

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXII
Einführung	1
1. Kapitel: Gesellschaft – Streik – Daseinsvorsorge – Perspektive.....	3
<i>A. Fordistische Phase der Bundesrepublik Deutschland.....</i>	<i>3</i>
<i>B. Übergang zum Postfordismus</i>	<i>9</i>
<i>C. Neue Epoche – neue soziale Frage – neue Streiks?.....</i>	<i>35</i>
2. Kapitel: Rechtshistorische Analyse.....	38
<i>A. Streik in den Versorgungsbetrieben</i>	<i>38</i>
<i>B. Streik der Kassenärzte</i>	<i>140</i>
3. Kapitel: Streik und Daseinsvorsorge – theoretische Prämissen	154
<i>A. Streik</i>	<i>154</i>
<i>B. Daseinsvorsorge</i>	<i>169</i>
4. Kapitel: Grenzen des Streikrechts im Bereich der Daseinsvorsorge im arbeitsrechtlichen Sinne	442
<i>A. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Streikrechts</i>	<i>442</i>
<i>B. Eingriff– Ausgestaltung</i>	<i>521</i>
<i>C. Grenzen und Schranken des Streikrechts</i>	<i>569</i>
5. Kapitel: Zusammenfassung und Fazit.....	739
Quellenverzeichnis.....	753
Literaturverzeichnis.....	756
Personenregister	819
Sachregister.....	821

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXII
Einführung	1

1. Kapitel:

Gesellschaft – Streik – Daseinsvorsorge – Perspektive	3
---	---

<i>A. Fordistische Phase der Bundesrepublik Deutschland.....</i>	<i>3</i>
--	----------

I. Streikarme Daseinsvorsorge.....	3
II. „Modell Deutschland“ und Fordismus	4
III. Rezeption und Wirkungen des Fordismus	6
IV. Rolle des Staates	8

<i>B. Übergang zum Postfordismus.....</i>	<i>9</i>
---	----------

I. Änderungen auf der Makroebene	9
II. Gesellschaftliche Desintegrationstendenzen.....	11
1. Soziale Polarisierung	11
2. Empirische Befunde 1 (Soziale Ungleichheit).....	12
3. Empirische Befunde 2 (Ausdünnung des Mittelstands)	14
4. Erklärungsansätze und drohende Schichtung.....	15
5. Referenzfeld Wohnen	16
6. Referenzfeld Schule	18
7. Gefahren für die Demokratie.....	19
III. Auswirkungen in der Ebene Unternehmen – Gesellschaft – Gewerkschaften	20
IV. Veränderung der Arbeitswelt und Gesellschaft	21
1. Auflösung der fordistischen Arbeitsformen und Individualisierung	21
2. Neue Arbeitnehmererfahrung der Hochqualifizierten.....	23
3. Fachkräftemangel?.....	27
4. Arbeitskraftunternehmer	28

5. Spiegelung im gesellschaftlichen Individualisierungsprozess des Postfordismus	29
6. Postindustrielle Gesellschaft	30
V. Folgen für die Daseinsvorsorge.....	30
1. Veränderungen der Darbringungsform.....	30
2. Neue Gefahren für die Versorgung	31
3. Arbeitskämpfungspotential.....	32
<i>C. Neue Epoche – neue soziale Frage – neue Streiks?</i>	35
2. Kapitel: Rechtshistorische Analyse	38
<i>A. Streik in den Versorgungsbetrieben</i>	38
I. Zeit bis zur Industrialisierung	38
1. Referenzgebiet	38
2. Frühform der Daseinsvorsorge	39
3. Daseinsvorsorge als Produkt der Industrialisierung und Massengesellschaft.....	40
4. Arbeitsform vor der Industrialisierung	41
5. Sonderstellung der Gesellen.....	43
II. Frühphase der Industrialisierung	44
1. Bevölkerungswachstum und Daseinsvorsorge.....	44
2. Bevölkerungswachstum und freier Arbeitsmarkt.....	47
3. Verhandlungsimparität und soziale Missstände.....	48
4. Wenige Streiks.....	50
5. Ansätze eines liberaleren staatlichen „Streikregimes“ – § 152 GewO (NB)	52
III. Deutsches Kaiserreich.....	54
1. Geringe Streikzahlen in den Versorgungsbetrieben	54
a) Erstarben der Gewerkschaften sowie Ausbau der Versorgungsbetriebe	54
b) Statistische Schwierigkeiten	55
c) Jahre 1871 bis 1875	56
d) Zeit des Sozialistengesetzes (1878 bis 1890)	56
e) Entwicklung ab 1899	57
2. Ursachen	61
a) Kommunale Betriebe.....	61
b) Beamte und Beamtenstreikverbot	64
(1) Entwicklung des Beamtentums	64
(2) „Selbstverständliches“ Beamtenstreikverbot.....	65
(3) Gesellschaftliche Grundhaltung.....	66

(4) Beschränkung der Vereinigungsfreiheit.....	67
(5) Treuepflicht als Grundlage des Streikverbots	68
(6) Gehorsampflicht als Grundlage des Streikverbots	70
(7) Fremdkörper im öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis	70
(8) Dysfunktionalität einer Beamtenstreik- freiheit im privatrechtlichen Arbeitskampfkontext.....	71
(9) Zwischenergebnis	73
c) Arbeiter des öffentlichen Dienstes	73
(1) Kommunale Versorgungsbetriebe als Gewerbe?.....	74
(2) Anwendbarkeit der gewerberechtlichen Koalitionsfreiheit.....	76
(3) Anerkennung einer Streikfreiheit.....	77
d) Zurückhaltung der Gewerkschaften bzw. Verbände.....	78
(1) Erste internationale Konferenz der Arbeiter öffentlicher Betriebe.....	78
(2) Resolution	79
(3) Zurückhaltung des Gemeindearbeiterverbands	80
(4) Alternative Interessendurchsetzung	80
(5) Privilegierte Stellung in den Kommunalbetrieben.....	81
e) Private Versorgungsbetriebe – streikfeindlicher Kontext.....	82
(1) Restriktives gesellschaftliches Klima.....	82
(2) Staatlicher Schutz von Streikbrechern und Bekämpfung von Streikposten.....	83
f) Staatliche Streikbrecher	84
(1) Aktive Rolle des Staates	84
(2) Blick ins Ausland	85
(3) Vorbehaltener Militäreinsatz	85
3. Legislatorische Initiativen.....	86
a) „Zuchthausvorlage“	86
(1) Geplante Regelungen.....	87
(2) Spezieller Schutz von Versorgungsbetrieben?	87
(3) Antisozialdemokratischer und antigewerkschaftlicher Kontext.....	88
b) Reichsstrafgesetzbuch	89
(1) Reichsstrafgesetzbuch 1871.....	89
(2) Vorentwurf 1909	90
(3) Kommissionsentwurf 1913	92
IV. Weimarer Republik.....	93
1. Staatliche Maßnahmen während der Revolution.....	93
2. Technische Nothilfe	95
a) Umstrittene Einrichtung.....	96
b) Gründung.....	97

c)	Unklare Organisationsform.....	100
d)	Finanzierung und Neutralität	102
e)	Einsatzregeln	103
f)	Einsatz beim Kapp-Lüttwitz-Putsch.....	104
g)	Bewertung	105
3.	„Koalitionsfreiheit“ als Grundlage normativer Streikgrenzen.....	106
4. 1.	Notverordnung 1920	109
5. 2.	Notverordnung 1920	111
6.	Maßnahmen der Freien Gewerkschaften	113
a)	Keine Notstandsarbeiten bei wilden Streiks trotz Grundsatzbeschluss	113
b)	Fehlende Kontrolle über eigene Basis.....	114
c)	Weitere unwirksame Maßnahmen und interne Einigungsschwierigkeiten	115
d)	Strenges Streikreglement	116
e)	Wirkungen.....	117
7.	Staatliche Schlichtung.....	118
a)	Vorarbeiten eines Schlichtungsgesetzes.....	118
b)	Politischer und normativer Hintergrund der Schlichtungsverordnung	119
c)	Regelung	120
d)	Rezeption	121
e)	Bewertung	122
8.	Exekutive Rechtssetzungsprojekte	123
a)	Geplante Regelungen.....	124
b)	Bewertung	125
c)	Nichtumsetzung.....	129
V.	„Drittes Reich“	130
1.	Zerschlagung der Gewerkschaften	130
2.	Kein ausdrückliches (gesetzliches) Streikverbot	132
3.	Geplantes Streikverbot in lebens- oder kriegswichtigen Betrieben	133
a)	Geplante Regelung	134
b)	Bewertung	135
c)	Keine generelle Strafbarkeit des Streiks	135
4.	Kriegsbedingte Sondergesetze	138
VI.	Fazit.....	139
 <i>B. Streik der Kassenärzte.....</i>		140
I.	Stationäre und ambulante medizinische Versorgung	140
II.	Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung	142
III.	Leipziger Verband bzw. Hartmannbund und Ärztestreiks	143
IV.	Reichsversicherungsordnung und Berliner Abkommen.....	144

V.	Ärztestreiks in der Weimarer Republik	145
VI.	Installierung des kollektiven Kassenarztsystems 1931/1932	147
VII.	(Wieder)Errichtung des öffentlich-rechtlichen Kassenarztsystems ...	149
VIII.	Einfachgesetzlicher Verlust des Streikrechts.....	150

3. Kapitel:

Streik und Daseinsvorsorge – theoretische Prämissen	154
---	-----

<i>A. Streik</i>	154
------------------------	-----

I.	Historisch-semantischer Ursprung	155
II.	Kollektive Arbeitseinstellung.....	156
III.	Strukturell-strategische Verhandlungsdisparität	156
	1. Historische Grundlagen der Disparität	156
	2. Fortdauer der Disparität	157
	3. Strategische Machtasymmetrie aufgrund soziologischer Befunde	160
IV.	Abgeleitete funktionale Merkmale	164
	1. Abhängig Beschäftigte	165
	2. Arbeitskampfziel bzgl. kollektiv regelbarer Arbeitsbedingungen	165
	3. Vorübergehende Arbeitseinstellung	165
V.	Suspendierende Wirkung	165
VI.	Zwischenergebnis: Streikdefinition.....	166
VII.	Soziologischer Streikbegriff.....	167
VIII.	„Bummelstreik“	168

<i>B. Daseinsvorsorge</i>	169
---------------------------------	-----

I.	Problematik des Begriffs.....	169
II.	Vorarbeiten	171
	1. Georg Wilhelm Friedrich Hegel	172
	2. Lorenz von Stein.....	173
	3. Karl Jaspers	175
	4. Weitere Rezeptionslinien: Max Weber, Adolph Wagner, Carl Schmitt.....	177
	a) Max Weber	177
	b) Adolph Wagner	177
	c) Carl Schmitt	178
III.	Ernst Forsthoffs Begriff und Konzept der Daseinsvorsorge	178
	1. Herleitung	179
	2. Inhalt	180
	3. Funktion.....	182
	4. Weitere Entwicklung nach 1945.....	182

5. Bewertung.....	184
IV. Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff	186
1. Ablehnung des Rechtsbegriffs.....	186
2. Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff für Leistungsverwaltung	187
3. Dienste von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse	188
4. Rechtsprechung zum Begriff.....	194
a) Stand der Forschung	194
b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	195
c) Abgrenzung zur sozialen Sicherheit und sozialen Gerechtigkeit	196
(1) Ökonomische Not und wirtschaftliche Existenzsicherung.....	197
(2) Soziale Risiken.....	198
(3) Historische Genese des rechtlichen Systems der sozialen Sicherheit.....	198
(4) Soziale Sicherheit als Grundelement des Sozialstaatsgebots.....	200
(5) Funktionales Abgrenzungskriterium	201
(6) Soziale Gerechtigkeit bzw. sozialer Ausgleich	201
(7) Zwischenergebnis	203
d) Begrifflich folgerichtige Umsetzung: Daseinsfür- und -vorsorge (i. w. S.).....	203
e) Folgerungen des Bundesverfassungsgerichts aus der Daseinsvorsorge	206
f) Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	207
g) Schlussfolgerungen.....	208
5. Gesetzgebung zum Begriff der Daseinsvorsorge	208
6. Fazit.....	210
V. Daseinsvorsorge als obligatorische Staatsaufgabe.....	211
1. Staatsaufgaben im Gewährleistungsstaat.....	211
a) Staatsaufgabenlehre	211
b) Formaler Staatsaufgabenbegriff und Allzuständigkeit.....	212
c) Obligatorische Staatsaufgaben	214
d) Formaler Staatsaufgabenbegriff und fakultative Staatsaufgaben.....	216
e) Modell des Gewährleistungsstaats	216
f) Integration des Modells ins System der Staatsaufgaben	219
g) Spezielle Gewährleistungspflichten als Instrument zur Staatsaufgabenbestimmung	220
h) Erfüllungsverantwortung als Instrument zur obligatorischen Staatsaufgabenbestimmung.....	223
(1) Grundsätzliche Indikatoreneigenschaft	223
(2) Verwaltungskompetenzen, Gesetzgebungskompetenzen.....	223

(3) Alleinige Mittel des Staates – ausschließliche Staatsaufgaben.....	228
(4) Staatliches Gewaltmonopol als Indikator von Erfüllungsverantwortung	229
(5) Negative Verfassungsaussagen bzgl. der Erfüllungsverantwortung	231
i) Staatszielbestimmungen als Instrument zur Staatsaufgabenbestimmung.....	231
j) Grundrechte als Instrumente zur Staatsaufgabenbestimmung..	235
(1) Leistungsrechtlicher Gehalt der Grundrechte.....	236
(2) Schutzpflichtengehalt	238
(3) Zwischenergebnis.....	241
(4) Keine Versubjektivierung der obligatorischen Staatsaufgaben.....	242
2. Begriffskonstruktion der Daseinsvorsorge als Staatsaufgabe.....	244
3. Verfassungsrechtliche Pflicht zur Daseinsvorsorge	248
a) Menschenwürde.....	248
b) Sozialstaatsgebot	250
(1) Soziale Sicherheit.....	251
(2) Soziale Gerechtigkeit.....	252
(a) Normative Begründung der Chancengleichheit.....	252
(b) Verankerung der Daseinsvorsorge im realen Moment der Chancengleichheit	253
(3) Primat der Selbstverantwortung.....	254
(4) Einwände.....	254
(5) Zwischenfazit	254
c) Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	255
d) Grundmobilität	257
e) Pressefreiheit	259
f) Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis.....	259
g) Berufsfreiheit.....	261
h) Wohnung.....	267
i) Allgemeine Handlungsfreiheit	269
j) Gesamtschau der Grundrechte	269
k) Eisenbahninfrastruktur und Eisenbahnverkehrsangebote	271
l) Postwesen und Telekommunikation.....	272
m) Wächteramt bzw. Erziehungs- und Bildungsauftrag des Staates	273
n) Förderpflicht für Ehe und Familie.....	275
o) Zwischenergebnis.....	279
p) Modaler Bezugspunkt.....	280
q) Keine Erfüllungsverantwortung	281
(1) Grundrechte.....	282

(a)	Begrenztheit der positiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen	282
(b)	Kein Erfüllungsverbot durch abwehrrechtliche Grundrechtsfunktion	283
(c)	Ausnahme aufgrund der Grundentscheidung für Marktwirtschaft	283
(d)	Zwischenergebnis	286
(2)	Organisations- und Eigentumsbestimmungen des Grundgesetzes	286
(3)	Staatszielbestimmungen	288
(a)	Sozialstaatsprinzip	288
(b)	Spezielle Gewährleistungspflichten	288
(c)	Demokratieprinzip	290
(4)	Gewaltmonopol	290
r)	Folgerung und Ergebnis	291
VI.	Daseinsvorsorge im arbeitskampfrechtlichen Sinn als Bereichsbeschreibung	292
1.	Unterscheidung Staatsaufgabe und spezieller Wirtschaftsbereich	292
2.	Allgemeine bipolare Streikwirkungen	293
3.	Streikwirkungen gegenüber Dritten	294
4.	Kriterien zur Bestimmung der Daseinsvorsorge i. a. S.	295
a)	Auswirkungen bei Dritten	295
b)	Besonderer Grundrechtsbezug	295
(1)	Rechtlicher Bezugspunkt	295
(2)	Grundrechte im Privatrecht	296
(3)	Positiv-rechtliche Grundrechtsfunktion	297
(4)	Zwischenergebnis	297
c)	Angewiesenheit auf bestimmte Leistungen und Güter – Grundbedürfnisse	298
d)	Fehlende Ausweichmöglichkeit bzw. Substituierbarkeit	300
e)	Monopole	301
(1)	Natürliches Monopol	301
(a)	Ökonomische Theorie	301
(b)	Netze	303
(c)	Wettbewerb im und um den Netz-Markt	305
(d)	Leitungsspezifische Angewiesenheit	306
(e)	Umweltbedingungen	307
(2)	Rechtliche Monopole	307
(3)	Faktische Monopole	308
(4)	Oligopole	309
(5)	Zusammenfassung	309
f)	Permanenz der Angewiesenheit	310
g)	Infrastruktur	311

(1) Funktional-charakteristischer Infrastrukturbegriff	311
(2) Streiks in der Infrastruktur.....	312
h) In Gesetzen radizierte Wertung.....	313
(1) Strafrecht.....	313
(2) Besondere gesetzliche Eingriffsbefugnisse oder Pflichten	314
(3) Gesetzliche Kontrahierungszwänge	316
(4) Normen zum Universaldienst (Grundversorgung).....	318
(5) Normen zu Sicherstellungsaufträgen bzw. kommunalen Pflichtaufgaben	319
i) Gemeinwohl als operables Kriterium?	320
(1) Materielles Gemeinwohlkonzept	321
(a) Metaphysische Kategorie	321
(b) Versuch der verfassungsrechtlichen Radizierung	322
(c) Anderheidens Ansatz	323
(d) Kollektive Güter als Bestandteil des Gemeinwohls.....	324
(2) Formelles Gemeinwohlkonzept	327
(a) Offener Gemeinwohlbegriff.....	327
(b) Produkt demokratischer Mehrheitsentscheidung	327
(c) Ergebnis einer Abwägung	328
(d) Keine präskriptive Verwendbarkeit.....	329
j) Zwischenergebnis.....	329
5. Inhaltliche Konturierung der Daseinsvorsorge i. a. S.	329
a) Gesundheitswesen im weiteren Sinne	329
(1) Stationäre medizinische Versorgung.....	330
(a) Struktur.....	330
(b) Grundrechtsbezug und Angewiesenheit	330
(c) Ausweichmöglichkeiten und monopolistische Strukturen	330
(d) Exkurs: Sonderproblem des Streikrechts in den kirchlichen Einrichtungen	333
(e) Übrige Kriterien.....	338
(2) Alten-, Pflegeheime u. ä.	338
(3) Ambulante medizinische Versorgung	339
(a) Niedergelassene Ärzte und Medizinische Versorgungszentren	339
i. Struktur	339
ii. Anwendung der Kriterien	340
iii. Sonderproblem: Streik der Selbstständigen	341
(b) Medizinische Fachangestellte	341
(4) Sonstige ambulante Behandlungseinrichtungen	343
(5) Arzneimittel.....	343
b) Versorgungswesen.....	344

(1) Elektrizität.....	344
(a) Bedeutung.....	344
(b) Angewiesenheit und Grundrechtsbezug	345
(c) Ausweichmöglichkeiten.....	346
(d) Keine menschliche Arbeitskraft?	349
(e) Übrige Kriterien.....	350
(2) Gas, (Fern)Wärme	351
(a) Grundrechtsbezug, spezifische Angewiesenheit und Monopol	351
(b) Ausweichmöglichkeiten.....	352
(c) Übrige Kriterien.....	353
(3) Erdöl und Erdölzeugnisse	353
(a) Struktur.....	353
(b) Kriterien	354
(c) Ausweichmöglichkeiten.....	355
(4) Wasser.....	356
(a) Struktur.....	356
(b) Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	356
(c) Ausweichmöglichkeiten.....	357
(d) Monopolistische Strukturen	358
(e) Übrige Kriterien.....	359
c) Entsorgungseinrichtungen im weiteren Sinne	359
(a) Struktur.....	359
(b) Grundrechtsbezug und Grundbedürfnisse	359
(c) Ausweichmöglichkeiten und Monopole	360
(d) Übrige Kriterien.....	361
d) Friedhofseinrichtungen bzw. Bestattungsbetriebe	362
e) Massenverkehrswesen und Verkehrsinfrastruktur	363
(1) Öffentlicher Personennahverkehr, Eisenbahnverkehr.....	363
(a) Struktur.....	363
(b) Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	363
(c) Intermodale Ausweichmöglichkeiten	365
i. Personennahverkehr	365
ii. Güterverkehr	365
iii. Personenfernverkehr.....	367
iv. Luftverkehr	367
v. Zwischenergebnis.....	368
(d) Intramodale Ausweichmöglichkeiten	368
i. Öffentlicher Personennahverkehr	368
ii. Schienenpersonenfernverkehr.....	369
(e) Übrige Kriterien.....	370
(2) Luftverkehr.....	370
(a) Struktur und Bedeutung	370
(b) Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	371

(c)	Ausweichmöglichkeiten.....	372
(d)	Übrige Kriterien.....	374
(3)	See- und Binnenschifffahrt.....	374
(a)	Struktur und Bedeutung.....	374
(b)	Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	375
(c)	Ausweichmöglichkeiten.....	375
(d)	Übrige Kriterien.....	376
(4)	Straßennetz.....	377
f)	Post.....	379
(1)	Briefpostdienst.....	379
(a)	Struktur.....	379
(b)	Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	379
(c)	Ausweichmöglichkeiten.....	382
i.	Telefon.....	382
ii.	E-Mail.....	382
iii.	De-Mail.....	386
iv.	Fax.....	388
(d)	Übrige Kriterien.....	388
(2)	Paketpostdienst (KEP-Dienste).....	389
(a)	Struktur.....	389
(b)	Grundrechtsbezug.....	390
(c)	Grundbedürfnis.....	391
(d)	Ausweichmöglichkeiten und Monopole.....	392
(e)	Übrige Kriterien.....	393
g)	Telekommunikation.....	393
(1)	Festnetztelekommunikation (Telefonie, Telefax).....	393
(a)	Struktur.....	393
(b)	Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	394
(c)	Ausweichmöglichkeit.....	395
i.	Mobilfunk.....	395
ii.	Pager.....	397
iii.	Satellitenfunkkommunikation.....	397
iv.	E-Mail.....	397
v.	Chat bzw. Instant Messaging.....	398
vi.	Interne Substitutionsmöglichkeiten.....	398
(d)	Menschliche Arbeitskraft.....	398
(e)	Monopole.....	399
(f)	Übrige Kriterien.....	400
(2)	Bewegliche Landfunktelekommunikation bzw. Landmobilfunk.....	401
(a)	Zellularer Mobilfunk (Mobiltelefonie).....	401
i.	Struktur.....	401
ii.	Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	402
iii.	Ausweichmöglichkeiten.....	403

iv. Monopol.....	403
v. Übrige Kriterien	404
(b) Funkrufdienst.....	404
i. Struktur	404
ii. Inklusion im Sektor des Gesundheitswesens.....	405
iii. Keine Daseinsvorsorge i. a. S.	406
(c) Sonstige bewegliche (Land)Funkdienste	406
i. Struktur	406
ii. Einordnung.....	407
(3) Internet (Internet-Konnektivität).....	407
(a) Struktur.....	407
(b) Grundrechtsbezug und Grundbedürfnis.....	408
(c) Ausweichmöglichkeiten und Monopol.....	409
(d) Menschliche Arbeitskraft.....	410
(e) Übrige Kriterien.....	410
(4) Internet (sonstige Internet-Provider-Dienste).....	411
(a) Struktur.....	411
(b) Einordnung.....	411
h) Lebensmittel (Ernährungswirtschaft).....	412
(1) Urproduktion	413
(a) Struktur.....	413
(b) Keine Streikgefahr	414
(c) Keine permanente Angewiesenheit	414
(2) Verarbeitung.....	414
(3) Handel bzw. Distribution.....	415
i) Bekleidung (Bekleidungswirtschaft).....	417
j) Wohnung (Wohnungswirtschaft)	417
k) Institutionelle Kinderbetreuung	418
(1) Struktur	418
(2) Grundrechtsbezug.....	419
(3) Ausweichmöglichkeiten	420
(4) Zumutbarkeit	422
(5) Übrige Kriterien	423
l) Sicherheit	424
(1) Begriff und Inhalt der Sicherheit	424
(2) Unterscheidung der ordnenden und leistenden Verwaltung.....	426
(3) Staatliche Prägung	428
(4) Anwendung der Kriterien der Daseinsvorsorge i. a. S.....	429
(5) Keine Wirtschaftstätigkeit	431
(6) Bereichsüberlagerung wegen Doppelnatur.....	432
(7) Omission	433
m) Staatsverwaltung und Rechtsprechung.....	434

n) Schule (Bildung).....	435
(1) Struktur und Bedeutung.....	435
(2) Streikgefährdung.....	436
(3) Keine Wirtschaftstätigkeit.....	437
(4) Hoheitliche Prägung.....	438
o) Kongruenz von Staatsaufgabe und Bereichsbeschreibung.....	439
p) Vom Betrieb zum Menschen – daseinsvorsorgende Tätigkeit i. a. S.	440

4. Kapitel: Grenzen des Streikrechts im Bereich der Daseinsvorsorge im arbeitsrechtlichen Sinne..... 442

A. Verfassungsrechtliche Gewährleistung des Streikrechts..... 442

I. Individuelle und kollektive Gewährleistungsbereiche der Koalitionsfreiheit.....	442
II. Rechtsprechungsentwicklung und Grundrechtsmodell.....	444
1. Kernbereich.....	444
2. Merkmal der „koalitionsspezifischen Verhaltensweise“.....	445
3. Gegenwärtige, herrschende Grundrechtsdogmatik.....	447
4. Kritik und Alternativmodell einer strengeren Bestimmung des Schutzbereichs.....	449
a) Kritik.....	449
(1) Kollidierende Verfassungsgüter.....	451
(2) Konstruktion von Kollisionslagen.....	453
(3) Nivellierung der Schrankensystematik des GG.....	455
b) Alternatives Modell.....	456
c) Positionierung dieser Arbeit.....	458
III. Begrenzung auf unerlässliche Koalitionsmittel.....	458
IV. Doppelt gestufte Gegenseitigkeitsordnung.....	459
V. Soziofunktionale Auslegung.....	460
1. Strukturell-strategische Verhandlungsdisparität.....	464
2. Teilgarantie: konfrontative agonale Ordnung des Arbeitslebens...	468
3. Teilgarantie: kooperative Ordnung des Arbeitslebens.....	471
4. Zusammenfassung.....	472
VI. Streik(recht) der Selbstständigen.....	472
VII. Streik(recht) der einer öffentlich-rechtlichen Dienstpflicht unterliegenden Selbstständigen (Vertragsärzte).....	476
1. Relevanz der Streikfrage.....	476
2. Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Dienstpflicht.....	477
a) Sicherstellungsaufträge.....	477
b) Pflicht zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung...	478

3. Verfassungsrechtliches Streikrecht?.....	480
a) Ähnlichkeit mit arbeitsrechtlichem Kollektivsystem.....	480
b) Soziofunktionale Auslegung.....	482
(1) Berücksichtigung unterverfassungsrechtlicher Normstrukturen	482
(2) Keine Verhandlungsdisparität.....	484
(3) Schlichtung als systemimmanenter Konfliktregelungsmechanismus.....	484
(4) Status des Freien Berufs	484
(5) Kassenärztliche Vereinigungen als mittelbare Staatsverwaltung	486
(6) Monopol der ambulanten Versorgung und Sicherstellungsauftrag	486
c) Ergebnis	487
VIII. Beamtenkoalitionen und externe Koalitionsbetätigungsfreiheit.....	487
1. Relevanz	487
2. Koalitionsfreiheit für Beamte.....	488
3. Externe Koalitionsbetätigungsfreiheit der Beamten.....	490
a) Soziofunktionale Auslegung.....	490
b) Beamtenstreikverbot aus den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums	492
c) Kooperative Ordnung des Arbeitslebens.....	494
IX. Eingeschränkter Schutzbereich in der Daseinsvorsorge i. a. S.?.....	495
1. Wortlaut und „Arbeitskampfschutzklausel“	496
2. Systematik	499
3. Historisch.....	499
a) Auslegungsziel und Relevanz der historischen Auslegung.....	499
b) Historisch-exegetischer Befund	502
4. Teleologische Auslegungen	507
a) Koalitionsspezifische Verhaltensweise (BVerfG)	507
b) Doppelt gestufte Gegenseitigkeitsordnung.....	507
c) Instrumentalisierung der Dritten	509
(1) Theorie der gezielten Drittschädigung	509
(2) Kritik.....	511
(a) Kompensation durch Steuern und Monopolgewinne	512
(b) Kompensation durch Vorauszahlungen.....	513
(c) Unschlüssigkeit.....	514
(d) Kein Schädigungsvorsatz nachweisbar	514
d) Soziofunktionale Auslegung.....	516
(1) Wirkmächtigkeit des Streiks	516
(2) Arbeitsplatzsicherheit wegen Arbeitskräftemangels – Berücksichtigung der Marktsituation	517

(3) Arbeitsplatzsicherheit wegen Insolvenzunfähigkeit des Arbeitgebers	520
5. Zwischenergebnis	521
X. Zwischenfazit zum Schutzbereich	521
<i>B. Eingriff – Ausgestaltung</i>	521
I. Grundlegende Unterschiede	521
II. Ausgestaltungsbefugnis im Rahmen der Koalitionsfreiheit	524
1. Diffusität der herrschenden Meinung	524
2. Eigener Ansatz	526
a) 1. Legitimationsgrund: Schaffung der notwendigen Rechtsinstitute und Normenkomplexe	528
b) 2. Legitimationsgrund: Koordinierung der antagonistischen Grundrechtsträger	530
c) 3. Legitimationsgrund: Notwendigkeit der Einbettung des Arbeitskampfs in die „verfassungsrechtliche Ordnung“	532
d) 4. Legitimationsgrund: Topos der Koalitionsparität	536
(1) Begriffe – Paritätstopos – „Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie“	536
(2) Dogmatische Verankerung	537
(a) Ausgestaltungsbefugnis	537
(b) Bezugspunkt für arbeitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	538
(3) Vergleichsrahmen – abstrakte tarifbezogene Parität	540
(4) Paritätstopos als Grenze des Streiks in der Daseinsvorsorge i. a. S.?	541
(a) These	541
(b) Bewertung des Paritätstopos	541
i. Diffusität der Parität	542
ii. Verfehltes Ziel	544
iii. Inversion des Grundrechts	548
iv. Zwischenergebnis	551
(c) Keine Aussperrung	551
i. Normative Begründung	552
ii. Begründung mit Interessen Dritter	553
iii. Keine Notwendigkeit der Aussperrung für Parität	553
e) Zwischenergebnis	554
III. Konsequenz: Eingriff bei Beschränkung	555
1. Interessenkonstellation	555
2. Potenzielle staatliche Maßnahmen	557
a) Streikverbot	557

b) Notdienst i. S. v. Notstandsarbeiten	557
c) Ankündigungspflicht	558
(1) Wirkungen.....	558
(2) Beeinflussende Faktoren.....	559
(a) Zeitraum.....	559
(b) Umfang der Information	559
(c) Art der bestreikten Tätigkeit	559
(d) Art des Betriebs	560
(3) Adressat der Warnpflicht.....	560
d) Schlichtung.....	560
e) Staatliche Einsatzkräfte als Notstandsarbeiter (THW, Bundeswehr).....	561
f) Forderung nach Verhältnismäßigkeit (arbeitsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)	562
(1) Struktur des arbeitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.....	562
(2) Fähigkeit zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Betriebs	563
(3) Dogmatische Verortung und Abgrenzung.....	564
(a) Keine hinreichende Lösung	564
(b) Rechtsgebetsbruch.....	565
(c) Anwendungsbereiche und -formen.....	566
(d) Folgerung	567
3. Zwischenergebnis:	568
C. Grenzen und Schranken des Streikrechts.....	569
I. Grenzen des Streikrechts nach Rechtsprechung und Literatur	569
1. Rechtsprechung.....	569
a) Bundesarbeitsgericht	569
(1) Arbeitsrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als bereichsspezifische Grenze?.....	569
(2) Keine konfliktlösende Steuerungsfunktion	571
b) Arbeitsgerichtliche Instanzgerichte.....	572
c) Bundesgerichtshof	575
2. Literatur	577
a) Restriktive Grenzen	578
b) Geringe Grenzen.....	578
c) Differenzierende Ansicht.....	579
d) Vorschlag von Rudkowski.....	580
e) Professorenentwürfe zur gesetzlichen Regelung von Streiks und Aussperrungen in der Daseinsvorsorge	582
(1) Inhalt	582
(2) Würdigung des Professorenentwurfs II von 2012	584

	(a) Spartengewerkschaften	584
	(b) Geltungsbereich „Daseinsvorsorge“	587
	(c) Regelungen im Übrigen	588
	(3) Rechtsvergleichung im Arbeitskampfrecht als problembehaftete Methode	590
	(4) Realisierungschancen – bereichsspezifische Ausnahme der Wesentlichkeitstheorie	591
	(a) Einschätzungen der Politik und Wissenschaft	591
	(b) Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie	592
	(c) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	595
	(d) Bewertung und Fazit	596
	3. Zwischenergebnis	599
II.	Verfassungsrechtliche Schranken	599
	1. Art. 9 Abs. 2 GG als Schranke	599
	a) Befürworter	599
	b) Ablehnende Meinung	600
	c) Keine praktische Bedeutung?	601
	d) Bewertung	602
	2. Art. 5 Abs. 2 GG als Schranke	603
	3. Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG als Schranke	604
	a) Persönlichkeitskerntheorie	604
	b) Art. 2 Abs. 1 GG als „Muttergrundrecht“	605
	c) Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	606
	d) Kritik	607
	4. Gemeinwohl als Grundrechtsschranke	608
	a) Relevanz	608
	b) Rechtsprechung	610
	(1) Bundesarbeitsgericht	610
	(2) Arbeitsgerichtliche Instanzrechtsprechung	610
	(3) Bundesverwaltungsgericht	611
	(4) Bundesverfassungsgericht	613
	(a) Verwerfung der Gemeinwohlschranke	613
	(b) „Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens“	613
	(c) Gebot der Rücksichtnahme	614
	(d) Rückwirkungsrechtsprechung	615
	(e) Exzessive Annahme von kollidierenden Verfassungsgütern	616
	(f) Gemeinwohlbelang (von verfassungsrechtlichem Rang)	616
	(g) Drei-Stufen-Theorie	617
	(h) Jedenfalls-„Hintertürchen“	618
	(i) Zwischenergebnis	618
	c) Gegenargumente	619

(1) Wortlaut	619
(2) Historische Auslegung.....	620
(3) Systematik	621
d) Begründungs-Ansätze im Schrifttum	623
(1) Bereichsdifferenzierung Tarifvertrag und Arbeitskampf.....	623
(2) Gesamtanalogie aus Privat- und Strafrecht	626
(a) These der Gemeinwohlbindung durch Gesamtanalogie	626
(b) Unklarer Bezugspunkt und fehlende gemeinsame ratio legis	627
(c) Dogmatische Einwände gegen eine belastende Analogie	628
i. Meinungsstand	628
ii. Argumente gegen eine belastende Analogie	630
§ 1. Demokratieprinzip	630
§ 2. Rechtssicherheit.....	631
§ 3. Vorbehalt des Gesetzes	632
§ 4. Schrankensystematik der Grundrechte	634
(d) Fehlende tatbestandliche Voraussetzung der Analogie	634
i. Planwidrige Regelungslücke	635
§ 1. Allgemein	635
§ 2. Speziell zu Koalitionsfreiheit bzw. Streikrecht	636
ii. Keine „bewusste Lücke“	638
§ 1. Begriff	638
§ 2. Verfassungsrechtliche Bedenken	639
§ 3. Rechtsstaatliche Anforderungen	639
§ 4. Keine bewusste Delegation	640
(e) Zwischenergebnis	640
(3) Sozialpflichtigkeit: Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG (analog).....	640
(a) Theorie von der Sozialpflichtigkeit.....	641
(b) Kritik	643
(4) Sittenwidrigkeit, Sittengesetz und Naturrecht	644
(5) Staatliche Delegation von Gestaltungsmacht	647
(a) Delegationstheorie	647
(b) Kritik	648
(6) Öffentlicher Status.....	649
(a) Öffentlicher Status der Koalitionen.....	649
(b) Bindung an Gemeinwohl	651
(c) Bewertung	651
(7) Gemeinwohlbindung als bloße Verantwortung	653
(8) Gemeinwohlbestimmung durch Koalitionen	654

(9) Schranke des Rechtsmissbrauchs.....	655
(10) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	657
(11) „Verfassungsmäßige Ordnung“ i. S. v. Art. 9 Abs. 2 Var. 2 GG.....	658
(12) Zwischenergebnis.....	660
5. Beamtenstreikverbot – europarechtliche Durchbrechung?.....	660
a) Deutsches Verfassungsrecht	660
(1) Verfassungsrechtliches Beamtenstreikverbot.....	661
(2) Funktionsvorbehalt und Daseinsvorsorge	661
(3) Beschäftigte des öffentlichen Dienstes (Art. 33 Abs. 5 GG analog).....	665
b) EMRK – Entscheidungen des EGMR	669
(1) Urteile Demir & Baykara/Türkei und Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei.....	669
(2) Kritik an der Rechtsfindungsmethode.....	671
(a) Berücksichtigung nicht ratifizierter völkerrechtlicher Verträge	672
(b) Berücksichtigung der Rechtspraxis	675
(c) Spruchpraxis der Sachverständigenausschüsse.....	676
(d) Rechtsvergleichung.....	677
(e) Zwischenergebnis	678
(3) Auswirkung auf deutsche Rechtslage.....	678
(a) Begriff „fonctionnaires“	678
(b) Enge Schutzbereichsauslegung	680
(c) Bereichsbeschränkung nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK	681
(d) Notwendigkeit für demokratische Gesellschaft Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK.....	682
(e) Europäischer Verfassungsgerichtsverbund und Menschenrechtsdialog	684
(f) Bindungswirkung für Deutschland.....	686
c) Unionsrecht	691
(1) Streikrecht als Unionsgrundrecht nach Art. 28 GRCh.....	691
(a) Inhalt und Konkurrenz.....	691
(b) Anwendbarkeit von Art. 28 GRCh im deutschen Arbeitskampf.....	695
i. Vollziehung von Unionsrecht	696
ii. Beschränkung von Grundfreiheiten	697
iii. Kritik.....	699
iv. Zwischenergebnis.....	702
(c) Rechtfertigung	702
(2) Arbeitnehmerfreizügigkeit.....	703
(a) Arbeitnehmer.....	703

(b)	Bereichsausnahme „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“	703
(c)	Grenzüberschreitender Bezug	704
(d)	Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot.....	704
(e)	Keck-Rechtsprechung analog bzw. Marktzugang.....	705
(f)	Rechtfertigung	706
d)	Zwischenergebnis	707
6.	Kollidierendes Verfassungsrecht.....	707
a)	Schrankenfunktion.....	707
(1)	Grundsatz	707
(2)	Kein pauschaler Vorrang	708
(3)	Strenge Anforderungen.....	709
b)	Kollidierende Verfassungsgüter im Bereich der Daseinsvorsorge i. a. S.	711
(1)	Grundrechte.....	711
(2)	Sozialstaatsprinzip.....	712
(3)	Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht	715
(4)	Obligatorische Staatsaufgabe zur Daseinsvorsorge	716
(a)	Bereichsüberschneidung	716
(b)	Kollision.....	716
(5)	Lösung der doppelten Kollisionslage	717
(a)	Maßstab auf den beiden Stufen	717
(b)	Erste Stufe	718
i.	Allgemeines	718
ii.	Verbot des Streiks	718
iii.	Schlichtung	719
§ 1.	Zwangsschlichtung	719
§ 2.	Schlichtungszwang	720
iv.	Pflicht zu Notstandsarbeiten	721
§ 1.	Verhältnismäßigkeit.....	721
§ 2.	Umfang des Notdienstes	722
§ 3.	Anordnungskompetenz	723
§ 4.	Funktion der Arbeitgeber.....	723
§ 5.	Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung.....	723
§ 6.	Funktion der Gerichte	724
v.	Pflicht zur Ankündigung	725
§ 1.	Verhältnismäßigkeit.....	725
§ 2.	Zeitraum – „Rechtzeitigkeit“	725
§ 3.	Inhaltlicher Umfang.....	726
vi.	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Abwägung)	726
vii.	Staatliche Einsatzkräfte als Notstandsarbeiter ..	727

§ 1. Grundsätzliche Eignung des THW und der Bundeswehr	727
§ 2. Kein Streikrecht.....	728
§ 3. Vorbehalt des Gesetzes	729
§ 4. Einsatz des THW – rechtliche Möglichkeiten	730
§ 5. Bundeswehr-Einsatz – rechtliche Möglichkeiten.....	732
(c) Zweite Stufe	734
i. Allgemeines	734
ii. Sachgerechte Determinanten zur Abwägung	735
iii. Determinanten der Daseinsvorsorge i. a. S.	735
iv. Dauer des Streiks.....	735
v. Räumlicher und funktionaler Umfang	736
vi. Zeitpunkt des Streiks.....	736
vii. Betroffenes Rechtsgut	737
viii. Durchsetzung	737
ix. Präventive Verhaltenssteuerung durch Vorwirkung	737
(6) Grenzen als Reflexion der Verfassungslage.....	738
 5. Kapitel: Zusammenfassung und Fazit	 739
Quellenverzeichnis	753
Literaturverzeichnis.....	756
Personenregister	819
Sachregister.....	821