

**ULRIKE WENDELING-SCHRÖDER**

# **STREIK UND DASEINSVORSORGE**

## **ZEHN THESEN UND EIN RESÜMEE**

**1. Die Tarifautonomie ist ein konstitutives Element des deutschen Systems der Arbeitsbeziehungen. Sie wird durch das Grundrecht des Art. 9 III GG geschützt. Zu diesem Schutz gehört auch der Schutz der Arbeitskampffreiheit. Tarifverhandlungen ohne Streikrecht wären kollektives Betteln.**

Das Grundgesetz geht in Art. 9 III davon aus, dass die Arbeitsbedingungen im Kern autonom ausgehandelt, nicht staatlich vorgeschrieben werden sollen. Wegen der strukturellen Ungleichgewichtigkeit der Verhandlungspartner auf der Ebene des individuellen Arbeitsvertrages wird die Möglichkeit eröffnet, dass die Arbeitnehmer durch den freiwilligen Zusammenschluss in Gewerkschaften zu einer gleichgewichtigen Aushandlung von Mindestarbeitsbedingungen kommen: die Privatautonomie wird in der Form der Kollektivautonomie verwirklicht. Das Prinzip der freien sozialen Gruppenbildung ist, wie das Bundesverfassungsgericht betont, konstituierend für die demokratische und rechtsstaatliche Ordnung der Bundesrepublik.

Die demokratischen Strukturen bei der Bildung der Tarifforderungen und die Notwendigkeit, auf die aktive Solidarität der Mitglieder und möglichst auch der Außenseiter bauen zu können, legitimieren die Verbandsentscheidungen; das vertragstypische Austarieren gegensätzlicher Interessen rechtfertigt die Verhandlungsergebnisse (Richtigkeitsgewähr oder besser Richtigkeitschance). Deren Stabilität gewährleistet die Friedenspflicht. Diese Grundstruktur wird durch das Prinzip der zwingenden Wirkung der normativen Regeln des Tarifvertrags und durch den Ausschluss des individuellen Verzichts auf entstandene tarifliche Rechte gesichert.

Ebenso geschützt wie der Tarifvertrag selbst ist auch der Arbeitskampf, denn zur Verhandlungsfähigkeit in Bezug auf einen solchen Vertrag gehört die Möglichkeit, effektiven Druck auf die Gegenseite auszuüben. Tarifverhandlungen ohne Druckmittel zugunsten derjenigen Koalition, die Veränderungen anstrebt, wäre «kollektives Betteln», wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) in Anknüpfung an Roger Blanpain seit 1980 immer wieder zu Recht festgestellt hat. In der neuesten Entscheidung des Gerichts zum Thema Streik in kirchlichen Einrichtungen (BAG 20.11.2012, 1 AZR 611/11) heißt es zur Funktion des Streiks wörtlich:

*«Ein fairer und angemessener Ausgleich widerstreitender Arbeitsvertragsinteressen im Wege kollektiver Verhandlungen verlangt aber nach annähernd gleicher Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft ... Diese lassen sich weder formal und situationsungebunden feststellen noch normativ anordnen ... Im System der Tarifautonomie werden sie durch die Androhung oder den Einsatz von Kampfmaßnahmen gesichert.»*

**2. Die Ausübung der Streikfreiheit gemäß Art. 9 III GG greift regelmäßig in ebenfalls grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des Kampfgegners und von Dritten ein. Das Streikrecht und die Gegenrechte sind nach dem Prinzip der «praktischen Konkordanz» einander zuzuordnen und abzuwägen. Deshalb sind nur diejenigen Streiks gerechtfertigt, die verhältnismäßig sind. Verhältnismäßig sind die Kampfmittel, die geeignet, erforderlich und – bezogen auf das Kampfziel – angemessen sind.**

Die kämpfenden Koalitionen haben in Bezug auf Eignung und Erforderlichkeit eine Einschätzungsprerogative, das Merkmal der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) erfordert eine rechtliche Abwägung und wird objektiv bestimmt (letztlich durch die Gerichte). Da es – wie dargelegt – ein typisches Merkmal des Arbeitskampfes ist, dem Verhandlungsgegner wirtschaftliche Nachteile anzudrohen und die Drohung gegebenenfalls wahrzumachen, ist ein Kampfmittel erst dann unverhältnismäßig, wenn es sich auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes als unangemessene Beeinträchtigung gegenläufiger, verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen darstellt. Genauer: Die Tatsache, dass ein Streik die Interessen und Rechte anderer tangiert, ist im Regelfall hinzunehmen. Erst bei einer schweren Beeinträchtigung geschützter Rechtsgüter anderer ist eine Beschränkung des Streiks gerechtfertigt.

3. Dasselbe gilt auch im Bereich der Daseinsvorsorge. Das Besondere an einem Arbeitskampf im Bereich der Daseinsvorsorge besteht darin, dass die Streiks nicht nur die bestreikten Unternehmen selbst, sondern auch eine Vielzahl von Dritten, nämlich zum einen die Unternehmen, die auf die bestreikte Dienstleistung oder die bestreikten Güter angewiesen sind, zum anderen aber auch die einzelnen Bürger als Kunden/Patienten etc. treffen. Das können – wie etwa bei einem Bahnstreik – sehr viele Menschen sein. Allein aus der Drittbetroffenheit lässt sich aber keine Legitimation für eine Einschränkung des Streikrechts ableiten. Dementsprechend sagt das LAG Hessen in einer Entscheidung aus dem vergangenen Jahr (LAG Hessen vom 7.11.2014, 9 SaGa 1496/14, Rn. 260 ff. m.w.N.) wörtlich:

*«Allerdings entspricht es mittlerweile gefestigter Rechtsprechung, dass auch ein Streik in einem Unternehmen der Daseinsvorsorge nicht von vornherein unzulässig sein kann (vgl. zuletzt Hess. LAG 20. Oktober 2014 – 9 Ta 573/14 – n.v. für den Flugverkehr; ausführlich hierzu auch Hess. LAG 5. Dezember 2013 – 9 Sa 592/13 – Rn. 140 m.w.N., Juris [Revision eingelegt unter 1 AZR 160/14]; LAG Baden-Württemberg 31. März – 2 SaGa 1/09 – Rn. 55, NZA 2009, 631 für Fluglotsen; Hess. LAG 2. Mai 2003 – 9 SaGa 637/03 – Juris, Juris; LAG Sachsen 2. November 2007 – 7 SaGa 19/07 – Rn. 171 ff., NZA 2008, 59 für Lokomotivführer).»*

**Die Grenzen des Streikrechts werden damit – unabhängig vom Bereich, in dem ein Streik stattfindet - nicht abstrakt/generell, sondern einzelfallbezogen/konkret bestimmt.**

Maßgeblich ist der Ausgleich zwischen dem Streikrecht auf der einen Seite und den entgegenstehenden Rechten der Streikbetroffenen auf der anderen Seite. Der Nachteil einer solchen Betrachtungsweise besteht zwar darin, dass eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht (Wie werden die Gerichte die jeweilige Situation beurteilen?), der Vorteil besteht aber in der Flexibilität der Betrachtungsweise und dem Bezug auf die jeweilige Situation. Und vor allem: die Autonomie der Kampfparteien wird so weniger tangiert als bei einem allgemein-abstrakten Regelwerk.

**Beispiel Bahnstreik:** Hier hat die Intensität der letzten Auseinandersetzungen viel damit zu tun, dass sich die Bahn kategorisch einer Verhandlung mit der GDL über die Arbeitsbedingungen der Zugbegleiter verweigerte, weil sie keine Tarifpluralität wollte. Bei einer rechtlichen Betrachtung nach dem aktuellen Modell der einzelfall- und situationsbezogenen Betrachtung ist dieser Fakt berücksichtigungsfähig (Stichwort: auf einen groben Klotz gehört ein grober Keil).

**Beispiel Streik der Müllwerker:** Hier kommt es für eventuelle Gesundheitsrisiken liegenbleibenden Mülls z. B. darauf an, welches Wetter herrscht (Sommer oder Winter), wieviel Müll anfällt (Mietshäuser in der Großstadt oder ländliche Strukturen) und wie lange der Müll liegenbleibt etc.

**Beispiel Streik im Blutspendendienst:** Hier kommt es darauf an, wie viele Blutreserven noch bestehen und ob besondere Bedarfe absehbar sind.

**4. Unter dem Titel «Für ein modernes Streikrecht» hat der Parteivorstand der CSU am 26. Januar 2015 Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung des Schlichtungs- und Streikrechts im Bereich der Daseinsvorsorge vorgelegt. Explizites Ziel ist die Einschränkung der Arbeitskampffreiheit im gesamten Bereich der Daseinsvorsorge.**

Auch wenn es unwahrscheinlich ist, dass diese Überlegungen demnächst aufgegriffen werden und die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Tarifeinheit vom 20.2.2015 (BT-Drucks. 18/4062) sie in der Begründung ablehnen, sind sie doch rechtspolitisch von Bedeutung. Sie greifen ein Unbehagen in der Bevölkerung wegen der Bahn- und Flugverkehrsstreiks auf und verbinden dies mit einer allgemeinen rechtspolitischen und allgemeinpolitischen Tendenz zur Einschränkung des Streikrechts.

Das Streikrecht soll nach dem Text «im Bereich der Daseinsvorsorge den Anforderungen einer vernetzten Lebenswirklichkeit» angepasst werden. Inhaltlich orientieren sich die Vorschläge an dem Entwurf «Arbeitskampf in der Daseinsvorsorge», der 2012 von den Professoren Franzen, Thüsing und Waldhoff im Auftrag der Carl Friedrich von Weizsäcker-Stiftung vorgelegt worden war.

Außerhalb der «Daseinsvorsorge» werden keine Forderungen dieser Art erhoben. Insofern unterscheidet sich der «neue» Professorenentwurf vom Professorenentwurf von 1988, der von Birk, Konzen, Löwisch, Raiser und Seiter vorgelegt worden war. Natürlich kann jeder Schritt zur Vorab-Einschränkung für ein Segment der Gesellschaft auch als ein erster Schritt zu einer allgemeinen gesetzlichen Regelung gesehen werden.

**5. Unter der Daseinsvorsorge wird allgemein die Verantwortlichkeit des Staates für die Versorgung aller mit existenznotwendigen Gütern und Dienstleistungen verstanden.** Die Bedeutung der Daseinsvorsorge für den Einzelnen wie für die Gesellschaft darf nicht unterschätzt werden. Je arbeitsteiliger eine Gesellschaft organisiert ist, umso wichtiger ist die Daseinsvorsorge. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese von der staatlichen/kommunalen Verwaltung selbst erbracht werden oder (unter deren Kontrolle) von Privaten.

Die Daseinsvorsorge ist kein fest umrissener Bereich staatlichen Handelns oder staatlicher Verantwortung. Was zur Daseinsvorsorge gehört, wird je nach der Ebene des staatlichen Handelns und je nach der unterschiedlichen gesellschaftlichen Situation unterschiedlich bestimmt. Zur Daseinsvorsorge/Infrastruktur in diesem Sinne zählen Energie- sowie Wasser- und Abwasserversorgung, Gesundheitsversorgung, Mobilität, Kommunikation, Bildung und Erziehung. Der «Professoren-Entwurf» von 2012 hatte auch Feuerwehr, Bestattung und Entsorgung, Landesverteidigung und innere Sicherheit sowie Versorgung mit Bargeld und Zahlungsverkehr genannt. In der aktuellen Situation in Berlin geht es darum, inwieweit der Bereich Kultur zur Daseinsvorsorge gehört. Der Begriff der Daseinsvorsorge wird in dem CSU-Text ergänzt um den Begriff der «kritischen Infrastrukturen». Explizit genannt werden unter diesem Gesichtspunkt Informationstechnik und Telekommunikation, Energie sowie Transport und Verkehr. Im früheren Professorenentwurf von 1988 waren noch das Fernmeldewesen, Rundfunk und Fernsehen sowie Nahrung und Bestattung in den Mittelpunkt gestellt worden. Insgesamt handelt es sich um einen sehr großen Bereich der Gesellschaft, der ganz unterschiedliche Elemente mit ganz unterschiedlichen Arbeitsbedingungen umfasst.

**6. Die prägenden Inhalte des CSU-Entwurfs für den Bereich der Daseinsvorsorge sind:**

- **Obligatorisches Schlichtungsverfahren vor jedem Streik,**
- **Ankündigungsfrist von vier Werktagen,**
- **Obligatorische Mindestversorgungsvereinbarung = Notdienstvereinbarung und Streikfahrplan vor jedem Arbeitskampf.**

Immerhin wird der im «Professoren-Entwurf» von 2012 enthaltene und zu Recht vielkritisierte § 7 (Streik einer Berufsgruppengewerkschaft) nicht übernommen. Dort war vorgesehen worden, dass Gewerkschaften, die im Tarifgebiet weniger als 15 Prozent der Arbeitsverhältnisse erfassen würden, keine Streiks führen dürfen. Praktisch hätte diese Regelung z. B. den Marburger Bund seiner Streikfähigkeit weitgehend beraubt, weil Ärzte typischerweise diesen Anteil an der Belegschaft eines Krankenhauses nicht erreichen. Die vorgeschlagene Regelung widerspricht evident der Verfassung, denn in Art. 9 III 1 GG heißt es wörtlich: «Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet.»

**7. Eine neue gesetzliche Regelung, die eine streikrechtliche Bereichsausnahme «Daseinsvorsorge» mit entsprechenden generellen Einschränkungen der Arbeitskämpfungsmöglichkeiten enthielte, wäre dysfunktional und verfassungsrechtlich fragwürdig. Es lässt sich nicht belegen, dass die bisherige Praxis unzureichend gewesen wäre, im Gegenteil.**

Selbstverständlich hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, das Streikrecht zu regulieren. Rechtlich zwingend ist dies nicht, weil das Austarieren der Rechte gleichgeordneter Grundrechtsträger auch auf andere Weise erfolgen kann (BVerfG 26.6.1991, AP Nr. 117 zu Art. 9 GG). Eine gesetzliche Regelung ist aber grundsätzlich besser demokratisch legitimiert, als eine richterrechtliche Regelung. Der Grundrechtsschutz aus Art. 9 III GG muss auf jeden Fall gewährleistet sein, der Ausgleich der Rechte darf nicht einseitig erfolgen und er muss die autonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen ermöglichen («praktische Konkordanz»).

Eine gesetzliche Sonderbehandlung der Streikfreiheit in der Daseinsvorsorge stünde zunächst vor dem Problem, dass es sich bei der «Daseinsvorsorge» um keinen rechtssicher abgrenzbaren Bereich handelt. Selbst wenn eine entsprechende Regelung eine Aufzählung der zur Daseinsvorsorge gehörenden Branchen enthielte, entstünden Probleme: Die Bereiche, um die es geht sind viel zu groß und amorph, um rechtlich einheitlich fassbar zu sein.

Eine gesetzliche Sonderbehandlung der Streikfreiheit in der Daseinsvorsorge stünde zudem vor dem Problem, dass die einbezogenen Bereiche in Bezug auf die Intensität ihrer «Gegenrechte» gegen den Streik sehr unterschiedlich sind. An der Spitze der Skala stehen sicher die Rechte auf Leib und Leben, inwieweit heute ein Kernbereich von Rundfunk (Nachrichten) unbedingt kontinuierlich gesichert werden muss, kann man aber in Zweifel ziehen. Eine Bereichsausnahme «Daseinsvorsorge» ist denknotwendig blind für entsprechende Differenzierungen.

Dass die abstrakt-allgemeinen Streikbegrenzungen im CSU-Entwurf unangemessen sind, zeigen auch die einzelnen Vorschläge:

**8. Obligatorisches Schlichtungsverfahren vor jedem Streik:** Begründet wird diese Forderung im CSU-Entwurf von Januar 2015 damit, dass ein Streik immer ultima ratio ist. Deshalb müsse jedem Streik ein Schlichtungsversuch vorangehen. Nach dem Professorenentwurf ist diese Phase streikfrei.

**Ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor jedem Streik würde tief in die Arbeitskämpfautonomie**

eingreifen: die Drohung mit einem Streik wird ineffektiv (der Arbeitgeber weiß, dass ein langes Prozedere durchzuführen ist), verhandlungsbegleitende (Warn-)Streiks gibt es nicht mehr, es entsteht eine automatische «Abkühlphase» nach den Verhandlungen, die die Streikführung erschwert und man kann sich nicht vorstellen, wie das Recht auf einen Solidaritätsstreik verwirklicht werden sollte.

Das ist sachlich nicht überzeugend: Tarifauseinandersetzungen werden zu einer bürokratisierten «unendlichen Geschichte». Vor allem aber: die Regelung begünstigt einseitig die Arbeitgeberseite und verschiebt die Parität im Arbeitskampf erheblich.

Für einen solchen Eingriff in die Arbeitskampffreiheit der Gewerkschaften gibt es keine rechtliche Legitimation. Der flächendeckende und undifferenzierte Automatismus widerspricht Art. 9 III GG. In der Praxis üblich und auch mit Art. 9 III GG vereinbar ist nur eine Schlichtung, die die Tarifvertragsparteien selbst vereinbart haben, nicht eine automatische, gesetzlich aufgezwungene Schlichtung. Noch einmal ein wörtliches Zitat aus der Entscheidung des BAG vom 20.11.2012 (1 AZR 611/11) zum Streik in kirchlichen Einrichtungen, Rn. 56:

*«Allerdings ist eine Zwangsschlichtung zur Vermeidung von Arbeitskämpfen mit der durch Art. 9 III GG gewährleisteten Koalitionsbetätigungsfreiheit unvereinbar. Das gilt jedoch nur für staatlich angeordnete Schlichtungsverfahren (vgl. BVerfG 6. Mai 1964 - 1 BvR 79/62 - zu B III 2 a der Gründe, BVerfGE 18, 18). Es hindert Tarifvertragsparteien nicht daran, sich im Rahmen der ihnen zustehenden Tarifautonomie darauf zu verständigen, dass im Konfliktfall an die Stelle einer Einigung ein Schlichtungsspruch tritt (ErfK/Dieterich 13. Aufl. Art. 9 GG Rn. 286).»*

**9. Zwingende Ankündigungsfrist von vier Tagen:** In der Praxis liegt bisher kein erkennbares Problem von Streiks darin, dass sie nicht (rechtzeitig) angekündigt würden. Die Drohung mit einem Streik ist im deutschen System oft ausreichend, um Verhandlungen (wieder) in Gang zu bringen – also wird mehr angekündigt, als wirklich passiert. Für die Kunden/Nutzer der Dienstleistung ist im Übrigen oft der konkrete Notdienstplan von großem Interesse. Hier darf das Arbeitgeberinteresse an einer Dramatisierung der Lage nicht das Interesse der Bevölkerung etwa an Zugabfahrtszeiten überwiegen.

Eine zwingende Ankündigungsfrist von vier Tagen (nur) gegenüber dem Streikgegner ist typischerweise ein deutlicher Eingriff in die Streikstrategie. Vier Tage geben dem Streikgegner viel Zeit für Gegenmaßnahmen, die den Streik leerlaufen lassen. Dies gilt erst recht, wenn gleichzeitig ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vorgesehen wird, weil sich so die Eingriffe in die Streikfreiheit potenzieren.

Zudem: Eine zwingende Ankündigungsfrist von vier Tagen ist gegenüber der Öffentlichkeit überhaupt nur dann erwägenswert, wenn die betroffenen Personen Ausweichmöglichkeiten haben. In allen anderen Fällen scheidet eine solche Ankündigungsfrist von vornherein als unverhältnismäßige Streikeinschränkung aus.

**10. Eine obligatorische Mindestversorgungsvereinbarung= Notdienstvereinbarung und Streikfahrplan vor jedem Arbeitskampf:** In Bezug auf die Notwendigkeit von Notdienstarbeiten besteht Einigkeit in Rechtsprechung und Arbeitskampfpraxis. Rechtsstreitigkeiten über den Umfang der Notdienstarbeiten sind selten, die Abwägungsparameter sind klar: eine Mindestversorgung muss gewährleistet werden (umso mehr Versorgungssicherung, je mehr Leib und Leben betroffen sind), dadurch darf aber insgesamt die Wirkung des Streiks nicht vereitelt werden. In den noch heute maßgeblichen Arbeitskampfrichtlinien des DGB vom 5. Juni 1974 (abgedruckt in AuR 74, 272) wird betont, dass bei «Arbeitskämpfen in Bereichen der Versorgung der Bevölkerung mit lebensnotwendigen Gütern ... dafür Sorge zu tragen ist, dass eine Notversorgung aufrecht erhalten bleibt». Die Vereinbarung der Notdienstarbeiten wird regelmäßig als «gemeinsame Aufgabe von Arbeitgeber und streikführender Gewerkschaft» gesehen.<sup>1</sup> Mit der Forderung nach einer verpflichtenden Notdienstvereinbarung werden also Probleme bearbeitet, die keine sind. Unrealistisch ist auch die zeitliche Vorgabe: ein Notdienstfahrplan muss flexibel sein, man kann kaum in Vorhinein bestimmen, wie sich ein Streik entwickeln wird.

Entsprechendes gilt für den «Streikfahrplan». Dieser würde im Übrigen dazu zwingen, die Streikstrategie der Gewerkschaften offenzulegen. Das ist weder sinnvoll (die Effektivität des Streiks lebt auch vom Überraschungsmoment) noch rechtmäßig (die Kampfstrategie gehört zum Kernbereich der Arbeitskampfautonomie). Und nicht zuletzt: Welche Rechtsfolgen hätte es denn, wenn der «Streikfahrplan» nicht eingehalten wird? Soll ein Streik, der länger dauert, unzulässig werden?

---

<sup>1</sup> BAG 31.1.1995 – 1 AZR 142/95.

Resümee: Es gibt keinen überzeugenden Sachgrund zugunsten streikbezogener Sonderregeln im Bereich der Daseinsvorsorge. Die vorgeschlagenen Maßnahmen sind schädlich für die Tarifautonomie und widersprechen Art. 9 III GG. Die bisherigen einzelfallbezogen/konkreten Grenzziehungen sind sachgerechter als eine abstrakt/generelle gesetzliche Regelung.

*Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder ist Professorin für Arbeitsrecht, Unternehmens- und Zivilrecht. Schriftliche Fassung ihres Vortrags bei der Fachtagung «Streikrecht-Tarifeinheit-Gewerkschaften» der Rosa-Luxemburg-Stiftung am 13. April 2015 in Erfurt.*