niedersachsen.dgb.de/schlaglicht/++co++77ef985a-e75f-11ee-a6a2-53a4de84a31b>.

<sup>11</sup> BVerfG Beschluss v. 09.07.2020 – 1 BvR 719/19, 1 BvR 720/19 - Rn. 14 – unter Verweis auf das grundlegende Urteil des BAG v. 12.06.1984 - 1 AZR 342/83 - Rn. 96; ferner Treber, FS Schmidt, S. 595, 602.



### **3. „Allgemeine Aufregung“ und empirische Evidenz**

Nun führt eine Betroffenheitsdiskussion meist zu keinen guten Ergebnissen, insbesondere dann nicht, wenn empirische Evidenz fehlt. Eine belastbare Empirie, die die Auswirkungen von Streikmaßnahmen im Bereich der kritischen Infrastruktur belegt ist mir nicht bekannt. Bei meiner Betrachtung möchte ich in tatsächlicher Hinsicht gleichwohl auf zwei für mich sichtbare Punkte eingehen und diese in meine Betrachtung einbeziehen.

#### **a) Anzahl betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer**

Zunächst möchte ich auf die Anzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eingehen, die von der gesetzgeberischen Maßnahme betroffen wären. So ist bei aller Unschärfe des Begriffs „kritische Infrastruktur“ davon auszugehen, dass etwa 43 % der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Deutschlands diesem Wirtschaftsbereich zuzuordnen sind. Der Anteil von Frauen ist mit 52 % deutlich höher als in den anderen Wirtschaftsbereichen. Dort liegt er bei 43 %.<sup>12</sup>

Werden Arbeitskämpfungsmittel im Bereich der kritischen Infrastruktur beschränkt, wird dies in der „Arbeitskampflogik“ Auswirkungen auf die Kampfkraft der Gewerkschaften dieses Wirtschaftssektors haben. Sinkt deren Kampfkraft, ist anzunehmen, dass eine Verbesserung der materiellen Arbeitsbedingungen weniger effektiv gelingen wird. Es stünde bei Umsetzung einer mit dem Antrag der Fraktion der FDP angeregten Gesetzesinitiative zur Einschränkung des Streikrechts im Bereich der kritischen Infrastruktur damit zu erwarten, dass sich die materiellen Arbeitsbedingungen in einem Wirtschaftsbereich mit in der Mehrzahl weiblichen Beschäftigten künftig weniger gut entwickeln. Das ist, gerade mit Blick auf die Gender-Pay-Gap-Diskussion, nicht wünschenswert und berührt ein anderes Politikfeld negativ.

Werden 43 % der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durch arbeitskampfeinschränkende gesetzliche Bestimmungen betroffen, dürfte es sich nicht mehr um Regelungen handeln, die lediglich einen Sonderfall

---

<sup>12</sup> DESTATIS, PM Nr. 412 vom 02.11.2021, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/09/PD21\\_412\\_12211.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/09/PD21_412_12211.html), Stand 2020.



erfassen. Will der Gesetzgeber für nahezu die Hälfte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Ausnahmereglung schaffen, die von der sonstigen, lediglich an Art. 9 Abs. 3 GG orientierten Koalitionsbetätigungsfreiheit abweicht, bedarf dies mit Blick auf die erhebliche Anzahl betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einer überzeugenden Rechtfertigung. Diese vermag ich – trotz der für den Gesetzgeber bestehenden weiten Einschätzungsprärogative – nicht zu erkennen.

Ist aus den soeben dargestellten Gründen zu erwarten, dass sich die materiellen Arbeitsbedingungen in der kritischen Infrastruktur langfristig weniger gut entwickeln als in anderen Wirtschaftsbereichen, stellen sich zwei weitere Fragen:

Ist zu späterer Zeit eine Revision erforderlich, die eine Anhebung der materiellen Arbeitsbedingungen im Wirtschaftsbereich der kritischen Infrastruktur erforderlich macht, weil sich diese Arbeitsbedingungen im Vergleich zu denjenigen in sonstigen Wirtschaftsbereichen schlechter entwickelt haben? Und wie soll das geschehen? Im vom Arbeitskampf nicht betroffenen Bereich der Beamtentalimentation bieten dafür die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums eine ausreichende und an Art. 33 Abs. 5 GG orientierte Grundlage.<sup>13</sup> Diese macht eine gerichtliche Überprüfung der amtsangemessenen Alimentation möglich. Vergleichbares ist im allgemeinen Wirtschaftsleben sicher gänzlich ungeeignet.

Ferner bleibt die Frage, warum Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie deren Verbänden außerhalb der kritischen Infrastruktur „arbeitskampfun- geschwächten“ Gewerkschaften gegenüberstehen sollen, während dies in der kritischen Infrastruktur anders ist. Das könnte für die betroffenen Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zu Wettbewerbsverzerrungen führen.

## **b) Auswirkungen von Arbeitskämpfen im europäischen Vergleich**

Der zweite Punkt, den ich in tatsächlicher Hinsicht in den Blick nehmen möchte, ist ein europäischer Vergleich der Zahl der durch Arbeitskämpfe ausgefallenen Arbeitstage.

---

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG 05.05.2025 – 2 BvL 17/19 u.a.



Ausfallende Arbeitstage führen zu erheblichen wirtschaftlichen Belastungen. Das entspricht der Natur des Streiks. Im internationalen Vergleich ist Deutschland allerdings verhältnismäßig gering von solchen Ausfalltagen betroffen. So konnten in unserem Land während der Jahre 2012 bis 2021 auf 1.000 Beschäftigte jährlich 18 streikbedingte Ausfalltage verzeichnet werden. Deutschland nimmt damit im internationalen Vergleich, vor allem im Vergleich mit seinen europäischen Nachbarn, einen der hinteren Plätze ein. Bei den im Antrag der Fraktion der FDP genannten Ländern, die bereits heute über arbeitskampfbeschränkende Regelungen verfügen, sind dies 92 Tage (Frankreich) und 48 Tage (Spanien).<sup>14</sup> Für das ebenfalls genannte Italien liegen mir keine statistischen Daten vor.

Eine Evidenz für gesetzgeberisches Vorgehen lässt sich aus diesen Zahlen nicht ableiten, eher dürfte das Gegenteil der Fall sein: So mag die deutlich höhere Anzahl an Streiktagen in Frankreich und Spanien ein Beleg dafür sein, dass dort Streiks, die allerdings anderen rechtlichen Vorgaben als in Deutschland unterliegen, einer – wie auch immer gearteten – einschränkenden Regelung bedürfen. Die geringe Anzahl an Streiktagen in unserem Land spricht indes dafür, dass das deutsche Arbeitskampfrecht und die deutsche Sozialpartnerschaft „funktionieren“ und keiner Beschränkung bedürfen. Das Niveau des deutschen Arbeitskampfgeschehen wird im internationalen Vergleich seit jeher als „gewohnt niedrig“ angesehen.<sup>15</sup>

### **c) Erstes Zwischenfazit**

Will der Bundesgesetzgeber arbeitskampfbeschränkende Maßnahme konstituieren, wird er dies nicht auf einen Wirtschaftsbereich beschränken können, der nahezu die Hälfte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betrifft. Tut er das gleichwohl, führt dies zu gesetzgeberischen Rechtfertigungszwängen, die sich kaum lösen lassen. Zugleich träten unerwünschte Effekte in anderen Politikfeldern ein.

---

<sup>14</sup> Statista, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/384248/umfrage/jaehrlich-durch-streiks-ausgefallene-arbeitstage-nach-laendern/>.

<sup>15</sup> Kittner, FS Schmidt, S. 207, 208 unter Verweis auf Lesch, Internationaler Arbeitskampfvergleich, IW-Kurzbericht Nr. 71 vom 27.09.2017.



Ein Vergleich der gesellschaftspolitischen Streikbelastung mit anderen europäischen Staaten gibt keine Evidenz für das Erfordernis gesetzgeberischen Handelns.

#### **4. Regelungserfordernis angesicht unzureichender Rechtslage?**

Damit dürfte die Frage zu beantworten sein, ob sich eine im Rahmen der weiten gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative ergebende Handlungsverpflichtung für eine Regelung zur Einschränkung von Arbeitskämpfmaßnahmen im Bereich der kritischen Infrastruktur aus anderen Gründen ergibt.

##### **a) Fehlende bundesgesetzliche Grundlage**

Das könnte der Fall sein, wenn sich das Arbeitskampfrecht als nicht ausreichend belastbar erweisen würde, um ausufernde Streiksituationen zu erfassen.

Das Arbeitskampfrecht ist gesetzlich (weitgehend) ungeregelt.<sup>16</sup> Es fußt auf Richterrecht. Das ist problematisch, weil sich bezweifeln lässt, ob eine flächendeckende „Ersatzgesetzgebung“ der Arbeitsgerichte im Arbeitskampfrecht verfassungsrechtlich gedeckt ist.<sup>17</sup> Jedenfalls fehlt es ihr an der politischen und – mehr oder weniger – auch an der demokratischen Legitimation.<sup>18</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht, dass eine gesetzliche Regelung trotz des in Art. 9 Abs. 3 GG fehlenden Gesetzesvorbehalts zwar möglich ist, spricht allerdings nicht aus, dass eine solche aus verfassungsrechtlichen Gründen auch zu verabschieden ist.<sup>19</sup> In der Literatur

---

<sup>16</sup> Stegmüller, Einschränkungen des Streikrechts in Betrieben der Daseinsvorsorge, NZA 2015, 723.

<sup>17</sup> Vgl. bereits Klöpfer, Arbeitsgesetzgebung und Wesentlichkeitstheorie - Zur Verfassungspflicht einer Gesetzgebung insbesondere im Arbeitskampfrecht NJW 1985, 2497, 2498.

<sup>18</sup> Fischer, Der blinde Fleck in der Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts beim Arbeitskampfrecht – Ein arbeitsrechtlicher Zwischenruf aus der Praxis Erfahrungen aus dem Bahnstreik 2007, RdA 2009, 287, 298; ders. FA 2007, 1f.; Stellungnahme Nr. 3/2008 (Januar 2008) des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zur Änderung der arbeitsrechtlichen Zuständigkeit in Arbeitskampsachen.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfG 26.06.1991 – 1 BvR 779/85.



wird – wenn auch durchaus streitig - indes angenommen, dass eine solche verfassungsrechtliche Verpflichtung für den Bereich der Daseinsvorsorge angesichts der mittelbaren Betroffenheit Dritter aus Gründen der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie bestünde.<sup>20</sup>

### **b) Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung als „Ersatzgesetzgeber“**

Die Arbeitsgerichte – vor allem natürlich das Bundesarbeitsgericht – müssen diese Rolle als „Ersatzgesetzgeber“ hinnehmen. Sie sind, um den Rechtsgewährungsanspruch des Art. 19 Abs. 4 GG zu erfüllen, gehalten, über die vor sie gebrachten Rechtsstreitigkeiten zu Arbeitskampfmaßnahmen zu entscheiden. Ihre Aufgabe ist es, angesichts der weitgehend fehlenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht zur Anwendung zu bringen, indem sie mit anerkannten Methoden der Rechtsfindung ableiten, was die jeweiligen Rechtsverhältnisse bestimmt<sup>21</sup>.

Glücklich sind die Arbeitsgerichte über die fehlende Kodifikation des Arbeitskampfrechts nicht. Das für unser Staatswesen tragende Gewaltenteilungsprinzip geht im Grundsatz davon aus, dass keine der Gewalten die Aufgabe einer jeweils anderen erfüllt. Für einen derart politisch aufgeladenen Regelungsbereich wie das Arbeitskampfrecht müsste dies umso mehr gelten. Der politische Druck, insbesondere der Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften, die – je nachdem – die Rechtsprechung aus ihrem jeweiligen Blickwinkel hart kritisieren<sup>22</sup>, mag letztlich der Grund da-

---

<sup>20</sup> Siehe die zusammenfassende Argumentation bei Franzen/Thüsing/Waldhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 43; daran zweifelnd unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG: Rheder/Deinert/Callsen/Dietrich, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Zur arbeitskampfrechtlichen Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Grenzen arbeitskampfrechtlicher Rechtsfortbildung, S. 36.

<sup>21</sup> BAG 19.06.2007 – 1 AZR 396/06.

<sup>22</sup> Preis, Thomas Dietrich – Ein Richterleben, NZA 2016, 1514, 1515. Vgl. ferner die Darstellung bei Daübler, Arbeitskampf, 4. Aufl. 2018, § 7 Rn. 33 zur Reaktionen auf die Rechtsprechung des BAG zu den Arbeitskämpfen des Jahres 1984 um die 35-Stunden-Woche: Das BAG sei von konservativer Seite unter „Dauerbeschuss“ gewesen. Auch damals sei der Ruf nach dem Gesetzgeber geäußert worden; ferner Bayreuther, Tarif- und Arbeitskampfrecht in der Neuorientierung, NZA 2008, 12, 13 unter Hinweis auf die



für sein, warum der Gesetzgeber das Arbeitskampfrecht nicht kodifiziert.<sup>23</sup> Die Kritik befindet sich nicht selten an der Grenze polemisierender Richterschelte.<sup>24</sup> So wird der Druck auf die Arbeitsgerichte abgeladen, die ihn hinnehmen müssen, sich aber der demokratietheoretischen Erkenntnis durchaus bewusst sind, dass die Kompetenz eines Entscheidungsträgers umso schmaler wird, je schwächer seine demokratische Legitimation ausgeprägt ist.<sup>25</sup>

Richterinnen und Richter wünschen sich dies aus Gründen der Gewaltenteilung und des Rechtsstaatsprinzips anders. So hat sich mit Ingrid Schmidt die langjährig höchste deutsche Arbeitsrichterin darüber beklagt, dass der Gesetzgeber seiner Aufgabe, das Streikrecht zu regeln, nicht nachkomme und dies den Arbeitsgerichten überlasse. Deutlich gemacht hat sie aber auch, dass Deutschland damit „nicht schlecht gefahren“ sei.<sup>26</sup> Dies entspricht auch der Einschätzung der amtierenden Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Inken Gallner.<sup>27</sup>

---

Reaktion der einen Streik untersagenden Entscheidung des ArbG Nürnberg vom 08.08.2007 – 13 Ga 65/07.

<sup>23</sup> Vgl. zu dieser Feststellung aktuell FAZ, 08.06.2024, S. 22 mit der auf die im Frühjahr 2024 abgeschlossenen Streiks bezogenen Bemerkung, die Politik werde sich auch dieses Mal hüten, zwischen die Fronten der Tarifvertragsparteien zu geraten.

<sup>24</sup> Bayreuther, NZA 2008, 12, 13 unter Verweis auf ein einen Streik untersagende Entscheidung des ArbG Nürnberg vom 08.08.2007, 13 Ga 65/07.

<sup>25</sup> Vgl. weiterhin Linsenmeier, Modernes Arbeitskampfrecht – eine fortwährende Herausforderung, in: Festschrift für Ingrid Schmidt, 2021, S. 297 m.w.N.

<sup>26</sup> Stegmüller, Einschränkungen des Streikrechts in Betrieben der Daseinsvorsorge - Varianten einer denkbaren gesetzlichen Normierung, NZA 2015, 723, spricht angesichts der verantwortungsvoll ausgefüllten Tarifpraxis und der durch die Rechtsprechung wahrgenommenen Ausformung des Streikrechts von einem „bundesdeutschen Erfolgsmodell“.

<sup>27</sup> nd Die Woche, 27./28.04.2024, Interview zu 70 Jahre Bundesarbeitsgericht. Das scheint Franzen, Streikrecht bei der kritischen Infrastruktur einschränken, Pro, ZRP 2024, 61 nicht zu teilen, führt er aus, das Bundesarbeitsgericht habe in den letzten 20 Jahren das Streikrecht „dereguliert“, ähnlich auch Rütters/Höpfner, JZ 2010, 261, dies allerdings mit dem Hinweis auf eine „politische Regelungsfreude“ des BAG; vgl. ferner Greiner, Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, HSI-Schriftenreihe, Bd. 25, 2018, S. 50, der ebenfalls eine Deregulierungstendenz sieht, diese aber in einen engen Zusammenhang zur streng an Art. 9 Abs. 3 GG orientierten Rechtsprechung des BAG stellt. Es bleibt die Frage, was „dereguliert“ werden kann, wenn es keine „Regulieren“ gibt.



### **c) Zur Qualität der Arbeit des „Ersatzgesetzgebers“**

Die soeben wiedergegebenen Bemerkungen sowohl der ehemaligen als auch der amtierenden Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts lenken den Blick auf die Qualität der Arbeit des „Ersatzgesetzgebers“.

#### **aa) „Ganz gut gemacht“**

Wurde früher daran gezweifelt, ob es der auf Einzelfallentscheidungen ausgerichteten arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung überhaupt gelingen kann, flächendeckende und bindende Grundsätze zum Arbeitskampfrecht zu entwickeln,<sup>28</sup> lässt sich heute sagen, dass das Bundesarbeitsgericht seine Aufgabe als „Ersatzgesetzgeber“ „ganz gut“ gemacht hat. Das mag man bereits aus der geringen Anzahl an Fällen ableiten, die das Bundesarbeitsgericht entscheiden müsste. Dies war seit seiner Gründung bis 2020 in lediglich 124 Fällen nötig, was in der Literatur Anlass zur Bemerkung gibt, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände suchten nur selten den Gang zum BAG.<sup>29</sup> Die großen Linien dürften dort und beim Bundesverfassungsgericht gefunden worden sein.<sup>30</sup>

Man mag ergänzend, dass gute Arbeit auch bei den Instanzgerichten vorzufinden ist. Wird der Justiz immer wieder vorgehalten, die Verfahren dauerten zu lange, gilt dies für die häufig im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu entscheidenden Streikverfahren nicht. So haben jüngst das ArbG Frankfurt am 11.03.2024 und das Hessische Landesarbeitsgericht nur einen Tag später über die Rechtmäßigkeit des Streiks der Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer (GDL) vom 11. bis zum 13.03.2024 befunden.<sup>31</sup> Schneller geht es nicht.

---

<sup>28</sup> Klöpfer, Arbeitsgesetzgebung und Wesentlichkeitstheorie - Zur Verfassungspflicht einer Gesetzgebung insbesondere im Arbeitskampfrecht NJW 1985, 2497, 2498.

<sup>29</sup> Vgl. Kittner, FS Schmidt, S. 207, 208, zweifelnd, dass sich aus der Zahl bundesarbeitsgerichtlicher Befassung empirisch etwas ableiten lasse: Fischer, RdA 2009, 287, 288.

<sup>30</sup> Kittner, FS Schmidt, S. 207, 208.

<sup>31</sup> Pressemitteilung Hessisches LAG vom 12.03.2024 - <https://arbeitsgerichtsbarkeit.hessen.de/presse/eilantrag-der-bahn-auf-untersagung-des-gdl-streiks-zurueckgewiesen>.



## **bb) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Prüfungsmaßstab**

Die spezifischen, arbeitskampfbezogenen Fragestellungen im Bereich der Daseinsvorsorge als Schnittbereich der kritischen Infrastruktur können – in juristischen Zeitdimensionen – immer noch als relativ neu bezeichnet werden. Das dürfte darauf zurückzuführen sein, dass Streiks in der Daseinsvorsorge nicht auf eine Kontinuität seit Gründung der Bundesrepublik zurückgehen, sondern sich erst mit der Privatisierung der großen Unternehmen der Daseinsvorsorge in Post, Bahn und Stadtwerken entwickelten.<sup>32</sup>

Neben dem zum Kernbereich der Koalitionsfreiheit gehörenden Paritätsgrundsatz ist zum zentralen Maßstab für die gerichtliche Prüfung von Arbeitskampfmaßnahmen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geworden. Rechtsdogmatisch präzisiert hat das Bundesarbeitsgericht Drittbetroffenheitsfälle in seiner 2007 ergangenen Entscheidung zum Unterstützungstreik<sup>33</sup>. Das Bundesarbeitsgericht sieht den Ausgangspunkt in der Erkenntnis, dass es sich bei Art. 9 Abs. 3 GG um ein Freiheitsrecht handelt, das nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts<sup>34</sup> ein staatsfernes Koalitionsrecht gewährleistet und deshalb den Arbeitskampfparteien die Wahl der Mittel selbst überlässt. Damit sei, so das Bundesarbeitsgericht, jegliche Reglementierung des Arbeitskampfrechts eine Beschränkung der durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Betätigungsfreiheit, die ihrerseits einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfe.<sup>35</sup> Diese Prüfung unternimmt das Bundesarbeitsgericht in Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäbe. So führt das Bundesarbeitsgericht aus, der Unterstützungstreik sei nur dann zu untersagen, wenn er zur Unterstützung des Hauptarbeitskampfes offensichtlich ungeeignet, nicht erforderlich und unter Berücksichtigung der schützenswerten Interessen Dritter unangemessen sei.<sup>36</sup> Die Drittbetref-

---

<sup>32</sup> Vgl. die Feststellungen zu Franzen/Thüsing/Walddhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 23.

<sup>33</sup> BAG 19.07.2007 – 1 AZR 396/06.

<sup>34</sup> BVerfG 10.09.2004 – 1 BvR 1191/03.

<sup>35</sup> BAG 19.06.2007 – 1 AZR 396/06 Rn. 19

<sup>36</sup> BAG 19.06.2007 – 1 AZR 396/06 Rn. 32.



fenheit ist im Rahmen des rechtlichen Prüfungskonzepts ein Abwägungskriterium. Die Angemessenheitsprüfung ist der Ort für eine Berücksichtigung konfligierender Grundrechtspositionen Dritter.<sup>37</sup>

Das Bundesarbeitsgericht hat diesen dogmatischen Ansatz der Drittbetroffenheit für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb entwickelt. Höchststrichterliche Entscheidungen zur Drittbetroffenheit von Grundrechtsträgern, die die allgemeine Handlungsfreiheit – Art. 2 Abs. 1 GG – oder die Berufsausübungsfreiheit – Art. 12 Abs. 1 GG – betreffen, etwa bei Streiks im Verkehrssektor oder ganz allgemein im Bereich der Daseinsvorsorge<sup>38</sup>, liegen noch nicht vor.<sup>39</sup>

Doch liegt es nahe, auch in diesem Bereich eine unzulässige Drittwirkung dann anzunehmen, wenn Dritte nicht nur reflexartig durch den Streik berührt, sondern zur eigentlichen Zielgruppe des Streiks werden. Diese Konstellation ist insbesondere im Bereich des Personennahverkehrs und in anderen Bereichen der kritischen Infrastruktur denkbar, aber auch darüber hinaus in anderen Wirtschaftsbereichen vorstellbar.<sup>40</sup>

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat das Arbeitskampfrecht in weiten Bereichen ausgeformt, ohne bisher spezifische Grundsätze für den Bereich der Daseinsvorsorge oder die kritische Infrastruktur entwickelt zu haben. Eine stets passende Formel zur Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen gibt es nicht.<sup>41</sup> Gleichwohl ist es der Rechtsprechung gelungen, Rechtsgrundsätze zu erarbeiten, die es in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erlauben, die Rechtmäßigkeit von Streiks zu beurteilen, auch im Bereich der kritischen Infrastruktur oder der Daseinsvorsorge.

Das Bundesarbeitsgericht sieht die herausragende Bedeutung des in Art. 9 Abs. 3 GG verankerten Freiheitsrechts für den sozialen Frieden in unserer Gesellschaft. Als „Ersatzgesetzgeber“ muss es sich in richterlicher

---

<sup>37</sup> Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 218.

<sup>38</sup> Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 218.

<sup>39</sup> Vgl. zur Instanzrechtsprechung Bayreuther NZA 2008, 12, 13 mit dem Hinweis auf ArbG Nürnberg, 08.08.2007, 13 Ga 65/07; ferner dazu, dass eine Betroffenheit der Art. 2 Abs. 1 u. 2, 5 Abs. 1 u.3, 6, 7 Abs. 1, 12 GG betroffen sein könnten, Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 233

<sup>40</sup> Bayreuther, NZA 2008, 12, 14.

<sup>41</sup> Treber, FS Schmidt, S. 595, 607.



Zurückhaltung üben und die Konfliktlösung auf das durch Art. 9 Abs. 3 GG unerlässliche Maß beschränken.<sup>42</sup> Will man die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf einen Punkt bringen, lässt sich das wie folgt sagen: In dubio pro libertate<sup>43</sup>.

Der Gesetzgeber wird unter Beachtung verfassungsrechtlicher Vorgaben im Rahmen der ihm zustehenden Einschätzungsprärogative anders vorgehen können, muss sich dann allerdings auch bewusst sein, dass seine gesetzgeberischen Maßnahmen das Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG einschränken und dies letztlich politisch zu verantworten ist.

Zu den im Antrag der Fraktion der FDP im Einzelnen angesprochenen Maßnahmen:

### **(1) Notdienst und Minimalversorgung**

Es entspricht überwiegender Meinung, dass je nach Schwere der zu befürchtenden Streikschäden fehlende Notdienste dazu führen können, dass der Streik insgesamt unzulässig wird.<sup>44</sup> Gelingt es den arbeitskampfführenden Parteien nicht, einen Notstandsvereinbarung herbeizuführen, werden die Arbeitsgerichte gehalten sein, dies im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens vorzugeben und eine Notdienstregelung festzulegen.<sup>45</sup> Auch ein Versorgungsminimum darf nicht unterschritten werden, ohne den Streik unverhältnismäßig zu machen.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Greiner, Das arbeitskampfrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, HSI-Schriftenreihe, Bd. 25, 2018, S. 46.

<sup>43</sup> Fischer, RdA 2009, 289, 296;

<sup>44</sup> Bayreuther, Lehren aus den Lokführerstreikentscheidungen des LAG Hessen für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht, NZA 2024, 649, 652; Frieling/Jacobs/Krois-Jacobs, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn 199.

<sup>45</sup> LAG Hamm 13.07.2015 - 12 SaGa 21/15, Rn. 28.

<sup>46</sup> Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 249.



## (2) Obligatorischer Schlichtungsversuch

Die überwiegende Zahl kollektiver Konflikte wird ohne Arbeitskampfmaßnahmen gelöst. Die Koalitionen wünschen den friedlichen Konflikt, um (eigene) Kosten und Schadensfolgen zu vermeiden.<sup>47</sup> Häufig vereinbaren die Tarifvertragsparteien Lösungsmechanismen, die im Vorfeld eines Arbeitskampfes zu beschreiten sind. Dazu gehören Abkommen, die die Beteiligung neutraler Personen zur Schlichtung des Konflikts vorsehen. Dabei kennen Schlichtungsabkommen unterschiedlich starke Ausprägungen, so die Einschaltung des Schlichters im Belieben der Koalitionen, den Schlichtungszwang, der vorsieht, dass wenigstens ein Schlichtungsversuch zu unternehmen ist, bevor Arbeitskampfmaßnahmen ergriffen werden, und auch eine Zwangsschlichtung, bei der am Ende eine verbindliche Schlichtung steht, der sich die Parteien unterworfen haben.<sup>48</sup>

Die hohe Zahl an freiwilligen Vereinbarungen zwischen den den Prinzipien der deutschen Sozialpartnerschaft folgenden Arbeitskampfparteien belegt, dass das Schlichtungsverfahren als ein Stück „Arbeitskampfkultur“ begriffen wird und sich etabliert hat. Und es ist ganz sicher richtig, dass ein Güteversuch häufig – auch dann, wenn dies die Parteien angesichts der Tiefe ihres Konflikts selbst nicht mehr glauben – zu einvernehmlichen Ergebnissen führt. Versteht man die Zivilprozessordnung als „geronnenes Erfahrungswissen“, so spiegelt sich dieser Erfahrungssatz für einen Richter in § 278 ZPO wider, wonach das Gericht als am Streit unbeteiligter Dritter in jeder Phase des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung hinwirken soll. Letztlich wird auch ein obligatorisches Schlichtungsverfahren als im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips erforderliches Mittel verstanden werden können, um einen Streik im Bereich der Daseinsvorsorge (und möglicherweise der kritischen Infrastruktur insgesamt) rechtmäßig erscheinen zu lassen.<sup>49</sup>

Ein obligatorischer Schlichtungsversuch mag sinnvoll sein, wenngleich der Erfolg solcher Schlichtungsverfahren auch nicht überschätzt werden

---

<sup>47</sup> So Linsenmeier in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl. 2024, Art. 9 GG Rn. 283.

<sup>48</sup> Vgl. ErfKom-Linsenmeier, Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 284.

<sup>49</sup> Vgl. zur Darstellung des Meinungsstand Frieling/Jacobs/Kreis-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 230. Siehe ferner zur früheren Rechtsprechung, die ein Schlichtungsverfahren als erforderlich ansah, BAG 21.04.1972 – GS 1/68, sowie die dies aufgebende Entscheidung des BAG vom 17.12.1976, 1 AZR 605/75.



darf.<sup>50</sup> Nur: Wenn dies in vielen Wirtschaftsbereichen auf freiwilliger Basis ohnehin bereits heute Realität ist, warum soll dies gesetzlich nun für den Bereich der Daseinsvorsorge und kritischen Infrastruktur geregelt werden und für andere Wirtschaftsbereiche nicht?

### **(3) Ankündigungsfristen**

Ankündigungsfristen, die für den Bereich der kritischen Infrastruktur nun mit der Gesetzesinitiative gefordert werden, mildern die Drittbetroffenheit, weil sich mittelbar betroffene Menschen auf die Folgen einstellen und betroffene Arbeitgeber Maßnahmen zur Abwendung der Streikfolgen treffen können. Bereits heute finden sich arbeits- und landesarbeitsgerichtliche Entscheidungen, die sich mit der Frage befassen, ob Ankündigungsfristen erforderlich sind.<sup>51</sup> Fehlende oder unangemessen kurze Ankündigungsfristen bei Streiks mit starker Drittbetroffenheit können aus richterlicher Perspektive schon heute zur Unverhältnismäßigkeit eines Streiks führen, wenn auch eine höchstrichterliche Entscheidung noch fehlt. Im Einzelfall werden die Arbeitsgerichte – auch unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Bedeutung der daseinsvorsorgenden Leistung – im Rahmen der Angemessenheitsprüfung Streiks ohne Ankündigungsfristen für unverhältnismäßig halten können.<sup>52</sup>

#### **d) Zweites Zwischenfazit**

Es liegt auf der Hand, dass die Betroffenheit der mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechte Dritter im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung von Arbeitskampfmaßnahmen, der Beachtung des Paritätsgrundsatzes oder aber einer Berücksichtigung widerstreitender Grundrechtspositionen, die im Wege der praktischen Konkordanz abzuwägen sind, Platz hat. Dies betrifft insbesondere Arbeitskampfmaßnahmen im Bereich der

---

<sup>50</sup> Vgl. Bayreuther NZA 2008, 12, 16 f unter Hinweis auf einen nicht gelungenen Mediationsversuch zwischen Bahn und GdL im August 2007; ferner Reinfelder in: Däubler, Arbeitskampfrecht, 4. Aufl. 2018, § 15 Rn. 32.

<sup>51</sup> Nachweise bei Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 277.

<sup>52</sup> Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 279 f. Vgl. ferner LAG Berlin-Brandenburg 14.08.2012 – 22 SaGa 1131/12.



Daseinsvorsorge und den Wirtschaftsfeldern der weiteren kritischen Infrastruktur. Dass dies zu geschehen hat, dürfte keinen Zweifeln unterliegen. Das „Wie“ ist nach wie vor höchstrichterliche ungeklärt.<sup>53</sup>

Natürlich wird das Bundesarbeitsgericht bei Vorlage eines geeigneten Falles seiner Justizgewährungsverpflichtung nachkommen und das Arbeitskampfrecht insoweit mit Blick auf das vom „Ersatzgesetzgeber“ bisher geschaffene Arbeitskampfrecht richterrechtlich fortentwickeln.

Richterrechtlich werden Vorgaben zur Notversorgung, zu Ankündigungsfristen und zu Schlichtungsversuchen allerdings nur auf das im Lichte des Art. 9 Abs. 3 GG erforderliche Minimum zu reduzieren sein. So werden etwa Vorgaben zu einem Minimalservice allenfalls vom Gesetzgeber festgelegt werden können.<sup>54</sup>

## **5. Verfahrensrechtliche Stärkung des „Ersatzgesetzgebers“**

Mehrfach ist in diesem Bericht ausgeführt worden, dass das Bundesarbeitsgericht die Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht erfolgreich und gleichermaßen behutsam sowie unter Herausarbeitung dogmatischer Prinzipien fortentwickelt hat – und dies auch künftig tun wird. Allerdings kommt das Bundesarbeitsgericht aus verfahrensrechtlichen Gründen häufig nicht ins Spiel, wenn über Fragen der Verhältnismäßigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme zu entscheiden ist.

So wird über die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen ganz überwiegend von den Instanzgerichten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach den §§ 62 Abs. 2 S. 1 ArbGG i.V.m. § 937 Abs. 1 ZPO entschieden.<sup>55</sup> Dabei legen die Arbeitsgerichte meist den Prüfungsmaßstab der offensichtlichen Rechtswidrigkeit an, wenngleich diese durchaus kritisiert

---

<sup>53</sup> Franzen/Thüsing/Walddhoff, Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge, 2012, S. 25; Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 218.

<sup>54</sup> Bayreuther NZA 2024, 649, 652 unter Verweis auf den Begriff „service minimum“, den das französische Streikrecht kennt. Vgl. ferner zur Darstellung verfassungsrechtlicher Bedenken gegen streikeinschränkende Maßnahmen im Bereich der Daseinsvorsorge Frieling/Jacobs/Krois-Münder, Arbeitskampfrecht, § 4 Rn. 301.

<sup>55</sup> Bayreuther, Lehren aus den Lokführerentscheidungen des LAG Hessen für das Koalitions- und Arbeitskampfrecht, NZA 2024, 649; Fischer, RdA 2009, 287, 209.



wird.<sup>56</sup> Schwierige oder komplexe, möglicherweise tatsachenintensive Rechtsfragen können dort nicht entschieden werden.<sup>57</sup>

In Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist das Bundesarbeitsgericht nicht zur (Letzt-) Entscheidung aufgerufen. So kann das Bundesarbeitsgericht verfahrensrechtlich über Streitigkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes nicht entscheiden, weil gegen Urteile der Landesarbeitsgerichte, durch die über eine einstweilige Verfügung entschieden wird, die Revision nicht zulässig ist, § 72 Abs. 4 ArbGG. So endet der Rechtszug bei den Landesarbeitsgerichten. Das Bundesarbeitsgericht ist nur dann zur Entscheidung berufen, wenn im Zusammenhang mit Streikmaßnahmen Hauptsacheverfahren geführt werden, etwa über Schadensersatzansprüche der bestreikten Arbeitgeber.

Wenn auch die arbeitsgerichtliche Instanzrechtsprechung Fachlichkeit garantiert, ist der verfahrensrechtlich bedingte Entzug wesentlicher Rechtsfragen des Arbeitskampfes aus der Entscheidungsgewalt des Bundesarbeitsgerichts, das ja seit vielen Jahren als maßgeblicher „Ersatzgesetzgeber“ tätig wird und diese Rolle – vermutlich – noch viele Jahre wird einnehmen müssen, ein ganz entscheidender Nachteil. Denn nur das Bundesarbeitsgericht kann als Bundesgericht dem ihm obliegenden Auftrag nachkommen, für eine bundeseinheitliche Rechtsprechung zu sorgen.<sup>58</sup>

Für den Bereich des Arbeitskampfes muss man demgemäß festhalten, dass der Bundesgesetzgeber seiner Verpflichtung, dieses wichtige Rechtsgebiet zu kodifizieren, nicht nachkommt, ferner die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Arbeitsgerichtsgesetzes dem berufenen „Ersatzgeber“ häufig nicht die Gelegenheit gibt, das richterrechtlich dominierte Rechtsgebiet fortzuentwickeln.

---

<sup>56</sup> Vgl. dazu Bayreuther NZA 2024, 649, 655: Rechtsfragen müssen auch im einstweiligen Verfügungsverfahren entschieden werden; lediglich die Frage der Koalitionseigenschaft oder die Tariffähigkeit der kampfführenden Gewerkschaft könne angesichts des insoweit vorgesehenen besonderen gerichtlichen Beschlussverfahrens nach den §§ 97, 2a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG auf „Offensichtlichkeit“ geprüft werden.

<sup>57</sup> Vgl. Bayreuther, NZA 2024, 649.

<sup>58</sup> S. § 45 Abs. 4 ArbGG, ferner Fischer, RdA 2009, 287, 294.



Dies wird bereits seit längerer Zeit kritisiert.<sup>59</sup> Der Gesetzgeber könnte in Erwägung ziehen, in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in arbeitskampfbezogenen Rechtsstreitigkeiten eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Landesarbeitsgerichte einzuführen, wie es auch seitens der Anwaltschaft vorgeschlagen wird.<sup>60</sup> Das wäre auch kein Novum. Eine solche erstinstanzliche Zuständigkeit der Landesarbeitsgerichte kennt das Arbeitsgerichtsgesetz derzeit für Entscheidungen über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer Vereinigung, § 97 Abs. 2 ArbGG, und für Entscheidungen über die Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung, § 98 Abs. 2 ArbGG. Das Bundesarbeitsgericht ist in diesen Fällen als Rechtsbeschwerdegericht nach den §§ 92 ff ArbGG zuständig, §§ 97 Abs. 2a S. 1, 98 Abs. 3 S. 1 ArbGG.

Würde der Gesetzgeber zugleich eine gesonderte Norm zur örtliche Zuständigkeit für Arbeitskämpfe festlegen und dafür an den Hauptverwaltungssitz der Koalitionen anknüpfen,<sup>61</sup> würden weitere verfahrensrechtliche Unsicherheiten beseitigt und ein rasches, konzentriertes Arbeiten der Gerichte ermöglicht.

## 6. Schlussfolgerung

Der Auftrag an den Gesetzgeber muss aus der Perspektive eines Richters und Gerichtspräsidenten also lauten, das Arbeitskampfrecht entweder in sich geschlossen zu regeln – oder aber in seiner Ausgestaltung dem „Ersatzgeber“ zu überlassen, dann aber bitte auch vollständig.

Der Vorschlag der Fraktion der FDP führte zu einer Gesetzesinitiative, die hinter einer vollständigen Regelung des Arbeitskampfrechts zurückbliebe. Der Vorschlag muss sich deshalb entgegenhalten lassen, dass er ein wichtiges und in besonderer Weise politisches Rechtsgebiet nur fragmentarisch regelt.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Vgl. Fischer, RdA 2009, 287, 291.

<sup>60</sup> DAV Stellungnahme Nr. 3/2008 (Januar 2008), S. 7, dies unter Hinweis auf einen Entschließungsantrag des Landes Baden-Württemberg, BR-Drucksache 799/07.

<sup>61</sup> S. DAV Stellungnahme Nr. 3/2008 (Januar 2008), S. 6.

<sup>62</sup> So müsste eine umfassende Regelung zum Arbeitskampfrecht u.a. folgende Punkte regeln: Umfang von Streikzielen, Kampfparität, Handhabung des Übermaßverbots, Ausgestaltung des Ultima-ratio-Prinzips, Durchführung des Arbeitskampfes an sich (Urabstimmung, Organisations- und Überwachungspflichten, Erhaltungsarbeiten,



Das ist ein Vorwurf, der dem deutschen Arbeitsrecht insgesamt gemacht werden muss. Bekanntermaßen fehlt ein „Deutsches Arbeitsgesetzbuch“, obwohl danach immer wieder gerufen wird und eine nach wie vor unerfüllte Selbstverpflichtung des gesamtdeutschen Gesetzgebers nach Art. 30 Abs. 1 Ziff. 1 EinigV besteht, das Arbeitsvertragsrecht „möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren“.<sup>63</sup>

Würde es dem deutschen Gesetzgeber gelingen, im Arbeitskampfrecht ein in sich geschlossenes „Arbeitskampfgesetz“ zu schaffen und täte er dies schlicht dadurch, die (wenigen) verstreuten gesetzlichen Regelungen systematisch zusammenzufassen und Grundsätze gefestigter Rechtsprechung – also des „Ersatzgesetzgebers“ – aufzuschreiben, wäre viel gelungen: Die Rechtslage wäre übersichtlich, Intransparenzen wären abgeschafft, Regelungslücken geschlossen<sup>64</sup> und die politische Verantwortung von demjenigen übernommen, der nach Art. 20 Abs. 2 S.2 GG dazu berufen ist.

Die mit dem Vorhaben der Fraktion der FDP anzustoßende Gesetzgebungsinitiative würde bewirken, dass in einem ohnehin ungeregelten Bereich lediglich einzelne Fragen gesetzlich geklärt würden, ohne Grundsätze vorzugeben und einer dogmatischen Lösung zuzuführen, die eine in sich geschlossene rechtliche Bewertung des Arbeitskampfrechts möglich machte. Offene Fragen blieben und neue Regelungsbedürfnisse entstünden. Damit einher gingen unerwünschte Folgen in anderen Politikfeldern.

Dies lässt besorgen, dass die gesetzliche Festlegung einzelner Problemlagen auf ein sich stets änderndes und sich fortentwickelndes Arbeitskampfrecht stoßen und eben in diesen Bereichen keine Fortentwicklung

---

Notstandsarbeiten), Zulässigkeit von Aussperrungen, Warnstreiks, Ankündigungsfristen, Ablauf des Schlichtungsverfahrens, Beschränkung etwaiger Schadensersatzansprüche, vgl. Birk/Konzen/Löwisch/Raiser, Gesetz zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte, Entwurf und Begründung, Tübingen 1988. Jeder einzelne Punkt ist hochpolitisch. Alle greifen ineinander.

<sup>63</sup> Vgl. Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, 28. Aufl. 2024, Stichwort „Arbeitsgesetzbuch“, ferner Fischer RdA 2009, 287, 297.

<sup>64</sup> Vgl. zur Forderung nach einem Arbeitsvertragsgesetz und zu den Vorteilen eines solchen Vorhabens Wroblewski, Sachstand Arbeitsvertragsgesetz, NZA 2008, 622, 623, insbes. zum sog. Preis-Henssler-Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, ferner Heitmann, Arbeitsrecht im Systemwandel, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit - FS zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbands, S. 31, 36.



ermöglichen würde, sondern unflexibel bliebe.<sup>65</sup> Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung als „Ersatzgesetzgeber“, deren Aufgabe nach wie vor darin bestünde, das in weiten Teilen unregelmäßig geordnete Recht des Arbeitskampfrechts fortzuentwickeln, müsste mit diesem unfertigen Zustand leben.

Gelingen kann ein gutes, funktionierendes Arbeitskampfrecht aber nur, wenn seine rechtliche Ausgestaltung so vorgenommen wird, dass Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände als Parteien des Arbeitskampfes in die Lage versetzt werden, auf wirtschaftliche und gesellschaftliche Veränderungen angemessen zu reagieren.<sup>66</sup> Will der Gesetzgeber diese gesellschaftspolitische Aufgabe nach wie vor nicht aufgreifen, sollte er davon absehen, nur Einzelfragen einer Regelung zuzuführen.

Art. 9 Abs. 3 GG ist eines der wichtigsten Freiheitsrechte des Grundgesetzes. Im Zweifel muss es deshalb heißen, dem Freiheitsrecht und der Sozialpartnerschaft Vorrang einzuräumen.<sup>67</sup> Dem entspricht das bisherige, streng am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierte Vorgehen der Rechtsprechung. Ein nur fragmentarisch geregeltes Arbeitskampfrecht könnte mehr schaden als nutzen.<sup>68</sup>

Mit wenigen verfahrensrechtlichen Änderungen im Arbeitsgerichtsgesetz könnte erreicht werden, die besonders bedeutsamen rechtlichen Arbeitskampfauseinandersetzungen einer Letztentscheidung des Bundesarbeitsgerichts zuzuführen, das so die Gelegenheit erhalten würde, seine rechtsvereinheitlichende Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht zu intensivieren.

Hamm, 12. Juni 2024

Dr. Holger Schrade  
Präsident des Landesarbeitsgerichts

---

<sup>65</sup> Zum Erfordernis ausreichender Flexibilität und Offenheit eines „Arbeitskampfgesetzes“ Rheder/Deinert/Callsen/Dietrich, Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Zur arbeitskampfrechtlichen Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und zu den verfassungs- und völkerrechtlichen Grenzen arbeitskampfrechtlicher Rechtsfortbildung, S. 37.

<sup>66</sup> Linsenmeier, FS Ingrid Schmidt, 2021, S. 297, 299.

<sup>67</sup> Fischer, RdA 2009, 289, 296; In dubio pro libertate.

<sup>68</sup> So wohl auch Jacobs, ZRP 2024, 62.